

e-ISSN: 2667-6117



**ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**  
**(ASBUHFD)**

**Cilt: 5**

**Vol.: 5**

**Sayı: 2**

**no.: 2**

**Aralık-2023**

**December-2023**

**Aralık – 2023**



**ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**  
**(ASBUHFD)**

e-ISSN: 2667-6117

Cilt: 5 Sayı: 2

Vol.: 5 no.: 2

Aralık-2023

December-2023

**Dergi İletişim Bilgileri/ ASBUHFD Contact Information:**

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 44-45 Fax: +90 312 311 86 00

e-mail: asbuhfd@asbu.edu.tr <https://dergipark.org.tr/asbuhfd>

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

*ASBUHFD is a peer-reviewed journal.*

*The liability of the published work is on the author/authors.*

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi aşağıda belirtilen indekslerde/veritabanlarında taranmaktadır.

*ASBUHFD is scanned the indexes/databases as demonstrated below.*



**Yayınlanma Tarihi:**

Aralık, 2023

**İMTİYAZ SAHİBİ****Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı****Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE****Editör Kurulu**

**Dr. Öğr. Üyesi İsmail YAZICIOĞLU**  
**Arş. Gör. Mehmet BARUTÇU**  
**Arş. Gör. Celil ŞAHİN**  
**Arş. Gör. M. Mansur KARADAĞ**  
**Arş. Gör. Gökberk ÖZSÖKER**  
**Arş. Gör. Elif Banu VARLI**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü****İsmail ÖZCAN**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Danışma Kurulu**

**Prof. Dr. Bülent KENT**  
**Prof. Dr. Mustafa AVCI**  
**Prof. Dr. Cemil KAYA**  
**Prof. Dr. Refik KORKUSUZ**  
**Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU**  
**Prof. Dr. Mustafa ATEŞ**  
**Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK**  
**Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR**  
**Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU**  
**Prof. Dr. Rauf KARASU**  
**Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK**  
**Prof. Dr. Ömer ANAYURT**  
**Prof. Dr. Doğan SOYASLAN**  
**Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ**  
**Prof. Dr. Yücel OĞURLU**  
**Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ**  
**Prof. Dr. Yusuf AKSAR**  
**Doç. Dr. Süleyman YILMAZ**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**YAZIM KURALLARI****Başlangıç**

1. Makale başlığı: Amerigo Md BT, 15 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış.
2. Yazar adı: Amerigo Md BT, 13 pt., Kalın, Sağa yaslı, İlk harfler büyük, yıldız ile dipnotta yazarın mesleği.
3. Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük.

**Metin**

1. Metin içi başlıklar: Amerigo Md BT, 12 pt.

2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:
  1. **Seviye:** Numaralandırma stili: **I, II, III...** Kalın, Tümü büyük harfler
  2. **Seviye:** Numaralandırma stili: **A, B, C...** Kalın, İlk harfler büyük
  3. **Seviye:** Numaralandırma stili: **1, 2, 3...** Kalın, İlk harfler büyük
  4. **Seviye:** Numaralandırma stili: **a, b, c...** Kalın, İlk harfler büyük
  5. **Seviye:** Numaralandırma stili: *i, ii, iii...* Normal, İlk harfler büyük, İtalik.
3. Ana metin: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

#### Dipnotlar

1. Dipnot: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından "sonra" kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise "önce" kısmı 0 nk yapılmalıdır).
3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.
4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işaretten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.
5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilecektir.
  - **Yanlış:** verilecektir<sup>1</sup>. **Doğru:** verilecektir.<sup>1</sup>

#### Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.
2. Alfabetik sıralı, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Kaynakça paragrafları: 0,75 cm asılı (ilk satırdan sonraki satırlar 0,75 cm içeride), her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi aralık 3 nk paragraf sonrası aralık 0 nk, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1.

**Yazım şekline ilişkin yukarıdaki kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu için bkz.**  
<http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

#### Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.
2. Dipnot ve kaynakçalarda "The Chicago Manual of Style" atıf sistemi benimsenmiştir. Atıf sistemine ilişkin detaylı bilgi için bkz.

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagoquotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;
  - "and" yerine "ve"

- "unpublished" yerine "yayımlanmamış" veya "yayınlanmamış"
  - "Anonymous" yerine "Anonim"
  - birden fazla ciltten oluşan eserlerde "volume/vol." yerine "Cilt."
  - "see" yerine "bkz."
  - "in" yerine "iç."
  - "accessed" yerine "erişim tarihi"
  - "trans." yerine "çev."
  - "edited by" yerine "editör"
  - "translated by" yerine "çeviren"
  - "interview by" ifadesi yerine "röportajı yapan"
  - "PhD diss." yerine "doktora tezi"
  - "thesis" yerine "tez"
  - "last modified" yerine "son değiştirilme"
  - "filmed" yerine "çekim" ifadeleri kullanılmalıdır.
  - Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.
  - Dergi sayısını ifade eden "no." ifadesi korunmuştur. Keza "ed." ifadesi aynen korunmuştur.
  - Sayfa numarasında "vd." kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın "ff." ifadesi kullanılmalıdır. Eğer "ff."dan sonra "." gelecekte kullanılmaz ancak ";", "?" vb. gelecekte onlar "ff."deki noktaya bitişik yazılır.
4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:
- Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih[gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
  - Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atfı usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematığın kullanılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK

İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

#### Örnekler:

AYM, E.2017/172, K.2018/32, 28.03.2018.

Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Ankara BAM 2. HD, E.2016/113, K.2017/21, 23.01.2017, (<https://legalbank.net/belge/ankara-bolge-adliye-mahkemesi-2-hd-e-2016-113-k-2017-21-t-23-01-2017-bosanmadan-kaynaklanan-tazminat/3040600>).

Rekabet Kurulu, K.19-12/136-60, 13.3.2019,

(<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c4268558-edce-48b5-996d-152defb6a7e4>).

5. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 02.01.2019, S. 30643.

### WRITING FORM

#### Beginning

1. Title of the works: Amerigo Md BT, 15 pt., bold and capital letter, centered paragraph style.
2. Names(s) of author(s): Amerigo Md BT, 13 pt., bold, first letter capital, right justified. job of author(s) shall be written with an actinoid footnote.
3. Abstract and Keywords: Bold and first letter capital.

#### Text

1. Titles in the text: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Authors should arrange the text utmost with five-degree heading and the number of the titles has a style as follows:

**First level:** Numbering style: **I, II, III...** Title: bold and capital letter.

**Second level:** Numbering style: **A, B, C...** Title: bold and first letter capital.

**Third level:** Numbering style: **1, 2, 3...** Title: bold and first letter capital.

**Fourth level:** Numbering style: **a, b, c...** Title: bold and first letter capital.

**Fifth level:** Numbering style: *i, ii, iii...* Title: italic and first letter capital.

3. Main text: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Paragraphs: 0,75 cm first line indent, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 5/0 nk, 1 line spacing.

#### Footnotes

1. Style: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Footnotes paragraphs: 0,5 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 2/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled. If there are more than one paragraph in a footnote, pre/post-paragraph space should be 0 nk in this footnote.
3. Between the footnote number and footnote text one character space should be left.

4. All footnotes should be completed with a dot.
5. Footnotes numbers should be demonstrated after punctuations.

➤ **False:** ... given<sup>1</sup>.                      **True:** ... given.<sup>1</sup>

### **Bibliography**

1. Bibliography should start on a separate page.
2. Style: alphabetically ordered, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Bibliography paragraphs: 0,75 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 3/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled.

For the sample word form edited aptly *writing form rules* of the Journal, please see at <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

### **Spelling and Footnotes Rules**

1. The works should be prepared aptly the spelling and orthographic rules of Turkish Language Association. See at <http://tdk.gov.tr/>
2. " The Chicago Manual of Style" is accepted for footnotes and bibliography. For further information please see at

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>



## İÇİNDEKİLER/CONTENTS\*

### **UYGULAMA BOYUTUYLA NORMLAR HİYERARŞİSİ..... 578**

*The Practical Dimension of the Hierarchy of Norms*

**Emir KAYA**

**Alperen DAĞLI**

### **TERÖRİZMİ ÖZNELERİ ÜZERİNDEN ANLAMAK: TERÖRLE MÜCADELE KANUNU İÇİN BİR TANIM ÖNERİSİ\* ..... 606**

*Understanding Terrorism Considering Its Subjects: A Definition Proposal for The Fight Against Terrorism Law*

**Hüseyin ARAS**

### **DÜNDEN BUGÜNE FEDERAL ALMANYA ANAYASASI VE UYGULAMASINDA SİYASİ PARTİLERE YÖNELİK YAPTIRIMLAR ..... 635**

*Sanctions Against Political Parties in the Federal Constitution of Germany and Its Implementation from Past to Present*

**Kürşat AKÇA**

### **THE NEED FOR DIRECT STATE REGULATION IN THE CONTEXT OF THE 'TAKEOVER CODE' FOR CORPORATE CONTROL IN THE UK ..... 678**

*'Birleşmeler ve Devralmalar için İlke Kararları' Çerçevesinde Birleşik Krallıkta Şirket Kontrolü Amacıyla Piyasaya Doğrudan Devlet Müdahalesi İhtiyacı*

**Alptekin KÖKSAL**

### **İNSAN HAKLARI AÇISINDAN GÖÇ VE MÜLTECİLİK: ANAYASA MAHKEMESİ İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI BAĞLAMINDA İNCELEME 710**

*Migration and Refugees from the Point of View of Human Rights: an Examination in the Context of the Decisions of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights*

**Bayram DOĞAN**

**CHATGPT GİBİ SOHBET YAZILIMLARININ (SOHBET BOTLARI/ CHATBOTS) NEDEN OLDUĞU HUKUKA AYKIRILIKLARIN ÖNLENMESİ ..... 748**

*Preventing Contradiction to Law Caused by Chatbots Like ChatGPT*

**Mahmut Furkan BALABAN**

**Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM**

**HERMENEUTICS OF THE WORD POLITEIA..... 791**

*Politeia Sözcüğünün Hermenotiği*

**BURÇİN AYDOĞDU**

**FUHUŞLA MÜCADELEDE İSKANDİNAV MODELİ ..... 808**

*Scandinavian Model in the Fight Against Prostitution*

**İsmail ŞAHİN**

**GDO VE ÜRÜNLERİNE DAİR BAŞVURULARIN İDARİ VE YARGISAL DENETİMİ .. 845**

*Administrative and Judicial Audit of Applications Regarding GMO and Its Products*

**Ömür Kadri SARI**

**REKLAM HUKUKU AÇISINDAN SOSYAL MEDYA KULLANICI DAVRANIŞLARININ REKLAM KABUL EDİLEBİLİRLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ ..... 884**

*Evaluation of the Potentiality of Social Media User Behaviours as Advertisements in terms of Advertising Law*

**Abdurrahman Hamza TÜZGEN**

**HABER BÜLTENLERİ VE TARTIŞMA PROGRAMLARINDA YALAN HABER VE DEZENFORMASYONUN 6112 SAYILI KANUN BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ ..... 930**

*Evaluation of Fake News and Disinformation in News Bulletins and Discussion Programs under Law No. 6112*

**Rümeysa ALUÇ DEMİREL**

**KAT MÜLKİYETİNDE YÖNETİM PLANININ İÇERİĞİ İLE KAT MALİKLERİNİN YÖNETİM HAKKININ KISITLANMASI..... 973**

*Restriction of the Right of Flat Owners to Participate in Management with the Content of the Management Plan in Condominium Law*

**Serhat KÜÇÜKÇAPRAZ**

**MODERN HUKUK SİSTEMLERİNDE AİLE ARABULUCULUĞU ..... 1010**

*Family Mediation in Modern Legal Systems*

**Mubin Burak ÇELİK**

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA MÜSADERE..... 1059**

*Confiscation in Turkish Criminal Law*

**Nurten Kübra ÖZDEN**

**“ÖNYARGISIZ” YARGILANMA HAKKI: DREYFUS DAVASI ÖRNEĞİ ..... 1087**

*Right To Be Tried “Without Prejudice”: Dreyfus Case Example*

**Musa BULU**

\*Makale sıralamasında akademik unvan ve makale gönderim tarihi esas alınmaktadır.

# UYGULAMA BOYUTUYLA NÖRMLAR HİYERARŞİSİ

## *The Practical Dimension of the Hierarchy of Norms*

**Emir KAYA\***

**Alperen DAĞLI\*\***

### Öz

Normlar hiyerarşisi, hukuk sisteminin mantıklı olmasını ve tutarlı işlemlerini sağlamaya yönelik önemli bir ilkedir. Bilindiği üzere, hukuk normları hukuk sistemi içindeki farklı organlar tarafından üretilir. Organlar arasında yetki hiyerarşisi, üretilen normlar arasında da geçerlilik hiyerarşisi doğurur. Hukuki norm türleri, piramit şeklinde kademeli bir yapıyı andırır. Her kademedeki norm, geçerliliğini daha üst kademelere borçludur. Aynı zamanda da daha alt kademedeki normların geçerli kılınmasına yarar. Alt kademedeki norm üst kademedeki yer alan norma aykırı olamaz. Bu ilke sayesinde hukuk pratiğinde kargaşanın önleneyeği ve insicamın korunacağı varsayılmaktadır. Bununla birlikte, doktrindeki bu temel varsayımın aksine, uygulayıcılar nezdinde normlar yakın ve uzak norm şeklinde de algılanabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, bazı uygulayıcılar, bilinen normlar hiyerarşisinin aksine, kendi uygulama alanlarına

\* Doç. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, emir.kaya@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7382-3575.

\*\* Avukat, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, alperen.dagli@student.asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9302-8552.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 13.04.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 15.08.2023.

**Atıf/Citation:** Kaya, Emir ve Alperen Dağlı. "Uygulama Boyutuyla Normlar Hiyerarşisi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 578-604.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

daha yakın ve ilgili gördükleri kuralları, kendilerine uzak ve genel gördükleri kurallara tercih edebilmektedir. Makalede, bir yaşayan hukuk olgusu olarak yakın norm – uzak norm dikotomisi tanımlanmakta ve başta Avukatlık Kanunu olmak üzere uygulama örnekleri üzerinden açıklanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Normlar Hiyerarşisi, Yaşayan Hukuk, Hukuk Kültürü, Yakın Norm, Uzak Norm, Avukatlık Kanunu

## **Abstract**

The hierarchy of norms is a crucial principle for maintaining the logical foundation and consistent functioning of a legal system. As it is well-known, legal norms are created by different organs, positioned hierarchically according to their powers. The hierarchy of powers leads to the hierarchy of norms. The order of norms, as a result, resembles a pyramid. Each normative level at the pyramid verifies the lower levels. Naturally, no norm can contradict the norms of higher levels. This simple theory is expected to be the safeguard of any legal system that needs to be holistic and clear from chaos. However, contrary to the theory, legal norms in the eyes some legal practitioners –in Turkey, for the sake of this article– are perceived on a different axis from that of high vs. low. This axis is “near vs. distant”. Some legal practitioners prioritize the norms that they perceive to be more directly relevant to their practice over those norms that they perceive to be more general and less relevant, even if the latter are at a higher level in the pyramid of the hierarchy of norms. This article defines the dichotomy of near vs. distant norms in the living law, and gives examples of this dichotomy from legal practice in Turkey, with a special focus on the Law of Barristership.

**Keywords:** Hierarchy of Norms, Living Law, Legal Culture, Near Norm, Distant Norm, Law of Barristership

## **GİRİŞ**

Değişen dünyada her geçen gün ihtiyaçlar çoğalmakta ve çeşitlenmektedir. Yeni ve farklı problemler, uyuşmazlıklar ve tartışmaya açık hususlar gündeme gelmektedir. Öngörülebilirlik, ölçülülük, tutarlılık gibi adalet ilkelerinin önemi de bu doğrultuda artış göstermektedir. Adalet, hukuk kaidelerinin ve bu kaidelere

dayalı işleyiş sistematığının etkin olmasıyla sağlanabilir. Hukuk sistemi tutarlılık perspektifiyle geliştirilebilir ve uygulanabilirse başarılı sayılır.

Hukukun teorik ve pratik başarısını temin etmek adına doktrinde çeşitli enstrümanlar geliştirilmiştir. Bu enstrümanların en önemlilerinden biri, normlar hiyerarşisidir. Normlar hiyerarşisi kavramıyla, geçerlilik ve etkinlik alanı farklı olan hukuk kuralları uyuma kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Kurallar arasında nizam sağlanmakta, normlar hiyerarşisi piramidinde üstte, altta ve aynı basamakta yer alan normlar arasındaki ilişki kurgulanmaktadır.

Bu çalışmada, normlar hiyerarşisi doktrininin göz ardı edilmesinin somut ve yaygın örneklerinden biri incelenmektedir. Kimi uygulayıcıların kendi iş görme önceliklerini ve algılarını baz alarak adeta alternatif bir normlar hiyerarşisi kurmaları üzerinde durulmakta ve yaşayan hukuktan ilham alan, yeni bir sosyolegal terim ihdas edilmektedir: Yakın norm - Uzak norm. Kitaplardaki hukuk ile yaşanan hukuk arasındaki uyumsuzluğun bir türünü ifade eden bu terim, başta Avukatlık Kanunu'nun uygulanması olmak üzere çeşitli örnekler üzerinden izah edilmektedir.

Genel hukuki problemin tam olarak ortaya konulabilmesi ve avukatlığın söz konusu problem bağlamında konumlandırılabilmesi adına, çalışmamızın başında bazı tanımlara yer verilmektedir. Öncelikle "norm" kavramı açıklanmaktadır. Norm kavramının anayasal düzenle ve anayasa hukukuyla bağlantısı kurulmakta, sonrasında normların kendi aralarında nasıl bir sıralamaya tabi tutulması gerektiği aktarılmaktadır. Anahtar kavram olarak "hiyerarşi" üzerinde durulmaktadır. Bu kısımlar çalışmanın teorik ayağını oluşturmaktadır. Makalenin dogmatik anayasa hukukundansa hukuki realizm perspektifine sahip olduğunun hatırdta tutulacağını ve teorik kısmın özet geçilmesinin anlayışla karşılanacağını umuyoruz.

Çalışmanın pratik ayağını oluşturan başlıca konu avukatlıktır. Avukat kavramını açıklayabilmek için öncelikle 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu tanıtılmaktadır. Kanun'un normlar hiyerarşisi içindeki yeri ile uygulamadaki karşılığı arasındaki çelişki, bu makalenin ana argümanının etüt edildiği zemindir.

Avukatlığın mevzuattaki saygın yerinin aksine, uygulamada avukatlar mesleğin doğasıyla bağdaşmayan muamelelere maruz kalabilmektedirler. Bu

durumun avukatların ötesinde hukuk sistemi açısından da olumsuz bir anlamı vardır. Kamu görevlilerinin kendilerine yakın olan, örneğin yönetmeliğe dayalı bir normu kendilerine uzak olan, kanuna dayalı normlardan üstün tutması hukuki tutarlılığı ve güvenceleri ortadan kaldırmaktadır.

Çalışmamızda, uygulayıcılar nezdindeki normlar hiyerarşisi günlük hayatta ve yargı kararlarında ortaya çıkan bazı durumlar üzerinden somutlaştırılmakta, bahsedilen durumlar ışığında hukukta öğreti – olgu uyumsuzluğunun ciddi bir örneği irdelenmektedir.

## I. NORMLAR HİYERARŞİSİ DOKTRİNİ

Normlar hiyerarşisiyle ilgili soru işaretine mahal vermeyecek şekilde ilerleyebilmek adına ilk aşamada bazı tanımlamaların yapılması gerekmektedir. Tanımlar, temel kavramlar üzerinden ilerlemekte, öncelikle kavramların serbest anlamları aktarılmakta, sonrasında ise hukuki anlamları açıklanmaktadır.

### A. Norm ve Hiyerarşi Kavramları

Norm, Fransızca “*norme*” den dilimize geçmiş olup köken itibariyle Latinedir. Latince “*norma*”nın da Etrüskler kanalıyla Yunanca “*gnōmōn*”dan geçtiği iddia edilmiştir.<sup>1</sup> Her iki kelimenin Türkçesi aynıdır: Marangoz gönyesi.<sup>2</sup> Türk Dil Kurumu Sözlüğünde norm, “1. Yargılama ve değerlendirmenin kendisine göre yapıldığı ölçüt, uyulması gereken kural, düzgu; 2. Önceden belirlenmiş kalıp, düzgu” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>3</sup>

Norm, en geniş ve özlü anlamıyla ölçüttür. Hukuki norm da hukuki ölçüt demektir. Hukukta norm denildiği zaman, ölçüt olma özelliği gösteren tüm unsurlar akla gelir. Buna düşünme ilkeleri de uygulama ilkeleri de dahildir. Geçerliliğinde şüphe bulunmayan kurallar da norm olarak kabul edilir. Bir kuralın geçerliliğinde şüphe varsa normluğunda da şüphe vardır. Uygulamada ölçüt alınması beklenen her norm, bir beyan ve buyruk olarak algılanır.

<sup>1</sup> Erişim tarihi 1.10.2022, <https://www.etymonline.com/word/norm>.

<sup>2</sup> Erişim tarihi 1.10.2022, <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/norm>.

<sup>3</sup> Erişim tarihi 1.10.2022, <https://sozluk.gov.tr/norm>.

Norm, olması gerekeni (*sollen*) ifade eder. Bu kapsamda norm, kuraldan da buyruktan da daha geniş bir kavramdır. Normların daima yazılı olması beklenemez. Tersine, toplumsal hayatı şekillendiren pek çok kabulün ve davranışın dayanağı yazısız normlardır.

Çalışmamız kapsamında norm; dar ve teknik anlamda, pozitif hukuk kuralı olarak, diğer bir ifadeyle yürürlükteki mevzuat kuralları olarak ele alınmaktadır. Haliyle, norm kavramının kapsamı kanun, yönetmelik, tüzük, genelge gibi yasal düzenlemelerdir. Hukukta normlar hiyerarşisi ile kastedilen de bundan ibarettir. Hukukta, hukukun işleyişine etki eden sosyal ve davranışsal normlar norm olarak kabul edilmez. Biz de öncelikle bu kabul etmeyişi üzerinden hareket etmekteyiz. Fakat sonrasında hukuki sayılmayan düşünce ve eylemlerin hukuktaki etkinliğini göstererek normlar hiyerarşisi doktrininde öngörülmeven normların varlığına dikkat çekeceğiz.

Hiyerarşi, Yunanca kökenli olup “kutsal” (*hieros*) ve “yönetmek” (*arkhein*) kelimelerinin birleşmesiyle oluşmuş, Latince ve Fransızca üzerinden Türkçeye geçmiş bir kavramdır.<sup>4</sup> Günümüzde; “makam sırası, basamak, derece düzeni, aşama sırası”, “bir toplulukta veya bir kuruluştaki yer alan kişileri alt-üst ilişkileri, görev ve yetkilerine göre sınıflandıran sistem” gibi anlamlara gelmektedir.<sup>5</sup>

Norm kavramı gibi hiyerarşi de salt hukuki bir terim değildir. Hayatın pek çok alanında gözlemlenen bir kavramsallaştırmadır. Hukukta hiyerarşi, hukuk düzeninin sağlanmasına yönelik alt-üst ilişkilerinin tamamıdır. Makam, unvan, görev ve yetki gibi hususlarda geliştirilen alt-üst ilişkileri hukuki hiyerarşiyi ifade eder. Askerlikte rütbelere, bürokraside amir-memur statüleri,<sup>6</sup> resmi başvurularında gözetilmesi gereken makam sıralamaları hiyerarşıktır. Çalışmamız bağlamında hiyerarşi ise kurallar arasında olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, mevzuat içinde kuralların belli katmanlara ait olması, katmanların dikey olarak sıralanması, üst katmandaki normların alt katmandaki normlardan daha güçlü ve bağlayıcı olarak kabul edilmesidir.

<sup>4</sup> Erişim tarihi 1.10.2022, <https://www.etymonline.com/search?q=hierarchy>.

<sup>5</sup> Erişim tarihi 1.10.2022, <https://hiyerarsi.nedir.org/hiyerarsi>.

<sup>6</sup> Abdullah Sezer, “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı),” *Anayasa Yargısı Dergisi* 36, no. 1 (2019): 357.



Hukuk doktrininde normlar hiyerarşisinin anlaşılması için hiyerarşik düzenin genel mantığının idrak edilmesi gerekmektedir. Bahse konu hiyerarşinin içerisinde bir irade ürünü olan “norm” kavramı yer almaktadır.<sup>7 8</sup> İrade, tabii olarak, hükmetme kabiliyetini haiz bir “makam” tarafından ortaya konulmalıdır. Bu makamın iradesi ve iradenin yöneliş biçimi normun gücünü ifade etmektedir. O halde normlar hiyerarşisinin arka planında makamlar ve organlar hiyerarşisinin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>9</sup> Makamların ortaya koyduğu iradelerin hiyerarşik bir düzene tabi olması, her bir makamın buyurma gücüyle alakalıdır.

Normlar hiyerarşisinin doğallığının ve anayasal geçerliliğinin anlaşılması için öncelikle buyurma gücüne sahip kamu organları arasındaki ilişkinin açıklanması gerekmektedir. Bu noktada kurucu iktidar (asli-tali), yasama organı, yürütme organı gibi kavramlar önem kazanmaktadır.

Kurucu iktidarda kurma, tesis ve inşa etme fonksiyonlarını haiz bir yapı görmekteyiz. Bu yapı kendi içerisinde ikili bir ayrıma tabii tutulmakta ve ihtiva ettiği fonksiyonlara göre “asli” veya “tali” şeklinde nitelendirilmektedir.<sup>10</sup> Asli kurucu iktidar, bir devrim, hükümet darbesi ya da daha önce bir tasarlanmamış bir devlet organizasyonu esnasında kendini gösterir ve hukuk boşluğu esnasında sıfırdan kurucu bir işlev görür. Bu iktidar tipi, anayasayı baştan tasarlar ve sınırsız bir kudrete sahiptir. Kudretin insan hakları çerçevesiyle sınırlı olduğunu öne sürenler de olmuştur.<sup>11</sup> Fakat bunu ahlaki bir beklenti olarak yorumlamak gerekir.

Tali kurucu iktidar ise var olan anayasayı değiştirme gücüne sahiptir. Kelime manası itibariyle ve fiiliyatta da görüleceği üzere asli olan tali olanın önündedir ve hiyerarşide üst konumda yer almaktadır. Ancak şu şerhi düşmekte fayda vardır: Her iki iktidar tarafından ortaya koyulan normlar eşit kudrete sahiptir. Bu noktada hiyerarşiden bahsedilmemektedir.

Yasama organı, kurucu iktidarın ihdas ettiği anayasa neticesinde vücut bulmakta ve bu nedenle kurucu iktidarın altında yer almaktadır. Yasama

---

<sup>7</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Norms* (Oxford: Clarendon Press, 1991), 2.

<sup>8</sup> Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni* (Ankara: Us-A, 1996), 5.

<sup>9</sup> Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Bursa: Ekin Yayınları, 2015), 181.

<sup>10</sup> Kemal Gözler, *Kurucu İktidar* (Bursa: Ekin Yayınları, 2016), 12.

<sup>11</sup> Gözler, *Kurucu İktidar*, 54.

organınca kanun ve benzeri nitelikte normlar konulur. Anayasa ve kanunlarla şekillendirilen yürütme organı da birtakım normlar ihdas edebilir. Yasama organı, yürütme organından hiyerarşik olarak üstündür. Yasamanın normları da yürütmenin normlarından üstündür.

Bir organın koyduğu norm yine o organ tarafından değiştirilebilir yahut ortadan kaldırılabilir. Tabii olarak, üst organlar da alt organlar tarafından konulan normu değiştirme, kısıtlama veya ortadan kaldırma yetkisine sahiptir. *Lex superior* (üst kanun) ilkesi<sup>12</sup> gereğince, üst norm alt normu ilga eder. Özetle, bir normun kudreti, kendisini koyan makamın kudretine denktir.<sup>13</sup> Aksi takdirde sistematik bir hatanın ve uyumsuzlukların ortaya çıkacağı son derece açıktır. Hukuk düzeninin alt organların üst organların koyduğu normlara riayet eder şekilde düzenlenmesi ve işlemesi zorunludur.

## B. Hukukta Normlar Hiyerarşisinin Doğallığı

Bütün hukuk sistemleri normların birbiriyle ilişkisini düzenlemek durumundadır. Normların farklı kaynaklardan gelmesi bu ihtiyacı arttırsa da normların tek kaynaktan geldiği bir sistemde bile normlar arası ilişkileri düzenleme ihtiyacı devam eder.<sup>14</sup> Normları birbiriyle ilişkilendirmenin tek yolu normlar hiyerarşisi değildir. Norm hiyerarşisi şekli bir ilişkilendirmez. Normların birbiriyle maddi olarak ilişkilendirilmesi ise apayrı bir meseledir. Örneğin, Ceza Kanunu ile Borçlar Kanunu arasında hiyerarşi yoktur. İkisi şeklen ilişkilendirilmez. Muhteva açısından ilişkilendirilir.

Norm kaynakları arasındaki şekli ilişki bazı hukuk geleneklerinde daha sistemli ele alınmıştır. Böyle hukuk geleneklerinde normlar hiyerarşisi fiili duruma bırakılmamış, doktrin olarak da geliştirilmiştir. Örneğin Roma hukukunda geniş anlamda normlar hiyerarşisi vardır fakat normlar hiyerarşisi doktrini geliştirilmemiştir. Roma hukukunda *jus strictum* – *jus dispositivum* ayrımı normların bağlayıcılık derecesinin farklı olabileceğini ifade etmekteydi. Bürokratik örgütlenme açısından bakıldığında, gerek Cumhuriyet gerekse

<sup>12</sup> “*Lex superior derogat legi inferiori*” (Üst kanun alt kanunu ilga eder).

<sup>13</sup> Gözler, *Hukuka Giriş*, 184.

<sup>14</sup> William Burnett Harvey, *Law and Social Change in Ghana* (Princeton: Princeton University Press, 1966), 239.

İmparatorluk döneminde güç dengesinin değişimine bağlı olarak kah senatonun kah konsüllerin kah imparatorun kah tribünlerin hukuki etkisi ağır basmış, fiilen daima normlar hiyerarşisi olmuştu. Bununla birlikte, Roma hukukunda bir normlar hiyerarşisi doktrini olduğunu söylemek zordur. Zira tüm Roma hukuku tarihini ve kurumlarını kuşatan bir normlar hiyerarşisi fiilen de resmen de mevcut olmamıştır.

Aksi bir örnek olarak İslam hukukunu gösterebiliriz. Fıkıh kelimesiyle ifade edilen İslam hukuku geleneğinde de yatay ve dikey olarak sıralanan norm kaynakları bulunmaktaydı. İslam'ın ilk devirlerinde normların sistematik doktrini yoktu. Çeşitli kaynaklardan gelen normlar ortak bir muhakeme havuzuna dökülüyordu. Hangi normun hangi mantıkla diğerine tercih edileceği somut duruma, rivayetlere ve içtihada bağlı görülüyordu. Haliyle, içtihat ekolleri ve hüküm çıkarmada kullanılan deliller dağınıktı. Fıkha göre delillerin, bugünkü terminolojiye göreyse norm kaynaklarının hiyerarşisi bilahare teorize edildi ve yukarıdan aşağıya Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas şeklinde sıralanan normlar hiyerarşisi doktrini ortaya çıktı, geniş kabul gördü. İslam hukukunda bin yılı aşkın bir süredir normlar hiyerarşisi doktrininin olduğunu söylemek mümkündür.

Normlar hiyerarşisinin Hans Kelsen tarafından geliştirildiği iddiası genel kabul görse de<sup>15</sup> esasında normlar hiyerarşisi belli bir karmaşıklığa ulaşmış tüm hukuk sistemlerinde tabii bir sonuçtur. Bununla birlikte, pratikte her hukuk sisteminde mevcut olan normlar hiyerarşisinin teorisi her hukuk sisteminde geliştirilmiş değildir.

Normlar hiyerarşisi doktrinini benimseyen hukuk sistemlerinde tutarlılığın ve öngörülebilirliğin artması beklenir. Bu beklenti haklı olmakla birlikte teori ile pratik arasında uyumsuzlukların olabileceği de hatırdta tutulmalıdır. Haddizatında makalemizin konusu, günümüz Türk hukukunda normlar hiyerarşisinin teorisi ile pratiği arasındaki uyumsuzluktur.

---

<sup>15</sup> Modern normlar hiyerarşisi doktrini Kelsen'in arkadaşı Adolf Merk'l'e ait olup Kelsen'in "Hukukun Saf Teorisi" bağlamında popülerleştiği için onunla özdeşleşmiştir. Thomas Olechowski, "Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merk'l," *Reconsidering Constitutional Formation II Decisive Constitutional Normativity*, ed. Ulrike Müßig (Cham: Springer, 2018), 353.

### C. Anayasa Hukuku Bağlamında Normlar Hiyerarşisi

Normlar hiyerarşisiyle hukuk normları arasında belirli bir tutarlılığın sağlanması amaçlanmıştır. Böylece hukuk pozitif bilimlere yakınlığına çalışılmış, objektif kriterlere dayalı bir sistematik oluşturulmak istenilmiştir. Geçerlilik zinciri metoduyla birlikte, alt sırada yer alan her katmanın bir üst katmana uygun ve akışı sağlar nitelikte olması öngörülmüştür.<sup>16</sup>

Norm kavramı hiyerarşi sistematüğinde geniş anlamda kullanılmakta olup her türlü kural olarak değerlendirilmektedir. Her bir norm bir başka norma dayanmaktadır. Bu ilintili hal normlar arasında hiyerarşinin bulunduğunu, söz konusu dayanağın alt-üst ilişkisi kapsamında olduğunu göstermektedir.<sup>17</sup> Bu sebeple hukuk devletinin temelinde, normlar arasında yer alan uyum ve mantık sisteminin yer aldığı düşünölmektedir.

Elbette hukuk sisteminin temelini, dolayısıyla bütünüünün geçerliliğini neye borçlu olduğu sorusu çözümsüz kalmıştır. Hans Kelsen, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan anayasanın geçerliliğini temel normdan alınması hususunu “Geçerliliğinin temeli, temel norm olan hukuk düzeni, yan yana duran normlar yığıını değil ama biri diğerine bağımlı, biri diğerinin altında ya da üstünde yer alan normlardan oluşmuş bir hiyerarşi yahut bir piramittir” cümlesiyle açıklamaktadır.<sup>18</sup>

Kelsen’in tanımı bağlamında, bahse konu piramidin en tepesinde soyut, vazedilmemiş, hatta hukuki bile sayılmayacak bir normun bulunması gerektiği açıktır. En tepede yer alan norm “temel norm” (*grundnorm*) olarak adlandırılmaktadır.<sup>19</sup> Bahse konu sistemin en tepesinde hangi nitelikleri haiz bir normun bulunması gerektiği hususunda çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Çalışmanın kapsamını aşırı genişletmemek ve ana konudan uzaklaşmamak adına bu tartışmalar üzerinde durmayacağız.

<sup>16</sup> Vecdi Aral, *Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri* (İstanbul: Garan Matbaası, 1938), 14.

<sup>17</sup> Metin Şahin, “Normlar Hiyerarşisinin Türk İdare Hukukunda Uygulanması” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara: Gazi Üniversitesi, 2014), 16.

<sup>18</sup> Gözler, *Hukuka Giriş*, 181.

<sup>19</sup> Hart, devletin kuruluşuyla ilgili bir kavram olan *grundnorm*’un anayasadan yukarıda olduğunu belirtmektedir. H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Law Series, 1961), 68.

Tartışmadan uzak durulmasında Kelsen'in diğer görüşleri etkili olmaktadır. Şöyle ki Kelsen devlet ile hukuku özleştirmektedir.<sup>20</sup> Devletin altyapısını ifade eden temel norm, devlet -dolayısıyla hukuk- öncesi bir konu olmaktadır. Hukuk sistematığının meselesi değildir. Asli kurucu iktidarın herhangi bir başka güç odağına bağlı kalmaksızın salt kendi kudretine dayanması neticesinde sahip olduğu hükmetme yetkisiyle birlikte meydana çıkardığı ilk ürünün "anayasa" olduğu iddiası bu noktada belirleyici olmaktadır. Bir diğer temellendirme ise anayasada değişiklik yapma gücünün tali kurucu iktidar bünyesinde yer almasıdır. Diğer bir ifadeyle, tali kurucu iktidar bile temel normla ilişki halinde değildir.

Bu aşamada akla anayasada bir iç hiyerarşiden bahsetmenin mümkün olup olmadığı sorusu tekrar gelebilir. Doktrinde anayasadaki bazı normların diğerlerinden üstün olabileceği, örneğin evrensel değerlerin genel bir üstünlüğü olduğu gibi kanaatlere rastlanabilir. Gözler bu tür kanaatlerin anayasal tutarlılığa uygun olmadığı görüşünü savunmaktadır.<sup>21</sup> Bize göre de aynı metin içindeki hükümler arasında herhangi bir uyumsuzluk bulunduğu düşünülmekeyse metnin kurgulanmasında esas alınan ilkelere gidilerek çözüm aranmalıdır. Böyle bir inceleme neticesinde hem metnin tutarlılığı sağlanacak hem de pozitif hukuk adına hangi hükmün somut netice doğurması gerektiği görülecektir. Gerçekleştirilecek inceleme esnasında salt lafza bağlı kalınmaması, metnin ortaya çıkmasına sebebiyet veren düşüncelerin de dikkate alınması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, lafzi, tarihi ve gai yorumlar birleştirilmelidir.

Asli kurucu iktidarın ortaya koyduğu irade, ortaya çıkan anayasa metninin doğru yorumlanmasında oldukça önemlidir. Aktarıldığı üzere, asli kurucu iktidar herhangi bir başka unsura bağlı hareket etme mecburiyetinde değildir. Bu nedenle, kurucu iktidarın felsefesi direkt olarak anayasanın ruhunu oluşturmaktadır. Şüphesiz ki bu ruhun her zaman doğru, adil ve sağlıklı olduğu iddia edilemez. Aksine, asli kurucu iktidarın aşırı katı ve etkili olduğu bir anayasal düzende asli kurucu iktidarın birtakım bozuk kanaatleri kemikleştirdiği, dahası

---

<sup>20</sup> Cemal Bali Akal, *Hukuk Nedir?* (Ankara: Dost Kitabevi, 2017), 144.

<sup>21</sup> Gözler, *Hukuka Giriş*, 185.

sonraki nesiller aleyhine bir hiyerarşi oluşturduğu<sup>22</sup> söylenebilecektir. Fakat bizim bu makale kapsamındaki konumuz, anayasal düzenin ahlaki niteliği değil, mantıki tutarlılığıdır.

Her halükarda anayasayla birlikte sistemdeki bütün norm katmanlarının sınırları da çizilmiş olmaktadır. Uygulanacak hukukun temelleri atılmakta, kazuistik bir sistemden ziyade temel ilkelerin belirlendiği bir çerçeve kurulmaktadır. Anayasanın en üstte olması anayasal normlara atfedilen önemi doğurmaktadır. Anayasal normlar, alt normların tamamı üzerinde belirleyici statüye sahiptir ve aynı zamanda kılavuz niteliğindedir.<sup>23</sup> Bu noktada anayasanın çift işlevli olduğu rahatlıkla söylenebilmektedir. Bu işlevler hiyerarşideki konum ve yol göstericilik olarak nitelendirilebilir.

Anayasal norm düzeni genellikle üç boyutlu bir piramitle açıklanmaktadır.<sup>24</sup> Bu modelleme hukuk normlarını dizayn ve domine etmektedir.<sup>25</sup> Piramitte ilk olarak dikey yönlü ilişki bulunmaktadır. Bu ilişki neticesinde, alt ve üst piramit basamaklarında yer alan normların kendi arasında bir iç uyumu bulunmaktadır. Bu sistem itibarıyla alt ve üst arasında hiyerarşik düzen sağlanmaktadır. Bir diğer bağlam ise normlar hiyerarşisi piramidindeki yanal yani paralel yönlü ilişkidir. Paralel ilişkide hiyerarşik olarak aynı düzeyde yer alan normlar arasındaki bağ incelenmektedir. Söz konusu bağ, özel norm – genel norm, uygulanma tarihi bakımından öncelik yahut normun ruhu gibi açılardan gündeme gelmektedir. Son olarak, hiyerarşideki konumu tartışmalı olan normlar arasındaki çatışma, normlar hiyerarşisi piramidi bağlamında değerlendirilmektedir.<sup>26</sup> Ancak bahsedilen son iki husus, çalışma kapsamında değerlendirmeye tabi tutulmayacaktır.

Normlar hiyerarşisi, hukuk mantığının ve metodolojisinin her noktasında geçerli bir enstrüman olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda, ilgili enstrümanı düstür edinen hukuk devletinin, tüm hukuki süreçlerde bu ilkeyi etkin kılması

---

<sup>22</sup> Refia Kaya, "Nesiller Arası Adalet Prensibine Uygun Anayasa," TYB Akademi, Yeni(den) Anayasa Özel Sayısı 35 (2022): 102.

<sup>23</sup> Kemal Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi* (Bursa: Ekin Yayınları, 2000), 4-5.

<sup>24</sup> Sezer, "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," 356.

<sup>25</sup> Belemir Çoban, "Normlar Hiyerarşisinden Küresel Hukuka: Ulusötesi Normların Meşruluğu Sorunsalı," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, 2018), 27.

<sup>26</sup> Sezer, "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri," 357.

gerekmektedir. Yargı kararlarında da özellikle üzerinde durulan bu ilke, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 17.5.2012 tarih ve E.2011/2500, K.2012/9052 numaralı kararında şöyle açıklanmıştır: *“Anayasa’nın 138. maddesinde de yer alan, “Normlar hiyerarşisi” ilkesi uyarınca, hukuk kuralları yukarıdan aşağıya doğru “Anayasa”, “Kanun”, “Kanun Hükmünde Kararname”, “Tüzük”, “Yönetmelik” ve “Diğer alt düzenleyici işlemler (Yönerge, Genelge vb.)” şeklinde sıralanmakta olup, alt kademe yer alan bir normun üst kademedeki norma aykırı olması ya da onun kapsamını aşan düzenlemeler içermesi mümkün bulunmamaktadır”*.<sup>27</sup>

Burada şu notu düşmekte yarar vardır: Anayasa’da normlar hiyerarşisi açıkça geçmemektedir. Bununla birlikte, Anayasa’nın 11. maddesinde yer alan *“Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü”* ilkesinden, temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası anlaşmalara, kanun, cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmeliklere ilişkin anayasal hükümlerden ulusal hukukta normlar hiyerarşisi olduğu anlaşılmaktadır. Alıntılanan Yargıtay kararında da görüldüğü üzere, normlar hiyerarşisi anayasal dayanağa sahip bir hukuk ilkesi olarak kabul edilmiştir.

---

<sup>27</sup> “ ... Bu durum, “Genel kurallar, usulü dairesinde değiştirilinceye veya kaldırılincaya kadar, düzenleyici işlem tesis etme yetkisi olan makam ve kurumları da bağlar” şeklinde ifade edilen “Tu patere legem quam facisti” prensibi ile izah olunmaktadır. Bu ilkenin doğal sonucu olarak, normlar hiyerarşisinde üst kademe yer alan yasal kurallara aykırı düzenleyici tasarrufların idare tarafından yürürlüğe konulmasının hukuka aykırı olacağı şüphesizdir. Öğretide türevsel bir yetki olarak kabul edilen idarelerin yasa kurallarını uygulama ve bu kapsamda idari düzenleme yapma yetkisinin yasama organının çizdiği sınırlar içinde ve üst hukuk normlarına aykırı olmamak kayıt ve şartına bağlı olarak gerçekleşebileceği belirtilmektedir (İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, İstanbul, 2006). Somut olayda; kanundan daha alt düzeyde olan ve kanunun çizdiği sınırları daraltamayacak nitelikte hükümlere sahip olması zorunlu olan 2009/139 sayılı Genelge ile; Kanunun ilgililere tanıdığı imkânın daraltıldığı anlaşılmakta olup, davacının prime esas kazancı eksik bildirmiş olmasının söz konusu prim indiriminden yararlanmasına engel teşkil edeceğine ilişkin bir hükmün Kanunda yer almadığının; ayrıca 2009/31 sayılı Genelge’de yer alan daraltıcı hükmün daha sonraki tarihli 2011/45 sayılı Genelge ile yayımı tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmış olduğunun anlaşılması karşısında, prime esas kazancın eksik bildirilmesinin söz konusu maddeden yararlanılmasına engel teşkil etmeyeceği yönündeki Mahkeme kabulü yerindedir.”

## II. TEORİ-PRATİK UYUMSUZLUĞU: AVUKATLIK KANUNU ÖRNEĞİ

### A. Kanun Hakkında

19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu 7.4.1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun'da zaman içerisinde pek çok değişikliklere gidilmiştir. Son olarak 11.7.2020 tarih ve 7249 sayılı Kanun'la yirmi sekiz maddelik değişiklik yapılmıştır. Kanun, ek maddeler haricinde, 198 madde olarak tasarlanmış, ancak bazı maddeler 26.2.1970 ve 31.5.2006 gibi tarihlerde yürürlükten kaldırılmıştır. Kanun on üç kısımdan oluşmaktadır: *“Avukatlık ve Avukat, Avukatlık Mesleğine Kabul, Yasak Haller, Staj, Avukatlık Sınavı, Avukatın Hak ve Ödevleri, Baro Levhası ve Avukatların Listesi, Barolar, Türkiye Barolar Birliği, Disiplin İşlemleri ve Cezaları, Avukatlık Sözleşmesi, Adli Müzaheret, Çeşitli Hükümler”*.

Kanun'da öncelikle avukatlık kavramı hak ve statü çerçevesinde tanımlanmış, avukatın mesleğe hangi şartlar altında alınacağı belirlenmiş, meslekle bağdaşmayan hususlar ayrıca sayılmıştır. Avukatlık şartı arasında yer alan staj dönemi ve avukatlık sınavı Kanun kapsamına alınmış, avukatın yükümlülükleri de düzenlenmiştir. Avukatların baro levhasına ve listelere kaydedilme usulleri belirlenmiş, meslek kuruluşu olan barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin içyapısı, kuruluşu ve işleyişi düzenlenmiştir. Avukatlık sözleşmesinin nasıl kurulacağını yanı sıra mesleğe aykırı şekilde hareket edilmesi haline doğabilecek cezai müeyyideler de sıralanmıştır.

Bu açıklamalar ışığında diyebiliriz ki avukatlık mesleğiyle ilgili tüm hususlar tek bir kanun çatısı altında kapsamlı şekilde düzenlenmeye çalışılmış, avukatların hak, ödev ve yetkileri etraflıca belirlenmiştir. Bununla beraber, bir normun aktif olarak uygulanması, yalnızca o normun mevzuat içerisindeki varlığıyla mümkün değildir. Normun etkin kabul edilmesi için, o normun uygulayıcılar tarafından ciddiye alınması, norma gerçek ve tüzel kişilerce kıymet atfedilmesi zorunludur. Avukatlık Kanunu bu zorunluluğun sektöre uğramasının bir örneği olup, bu hususta çalışmamızın ilerleyen sayfalarında bazı eleştirilerimizi paylaşacağız.

### B. Avukatlık Kanunu'nun Normlar Hiyerarşisindeki Yeri



1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun güncel mevzuatımız içerisindeki yeri normlar hiyerarşisi açısından öncelikli olarak tespit edilmelidir. Bu sayede Kanun'un genelinin ve her bir hükmünün diğer norm basamaklarındaki kurallar karşısındaki gücü belirlenebilecektir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu, adından da anlaşılacağı üzere, bir kanundur. Yukarıdan aşağı normlar hiyerarşisi piramidini -doktriner tartışmaları bir kenara bırakarak, basitçe- şöyle hatırlatabiliriz:

- “1- Anayasa (Anayasa m.11)
- 2- Temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşma (Anayasa m.90/5)
- 3- OHAL'de çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (Anayasa m.119/6)
- 4- Kanunlar, milletlerarası andlaşmalar, Kanunla düzenlenmemiş konulardaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (Anayasa m.104/17)
- 5- Kanunla yetki verilmiş konulardaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (Anayasa m.8)
- 6- Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri (Anayasa m.104/17)
- 7- Diğer Kamu tüzel kişilerin çıkardığı yönetmelikler (Anayasa m.124/1)
- 8- Cumhurbaşkanlığının bireysel nitelikteki atama kararlarına ilişkin Kararnameler (Anayasa m.104/9'un mefhum-u muhalifinden)”.<sup>28</sup>

Yönetmeliklerden sonra genelge, yönerge, tebliğ, talimat gibi diğer düzenleyici işlemler de sayılabilir. Yukarıdaki piramit düzeni içerisinde anayasa en üst yani birinci sırada, kanunlarsa dördüncü sıradadır. Kanun niteliğinde olan bir normun hiyerarşik olarak üstünde ancak “Anayasa, Temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşma, OHAL'de çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri” bulunabilmektedir. Bunlar haricindeki düzenlemelerin kanun normuna kıyasla alt norm niteliği taşıdığı açıktır. Hiyerarşi sistemine tabi olarak alt norm üst norma her anlamda uygun olmalıdır. Anlaşmazlık durumunda esas alınacak olan norm üst normdur. Aynı basamakta yer alan düzenlemelerin “özel-genel” yahut “yeni-eski” olup olmamalarına göre mukayeselerini ise saklı tutmamız gerekmektedir.

---

<sup>28</sup> Mehmet Güneş, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri Ve Denetiminde Maddi İçerik Kriteri,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no.1 (2020): 170.



### C. Uygulama Örnekleri

Hukuk güvenliği ve adalet, hukuk sisteminin düzgün çalışmasıyla mümkündür. Normlar arasında güç ve etkinlik açısından fark olmasına dayanan normlar hiyerarşisi, hukuk sisteminin dayandığı prensipler arasındadır. Bir hukuk devletinde işleyişin hukuk prensiplerine bağlı ve öngörülebilir olması gerekir. Uygulamaların genele yayılmış ve istikrarlı olması gerekir.

Türkiye’de yetkili organlarca geliştirilen mevzuat kapsamlı düzenlemeler içermektedir. Türk hukuku hacim olarak pek geniş ve detaylıdır. Bununla birlikte, gerek sivil gerekse resmi yetkiye sahip kişiler nazarında hukuk devleti fikriyle beraber normların bağlayıcılığı algısı tam olarak olgunlaşmamıştır. Formel hukuk düzeni kapsamında öngörülme faktörleri hukuk kurallarından daha etkili olabilmekte, ekstra-legal hesaplar gerek kuralların gerekse genel hukuk doktrininin es geçilmesine yol açabilmektedir. Bu durumun spesifik bir örneğini Avukatlık Kanunu’nun uygulanmasında gözlemlemekteyiz.

Normlar hiyerarşisi doktriniyle normlar arası ilişkinin teorik olarak düzenlendiğini belirtmiştik. Uygulamada ise piramit düzeni göz ardı edilebilmekte, bambaşka bir norm hiyerarşisi benimsenebilmektedir. Uygulayıcılar kendi kurumlarını, makamlarını ve kendileriyle doğrudan ilgili gördükleri mevzuatı esas alabilmekte, bir tür “yakın norm – uzak norm hiyerarşisi” oluşturabilmekte ve doktrinindeki üst norm – alt norm hiyerarşisini saf dışı bırakabilmektedir.

Yakın-uzak norm düalitesinden ne kastettiğimizi açmamız gerekirse şunu söyleyebiliriz: Başta kamu yetkilileri olmak üzere, herhangi bir yasal işlemi gerçekleştirme durumunda olan kişilerin ilişkili oldukları kurum ve kuruluşlara dair alt seviyedeki yasal düzenlemeleri yahut kendi ilgi ve önem algılarını esas almak suretiyle kendilerine yakın hissettikleri norma istinaden işlemde veya eylemde bulunmaları, uzak hissettikleri normları göz ardı etmeleri, sonuç olarak normlar arası üst-alt hiyerarşisini umursamamaları, uygulamada bir başka norm sıralamasına, yakın norm – uzak norm hiyerarşisine vücut vermektedir.

Yakın norm, genellikle, özel-kamu fark etmeksizin, kişilerin bağlı buldukları kuruluşla direkt bağlantılı olarak hazırlanmış mevzuat ve talimattır. Yönerge, yönetmelik, usul ve esaslar, kurul ve amir kararları, hatta sözlü talimatlar bu kapsamdadır. Bunların hiçbirisi teoride kanun gücünde olmasa da pratikte

kanundan güçlü olabilmektedir. Zira Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılmış bir kanunun takibi ne kadar zor olma potansiyelini haizse yakın makamlar tarafından iletilen talimatların takibi de bir o kadar kolay ve gerçekçi olabilmektedir. Şüphesiz ki kanunlara uymayı TBMM değil, öncelikle amirler ve yetkili organlar takip eder ve değerlendirir. Fakat amirler de nihayetinde memur oldukları için mevzuatı ele alma kültürü tüm devlet kademelerinde benzer şekilde işler: Her ast, üstünün mesele ettiklerini mesele etmek, mesele etmediklerini de mesele etmemek yönünde motive edilir. Sonuç olarak ortaya hukuken öngörülmemiş bir işleyiş çıkmış olur.

Amirlerle iyi ilişkiler kurmak için onların hukuken gerekçelendirilmemiş önceliklerine uymak, mevzuatın takibinden imtina etmek, hizmet alanların yasal taleplerini ve itirazlarını yüzeysel reflekslerle etkisizleştirmek, zamandan ve emekten tasarruf etme gerekçesiyle rutinin dışına çıkmamak, bürokratik alışkanlığı hukuk düzeni olarak takdim etmek ve hukuki nüansları umursamamak, hukuk sisteminin güvenilirliğini baltalayan eğilimlerdir.

Avukatlık Kanunu'nun uygulanma(ma)sında bu gibi eğilimlerle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bazı örnekleri şu şekilde paylaşabiliriz:

Avukatlar, vekaletnameyle müvekkiline ait banka hesaplarına, işlem dökümlerine ve diğer bilgilere ulaşma kabiliyetine sahiptir. Bu husus avukatın doğmuş yahut doğabilecek uyuşmazlıklara vakıf olmasını sağlamakta ve müvekkili lehine işlem tesis edebilmesine imkan sağlamaktadır. Söz konusu yetkiler hem 11.1.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 502. ve izleyen maddelerinde hem de Avukatlık Kanunu'nun ilgili maddelerinde (örneğin m. 2, m. 56) düzenlenmektedir. Kişi, avukata verdiği vekaletnameyle banka hesap bilgilerine şahsı adına ulaşma kabiliyetini ve yetkisini de vermiş olmakta, iradesini noter huzurunda açıkça beyan etmektedir.

Uygulamada ise gerek kamu bankalarında gerekse özel bankalarda avukatlarca ibraz edilen vekaletnelere önem atfedilmemektedir. Avukatın yetkisini suiistimal edebileceği kaygısı, mevzuatın ve vekaletin doğasının üstüne çıkmış durumdadır. Şayet avukatın müvekkilin banka bilgilerine ulaşması noktasında aksi bir irade bulunmakta ise vekaletnameye eklenecek bir beyan yahut ilgili banka nezdinde konulacak bir şerh beraberinde bu söz konusu yetkinin kısıtlanması mümkündür. Veyahut banka nezdinde avukatın görevini

kötüye kullandığına dair şüphe oluşması halinde avukatın inceleme talebine şerh düşülmesi, hatta tutanak tutularak incelemenin kısıtlanması da mümkündür. Fakat uygulamada bu yolların hiçbiri izlenmemektedir. Banka çalışanlarınca esas alınan iç yönergeler ve talimatlar, Avukatlık Kanunu'ndan üstün görülmekte, çalışanlar kendilerine yakın gördükleri alt seviyedeki normu kendilerine uzak gördükleri kanunlara tercih ederek uygulama yoluna gitmektedir.

2016 senesinde yaşanan bir hadise neticesinde, avukatların bankalarca engellemesi bir avukat tarafından mahkemeye taşınmış olup Yargıtay 11. Hukuk Dairesi uygulamanın hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir.<sup>29</sup> Bu karar dahi yeterli etkinliği sağlayamamıştır; uygulama eskisi gibi, hem normlar hiyerarşisine hem de yüksek yargı kararına aykırı surette devam etmektedir.

Banka gibi özel işletme hüviyetindeki kurumlar haricinde, doğrudan devlet tüzel kişiliği içerisinde yer alan kurum ve kuruluşlarda da normlar hiyerarşisinin ve kanunun gerekleri uygulamada dikkate alınmayabilmektedir. Özellikle polis, jandarma ve bekçi gibi kolluk görevlerini ifa eden kamu personelinin uygulamalarında bu durum gözlemlenebilmektedir.

---

<sup>29</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 9.10.2017 tarih ve E.2016/3192, K.2017/5178 sayılı kararı: "Mahkemece bozma ilamına uyularak tüm dosya kapsamına göre; dava, genel vekaletnameye dayanılarak müvekkilinin hesabı ile ilgili bilgilerin banka tarafından verilmesi istemine ilişkin olduğu, davacı vekili tarafından 10/05/2013 tarihli ... Bankası Genel Müdürlüğü'ne hitaben yazılmış dilekçesi ile davacı adına ... Şubesinde açılan hesabın akıbetinin bildirilmesinin istendiği, banka tarafından bu talebin 02/09/2013 tarihli yazı ile reddedildiği, Bankacılık Kanunu'nun 73/3. maddesinin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin olduğu, dava konusuyla ilgisinin olmadığı, Bankacılık Kanunu'nda, vekillerin bankalardan (bizzat) müvekkillerinin hesabına ilişkin olarak bilgi ve belge istemesi halinde, vekaletnamelerinde özel yetki bulunması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmadığı, davacı adına vekaletnameye istinaden istenilen bilgilerin Avukatlık Kanunu'nun 2/3. maddesi gereğince davacının vekiline bildirilmesinin gerektiği, bu hususta vekaletnamede özel yetkiye ihtiyaç bulunmadığı gerekçesiyle davanın kabulü ile davacı vekilinin davalı bankadan Avukatlık Kanun'un verdiği yetkiye istinaden davacı adına istediği bilgi ve belge suretlerinin davalı banka tarafından davacıya veya vekiline verilmesi suretiyle taraflar arasındaki muarazanın giderilmesine karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA..."

Kolluk tarafından ihlalin sıkça gerçekleştirildiği bir bağlam, avukatın üzerinin aranmasıdır. 4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde avukatın bürosunda arama işlemi yapılması hukuka uygundur. Bu madde üst aramayı kapsamadığı gibi mahkeme kararı, Cumhuriyet savcısının hazır bulunması ve olayla sınırlılık gibi koşullar öngörmektedir. Bir diğer önemli nokta da şudur ki normlar hiyerarşisi bağlamında Avukatlık Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu gibi kanunlar karşısında özel kanunlar niteliğindedir. Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi şöyledir:

*“Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve kayıtlı olunan baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranmaz.*

*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanununun duruşmanın inzibatına ilişkin hükümleri saklıdır. Şu kadar ki, bu hükümlere göre avukatlar tutuklanamayacağı gibi, haklarında disiplin hapsi veya para cezası da verilemez”.*

Maddede avukatların aranmasının özel olarak düzenlendiği, düzenlemenin avukatlık mesleğinin hususiyetleriyle ilgili olduğu açıktır. Maddenin lafzından adli ve önleme aramaları arasında herhangi bir fark olmadığı, avukatın üzerinin aranmamasının esas olduğu, “ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında” istisnanın bulunmadığı da anlaşılmaktadır. Hal böyleyken, normlar hiyerarşisi gereğince, herhangi bir yönetmelik, genelge, talimat yahut iç yönerge dayanak gösterilerek avukatın üzerinin aranması mümkün olmamalıdır. Kanuna aykırı talimat verilmesi halinde talimatın Anayasa hükmü gereğince kanunsuz emir niteliği taşıdığı da açıktır.<sup>30</sup> Dahası, kanuna

<sup>30</sup> Anayasa'nın 137. maddesine göre “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.”

aykırı nitelik taşıyan arama, 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 120. maddesinde hüküm altına alınan "Haksız arama" suçunu oluşturmaktadır.<sup>31</sup> Avukatın üzerinin istisnalar haricinde aranamayacağı hususu Danıştay 8. Dairesinin 12.11.2010 tarih ve E.2010/5626, K.2010/6024 sayılı kararında da tespit edilmiş, üzeri aranan avukata manevi tazminat verilmesi kararı onanmıştır.<sup>32</sup>

Danıştay'ın hukuka ve normlar hiyerarşisine uygun kararının uygulamaya yansımalarını söylemek zordur. Birel olaylar karşısında avukatların kanunun layığıyla uygulanması yönündeki çabaları devam etmektedir. Örnek vermek gerekirse, benzer bir durum karşısında Sakarya 2. İdare Mahkemesi 25.11.2019 tarih ve E.2019/421, K. 2019/817 sayılı kararında problemi şöyle açıklanmış ve karar bağlamıştır: *"... Adaletin tam tecellisi olarak önem ve öncelik kazanan manevi tazminatın sadece kişinin şeref ve haysiyeti gibi manevi değerlerin değil, yaşam, beden tümlüğü, sağlık gibi kişilik haklarına dahil olan bedensel değerlerin ihlali halinde de ilgilinin duyduğu elem ve üzüntünün kısmen giderilmesini sağlayan manevi bir tatmin aracı olduğu, demokratik hukuk devletinin işleminde, yargılamanın ve hak arama özgürlüğünün sağlanmasında temel unsurlardan olan ve bu hususların gerçekleşmesinde emeği geçen avukatlık mesleğinin mensubu olan davacının, müvekkilinin eşinin önünde eşya aramasına maruz kalmasının meslek onurunu zedelediği, meydana gelen üzüntüsünün karşılanabilmesi maksadıyla sebepsiz zenginleşmeye yol açmayacak miktarda, günün ekonomik koşulları, davacının sosyal ve ekonomik durumu, paranın satın alma gücü, olayın ağırlığı, gerçekleşme biçimi, psikolojik etkisi, yıpranma durumu gibi hususlar göz önünde bulundurularak davacının maruz kaldığı acı, elem ve üzüntünün bir nebze hafifletilebilmesi amacıyla 10.000 TL manevi tazminatın davalı idare tarafından davacıya ödenmesi ..."*

Örnekten de anlaşılacağı üzere kanun tek başına etkili olmadığı gibi yüksek yargı kararı bile normlar hiyerarşisinin hayata geçirilmesinde etkili olamamıştır. Gerek kamu gerekse özel sektör çalışanlarınca hukuk devletinin gerekleri göz ardı edilebilmektedir. Uygulayıcıların tavırları keyfilik, indilik, duyarsızlık,

---

<sup>31</sup> "Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir."

<sup>32</sup> "Avukatlık Kanunu uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzeri aranamaz. Suçüstü hali olmadan müvekkili önünde kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacının meslek onurunun zedelendiği açıktır. Davalı İdarenin bu eylemde hizmet kusurunun bulunduğu, davacının manevi zararının karşılanmasına..."

kuralsızlık, ilkesizlik ve bilinçsizlik gibi kavramlarla, geniş anlamda kaygı ve menfaat duygularıyla, hatta avukata ve avukatlığa dair toplumsal algılarla izah edilebilir. Bununla beraber, uygulayıcıların tavrının saiki ve izahı ne olursa olsun ortada son derece yalın gerçek vardır: Diğer kanunlar gibi bir kanun olan, Anayasa'nın altında ve kanun harici normların üstünde bulunan Avukatlık Kanunu yeterince ciddiye alınmamakta, hukuk sistematığı altüst edilmektedir.

Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde avukatlık "yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil" etmeye dayalı bir "kamu hizmeti" olarak tanımlanmıştır. Öyleyse avukatlığın hakimlik ve savcılık kadar ciddiye alınması yargı hizmetinin düzgün yürütülmesi ve adil yargılamanın sağlanması için bir zorunluluktur. Yargının sacayaklarından birinin aksaması ve itibar kaybetmesi halinde diğer ayakların da başarılı işlev göremeyeceği açıktır.

### III. DİĞER ÖRNEKLER VE DEĞERLENDİRME

Avukatlık Kanunu'nun uygulanmasında yaşanan aksaklıklar normlar hiyerarşisine duyarsızlığın tipik bir örneği olsa da tek örneği değildir. Bir hukuk devletinde kamu görevlileri sadece kendi kurumlarının ve doğrudan uygulama alanlarının mevzuatıyla değil, hukuk kurallarının tamamıyla bağlıdır. Bu bakımdan, doğrudan Anayasa referanslı hareket edilmemesi sebebiyle yaşanan ihlaller, normlar hiyerarşisine duyarsızlığın en yaygın örneği olarak gösterilebilir.

Anayasa, hukuk sisteminin dayandığı değerleri hüküm altına alan metinlerin başında gelmektedir. Bu değerlerde problem olup olmadığı ayrı bir konudur. Değerlerin yorumlanması da ayrı bir konu olup öncelikle Anayasa Mahkemesinin yetkisinde görülür. Bizim işaret ettiğimiz problem ise Anayasa'nın doğrudan referans alınması hususunda gösterilen çekingenliktir. Anayasa sadece Anayasa Mahkemesinin ve üst kurumların yasası değildir. Bütün kurum ve kişilerin yasası olup hukuku uygulamaya yetkili olan herkes anayasal referansla düşünmeye yetkili ve görevlidir. Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar*". Hal böyleyken, Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuki muhakemeye ve uygulamaya aktarılamaması, normlar hiyerarşisinin özümsemiğinin kanıtı olarak görülebilir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının kapsamlı kararlar olarak algılanmaması, Anayasa'nın 90. maddesi üzerinden ulusal hukukta bağlayıcılığı



olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına karşı duyulan güvensizliğin ulusal hukukta oluşturduğu duyarsızlığın bir devamı olarak yorumlanabilir. Gerek AİHM'in gerekse Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının hukuk sistemi içinde daha net ve tutarlı konumlandırılması, yapısal reformlara gidilmesi önerilebilirse de mevcut durumda her iki yargı merciinin de kararlarının etkinliğinde gözlemlenen aksamalar kurumlar hiyerarşisinden ziyade normlar hiyerarşisine ilişkin bir problemdir.

Normlar hiyerarşisine duyarsızlık sorunu, diğer üst yargı mercileri nezdinde de gündeme gelmektedir. Danıştay, bir kararında *“İdare hukukunda normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerden sonra gelen genel düzenleyici işlemlerden olan Genelgeler bir Yönetmeliğe dayalı olarak hazırlanır ve Yönetmelik hükümlerine açıklık getirilmek suretiyle uygulamaya geçirilmesi amaçlanır”* cümlesine yer vermiştir.<sup>33</sup>

Türkiye Halk Sağlığı Kurumu Başkanlığının 23.3.2016 tarih ve 2016/5 sayılı, “Halk Sağlığı Merkezleri” konulu genelgesini iptal eden Danıştay, kararda normlar hiyerarşisini dayanak göstermiştir: *“Yeni bir sağlık hizmeti sunumunda bulunan, Kanunda ve yönetmelikte öngörülmeyen, tanımlanmayan bir kurumun kuruluşunun ve işleyişinin genelge ile düzenlenmesi hukuken mümkün olmayıp, bu düzenleme normlar hiyerarşisine de aykırılık teşkil etmektedir”*.<sup>34</sup>

Kamuoyunda zeytinlik davası olarak bilinen bir diğer Danıştay davasında, yine normlar hiyerarşisine aykırılık mülahazasıyla, 1.3.2022 tarih ve 31765 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Maden Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir: *“3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı Ve Yabancılarının Aşılattırılması Hakkında Kanun uyarınca korunma altında bulunan zeytinlik sahalardaki faaliyetlerin Kanun ile düzenlenmesi gerektiği ve esasen davalı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’nın bu alanı kendi başına yönetmelik ile düzenleme yetkisi bulunmadığından davalı idarenin bu iddiası yerinde görülmemiştir”*.<sup>35</sup>

Bir diğer davada ise 27.6.1989 tarih ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) uyarınca yapılan yabancı lisan imtihanının beş yıl mühletle

<sup>33</sup> Danıştay 5. Dairesinin E.2002/1895, K.2003/1891, 6.5.2003 tarihli kararı.

<sup>34</sup> Danıştay 10. Dairesinin E.2019/7089, K.2020/3234, 24.9.2020 tarihli kararı.

<sup>35</sup> Danıştay 8. Dairesinin 20.4.2022 tarihli yürütmenin durdurulması kararı.

geçerli olduğu hükmüne aykırı olarak çıkarılan, 6.2.2013 tarih ve 28551 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Mali Hizmetler Uzmanlığı Yönetmeliği’nin “Uzmanlığa Atanma” başlıklı 20. unsurunun iptaline karar verilmiştir: *“Yabancı lisan imtihanının geçerlilik mühletine ait 375 sayılı KHK ile getirilen hakkın, yönetim tarafınca yürürlüğe konulan Yönetmelikle kısıtlanması kelam konusu olamayacağından, yapıldığı tarihten itibaren çabucak hemen beş yıl geçmemiş olan bir yabancı lisan imtihanından uzmanlığa atanabilmek için kâfi puan almış bir kişinin, öbür şartları sağladığı takdirde, geçerli olan bu puanına nazaran uzmanlığa atanabilmesi gerekirken, bu hakkı kısıtlayan Yönetmelik kararında hukuka uyarlık görülmemiştir”*.<sup>36</sup>

Alıntıladığımız davalarda ortak nokta, kurumların kendi yetki ve görev alanlarına yakın gördükleri hususları düzenleme adına, daha uzakta gördükleri üst normlara karşı duyarsız davranmalarındır. Bu bakımdan kurumsal duyarsızlık ile kişisel duyarsızlık arasında öz itibarıyla fark olmadığı, fakat ilkinin daha vahim olduğu söylenebilir.

Normlar hiyerarşisine, dolayısıyla hukuka aykırı olarak yapılan düzenlemeler devletin egemenliğine de gölge düşürmektedir. Antropolog Moore’a göre hukukta “yarı otonom sosyal alan” gerçekliği vardır; hiçbir sosyal alan saf pozitif hukuk kuralları tarafından yönetilmez.<sup>37</sup> Bununla birlikte, bu gerçekliği kabul etmek, hukuka aykırılığı normalleştirmeyi de gerektirmez. Pozitif hukuk mantığından fazlasıyla kopuk olan uygulamalar sebebiyle sosyal olgunun hukuku tersyüz etmesi, devletin işleyişine başkaldırı olarak değerlendirilecektir. Devletin mevzuatında ve politikalarında hata olması mümkündür. Fakat hataların yine hukuk sistemi içinde kalınarak, hukuk araçlarıyla giderilmesi gerekir. Normlar hiyerarşisi gibi genel hukuk kaidelerinin *de facto* göz ardı edilmesinin hukuken izahı yoktur. Sayısız sakıncası vardır. Bu sakıncaların başında hukukun ciddiye alınmamasının sıradanlaşması ve yaygınlaşması gelmektedir.

## SONUÇ

Çalışmamızda anahtar kavramlar olan “norm” ve “hiyerarşi” kelimelerinin tanımlanmasının akabinde hukuki bir ilke olarak “normlar hiyerarşisi”

<sup>36</sup> Danıştay 2. Dairesinin E.2017/2540, K.2022/760, 23.2.2022 tarihli kararı.

<sup>37</sup> Sally Falk Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach* (London: Routledge & Kegan Paul, 1978), 56.

açıklanmıştır. Ulusal mevzuatta açıkça yer almayan fakat doktrinde muhkem bir yere sahip olan normlar hiyerarşisi, Türk yargı kararlarında temel hukuk ilkesi olarak kabul edilmiş ve gözetilmiştir. En yalın haliyle normlar hiyerarşisi, hukuk kuralları arasında dikey bir geçerlilik ilişkisi bulunmasıdır. Kanun Anayasa'ya, yönetmelik kanuna, genelge yönetmeliğe aykırı olamaz. Üst kademeye ait bir kuralla alt kademeye ait bir kural arasında çelişki bulunması halinde üst kademedeki kural esas alınır.

Bu son derece makul ve yalın ilkenin ülkemizde layıkıyla hayata geçirildiğini söylemek zordur. Uygulayıcılar nezdinde normların sadece üst-alt değil, ilaveten yakın-uzak şeklinde sıralandığı iddiası bu makalenin hipoteziydi. Başta 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun uygulanmasında karşılaşılan durumlar olmak üzere yargı kararlarından verilen örnekler sayesinde hipotezin doğrulandığı, doktrindeki normlar hiyerarşisinin uygulamada tam karşılık bulmadığı söylenebilir.

Avukatlık Kanunu avukatların görev, hak, yetki ve sorumluluklarını tanımlayan, normlar hiyerarşisinde Anayasa'nın altında, kanun dışındaki mevzuatın da üstünde bulunan bir yasadır. Kanun'un diğer kanunlarla ilişkisi bakımından esas alınacak özel kanun – genel kanun gibi ilkeler varsa da çalışmamızın konusu öncelikle Kanun'un yönetmelik, genelge, idari emir ve teamül gibi kurallar karşısındaki konumu olmuştur. Vekaletnamenin bankalarda geçerli sayılmaması, avukatların üzerinin aranması gibi günlük yaşam içerisinde seçilen somut örnekler yoluyla Avukatlık Kanunu'nun alt normlar karşısında güçsüz kaldığı, dolayısıyla normlar hiyerarşisinin uygulamada yeterince bilinmediği yahut umursanmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Hukukun teorisi ile pratiği arasında yaşanan bu uyumsuzluğun hukuk zihniyetiyle ilişkili olduğu açıktır. Hukuk zihniyetinde gözlemlenen teori ile pratik arasındaki uyumsuzluklar karşısında iki ana seçenek vardır: Ya pratiği düzeltmek ya da teoriyi sorgulayıp revize etmek gerekmektedir. Bir yandan konvansiyonel teoriyi benimsemek, diğer yandan teoriye aykırı pratiklere devam etmek kabul edilemez bir durumdur. Bu durum, genel hukuk kaidelerinin toplum ve hukuk uygulayıcıları nezdinde benimsenmediğini göstermenin de ötesinde hukuka ve devlete güvensizliğin gittikçe derinleşmesine yol açacaktır.

Tasvir ettiğimiz sorunlu olgunun devlet ve kamu düzeni namına gerçekleşmesi ise apayrı bir tuhafıktır. Zira normlar hiyerarşisini umursamama problemi, doğrudan ve açıktan hukuk tanımazlık kastından doğmamaktadır. Uygulayıcıların kendi dar halkalarını ilgilendiren kural ve talimatlara aşırı önem atfetmesinden ve bağıllık göstermesinden doğmaktadır. Bu davranışın sebebi korku, menfaat, alışkanlık, konfor, bilinçsizlik veya kötü niyet olabilir. Her halükarda ortaya çıkan sonuç, sadece yanlış bir hukuk pratiği değil, aynı zamanda yanlış bir hukuk teorisidir. Kimi uygulayıcılar, klasik normlar hiyerarşisini göz ardı etmekle kalmayıp, adeta alternatif bir normlar hiyerarşisi doktrinine vücut vermektedir. Kendilerini doğrudan ilgilendirdiğini düşündükleri normları kendilerini doğrudan ilgilendirmediğini düşündükleri normlara tercih ederken üst-alt norm hiyerarşisini ortadan kaldırmakta, yakın-uzak norm hiyerarşisi yaratmaktadır.

Problemin Avukatlık Kanunu'na özgü olmadığı, özellikle Danıştay'da görülen davalarda yönetmeliklerin kanunlara aykırılığının sıkça karşılaşılan bir sorun olduğu gösterilmiştir. Bu sayede problemlerin gerçek kişi olan uygulayıcıların zihniyetiyle sınırlı olmadığı, kamu tüzel kişiliklerinin hukuk nosyonuna bile sirayet ettiği yansıtılmıştır. Normlar hiyerarşisi gibi en temel bir hukuki kaidenin hukuk bilincine yeterince kazandırılmadığı anlaşılmaktadır.

Kısa vadede somut olarak yapılması gereken, özel ve kamu ayırt etmeksizin bütün kurumların mevzuatlarının üst normlarla olan ilişkilerinin incelenmesidir. İnceleme, kurumların dahili mevzuatıyla sınırlı kalmamalıdır. Bağlantılı tüm mevzuat hükümlerine tutarlılık kazandırılmalıdır. Bu çaba, hukuk devletinin bir sıhhat şartı olarak görülmelidir. Mevzuat eşgüdümü sağlanırken makamların yetkileri de net bir şekilde belirlenmeli, normlar hiyerarşisine aykırılık kapısı açık bırakılmamalıdır.

---

---

**Hakem Değerlendirmesi:** ift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**ıkar atışması:** Yazar ıkar atışması bildirmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author has not declared whether this work has received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author has not declared whether ethics committee approval was required.

---

---

## KAYNAKÇA

- Akal, Cemal Bali. *Hukuk Nedir?* Ankara: Dost Kitabevi, 2017.
- Aral, Vecdi. *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*. İstanbul: Garan Matbaası, 1938.
- Çoban, Belemir. "Normlar Hiyerarşisinden Küresel Hukuka: Ulusötesi Normların Meşruluğu Sorunsalı" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, 2018.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Yayınları, 2015.
- Gözler, Kemal. *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*. Bursa: Ekin Yayınları, 2000.
- Gözler, Kemal. *Kurucu İktidar*. Bursa: Ekin Yayınları, 2016.
- Güneş, Mehmet. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetiminde Maddi İçerik Kriteri." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no.1 (2020): 166-179.
- Hafizoğulları, Zeki. *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*. Ankara: Us-A, 1996.
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Law Series, 1961.
- Harvey, William Burnett. *Law and Social Change in Ghana*. Princeton: Princeton University Press, 1966.
- Kaya, Refia. "Nesiller Arası Adalet Prensibine Uygun Anayasa." *TYB Akademi, Yeni(den) Anayasa Özel Sayısı* 35 (2022): 83-105.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Moore, Sally Falk. *Law as Process: An Anthropological Approach*. London: Routledge & Kegan Paul, 1978.
- Olechowski, Thomas. "Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl," *Reconsidering Constitutional Formation II Decisive Constitutional Normativity*, ed. Ulrike Müşig, 353-362, Cham: Springer, 2018.
- Sezer, Abdullah. "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)." *Anayasa Yargısı Dergisi* 36, no. 1 (2019): 353-412.

Şahin, Metin. "Normlar Hiyerarşisinin Türk İdare Hukukunda Uygulanması."  
Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Gazi Üniversitesi, 2014.

### **İnternet Kaynakları**

<https://www.etymonline.com/>, Erişim Tarihi: 1.10.2022.

<https://hiyerarsi.nedir.org/>, Erişim Tarihi: 1.10.2022.

<https://www.nedir.com/>, Erişim Tarihi 1.10.2022.

<https://www.nisanyansozluk.com/>, Erişim Tarihi: 1.10.2022.

<https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 1.10.2022.

# TERÖRİZMİ ÖZNELERİ ÜZERİNDEN ANLAMAK: TERÖRLE MÜCADELE KANUNU İÇİN BİR TANIM ÖNERİSİ\*

## *Understanding Terrorism Considering Its Subjects: A Definition Proposal for The Fight Against Terrorism Law*

Hüseyin ARAS\*\*

### Öz

Terör eylemleri gerçekleştirecek olanların caydırılabilmesi de bu eylemleri gerçekleştirenlerin cezalandırılabilmesi de terörizmle etkili mücadele için gereklidir. Ancak bunun için terörizmin fail ya da azmettirici niteliğini haiz çeşitli özneleri olabileceğini öngören bir terörizm tanımına ihtiyaç vardır. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu “örgüt” kavramını terör eylemlerinin mutlak bir şartı olarak kabul etmektedir. Oysa terörizm (terör eylemleri) örgütlerden başka kişiler, devlet dışı silahsız aktörler ve devletler tarafından da gerçekleştirilebilir. Bu aktörlerin her biri siyasî şiddetin bir türü olan terörizmi menfaatleri gereğince araç olarak kullanabilirler. Şiddetin ya faili ya da azmettiricisi olarak siyasî amaçlarına ulaşmaya çalışabilirler. Çalışma bu aktörlerin terörizmin özneleri olmalarının gerçekliğini inceleyerek 3713 sayılı Kanun için bir terörizm tanımı önermektedir.


\* 03-05 Mart 2023 tarihlerinde gerçekleştirilen “Terörizm ve Radikalleşme ile Mücadele Kongresi”nde sözlü bildiri olarak sunulmuş olan bu çalışmanın, kongre bildiri özetleri kitabında, farklı bir özeti yayımlanmıştır.

\*\* Doç. Dr., Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi, huseyinaras06@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8117-6574.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 02.05.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 28.09.2023.

**Atıf/Citation:** Aras, Hüseyin. “Terörizmi Özneleri Üzerinden Anlamak: Terörle Mücadele Kanunu İçin Bir Tanım Önerisi.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 605-633.

**“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.”** 



Böyle bir tanım Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin terörizmle mücadelesine hem ön alıcı hukukî tedbirler çerçevesinde katkılar sunabilir hem de terör suçları işleyen tüm öznelere yaptırım uygulanabilmesini yasal olarak tartışmasız hale getirebilir.

**Anahtar Kelimeler:** Terör, Terörizm, Terörizmin özneleri, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, Terörizmle mücadele

## **Abstract**

Both deterring those who will commit terrorist acts and punishing those who commit these acts are necessary for an effective fight against terrorism. However, there is a need for a definition of terrorism that foresees that terrorism can have various subjects as perpetrator or the instigator for this. The Fight Against Terrorism Law No. 3713 accepts the concept of "organization" as an absolute condition for terrorist acts. However, terrorism (terrorist acts) can also be carried out other than organizations by individuals, non-state unarmed actors and states. Each of these actors can use terrorism, which is a type of political violence, as a tool for their own benefit. They may try to achieve their political goals by being either the perpetrator or the instigator of violence. The study proposes a definition of terrorism for Law No. 3713 by examining the reality of these actors being the subjects of terrorism. Such a definition can both contribute to the State of the Republic of Türkiye's fight against terrorism within the framework of preemptive legal measures and make it legally undisputed that sanctions can be imposed on all subjects who commit terrorist crimes.

**Key Words:** Terror, Terrorism, Subjects of Terrorism, Law on Fight Against Terrorism Nr. 3713, Fighting Against Terrorism

## **GİRİŞ**

Terörizm siyasî amaçlar içerir. Bu nedenle, siyasî amaçları bulunan devletler ile devlet dışı aktörlerin de şahsî motivasyonlarla harekete geçebilen bireysel aktörlerin de terörizmin özneleri olabilmeleri mümkündür. Bu aktörlerin siyasî amaçları, içerdiği şiddete rağmen terörizme ve teröriste değer ya da kutsallık atfetmelerini olanaklı hale getirebilir. Nitekim birinin terörist olarak nitelediği kişiyi bir başkasının gerilla, lejyoner, kahraman, kurtuluş savaşçısı vb. olarak niteleyebilmesi bunun bir göstergesidir. "Menfaat" ya da "çıkar" kavramlarıyla da

ifade edilebilecek olan siyasî amaçları gereğince bu aktörler siyasî şiddetin bir türü olan terörizmi bizzat gerçekleştirebilir, teşvik edebilir, destekleyebilir, kolaylaştırabilir veya görmezden gelebilirler. Başka bir ifadeyle bu aktörler terörizmin (terör eylemlerinin) failleri de azmettiricileri de olabilirler. Bu durum çeşitli aktörlerin terörizmle mücadele gerekçesiyle oluşturulan iç hukukta “terör suçlusu” sayılabileceklerini kabul etmeyi meşrulaştırmaktadır.

Her egemen devlet gibi Türkiye Cumhuriyeti Devleti de terörizm tehlikesi karşısında tehdit algılarının gerektirdiği yasal tedbirleri alma hakkına sahiptir. Elbette “hukuka uygunluk” ölçütü bu hususta temel önemdedir. Bu tür tedbirler, terörizm (terör eylemleri) gerçekleştirebilecek kişilerin caydırılabilmesi bakımından gereklidir. Caydırıcılık sağlanamadığında terör eylemlerinin sorumlularının cezalandırılabilmesi ise bu yasal tedbirlerin varlığı nedeniyle mümkün hale gelir. Ancak 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun<sup>1</sup> birinci maddesinde “bir örgüte mensup kişi veya kişiler” biçiminde ifade edilmiş olan terör eylemlerinin öznelerinin gerek caydırıcılık gerekse cezalandırılacak sorumlular bakımından sınırlandırılmış olduğu görülmektedir. Öznelerin bu minvalde sınırlandırılmış olmasının -varsa- gerekçelerini incelemek bu çalışmanın kapsamında olmasa da bu sınırlandırmanın Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin terörizmle mücadelesinde dezavantajlar yaratabileceği değerlendirilmektedir. Nitekim işlendiği iddia edilen bazı terör suçlarına yargılama süreçlerinde yapılan itirazlar bu sınırlandırmaya dayandırılarak haklı gösterilmeye çalışılmaktadır. Bu minvalde çalışmanın amacı aynı anda çok sayıda terör örgütüyle ve farklı terörizm türleriyle mücadele etmek zorunda kalan devletlerden biri olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin terörizmle mücadelesine bu sorun çerçevesinde yapılacak bir incelemeye katkıda bulunmaktır.

Çalışmada 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun birinci maddesindeki terör tanımının terörizmin olası başka aktörleri dikkate alındığında yeterince kapsayıcı olmadığı ileri sürülmekte; devlet dışı silahlı aktörlerin yanında devletlerin, devlet dışı silahsız aktörlerin ve tek tek bireylerin de terörizmin fail ya da azmettirici nitelikte özneleri olabilecekleri iddia edilmektedir. Bu doğrultuda ilk olarak 3713 sayılı Kanun’daki “örgüt” kavramına dair bir değerlendirme ve eleştiri yeni terörizm yöntemleri ve araçları üzerine yapılmış, bu kısımda

---

<sup>1</sup> RG. 12.04.1991, S. 20843.

Kanun'daki "örgüt" şartının terörizmin olası diğer özneleri karşısında yeterince kapsayıcı olmadığı fikri savunulmuştur. İkinci olarak ise "Öznenin 'Kim'liği" meselesi incelenmiştir. Devletlerin, devlet dışı aktörlerin ve bireylerin terörizmin özneleri olabilmelerinin gerçekliği bu kısımda önce onların menfaatleri temelinde kuramsal olarak incelenmiş, sonra buna dair bazı somut kanıtlar aranmıştır. Daha sonra terörizmin öznelerinin azmettiren ve fail statüleri üzerine değerlendirmeler yapılmıştır. Bu değerlendirmeler devletlerin, devlet dışı aktörlerin ve bireylerin terörizmin özneleri sayılabilmelerinin imkânları ile ilişkilendirilmiştir. Nihayetinde 3713 sayılı Kanun'un birinci maddesindeki terör tanımının terörizmin "bir örgüte mensup kişi veya kişiler" dışındaki öznelerini de muhteva eden bir içerikle yeniden düzenlenmesi önerilmiştir.

## I. 3713 SAYILI KANUN'DAKİ "ÖRGÜT" KAVRAMI ve ELEŞTİRİSİ

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun birinci maddesinde "terör" kavramı "*Cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.*" biçiminde tanımlanmaktadır.

Bu tanıma göre terör eylemleri "*bir örgüte mensup kişi veya kişiler*" tarafından gerçekleştirilir. "Örgüt" vurgusu Kanun'un ikinci maddesinde de vardır. Kanun'un birinci maddesinde ifade edilmiş olan amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş olan örgütlerin mensuplarının o amaçlar doğrultusunda birlikte veya tek başlarına suç işlemleri halinde terör suçlusu sayılacaklarına Kanun'un ikinci maddesinde hükmedilmiştir. Kimlerin terör suçlusu sayılacağı konusunda Kanun'un ikinci maddesinde iki hüküm daha vardır: Birinci maddede ifade edilmiş olan amaçlara ulaşmak için kurulan örgütlerin mensubu olanların suç işlemler bile terör suçlusu sayılacaklarına maddenin ilk fıkrasında, terör örgütüne mensup olmasa bile örgüt adına suç işleyenlerin de terör suçlusu sayılacaklarına ise maddenin ikinci fıkrasında hükmedilmiştir. Örgüt, bu iki

maddeye göre, bir eylemin terör eylemi olarak kabul edilebilmesinin de bir kişinin terör suçlusu olarak cezalandırılabilmesinin de temel şartlarındandır.

Ancak Kanun'un üçüncü maddesinde Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerine atıfla sayılan suçlar için herhangi bir örgüt şartı aranmamakta, bireysel olarak gerçekleştirilmesi halinde o suçların da terör suçu olarak kabul edileceği belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle üçüncü maddede sayılan suçlar birinci maddedeki amaçlara ulaşmak için bireysel olarak da işlense terör suçudur. Çünkü Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerinde o suçu işleyecek "kişiden/kimseden" söz edilmekte, suçun işlenmesi için herhangi bir örgüt varlığı şart koşulmamaktadır. Şayet Kanun'un birinci maddesinde yapılmış olan terör tanımındaki "örgüt" kavramı nedeniyle, bireysel olarak gerçekleştirilecek eylemlerin terör eylemi olarak kabul edilmeyeceği ilân edilmiş oluyorsa<sup>2</sup> bu değerlendirme anlamını yitirir. Çünkü Kanun'un dördüncü maddesinde sayılan suçların terör suçu sayılabilmesi de terör örgütü şartına bağlanmıştır. Bu durumda 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun birinci, ikinci ve dördüncü maddelerinde terör suçu için örgüt şartı açıkça ifade edilmiş iken üçüncü maddesinde Türk Ceza Kanunu'na atıfla "kişilerden/kimselerden" söz edilmesi Türk Hukuku'nda terör suçunun mutlak surette örgüt faaliyeti dâhilinde işlenebilecek bir suç mu, yoksa bireysel olarak da işlenebilecek bir suç mu olduğu konusunu, Anayasa Mahkemesi'nin örgütü terör eyleminin bir şartı olarak gören 31.03.1992 tarihli ve E. 1991/18, K. 1992/20 sayılı kararına rağmen, tartışmalı hale getirmektedir. Çeşitli terör saldırılarına ve öğretiyeye bakıldığında da bu hususun tartışmalı hale geldiğini görmek mümkündür.

Türk Hukuku'ndaki terör tanımının örgütün varlığını şart koşması ve bireysel terör eylemlerini dışlaması nedeniyle terörizmin öznelere bakımından eksik olduğu konusunda bazı araştırmacıların değerlendirmeleri bulunmaktadır. Bu araştırmacılardan biri olan Selçuk, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda terör suçu için örgüt şartı bulursa ve Anayasa Mahkemesi de "örgütü" terörün

<sup>2</sup> Nitekim öyledir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin bir kararı vardır. Anayasa Mahkemesi 27.01.1993/21478 Mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 31.03.1992 tarihli, E. 1991/18, K. 1992/20 sayılı kararında 31.sayfada "Bir eylemin terör olarak nitelendirilebilmesi için aranması gereken üçüncü koşul, eylemin bir örgüte mensup kişi ya da kişilerce işlenmiş olmasıdır. Aynı nitelikteki eylemlerin bir terör örgütüne bağlı olmaksızın işlenmesi durumunda eylem terör tanımı dışında kalacaktır." hükmüyle bu konuda hukuka uyarlık bulunduğunu açıklamıştır.

öğelerinden biri olarak kabul etmiş olsa da aslında terör suçlarını işlemek için terörü bir örgüte bağlamanın yanlış olduğunu, çünkü her insanın terör suçunun etkin öznesi olabileceğini ifade eder.<sup>3</sup> Aynı düşünceye sahip olan Turinay ile Osmanoğlu ve Kıdıl ise terör kavramının hukuki tanımına bireysel terör faaliyetlerinin dâhil edilmesi suretiyle “terör” kavramının örgüt unsuruna bağımlılığının ortadan kaldırılması gerektiğini savunurlar.<sup>4</sup>

Tangör ve Sayın; 2010 yılında Avrupa Birliği'nin iç güvenliği gerekçesiyle hazırlanarak kabul edilen Avrupa Birliği İç Güvenlik Stratejisi'nde terörizm tehdidinin sürekli olarak geliştiğinin, bu nedenle önemini koruduğunun vurgulandığını tespit etmişlerdir. “Bir Avrupa Güvenlik Modeline Doğru” temalı bu strateji belgesinde, çeşitli saldırıların da kanıtlandığı üzere, terör örgütlerinin değiştiğine ve yenilediğine, tehditlerin artık hem örgütlü teröristlerden hem de radikal inançlarını aşırı propaganda temelinde geliştirebilecek ve internette eğitim malzemeleri bulabilecek “yalnız kurtlar” olarak adlandırılan teröristlerden geldiğine dair saptamalar yapıldığına da dikkat çekmişlerdir.<sup>5</sup> Nitekim dünya genelinde günümüze kadar “yalnız kurt terörizmi” olarak adlandırılan birçok bireysel terör saldırısı gerçekleşmiştir. Bu çalışmanın “Özne Olarak Devletler, Devlet Dışı Silahlı/Silahsız Aktörler ve Bireysel Teröristler” başlığı altında bu tür saldırılardan söz edilmekte ve Türkiye’de gerçekleşen yalnız kurt saldırılarına örnekler verilmektedir. Bu tür saldırıların varlığı ve sürekliliği terörizmin yöntemleri ve araçları konusunda yeni bir kavrayışı ve hukukî düzenlemeyi gerektirmektedir. Ancak bu noktada önce bazı devletlerin ve ulus-üstü yapılanmaların mevzuatlarında bu kavrayışın varlığını aramak yararlı olabilir.

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 23 Eylül 1999 tarih ve 1426 sayılı Kararı'nda terör eylemi “*Bireyler ya da gruplar tarafından .... işlenmiş herhangi bir suç*” olarak tanımlanır.<sup>6</sup> Fransız Ceza Kanunu'ndaki bireysel terörün varlığını

<sup>3</sup> Sami Selçuk, “Hukukun Terörle Sınava,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1, no. 5 (2011): 72.

<sup>4</sup> Faruk Turinay, “Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 116 (2015): 81; Bilal Osmanoğlu ve Fahrettin Kıdıl, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. Özel Sayı (2019): 1160.

<sup>5</sup> Burak Tangör ve Sevinç Sayın, “Avrupa Birliği'nin Terörizmle Mücadele Stratejisi: Yeni Bir Bütünleşme Alanı mı?,” *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 11, no. 1 (2012): 104.

<sup>6</sup> Osmanoğlu ve Kıdıl, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü,” 1153.

öngören bir tanım<sup>7</sup> ise terör örgütü kavramını terör faaliyetlerinin tek merkezi ve zorunlu bir unsuru olmaktan çıkarmıştır.<sup>8</sup> Bu çerçevede Fransız Ceza Kanunu'nda "terör veya korkutma yoluyla kamu düzenini tehdit eden bireyler" için de terör kavramı kullanılmaktadır.<sup>9</sup> Belçika kanun koyucusunun tanımında ise terör, yöntemden ziyade amaç unsuruyla tarif edilmektedir. Terör suçlarının bireysel veya örgütlü şekilde işlenmesi bakımından bir hüküm içermeyen düzenlemede, terör örgütünün terörün olmazsa olmaz bir unsuru olarak görülmediği anlaşılmaktadır. Düzenleme bu özelliğiyle, bireysel terör faaliyetini mümkün görmesi açısından Fransız düzenlemesine benzetilmektedir.<sup>10</sup> Yani Fransız Ceza Kanunu gibi terör eylemlerinin bireysel olarak gerçekleştirilebileceğine ilişkin doğrudan bir ifadeye yer vermemekle birlikte Belçika Ceza Kanunu, bu konuda bir sınırlamaya gitmeyerek örgütsel birlikteliği, terör eylemlerinin zorunlu unsuru olarak görmemiştir.<sup>11</sup> Terörün varlığı için bir terör örgütünün varlığının aranmadığı Avrupa Birliği'nin 2002/475/JHA sayılı Terörizmle Mücadele Konsey Çerçeve Kararı'nda da görülmektedir.<sup>12</sup>

Türk Hukuku terör eylemi için örgüt varlığını şart koşsa da gerçeklik ve öğretisi örgütün terör eylemi için mutlak şart olmadığını göstermektedir. Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) örneğinde olduğu gibi çeşitli nedenlerle örgüt üyelikleri bazıları için ilk anda kolaylıkla kanıtlanamayabilen kült hareketlerle ilişkili ezoterik teröristlerde ve "yalnız kurt", "yalnız aktör" vb. gibi adlandırmalarla anılan diğer bireysel teröristlerde bunu görmek mümkündür. Demir, genel olarak ezoterik kült hareketlerin terörün bir şartı olarak kabul edilen şiddete doğru evrildiğinin çok kolayca anlaşılmadığını, çünkü sosyal çevrenin onların toplumda görünmez olmalarına ve kendilerini sosyal çevreye gömmelerine çok fazla imkân tanıdığına işaret eder. Ancak bu halin onların şiddet ile ilişkilendirilemeyeceklerinin kanıtı olmadığını da belirtir. Nitekim FETÖ'nün Türkiye'de şiddete evrilmesinde

<sup>7</sup> Tanım "Bireysel veya toplu bir teşebbüsle bağlantılı olarak, tehdit ya da terör yöntemleriyle, kasten, kamu düzenine ciddi derecede zarar verme amacıyla girilen aşağıdaki suçlar terörizm fiillerini oluşturur." biçiminde ifade edilmiştir.

<sup>8</sup> Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü," 43-44.

<sup>9</sup> Kenan Evren Yaşar, "Güncel Değişikliklerle Fransız Ceza Hukukunda Örgüt Kavramı ve Örgütlenme Suçları," Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 3, no. 1 (2015): 203.

<sup>10</sup> Turinay, "Ceza Hukukunda Terör Örgütü," 44.

<sup>11</sup> Osmanoğlu ve Kıdıl, "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü," 1155.

<sup>12</sup> Osmanoğlu ve Kıdıl, "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü," 1166.

görüldüğü gibi silaha ve güce kavuşunca bu tür hareketler kolayca şiddet gerçekleştirebilmektedirler.<sup>13</sup> Yalnız kurt kavramıyla adlandırılan teröristlerin yarattığı şiddetin toplumlarda yarattığı etki de benzer ve yadsınamaz niteliktedir. Bu nedenle hem kült hareketlerle ilişkili ezoterik teröristler hem de yalnız kurt olarak adlandırılan teröristler tarafından gerçekleştirilen şiddet eylemlerinin 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun birinci maddesine göre terör eylemi olarak kabul edilemeyeceği iddia edilemez.

Kanun'un birinci maddesinde sayılan amaçlara ulaşmak için herhangi bir örgütle bağlantısı olmaksızın siber ortamda bireysel olarak saldırılar gerçekleştiren "sanal teröristler" de bu minvalde değerlendirilebilir. Devletlerin çeşitli görevlileri tarafından başka bir devlete siber ortamda yapılan herhangi bir saldırı, saldırıya maruz kalan devlet tarafından terör saldırısı olarak kabul edilebilirse o saldırı için örgüt bağlantısı aramak anlamsız hale gelir. Çünkü devletin ve toplumun varlıklarını hedef almaktadır. Bu halde saldırının faili olan devletin, terörizmin öznesi olduğu iddia edilebilir. Saldırıyı terör örgütlerinin üyeleri yapınca bir terör saldırısı olarak kabul ediliyorsa, saldırı bir devlet adına yapıldığında da terör saldırısı olarak kabul edilmelidir. Bir devletin bürokrati, başka bir devletin kendisine verdiği destek neticesinde aldığı bürokratik kararlarla, vatandaşı olduğu devletin korumakla yükümlü olduğu varlıklarına çeşitli türden zararlar veriyorsa o bürokratin herhangi bir örgüte üye olmasının bir önemi yoktur. Ortada bir zarar vardır ve örgüt bağlantısı ortaya çıkarılamasa da o bürokrat o güne kadar bilinenlerden farklı biçimlerde teşkil edilmiş bir terör eyleminin (terörizmin) faili olabilir. Bu bürokrat için bir örgüt bağlantısı tespit edilemese ve eylemi şiddet içermese de devletin kendisine kamu hizmetleri sunması için verdiği imkânları başka bir devletin ya da devlet dışı aktörün menfaatleri adına kullanması açıkça bir terör faaliyetidir. Bu faaliyetin arkasında örgüt bağlantısı aramak gerekli değildir. Çünkü terörizm yöntemleri artık değişmiştir. Artık şiddet içermeyen terör eylemlerinden dahi söz edilebilmektedir.

Saldırganların verdikleri zararın amacı ve niteliği belirleyicidir. Bu bağlamda terörizmin özneleri örgüt faaliyeti temelinde değil; amaçlar, yöntemler, kullanılan

---

<sup>13</sup> Hilmi Demir, "FETÖ: Bir Kült Örgütünün Radikalleşme Tahkiyesi," içinde *Türkiye'nin Terörle Mücadelesi: Kavramlar, Örgütler ve Aktörler*, ed. Göktuğ Sönmez (Ankara: TASAV Yayınları, 2021), 181.

teknikler, etkiler, sonuçlar vb. merkeze alınarak belirlenmelidir. Mevzuat da öğretiden yararlanarak bu minvalde geliştirilmelidir. Böyle bir yaklaşım sadece örgütün değil; örgüt niteliğini haiz olmayan, örgüt bağlantısı bulunmayan ya da örgüt bağlantısı kanıtlanamayan birçok aktörün de terörizmin öznesi olabileceğini görmeye katkı sağlayabilir. Terör eylemi gerçekleştiren kişinin örgüt üyeliğini soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde ortaya çıkarma zorunluluğunun sebep olabileceği sorunlar da bu sayede aşılabilir. Terörizm tehdidinin devletin hızlı hareket etmesini gerektirdiği gerçeği ihmal edilemez. Bu nedenle terörizmin yeni niteliği dikkate alınmalıdır. Artık terör eylemleri bir örgüt olmadan da gerçekleştirilmektedir.

## II. TERÖRİZMDE ÖZHENİN “KİM”LİĞİ MESELESİ

Terörizmin nesnel bir gerçekliği tanımlamıyor olması<sup>14</sup> yani kavramın sübjektifliği; devletlerin, çeşitli devlet dışı aktörlerin ve kişilerin terörizmle ilişkilendirilmesine dair görüşleri tartışmalı hale getirebilir. Ancak terörizmin siyasî amaçlar içermesi, bu özelliği nedeniyle bu aktörlerle ilişkilendirilebilmesini de mümkün kılar. Siyasî, sosyal, ekonomik vb. güç elde etmek ve/veya iktidarı ele geçirmek isteyen aktörler meşru yöntemlerle amaçlarına ulaşamadıklarında ya da amaçlarına ulaştırabilecek meşru yöntemler ekonomik ve sosyal açıdan maliyetli olduğunda şiddeti bir araç olarak kullanmayı tercih edebilirler. Bu bakımdan güç ve iktidar mücadelesi içerisinde bulunan devletler ile devlet dışı aktörlerin bu süreçte alternatif yöntemler arasından şiddeti seçerek kullanabilmeleri mümkündür. Devlet dışı silahlı aktörler ise genellikle bu süreçlerdeki kullanışlı araçlardır. Thomas Hobbes'un "*insanın insana olan güvensizliğinin birbirlerinin aleyhinde faaliyetler gerçekleştirmelerini olanaklı hale getirebildiği*"<sup>15</sup> önermesine dayanarak, bu aktörlerin insan doğasından azade yapılar olmamalarının bu aktörler için şiddetin kullanımını her zaman bir gerçek haline getirdiği ifade edilebilir. Şahsî motivasyonlarla harekete geçebilen bireysel teröristler de bu aktörler arasına bu gerekçelerle dâhil edilebilir. Kısaca, terörizmin siyasal amaçlarla kullanılabilen bir araç olması siyasî amaçları bulunabilen tüm bu

<sup>14</sup> Eda Seyhan, "'Counter-Terrorism' is a Dangerous Myth, It is High Time We Abolished It," Ceasefire, erişim tarihi Temmuz 2, 2020, <https://ceasefiremagazine.co.uk/time-abolished-counter-terrorism>.

<sup>15</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan*, çev. Semih Lim (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2020), 99-103.



aktörleri terörizmin özneleri haline getirebilir. Anarşik uluslararası sistem de bunu kolaylaştırabilir. Aktörlerin menfaatleri bu hususta belirleyicidir. Menfaatleri gereğince bu aktörlerin her biri şiddetin kullanımını konusunda diğeriyle işbirliği de yapabilir. Aslında terörizmin nesnel bir gerçekliği tanımlamıyor olması bunları olanaklı hale getirmektedir.

Buna rağmen terörizme dair modern incelemeler terörizmi siyasî bir araç olarak kullanabilen devletleri değil, devlet dışı silahlı aktörleri terörizmin faileri olarak sunma eğilimindedir.<sup>16</sup> Bu eğilim devletler için de geçerlidir. Ancak yine de birçok devlet, bir devlet dışı silahlı aktörün bir yabancı devlet tarafından “desteklendiği” durumlarda devletleri de terörizmle ilişkilendirmekte çekince göstermez.<sup>17</sup> Bu bakımdan terörizm asla sadece devlet dışı silahlı aktörlere içkin bir faaliyet değildir. Nitekim devletlerin terörizmle ilişkilerinin önünde bir engel olmadığını ifade eden Goodin, tarihsel kayıtlarda devletlerin ve devlet yetkililerinin terör örgütlerine ve teröristlere destek verdiklerine ilişkin çokça kanıt bulunduğunu tespit etmiş<sup>18</sup> olan araştırmacılardan biridir. Bu tür kanıtlar konusunda Judith Butler da hemfikirdir. Butler, “*devletlerin terörizme karşı savaştığı görüşünü kabul edersek hata yapmış oluruz, çünkü devlet destekli terörizm fikrini kabul etmemiz için fazlasıyla kanıt var önümüzde.*” der ve devlet destekli terörizmin demokrasi kisvesi altında bile yürütüldüğüne dikkat çeker.<sup>19</sup> Peter Alan Sproat da terörizm stratejisinin en ısrarlı ve başarılı kullanıcılarının isyancı gruplardan ziyade devletler olduğunu iddia eden batılı birçok araştırmacı bulunduğunu ortaya koymuştur. O’na göre, devlet dışı silahlı aktörler tarafından gerçekleştirilen şiddet eylemlerine yoğunlaşmış olsalar da Batı’daki ana akım birçok yazar bu şiddeti gerçekleştirenlere dünyadaki çeşitli devletler tarafından destek verildiğinin farkındadır.<sup>20</sup>

1946-2010 yıllarını kapsayan bir çalışmada 454 adet devlet dışı silahlı aktörün hedef aldığı 106 devlet ve bu devlet dışı silahlı aktörlerin 237’ sine destek sağlamış

<sup>16</sup> Michael E. Smith, *Uluslararası Güvenlik*, çev. Ramazan Gözen (Ankara: Felix Kitap, 2020), 224.

<sup>17</sup> Alex P. Schmid, “The Definition of Terrorism,” içinde *The Routledge Handbook of Terrorism Research*, ed. Alex P. Schmid (New York: Routledge, 2011), 48.

<sup>18</sup> Robert E. Goodin, *What’s Wrong with Terrorism?* (Cambridge: Polity Press, 2006), 77.

<sup>19</sup> Judith Butler, “Terör Söylemi,” içinde *Güçlünün Silahı: Amerikan Devlet Terörü Üzerine Söyleşiler*, çev. Serap Arslanpay, haz. Cihan Aksan ve Jon Bailes (İstanbul: Metis Yayınları, 2014), 134.

<sup>20</sup> Peter Alan Sproat, “Can the State be Terrorist?,” *Terrorism* 14, no. 1 (1991): 20-22.

olan 96 devlet arasındaki ilişkiler istatistiksel yöntemlerle analiz edilmiştir. Bu analiz, Birleşmiş Milletler üyesi olan 193 devletin neredeyse yarısının bir ya da daha fazla devleti hedef alan terör örgütlerine destek vermesinin bir istisna değil, uluslararası ilişkilerde neredeyse normalleşmiş bir olgu olduğunu göstermektedir.<sup>21</sup> Devletler hem iç politikalarında hem de dış politikalarında yaşanan gelişmeler nedeniyle devlet dışı silahlı aktörlerle işbirliği yaparak terörizme destek vermeyi gerekli görmekteyler.<sup>22</sup> Bu devlet davranışı, devletlerin menfaatleri ve birbirlerine olan güvensizlikleri ile açıklanabilir. Kautilya'nın bundan en az bin beş yüz yıl önce yazdığı değerlendirilen Arthaşāstra (Mülkün Elkitabı) adlı eserinin bölümlerinden birinin ilk çevirilerinden birini 1965 yılında yapmış olan Dr. R. P. Kangle'ın Arthaşāstra hakkındaki şu değerlendirmesi günümüzdeki bu devlet davranışı konusunda oldukça açıklayıcıdır: *“Bir ülkenin diğerine olan güvensizliği hâlâ aynı, her ülkenin kendi çıkarının peşinde koşmasında değişen bir şey yok, kurulan ittifakların hepsinin ülkelerin kendi çıkarlarını korumaları için olduğu aşikâr, başka bir ülkenin topraklarında faaliyet göstermesi için kurulan gizli servislerin mantığı, Arthaşāstra'dakinden farklı değil. ... Ülkeler arasındaki bu üstünlük rekabeti ve mücadelesinden vazgeçilebileceğini düşünmek zor. Bu eserin öğretisi bu basit gerçeklere dayanmaktadır. Tek bir dünya hükûmeti ya da uluslarüstü bir otorite ortaya çıkana kadar bu böyle devam edecek. ... Bu gerçekleşene kadar, uluslar bilmeden de olsa bu eserdeki uygulamaları hayata geçirecekler ve hatta açıkça kınadıkları şeyleri yapmaya devam edecekler.”*<sup>23</sup>

Bu hususta Waltz uluslararası sistemde anarşinin bulunduğunu, böyle bir ortamda işlerini yürütürlerken bazı devletlerin her an şiddete başvurabildiklerini, bu durumun diğer devletleri de gerektiğinde şiddete başvurmaya hazır tuttuğunu, nihayetinde uluslararası sistemde devletler arasındaki ilişkilerin

---

<sup>21</sup> Belgin Şan Akca, “Dangerous Companies: Cooperation between States and Nonstate Armed Groups,” Nonstate Armed Groups, erişim tarihi Ocak 24, 2021, <https://www.armedgroups.net/facts.html>.

<sup>22</sup> Belgin Şan Akca ve İlayda Bilge Önder, “PKK Terörizmine Uluslar Ötesi Bir Bakış,” içinde *Terörün Kökenleri ve Terörle Mücadele Stratejisi*, ed. Fahrettin Altun ve Hasan Basri Yalçın (Ankara: SETA Kitapları, 2018), 59-69.

<sup>23</sup> Kautilya, Arthaşāstra, çev. Utku Umut Bulsun (İstanbul: Kırmızı Kedi Yayınevi, 2018), aktaran L. N. Rangarajan, *Giriş* (İstanbul: Kırmızı Kedi Yayınevi, 2018), 39.

şiddetin kasvetli gölgesinde yürüdüğünü ifade eder.<sup>24</sup> Oberschall da siyasî amaçlar söz konusu olduğunda şiddet kullanımının olağan hale gelebildiğini ve yaygınlaşabildiğini tespit eder.<sup>25</sup> Bu halde devletlerin gerekli gördüklerinde terörizmi alternatif bir araç olarak seçerek devlet dışı silahlı aktörleri menfaatleri gereğince kullanabilmelerinin her zaman güçlü bir olasılık olduğu ileri sürülebilir.

Öte yandan terörizmin zayıfın silahı olduğu yönünde görüşler vardır. Terörizme, zayıf devlet dışı silahlı aktörler gibi zayıf devletlerin başvurduğu iddia edilir. Ancak Cebeci'nin "terörizm ile ilgili bilgilerimizi güçlü olanlar belirlemektedir"<sup>26</sup> diyerek ortaya koyduğu değerlendirmeden hareketle bunun bir yanıltma olduğu da ifade edilebilir. Çünkü Aksan ve Bailes'in vurguladığı üzere terörün "zayıfın silahı" olduğu, güçsüz devlet dışı silahlı aktörlerin gözünü karartarak önüne her gelene saldırdığı, devletlerin ise buna karşı masumları koruduğu fikri yaygın kabul görse de aslında güçlünün zayıfa nazaran daha büyük çapta terör faaliyetleri gerçekleştirebileceği konusunda şüphe yoktur.<sup>27</sup> Nitekim 1946-2010 yılları arasında aktif olan 454 terör örgütü üzerinde ampirik testler gerçekleştirdiği çalışmasıyla Şan Akca terör örgütlerine verilen devlet desteğine ilişkin olarak bulunan kanıtlar çerçevesinde terörizmin sadece zayıfların silahı olduğu varsayımının şüpheli olduğunu tespit etmiştir.<sup>28</sup> Hatta Çavuşoğlu tarafından ifade edildiği üzere, terörizm, güvenlikleştirmede ve dolayısıyla hegemonyanın sürdürülmesinde merkezi bir rol bile oynamakta, bu nedenle güçlü devletler tarafından hegemonyanın sürdürülebilirliği için terörizmin sürdürülmesine ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Kenneth N. Waltz, *Theory of International Politics* (California: Addison-Wesley Publishing Company, 1979), 102.

<sup>25</sup> Anthony Oberschall, "Explaining Terrorism: The Contribution of Collective Action Theory," *Sociological Theory* 22, no. 1 (2004): 26.

<sup>26</sup> Münevver Cebeci, "Defining 'New Terrorism': Reconstruction of the Enemy in the Global Risk Society," *Uluslararası İlişkiler* 8, no. 32 (2012): 34.

<sup>27</sup> Cihan Aksan ve Jon Bailes, "Giriş," içinde *Güçlünün Silahı: Amerikan Devlet Terörü Üzerine Söyleşiler*, çev. Serap Arslanpay, haz. Cihan Aksan ve Jon Bailes (İstanbul: Metis Yayınları, 2014), 11-12.

<sup>28</sup> Belgin Şan Akca, *Maskeli Devletler: Silahlı Örgütlere Sağlanan Devlet Desteğinin Nedenleri* (İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2021), 175.

<sup>29</sup> Esra Çavuşoğlu, "Assessing Terrorism as a Hegemonic Conception within the Context of Securitization," *Middle Eastern Studies* 12, no. 2 (2020): 365.

Zayıf devletlerin devlet dışı silahlı aktörlere dostça davrandıklarına ve onları barındırdıklarına, bu nedenle devlet dışı silahlı aktörlerin zayıf devletleri güvenli liman olarak kullandıklarına ilişkin bir görüş de terörizmin zayıfın silahı olduğu konusunda kabuller oluşmasına sebep olmaktadır. Ancak çeşitli terör örgütlerinin çeşitli devletlerle ilişkilerine dair bazı örnekler dikkate alındığında devlet dışı silahlı aktörlerin devletler tarafından desteklenmesi gerçeğinin sadece devletlerin etkisizliği ya da zayıflığı ile açıklanamayacağı görülür. Bu halde devlet dışı silahlı aktörlerin zayıf devletlerin topraklarında örgütlenebilme imkânları bulabildikleri için mi o ülkelerde örgütlenebildikleri, yoksa bazı devletleri zayıflatmak isteyen başka devletler tarafından o devletlerde örgütlenmeleri istendiği için mi örgütlenebildikleri konusu tartışmalı bir konu haline gelir. Konunun tartışmalı olması bazı devletlerin başka bazı devletleri zayıflatmak, yapılacak çeşitli müdahalelere gerekçe oluşturmak vb. gibi saiklerle devlet dışı silahlı aktörlerle ilişkiler içerisine girebilmelerini yadsınamaz bir gerçek haline getirmektedir. Nitekim Walter Laqueur'un Birleşmiş Milletler (BM) tarafından en az gelişmiş olarak belirlenen 49 ülkeye ilişkin bir incelemesine dayanarak yapılan bir analizde zayıf devlet kapasitesinin bazı devletleri bu tür aktörlerin kaynak edinimi için doğal adaylar haline getirebildiği, ancak zayıf devletlerin finansman, silah, lojistik, güvenli bölge, eğitim ve eğitim kampı vb. gibi başlıca destek kaynakları açısından en iyi kaynaklar olmadıkları, hatta bu destek kaynakları açısından incelendiğinde İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra faaliyet gösteren tüm devlet dışı silahlı aktörlerin neredeyse %50'sinin zayıf devletlerden değil güçlü devletlerden destek aldığı tespit edilmiştir. Uluslararası siyaset açısından incelendiğinde bu devlet dışı silahlı aktörlerin güçlerini büyük devletlere borçlu oldukları çok açıktır.<sup>30</sup>

Tarih, terörizmin sona ermeyeceğini göstermiştir. Dahası terörizm, sürekli olarak gelişmekte, değişmekte ve yeni biçimlere bürünmektedir. Çünkü amaçlarına hizmet edecek alternatiflerin sayısını az bulan ya da başka alternatifi bulunmadığını düşünen aktörler, terörizmi benimseyebilmektedirler.<sup>31</sup> Bu nedenle terörizmin özneleri değişebilmekte ve çeşitlenebilmektedir. Bu noktada terörizmin öznelerini "azmettiren" ve "fail" kavramları üzerinden incelemeye geçmeden önce terörizmin öznesi olabilecek aktörlerin menfaatlerinin onları

---

<sup>30</sup> Şan Akca, *Maskeli Devletler*, 21-25.

<sup>31</sup> Paul R. Viotti ve Mark V. Kauppi, *International Relations and World Politics* (Boston: Pearson, 2013), 358.

“azmettiren” ya da “fail” statüsünde terörizme teşvik edebilmesi üzerine bir değerlendirme yapmak yararlı olabilir.

### **A. Menfaate Dair: “Var Oluş Amaçları ve Hedefler” Üzerinden Bir Değerlendirme**

Menfaatlerini diplomatik araçlarla gerçekleştiremediklerinde ya da menfaatleri uluslararası hukuka aykırı düştüğünde devletler terör örgütlerinden ve teröristlerden yararlanma yoluna her zaman başvurmuşlardır. Onları korumuşlar, gizlemişler ve çeşitli türden destekler vermişlerdir. Hatta bazen bu ilişkileri gizleme gereği de duymamışlardır. Tarihte bunun çokça örneği vardır.<sup>32</sup> Günümüzde de birçok devlet, menfaatleri gereğince bazı devletler tarafından terör örgütü olarak görülen devlet dışı silahlı aktörlerle yakın ilişkiler içerisine girebilmektedir. Bunu kimi zaman başka bir terör örgütü ile mücadele etme gayesiyle yaptıklarını ileri sürerek, kimi zaman devlet olarak demokrasiye olan bağlılıklarının bu davranışlarını gerektirdiğini ilân ederek vb. meşrulaştırmaya da çalışabilmektedirler. Şiddetin desteklenmesinin bir anlamda normalleşmesi olarak adlandırılabilir bu durum “menfaat” kavramının devlet davranışı üzerinde belirleyici olabildiğinin açık bir göstergesidir.

Örneğin Balta, uluslararası piyasalarda pazarlanabilecek nitelikteki doğal kaynakların bulunduğu bölgelerin kontrolünü ele geçirmeyi, coğrafya üzerinde önemli geçiş bölgelerinin üzerinde olmayı ya da sınır bölgelerinin kontrolünü elde tutmayı elzem gördüklerinde devletlerin bazı devlet dışı silahlı aktörlerle işbirliği içerisine girdiklerini ifade eder.<sup>33</sup> Bu jeopolitik ve jeostratejik amaçlar, özünde meşrudur. Devletler bu amaçlarına ulaşmak için meşru araçları kullandıklarında haklı kazançlar edinebilirler. Ancak bu amaçlarına ulaşmak için gayrimeşru araçlar olan devlet dışı silahlı aktörleri kullandıklarında terör suçu işlemiş olurlar. Bu bağlamda devletler tarafından bu amaçla kullanılan devlet dışı silahlı aktörler ise menfaatleri gereğince gayrimeşru yöntemlere başvurmakta beis görmeyen devletler tarafından planlı biçimde “üretilen” terörizmin “kullanışlı araçlar”ı

---

<sup>32</sup> Galip Beygü İsen, “Terörizm: Değişik Boyutlarıyla Çağdaş Bir Sorun,” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (1983): 199-200.

<sup>33</sup> Evren Balta, *Tedirginlik Çağı: Şiddet, Aidiyet ve Siyaset Üzerine* (İstanbul: İletişim Yayınları, 2019), 45-46.

haline gelirler. Bu aktörler “terörizmin fail özneleri” olarak da adlandırılabilir. Bu durumda menfaatlerinin, devletleri, en azından “terörizmin azmettiren özneleri” statüsüne yerleştirdiği ifade edilebilir. Şan Akca'nın devletler ve devlet dışı silahlı aktörler arasındaki etkileşimlerin yalnızca hedef-devletler ve destekçi devletler arasındaki ilişkiler üzerinden incelendiğinde anlam ifade ettiğine ilişkin tespiti<sup>34</sup> bunu doğrular niteliktedir.

Menfaatlerin tüm aktörler için temel motivasyon kaynağı olduğu açıktır. Bu bakımdan siyasî kimlikli hangi aktörlerin hangi menfaatleri gereğince kişileri ya da örgütleri terör suçu işlemeye azmettirebileceklerini ya da hangi menfaatleri gereğince terörizmin faili olabileceklerini incelemek gerekir. Böyle bir inceleme devletlerin, devlet dışı silahsız aktörlerin ve şahsî motivasyonlarla harekete geçen bireysel teröristlerin terörizmin özneleri olup olamayacakları konusunda daha fazla ve daha net görüş geliştirebilme imkânı verebilir.

Devlet dışı silahlı aktörler olan terör örgütlerinin terörizmin öznesi oldukları konusunda şüphe yoktur. Bu konuda tartışılabilir olan mevzu bu aktörlerin terörizmin yegâne öznesi olup olmadıklarıdır. Bu mevzu bireysel teröristler için de geçerlidir. Devlet dışı silahlı aktörlerin ve bireysel teröristlerin devlet desteği olmadan var olamayacakları görüşü dikkate alındığında bu öznelerin terörizmin fail özneleri olarak kabul edilmeleri makul görünmektedir. Devletlerin ve devlet dışı silahsız aktörlerin terörizmin failleri mi, azmettirenleri mi olduğu konusunu açıklığa kavuşturmak için ise bu aktörlerin var oluş amaçlarına ve hedeflerine bakılabilir. Çünkü bu aktörlerin var oluş amaçları ve hedefleri menfaatlerinin belirleyicisidir.

Devletlerin beka kaygıları, aralarındaki güç mücadeleleri, güvenlik arayışları, çeşitli coğrafyalarda hâkimiyet kurmaya ve hegemonya sağlamaya yönelik jeopolitik hedefleri, tarafı oldukları uluslararası düzenin devamına dair menfaatleri, ticarî amaçları, ideolojik hedefleri vb. devletlerin var oluş amaçlarından ve bu amaçlarıyla ilişkili hedeflerinden bazılarıdır. Devletler, daha önce açıklandığı üzere, bu amaç ve hedefleri gereğince tayin ettikleri menfaatlerini sağlayabilmek için terörizmi alternatif araçlar arasından seçerek kullanabilirler.

---

<sup>34</sup> Şan Akca, *Maskeli Devletler*, 21-22.

Terörizmi alternatif araçlar arasından seçerek kullanmaya teşvik edebilen menfaatlerin bazılarının devlet dışı silahlı ve silahlı aktörler için de geçerli olduğu ifade edilebilir. Bu aktörlerin bazılarının devletler tarafından oluşturulmuş olan, devletlerin menfaatlerine hizmet etmesi beklenen aktörler oldukları açıktır. Küreselleşme, emperyalizm, serbest piyasa ekonomisi, liberal uluslararası düzen, güçlü ulus-devletlerin varlığı vb. devlet dışı aktörler için tehdit unsurları olabileceği gibi fırsatlar da sunabilir. Tehditlerden korunmak ve var olan fırsatları menfaatleri gereğince değerlendirmek isteyebilecek olan bazı devlet dışı aktörler de bu türde gerekçelerle terörizme başvurabilirler. Ayrıca devletlerin bu aktörlere biçtiği misyon, zayıf ve başarısız devletler nedeniyle otorite boşluğu oluşan yerlerde sağlanabilecek kişisel kazanımlar, bir ideale adanmışlık, daha çok para kazanma, hegemonya sağlama vb. gibi motivasyonlar bu aktörleri terörizmi bir araç olarak kullanma konusunda her an hazır tutabilir.

Birey olarak insanların bir değere adanmışlıkları ve bağlılıkları, para kazanma zorunlulukları, dünyevî veya uhrevî statü elde etme istekleri vb. onları terörizmin fail öznesi olmaya teşvik eden dinamikler arasında sayılabilir. Menfaatleri gereğince hem devletlerin hem de devlet dışı aktörlerin bireyleri kullanarak terör eylemleri gerçekleştirebildikleri dikkate alındığında bireysel motivasyonların yanıltıcı olabileceği iddia edilebilse de bu olasılığı tümüyle dışlamak da mümkün değildir. Bireyler de devletler ve devlet dışı aktörler gibi çeşitli menfaatleri gereğince terörizmi alternatifleri arasından seçerek kullanabilirler.

## **B. Özneye Dair: “Azmettiren” ve “Fail” Kavramları Üzerinden Bir Değerlendirme**

Terör eyleminde “bir iradenin varlığı” eylem ile ilgili diğer şartlar kadar önemlidir. Ancak bu irade terör eylemini fiilen gerçekleştiren örgüt üyelerinin özgür iradeleri olabileceği gibi o örgütün oluşması için kişileri teşvik eden, destekleyen, yönlendiren vb. başka bir irade (bir üst irade) de olabilir. Bu bakımdan, terör eylemini bir örgüt gerçekleştirse de terörizmin özneleri örgüt kavramının ifade ettiği devlet dışı silahlı aktörlere indirgenemez. Daha açık bir ifadeyle terör örgütleri terörizmin yegâne özneleri değildirler. Bu hususta Lutz ve Lutz hiçbir terör örgütünün kendiliğinden var olmadığını, Schmid ise terörizmin işleyebilmesi için devlet toleransına ve desteğine ihtiyaç bulunabildiğini ileri

sürerken terörizme için başka aktörlerin de varlığına işaret etmişlerdir.<sup>35</sup> Aynı değerlendirme bireysel teröristler için de yapılabilir.

Başka aktörler arasında devletler öne çıksa da devlet dışı silahsız aktörlerden de söz edilebilir. Terörizmin bu öznelere menfaatleri gereğince terör eylemlerinde (terörizmde) ya “azmettiren” ya da “fail” rolünü üstlenebilirler. Bu durumda her iki özne de terör suçunun sorumlusu haline gelir. Bu bakımdan 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun birinci maddesindeki terör tanımında “örgütü” referans göstererek sınırlanmış olan terör eylemlerinin öznelere “azmettiren öznelere” ve “fail öznelere” temelinde ele alınmalıdır.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nda “bir örgüte mensup kişi veya kişiler” ile “bir terör örgütüne mensup olmasa da örgüt adına terör suçu işleyenler” terör eyleminin faili olarak gösterilirken, terör eylemine “azmettiren” den söz edilmemektedir. Oysa herhangi bir suç için olduğu gibi terör suçu için de “azmettirenler” bulunabilir. Terörizmin siyasal amaçlar içermesi, buna rağmen devletlerin ve devlet dışı aktörlerin terörizmle birlikte anılmaktan kaçınmak zorunda olmaları bunu güçlü bir olasılık haline getirmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun<sup>36</sup> “Azmettirme” başlıklı 38.maddesinde azmettirme suçu çok net biçimde düzenlenmiştir. Bu madde herhangi bir suçun failinden başka, bir azmettireninin de bulunabileceğinin çok açık ifadesidir. Madde metninde başkasını bir suç işlemeye azmettiren kişinin de işlenen suçun en az cezası ile (faile verilecek en az ceza ile) cezalandırılacağına hükmedilmiş olması fail ile azmettiren arasında ceza verilmesi açısından bir ayırım gözetilmediğini, hatta bazı durumlarda azmettirenine daha fazla ceza verilmesinin azmettirme suçunun bazı hallerde daha dikkate değer bir suç olarak bile değerlendirilebileceğini göstermektedir.

3713 sayılı Kanun’da gerekli oldukça Türk Ceza Kanunu’na atıfta bulunulmasına rağmen, Türk Ceza Kanunu’nun suça azmettirme suçu ile ilgili

---

<sup>35</sup> James Lutz ve Brenda Lutz, *Terrorism: The Basics* (London: Routledge, 2011), 82; Alex P. Schmid, “Revisiting the Relationship between International Terrorism and Transnational Organised Crime 22 Years Later,” International Center for Counter-Terrorism, erişim tarihi Ocak 15, 2022, <https://www.icct.nl/sites/default/files/import/publication/ICCT-Schmid-International-Terrorism-Organised-Crime-August2018.pdf>, 23.

<sup>36</sup> RG. 12.10.2004, S. 25611.



hükümlerine atıfta bulunulmadığı görülmektedir. Oysa azmettirme fiilinin altında menfaatler yatar. Siyasî amaçları bulunan herhangi bir aktör menfaatleri gereğince kişileri ve örgütleri terör eylemi gerçekleştirmeye azmettirebilir. Bu nedenle 3713 sayılı Kanun'da "azmettirme" eyleminden söz edilmemesi ve Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerine bu hususta herhangi bir atıfta bulunulmaması bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir.

### **C. Özne Olarak Devletler<sup>37</sup>, Devlet Dışı Silahlı/Silahsız Aktörler ve Bireysel Teröristler**

Terör örgütü olarak adlandırılan devlet dışı silahlı aktörlerin eylemlerinin devletlere atfedilebilirliği konusunda görüşler, akademik çalışmalar, hükümet politikaları, hukukî kararlar vb. vardır. Bu çalışmada bu hususlar içerilmemektedir. Ancak bu hususlar, terör eylemleri fiilen devlet dışı silahlı aktörler tarafından gerçekleştirilse de devletlerin terörizmin özneleri olabilecekleri gerçeğini ortaya koymaktadır. Bu bakımdan, devletlerden, terörizmin olası özneleri olarak mevzuatta söz edilmesinde sakınca görülemez. Kaldı ki devlet dışı silahlı aktörler tarafından gerçekleştirilen terör eylemlerinde devlet sorumluluğunun kanıtlanabildiği durumlar devletlerin terörizmin özneleri olarak anılabilmelerini gerçeğe uygun hale getirmektedir. Mevzuatta özne olarak devletten söz edilmiş olması, herhangi bir terör eyleminin sorumlusunun bir devlet olabileceği iddiası üzerinden harekete geçme konusunda mağdur devletlere ve ilgili kurumlarına haklılık kazandırabilecektir.

---

<sup>37</sup> Alan yazında "devlet terörizmi" kavramı vardır. Bu kavramın ifade ettiği anlam görece geniştir. Buna göre devletler kendi ülkesel sınırları içerisinde kendi vatandaşlarına karşı siyasî amaçlarla şiddet uygulayabildikleri gibi kendi ülkesel sınırları içinde veya dışında yaşayan başka devletlerin vatandaşlarına karşı da terör amaçlı şiddet uygulayabilirler. Bu çalışmada devletlerin terörizmin özneleri olabilecekleri ileri sürülürken devletlerin kendi vatandaşlarına karşı kendi ülkesel sınırları içerisinde siyasal amaçlarla gerçekleştirdikleri terörizm kapsamamaktadır. Çünkü bu durum devletlerin kendi iç meseleleri olarak değerlendirilmektedir. Kendi ülkesel sınırları içinde veya dışında, başka bir devletin vatandaşlarına karşı bizzat kendi silahlı güvenlik birimlerini kullanarak ya da devlet dışı silahlı aktörlerden yararlanarak terör amaçlı şiddet gerçekleştiren devletler ise çalışmanın kapsamı içerisinde değildir. Bu türde terörizm gerçekleştiren devletlerin, başka devletler ve toplumları aleyhindeki terör eylemlerinin bir öznesi olarak kabul edilmeleri ve iç hukuk sisteminde onlardan "devletler" kavramı kullanılarak söz edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Örneğin devletlerin istihbarat faaliyetleriyle görevli kurumlarının terör örgütleriyle ilişkileri açıkça devletleri terörizmin özneleri haline getirir. Kanada Güvenlik İstihbarat Servisi'nin (CSIS) onlu yaşlardaki üç İngiliz'i IŞİD'e (DEAŞ) götürmesi için Suriyeli bir insan kaçakçısıyla anlaşmasının Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Millî İstihbarat Teşkilâtı (MİT) tarafından tespit edilmesi neticesinde, CSIS'in örtülü operasyonlardan sorumlu üst düzey bir görevlisinin MİT'i bu konuda sessiz kalmaya ikna etmek için Mart 2015'te Ankara'ya gittiğine dair yapılan bir haber<sup>38</sup> devletlerin terörizmin özneleri olabildiklerinin bir kanıtıdır.<sup>39</sup> Bu olaydan yaklaşık bir ay önce yapılan "IŞİD'e sempati duyup on beş yaşında İngiltere'yi terk ederek Suriye'ye kaçan Şamima Begüm'ü ülkeye sokan kişinin Kanada için çalışan bir casus olduğu" haberi<sup>40</sup> de bu gerçeğin yok sayılmasını olanaksız hale getirmektedir. Azmettiren-fail ilişkisi bu tür örneklerde çok açıktır ve devletlerin terörizmle ilişkileri bu örneklerde net biçimde gözlenmektedir.

Azmettiren-fail ilişkisi ölçeğinde devletlerin terör örgütleriyle ilişkiler kurabildiklerine dair iddialara kanıt sağlayabilen bir örnek olay, bir helikopterin 15 Mart 2023'te Irak'ın kuzeyindeki Duhok şehrinde düşmesidir. Irak Kürt Bölgesel Yönetimi (IKBY) yedi kişinin öldüğü bildirilen kazada ölenlerin bir kısmının PKK'lı teröristler olduğunu duyurmuştur. Ancak bu olayda cevaplanması gereken bir soru, Fransız Airbus Helicopters adlı şirket tarafından üretilen AS 350 model bu helikopterin Fransızlar tarafından kime satıldığı veya o anda kime ait olduğu sorusu idi. Basın mensupları tarafından Fransa Dışişleri Bakanlığı Sözcüsüne sorulan bu soru sözcü tarafından "Yorumumuz yok." cevabı verilerek yanıtlanmıştır. Helikopterin, DEAŞ ile Mücadele Uluslararası Koalisyonu'nun Suriye'de destek verdiği SDG ismini kullanan PKK/YPG'ye ait olduğu iddiaları üzerine, ABD'nin Suriye'de helikopter pilotluğu eğitimi verip

---

<sup>38</sup> Robert Fife, "CSIS Persuaded Turkey to Hide Recruitment of Operative Who Trafficked Teens to Islamic State," The Globe and Mail, erişim tarihi Eylül 30, 2022, <https://www.theglobeandmail.com/politics/article-csis-isis-agent-turkey>.

<sup>39</sup> Devletler terör örgütleriyle pozitif ilişkilerini açıkça ifade etmeyeceklerine göre bu ilişkiye dair kanıtlar için bu tür haberlere güvenilmesi bir seçenek olabilir. Gerçekliğine rağmen bu tür haberlerin reddi ise devletlerin terör örgütleriyle asla ilişki kurmayacakları iddiasının kabulüne katkıda bulunarak terörizmle mücadeleyi güçleştirebilir.

<sup>40</sup> Josh Baker, "IŞİD Sempatizanı Şamima Begüm'ü Suriye'ye Kanada Casusunun Soktuğu Ortaya Çıktı," BBC News Türkçe, erişim tarihi Eylül 08, 2022, <https://www.bbc.com/turkce/articles/clj4r5r7938o>.

vermediğini soran muhabire Pentagon sözcüsü “Bildiğim kadarıyla hayır.” cevabını vermiştir. Koalisyon sözcüsü ise helikopterin koalisyona ait olup olmadığı sorusunu “Helikopter koalisyona ait değil ve DEAŞ ile mücadele operasyonlarının bir parçası değil.” diyerek cevaplamıştır.<sup>41</sup> Aslan, bu olayda PKK’nın, Fransız helikopterlerine ABD fonlarıyla ve KYB üzerinden eriştiğini değerlendirirken “tedariki, pilotaj eğitimi, bakımı, yer hizmetleri, yakıt ve yedek parça ikmali için pahalı bir zinciri gerektiren helikopter tahsisinin” Batılı bir devlet desteği olmadan gerçekleştirilmesini tüm reddiyelere rağmen gerçeğe uygun görmemektedir.<sup>42</sup> ABD’li ve Fransız yetkililer tarafından verilen cevaplar Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne karşı faaliyetler gerçekleştiren ve uluslararası alanda terör örgütü olarak kabul edilen PKK terör örgütüne başka devletler tarafından destekler verildiği konusundaki şüpheleri gidermemiştir. Başka bir ifadeyle bu örnek olay başka devletlerin terörizmin azmettirici özneleri olabildikleri konusundaki şüpheleri güçlendiren kanıtlardan biridir.

Devlet dışı silahlı aktörlerin de azmettiren-fail ilişkisi ölçeğinde terörizmin özneleri olabildiklerini Fransız Çimento Şirketi Lafarge’ın 2012-2015 yılları arasında Suriye’deki terör örgütleriyle girdiği ilişkide görmek mümkündür. Bu ilişki Amerika Birleşik Devletleri’nde görülen dava sonucunda mahkeme kararıyla 2022 yılında ispatlanmıştır. Terör örgütlerine maddî yardımlar yaptığını kabul eden şirket bu ilişki gerekçesiyle cezaya çarptırılmıştır. Yargı süreci devam ederken konuyu bir makalesiyle değerlendirmiş olan Faytre, iddiaların ispat edilmesi halinde, Lafarge’ı stratejik ortak ve ikili ilişkilerde önemli bir araç olarak gören Fransa için tarihte eşi benzeri bulunmayan bir devlet skandalının ortaya

---

41 Alaattin Doğru, “Fransa, Irak’ta PKK’lıları Taşırken Düşen Fransız Üretimi Helikoptere Dair Yorum Yapmadı,” Anadolu Ajansı, erişim tarihi Mart 17, 2023, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/fransa-irakta-pkk-lilari-tasirken-dusen-fransiz-uretimi-helikoptere-dair-yorum-yapmadi/2848889>; “Kuzey Irak’ta Düşen Helikopter ‘Koalisyona Ait Değil’ Açıklaması,” NTV, erişim tarihi Mart 17, 2023, <https://www.ntv.com.tr/dunya/kuzey-irakta-dusen-helikopter-koalisyona-ait-degil-aciklamasi,LgcVtYt1402kUMaP37HRBQ>.

42 Murat Aslan, “Irak’ta Düşen Helikopter ve Süleymaniye Uçuşlarına Hava Sahasının Kapatılması,” Sabah, erişim tarihi Nisan 09, 2023, <https://www.sabah.com.tr/yazarlar/perspektif/murat-aslan/2023/04/08/irakta-dusen-helikopter-ve-suleymaniye-ucuslarina-hava-sahasinin-kapatilmasi>.

çıkacağını ifade etmişti.<sup>43</sup> Anadolu Ajansı'na göre, mahkemeye sunulan ve Fransız kurumlarına ait olan belgelerdeki bilgiler Lafarge'ın DEAŞ ile ilişkisi hakkında Fransız iç, dış ve askerî istihbarat birimlerinin sürekli olarak bilgilendirildiğini, üstelik bu ilişkinin Fransa devletinin bilgisi dâhilinde gerçekleştiğini göstermektedir.<sup>44</sup> 2016'dan beri Fransa kamuoyunda da tartışılan "Lafarge'ın DAES'e yardımı" Fransa'da ise hâlâ soruşturma aşamasındadır. Bu konuda Fransa'da ilerleme kaydedilmemesinin nedeni olarak Fransız istihbaratının suç ortağı olmasının örtbas edilmek istenmesi gösterilmektedir.<sup>45</sup>

Eskiden beri var olan, son dönemlerde ise "yalnız kurt", "yalnız aktör" vb. gibi kavramlarla adlandırılan bireylerin de terörizmin öznelere olabilecekleri gerçeği reddedilemez. Worth beyaz ırkın üstünlüğü düşüncesinin bireysel teröristlerin ana motivasyon kaynağı olduğunu, ancak dinî saiklerle yapılan saldırıların da bu türdeki teröristler tarafından gerçekleştirildiğini ifade eder.<sup>46</sup> Bu durum "yalnız kurt", "yalnız aktör" vb. gibi kavramlarla neredeyse yüceltilerek şiddete teşvik edilen bireysel teröristlerin farklı gerekçelerle her zaman terör eylemleri gerçekleştirebileceğini göstermektedir.

Türkiye'de turizm tesislerine ve turistlere yönelik yalnız kurt eylemi türünde bir saldırı hazırlığı içerisinde olduğu tespit edilen DEAŞ'lı bir terörist 29 Aralık 2022 tarihinde yakalanmıştır.<sup>47</sup> Bu tarihten önce de benzer saldırıların hazırlığı

<sup>43</sup> Léonard Faytre, "Lafarge'ın Suriye'deki Terör Örgütleriyle İş Birliği Yapması Fransa için Bir Devlet Skandalı mı?," SETA, erişim tarihi Ocak 25, 2023, [https://setav.org/assets/uploads/2018/05/P192\\_Lafarge\\_t.pdf](https://setav.org/assets/uploads/2018/05/P192_Lafarge_t.pdf), 7.

<sup>44</sup> "AA, Fransız Şirketi Lafarge'ın DEAŞ'ı Fransa İstihbaratının Bilgisi Dahilinde Finanse Ettiği Belgelere Ulaştı," Anadolu Ajansı, erişim tarihi Eylül 10, 2021, <https://www.aa.com.tr/tr/pg/foto-galeri/aa-fransiz-sirketi-lafarge-in-deas-i-fransa-istihbaratinin-bilgisi-dahilinde-finanse-ettigini-kanitlayan-belgelere-ulasti>.

<sup>45</sup> "5 Maddede DAES'e Yardım Ettiğini Kabul Eden Lafarge Hakkında Bilinmesi Gerekenler," NTV, erişim tarihi Ekim 25, 2022, <https://www.ntv.com.tr/galeri/dunya/5-maddede-daese-yardim-ettigini-kabul-eden-lafarge-hakkinda-bilinmesi-gerekenler,ZvW3fKTK6kW6yyEoqbTGUQ/JNMZ5V8LZk-hufZ-CvrhQ>.

<sup>46</sup> Katie Worth, "Lone Wolf Attacks Are Becoming More Common - And More Deadly," Frontline, erişim tarihi Ocak 27, 2023, <https://www.pbs.org/wgbh/frontline/article/lone-wolf-attacks-are-becoming-more-common-and-more-deadly>.

<sup>47</sup> Emrah Gökmen, "Terör Saldırısı Hazırlığındaki Yabancı Uyruklu DEAŞ'lı Terörist İstanbul'da Yakalandı," Anadolu Ajansı, erişim tarihi Ocak 05, 2023, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/teror-saldirisi-hazirligindaki-yabanci-uyruklu-deasli-terorist-istanbulda-yakalandi/2778455>.

içerisinde bulunan teröristler çeşitli yerlerde etkisiz hale getirilmiştir. Ancak bireysel teröristler tarafından Türkiye’de gerçekleştirilmiş eylemler de vardır. 28 Haziran 2016’da İstanbul Atatürk Havalimanı’nda DEAŞ militanları tarafından gerçekleştirilen saldırı ile 1 Ocak 2017’de İstanbul’da bir gece kulübüne yeni yıl kutlamaları sırasında yapılmış olan saldırı Türkiye’de gerçekleştirilmiş olan bireysel terör eylemlerinin örneklerindedir. Şahsî kinleriyle, siyasî amaçlarla ya da dinî saiklerle harekete geçseler de bu terörist özneler bir örgüt olmaksızın da her zaman terör eylemleri gerçekleştirilebileceğini göstermektedir. Vasilenko, yüksek teknolojilere erişimleri olması halinde bu teröristlerin eylemlerinin çok yıkıcı ve tehlikeli olabileceğine dikkat çekmektedir.<sup>48</sup> Şayet bu teröristlerin tek başlarına hareket ederek etki gücü yüksek terör eylemleri gerçekleştirebilecekleri olası görülmezse bu durumda onları teşvik eden ve terör eylemlerine azmettiren başka bir aktörün (bir devletin ya da devlet dışı aktörün) varlığı olası hale gelir. Bu halde bireysel teröristleri terörizmin bağımsız özneleri olarak görmek de onları terör eylemlerine azmettiren başka öznelerin varlığını kabul etmek de mümkün olur.

Bireysel teröristler kategorisine daha önce sözü edilen “ezoterik teröristler” ile “sanal teröristler” de dahil edilebilir. Çünkü bu teröristler tarafından gerçekleştirilen eylemler, terörizm tanımında yer alan bildik “şiddet” unsurunu barındırmasa da terörizmdir. Bu teröristler tarafından geleneksel şiddet unsurlarını içermeyen gerçekleştirilebilecek terör eylemlerinin 3713 sayılı Kanun’un birinci maddesinde sayılan amaçlara matuf olması mümkündür. Bu halde “ezoterik teröristler” ile “sanal teröristler”in de terörizmin özneleri olarak mevzuatta öngörülmeleri gereklidir.

### III. TANIM ÖNERİSİ: TERÖR VE TERÖRİZM

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun birinci maddesinde “terör” kavramı “suç teşkil eden eylemler” olarak tanımlanmaktadır. Terör kavramını “bir eylem” olarak kabul eden bu tanım hatalıdır. “Terör” kavramı sosyolojik bir kavramdır. Türk Dil Kurumu’na göre “yıldırı” anlamına gelir. Öğretide “dehşet”, “korku” vb. gibi kavramların karşılığı olarak kullanılır. Türkçede bir isimdir. Fîl

---

48 V. I. Vasilenko, “The Concept and Typology of Terrorism,” *Statutes and Decisions* 40, no. 5, 2004: 54, <https://doi.org/10.1080/10610014.2004.11059722>.

değildir. Fiil olan kavram, terörizm kavramıdır. Terör kavramı bir faaliyetin ifadesi değildir. Terör kavramı ile ilgili faaliyetin, eylemin vb. ifadesi olan kavram, terörizm kavramıdır. Bu anlam “Terörizm, sosyolojik bir olgu olan terörün siyasal amaçlarla gerçekleştirilmesidir.” biçimindeki ifadede görülür. “Suç teşkil eden eylemler” terörü değil, terörizmi ifade eder. Bu bakımdan Kanun’un birinci maddesinde yapılmış olan tanım “terör” kavramının değil, “terörizm” kavramının tanımı olmalıdır.

Çalışmada terörizmin öznelerine dair yapılan değerlendirmeler ile terör ve terörizm kavramlarına dair bu kısa değerlendirme çerçevesinde Kanun’un “Terör tanımı” başlıklı birinci maddesinin “Terörizm tanımı” başlığı altında şu içerikle yeniden yazılması önerilmektedir:

“Terörizm; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla gerçek ya da tüzel kişi niteliğini haiz irade sahibi herhangi bir kişi, örgüt, ulusal ya da uluslararası statülü kuruluş, kurum veya yabancı devlet tarafından azmettirmek ya da fiilen gerçekleştirmek suretiyle girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”

Bu tanımın tek bir cümle halinde ifade edilmiş olmasının tanımın Türkçe bakımından açıklığını olumsuz yönde etkilediği değerlendirilirse, tanım iki fıkra halinde düzenlenebilir. Bu halde ilk fıkra terörizmin (terör eylemlerinin) öznelerini içermeyecek, ikinci fıkra ise sadece bu eylemlerin öznelerine işaret edecek biçimde şu içerikle ifade edilebilir:

“Terörizm; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını

tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla azmettirmek ya da fiilen gerçekleştirmek suretiyle girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.

Bu eylemlerin azmettirenleri ya da fiilî olarak gerçekleştirenleri, gerçek ya da tüzel kişi niteliğini haiz irade sahibi herhangi bir kişi, örgüt, ulusal ya da uluslararası statülü kuruluş, kurum veya yabancı devlet olabilir.”

## SONUÇ

Bazı suçların sadece faili yoktur, azmettireni de vardır. Terör suçu böyle bir suçtur. Devletlerin ve bazı devlet dışı aktörlerin menfaatlerinin onları alternatif bir araç olarak terörizmi seçmeye ve kullanmaya teşvik edebilmesi terör suçlarında azmettiren-fail ilişkisini var edebilir. Devletler ile meşru ya da gayrimeşru bazı devlet dışı aktörler arasında kurulabilen, hatta bazen bireysel teröristleri, ezoterik teröristleri, sanal teröristleri vb. de içine alan bu ilişki mevzuatta terör suçlarının olası tüm öznelerine yer verilmesini meşrulaştırmaktadır. Terör suçunu işleyebilecek özne olarak mevzuatta sadece örgütten söz edilmesi bu minvalde yeterli görülemez. Çünkü örgüte odaklanan terörizmle mücadele politikaları terörizmin sonuçlarını önemli gören bir anlayışın ürünü olarak değerlendirilebilir. Siyasî amaçlar uğrunda etkili bir araç olarak kullanılabilirdiği sürece biteviye yenilenecek olan terörizmle etkili mücadele, örgüt dışındaki aktörleri de mevzuata yerleştirmeyi gerektirir. Çalışmada bu gerekçeyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun “Terör tanımı” başlıklı birinci maddesindeki tanım için bir düzenleme önerisi yapılmıştır.

Terör tanımına dair düzenleme önerisinin merkezinde terörizmin olası özneleri olan aktörler vardır. Bu aktörlerden devletleri ve devlet dışı silahsız aktörleri terörizmle ilişkilendirmenin birtakım sakıncalarından söz edilebilecek olsa da bu sakıncalar bu çalışmanın konusu değildir. Ancak terörizmle mücadele etmek zorunda olan devletlerin egemenlik ve kendilerini savunma hakları, bir güvenlik tedbiri olarak değerlendirilebilecek bu tür hukukî tedbirlerin alınmasına meşruiyet kazandırır. Nitekim proaktif yaklaşımlar içeren güvenlik politikaları, caydırıcılık sağlanması suretiyle suçların önlenmesi açısından elzemdir.

Güvenlik yönetiminde başarının risklerin yönetilmesini gerektirdiği dikkate alındığında terörizmin bu statüdeki öznelerine mevzuatta yer vermenin güvenliğin sağlanması amacıyla alınabilecek bir tedbir olduğu inkâr edilemez. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yürürlükteki mevzuatında bir tedbir olarak terörizmin olası tüm öznelerine yer verilmesi terörizmle etkili biçimde mücadele için hem elzemdir hem de meşrudur. Çünkü bir suçun gerçekleşmesi ihtimalinin bazı somut kanıtlar temelinde öngörülmesi hukukî nitelikli bir tedbir alınması için yeterlidir. "Güvenlik hizmetlerinin başarısının gerçekleşenle değil gerçekleşmeyenle ölçülebilmesi"nin, yani "açıkça bilinmeyenlerin de yönetilmesi zorunluluğu"nun böyle bir adımı gerekli hale getirdiği değerlendirilmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author declared this work has not received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author declared that he has no conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---



## KAYNAKÇA

- Aksan, Cihan ve Jon Bailes. "Giriş." *İçinde Güçlünün Silahı: Amerikan Devlet Terörü Üzerine Söyleşiler*, çeviren: Serap Arslanpay, hazırlayanlar: Cihan Aksan ve Jon Bailes, 11-43. İstanbul: Metis Yayınları, 2014.
- Anadolu Ajansı. "AA, Fransız Şirketi Lafarge'ın DEAŞ'ı Fransa İstihbaratının Bilgisi Dahilinde Finanse Ettiği Belgelere Ulaştı." Erişim tarihi Eylül 10, 2021. <https://www.aa.com.tr/tr/pg/foto-galeri/aa-fransiz-sirketi-lafarge-in-deas-i-fransa-istihbaratının-bilgisi-dahilinde-finanse-ettigini-kanıtlayan-belgelere-ulasti>.
- Aslan, Murat. "Irak'ta Düşen Helikopter ve Süleymaniye Uçuşlarına Hava Sahasının Kapatılması." *Sabah*. Erişim tarihi Nisan 09, 2023. <https://www.sabah.com.tr/yazarlar/perspektif/murat-aslan/2023/04/08/irakta-dusen-helikopter-ve-suleymaniye-ucuslarina-hava-sahasinin-kapatilmasi>.
- Baker, Josh. "İŞİD Sempatizanı Şamima Begüm'ü Suriye'ye Kanada Casusunun Soktuğu Ortaya Çıktı." *BBC News Türkçe*. Erişim tarihi Eylül 08, 2022. <https://www.bbc.com/turkce/articles/clj4r5r7938o>.
- Balta, Evren. *Tedirginlik Çağı: Şiddet, Aidiyet ve Siyaset Üzerine*. İstanbul: İletişim Yayınları, 2019.
- Butler, Judith. "Terör Söylemi." *İçinde Güçlünün Silahı: Amerikan Devlet Terörü Üzerine Söyleşiler*, çeviren: Serap Arslanpay, hazırlayanlar: Cihan Aksan ve Jon Bailes, 126-135. İstanbul: Metis Yayınları, 2014.
- Cebeci, Münevver. "Defining 'New Terrorism': Reconstruction of the Enemy in the Global Risk Society." *Uluslararası İlişkiler* 8, no. 32 (2012): 33-47.
- Çavuşoğlu, Esra. "Assessing Terrorism as a Hegemonic Conception within the Context of Securitization." *Middle Eastern Studies* 12, no. 2 (2020): 349-368.
- Demir, Hilmi. "FETÖ: Bir Kült Örgütünün Radikalleşme Tahkiyesi." *İçinde Türkiye'nin Terörle Mücadelesi: Kavramlar, Örgütler ve Aktörler*, editör: Göktuğ Sönmez, 167-189. Ankara: TASAV Yayınları, 2021.
- Doğru, Alaattin. "Fransa, Irak'ta PKK'lıları Taşırken Düşen Fransız Üretimi Helikoptere Dair Yorum Yapmadı." *Anadolu Ajansı*. Erişim tarihi Mart 17,

2023. <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/fransa-irakta-pkk-lilari-tasirken-dusen-fransiz-uretimi-helikoptere-dair-yorum-yapmadi/2848889>.
- Faytre, Léonard. "Lafarge'ın Suriye'deki Terör Örgütleriyle İş Birliği Yapması Fransa için Bir Devlet Skandalı mı?" SETA. Erişim tarihi Ocak 25, 2023. [https://setav.org/assets/uploads/2018/05/P192\\_Lafarge\\_t.pdf](https://setav.org/assets/uploads/2018/05/P192_Lafarge_t.pdf), 7.
- Fife, Robert. "CSIS Persuaded Turkey to Hide Recruitment of Operative Who Trafficked Teens to Islamic State." The Globe and Mail. Erişim tarihi Eylül 30, 2022. <https://www.theglobeandmail.com/politics/article-csis-isis-agent-turkey>.
- Goodin, Robert E. *What's Wrong with Terrorism?* Cambridge: Polity Press, 2006.
- Gökmen, Emrah. "Terör Saldırısı Hazırlığındaki Yabancı Uyruklu DEAŞ'lı Terörist İstanbul'da Yakalandı." Anadolu Ajansı. Erişim tarihi Ocak 05, 2023. <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/terror-saldirisi-hazirligindaki-yabanci-uyruklu-deasli-terorist-istanbulda-yakalandi/2778455>.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Çeviren: Semih Lim. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2020.
- İsen, Galip Beygü. "Terörizm: Değişik Boyutlarıyla Çağdaş Bir Sorun." *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (1983): 193-231.
- Kautilya. *Arthaşāstra*. Çeviren: Utku Umut Bulsun. İstanbul: Kırmızı Kedi Yayınevi, 2018. Aktaran L. N. Rangarajan. *Giriş*. İstanbul: Kırmızı Kedi Yayınevi, 2018.
- Lutz, James ve Brenda Lutz. *Terrorism: The Basics*. London: Routledge, 2011.
- NTV. "Kuzey Irak'ta Düşen Helikopter "Koalisyon Ait Değil" Açıklaması." Erişim tarihi Mart 17, 2023. <https://www.ntv.com.tr/dunya/kuzey-irakta-dusen-helikopter-koalisyon-ait-degil-aciklamasi,LgcVtYt1402kUMaP37HRBQ>.
- NTV. "5 Maddede DAES'e Yardım Ettiğini Kabul Eden Lafarge Hakkında Bilinmesi Gerekenler." Erişim tarihi Ekim 25, 2022. <https://www.ntv.com.tr/galeri/dunya/5-maddede-daese-yardim-ettigini-kabul-eden-lafarge-hakkinda-bilinmesi-gerekenler,ZvW3fKTK6kW6yyEoqbTGUQ/JNMZ5V8LZk-hufZ-CvrhbQ>.
- Oberschall, Anthony. "Explaining Terrorism: The Contribution of Collective Action Theory." *Sociological Theory* 22, no. 1 (2004): 26-37.

- Osmanoğlu, Bilal ve Fahrettin Kıdıl. "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. Özel Sayı (2019): 1141-1177.
- Schmid, Alex P. "Revisiting the Relationship between International Terrorism and Transnational Organised Crime 22 Years Later." International Center for Counter-Terrorism. Erişim tarihi Ocak 15, 2022. <https://www.icct.nl/sites/default/files/import/publication/ICCT-Schmid-International-Terrorism-Organised-Crime-August2018.pdf>.
- Schmid, Alex P. "The Definition of Terrorism." İçinde *The Routledge Handbook of Terrorism Research*, editör Alex P. Schmid, 39-98. New York: Routledge, 2011.
- Selçuk, Sami. "Hukukun Terörle Sınavı." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1, no. 5 (2011): 57-92.
- Seyhan, Eda. "'Counter-Terrorism' is a Dangerous Myth, It is High Time We Abolished It." Ceasefire. Erişim tarihi Temmuz 2, 2020. <https://ceasefiremagazine.co.uk/time-abolished-counter-terrorism>.
- Smith, Michael E. *Uluslararası Güvenlik*. Çeviren: Ramazan Gözen. Ankara: Felix Kitap, 2020.
- Sproat, Peter Alan. "Can the State be Terrorist?" *Terrorism* 14, no. 1 (1991): 19-29.
- Şan Akca, Belgin. *Maskeli Devletler: Silahlı Örgütlere Sağlanan Devlet Desteğinin Nedenleri*. İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2021.
- Şan Akca, Belgin. "Dangerous Companies: Cooperation between States and Nonstate Armed Groups." Nonstate Armed Groups. Erişim tarihi Ocak 24, 2021. <https://www.armedgroups.net/facts.html>.
- Şan Akca, Belgin ve İlayda Bilge Önder. "PKK Terörizmine Uluslar Ötesi Bir Bakış." İçinde *Terörün Kökenleri ve Terörle Mücadele Stratejisi*, editörler Fahrettin Altun ve Hasan Basri Yalçın, 53-79. Ankara: SETA Kitapları, 2018.
- Tangör, Burak ve Sevinç Sayın. "Avrupa Birliği'nin Terörizmle Mücadele Stratejisi: Yeni Bir Bütünleşme Alanı mı?" *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 11, no. 1 (2012): 85-118.
- Turinay, Faruk. "Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* no. 116 (2015): 39-84.

- Vasilenko, V. I. "The Concept and Typology of Terrorism." *Statutes and Decisions* 40, no. 5, 2004: 46-56. <https://doi.org/10.1080/10610014.2004.11059722>.
- Viotti, Paul R. ve Mark V. Kauppi. *International Relations and World Politics*. Boston: Pearson, 2013.
- Waltz, Kenneth N. *Theory of International Politics*. California: Addison-Wesley Publishing Company, 1979.
- Worth, Katie. "Lone Wolf Attacks Are Becoming More Common - And More Deadly." *Frontline*. Erişim tarihi Ocak 27, 2023. <https://www.pbs.org/wgbh/frontline/article/lone-wolf-attacks-are-becoming-more-common-and-more-deadly>.
- Yaşar, Kenan Evren. "Güncel Değişikliklerle Fransız Ceza Hukukunda Örgüt Kavramı ve Örgütlenme Suçları." *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 3, no. 1 (2015): 191-237.

# DÜNDEN BUGÜNE FEDERAL ALMANYA ANAYASASI VE UYGULAMASINDA SİYASİ PARTİLERE YÖNELİK YAPTIRIMLAR

*Sanctions Against Political Parties in the Federal Constitution of Germany and Its Implementation from Past to Present*

**Kürşat AKÇA\***

## Öz

Federal Almanya Anayasası'nda siyasi partilere yönelik olarak siyasi partilerin kapatılması ve siyasi partilerin devlet finansmanından mahrum bırakılması şeklinde iki türlü yaptırım bulunmaktadır. Bunlardan siyasi partilerin kapatılması yaptırımı, Anayasa'nın yürürlüğe girdiği 1949 yılından bu yana Anayasa'da yer almaktadır. Ancak söz konusu yaptırımın uygulaması çok fazla olmamış sadece iki kez parti kapatma kararı verilmiştir. Buna rağmen partilerin kapatılması yaptırımı, Federal Almanya'da sıklıkla gündeme gelmektedir. Nitekim 2017 yılında Federal Alman Anayasa Mahkemesi partilerin kapatılması yaptırımına ilişkin önemli bir karar vermiştir. Söz konusu kararlar birlikte Mahkeme, partilerin kapatılabilmesi için belirli bir potansiyele sahip olması şartını aramıştır. Böylece demokratik düzene karşı olup da bu düzene zarar verme potansiyeli olmayan partilerin kapatılması ihtimali devre dışı bırakılmıştır. Bununla birlikte demokratik düzene karşı olup da potansiyeli olmadığı

\* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, kursat.akca@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7439-9438.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 23.06.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 24.08.2023.

**Atıf/Citation:** Akça, Kürşat. "Dünden Bugüne Federal Almanya Anayasası ve Uygulamasında Siyasi Partilere Yönelik Yaptırımlar." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 634-676.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

gerekçesiyle kapatılmayan partilere yönelik olarak 2017 yılında diğeri bir siyasi parti yaptırımını olan devlet finansmanından yoksun bırakma yaptırımını anayasaya eklenmiştir. Çalışmada her iki yaptırım, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararları ışığında inceleme konusu yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Siyasi Partiler, Siyasi Partilerin Kapatılması, Devlet Finansmanından Yoksun Bırakma, Federal Almanya Anayasası, Federal Alman Anayasa Mahkemesi

### **Abstract**

The Federal Constitution of Germany provides for two types of sanctions against political parties: the dissolution of political parties and the deprivation of state funding for political parties. The ban on the dissolution of political parties has been in effect since the constitution came into force in 1949. However, this sanction was not applied very often, and only two decisions were made to dissolve the party. Nevertheless, the sanction of party dissolution is frequently brought up for discussion in Germany. Indeed, in 2017, the German Federal Constitutional Court issued an important judgement on the sanction of party dissolution. With the aforementioned judgement, the Court ruled that parties must have a certain potential in order to be dissolved. Thus, the possibility of dissolving parties that are against the democratic order but do not have the potential to harm this order has been ruled out. However, another political party sanction, deprivation of state financing, was added to the constitution in 2017 for parties that oppose the democratic order but are not dissolved on the grounds of lack of potential. In this study, both sanctions are examined in the light of the decisions of the Federal Constitutional Court of Germany.

**Keywords:** Political Parties, Dissolution of Political Parties, Deprivation of State Financing, Federal Constitution of Germany, Federal Constitutional Court of Germany

## GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı sonrası Batı Almanya'da yürürlüğe giren akabinde tüm Federal Almanya'nın anayasası olan Grundgesetz (1949)<sup>1</sup>, geniş bir temel haklar kataloğu ve birçok demokratik ilke ve kurumu bünyesinde barındırmaktadır. İnsan onurunun dokunulmazlığı ile başlayan Grundgesetz ile II. Dünya Savaşı sonrası sağlam temeller üzerine kurulmuş yeni bir demokratik düzenin kurulması hedeflenmiştir. Özgürlükçü demokratik temel düzen adı verilen bu yeni düzen, muhtelif hükümlerle koruma altına alınmıştır. Demokratik düzene karşı olan derneklere yönelik olarak dernek yasağı (m. 9/f.2-3)<sup>2</sup>, bireylere yönelik olarak temel hakların etkisizleştirilmesi (m. 18)<sup>3</sup> ve siyasi partilere yönelik olarak siyasi parti yaptırımları (m. 21/f.2)<sup>4</sup> bu hükümlerin başında gelmektedir. Ayrıca 79/f.3'te<sup>5</sup> düzenlenen değiştirilemez maddeler hükmü ile anayasal demokratik düzene harel

---

<sup>1</sup> Federal Almanya Anayasası'nın Federal Meclis (Bundestag) bünyesinde hazırlanan Türkçe çevirisi bulunmaktadır. Bkz., *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası*, çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller (Berlin: Federal Almanya Meclisi, 2022).

<sup>2</sup> Federal Almanya Anayasası m. 9/f.2: "Amaç ve etkinlikleri ceza yasalarına aykırı olan, Anayasa düzenine veya halkların anlaşması düşüncesine karşı yönelen dernekler yasaktır." Bkz., *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası*, çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller (Berlin: Federal Almanya Meclisi, 2022), m. 9/f.2.

<sup>3</sup> Federal Almanya Anayasası m. 18: "Kim düşüncüyü açıklama hürriyetini, özellikle basın hürriyetini (m. 5/f.1), eğitim hürriyetini (m. 5/f.3), toplanma hürriyetini (m. 8), örgütlenme hürriyetini (m. 9), mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliğini (m. 10), mülkiyet hakkını (m. 14), ya da sığınma hakkını (m. 16a) özgürlükçü demokratik temel düzenle mücadele için kötüye kullanırsa, bu temel hakları etkisizleştirilir. Etkisizleştirme ve onun kapsamına Alman Federal Mahkeme tarafından karar verilir." Bkz., Kürşat Akça, *Militan Demokrasi Anlayışı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 260.

<sup>4</sup> Federal Almanya Anayasası m. 21/f.2-3: "Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre, özgür ve demokratik temel düzeni zedelemek veya ortadan kaldırmak veya Alman Federal Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmak eğilimini gösteren siyasi partiler, Anayasaya aykırıdır.

Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre, özgür ve demokratik temel düzeni zedelemeyi veya ortadan kaldırmayı veya Alman Federal Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmayı hedefleyen siyasi partiler, devlet finansmanından muaf tutulur. Muafiyet kararı verilmesi halinde; bu partiler vergi avantajından yararlanamayacakları gibi, bu partilere yardım da yapılamaz." Bkz., Bundestag, *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası*, m. 21/f.2-3.

<sup>5</sup> Federal Almanya Anayasası m. 79/f.3: "Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya esasen katılmaları ilkesine veya 1 ve 20 maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği yasaktır." Bkz., Bundestag, *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası*, m. 79/f.3.

getirecek anayasal değişiklikler engellenmek istenmiştir<sup>6</sup>. Tüm bu düzenlemeler, demokrasinin demokrasi karşıtlarına karşı korunması anlamına gelen militan demokrasi anlayışının<sup>7</sup> uygulamadaki ilk sistematik anayasal örnekleri olarak tarihe geçmiştir.<sup>8</sup> Benimsenen militan demokrasi anlayışı ile Weimar Almanya'sına ve Hitler rejimine bir reaksiyon gösterilmiş ve Almanya'da bir daha Weimar dönemindeki acı tecrübelerin yaşanmaması arzulanmıştır.<sup>9</sup>

Federal Almanya Anayasası'nda militan demokrasi anlayışı araçlarından en önemlisi şüphesiz siyasi parti yasaklarıdır. Günümüz demokrasilerinin vazgeçilmez araçları haline gelen siyasi partiler, birçok modern anayasada olduğu gibi Federal Almanya Anayasası'nda da müstakil bir maddede, 21. maddede düzenlenmiştir. Madde hükmünde siyasi parti kurma ve siyasi partiye üye olma hürriyetinin yanı sıra siyasi partilere yönelik yaptırımlar da hüküm altına alınmıştır. Bu yaptırımların ilki partilerin kapatılması yaptırımıdır. Partilerin kapatılması yaptırımı, Anayasa'nın yürürlüğe girdiği 1949 yılından günümüze değin Anayasa'da yer almakla birlikte, hükmün uygulaması çok fazla olmamıştır. 1949 yılından günümüze sadece iki parti kapatılmıştır. Ancak bu durum Federal

<sup>6</sup> Dieter Grimm, *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung in der deutschen Verfassungsgeschichte* (Heidelberg: Kleine Schriften-Stiftung Reichspräsident Friedrich Ebert Gedenkstätte, 1992), 22-23.

<sup>7</sup> Militan demokrasi anlayışı için bkz., Karl Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights I," *The American Political Science Review* 31, no. 3 (1937): 417-432; Karl Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights II," *The American Political Science Review* 31, no. 4 (1937): 638-658; Kürşat Akça, *Militan Demokrasi Anlayışı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022); Yusuf Şevki Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000); militan demokrasi anlayışına eleştirel bir bakış açısı için bkz., Osman Can, *Siyasi Parti Kapatma Davaları* (İstanbul: Legal Yayınevi, 2021), 73-128.

<sup>8</sup> Akça, *Militan Demokrasi*, 148-149.

<sup>9</sup> Daniel Volp, "Parteiverbot und Wehrhafte Demokratie," *NJW* (2016): 461-462; Grimm, *Die bedeutung der Weimarer Verfassung*, 22; Weimar Anayasası döneminde Hitler, demokrasinin bütün araçlarını diktatörlüğüne ulaşmak için kullanmıştır. Hitler amacına ulaşmaya çalışırken Weimar Anayasası'nda onu ve Nazilerin ilerleyişini durduracak etkin tedbirler yer almamıştır. Bu sebeple Hitler'in diktatörlüğünde Weimar Anayasası'nın da payı olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Federal Almanya Anayasası'nın hazırlayan kurucu babalardan biri olan Carlo Schmid şu ifadeleri kullanmıştır: "Yeni Alman demokrasisi, ona zarar vermek için ihtiyaç duyulan silahları artık düşmanlarına vermeyecektir". Bkz., Carlo Schmid, "Die politische und staatsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland," *Die öffentliche Verwaltung* 2 (1949): 203 aktaran: Groh, Kathrin. "Zwischen Skylla und Charybdis: Die Streitbare Demokratie," iç. *Weimars lange Schatten - Weimar als Argument nach 1945*. ed. Christoph Gusy (Baden-Baden: Nomos, 2003), 449.



Almanya’da siyasi parti yaptırımlarının hiç gündemde olmadığı anlamına gelmemektedir. Tarihi süreç içerisinde belirli aralıklarla özellikle aşırı sağ partilere yönelik kapatma davaları açılmakta ve bu davalarla parti kapatma yaptırımı, hem siyasiler hem de hukukçular tarafından tartışılmaktadır. Siyasi parti kapatma davalarının en sonucusu, Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) aleyhine açılmış olup 2017 yılında karara bağlanmıştır. Söz konusu kararda Federal Alman Anayasa Mahkemesi partinin kapatılması başvurusunu reddetmiştir. Mahkeme, bu kararında potansiyellik kriteri adı altında yeni bir kriter benimsemiştir. Söz konusu kriter, siyasi parti yasakları açısından önemli sonuçlar doğurmuştur. Bu karar ve kararda benimsenen kriterle birlikte Federal Almanya Anayasası’nda değişikliğe gidilmiş ve ikinci bir siyasi parti yaptırımı olan siyasi partilerin devlet finansmanından yoksun bırakma yaptırımı anayasaya eklenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası gibi kimi ülke anayasalarında olmasına rağmen Federal Almanya Anayasası’na 2017 yılında eklenen bu yeni yaptırım ile demokratik düzene karşı olan partilere yönelik parti kapatma yaptırımı alternatifi yeni bir yaptırım getirilmiştir. Demokratik düzene zarar vermeyi hedefledikleri ispatlanan partiler, Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin kararıyla devletten aldıkları finansman desteğinden mahrum edilebilecektir. Sonuç olarak 2017 yılından itibaren Federal Almanya Anayasası’nda partilerin kapatılması ve partilerin devlet finansmanından yoksun bırakılması şeklinde iki farklı siyasi parti yaptırımı teşekkül etmiştir. Çalışmada bu iki yaptırım, Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin kararları ışığında inceleme konusu yapılmıştır.

## I. FEDERAL ALMANYA ANAYASASI’NDA SİYASİ PARTİLER

Federal Almanya Anayasası’nda siyasi partilere ilişkin düzenleme m. 21’de yer almaktadır.<sup>10</sup> Siyasi partileri düzenleyen hükmün ilk fıkrasında partilerin

---

<sup>10</sup> Federal Almanya Anayasası m. 21’de yer alan düzenleme şu şekildedir: “(1) Siyasi partiler, halkın siyasi iradesinin oluşumuna katılırlar. Kurulmaları serbesttir. İç düzenlerinin demokratik ilkelere uygun olması şarttır. Maddi kaynakları ve harcamaları ile malvarlıkları hakkında kamu önünde hesap vermek zorundadırlar.

önemi, parti hürriyeti ve partilerin hesap verme yükümlülüğü gibi genel esaslar; ikinci fıkrasında parti yaptırımlarından partilerin kapatılması; üçüncü fıkarda bir diğer parti yaptırımı olan devlet finansmanından yoksun bırakılma; dördüncü fıkarda, siyasi parti yaptırımlarında karar merciin Federal Alman Anayasa Mahkemesi olduğu ve son fıkarda ise parti yaptırımlarına ilişkin detayların kanunlarla düzenleneceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Siyasi partilerin Anayasa'da düzenlenmesi ve koruma altına alınması şüphesiz Anayasa'nun partilere verdiği önemi göstermektedir. Federal Almanya Anayasası öncesi yürürlükte olan Weimar Anayasası'nda siyasi partilere ilişkin herhangi bir düzenlemenin olmayışı karşısında mezkur düzenleme Weimar Anayasası dönemine bir tepki olarak değerlendirilebilir.<sup>11</sup> Ancak belirtmek gerekir

(2) Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre, özgür ve demokratik temel düzeni zedelemek veya ortadan kaldırmak veya Alman Federal Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmak eğilimini gösteren siyasi partiler, Anayasaya aykırıdır.

(3) Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre, özgür ve demokratik temel düzeni zedelemeyi veya ortadan kaldırmayı veya Alman Federal Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmayı hedefleyen siyasi partiler, devlet finansmanından muaf tutulur. Muafiyet kararı verilmesi halinde; bu partiler, vergi avantajından yararlanamayacakları gibi, bu partilere yardım da yapılamaz.

(4) 2. fıkraya göre Anayasaya aykırılık ile 3. fıkraya göre devlet finansmanından muaf tutulma konularında karar merci Federal Anayasa Mahkemesidir.

(5) *Konunun ayrıntıları federal yasalarla düzenlenir.*" bkz., Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası; Federal Almanya Anayasası m. 21 hükmü Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihten günümüze iki kez değişikliğe uğramıştır. 1983 yılında hükmün ilk fıkrasında yapılan değişiklikle birlikte partilerin maddi kaynakları ile sınırlı olan hesap verme zorunluluğu, maddi kaynaklar ve bunların harcamaları ile malvarlıkları hakkında olacak şekilde genişletilmiştir. Değişiklik metni için bkz., erişim tarihi Eylül 11, 2022, [http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&jumpTo=bgbl183s1481.pdf](http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl183s1481.pdf); ikinci değişiklik ise 2017 yılında yapılmıştır. Bu değişiklikle birlikte m. 21 hükmüne yeni 3 ve 4. fıkralar eklenmiş eklenen bu fıkralarla partilerin devlet finansmanından ve vergi avantajlarından faydalanmasının yasaklanması tedbiri getirilmiş ve bu konuda yetkili merci Federal Alman Anayasa Mahkemesi olarak belirlenmiştir. Değişiklik metni için bkz., erişim tarihi Eylül 11, 2022, [http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&jumpTo=bgbl183s1577.pdf](http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl183s1577.pdf),

<sup>11</sup> Markus Thiel, "Germany," iç. *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, ed. Markus Thiel (Farnham: Ashgate Publishing, 2009), 21; Klaus Schlaich ve Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht* (München: C.H. Beck, 2021), rn. 340; Weimar Anayasası'nda sadece

ki Federal Almanya'nın hukuk düzeninde siyasi partilere ilişkin düzenlemeler sadece Anayasa'daki hükümlerle sınırlı değildir. Federal Almanya Anayasası m. 21/f. 5 gereği siyasi partiler rejimine ilişkin detay ve uygulama hükümleri kanunlarla düzenlenmektedir. Bu kapsamda Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)<sup>12</sup>, Siyasi Partiler Kanunu (Gesetz über die politischen Parteien)<sup>13</sup> ve Federal Seçim Kanunu (Bundeswahlgesetz)<sup>14</sup> örnek uygulama kanunları olarak zikredilebilir.<sup>15</sup>

## II. FEDERAL ALMANYA ANAYASASI'NDA SİYASİ PARTİ YAPTIRIMLARI

Siyasi partileri düzenleyen Anayasa'nın 21. maddesinde iki farklı siyasi parti yaptırımının düzenlendiği görülmektedir. Bunlar; siyasi partilerin kapatılması ve siyasi partilerin devlet finansmanından yoksun bırakılmasıdır. Çalışmanın bundan sonraki kısmında mezkur yaptırımlar sırasıyla inceleme konusu yapılmıştır.

---

"memurların bir partinin değil toplumun hizmetkârları" olduğunu düzenleyen m. 130/I hükmünde parti kavramı kullanılmıştır. Bkz. Jörn Ipsen ve Thorsten Koch, "Art. 21," iç. *Grundgesetz-Kommentar*, ed. Michael Sachs (München: C.H. Beck Verlag, 2021), rn. 1.

<sup>12</sup> Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) Almanca metni için bkz., Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG), erişim tarihi Ocak 1, 2023, <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BJNR002430951.html>; ayrıca söz konusu kanunun güncel olmayan Türkçe tercümesi de bulunmaktadır. Bkz., Servet Armağan, "Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu," *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 4, no. 6 (2011): 191-230.

<sup>13</sup> Siyasi Partiler Kanunu'nun (Gesetz über die politischen Parteien) Almanca metni için bkz., Gesetz über die politischen Parteien (PartG), erişim tarihi Ocak 1, 2023, <https://www.gesetze-im-internet.de/partg/>; ayrıca söz konusu kanunun güncel olmayan Türkçe tercümesi de bulunmaktadır. Bkz., Doğu Perinçek, "Federal Almanya Siyasî Partiler Kanunu," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 24 (1967): 105-123.

<sup>14</sup> Federal Seçim Kanunu'nun (Bundeswahlgesetz) Almanca metni için bkz., Bundeswahlgesetz, erişim tarihi Ocak 1, 2023, <https://www.gesetze-im-internet.de/bwahlg/>.

<sup>15</sup> Hans Klein, "Art. 21," iç. *Grundgesetz-Kommentar*, ed. Günter Dürig, Roman Herzog, Rupert Scholz (München: C.H. Beck Verlag, 2022), rn. 516.

## A. Federal Almanya Anayasası'nda Siyasi Partilerin Kapatılması

### 1. Anayasal Düzenlemelerin Genel Görünümü

Federal Almanya Anayasası m. 21/f.2 ve m. 21/f.4'te de siyasi partilerin kapatılması yaptırımını düzenlenmiştir.<sup>16</sup> Fıkra hükümleri şu şekildedir:<sup>17</sup>

(2) Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre, özgür ve demokratik temel düzeni zedelemek veya ortadan kaldırmak veya Alman Federal Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmak eğilimini gösteren siyasi partiler, Anayasaya aykırıdırlar.

...

(4) 2. fıkraya göre Anayasaya aykırılık ile 3. fıkraya göre devlet finansmanından muaf tutulma konularında karar merci Federal Anayasa Mahkemesidir.

Federal Almanya Anayasası m. 21/f. 2'de yer alan hükümden yola çıkarak bir siyasi partinin kapatılabilmesi için siyasi partinin özgürlükçü demokratik temel düzeni zedelemek veya ortadan kaldırmak veya Alman Federal Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmak eğilimi taşıması ve Anayasa m. 21/f. 4 gereği Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararı gerekmektedir. Bu bilgiler ışığında Federal Almanya'da bir siyasi partinin kapatılabilmesi gerekli şartlar şu şekilde sıralanabilir:

- Bir siyasi partinin mevcut olması
- Siyasi partinin özgürlükçü demokratik temel düzeni zedelemek veya ortadan kaldırmak veya Alman Federal Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye sokmak eğilimi taşıması
- Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararı.

Federal Almanya Anayasası m. 21'de ifade edilen bu şartların usul ve esaslarının ne olduğu ise uygulama kanunları ile Federal Alman Anayasa

<sup>16</sup> Weimar Anayasası'nda siyasi partilere ilişkin genel hususların yanında partilerin kapatılmasına ilişkin de herhangi bir düzenleme ihdas edilmemiştir. Genel bir dernek statüsünde kabul edilen derneklere karşı sadece o dönem yürürlükte olan dernekler yasasındaki ceza yasalarına aykırı derneklerin idari mercilerce kapatılacağına dair hüküm cari olmuştur. Ancak bu hüküm ise neredeyse partilere hiç tatbik edilmemiştir. Bu yönde bkz., Klein, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 498.

<sup>17</sup> Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, m. 21/f.2 ve m. 21/f.4.

Mahkemesi'nin kararlarına bırakılmıştır. Çalışmanın bundan sonraki kısmında mezkûr şartlar inceleme konusu yapılmıştır.

## 2. Siyasi Partilerin Kapatılmasının Şartları

### a. Bir Siyasi Partinin Mevcut Olması

Federal Almanya Anayasası'na göre bir siyasi partinin kapatılabilmesi için öncelikle bir siyasi partinin mevcudiyeti gereklidir. Federal Almanya Anayasası m. 21/f.1'de partilerin halkın siyasi iradesinin oluşumuna katkısı vurgulanmış olup partilere ilişkin herhangi bir tanım yapılmamıştır.

Siyasi partilere ilişkin bir tanım uygulama kanunlarından biri olan Siyasi Partiler Kanunu m. 2/f.1'de yapılmıştır. Söz konusu hükme göre siyasi partiler *“devamlı olarak veya uzun zaman için Federasyon veya bir federe devlet ülkesi içinde siyasi iradenin oluşumunu etkileme ve Alman Federal Meclisinde veya federe meclislerde milletin temsiline katılmak isteyen, fiilî durumu, özellikle teşkilâtının genişliği ve sağlamlığı, üye sayısı ve kamuoyundaki görünüşü bakımından amacıyla bağdaşır ciddiyette olduğu konusunda yeter derecede itimat uyandıran vatandaş birlikleri”*dir.<sup>18</sup> Şayet bir siyasi örgütlenme söz konusu tanımda yer alan şartları taşıyorsa genel bir dernek olarak kabul edilmektedir. Bunun en önemli sonucu ise söz konusu derneklerin kapatılmasının İçişleri Bakanlığı'nın ve ilgili eyalet birimlerinin yetkisinde olmasıdır.<sup>19</sup> Belirtmek gerekir ki parti olarak kurulan bir oluşumun gerçekten de

<sup>18</sup> Perinçek, *Federal Almanya*, 105-106; bu tanım Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiş ve Federal Alman Anayasası m. 21'de yer alan parti kavramını anayasal çerçevede somutlaştırdığını kabul etmiştir. Mahkemenin bu yöndeki görüşleri için bkz., BVerfGE 89, 266, rn. 14, erişim tarihi Kasım 11, 2022, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089266.html#269>; BVerfGE 91, 262, rn. 22, erişim tarihi Kasım 11, 2022, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv091262.html>; ancak doktrinde Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin aksine bu tanımın parti kavramını sınırlandırdığı yönünde eleştiriler de bulunmaktadır. Bkz., Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 19-20.

<sup>19</sup> Federal Almanya Anayasası m. 9/f.2'de dernek yasakları düzenlenmiştir: *“Amaç ve etkinlikleri ceza yasalarına aykırı olan, Anayasa düzenine veya halkların anlaşması düşüncesine karşı yönelen dernekler yasaktır”*. Bkz. *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası*, m. 9/f.2; Anayasanın bu hükmünün yanında 1964 yılında yürürlüğe giren Dernekler Yasası'nın m. 3/f.2 hükmünde anayasal düzene aykırı derneklerin İçişleri Bakanlığı tarafından veya eyaletlerde ilgili eyaletlerce görevlendirilen makamlar tarafından kapatılabileceği düzenlenmektedir. Yasanın Almanca

Siyasi Partiler Kanunu'na göre bir parti olup olmadığına karar verecek olan organ Federal Alman Anayasa Mahkemesi'dir. Özellikle açılan kapatma davalarında Mahkeme öncelikle partinin gerçekten de bir siyasi parti olup olmadığını ön inceleme aşamasında tespit edecek eğer davalı bir parti değilse başvurunun reddine, parti ise başvurunun kabulüne karar verecektir.<sup>20</sup> Nitekim aşağıda ayrıca incelendiği üzere Mahkeme, *Freie Deutsche Arbeiterpartei* (FAP) ve *Nationale Liste* (NL) partileri hakkında açılan kapatma davasında davalı partilerin Siyasi Partiler Kanunu'na göre parti statüsünde olmadıklarına hükmetmiş ve kapatma başvurusunu reddetmiştir. Dernek olarak kabul edilen iki parti sonraki süreçte İçişleri Bakanlığı ve eyalet birimleri tarafından kapatılmıştır.

### **b. Siyasi Partinin Özgürlükçü Demokratik Temel Düzeni Zedeleme veya Ortadan Kaldırma veya Federal Almanya Cumhuriyeti'nin Varlığını Tehlikeye Sokma Eğilimi Taşınması**

Bir siyasi partinin kapatılabilmesi için diğer bir şart siyasi partilerin amaçları ve tutumlarıyla özgürlükçü demokratik temel düzeni zedelemek veya onu ortadan kaldırmak veya Federal Almanya Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmak eğilimi taşımalarıdır. Bu şartı kendi içinde unsurlara ayırarak incelemek konunun anlaşılması açısından faydalı olacaktır.

#### *i. Siyasi Parti Kapatma Davalarında Korunan Değer: Özgürlükçü Demokratik Temel Düzen ve Federal Almanya Cumhuriyeti'nin Varlığı*

Söz konusu şarttan da anlaşılacağı üzere siyasi partilerin kapatılmasında korunan değerlerin ilki özgürlükçü demokratik temel düzendir. Bu düzen Federal Almanya Anayasası'nın anayasal demokratik düzenini yansıtan önemli kavramlardan biridir. Özgürlükçü demokratik temel düzen kavramının ne

---

metnine erişmek için bkz., Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz), erişim tarihi Kasım 11, 2022, <https://www.gesetze-im-internet.de/vereinsg/BJNR005930964.html>; mevzuattaki mezkur düzenlemeler uyarınca uygulamada yüzlerce dernekler kapatılmıştır. 1990-2020 yılları arasında kapatılan derneklerin sayısı 163'tür. Söz konusu dernekler ve kapatılma gerekçeleri hakkında bkz., Akça, *Militan Demokrasi*, 144-146.

<sup>20</sup> BVerfGE 91, 262, rn. 20.

olduğuna dair Anayasa'da veya sair mevzuatta herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi 2017 yılında verdiği Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD II) kararında<sup>21</sup> bu düzeni “*insan onuru, demokrasi prensibi ve hukuk devleti ilkesi*”nden oluşan üç ana ilkeyle açıklamıştır.<sup>22</sup> Mahkemeye göre insan onuru hukuk önünde eşitliği ve insan onuruyla bağdaşmayacak her türlü muameleyi dışlamayı öngörmektedir.<sup>23</sup> Demokrasi prensibi ise, genel olarak halkın seçimlerle siyasi iradeye katkı sunmasını ve parlamentarizmi ifade etmektedir.<sup>24</sup> Mahkeme hukuk devleti ilkesini ise kamu gücünün sınırlılığı ve bunun bağımsız mahkemeler tarafından denetimi olarak ele almaktadır.<sup>25</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi aynı kararında özgürlükçü demokratik temel düzeni kaldırma ve ona zarar verme hususlarını da irdelemiştir. Mahkeme'ye göre özgürlükçü demokratik temel düzeni *kaldırma*, özgürlükçü demokratik temel düzenin mezkûr üç unsurundan birinin en az birisinin kaldırılması veya yerine başka bir düzenin getirilmesini ifade etmektedir.<sup>26</sup> Mahkeme, özgürlükçü demokratik temel düzene *zarar verme* hususunu ise parti konseptinin özgürlükçü demokratik temel düzeni yeterli yoğunlukla fark edilir şekilde tehlikeye atması olarak açıklamıştır.<sup>27</sup>

Federal Almanya Anayasası m. 21/f.2'de korunan bir diğer değer, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin varlığıdır. Madde hükmünde, bu varlığı tehlikeye sokma eğiliminde olan siyasi partilerin de kapatılacağı düzenlenmiştir. Federal

<sup>21</sup> Karar için bkz., BVerfGE 144, 20, erişim tarihi Kasım 5, 2022, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv144020.html>.

<sup>22</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 529; Ayrıca bkz., Julian Krüper, “Entscheidungsanmerkungs (BVerfG, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13),” *Zeitschrift für das Juristische Studium* 3 (2017): 367.

<sup>23</sup> Anika Klafki, “Art. 21,” iç. *Grundgesetz-Kommentar*. ed. Ingo von Münch, Philip Kunig, Rupert Scholz. (München: C.H. Beck Verlag, 2021), rn. 103; Akça, *Militan Demokrasi*, 127-128.

<sup>24</sup> Klafki, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 103; Akça, *Militan Demokrasi*, 128.

<sup>25</sup> Klafki, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 103; Akça, *Militan Demokrasi*, 128.

<sup>26</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 550; bir partinin söz konusu üç unsurdan birini desteklediğini beyan edip diğeriyle mücadele etmesi onun kapatılmasının önünde engel teşkil etmez. Bkz., Klein, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 531.

<sup>27</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 556; özgürlükçü demokratik temel düzene zarar verme kavramının özgürlükçü demokratik temel düzeni kısmen kaldırma anlamına geldiği yönünde bkz., Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 163.

Almanya Cumhuriyeti'nin varlığı kavramının ne ifade ettiğine yönelik mevzuatta bir düzenleme bulunmadığı gibi konuyla alakalı Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin yorumlarına da rastlanmamaktadır. Doktrinde ise kavram ülkenin toprak bütünlüğü ile açıklanmaktadır.<sup>28</sup> Buna göre Almanya, Anayasa'nun girişinde zikredilen eyaletlerden<sup>29</sup> ve bu eyaletlerin topraklarından müteşekkil Federal devlettir ve bu bütünlüğü tehlikeye atmaya örneğin, ülkenin bazı eyaletlerin bağımsızlığı kazanması sağlamaya ya da ülkeyi Konfederasyona dönüştürmeye yönelik eğilimler m. 21/f.2 kapsamında parti kapatma sebebi sayılabilecektir.<sup>30</sup>

ii. *Özgürlükçü Demokratik Temel Düzeni Zedelemek veya Ortadan Kaldırma ya da Federal Almanya'nın Varlığını Tehlike Sokma Eğilimi*

Federal Almanya Anayasası m. 21/f.2'ye göre bir siyasi partinin kapatılabilmesi için özgürlükçü demokratik temel düzeni zedelemek veya ortadan kaldırma ya da Federal Almanya'nın varlığını tehlike sokma eğilimi taşıması gereklidir. Eğilim kavramı mevzuatta tanımlanmış değildir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 2017 yılına değin kararlarında eğilim kavramını partilerin agresif-saldırgan tutumu (aggressiv-kämpferischen Haltung) kavramı ile açıklamıştır.<sup>31</sup> Buna göre bir siyasi partinin kapatılabilmesi için özgürlükçü demokratik temel düzene ya da Federal Almanya'nın bütünlüğüne yönelik agresif-saldırgan bir tutum içerisinde olması gereklidir. Dolayısıyla Mahkeme,

<sup>28</sup> Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 135; Klein, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 520; Schlaich ve Koriototh, *Das Bundesverfassungsgericht*, rn. 340a; söz konusu kavramın politik bağımsızlığı da kapsadığı yönünde bkz Hans Jarass, "Art. 21," iç. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, ed. Hans Jarass, Bodo Pieroth (München: C.H. Beck, 2022), rn. 54.

<sup>29</sup> Bu eyaletler şunlardır: Baden-Württemberg, Bavyera, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Alt Saksonya, Kuzey Ren Vestfalya, Ren-Palatina, Saarland, Saksonya, Saksonya-Anhalt, Schleswig-Holstein ve Thüringen.

<sup>30</sup> Klein, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 521; doktrinde Federal bir Avrupa devleti kurma girişimleri ise Federal Almanya Anayasası'nun başlangıç metninde açıkça birleşik Avrupa (vereinte Europa) hedefi zikredildiğinden parti kapatma sebebi olarak görülmemektedir. Bkz., Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 167; Klein, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 523; Klafki, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 105.

<sup>31</sup> BVerfGE 5, 85, rn. 145, erişim tarihi Kasım 5, 2022, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>.



eğilim kavramını salt bir hedef, bir amaç olarak kabul etmemiştir. Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin eğilim kavramına verdiği anlam 2017 yılında Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD II) kararıyla birlikte değişikliğe uğramıştır. Aşağıda tafsilatlı bir şekilde incelenmiş olan karara göre bir siyasi partinin kapatılabilmesi için özgürlükçü demokratik temel düzeni zedelemek veya ortadan kaldırmak veya Federal Almanya Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye sokmak noktasında agresif-saldırgan tutum olmalıdır ancak bu yeterli değildir. Partinin bu agresif-saldırgan tutumunun yanı sıra partinin amacını gerçekleştirecek potansiyelle de sahip olması gerekir. Dolayısıyla bir siyasi parti özgürlükçü demokratik temel düzene ya da ülkenin varlığına yönelik agresif-saldırgan tutum içerisinde olsa da şayet amacını gerçekleştirecek potansiyelle sahip değilse o partinin kapatılabilmesi mümkün değildir. Mahkemeye göre partinin potansiyeli yoksa agresif-saldırgan tutumunun da anlamı yoktur.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, potansiyellik kriterini benimsediği 2017 yılı NPD II kararında davalı partinin özgürlükçü demokratik temel düzene karşı bir parti olduğunu yani mevcut düzene karşı agresif-saldırgan bir tutum içerisinde olduğunu kabul etmiş; ancak demokratik düzene zarar verme ya da onu yıkma amaçlarını gerçekleştirecek potansiyelle sahip olmadığına hükmetmiştir. Potansiyellik kriterini karıştılamayan davalı parti, Mahkeme tarafından kapatılmamıştır. Bu yeni kriterle birlikte Federal Almanya'da kapatma davalarında Mahkeme, öncelikle partinin demokratik düzene karşı agresif-saldırgan bir davranış içerisinde olup olmadığı incelemekte eğer bu varsa akabinde demokratik düzene zarar verme ya da onu yıkma veya ülke bütünlüğünü tehlikeye sokma potansiyeline sahip olup olmadığını inceleme konusu yapmaktadır. Şayet parti gerekli potansiyelle sahip değilse; bu durum partinin kapatılması için aranan eğilim şartını taşıyor anlamına gelmektedir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 2017 yılı NPD II kararında aşağıda ayrıca aktarıldığı üzere davalının potansiyellik kriterini karşılayıp karşılamadığını partinin üye sayıları, örgütsel yapısı, kampanya yeteneği, finansal durumu; ayrıca seçim sonuçları, yayımlar, ittifaklar ve teşkilat yapısı ile partinin toplum üzerindeki etkisi; kamu kurumlarında ve diğer temsili organlarda temsilcileri olup olmadığı;

kullandığı araçlar ve stratejiler ve benzeri diğer tüm unsurları dikkate alarak tespit etmektedir.<sup>32</sup>

*iii. Siyasi Partinin Parti Kapatmaya Sebep Olacak Eğilimin Partinin Amaçları ve Taraflarının Tutumuna Göre Belirlenmesi*

Bir siyasi partinin özgürlükçü demokratik temel düzeni ve ülke varlığına zarar verme ya da onu yıkmaya yönelik eğilimi, Federal Almanya Anayasası m. 21/f. 2’de de ifade edildiği üzere partinin amaçları ve taraflarının tutumuna göre belirlenmektedir.<sup>33</sup> Siyasi partinin amacı ve taraftarlarının tutumunun ne şekilde ele alınacağı ve bunların kapsamının ne olduğuna dair mevzuatta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada parti kapatma davasında yetkili karar merci olan Federal Anayasa Mahkemesi değerlendirmeleri ve takdiri önem arz etmektedir.

Federal Almanya Anayasası m. 21/f.2’ye göre bir siyasi partinin eğilimi her şeyden önce o partinin amaçlarından tespit edilir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin geçmiş dönemde verdiği kararlarına bakıldığında, Mahkeme partinin amaçlarını tespit etmek için; parti programını ve partinin resmi bildirgelerini, partinin ideolojisi noktasında otorite kabul edilen yazarların (ideologların) yazılarını, partinin önde gelen görevlilerinin beyanatlarını, partide kullanılan eğitim ve propaganda materyallerini ve ayrıca partiyle doğrudan ya da dolaylı olarak bağlantısı olan gazetede ve dergideki yazıları incelemektedir.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> BVerfGE, 144, 20, rn. 587.

<sup>33</sup> Parti eğiliminin tespit edileceği partinin amaçları ve parti taraftarlarının tutumunun birlikte yani kümülatif olarak şart olmadığı yönünde bkz., Christian Von Coelln, “BVerfGG § 46,” iç. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, ed. Bruno Schmidt-Bleibtreu, Franz Klein ve Herber Bethge (München: C.H. Beck, 2022), rn. 4.

<sup>34</sup> BVerfGE 5, 85, rn. 153; BVerfGE, 144, 20, rn. 558; partinin amacını tespit etmeye yönelik incelenecek unsurların başında şüphesiz partinin tüzük, program ve bildirgeleri gelmektedir. Ancak bu resmi belgelerde partilerin demokratik düzeni ya da ülkenin varlığını tehlikeye sokacak eğilimleri kestirebilmek her zaman mümkün değildir. Zira partiler olası kapatma davalarından kendilerini koruyabilmek için niyetlerini parti program ve bildirgelerinde gizleyebilmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, bir kararında bu hususu Hitler döneminden örneklerle açıklamaktadır. Mahkeme, Hitler’in şansölye olduğunda Weimar Anayasası üzerine yemin ettiğini diğer taraftan NSDAP’nun parti programında asıl amaçlarını

Siyasi partinin Anayasa m. 21/f.2 kapsamında kapatılmasını gerektirecek eğilimini gösteren bir diğer önemli unsur ise parti taraftarlarının tutumudur. Parti taraftarı kavramı sadece parti üyelerini değil partiye bağlılıklarını beyan eden parti üyesi olmayan kişileri de ifade etmektedir<sup>35</sup>. Ancak parti taraftarlarının özgürlükçü demokratik temel düzene karşı giriştikleri her eylem Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından parti eylemi olarak kabul edilmemektedir. Mahkemeye göre parti taraftarlarının yapmış olduğu eylemlerden dolayı partinin sorumlu tutulabilmesi için partinin bizzat bu eylemleri belirlemesi ya da partinin genel eğilimini yansıtan eylemler olması gerekmektedir.<sup>36</sup> Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesi parti taraftarları kavramı içerisinde yer alan kimi gruplar için bazı ön kabullerde bulunmaktadır. Mahkemeye göre şayet eylemler; parti organları özellikle parti yönetimi ve partinin ileri gelen yöneticileri tarafından yapılıyorsa bunlar partiye izafe edilmelidir.<sup>37</sup>

### c. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kararı

Bir siyasi parti Anayasa m. 21/f.2'de zikredilen ve yukarıda açıklanan şartları taşıyorsa o parti hakkında anayasaya aykırılık (Verfassungswidrigkeit) kararı verilmesi söz konusu olur. Anayasa'ya göre aykırılık kararı verme yetkisi Federal

---

gizleyecek muğlak ifadelere yer verdiğini belirtmiştir. Mahkeme, bu kasıtlı davranışlar nedeniyle parti programları ve sadakat beyanlarının partinin amacını tespit etmede tek başına yeterli olmayacağını savunmaktadır. Bkz., BVerfGE 2, 1, rn. 49, erişim tarihi Nisan 4, 2023, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002001.html>; dolayısıyla Federal Alman Anayasa Mahkemesi bir siyasi partinin anti-demokratik amaçlarını ispatlayacak tüm delil ve verileri bir bütün olarak dikkate almaktadır. Bkz., BVerfGE, 144, 20, rn. 559; Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 156.

<sup>35</sup> Von Coelln, *BVerfGG § 46*, rn. 7.

<sup>36</sup> BVerfGE, 144, 20, rn. 561.

<sup>37</sup> BVerfGE, 144, 20, rn. 562; Mahkeme, partinin yayın organları ile bağlı (yan) örgütlerin gerçekleştirdiği eylemler de partiye izafe edilebileceğini kabul etmektedir. Bkz., BVerfGE, 144, 20, rn. 562; Federal Alman Anayasa Mahkemesi parti üyelerinin ya da üçüncü kişilerin işlediği suçlar bakımından ise söz konusu suçun partiye izafe edilmesini sağlayacak somut deliller aramaktadır. Örneğin bir suçun oluşumunda parti eğilimi esas faktörse veya parti üyesi kişinin işlediği suçun akabinde parti bu üyeye arasına mesafe koymuyorsa parti sorumlu tutulabilecektir. Bkz., BVerfGE, 144, 20, rn. 565; Federal Alman Anayasa Mahkemesi yasama sorumsuzluğu olsa dahi parti üyelerinin yerel veya ulusal parlamentolarda yaptığı açıklamaları da kapatma davasında partiye izafe edilebileceğini kabul etmektedir. Bkz., BVerfGE, 144, 20, rn. 567.

Alman Anayasa Mahkemesi'ne aittir<sup>38</sup>. Federal Alman Anayasa Mahkemesi dışında başka bir makamın bu yönde karar verebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla Mahkeme'nin bu açıdan bir yetki tekeli söz konusudur.

Bir siyasi parti hakkında Anayasa'ya aykırılık kararı verilebilmesi için Federal Alman Anayasa Mahkemesi re'sen harekete geçmemektedir. Bu noktada ilgili siyasi parti aleyhine bir dava açılması gerekir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 43/f.1'de bu davayı kimlerin açabileceği düzenlenmiştir. Buna göre; Federal Hükümet, Federal Meclis ve Federal Konsey siyasi parti kapatma davası açma yetkisine sahiptirler. Diğer taraftan bir parti sadece bir eyalette etkinse Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 43/f.2'ye ilgili eyalet hükümetleri de partinin kapatılabilmesi için dava açabilmektedir.<sup>39</sup> Kapatma davasını açacak olan mezkûr organlar bu davayı münferit olarak açabilecekleri gibi birlikte de açabilirler.<sup>40</sup> Dava açmaya yetkili olan organlar açısından davayı açıp açmamak onların politik takdirlerine kalmış bir durumdur; yani bu organlar serbesttirler.<sup>41</sup>

Yetkili organlar davayı açtıktan sonra Federal Alman Anayasa Mahkemesi Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 45 gereği bir ön yargılama (*Vorverfahren*) süreci başlatır<sup>42</sup>. Bu ön yargılamada davalı partiye belirli bir süre içerisinde iddialara ilişkin cevap verme imkânı verilir. Akabinde Mahkeme, başvurunun kabul edilemez olduğuna<sup>43</sup> veya yeterli delilden yoksun olduğuna karar

<sup>38</sup> Siyasi partileri kapatma yetkisinin sadece Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne bırakılması partilerin sahip olduğu önemi gösteren bir diğer husustur. Bkz., Martin Morlok, *Kein Geld*, 67.

<sup>39</sup> Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 174; Klafki, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 112.

<sup>40</sup> Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 174.

<sup>41</sup> Jarass, *Kommentar*, Art. 21, rn. 50; Klafki, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 112; Schlaich ve Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, rn. 341; Martin Morlok, "Kein Geld für verfassungsfeindliche Parteien?," *Zeitschrift für Rechtspolitik* 3 (2017): 67.

<sup>42</sup> Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 185; BVerfGE, 5, 85, rn. 79.

<sup>43</sup> Şayet bir siyasi parti kapatma davası açılabilmesi için gerekli ön koşullar yoksa bu durumda Mahkeme başvurunun kabul edilemez olduğu yönünde karar verecektir. Örneğin, aleyhine dava açılan parti, bir parti olmanın gereklerini sağlamıyorsa bu durumda Mahkeme tarafından başvurunun kabul edilemez olduğu yönünde karar verilecektir. Bu yönde bkz., Von Coelln, *BVerfGG* § 46, rn. 7.

verebileceği gibi sözlü duruşma yapılması (davanın devam ettirilmesi) yönünde de karar alabilir.<sup>44</sup>

Şayet duruşma yapılması yönünde karar alınrsa Mahkeme, Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 38/f.2 gereği bir hâkim görevlendirerek ön inceleme (*Voruntersuchung*) yapar.<sup>45</sup> Ön incelemeyle görevlendirilen hâkim gerekli bilgi ve belgeyi topladıktan sonra sözlü duruşmaya geçilir.<sup>46</sup> Mahkeme, yargılamanın her aşamasında her türlü bilgi ve belgeye başvurabilir. Gerekli gördüğünde Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 47 gereği arama ve el koyma kararı ya da diğer tedbirleri alabilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere Mahkeme partinin amaçları ve parti taraftarlarının davranışlarından yola çıkarak partinin özgürlükçü demokratik temel düzeni zedelemek ya da ortadan kaldırma veya ülkenin varlığını tehlikeye sokma eğiliminde olup olmadığını değerlendirmeye almaktadır. Şayet partinin amaçları ve parti taraftarlarının davranışlarından mezkur eğilim, yani korunan değerlere yönelik agresif-saldırgan tutum ve amaçlarını gerçekleştirecek potansiyel ispatlanmışsa Mahkeme, parti hakkında anayasaya aykırılık kararı verir.

Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 15/f.4, c.1 gereği siyasi parti yasaklarında davalı parti aleyhine alınacak her karar için mutlaka Senato üyelerinin üçte iki çoğunluğu gerekmektedir.<sup>47</sup> Bu ise sekiz üyeden oluşan Senato'nun altı üyesinin Anayasa'ya aykırılık yönünde karar vermesi anlamına gelmektedir.

---

<sup>44</sup> Klein, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 548; Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 15/4 gereği duruşma yapılması yönünde karar alınabilmesi için davaya bakan mahkeme senato üyelerinin en az üçte ikisinin bu yönde oy kullanması gerekmektedir. Her senatoda sekiz hakim bulunduğundan en az 6 üyenin sözlü duruşma yapılması yönünde karar vermesi gerekmektedir. Bkz., Von Coelln, *BVerfGG* § 46, rn. 11.

<sup>45</sup> Ön incelemede görevlendirilecek hâkim, kapatma davasını gören senatodan değil diğer senatodan seçilir. Böylece adil ve şeffaf yargılama yapılması öngörülmüştür.

<sup>46</sup> Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 25/f.1 gereği sözlü duruşma taraflar açıkça feragat etmediği sürece yapılması zorunludur.

<sup>47</sup> Klein, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 548, 551; Klafki, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 113; Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 188.

### 3. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kararının Sonuçları

Federal Alman Anayasa m. 21/f.2'de açıkça parti kapatmadan değil anayasaya aykırılıktan bahsedilmektedir. Belirtmek gerekir ki Anayasa'ya aykırılık kararı doğrudan hukuki sonuç doğuran bir karar değil aksine bir tespit kararıdır. Yani partinin Anayasa'nın koruma alanının dışında olduğunun tespiti yapılmaktadır.<sup>48</sup> Bu tespit kararının sonuçları Anayasa m. 21/f.5 gereği yasa koyucu tarafından düzenlenmiştir.<sup>49</sup> Uygulama kanunlarından biri olan Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 46/f.3'e göre bir parti hakkında Anayasa'ya aykırılık kararı verilmişse bunun zorunlu iki sonucu olmaktadır:<sup>50</sup> Partinin kapatılması ve ikame örgütlerinin kurulmasının yasaklanması. Bu yasal düzenlemeyle birlikte Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılık kararı verdikten sonra partinin kapatılmasına, yani partinin varlığının sona ermesine karar vermek durumundadır. Mahkeme'nin Anayasa'ya aykırılık verdikten sonra partiyi kapatıp kapatmama noktasında bir takdir hakkı söz konusu değildir.<sup>51</sup> Bu sebeple Anayasa'ya aykırılık kararını bir parti kapatma kararı olarak anlamak yanlış olmayacaktır. Mahkeme'nin zorunlu olarak vermesi gereken bir diğer karar olan ikame örgütlerin yasaklanması ise kapatılan partinin başka bir isimle yeniden kurulmasını engellemeye yöneliktir.<sup>52</sup> Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 46/f.3'te ayrıca Mahkeme'ye takdiri bir de yetki tanınmıştır. Buna göre Mahkeme;

<sup>48</sup> Klein, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 556; Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 191.

<sup>49</sup> Klein, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 556.

<sup>50</sup> Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 191; Von Coelln, *BVerfGG § 46*, rn. 58.

<sup>51</sup> Von Coelln, *BVerfGG § 46*, rn. 59.

<sup>52</sup> Alman Siyasi Partiler Kanunu m. 33/f.1'e göre ikame örgütler anayasa aykırı olarak ilan edilip kapatılan partilerin anayasaya aykırı çalışmalarını yürüten teşkilatlardır. Bu teşkilatlar bir siyasi parti kapatıldıktan sonra kurulabileceği, parti kapatılmadan öncede var olan kuruluşlar da ikame örgüt olarak ortaya çıkabilirler. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir siyasi parti hakkında verdiği anayasaya aykırılık kararı sonrası o partinin amaçlarını devam ettirdiği anlaşılan örgütlenmeler bir parti olsun veya olmasın dernek yasakları kapsamında İçişleri Bakanlığı ya da eyaletlerin yetkilendirdiği birimlerin (eyaletlerde etkin örgütlenmeler için) kararıyla kapatılabilecektir. Şayet bu ikame örgüt henüz kapatma kararı verilmeden önce kurulmuş bir parti ise bu durumda Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapıp bu partinin ikame örgüt olduğuna dair karar alınması gerekir. Akabinde bu parti dernekler yasası uyarınca kapatılabilecektir. Parti kapatılmadan var olan örgütlenme bir dernek statüsünde ise yine dernekler yasası uyarınca idari birimler tarafından kapatılabilecektir. İkame örgütlerin yasaklanması hakkında bkz., Von Coelln, *BVerfGG § 46*, rn. 65-71.

dilerse kapatılan partinin malvarlıklarına Federal Hükümet lehine ya da bir eyalette etkin bir parti söz konusuysa o eyalet hükümeti lehine el koyabilir.<sup>53</sup> Uygulama kanunlarından bir diğeri olan Federal Seçim Kanunu<sup>54</sup> m. 46'da ise kapatılan partinin üye milletvekillerinin, milletvekilliklerinin düşeceğini düzenlenmektedir.<sup>55</sup>

## 1. Uygulamada Siyasi Partilerin Kapatılması ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Konuya Yaklaşımı

Federal Almanya Anayasası'nda öngörülen siyasi partilerin kapatılması tedbirinin çok fazla uygulaması olmamıştır. Anayasanın kabul edildiği 1949 yılından günümüze kadar altı kez parti kapatma başvurusu yapılmış, bunların ise sadece ikisinde partilerin kapatılmasına hükmedilmiştir.

### a. Kapatılan Partiler: *Sozialistische Reichspartei Deutschlands* (Sosyalist Reich Partisi, SRP) ve *Kommunistische Partei Deutschlands* (Alman Komünist Partisi, KPD)

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin ilk siyasi parti kapatma kararı aşırı sağ parti *Sozialistische Reichspartei* (Sosyalist Reich Partisi, SRP) hakkında verdiği karardır.<sup>56</sup> 1951 yılında Federal Hükümet, SRP'nin iç düzeninin demokratik ilkelere değil Nazi rejiminin Führer prensibine dayandığını ve Hitler'in partisinin (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei, NSDAP) devamı niteliğinde bir parti olduğunu ve özgürlükçü demokratik temel düzeni ortadan kaldırmak istediğini ileri sürerek Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nde kapatma davası açmıştır.<sup>57</sup> Federal Hükümet, dava dilekçesinde parti basınından ve literatüründen belgeler, parti yetkililerine ait konuşma kayıtları ve tanık beyanlarını kanıt olarak Mahkeme'ye sunmuştur.<sup>58</sup> Mahkeme, davada sözlü

<sup>53</sup> Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 191; Von Coelln, *BVerfGG § 46*, rn. 72.

<sup>54</sup> Federal Seçim Kanunu (Bundeswahlgesetz) için bkz., *Bundeswahlgesetz*, erişim tarihi Ocak 5, 2023, <https://www.gesetze-im-internet.de/bwahlg/>.

<sup>55</sup> Klein, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 566; Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 196; Von Coelln, *BVerfGG § 46*, rn. 83.

<sup>56</sup> BVerfGE 2, 1, erişim tarihi Nisan 4, 2023, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002001.html>.

<sup>57</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 11.

<sup>58</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 11.

duruşma yapılmasına karar vermiş, davalı partiye ait binalar ile parti üyelerinin evlerinde arama ve bazı dokümanlara elkoyma kararı çıkarmış, ayrıca partinin esas hakkında karar verilmeye değin propaganda ve reklam yapmasını da yasaklamıştır.<sup>59</sup> Mahkeme; yargılama sırasında partinin programını, örgüt yapısını, partinin ileri gelen yetkililerinin söylemlerini, partinin eğitim ve propaganda amaçlı materyallerini inceleme konusu yapmıştır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi parti yönetiminin çoğunluğu eski Nazi yapılanması içerisinde yer alan isimlerden olduğunu tespit etmiştir.<sup>60</sup> Akabinde ise iç örgütlenmesini ve işleyişini ele almış, bunun sonucunda parti içi demokrasinin mevcut olmadığına tam aksine diktatörce bir liderliğin olduğuna hükmetmiştir. Zira Mahkeme partinin yukarıdan aşağıya doğru teşkilatlandığını, üyeler arasında farklı statülerin olduğunu, muhalif grupları susturabilmek adına merkezin teşkilatları fesih yetkisine sahip olduğunu belirlemiş ve bu hususların Hitler'in partisi NSDAP'nin Führer prensibi kapsamında olduğu sonucuna varmıştır.<sup>61</sup> Federal Alman Anayasa Mahkemesi ayrıca partinin yan örgütlerinin, gençlik kollarının ve kadın kollarının NSDAP'nin teşkilatlanmalarını örnek aldığını ve hatta kullanılan üniformaların bile taklit edildiğini tespit etmiştir.<sup>62</sup> Mahkeme parti programında açıkça zikredilmese de kullanılan ifadelerden partinin tıpkı Naziler gibi Federal Almanya'yı geniş topraklara hükmeden bir Alman Reich'ına (İmparatorluğu) dönüştürmeyi hedeflediği sonucuna da ulaşmıştır.<sup>63</sup> Mahkeme partinin örgütlenmesi ve programına ilişkin bu değerlendirmelerden sonra parti destekçilerinin davranışlarını da incelemiş ve bu davranışların özgürlükçü demokratik temel düzeni sarsma amacı taşıdığını tespit etmiştir. Mahkeme, özellikle parti destekçilerinin beyanlarını, partinin kullandığı propaganda araçlarını, sloganlarını ve yaptıkları etkinlikleri Nazilerle ilişkilendirmiştir.<sup>64</sup> Mahkeme ayrıca partinin seçim toplantılarında savaşta ölen Nazileri ve İkinci Dünya Savaşı sonrası idam edilen Nazi liderlerini andıklarını<sup>65</sup>

---

<sup>59</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 16, 17, 21.

<sup>60</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 104.

<sup>61</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 174-189.

<sup>62</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 190.

<sup>63</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 193-199.

<sup>64</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 200-211.

<sup>65</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 212-216.



tespit etmiş, akabinde partinin İkinci Dünya Savaşı'nın kaybedilmesinde Hitler'e herhangi bir sorumluluk yüklenmediğini belirlemiştir.<sup>66</sup> Anayasa Mahkemesi kararının ilerleyen kısımlarında ise partinin mevcut demokrasinin unsurlarına karşıtlığı muhtelif eylem ve söylemleriyle ortaya konulmuştur.<sup>67</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi tüm bu değerlendirmeleri yaptıktan sonra kararının hüküm kısmında, SRP'nin temel hak ve hürriyetlere saygı göstermeyen, kanun önünde eşitlik ilkesini gözardı eden, Yahudi düşmanlığını hortlatan, diğer partilerle meşru yollarla mücadele etmeyen diğer bir ifadeyle çok partili sisteme karşı çıkan, Nazilerde olduğu gibi bir Führer sultası altında anti-demokratik teşkilatlanan, Alman egemenliğinin genişlemesini savunan, yan örgütleri NSDAP'ye benzeyen, NSDAP üyesi Nazilere partide görev veren, hükümet organlarını yıpratarak ve politikacıları aşağılayarak rejimi zayıflatan bir parti olduğuna hükmetmiştir.<sup>68</sup> SRP ile NSDAP arasındaki bağı bu şekilde tespit eden Mahkeme, her iki partinin birbirine halef-selef olduğuna karar vermiştir.<sup>69</sup> Dolayısıyla Mahkeme SRP'yi özgürlükçü demokratik temel düzene zarar vermeyi ve nihayetinde bu düzeni yıkma eğilimi taşıyan bir parti olarak değerlendirmiş<sup>70</sup> ve bu sebeple de SRP'nin Anayasa'ya aykırı bir parti olarak ilanına, partinin kapatılmasına, ikame örgütlenmelerin yasaklanmasına, federal ve federe meclisteki SRP milletvekillerinin milletvekilliği sıfatlarının düşmesine ve söz konusu partinin malvarlığına Federal Hükümet lehine el konulmasına karar vermiştir.<sup>71</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi ikinci parti kapatma kararını ise 17 Ağustos 1956 yılında *Kommunistische Partei Deutschlands (Alman Komünist Partisi, KPD)* hakkında vermiştir.<sup>72</sup> KPD hakkında kapatma davasını açan organ

<sup>66</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 219.

<sup>67</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 226-273.

<sup>68</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 274-278.

<sup>69</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 279.

<sup>70</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 284.

<sup>71</sup> BVerfGE 2, 1, rn. 285-305.

<sup>72</sup> Karar için bkz., BVerfGE 5, 85, erişim tarihi Mart 7, 2023, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>; kararın detaylı bir tahlili için bkz., Johannes Lameyer, *Streitbare Demokratie* (Berlin: Duncker & Humblot, 1978), 28-41; Federal Alman

Federal Hükümettir. Hükümet, kapatma isteminin gerekçesinde, KPD'nin şiddete dayalı bir devrimle totaliter proleterya diktatörlüğü kurmayı hedeflediğini ve kitleleri ayaklanmaya çağırdığını belirtmiş ve tüm bunların özgürlükçü demokratik temel düzenle bağdaşmadığını savunarak<sup>73</sup>, partinin kapatılmasını talep etmiştir.<sup>74</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, davada öncelikle parti kapatma yaptırımına ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme, parti kapatma yaptırımının Anayasa koyucunun demokrasiyi korumaya yönelik bilinçli bir tercihi olduğunu, yani militan demokrasi anlayışının bir aracı olduğunu savunmuştur.<sup>75</sup> Akabinde Mahkeme, bir partinin kapatılabilmesi için partinin özgürlükçü demokratik temel düzene karşı aktif agresif-saldırgan bir tutum (aktiv kämpferische, aggressive Haltung) içinde olması gerektiğini ve bu tutumla demokratik düzene planlı bir zarar vermeyi ve ilerisinde ise bu düzeni yıkmayı istemesi gerektiğini ileri sürmüştür<sup>76</sup>. Mahkeme, partinin kapatılması için özgürlükçü demokratik temel düzeni yıkmaya yönelik mezkûr tutumu yeterli görmüş, bunu gerçekleştirmeye yönelik bir aksiyonun varlığını ya da bu aksiyonun ertelenmiş olmasını ise partinin kapatılması açısından belirleyici olarak değerlendirmemiştir.<sup>77</sup> Buna bağlı olarak Mahkeme partinin anti-demokratik amaçlarını gerçekleştirme potansiyelinin sahip olup olmadığı ile de ilgilenmemiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, tıpkı SRP kararında olduğu

---

Anayasa Mahkemesi'nin KPD hakkında verdiği kapatma kararı 308 sayfalık bir gerekçeden oluşmuştur. Bu Mahkeme tarihinin en uzun gerekçeli kararıdır. Bkz., Svetlana Tyulkina, *Militant Democracy - Undemocratic Political Parties and Beyond* (London and New York: Routledge, 2015), 75; KPD'nin kapatılması davasının yaklaşık beş yıl sürdüğü ve o dönem hükümetin yoğun bir baskısının olduğu yönünde bkz., Peter Niesen, "Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties," *Annual of German and European Law* (2003): 86.

<sup>73</sup> BVerfGE 5, 85, rn. 40-41.

<sup>74</sup> BVerfGE 5, 85, rn. 44-45.

<sup>75</sup> BVerfGE 5, 85, rn. 141; mahkeme; militan demokrasi anlayışının gerekliliğine ilişkin olarak özellikle Weimar Anayasası döneminde demokrasi düşmanı da olsa tüm partilere eşit yarışma imkanı veren değer göreceli demokrasi anlayışına atıfta bulunmuştur. Bkz., BVerfGE 5, 85, rn. 140; Weimar Anayasası döneminde değer göreceli demokrasi anlayışı için bkz., Akça, *Militan Demokrasi*, 51-64.

<sup>76</sup> BVerfGE 5, 85, rn. 145.

<sup>77</sup> BVerfGE 5, 85, rn. 150.

gibi partinin anti-demokratik eğilimini partinin, programı ve resmi beyanlarından, partinin ideoloji noktasında yetkili kıldığı ideologların yazılarından, önde gelen yöneticilerin konuşmalarından, partinin yayın organlarından ve partinin organ ve destekçilerinin davranışlarından tespit edilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme tüm bu açıklamalardan sonra parti programından ve partinin resmi beyanlarından yola çıkarak partinin Marksizm-Leninizm ideolojisini benimseyen bir parti olduğu tespitini yapmış, akabinde Marksizm-Leninizm'in şiddeti arka plana atmayan devrim ve proletarya diktatörlüğü hedeflerini partinin de benimsediğini ortaya koymuştur.<sup>78</sup> Mahkeme, partinin amaçları ve Marksizm-Leninizm'in şiddete dayalı bir devrimi hedeflediğini<sup>79</sup>, kuvvetler ayrılığını reddettiğini<sup>80</sup>, devrilen sınıfı bastırma gerekliliğinden dolayı kanun önünde eşitliği benimsemediğini<sup>81</sup>, toplum içinde bazı gruplara oy hakkı tanımadığını<sup>82</sup> belirlemiştir. Mahkeme, tüm bu tespitlerden sonra komünizmle, komünizmin özgürlükçü demokratik temel düzene düşman bir ideoloji oluşunu aynı madalyonun iki yüzü olarak değerlendirmiştir.<sup>83</sup> Mahkeme tüm bu tespit ve değerlendirmeler neticesinde partinin Anayasa'ya aykırı bir parti olduğunu ve bunun zorunlu sonucu olarak partinin ve yan örgütlerinin kapatılmasına karar vermiştir.<sup>84</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu her iki karar demokrasinin kendisini demokrasi düşmanlarına karşı koruması anlamına gelen militan demokrasi anlayışının uygulamadaki ilk örnekleri olması açısından önemlidir. Mahkeme her iki kararda, partinin amaçları ve parti taraftarlarının tutumunu belirlemek üzere partinin iç örgütlenmesi, ideolojisi, programı, yapılan parti nutukları, parti liderlerinin eylem ve beyanları, partinin propaganda araçları, partiye ait sembol ve sloganlar, partiye bağlı basında çıkan yazılar gibi geniş bir alanda inceleme yapmıştır. Bu incelemeler neticesinde partilerin özgürlükçü

---

<sup>78</sup> Mahkeme KPD'nin resmi ideolojisi olan Marksizm-Leninizmi incelerken başta Marks, Engel, Stalin ve Lenin olmak üzere birçok yazara ve eserlerine atıfta bulunmuştur. Bkz., BVerfGE 5, 85, rn. 66ff.

<sup>79</sup> BVerfGE 5, 85, rn. 237.

<sup>80</sup> BVerfGE 5, 85, rn. 273.

<sup>81</sup> BVerfGE 5, 85, rn. 291.

<sup>82</sup> BVerfGE 5, 85, rn. 293.

<sup>83</sup> BVerfGE 5, 85, rn. 368.

<sup>84</sup> BVerfGE 5, 85, rn. 1067-1068.

demokratik temel düzeni yıkma amacı taşıyan agresif-saldırgan bir tutum içerisinde olduğuna kanaat getirerek her iki partiyi de kapatmıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, her iki kararında partinin, toplumdaki karşılığı ve anti-demokratik hedeflere ulaşma potansiyeli gibi hususları ise değerlendirme dışı bırakmıştır.

### **b. Freie Deutsche Arbeiterpartei (Özgürlükçü Alman İşçi Partisi, FAP) ve Nationale Liste (Ulusal Liste, NL) Hakkında Verilen Kararlar**

İki parti kapatma kararının ardından uzunca bir süre Federal Almanya’da siyasi parti kapatma davaları gündeme gelmemiş, 1993 yılına kadar yeni bir dava açılmamıştır. Ancak 90’lı yılların başında Hoyerswerda, Rostock-Lichtenhagen ve Solingen bölgelerinde artan yabancı düşmanlığı, saldırgan eylemler ve anti-semitik faaliyetler sebebiyle **Freie Deutsche Arbeiterpartei (Özgürlükçü Alman İşçi Partisi, FAP)** adlı parti aleyhine Hamburg Eyaleti<sup>85</sup>, **Nationale Liste (Ulusal Liste, NL)** adlı parti içinse Federal Hükümet (Bundesregierung) ve Federal Konsey (Bundesrat)<sup>86</sup> kapatma davası açmıştır.<sup>87</sup> Mahkeme, davanın henüz ilk aşamasında (sözlü duruşmaya geçmeyi gerek görmeden) her iki partinin çok az üyeye sahip olduğunu, teşkilatlanmalarının yetersiz olduğunu, sadece birkaç eyalette ve sınırlı şekilde etkin olduklarını tespit etmiş<sup>88</sup> ve bunun sonucunda her iki partinin Siyasi Partiler Kanunu m. 2/f. 2’ye göre amaçlarını gerçekleştirecek ciddiyet noktasında

<sup>85</sup> FAP aleyhine açılan dava bir eyalet yönetiminin bir parti aleyhine açtığı ilk kapatma davası olmuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 43/f.2’ye göre aleyhinde kapatma davası açılacak parti belirli bir eyalette etkinse o eyalet yönetimi de kapatma davası açabilmektedir.

<sup>86</sup> NL aleyhine açılan dava, Federal Konseyin bir parti aleyhinde açtığı ilk kapatma davası olmuştur.

<sup>87</sup> Davalar hakkında genel bir değerlendirme için bkz., Gereon Flümman. *Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten* (Wiesbaden: Springer Fachmedien, 2015), 186-188; FAP hakkında açılan dava hakkında ayrıca bir değerlendirme için bkz., Judith Wise, “Dissent and the Militant Democracy: The German Constitution and the Banning of the Free German Workers Party,” *The University of Chicago Law School Roundtable* 5, no. 1 (1998), 312ff.

<sup>88</sup> FAP’ın, üye sayısının 300-400 arası olduğu ve girdiği eyalet seçimlerinde 54 ila 929 arasında değişen oylar aldığı mahkemece tespit edilmiştir. Bkz., BVerfGE 91, 276, rn. 1-5, erişim tarihi Şubat 7, 2023, <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bv091276.html>; NL’nin ise Hamburg şehrinde etkin olan ve sadece 30 üyesi bulunan bir parti olduğu ve 1993 yılı Hamburg Eyalet Parlamentosu seçimlerinde 844.902 geçerli oyun sadece 400’ünü alabildiği kaydedilmiştir. Bkz., BVerfGE 91, 262, rn. 2.

yeterli güveni vermediklerini, yani bir parti statüsünde olmadıklarına, bir dernek olduklarına hükmederek parti kapatma başvurusunu reddetmiştir.<sup>89</sup> Ancak reddedilen bu başvurular, partilerin lehine bir sonuç doğurmamıştır. Zira parti değil dernek oldukları Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen bu iki örgütten NL Hamburg İçişleri Senatörlüğü; FAP ise Federal İçişleri Bakanlığı tarafından 24 Şubat 2005 tarihinde kapatılmıştır.<sup>90</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iki kararı Federal Alman Anayasa tarihinde siyasi parti yasakları açısından bir yenilik getirmemiştir.<sup>91</sup> Ancak, her iki karar, parti kavramının mahiyetini göstermesi ve dernekler ile siyasi parti arasındaki sınırı çizmesi bakımından önem arz etmektedir.

### c. **Nationaldemokratische Partei Deutschlands (Almanya Ulusal Demokratik Partisi, NPD) Kararı**

Federal Almanya'da sonraki süreçte kapatma davaları açılmaya devam edilmiştir. Bir sonraki dava 2001 yılında aşırı sağ parti *Nationaldemokratische Partei Deutschlands (Almanya Ulusal Demokratik Partisi, NPD)* hakkında açılan ve 2003 yılında karara bağlanan davadır.<sup>92</sup> Dava, Parlamentonun her iki kanadı Federal Meclis (Bundestag) ve Federal Konsey (Bundesrat) ile Federal Hükümet (Bundesregierung) tarafından 2001 yılında açılmıştır. Kapatma talebinde;

---

<sup>89</sup> Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin FAP hakkında verdiği red kararı için bkz., BVerfGE 91, 276, erişim tarihi Şubat 7, 2023, <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bv091276.html>; Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin NL hakkında verdiği red kararı için bkz., BVerfGE 91, 262, erişim tarihi Kasım 11, 2023, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv091262.html>.

<sup>90</sup> Sebastian Lovens, "Parteiverbote in der Bundesrepublik Deutschland. Zur verfassungsrechtlichen Ausgangslage der Anträge gegen die NPD," *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 32, no. 3 (2001): 563 dn. 105.

<sup>91</sup> Lovens, *Parteiverbote*, 563.

<sup>92</sup> Dava için bkz., BVerfGE 107, 339, erişim tarihi Ocak 16, 2023, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv107339.html>; söz konusu dava hakkında detaylı bilgi için bkz., Thilo Rensmann, "Procedural Fairness in a Militant Democracy: 'The Uprising of the Decent' Fails Before the Federal Constitutional Court," *German Law Journal* 4, no. 11 (2003): 1120ff.; Flümann, *Streitbare Demokratie*, 188ff.

NPD'nin<sup>93</sup>, Nasyonal Sosyalist, anti-semitik, ırkçı ve anti-demokratik amaçlar taşıdığı<sup>94</sup>, şiddete başvurduğu ve tehdit dilini kullandığı<sup>95</sup> ve özellikle gençler arasında popüler olduğu, sokak savaşları ve kurtarılmış bölgeler gibi kavramlarla devletin güç kullanma tekeli ortadan kaldırmayı amaçladığı ifade edilmiştir.<sup>96</sup> Bu gerekçelerle başvuruçular, davalı NPD'nin amaç ve eylemleriyle özgürlükçü demokratik temel düzene zarar vermeyi hedeflediğini savunmuşlar, bu sebeple parti hakkında Anayasa'ya aykırılık kararı verilmesini yani partinin kapatılmasını talep etmişlerdir.<sup>97</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, başvuruya ilişkin olarak partinin de cevabını dinledikten sonra sözlü duruşma yapılmasına karar vermiştir. Ancak Mahkeme, yargılamada usuli bir engel tespit ederek kısa süre içerisinde sözlü duruşma kararını iptal etmiş ve davayı reddetmiştir.<sup>98</sup> Kapatılma davasının reddedilmesine sebep olan bu usuli engel, davalı parti NPD'nin etkin kurullarında çok sayıda istihbarat elemanının var olması ve delillerin önemli bir kısmının bu elemanlardan sağlanmış olmasıdır.<sup>99</sup> Mahkeme'ye göre davalı partinin liderlik kadrosunda yer alan istihbarat elemanlarının ifadeleri partinin davalı konumunu zayıflatmaktadır.<sup>100</sup> Diğer taraftan Mahkeme'ye göre, böyle bir durum, parti kapatma davalarında aranan azami hukuki kesinlik, şeffaflık, öngörülebilirlik ve güvenilirliğe de zarar vermektedir.<sup>101</sup> Yine Mahkeme'ye göre, böylesine usuli bir engel ancak çok istisnai durumlarda ispatlanabildiği zaman göz ardı edilebilir.<sup>102</sup> Somut olayda ise Mahkeme, böylesine istisnai bir durumun ispatlanamadığını

<sup>93</sup> NPD, 1964 yılında kurulan aşırı sağ bir partidir. Parti, 1964 ve 1968 yıllarında girdiği eyalet seçimlerinde bazı eyaletlerde %5,8 ile %9,8 arasında değişen oylar almıştır. Partinin federal düzeydeki en büyük başarısı ise 1969 yılında Federal Konsey (Bundestag) seçimlerinde aldıkları %4.3'lük oy oranı olmuştur. Partinin 2001 yılında 6500 üyeye sahip olduğu Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmiştir. Bkz., BVerfGE 107, 339, rn. 2-3.

<sup>94</sup> BVerfGE 107, 339, rn. 8.

<sup>95</sup> BVerfGE 107, 339, rn. 8.

<sup>96</sup> BVerfGE 107, 339, rn. 9.

<sup>97</sup> BVerfGE 107, 339, rn. 6-7.

<sup>98</sup> BVerfGE 107, 339, rn. 21.

<sup>99</sup> BVerfGE 107, 339, rn. 21-51.

<sup>100</sup> BVerfGE 107, 339, rn. 84.

<sup>101</sup> BVerfGE 107, 339, rn. 86.

<sup>102</sup> BVerfGE 107, 339, rn. 76.

ifade etmiştir.<sup>103</sup> Sonuç olarak Mahkeme, davayı hukuk devletinin vazgeçilmez ilkelerinden biri olan silahların eşitliği ilkesine aykırı görerek reddetmiştir.

Belirtmek gerekir ki Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu ret kararı, Mahkeme üyelerinin azınlığı tarafından alınmıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere parti kapatma davalarında, davalı parti aleyhine alınacak her karar üyelerin en az dörtte üçünün yani altı üyenin olumlu oyuyla alınabilmektedir. NPD I davasında ise dört üye sözlü duruşma yapılması yani yargılamanın devam etmesini isterken<sup>104</sup>, üç üye ise yukarıda aktarıldığı üzere usuli bir engelin varlığı nedeniyle davanın sonlandırılması yönünde oy kullanmıştır.<sup>105</sup> Böylece nitelikli çoğunluk sağlanamadığı için başvuru reddedilmiştir.

#### **d. Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD II) Kararı**

##### *i. Kararın Genel Görünümü*

Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 2003 yılında karara bağlanan NPD I davasından 10 (on) yıl sonra 2013 yılında, yine NPD aleyhine başka bir kapatma davası açılmıştır. Dava bu defa sadece Federal Konsey (Bundesrat) tarafından açılmıştır.<sup>106</sup> Davalı NPD'nin 2003 yılında reddedilen kapatma davasından sonra oy oranlarında ciddi bir yükselme olmamıştır. Federal Almanya'nın sadece iki eyaletinde etkin olabilen parti 2013 yılında girdiği Federal Meclis (Bundestag) seçimlerinde oyların sadece %1,3'ünü alabilmiştir. Partinin üye sayısı ise 5.000-7000 dolaylarında tespit edilmiştir. Bunun yanında partinin etkinliği düşük olan gençlik ve kadın kolları teşkilatı, ülke geneli tirajı 25.000'i geçmeyen bir gazetesi ile sosyal medya kanalları olduğu belirlenmiştir.

Davalı NPD aleyhine açılan mezkur ikinci davada bu kez herhangi bir usuli engel tespit edilmemiş, davanın devamına ve sözlü duruşma yapılmasına karar verilmiştir. Yargılama esnasında Mahkeme çok kapsamlı bir delil tespiti ve değerlendirmesi yapmıştır. İlk olarak Mahkeme, davalı NPD'nin safi Aryan

<sup>103</sup> BVerfGE 107, 339, rn. 116.

<sup>104</sup> Yargılamanın devamını isteyen üyelerin görüşleri için bkz., BVerfGE 107, 339, rn. 117-154.

<sup>105</sup> BVerfGE 107, 339, rn. 52.

<sup>106</sup> Karar için bkz., BVerfGE 144, 20, erişim tarihi Kasım 11, 2023 <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv144020.html>.

ırkından insanlardan müteşekkil insan topluluğunu ifade eden ve Nazilerin sembol siyasi kavramlarından olan Volksgemeinschaft kavramını savunduğunu tespit etmiş ve bu kavramın Federal Almanya Anayasası'nın ilk maddesinde düzenlenen insan onuruyla bağdaşmayacağını ifade etmiştir.<sup>107</sup> Mahkeme, ayrıca NPD'nin genel eğiliminin yabancıları, göçmenleri, Müslümanları, Yahudileri ve diğer toplumsal grupları dışlamaya, aşağılamaya ve onları haklarından mahrum bırakmaya yönelik olduğunu aktarmıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi davalı NPD'nin insan onurunu hiçe sayan bu siyasi konseptinin partinin programında yer aldığını, parti üyelerinin eylem ve söylemleriyle de bunun teyit edildiğini vurgulamış ve bu yönde bir takım bulgular aktarmıştır. Mahkeme, ilk olarak davalı NPD'nin parti programında yer alan ve insan onuru ve özgürlükçü demokratik temel düzenle bağdaşmayan hususları ele almıştır ki bir kısmı şu şekilde sıralanabilir:

- Volksgemeinschaft anlayışı kapsamında Almanya sadece Almanlara bırakılmalı.<sup>108</sup>
- Yabancılar ikamet hakkı verilmemeli.<sup>109</sup>
- Aile destekleyici önlemler sadece Alman ailelere yönelik olmalı ve Almanlar ile yabancılar uygulanacak sosyal politika ayrılmalı.<sup>110</sup>
- Yabancılar mülkiyet hakkı verilmemeli.<sup>111</sup>
- Yabancıların dini yapılanmaları durdurulmalı.<sup>112</sup>
- Anayasal bir hak olan iltica hakkı Anayasadan kaldırılmalı.<sup>113</sup>
- Almanlar ve yabancıları ayıran bir eğitim modeli benimsenmeli.<sup>114</sup>
- İdam cezası geri getirilmeli ve pedofiler hadım edilmeli.<sup>115</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi davalı NPD'nin yukarıda zikredilen parti programı hedeflerinin insan onuruyla bağdaşmasının mümkün olmadığını

<sup>107</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 635.

<sup>108</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 639.

<sup>109</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 639.

<sup>110</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 641.

<sup>111</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 641.

<sup>112</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 642.

<sup>113</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 642.

<sup>114</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 643.

<sup>115</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 644-645.



belirtmiştir. Mahkeme, parti programında yer alan bu düzenlemelerle paralel bir şekilde parti broşürleri, sloganları, parti üyelerinin eylem ve söylemlerinden de kapsamlı örnekler aktarmıştır. Bu örneklerden birkaçı şu şekilde şu zikredilebilir:

- “Afrika kökenli Almanlar ya da Afro-Almanlar’ın sayısı hamile bakireler kadardır”.<sup>116</sup>
- “Alman olmak, vatandaşlık belgesiyle değil, doğuştan ve soydan Alman halkına ait olmak demektir”.<sup>117</sup>
- “ ... Avrupa beyaz ırkın diyarıdır ...”.<sup>118</sup>
- “Gerçek bir Alman Milli Takımı için beyaz sadece bir forma renginden ibaret değildir”.<sup>119</sup>
- “Alman kadınları ve kızları zencilerle ilişkiye girmeyin”.<sup>120</sup>
- “İslama karşı savaşın”.<sup>121</sup>
- “Alman halkının bir kez daha barış ve özgürlük içinde uyumlu bir şekilde yaşayabilmesi ve ortak emeğin ürünlerinin adil bir şekilde dağıtılabilmesi için anavatanımız nihayet tüm düşmanlardan kurtarılmalıdır. Ancak bunun için İslam ve benzeri ideolojiler tüm Avrupa'dan kovulmalıdır!”.<sup>122</sup>
- “Bütün Yahudiler piçtir.”.<sup>123</sup>
- “İşte bu yüzden benim hedefim kapitalistlerin ve canilerin demokrasisi değil, Almanların Volksgemeinschaft düsturudur.”.<sup>124</sup>
- “Çoğunluğun kararlarına dayanan bir sistemin sonsuza kadar sürmesi garanti edilemez”.<sup>125</sup>

---

<sup>116</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 654.

<sup>117</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 659.

<sup>118</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 679

<sup>119</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 680.

<sup>120</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 702.

<sup>121</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 730.

<sup>122</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 730.

<sup>123</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 747.

<sup>124</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 776.

<sup>125</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 777.

- “Bu devleti değiştirmek istemiyoruz, ortadan kaldırmak istiyoruz, devrim istiyoruz, sonunda bu sistemi yıkmak istiyoruz ...”.<sup>126</sup>
- “İmparatorluk bizim hedefimiz, NPD bizim yolumuz.”.<sup>127</sup>

Parti üyelerinin söylemlerinde ve parti belgelerinde yer alan bu ifadelerin yanında Nazilerin kullandığı semboller, sloganlar, şiirlerin de NPD tarafından benimsendiği Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmiştir.<sup>128</sup> Bu söylem ve ifadelerin gösterdiği üzere NPD, ayrımcılığa dayanan bir toplum modeli oluşturmayı hedeflemekte, demokrasiyi reddetmekte ve yeni bir Nazi rejimi oluşturmayı amaçlamaktadır. Nitekim Federal Alman Anayasa Mahkemesi davalı NPD'nin tüm bu eylem ve söylemleriyle insan onurunu hiçe saydığını ve anayasal demokrasiyle çeliştiğini beyan etmiş ve partinin özgürlükçü demokratik temel düzeni ortadan kaldırmak istediğini beyan etmiştir.<sup>129</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi NPD'nin tüm bu tutum ve davranışlarıyla Anayasa'ya karşı olduğunu ve Federal Almanya Anayasası m. 21/f.2'de zikredilen özgürlükçü demokratik temel düzeni yıkmaya eğilimi içerisinde olduğunu, bu amaç doğrultusunda planlı ve yeterli yoğunlukta çalıştığını kabul etmiştir.<sup>130</sup> Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesi, tüm bunları NPD'nin kapatılması için yeterli görmemiştir. Mahkemeye göre bir partinin özgürlükçü demokratik temel düzeni yıkmaya eğiliminde olabilmesi için bunu gerçekleştirecek potansiyelle de sahip olması gerekir.<sup>131</sup> Diğer bir ifadeyle bir parti ne kadar anayasaya karşı olursa olsun partinin kapatılması için partinin hedeflerini gerçekleştirecek potansiyeli olmalıdır. Dolayısıyla Federal Alman Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında eğilim kavramı için aradığı salt aktif, saldırgan-

---

<sup>126</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 789.

<sup>127</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 799.

<sup>128</sup> Örneğin NPD'nin, Nazilerin gamalı haçı ile Nazi ordusu SS kuvvetlerinin sembollerini kullandığı yönünde bkz., BVerfGE 144, 20, rn. 829.

<sup>129</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 844.

<sup>130</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 845.

<sup>131</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 845; BVerfGE 144, 20, rn. 896.

agresif tutum yaklaşımını bu kararında terk etmiştir. Mahkemenin bu yeni yaklaşımına doktrinde potansiyellik kriteri ismi verilmiştir.<sup>132</sup>

ii. *Potansiyellik Kriteri İçtihadı ve Davanın Reddi*

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre NPD'nin özgürlükçü demokratik temel düzeni yıkmaya yönelik eğilimini gerçekleştirecek potansiyeli bulunmamaktadır. Mahkeme potansiyellik kriterini NPD üzerinde gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken partinin üye sayısını ve finansal durumunu; seçim sonuçlarını, yayınlarını, ittifaklar ve teşkilat yapısı ile toplum üzerindeki etkisini; kamu kurumlarında ve diğer temsili organlarda temsilcileri olup olmadığını; kullandığı araçlar ve stratejiler ile benzeri diğer tüm unsurlarını dikkate almıştır.<sup>133</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin tespitlerine göre partinin 2013 yılı itibariyle üye sayısı 5.000 civarındadır.<sup>134</sup> Mahkeme bu az üye sayısına rağmen partinin ülke genelinde bir örgütlenme yapısının olduğunu<sup>135</sup>, sosyal medya kanallarıyla seslerini duyurduklarını<sup>136</sup> ve yerel bir takım sivil toplum kuruluş ve örgütlere sızdığını kabul etmiştir.<sup>137</sup> Ancak Mahkeme partinin bu örgütlenme yapısı ve faaliyetlerinin parlamento içinde ve dışında bir karşılık oluşturmadığını vurgulamıştır.<sup>138</sup> Mahkemeye göre partinin Federal meclislerde herhangi bir temsilcisi bulunmamaktadır.<sup>139</sup> Yerel meclislerde ise üyeleri bulunmakla birlikte bu üyeler etkin rol oynayamamaktadır.<sup>140</sup> Partinin ülke genelinde aldığı oy

---

<sup>132</sup> Gelijn Molier ve Bastiaan Rijpkema, "Germany's New Militant Democracy Regime: National Democratic Party II and the German Federal Constitutional Court's 'Potentiality' Criterion for Party Bans," *European Constitutional Law Review* 14, no. 2 (2018): 397; Federal Almanya Anayasası'nda açıkça zikredilmeyen ve eğilim kavramı içerisinde kabul edilen bu yeni kriter doktrinde Federal Almanya Anayasası m. 21/f.2'den ne gramatik ne de genetik yorumla çıkarılabilir bir kriter olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu yönde bkz., Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 159.

<sup>133</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 587.

<sup>134</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 848.

<sup>135</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 847.

<sup>136</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 852-853.

<sup>137</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 856ff.

<sup>138</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 896.

<sup>139</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 900.

<sup>140</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 900-902.

oranları %0.2 ile %4.9 arasında değişmekle birlikte sürekli düşme eğilimi göstermektedir. Dolayısıyla Mahkemeye göre partinin ülke genelinde siyaseten etkin bir rol oynaması mümkün görülmemiş gelecekte de bu durumun değişmeyeceği kanaatine varılmıştır.<sup>141</sup> Mahkeme ayrıca partinin, parti içi çekişmelerle mücadele ettiğini, üye sayısının sürekli azaldığını, çözülemeyen stratejik meselelerinin bulunduğunu ve finansal kriz içerisinde olduklarını da aktarmıştır.<sup>142</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi tüm bu veriler ışığında partinin özgürlükçü demokratik temel düzene karşıt bir parti olmasına rağmen amaçlarını gerçekleştirecek potansiyele sahip bir parti olmadığını hükmederek partinin kapatılması başvurusunu reddetmiştir.<sup>143</sup>

### iii. Davanın Sonuçları

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin NPD II davası, kapatma kararıyla sonuçlanmasa bile siyasi partilerin kapatılması rejimi ve Federal Almanya Anayasası açısından önemli sonuçları olan bir karar olmuştur.

Her şeyden önce NPD II kararıyla birlikte Federal Almanya'da siyasi partilerin kapatılması özellikle küçük ölçekli, yani ülke yönetiminde ve kamuoyunda etkin olmayan partilerin kapatılması daha zor hale gelmiştir. Böylece Federal Almanya'da siyasi partilerin kapatılması anti-demokratik amaçları gerçekleştirecek potansiyele sahip yani büyük ölçekli partiler açısından cari bir kuruma dönüşmüştür. Bu dönüşüm doktrinde Federal Alman Anayasası'nın yeni militan demokrasi anlayışı olarak nitelendirilmiştir.<sup>144</sup>

NPD II davasının en önemli sonucu ise Anayasa'da olmuştur. Kararın hemen akabinde parti kapatma tedbirine alternatif bir tedbir olarak partilerin devlet finansmanından yoksun bırakılması tedbiri Anayasa m. 21'e eklenmiştir. Söz

---

<sup>141</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 903.

<sup>142</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 913.

<sup>143</sup> BVerfGE 144, 20, rn. 1009

<sup>144</sup> Molier ve Rijpkema, *New Militant Democracy*, 394-409; gerçekten de Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından SRP ve KPD hakkında verilen kapatma kararlarında partilerin potansiyelliği, etkinliği veya kamuoyundaki karşılığı gibi hususlar esas alınmamış, parti kapatma rejiminin uygulaması ilave bir takım hususlarla daha da zor hale getirilmiştir.

konusu bu yeni tedbirle birlikte Federal Almanya'da yeni bir siyasi parti yasağı ortaya çıkmıştır. 2017 yılında yürürlüğe giren bu yeni yasak aşağıda ayrıca incelenmiştir.

## **B. Siyasi Partilerin Devlet Finansmanından Yoksun Bırakılması**

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin NPD II kararıyla birlikte demokratik düzene düşman küçük ölçekli partilerin kapatılması potansiyellik kriteri sebebiyle ihtimal dışı kalmıştır. Kapatılmayan ancak Anayasa'ya düşman olduğu Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen partiler için NPD II kararının verildiği dönemde herhangi bir tedbir öngörülmemiştir. Bu tür partiler, diğer partiler gibi anayasal düzenin partilere sağladığı tüm imtiyaz ve olanaklardan istifade etmeye devam etmiştir. Bu durum NPD II kararı sonrası NPD için de geçerli olmuştur.<sup>145</sup> Parti demokratik düzene yönelik tüm düşmanlığına rağmen, bu düzenin olanaklarından faydalanmaya devam etmiştir. NPD gibi demokrasi karşıtı partilerin devlet finansman desteği ile diğer parti imtiyazlarından faydalanmaya devam etmesi ve edecek olması, o dönem kamuoyunda rahatsızlık uyandırmış ve bu tür partilere karşı bir tedbir uygulanabilmesi için harekete geçilmiştir. Bunun neticesinde 13 Temmuz 2017 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle<sup>146</sup> birlikte Anayasa'ya siyasi partilerin devlet finansmanından yoksun bırakılması tedbiri eklenmiştir.<sup>147</sup> Böylece Federal Almanya'da siyasi partilerin kapatılması ve devlet finansmanından yoksun bırakılması şeklinde iki farklı siyasi parti yasağı ortaya çıkmıştır. Devlet finansmanından yoksun bırakma tedbiri Anayasanın m. 21/f.4'te şu şekilde düzenlenmektedir:<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> NPD, 2015 yılında devlet hazinesinden 1.3 milyon Euro finansman desteği almıştır. Bkz., Molier ve Rijpkema, *New Militant Democracy*, 407.

<sup>146</sup> Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 47, 2346.

<sup>147</sup> Federal Alman Anayasa Mahkemesi NPD II kararında kapatılma eşiğine gelmeyen partilere tedbirler uygulanabileceği ancak bu konunun anayasa koyucunun takdirinde olduğunu belirtmiştir. Bkz., BVerfGE 144, 20, rn. 527; doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumu anayasa koyucuya yönelik alternatif bir tedbir getirilmesi yönünde bir tavsiye olarak değerlendirilmiş ve yasama organının bu tavsiyeye hızlı bir cevap verdiği ileri sürülmüştür. Bu yönde bkz., Klein, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 540c; Von Coelln, *BVerfGG § 46*, rn. 2; Ipsen ve Koch, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 212.

<sup>148</sup> Bundestag, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, rn. 21/f.4.

Amaçlarına ve taraftarlarının tutumuna göre, özgür ve demokratik temel düzeni zedelemeyi veya ortadan kaldırmayı veya Alman Federal Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye sokmayı hedefleyen siyasi partiler, devlet finansmanından muaf tutulur. Muafiyet kararı verilmesi halinde; bu partiler, vergi avantajından yararlanamayacakları gibi, bu partilere yardım da yapılamaz.

Maddenin 5. fıkrasında ise tıpkı siyasi partilerin kapatılmasında olduğu gibi devlet finansmanından yoksun bırakma kararının Anayasa Mahkemesi'ne ait olduğu zikredilmiştir. Mezkur tedbirin ayrıntıları ise 6. fıkra gereği kanunlara bırakılmıştır. Bu hüküm kapsamında başta Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu ve Siyasi Partiler Kanunu'nda konuyla ilgili yeni düzenlemeler ihdas edilmiştir.

Söz konusu bu yeni tedbiri içeren düzenleme metin olarak siyasi partilerin kapatılmasını düzenleyen m. 21/f.2'ye oldukça benzemektedir. Dolayısıyla siyasi partinin kapatılmasının şartlarını incelerken yapılan açıklamalar siyasi partilerin hazine yardımından yoksun bırakılması tedbiri için de geçerlidir.<sup>149</sup> Ancak belirtmek gerekir ki siyasi partilerin kapatılması için m. 21/f.2'de özgürlükçü demokratik temel düzeni yıkmaya yönelik eğilim aranırken, partinin hazine yardımından yoksun bırakılabilmesinde özgürlükçü demokratik düzene zarar verme hedefi aranmaktadır. Bu yeni düzenlemeyle eğilim kavramı terkedilmiştir. Buna bağlı olarak devlet finansmanından yoksun bırakılması tedbirinde potansiyellik kriterinin aranması söz konusu değildir.<sup>150</sup> Dolayısıyla bir siyasi parti parti, kapatılması için gerekli potansiyellik kriterini taşımadığı için kapatılmadığında, hakkında devlet finansmanından yoksun bırakma tedbiri uygulanabilme ihtimali doğmuştur.

Devlet finansmanında yoksun bırakma tedbiri siyasi parti kapatma yasağına alternatif olarak birlikte açılabilmesi gibi ayrı bir dava olarak da açılabilir. Mahkeme davalı partinin özgürlükçü demokratik temel düzene zarar vermeyi hedeflediğini tespit ederse vereceği kararla partinin devlet finansmanından faydalanmasını engelleyebilecektir. Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu m.

---

<sup>149</sup> Klein, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 21, rn. 570b.

<sup>150</sup> Von Coelln, *BVerfGG § 46*, rn. 10; Jarass, *Kommentar*, Art. 21, rn. 59; Molier ve Rijpkema, *New Militant Democracy*, 406-407; Schlaich ve Koriotoh, *Das Bundesverfassungsgericht*, rn. 340b.

46a'ya göre devlet finansmanından yoksun bırakma tedbiri 6 (altı) yılla sınırlıdır. Bu süre, yeni bir başvuruyla partinin demokratik düzene zarar verme hedefinin varlığının devam ettiğinin ispatlanması halinde Mahkeme tarafından uzatılabilir. Devlet finansmanından yoksun bırakma kararı davalı partinin ikamesi olan, yani onun devamı niteliğinde olan partiler için de geçerlidir.

Federal Almanya Anayasası m. 21/f.4'te devlet finansmanından yoksun bırakma tedbirinin ilave sonuçlarını da düzenlemiştir. Buna göre devlet finansmanından yoksun kalan parti vergi muafiyetinden faydalanamayacağı gibi mali yardım da kabul edemeyecektir. Konunun detayları vergi kanunlarında ihdas edilmiştir.

Federal Almanya Anayasası'na yeni eklenen bu yeni tedbirin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra Federal Meclis, Federal Konsey ve Federal Hükümet NPD'nin devlet finansmanından yoksun bırakılması için başvuruda bulunmuştur.<sup>151</sup> 2019 yılında yapılan başvuruda NPD'nin özgürlükçü demokratik temel düzene zarar vermeye yönelik hedefinin devam ettiği ileri sürülmüş olup söz konusu başvuru henüz karara bağlanmamıştır.

## SONUÇ

Demokrasinin kendisini koruması anlamına gelen militan demokrasi anlayışı, Federal Almanya Anayasası'nda siyasi partilere yönelik yaptırımlarla kendini göstermektedir. Bunlar; siyasi partilerin kapatılması ile siyasi partilerin devlet finansmanının yoksun bırakılması yaptırımlarıdır. Her ne kadar anayasal boyutta ve sair mevzuatta siyasi partilere yönelik yaptırımlar düzenlenmiş olsa da uygulamada söz konusu yasakların pek fazla karşılığı olmamıştır. Anayasa'nın yürürlüğe girdiği 1949 yılında günümüze değin sadece iki parti kapatılmıştır. Bu durum Federal Almanya'da siyasi partilere verilen önemi ve parti kapatmanın nihai ve istisnai bir tedbir olarak görülmesinden ileri gelmektedir. Buna paralel olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi açılan kapatma davalarında oldukça ihtiyatlı davranmakta ve kapsamlı incelemeler yaparak karar vermektedir. Gerçekten de Mahkeme, bir partinin kapatılabilmesi için partinin tüzüğü,

---

<sup>151</sup> Erişim tarihi Mayıs 31, 2023, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2019/07/antrag-ausschluss-mpd-partienfinanz.html>.

programı, üyelerinin eylem ve söylemleri ile partiye ilişkin her türlü yazılı, görsel ve işitsel materyalleri bir bütün olarak değerlendirerek karar vermektedir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi az sayıda açılan kapatma davalarından sadece ikisinde kapatma kararı vermiştir. Verilen kapatma kararları İkinci Dünya Savaşı'nın etkisinin devam ettiği dönemde verilmiş kararlardır.<sup>152</sup> Nazilerle irtibatlı olduğu birçok yönden ispatlanan SRP'nin kapatılması yerinde bir karar olarak değerlendirilebilir. KPD'nin kapatılması ise soğuk savaş döneminin etkisi altında verilmiş bir karardır. Zira KPD'nin kapatılmasında temel etken Marksizm-Leninizm ideolojisi ve bu ideolojinin demokrasiyle uyumsuzluğu olmuştur. Her iki kararda Federal Alman Anayasa Mahkemesi, davalı partilerin program ve eylemleriyle özgürlükçü demokratik temel düzene karşı agresif-saldırgan bir tutum sergilediklerini yani mezkur düzeni yıkma eğilimi içinde olduklarını tespit etmiştir. SRP ve KPD'nin kapatılması Federal Almanya Anayasal düzeni hem de Avrupa'da militan demokrasi anlayışının uygulamadaki ilk örnekleri olmuştur. Bu iki karar sonrasında 2017 yılına kadar zaman zaman kapatma davaları açılrsa da bu davalar muhtelif gerekçelerle esasa girilmeden reddedilmiştir. 2017 yılında ise NPD II kararı, Federal Almanya'da siyasi parti yasakları açısından önemli bir dönemeç olmuştur. Zira Mahkeme bu kararla birlikte parti kapatmanın şartları içerisinde yer alan eğilim kavramına yeni bir anlam vermiştir. Buna göre bir partinin özgürlükçü demokratik temel düzene yönelik agresif-saldırgan tutumları parti kapatma için tek başına yeterli değildir. Ayrıca partinin demokrasiye zarar verme hedeflerini gerçekleştirme potansiyeli de olmalıdır. Şayet bu yoksa partinin kapatılması da söz konusu olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin eğilim kavramı içerisinde kabul ettiği bu yeni kriter doktrinde potansiyellik kriteri olarak kabul görmüştür. Potansiyellik kriteriyle birlikte Federal Almanya'da parti kapatma tedbirinin uygulama alanı daralmış ve sadece potansiyeli olan partilere inhisar ettirilmiştir. Farklı bir ifadeyle Federal Almanya'da küçük partilerin kapatılması artık tarihe karışmıştır<sup>153</sup>. Bu durum partiler lehine bir gelişme olarak

<sup>152</sup> Can, *Siyasi Partiler*, 79-80.

<sup>153</sup> Doktrinde bu kararlar birlikte parti kapatma rejiminin sona erdiği yönünde görüşler de aktarılmıştır. Bu yönde bkz., Can, *Siyasi Partiler*, 84; kanaatimizce bu yaklaşım somut veriler ışığında pek isabetli değildir. Zira aşağıda da ifade edildiği üzere parti kapatma yaptırımını günümüzde farklı partilere yönelik olarak tekrar gündeme gelmektedir. Dolayısıyla Federal Alman Anayasal düzeninde parti kapatma yaptırımını tamamen saf dışı bırakılmamış, sadece kapsamı daraltılmıştır.



zikredilebilir. Ancak potansiyellik kriteri beraberinde belirsizlikleri de getirmiştir. Mahkeme, NPD II davasında davalı NPD özelinde potansiyellik kriterini tespit etmiş olsa da bununla kriter açısından genel geçer bir çerçeve çizmediğini söylemek gerekir. Bir parti ne zaman potansiyele erişmiş olabilir sorusu Federal Almanya'da şu an için siyasi parti yasakları açısından muammadır. Örneğin bir parti, mecliste 200 milletvekiline sahip olursa veya koalisyonun bir ortağı konumuna gelirse parti kapatma için gerekli potansiyele erişim sağlanmış olacak mıdır?<sup>154</sup> Bu ve benzeri sorular çoğaltılabilir. NPD II kararıyla birlikte bu soruların cevabı her davada Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin siyasi nitelikteki değerlendirmesine ve takdirine bırakılmıştır. Bu konuda bir tutarlık sağlanıp sağlanmayacağı açılacak davalarla anlaşılacaktır.

NPD II kararı ve potansiyellik kriteri Federal Almanya Anayasası'nda önemli bir değişikliğe de sebep olmuştur. Bu değişiklik demokrasiye karşı olan ve potansiyeli olmadığı gerekçesiyle kapatılmayan partilere yönelik devlet finansmanından yoksun bırakma tedbirinin getirilmesidir. Parti kapatmaya alternatif olarak getirilen bu yeni tedbir Federal Almanya açısından oldukça geç kalınmış bir tedbir olarak değerlendirilebilir. Bu tedbirle birlikte demokrasiye karşı olan partilere kapatılma tedbiri uygulanmasına gerek kalmadan demokratik düzenin sınırları içerisine girme fırsatı tanınmış olacaktır.<sup>155</sup> Diğer taraftan potansiyellik kriteri ile birlikte demokrasi karşıtlarının partileri güvenli bir liman olarak görüp siyasi partilerle varlık arz etmeleri frenlenmiş olacaktır. Ancak bu tedbirin etkililiği tartışmalıdır. Zira NPD aleyhine 2019 yılında yapılan devlet finansmanından yoksun bırakma tedbirinden yoksun bırakılması başvurusu aradan geçen onca zamana rağmen sonuçlanmamıştır. Bu durum aradan geçen sürede partinin anti-demokratik faaliyetlerini devlet desteğiyle sürdürmeye devam etmesine ve delillerin geçerliliğinin ortadan kalkmasına neden olacaktır. Aynı durum şüphesiz parti kapatma davaları için de geçerlidir. Bu bilgiler ışığında Federal Almanya'da siyasi parti yasaklarında uzayan süreçlerin tedbirlerin etkili sonuçlar doğurmasına engel olduğunu söylemek mümkündür.

Son olarak şunu da ifade etmek gerekir ki, Federal Almanya'da siyasi partilerin kapatılması meselesi uygulaması çok olmasa da askıya alınmış bir

<sup>154</sup> Benzer sorular için bkz., Molier ve Rijpkema, *New Militant Democracy*, 409.

<sup>155</sup> Schlaich ve Korieth, *Das Bundesverfassungsgericht*, rn.340b.

kurum da değildir. NPD, Federal Almanya'da etkisini giderek kaybetmesine karşın 2013 yılında kurulan Alternative für Deutschland (AfD) adlı parti bugün federal ve yerel düzeyde önemli başarılar elde ederek yükselişe geçen başka bir aşırı sağcı ve ırkçı parti konumundadır.<sup>156</sup> Bu parti aleyhine de kapatma davası açılması zaman zaman gündeme gelmektedir.<sup>157</sup> NPD'den farklı olarak AfD, aldığı oy oranı ve toplumdaki karşılığı oldukça yüksek bir partidir.<sup>158</sup> Bu sebeple eğer yeterli delillendirme yapılırsa parti kapatma için aranan potansiyellik kriterinin AfD için sağlanacağı muhtemel görülmektedir.

<sup>156</sup> Federal Almanya Anayasayı Koruma Dairesi (Bundesamt für Verfassungsschutz) 2021 yılında yayınladığı raporda AfD'nin gençlik teşkilatlanmasının insan onuruyla bağdaşmayan ve özgürlükçü demokratik temel düzene düşman olan bir yapılanma olduğunu vurgulamıştır. Bkz., Verfassungsschutzbericht 2021, erişim tarihi Haziran 17, 2023, [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/sicherheit/vsb-2021-gesamt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6,89-91](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/sicherheit/vsb-2021-gesamt.pdf?__blob=publicationFile&v=6,89-91); Alman İnsan Hakları Enstitüsü 2023 yılı Haziran ayında AfD'nin kapatılması gerekliliğine ilişkin 72 sayfalık bir rapor yayınlamış ve bu raporda partinin özgürlükçü demokratik temel düzene düşman aşırı sağ ve ırkçı bir parti olduğu vurgulamıştır. Rapora erişmek için bkz., Hendrik Cremer, "Warum die AfD verboten werden könnte," *Deutsche Institut für Menschenrechte (DIMF)*, erişim tarihi Haziran 17, 2023, <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/warum-die-afd-verboten-werden-koennte>.

<sup>157</sup> Kamuoyuna yansıyan ve AfD aleyhine kapatılma davası açılması yönündeki haberlerden birkaçı için bkz., Grüne wollen AfD-Verbot prüfen - CDU dagegen, erişim tarihi Haziran 17, 2023, <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/reichsbuerger-afd-verbot-cdu-gruene-100.html>; Höchste Zeit: Wanderwitz fordert AfD-Verbot - trotz hoher Hürden, erişim tarihi Haziran 17, 2023, <https://www.fr.de/politik/afd-partei-verbot-ostbeauftragter-marco-wanderwitz-umfrage-hoch-92342570.html>.

<sup>158</sup> AfD 2013 yılında kurulmasının hemen akabinde girdiği 2013 Federal Meclis (Bundestag) seçimlerinde %4.7, 2017 seçimlerinde %12.6 ve 2021 seçimlerinde %10.3 oy almıştır. Bkz., erişim tarihi Haziran 17, 2023, [https://www.bundestag.de/parlament/wahlen/ergebnisse\\_seit1949-244692](https://www.bundestag.de/parlament/wahlen/ergebnisse_seit1949-244692); ayrıca 2023 yılında yapılan anketlerde partinin oy potansiyelinin hızla arttığı hatta Federal düzeye en büyük ikinci parti konumuna kadar yükseldiği gözlemlenmektedir. Bkz., AfD: Neueste Umfragewerte in Wahlumfragen, erişim tarihi Haziran 17, 2023, <https://dawum.de/AfD/>; AfD in Sonntagsfrage gleichauf mit SPD, erişim tarihi Haziran 17, 2023, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/sonntagsfrage-sieht-afd-als-zweitstaerkste-kraft-mit-spd-a-db3ba801-0a0d-4804-8ff0-a4ac105480d6>; AfD in Umfrage gleichauf mit Kanzlerpartei SPD, erişim tarihi Haziran 17, 2023, [https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/innenpolitik/id\\_100185332/afd-in-umfrage-gleichauf-mit-spd-union-bleibt-staerkste-kraft.html](https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/innenpolitik/id_100185332/afd-in-umfrage-gleichauf-mit-spd-union-bleibt-staerkste-kraft.html); Umfragetrend setzt sich fort: AfD überholt SPD - und ist nun zweitstärkste Kraft, erişim tarihi Haziran 17, 2023, <https://www.mnd.de/politik/umfrage-afd-ueberholt-spd-und-ist-nun-zweitstaerkste-kraft-3LLG73Y4BJF7PL7D2UL3N2X7NQ.html>.

Sonuç olarak Federal Almanya'da, demokrasinin en önemli unsurlarından biri olan siyasi partilerin varlıklarını demokratik arenada devam ettirmesine yönelik bir iradenin varlığı mevcuttur. Buna bağlı olarak partilerin kapatılması oldukça istisnai ve nihai görülmüş, parti kapatma rejimi zor bir takım kural ve süreçlerle donatılmıştır. Ancak bu durum siyasi partilerin demokratik düzene sadakat gösterdikleri sürece geçerli bir durumdur. Aksi durumda Federal Almanya Anayasası m. 21 hükmüyle demokrasiyi koruma refleksi gösterebilir ve siyasi partilerin kapatılması ya da devlet finansmanından yoksun bırakması sağlanabilir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author declared this work has not received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

## KAYNAKÇA

- Akça, Kürşat. *Militan Demokrasi Anlayışı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Armağan, Servet. "Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu". *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 4, no. 6 (2011): 191-230.
- Can, Osman. *Siyasi Parti Kapatma Davaları*. İstanbul: Legal Yayınevi, 2021.
- Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, çev. Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar Schüller (Berlin: Federal Almanya Meclisi, 2022).
- Flümann, Gereon. *Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten*. Wiesbaden: Springer Fachmedien, 2015.
- Grimm, Dieter. *Die Bedeutung der Weimarer Verfassung in der deutschen Verfassungsgeschichte*. Heidelberg: Kleine Schriften-Stiftung Reichspräsident Friedrich Ebert Gedenkstätte, 1992.
- Groh, Kathrin. "Zwischen Skylla und Charybdis: Die Streitbare Demokratie," iç. *Weimars lange Schatten – Weimar als Argument nach 1945*. ed. Christoph Gusy, 425-455. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000.
- Ipsen, Jörn ve Thorsten Koch. "Art. 21," iç. *Grundgesetz-Kommentar*. ed. Michael Sachs, München: C.H. Beck Verlag, 2021.
- Jarass, Hans. "Art. 21," iç. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*. ed. Hans Jarass, Bodo Pieroth. München: C.H. Beck, 2022.
- Klafki, Anika. "Art. 21," iç. *Grundgesetz-Kommentar*. ed. Ingo von Münch, Philip Kunig, Rupert Scholz. München: C.H. Beck Verlag, 2021.
- Klein, Hans. "Art. 21," iç. *Grundgesetz-Kommentar*, ed. Günter Dürig, Roman Herzog ve Rupert, Scholz. München: C.H. Beck Verlag, 2022.
- Krüper, Julian. "Entscheidungsanmerkungs (BVerfG, Urt. v. 17.1.2017 – 2 BvB 1/13.))" *Zeitschrift für das Juristische Studium* 3 (2017): 367.
- Lameyer, Johannes. *Streitbare Demokratie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.
- Loewenstein, Karl. "Militant Democracy and Fundamental Rights I." *The American Political Science Review* 31, no. 3 (1937): 417-432.

- Loewenstein, Karl. "Militant Democracy and Fundamental Rights II." *The American Political Science Review* 31, no. 4 (1937): 638-658.
- Lovens, Sebastian. "Parteiverbote in der Bundesrepublik Deutschland. Zur verfassungsrechtlichen Ausgangslage der Anträge gegen die NPD." *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 32, no. 3 (2001): 550-572.
- Molier, Geliijn ve Bastiaan Rijpkema. "Germany's New Militant Democracy Regime: National Democratic Party II and the German Federal Constitutional Court's 'Potentiality' Criterion for Party Bans." *European Constitutional Law Review* 14, no. 2 (2018): 394-409.
- Morlok, Martin. "Kein Geld für verfassungsfeindliche Parteien?." *Zeitschrift für Rechtspolitik* 3, (2017): 66-69.
- Niesen, Peter. "Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties." *Annual of German and European Law* (2003): 81-112.
- Perinçek, Doğu. "Federal Almanya Siyasî Partiler Kanunu." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24 (1967): 105-123.
- Rensmann, Thilo. "Procedural Fairness in a Militant Democracy: 'The Uprising of the Decent' Fails Before the Federal Constitutional Court." *German Law Journal* 4, no. 11 (2003): 1117-1136.
- Schlaich, Klaus ve Stefan Koriöth. *Das Bundesverfassungsgericht*. München: C.H. Beck, 2021.
- Thiel, Markus. "Germany." iç. *The 'Militant Democracy' Principle in Modern Democracies*, ed. Markus Thiel, 109-145. Farnham: Ashgate Publishing, 2009.
- Tyulkina, Svetlana. *Militant Democracy - Undemocratic Political Parties and Beyond*. London and New York: Routledge, 2015.
- Volp Daniel. "Parteiverbot und Wehrhafte Demokratie." *NJW* (2016): 461-462
- Von Coelln, Christian. "BVerfGG § 46." iç. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, ed. Bruno Schmidt-Bleibtreu, Franz Klein, Herber Bethge, München: C.H. Beck, 2022.

## İnternet Kaynakları

AfD in Sonntagsfrage gleichauf mit SPD, Erişim tarihi Haziran 17, 2023, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/sonntagsfrage-sieht-afd-als-zweitstaerkste-kraft-mit-spd-a-db3ba801-0a0d-4804-8ff0-a4ac105480d6>.

AfD in Umfrage gleichauf mit Kanzlerpartei SPD, Erişim tarihi Haziran 17, 2023, [https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/innenpolitik/id\\_100185332/afd-in-umfrage-gleichauf-mit-spd-union-bleibt-staerkste-kraft.html](https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/innenpolitik/id_100185332/afd-in-umfrage-gleichauf-mit-spd-union-bleibt-staerkste-kraft.html).

AfD: Neueste Umfragewerte in Wahlumfragen, Erişim tarihi Haziran 17, 2023, <https://dawum.de/AfD/>.

Bundeswahlgesetz, Erişim tarihi Ocak 5, 2023, <https://www.gesetze-im-internet.de/bwahlg/>.

BVerfGE 107, 339, Erişim tarihi Ocak 16, 2023, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv107339.html>.

BVerfGE 144, 20, Erişim tarihi Kasım 5, 2022, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv144020.html>.

BVerfGE 5, 85, Erişim tarihi Mart 7, 2023, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>.

BVerfGE 89, 266, Erişim tarihi Kasım 11, 2022, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089266.html#269>.

BVerfGE 91, 262, Erişim tarihi Kasım 11, 2022, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv091262.html>.

BVerfGE 91, 276, Erişim tarihi Şubat 7, 2023, <https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bv091276.html>.

Cremer, Hendrik. "Warum die AfD verboten werden könnte." *Deutsche Institut für Menschenrechte (DIMF)*, Erişim tarihi Haziran 17, 2023, <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/warum-die-afd-verboten-werden-koennte>.

Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG), <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BJNR002430951.html>.

Gesetz über die politischen Parteien (PartG), Erişim tarihi Ocak 1, 2023, <https://www.gesetze-im-internet.de/partg/>.

Grüne wollen AfD-Verbot prüfen – CDU dagegen, Erişim tarihi Haziran 17, 2023, <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/reichsbuerger-afd-verbot-cdu-gruene-100.html>.

Höchste Zeit: Wanderwitz fordert AfD-Verbot - trotz hoher Hürden, Erişim tarihi Haziran 17, 2023, <https://www.fr.de/politik/afd-partei-verbot-ostbeauftragter-marco-wanderwitz-umfrage-hoch-92342570.html>.

Erişim tarihi Haziran 17, 2023, [http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBI&jumpTo=bgbl183s1481.pdf](http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl183s1481.pdf).

Erişim tarihi Haziran 17, 2023, [http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBI&jumpTo=bgbl183s1577.pdf](http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl183s1577.pdf).

Erişim tarihi Mayıs 31, 2023, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2019/07/antrag-ausschluss-npd-parteienfinanz.html>.

Erişim tarihi Haziran 17, 2023, [https://www.bundestag.de/parlament/wahlen/ergebnisse\\_seit1949-244692](https://www.bundestag.de/parlament/wahlen/ergebnisse_seit1949-244692).

Umfragetrend setzt sich fort: AfD überholt SPD – und ist nun zweitstärkste Kraft, Erişim tarihi Haziran 17, 2023, <https://www.rnd.de/politik/umfrage-afd-ueberholt-spd-und-ist-nun-zweitstaerkste-kraft-3LLG73Y4BJF7PL7D2UL3N2X7NQ.html>.

Verfassungsschutzbericht 2021, Erişim tarihi Haziran 17, 2023, [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/theme/n/sicherheit/vsb-2021-gesamt.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/theme/n/sicherheit/vsb-2021-gesamt.pdf?__blob=publicationFile&v=6).

# THE NEED FOR DIRECT STATE REGULATION IN THE CONTEXT OF THE 'TAKEOVER CODE' FOR CORPORATE CONTROL IN THE UK\*

*'Birleşmeler ve Devralmalar için İlke Kararları' Çerçevesinde Birleşik Krallıkta Şirket Kontrolü Amacıyla Piyasaya Doğrudan Devlet Müdahalesi İhtiyacı*

**Alptekin KÖKSAL\*\***

## Öz

Birleşmeler ve Devralmalar için İlke Kararları ve Devralmalar Paneli, Birleşik Krallık'ta halka açık şirketlerin dahil olduğu birleşme ve devralmaların kontrolünde önemli bir role sahiptir ve birleşme ve devralmaların düzenlenmesinin ayrılmaz bir parçasıdır. İlgili yasa ve panel Birleşik Krallık'ta pay sahiplerinin çıkarlarını korumaya, pay sahiplerinin bağımsızlığını tesis etmeye ve devralma süreçlerinde şeffaflığı teşvik etmeye hizmet eder. Bu nedenle, bir şekilde devralma süreçlerine dahil olan teşebbüslerin, "Devralma ve Birleşmeler için İlke Kararları"na uyması gerekmektedir. "Devralma ve Birleşmeler için İlke Kararları" uyarınca, Devralmalar Paneli, kuralların gözetimi ve uygulanmasında önemli bir rol oynamaktadır. Ancak son dönemde Birleşmeler ve Devralmalar için İlke

\* An earlier version of this paper was submitted to University of Exeter.

\*\* Alptekin Köksal (Dr./Lecturer in Law), Istanbul Medeniyet University, Faculty of Law, Istanbul. alptekinkoksal@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-8055-4251.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 06.09.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 22.12.2023.

**Atıf/Citation:** Köksal, Alptekin. "The Need for Direct State Regulation in the Context of the 'Takeover Code' for Corporate Control in the UK." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 677-708.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır.** / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 



Kararları ve Devralmalar Panelinin başarısı çokça eleştirilmektedir. Bu makale, Devralma Paneli ve Kurallarının tarihsel gelişiminin, temel kurallarının ve mevcut uygulamasının kendi kendini düzenleme (piyasa düzenlemesi) başarısızlığını gösterip göstermediğini eleştirel bir şekilde değerlendirmektedir. Çıkarılan sonuç ise, kurumsal kontrol için piyasanın doğrudan devlet düzenlemesine ihtiyaç duymakta olduğudur. Bu sebeple Birleşmeler ve Devralmalar için İlke Kararlarının niteliğinden kaynaklanan sorunların çözümünde bizzat Panelin kararlarından, mevzuattan ve akademik yorumlardan yola çıkarak tavsiyeler aranmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Rekabet Hukuku, Birleşme ve Devralmalar, Piyasa Düzenlemesi, Birleşme ve Devralmalar için İlke Kararları

### **Abstract**

The Takeover Code (formally the City Code on Takeovers and Mergers) and Panel are integral to the regulation of mergers and acquisitions (M&As) and have a substantial role in controlling mergers and acquisitions which involve publicly traded companies in the UK. They serve to safeguard the interests of shareholders, maintain the integrity of shareholders and promote transparency in takeover processes in the UK. Therefore, undertakings somehow involved in takeover processes and bids must adhere to the Takeover Codes' rules. In line with the Takeover Code, the Takeover Panel plays a crucial role in overseeing and enforcing the rules of the Takeover Code. However, the success of the Takeover Code and Panel is argued a lot lately. This article critically evaluates whether the historical development, substantive rules and current practice of the Takeover Panel and Code demonstrate a failure of self-regulation (market regulation). As a result, the need for direct state regulation of the market for corporate control is found. Thus, the remedy to the problem arising from the nature of the Takeover Code is searched in line with the Panel decisions, statutes and academic commentary.

**Keywords:** Competition Law, Mergers and Acquisitions, the Takeover Code and Panel, Corporate Control, Self-Regulation

## INTRODUCTION

An operative and profitable market is important for both developed and developing economies. Fundamentally, takeovers<sup>1</sup> shift corporate governance from underperforming managements and loss-making firms to efficient management and profit-making firms. A takeover becomes hostile if the consent is received or any kind of communication from the board directors of the offeree company is made.<sup>2</sup> A takeover is also called external corporate control,<sup>3</sup> one of the most useful instruments in corporate governance. This beneficial change in corporate control causes significant economic developments based upon more effective capital investments along with a better allocation of assets under a new management team.<sup>4</sup>

The system also gives notice to poorly managed firms to act more efficiently. Usually, poorly managed firms' share prices tend to be lower than they should be, and therefore they become potential targets for takeover bidders.<sup>5</sup> In brief, good management is all about efficiency gains and a better functioning market. It is of vital importance not only for companies and individuals but also for the wealth of the country.<sup>6</sup> It is also worth mentioning that bankruptcy and total closure are not desirable if a functioning takeover system is available.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> The term 'takeover' is commonly used when one company (offeror) acquires a majority or the whole of the shares of another company (offeree) from its shareholders in exchange for cash and/or securities. Stephen Girvin, Sandra Frisby and Alastair Hudson, *Charlesworth's Company Law*. London: Sweet & Maxwell, 2010, 782.

<sup>2</sup> Alexandros Seretakis, "Hostile Takeovers and Defensive Mechanisms in the United Kingdom and the United States: A Case Against the United States Regime," *Ohio State Entrepreneurial Business Law Journal* 8, (2013): 248-283, 253.

<sup>3</sup> Definition of Market for Corporate Control, Available at: <<https://www.econlib.org/library/Enc/MarketforCorporateControl.html>> last modified: 12 September 2023; Lucian Bebchuk, Alma Cohen, Allen Ferrell, "What Matters in Corporate Governance?" *The Review of Financial Studies* 22, no. 2 (2009), 783-827.

<sup>4</sup> Daniel R. Fischel, "Efficient Capital Market Theory, the Market for Corporate Control, and the Regulation of Cash Tender Offer," *Texas Law Review* 57, no. 1 (1978): 1-46, 5.

<sup>5</sup> Fischel, *Efficient Capital Market Theory*, 7.

<sup>6</sup> Henry Manne, "Mergers and the Market for Corporate Control," *Journal of Political Economy* 73, (1965): 110-120, 119.

<sup>7</sup> Manne, *Mergers and the Market for Corporate Control*, 19.

On top of that, the market for corporate control needs a regulatory framework to some extent. A regulatory framework defines the specific rules for takeover events and clarifies controversies around such events, or at least tries to do so. The corporate control mechanism engages a takeover before and after the initial bid. At this point, targets and bidders must be aware of what they need or are obligated to do. For instance, target boards are occasionally unwilling to withdraw from their positions; thus, they adopt defences and influence shareholders, if necessary, to reject a bid. On the other hand, bidders try to overcome obstacles and acquire shares as cheaply as possible to gain executive powers in a company. Between bidders and target boards, which appear to be highly determined in their goals, shareholders may be squeezed and thus need protective measures. As mentioned before, there is no doubt why takeovers should be regulated. The crucial point here is how they should be regulated.

The purpose of this paper is to evaluate whether the UK approach to takeover regulation was successful in the 20<sup>th</sup> century and, if it can in any way be understood as a failure, how much state intervention is needed. Historical developments, the concerns of the UK market and government policy, and substantial rules in UK takeover regulation, namely the "non-frustration rule" and the "mandatory bid rule" in the City Code on Takeovers and Mergers,<sup>8</sup> will be helpful when demonstrating why the self-regulation approach was taken and whether it has been successful. Also, current takeover events, amendments,<sup>9</sup> and reforms will set a course for the interpretation of future conduct. At this point, it should not be forgotten that reforms may also lead to overregulation. Along with the advantages and disadvantages of each path, the British self-regulation scheme has been a success story that cannot be seen elsewhere. Surely, there may also be aspects of this regulation that have become incompatible with today's needs. However, saying that self-regulation should be abandoned and applying a state-regulation approach must be avoided. Britain's self-regulation on takeovers is a pre-eminent

---

<sup>8</sup> It will be referred to as 'the Takeover Code' or 'the Code' throughout the paper.

<sup>9</sup> To foster corporate restructuring and capital market integration, the European Commission has repeatedly attempted to introduce Europe-wide takeover regulation but has encountered strong resistance. Erik Berglöf, Mike Burkart, Tito Boeri and Julian Franks, "European Takeover Regulation," *Economic Policy* 18, no. 6 (2003): 171-213.

success, and if there are any weak points to the regulation, reforms with minimal distortion to its unique structure should be made.

## I. THE TAKEOVER CODE AND PANEL

### A. Structure of the Code and Panel

For many years, without any state interference, the Code has regulated takeover events, and the Panel, which is also independent, has enforced the rules of the Code in the UK.<sup>10</sup> As a result, the Code and the Panel have become prominent examples worldwide.<sup>11</sup> The self/market-controlled regulatory body in the UK has been described by the Financial Times as one of the City's "most respected institutions".<sup>12</sup> The unique aspect of UK takeover regulation is the marketplace's power in the regulatory body. They pay the Panel, staff the Panel, make the rules, and comply with their own rules.<sup>13</sup> The Panel has been careful not to use the State's enforcement powers in all the years since it was formed.<sup>14</sup>

This regulatory framework changed slightly in 2006 after the implementation of the EU's Takeover Directive.<sup>15</sup> Article 4 of the Directive requires Member States to form a supervisory authority in takeover regulation and enforce regulation through a state-sanctioned body.<sup>16</sup> Consequently, the Government gave this duty to the already existing self-regulatory body in the UK. After the implementation, the Takeover Panel had governmental support and is now a state body.<sup>17</sup> However,

---

<sup>10</sup> Brian E Rosenzweig, "Private Versus Public Regulation: A Comparative Analysis of British and American Takeover Controls," *Duke Journal of Comparative & International Law* 18, (2007): 213-237, 216.

<sup>11</sup> David Kershaw, "Corporate Law and Self-Regulation," *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 5, (2015): 1-42, 12.

<sup>12</sup> David Kershaw, *Principles of Takeover Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2016, 114; "Happy Birthday to the Panel" 27 March 2008, Financial Times.

<sup>13</sup> Kershaw, *Principles*, 112.

<sup>14</sup> Kershaw, *Principles*, 112.

<sup>15</sup> Wan Wai Yee, "Enforcing Public Takeover Regulation: Reconciling Public and Private Interests," *Singapore Academy of Law Journal* 31, (2019): 285-307, 288.

<sup>16</sup> Directive 2004/25/EC of The European Parliament and of The Council Of 21 April 2004 on Takeover Bids (EU Takeover Directive), Article 4.1.

<sup>17</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 15.

the Panel and the Government desire to ensure the *modus operandi* of the Takeover Panel.<sup>18</sup> This means that the Panel would be likely to continue its operations as a self-regulatory independent body, and the state intervention would be minimal. Therefore, before the implementation, the Panel had access to enforcement powers over market regulators, such as licensing sanctions which were regulated by the Board of Trade.<sup>19</sup> However, these theoretical powers were never used, and when they are exercised they should not overshadow the success of the self-regulation.<sup>20</sup> To sum up, the Code and the Panel have been shown to be a great *sui generis* success, and some other jurisdictions (such as Brazil) have tried to replicate this system.<sup>21</sup>

Most recently, the UK exited the EU at the end of 2020. After the Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union, which entered into force on 31 January 2020, the initial rules of the Takeover Code ceased to apply in the UK and a need for change has arisen one more time.<sup>22</sup> Consequently, amendments for the Takeover Code and Companies Act were published.<sup>23</sup>

## **B. Rules Governing the Code and Panel**

Today, the Takeover Code consists of 38 main rules (428 pages of rules and guidelines for these rules).<sup>24</sup> At first glance, it might seem to be quite long, but since the creation of the Code in 1968, lots of amendments have been made to make the regulations fast, fluent, and up to date. For this reason, any non-UK takeover regimes, mainly state-regulated ones, might be seen as insubstantial and even

---

<sup>18</sup> Kershaw, *Principles*, 113.

<sup>19</sup> Kershaw, *Principles*, 113.

<sup>20</sup> Kershaw, *Principles*, 113.

<sup>21</sup> Kershaw, *Principles*, 113.

<sup>22</sup> Isidora Tachmatzidi, "Comparative Analysis of Takeover Defenses in Strong and Weak Economies: The Paradigm of the UK and Greece," *European Research Studies Journal* 22, (2019): 254-264, 258.

<sup>23</sup> The United Kingdom's withdrawal from the European Union, Instrument 2019/3; The Takeovers (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019, SI 2019/217.

<sup>24</sup> The City Code on Takeovers and Mergers (The Takeover Code) (Amended, 20 February 2023) Available at: <[https://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2023/02/The-Take-Over\\_Bookmarked\\_20.2.23.1.pdf?v=20Feb2023](https://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2023/02/The-Take-Over_Bookmarked_20.2.23.1.pdf?v=20Feb2023)> last modified: 12 September 2023.

incomplete when compared to this fearsome and detailed Code.<sup>25</sup> The Takeover Code consists of some important fundamental rules. It has six general principles which provide the basis and spirit of the Code.<sup>26</sup> These principles also reflect the Takeover Directive.<sup>27</sup> In addition to core principles, it has 38 main rules and 9 appendices. These rules will not be examined here individually, but a few important ones are worth mentioning at this point.

One of the underlying rules is Rule 21 of the Code,<sup>28</sup> which concerns restrictions on frustrating actions. Generally known as the “non-frustration rule”, prevents a target board’s actions in limiting shareholder rights and ensures information equality. Rule 21 shows that takeover regulation lies heavily on the protection of shareholders.<sup>29</sup> The regime of the UK regarding takeovers has embraced a shareholder-centred approach and the consent of shareholders is required before taking any defensive measure in the UK.<sup>30</sup> As a result, the board neutrality rule or the non-frustration principle, as referred to in the UK, is treated as a central element of the Takeover Code.<sup>31</sup>

Other substantive rules, such as the mandatory bid rule,<sup>32</sup> the regulating announcement processes,<sup>33</sup> the equal pricing rule,<sup>34</sup> and the put-up or shut-up rule,<sup>35</sup> all of which were generated from the spirit of the Code (core principles),<sup>36</sup> provide a functional takeover regime. Over the past 50 years, the marketplace has discussed these rules and tried to make them more responsive and applicable to

---

<sup>25</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 14.

<sup>26</sup> The Takeover Code, Introduction, Section B.

<sup>27</sup> EU Takeover Directive, Article 3.1.

<sup>28</sup> The Takeover Code, Rule 21.1.

<sup>29</sup> John Armour and David A. Skeel, “Who Writes the Rules for Hostile Takeovers, and Why? The Peculiar Divergence of US and UK Takeover Regulation,” *Georgetown Law Journal* 95, (2007): 1727-2007, 1736.

<sup>30</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1737.

<sup>31</sup> Rojina Thapa, *The Non-frustration Rule after the Brexit* *Business Law International* 22, no. 2 (2021): 203-218, 207.

<sup>32</sup> The Takeover Code, Rule 9.

<sup>33</sup> The Takeover Code, Rule 2.4.

<sup>34</sup> The Takeover Code, Rules 6, 9 and 11.

<sup>35</sup> The Takeover Code, Rule 2.6.

<sup>36</sup> The Takeover Code, Introduction, Section B.

new events. Even though there have been many changes, the substance of the rules has not altered much.<sup>37</sup>

Compared to other regulations (mainly traditional state regulations), one of the advantages of being self-regulatory is that it gives the takeover regime the ability to respond to new events quickly. The Panel can address takeover events extremely quickly with no delay at all.<sup>38</sup> The underlying reason for this is that regulators are closely connected to the activity and the marketplace.<sup>39</sup> Being close to the market gives the Panel the ability to respond to questions, concerns and needs as quickly as possible. The British standpoint is that if the state were to regulate takeover activities, then the inability to understand the marketplace's needs occurs, along with slower and costlier rulemaking and litigation processes due to obsolete takeover rules. In self-regulation, there is no such liability to approach, get the attention of and inform the executive of the state<sup>40</sup>, which could take weeks or even months. State regulators tend to follow market trends a little bit behind. Bureaucracy, legislation and amendment processes, the number of institutions which discuss amendments, and even litigation barriers make regulators fall behind on current issues.

On the other hand, self-regulation provides for a much faster process than other regulations.<sup>41</sup> As stated, this makes self-regulation the best alternative to state regulation.<sup>42</sup> It should not be forgotten that, theoretically, a state-regulatory body could obtain these advantages too. Market participants could staff it, litigation could be restricted to some extent, and trends in the market could be followed.<sup>43</sup> However, all of these facts do not overcome the success of the UK's self-regulated takeover regime.

As a matter of fact, by not having any state burden, the role of lawyers is much less important in self-regulation. In state regulation, where litigation is important

---

<sup>37</sup> Andrew Johnston, "Takeover Regulation: Historical and Theoretical Perspectives on the City Code," *Cambridge Law Journal* 66, no. 2 (2007): 422-460, 446.

<sup>38</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1744.

<sup>39</sup> Kershaw, *Principles*, 114.

<sup>40</sup> Kershaw, *Principles*, 114.

<sup>41</sup> Kershaw, *Principles*, 114.

<sup>42</sup> Kershaw, *Principles*, 114.

<sup>43</sup> Kershaw, *Principles*, 115.

and lasts for a long time, parties spend enormous amount of money for expenses and lawyers earn huge amounts of money because they inherently stay at the centre of takeover regulations.<sup>44</sup> On the contrary, members of a self-regulatory body, in this case in the UK, are people from financial institutions, banks, and large companies. Generally, they are business and finance experts. Due to the lack of litigation in this area, and as a conscious decision at the beginning, a lawyer's role is very limited.<sup>45</sup> The Panel is not legally oriented but is business oriented which is an important signpost of the Anglo-Saxon law system.<sup>46</sup> Thus, its executive was chosen from financial institutions and staffed by secondments from these institutions which all belong to the City<sup>47</sup> firms. An implication could be made here. UK takeover regulation culture is shaped depending highly upon the tradition of the City, and this is unprecedented. This fact makes changes hard for other states which might seek to implement similar rules, since these traditions can hardly be replicated. Correspondingly, this deep-seated culture in UK takeover regulation is a natural barrier for state-oriented changes in regulation.

Another point where self-regulation makes a difference is the Panel's flexible approach and trustworthiness. The Panel is well aware of changing dynamics in the market and business in the City. Thus, it could adjust itself for events, tailor appropriate regulatory changes, and could manage concerns coming from both parties in a possible dispute.<sup>48</sup> The awareness of the Panel comes from its active engagement with the parties in the market. To be more precise, market actors see the Panel as 'one of us'.<sup>49</sup> This thought basically leads market actors to trust the regulator. As a result, market actors can share their concerns with the regulator

---

<sup>44</sup> Kershaw, *Principles*, 114.

<sup>45</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1745.

<sup>46</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1745.

<sup>47</sup> City of London, widely referred as the City, is a local governmental district in London. Traditionally, it is the financial capital of the old world. City of London comprises participants such as the London Stock Exchange, Lloyd's of London, Bank of England including over 500 banks, the Alternative Investment Market, Aviva, BT Group, Quilter, Prudential, Schroders, Standard Chartered, Unilever and many other financial institutions, Magic Circle law firms, namely Allen & Overy, Freshfields Bruckhaus Deringer, Linklaters and Slaughter & May, as well as Ashurst LLP, DLA Piper, Eversheds Sutherland, Herber Smith Freehills, Hogan Lovells and others.

<sup>48</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1745.

<sup>49</sup> Kershaw, *Principles*, 115.



comfortably. Of course, from a different point of view, this may not happen in every case. The takeover market has a rapid development rate and innovations, or rule changes can be unclear, even if the regulator itself may not absorb the substance of changes in the first place. Thus, there will be always complaints about the operations of the regulator from market actors whose position is or seems to be disadvantaged.<sup>50</sup> Whatever the situation is, this argument can be applicable to every regulation which suffers from that kind of situation, and thus it is unlikely to be a failure for the UK's takeover regulation.

### **C. Success of the Code and Panel**

Findings up to now show that the market listens to needs, discusses, regulates and amends the rules by itself. These facts also support the existence of compliance benefits in the market. Constituencies in the market rule for themselves, thus it is logical to think that they comply with their own rules.<sup>51</sup> In other words, representatives of a community are rule-makers, and communities inherently encourage compliance and loyalty. The Code and Panel try to ensure adequate compliance levels and incentives for investment banks to comply, simply because the self-regulatory system cannot be sustainable otherwise. Adequate compliance can be achieved through listening to the financial interests of the market.<sup>52</sup> Arguments against benefits derived from compliance gather around rule abuse and rent seeking. Commentators severely criticise the structure and draw attention to potential dangers. Unfortunately, interests in the market are generally pointed in the same direction as the interests of the most important actors in the market. This leads people to think that the biggest investors who control the regulatory body may rule however they intend to and exclude other interest groups from outcomes and benefits.<sup>53</sup> It is inescapable to avoid this idea, since in time the regulatory body may gradually evolve into a rent seeking society. However, different actors with different interests would likely bring balance to some extent and would minimise the negative effects.<sup>54</sup> Also, it is probable that effective state

---

<sup>50</sup> Kershaw, *Principles*, 115.

<sup>51</sup> Kershaw, *Principles*, 116.

<sup>52</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 26.

<sup>53</sup> Kershaw, *Principles*, 116.

<sup>54</sup> Kershaw, *Principles*, 116.

regulation could overcome concerns and potential dangers. It is true that after the implementation of the EU Takeover Directive the Panel has become a statutory authority, and if it is used correctly, it may naturally refute any underlined criticism. Even so, without any state powers, negative effects or concerns can be eliminated. How they can be eliminated will now be discussed.

The self-regulator alone must completely `own` the regulatory space.<sup>55</sup> It will strengthen its position and power, end the need for the state, and ensure compliance with its rules.<sup>56</sup> If the Panel stays in the background and shares its competence with other parties (market actors), then the market actors may try to overturn certain rules for their own interests, and may thus claim power in the regulatory space.<sup>57</sup> To keep the state and market actors away from distorting its spirit and to ensure its position in the power domain, the self-regulator needs substantive rules. These rules will be safeguards of its existence and power. UK takeover regulation has two important `keystone` rules, which are the non-frustration and mandatory bid rules. The non-frustration rule originates from limiting the defensive tactics of a target board.<sup>58</sup> It is argued that its effect is overstated, since section 171(b) of the Companies Act 2006 provides a limitation on directors' power in a company. Section 171(b) states that:

“A director of a company must—

(b) only exercise powers for the purposes for which they are conferred.”<sup>59</sup>

This duty is alternatively called the proper or improper purpose doctrine.<sup>60</sup> Having common-law roots, the proper purpose doctrine prevents defensive actions by a director; or, to be clearer, it hinders the power of directors. Thus, the existence of the non-frustration rule may seem irrelevant in terms of importance at first glance. However, without this keystone rule, authority would definitely shift to the courts.<sup>61</sup> It is clear that the question of whether or not defences exist in the

---

<sup>55</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 27.

<sup>56</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 27.

<sup>57</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 27.

<sup>58</sup> Kershaw, *Principles*, 110.

<sup>59</sup> The Companies Act 2006 c 46, Section 171(b).

<sup>60</sup> Kershaw, *Principles*, 308.

<sup>61</sup> Kershaw, *Principles*, 308.

regulatory space, and the impact on timing and the bidding process, will be in the hands of courts which interpret the proper purpose doctrine.<sup>62</sup> Courts will push the Panel to the background in this sense, and the Panel's autonomy in controlling the game rules in the market will be weakened.<sup>63</sup> In this context, the non-frustration rule is the safeguard of the Panel and one of the main sources of its *sui generis* success. The background to the Panel's sensitivity on this rule comes from that point.

As in the case of the previous rule, the mandatory bid rule is also crucial for the regulator. Before observing this rule, it is important to note that the mandatory bid rule does not mean there are 'mandatory bids' in the regulatory space.<sup>64</sup> The mandatory bid rule is a principle which prevents a bidder buying a large bulk of the shares of a company at a premium price, and others from smaller shareholders more cheaply.<sup>65</sup> Rule 9.1 of the Code states that if a bidder gains 30% of the voting shares in any one offer, it has to make a bid for all voting shares.<sup>66</sup> In a sense, the bidder is independently able to decide on whether to offer a bid. It makes all offers within or without the scope of Rule 9.1 voluntary.<sup>67</sup> The mandatory bid rule is important, because it ensures that voluntary bids are tightly regulated, otherwise the Panel would be forced to bend other rules in the Code in order to reduce the costs of voluntary bids, which would be detrimental. Without the mandatory bid rule, the costs of the incremental acquisition of control of target companies would be much lower than the costs of voluntary bids, which are controlled by a powerful code.

---

<sup>62</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 28.

<sup>63</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 28.

<sup>64</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 28.

<sup>65</sup> Sarah Worthington, *Sealy & Worthington's Company Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

<sup>66</sup> The Takeover Code, Rule 9.1. These areas are exclusively regulated by the Code. The Companies Act 2006 sections 943 and 944 explanatory notes paragraph 1182 states that: "The Panel is given the power to make rules in relation to takeover regulation. The rule-making power is broadly drawn to ensure that the Panel can continue to make rules on the range of matters presently regulated by the City Code on Takeovers and Mergers. The following provisions are included... matters related to the protection of minority shareholders, mandatory bid and equitable price (Article 5), contents of the bid documentation (Article 6.1 to 6.3), time allowed for acceptance of a bid and publication of a bid (Articles 7 and 8), obligations of the management of the target company (Article 9) and other rules ..."

<sup>67</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 28.

The two keystone rules of the Code lie in the centre of self-regulation of the market for corporate control in the UK.<sup>68</sup> Due to their significance, the regulator aims to protect them at all costs.<sup>69</sup> The problem is, outcomes derived from these rules might be unexpected. In some instances, the interests of the market and the rules may clash. There is the argument that if the rules worsen the situation, then they cannot be relied upon.<sup>70</sup> This is because the efficiency of the Panel and its rules would be subject to questioning. Troublesome events and even more troublesome reforms which have led people to question the legitimacy of the Code and the Panel will be examined in further detail in this paper.

#### **D. Success No More?**

The previous sections draw a framework for the success of the self-regulatory body in the UK. However, people have started to see the Code and the Panel as old-fashioned now. Criticism around the Code and the Panel is that they may not fully meet today's needs.<sup>71</sup> It is said that innovative changes and modifications are needed in the area. Every day, more people think that its success is now only nostalgia.<sup>72</sup> Some commentators argue that the current practices of the Panel show its inability to overcome some 'critical' hostile takeovers for specific sectors. In other words, the UK has had unique problems regarding hostile takeovers, especially overseas ones.<sup>73</sup> These takeovers by non-UK companies of UK companies seems to be the weak point of the current self/market regulated body in the UK. Given the considerable number of concerns regarding these takeovers, the Panel made some reforms, which even raised more concerns. In a sense, the structure shift in the Panel after the implementation of Takeover Directive strengthened the opposition's hand, since the Panel now has state powers originating from that and Companies Act 2006.<sup>74</sup> The Competition and Markets

---

<sup>68</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 28.

<sup>69</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 29.

<sup>70</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 29.

<sup>71</sup> Michael R Patrone, "Sour Chocolate: The U.K. Takeover Panel's Improper Reaction to Kraft's Acquisition of Cadbury," *International Law & Management Review* 8, (2011): 63-86, 65.

<sup>72</sup> Kershaw, *Principles*, 114.

<sup>73</sup> Kershaw, *Principles*, 114.

<sup>74</sup> The Companies Act 2006 c 46, Part 28, Chapter 1, Section 942.

Authority has also jurisdiction to review a transaction either where the UK turnover of the company being acquired exceeds £70 million or where the merging companies will together supply more than 25 per cent of a particular good or service in the UK.

However, these issues and concerns reflect the UK's regulatory past. The argument is that takeover regulation emerged in response to the need for regulation in the 1950s and 1960s.<sup>75</sup> In other words, the Code and the Panel traditionally belong to that era and are limited to controlling the type of transactions which belong that time.<sup>76</sup> The UK market is not the same now as it was then. Some argue that attitude of the Panel is outdated, and the needs of 1960s London have changed significantly.<sup>77</sup> The rules of the Code must cover today's issues. In a sense, the Code should extend beyond its limits. If not, then it shall be changed.

However, to evaluate why the self/market regulated body might now be insufficient, history and the creation process should be mentioned. Otherwise, it would not be wise to evaluate and recommend any amendment or any kind of state intervention in the regulatory space. From the historical context and previous events, the emergence of a takeover regulation solved by a self-regulatory method can be understood. The foundation for self-regulatory authority in the UK basically reflects the passive position of the government and the cultural and traditional character of the City of London.<sup>78</sup> After 1968, when the Code itself came into force, and with the help of a self-regulatory structure, fast and flexible amendments occurred. This brought several advantages, which have already been discussed, to the regulatory framework, until some recent hostile takeover events. Why takeover regulation emerged and how it is reflected today will now be examined in turn.

## II. THE NEED FOR A TAKEOVER REGULATION

---

<sup>75</sup> Kershaw, *Principles*, 117.

<sup>76</sup> Kershaw, *Principles*, 117.

<sup>77</sup> Kershaw, *Principles*, 117.

<sup>78</sup> Stephen Kenyon-Slade, *Mergers and Takeovers in the US and UK*. Oxford: Oxford University Press, 2011, 505.

## A. Situation before the Code

In order to understand why the self-regulatory method was chosen for the UK's takeover regulation, the British political style, the management of the City of London and their expectations should first be analysed. To start with, the British political style was the antithesis of an interventionist government, which could be seen in the ideas of Bentham and Mill.<sup>79</sup> This meant that the British government had a passive and neutral approach to any problems which arose.<sup>80</sup> Moreover, it did not try to anticipate and dissolve problems in advance. This was one of the most explicit examples of a pragmatic approach, and thus it shaped the characteristics of the old British political style.<sup>81</sup> Consequently, the unwillingness of the state to interfere directly in takeover regulation had significant effects on 1950s takeover events. Instead, the idea back then was to interfere indirectly by ensuring that parties could reach agreements or could organise themselves to solve their conflicts, thus creating an active and healthy marketplace.<sup>82</sup>

Regarding this context, the self-regulatory structure of the takeover market is usually considered as political disarmament.<sup>83</sup> What this means is that the state leads market actors to regulate themselves, but also threatens them to regulate properly in order for the state not to interfere. In 1967, for instance, the government noted that if the City were to be unable to solve conflicts in a hostile takeover, they would be forced to step in.<sup>84</sup> Additionally, the government, media and the City had a common view that a takeover problem was the City's own problem, and the City should therefore solve such problems. The media's role here is to create a communication link between the concerns of the government, the public and the City.<sup>85</sup> This was one of the main reasons that self-regulation emerged in the UK.

Secondly, the management of the City of London and other participants in the City had a huge influence on UK takeover regulation, as mentioned before. To be

---

<sup>79</sup> Kershaw, *Principles*, 68.

<sup>80</sup> Kershaw, *Principles*, 68.

<sup>81</sup> Kershaw, *Principles*, 68.

<sup>82</sup> Kershaw, *Principles*, 68.

<sup>83</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 16.

<sup>84</sup> Financial Times, "What the New Bid Panel Needs to Do," LEX (21 September 1967).

<sup>85</sup> Kershaw, *Corporate Law and Self-Regulation*, 17.

exact, they had an idea of a "traditional self-regulation right" for themselves.<sup>86</sup> This cultural background generally comes from personal connections and the homogenous structure of the participants of the City.<sup>87</sup> These people all had broadly the same educational background, the same concerns and the same interests. As a matter of fact, they would like to regulate in the direction of their own needs, and inherently comply with their own rules.

This area of the City is called the "Square Mile", and geographically it is the financial and historical centre of London. The Bank of England, the London Stock Exchange and all other important financial institutions and merchant banks are located in the Square Mile. In particular, the Bank of England and the London Stock Exchange sit in the centre of this traditional self-regulation.<sup>88</sup> Having no state regulation does not mean that there was an absence of authority, however.<sup>89</sup> They regulate the capital market, they listen to needs in the market, and they ensure that the Government and the City understand each other.<sup>90</sup> The Chairman of the Stock Exchange expressed that this was an informal type of control.<sup>91</sup> Hostile takeover events in the 1950s led to the emergence of the Code and Panel. Thus, the self-regulation method of the City's participants led to a non-state body of rules in the takeover regime, which is now called the Takeover Code.

## **B. Creation of a Self-Regulation**

A palpable need for takeover regulation emerged in the 1950s in the UK. It is necessary to bear in mind that the 1950s was a post-World War era, in which a huge economic flourish occurred. Several factors, which are stated respectively by Johnson, could be helpful in explaining the shift in takeover processes.<sup>92</sup> The first

---

<sup>86</sup> Kershaw, *Principles*, 70-71.

<sup>87</sup> Kershaw, *Principles*, 71.

<sup>88</sup> Kershaw, *Principles*, 71.

<sup>89</sup> Kershaw, *Principles*, 72.

<sup>90</sup> Kershaw, *Principles*, 72.

<sup>91</sup> David Kynaston, *The City of London. Volume IV: A club no more 1945-2000*. London: Pimlico Press, 2002, p 442.

<sup>92</sup> Andrew Johnston, "Takeover regulation: Historical and Theoretical Perspectives on the City Code," *Cambridge Law Journal* 66, no. 2 (2007): 422-460, 427.

one was due to the Companies Act 1948.<sup>93</sup> This act forced companies to share their data of earnings publicly, in accordance with the new accounting standards.<sup>94</sup> This requirement enables potential bidders to investigate target boards with ease.<sup>95</sup> Additionally, Richard Roberts states that because of paper rationing, shareholders were out of reach from direct approach before the 1950s.<sup>96</sup> Also, British industry had seen structural changes. The heavy industry products of the industrial revolution era were replaced by light industry products and suchlike.<sup>97</sup> Also, changes in retailing, consumption, tax burdens and inflation showed the gap between efficient and inefficient companies explicitly.<sup>98</sup> When these factors came together, hostile takeovers became easy in the eyes of potential bidders.

The very first successful bid belonged to Mr. Charles Clore. There was a tender offer which was sent directly to the shareholders.<sup>99</sup> This move was found to be offensive, and actually it was an unexpected move for the City and the target board of shoe retailer J. Sears & Co.<sup>100</sup> Moreover, it raised concerns. The target board was surely unwilling to lose their position, but shareholders affirmed the tender offer and the target board could not make any moves to frustrate it. Despite his promises of value creation, the bidder was not one of the City's participants, and the City was opposed to this action and believed that his move was harmful.<sup>101</sup>

In the same year, another hostile bid was proposed by Mr Harold Samuel for Savoy Hotel Ltd. His intention was to change a hotel which Savoy Hotel Ltd.

---

<sup>93</sup> The Companies Act 1948 (11 & 12 Geo.6 c.38).

<sup>94</sup> Johnston, *Takeover regulation*, 427.

<sup>95</sup> Brian R. Cheffins, "Mergers and the Evolution of Patterns of Corporate Ownership and Control: The British Experience," *Business History* 46, (2004): 256-284, 270; Les Hannah, "Takeover Bids in Britain before 1950: An Exercise in Business 'Pre-History'," *Business History* 16, (1974): 65-77, 70.

<sup>96</sup> Johnston, *Takeover regulation*, 427; and Richard Roberts, "Regulatory Responses to the Rise of the Market for Corporate Control in Britain in the 1950s," *Business History* 34, (1992): 183-200, 186.

<sup>97</sup> Johnston, *Takeover regulation*, 427.

<sup>98</sup> Johnston, *Takeover regulation*, 427.

<sup>99</sup> John Armour and David A. Skeel, "Who Writes the Rules for Hostile Takeovers, and Why? The Peculiar Divergence of US and UK Takeover Regulation," *Georgetown Law Journal* 95, (2007): 1727-2007, 1757.

<sup>100</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1757.

<sup>101</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1757.



owned into office suites.<sup>102</sup> However, as a defensive tactic, "the Worcester Scheme" was arranged.<sup>103</sup> This scheme had 6 parts.<sup>104</sup> Primarily, a new company (Worcester) was quickly established, and it bought one of the Savoy group's hotels, namely The Berkeley. Later, this entity leased The Berkeley back to the Savoy group, and one of the requirements in the leasing arrangement was that the building should be used as a hotel. This requirement would last for fifty years, and the Savoy group would not have any rights to comment for fifty years. However, this arrangement was made without shareholders' knowledge, and no opportunity was given to comment on the bid.<sup>105</sup> Therefore, the action taken was highly controversial, and at first glance it could not be understood whether it was legitimate.<sup>106</sup> For this reason, Mr. E. Milner Holland Q.C. was appointed by the Board of Trade in order to investigate the conduct of the target board.<sup>107</sup> The outcome was in favour of the shareholders. There is no doubt that the only injured party in this case was the shareholders. Their thoughts on the bid were denied.

Also, in the British Aluminium takeover event in 1958, the target board's shareholders were alienated by the target board. There were two bidders in the event, and the target board rejected one bid and accepted the other without shareholders' consent.<sup>108</sup> The rejected company tried to reach the shareholders directly, and the other company tried to buy undervalued shares from shareholders.<sup>109</sup> This event clearly shows that regulatory protection for shareholders was highly needed. As mentioned before, as a third party between strong target boards and bidders, shareholders and their rights are likely to be ignored.

---

<sup>102</sup> Laurence C. B. Gower, "Corporate Control: The Battle for the Berkeley," *Harvard Law Review* 68, no. 7 (1955): 1176-1194, 1180.

<sup>103</sup> Gower, *The Battle for the Berkeley*, 1179.

<sup>104</sup> For detailed information; Gower, *The Battle for the Berkeley*, 1179-1180.

<sup>105</sup> Jonathan Mukwiri, "The Myth of Tactical Litigation in UK Takeovers," *Journal of Corporate Law Studies* 8, (2008) 373-383, 374.

<sup>106</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1757.

<sup>107</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1757.

<sup>108</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1758.

<sup>109</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1758.

Later, when Mr. Core (the shoe retailer) made high profits along with several benefits for shareholders in the late 1950s, the view on hostile takeovers was changed. City participants sought to regulate this area, because takeovers in general were very profitable for companies and rewarding for the British economy. To prevent any kind of unwanted activity in takeover events, and for the protection of shareholders, the first attempt came from the Bank of England, along with other banks and institutional investors.<sup>110</sup> The first attempt was Notes on the Amalgamations of British Businesses (1959).<sup>111</sup>

In 1967, a battle broke out between two bidders who wanted to acquire Metal Industries Ltd. This provoked the same concern as the British Aluminium event.<sup>112</sup> Notes was not a disaster; it was well-received, but it lacked mechanisms for enforcement and adjudication.<sup>113</sup> In other words, these principles were insufficient for shareholder protection.<sup>114</sup> Thus, this and a need for “real” regulation led to a revision in the Notes. As a result, in March 1968, the City Code on Takeovers and Mergers came into force, and the Panel was established. Until 2004, the non-statutory Code and Panel operated. In 2004, the European Parliament adopted the EU Takeover Directive. Rules in the Directive, such as the mandatory bid rule and the non-frustration rule are inspired by the Takeover Code. Thus, no significant changes were made in the Code when implementing the EU Takeover Directive in 2006. Since then, the Takeover Code and the Panel have continued to operate effectively in the UK takeover market.

### C. Concerns related to Current Events

In the previous sections, the history and substantive basis of the Code and the Panel have been discussed. Many countries, especially in Europe, have been influenced by the substantive rules of the Code, and have designated their own rules similarly.<sup>115</sup> This alone shows the success of takeover regulation in the UK.

---

<sup>110</sup> Kershaw, *Principles*, 79.

<sup>111</sup> Herein after referred to as ‘Notes’ or ‘the Notes’.

<sup>112</sup> Kershaw, *Principles*, 79.

<sup>113</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1759.

<sup>114</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1759.

<sup>115</sup> Brazil (the LSA - Lei 6.404 of 15 December 1976), EU Takeover Directive, and individual EU states as examples.

UK takeover regulation handles takeovers/mergers professionally, and it ensures the continuum of transactions in the market. The problem occurs here. Especially after the implementation of the Directive, the new "formal" status of the Code necessitates it to ensure the UK's long-term economic development and well-being, since it is now a statutory advisor and authority.<sup>116</sup> The state regulator has a duty to gather information about the economic, social and political effects of a takeover.<sup>117</sup> On the other hand, a self-regulator is unlikely to consider long-term implications and only focus on takeover transactions.<sup>118</sup> However, economic consequences and further implications might be immensely important for social well-being and the economy. The argument is that, in the UK, the regulator must consider these broader issues, not only events. Yet, the Panel avoids investigating takeover events further, and it does not take such broader responsibilities.<sup>119</sup> This manner can be seen in the successful Kraft Inc.-Cadbury Plc. takeover event, and the aborted hostile Pfizer Inc.-AstraZeneca Plc. takeover event.<sup>120</sup>

In both events, US companies desired to acquire UK companies which were of utmost importance to the UK economy. According to economic development, these events brought some concerns. First, it was somewhat easier to acquire UK companies than other companies around the world.<sup>121</sup> The openness of UK champions<sup>122</sup> created outrage in the UK. For instance, after the takeover, Kraft could not keep its promises and announced the closure of a chocolate factory in the UK where approximately 400 people worked. Disappointment in the Kraft takeover event caused scepticism about Pfizer's similar promises later on. In the wake of the bid for AstraZeneca, Pfizer wrote a letter to the Prime Minister of the UK in order to reduce the fever of concerns, and they stated that they would retain

---

<sup>116</sup> Kershaw, *Principles*, 117.

<sup>117</sup> Kershaw, *Principles*, 118.

<sup>118</sup> Kershaw, *Principles*, 118.

<sup>119</sup> Kershaw, *Principles*, 117.

<sup>120</sup> Kershaw, *Principles*, 117.

<sup>121</sup> Kershaw, *Principles*, 118.

<sup>122</sup> Internationally famous, top, leading national companies.

research and development, investments, and jobs.<sup>123</sup> However, the enforceability of these promises was ambiguous.

The exposure and vulnerability of UK companies to overseas takeovers are mainly derived from the throttled defences of target boards; the non-frustration rule is the main component here.<sup>124</sup> Thus, the optimality of substantive rules was criticised after these two events, and voices were raised in the argument for reforms.<sup>125</sup> However, exposure of UK companies is not the only issue which merits discussion. In theory, overseas takeovers may not be harmful at all. If they are controlled correctly, many investments will flow to the country. Thus, this situation can create new job opportunities and new markets, along with more competitiveness. Kershaw indicates these possibilities and asks questions. Firstly, are there any economic benefits to having more national companies?<sup>126</sup> Secondly, is there a benefit which stems from the location of a company's headquarters, such as jobs, R&D and investment (the headquartering effect)? According to Kershaw, the state regulator must investigate and analyse these issues further.<sup>127</sup>

In these individual takeover events, the Panel intended to maintain its self-regulatory structure and protect its substantive rules. This can be seen in their responses to the takeover events. The Panel expressed that they were "not responsible for competition policy or wider questions of public interest, which are the responsibility of government and other bodies."<sup>128</sup> However, there was heavy pressure on the Panel to reform its rules and structure. Moreover, the Panel is formally a state body, and the pressure focused on this point. A state authority should not ignore its role in the broader effects of its own rules.<sup>129</sup> Otherwise, the

---

<sup>123</sup> Linklaters LLP, *Open for Business - Takeovers of UK companies and the involvement of the UK Government*, 2014, 3, Available at: <[www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/140616\\_Open\\_For\\_Business\\_Memo.pdf](http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/140616_Open_For_Business_Memo.pdf)> last modified: 12 September 2023.

<sup>124</sup> Kershaw, *Principles*, 118.

<sup>125</sup> Kershaw, *Principles*, 119.

<sup>126</sup> Kershaw, *Principles*, 118.

<sup>127</sup> Kershaw, *Principles*, 118.

<sup>128</sup> Takeover Panel, "Review of Certain Aspects of the Regulation of Takeover Bids," (PCP 2010/2), para.1.5; Available at: <<http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/PCP201002.pdf>> last modified: 12 September 2023.

<sup>129</sup> Kershaw, *Principles*, 119.

legitimacy of regulation would be damaged. More than that, the Panel is experienced in takeover regulation, so it would not be logical to expect other inexperienced state bodies to investigate takeovers.<sup>130</sup> Kershaw adds that passing the buck here is just same as avoiding responsibilities.<sup>131</sup> In the end, the Panel avoided its "responsibilities" and showed that it is still a self-regulator.

The independent self-regulatory identity of the Panel renders it overresponsive to public concerns.<sup>132</sup> Not only a state body but also a self-regulator's validity is linked to public concerns. Events that create public outrage might be dangerous for a self-regulator's effectiveness and functionality. Unfortunately, the Panel's status anxiety may result in mistakes. Thus, the concept of "hard cases make bad law" appears. It is a phrase which means that the law is for common situations, and some extreme cases might not be suitable for generalised rules.<sup>133</sup> Thus, trying to regulate the space for extreme cases might be detrimental in general. Arguably, the hard cases make bad law phenomenon can be seen in the response of the Panel after the Kraft-Cadbury takeover event.<sup>134</sup> Commentators argue that the responses to the Kraft-Cadbury event have made all takeovers more difficult.<sup>135</sup>

#### **D. Reforms**

In order to scatter reform pressure on its substantive rules, the Panel agreed on some reforms to the Code. Some key changes were made to the rules, but not to the non-frustration rule itself. The changes made were in potential offerors identification, the put up or shut up rule, deadlines, prohibition on deal protection arrangements, increased engagement with representatives, disclosure of financing

---

<sup>130</sup> Kershaw, *Principles*, 119.

<sup>131</sup> Kershaw, *Principles*, 119.

<sup>132</sup> Kershaw, *Principles*, 120.

<sup>133</sup> Phrases.org.uk, definition, "hard cases make bad law," Available at: <<http://www.phrases.org.uk/meanings/hard-cases-make-bad-law.html>> last modified: 12 September 2023.

<sup>134</sup> Kershaw, *Principles*, 120

<sup>135</sup> All discussions, Kershaw, *Principles*, Chapters 4, 5, 7 and 11.

arrangements and other insignificant matters.<sup>136</sup> To be more explicit, the reforms offered enhanced protection for target boards and strengthened target boards' position, and increased transparency on disclosure. The reforms after the Kraft-Cadbury takeover in 2010, and the implementation of the post-offer undertakings regime in 2014, will not be framed individually, but as they have a bearing on the scope of this paper, their outcomes will be discussed.

Firstly, note 3 on Rule 19.1 of the Code was one of the major changes.<sup>137</sup> In 2015 it was changed one more time, so it is now called Old Note 3. It states that the bidder would be bound to its statements whether it intended to or not to take any action after the end of the offer period for at least 12 months.<sup>138</sup> It was a direct response to the Kraft-Cadbury takeover. As mentioned before, after completion of the takeover, Kraft backtracked and announced the closure of Cadbury's factory in Keynsham, UK.<sup>139</sup> Under the influence of pressure, the Panel used a very exceptional enforcement power and publicly censured Kraft.<sup>140</sup> Additionally, Old Note 3 was set. According to Kershaw, this is a good example of "hard cases make bad law".<sup>141</sup> Substantially, Old Note 3 attempted to reduce the detrimental effects of takeovers for stakeholders. This rule was important for major takeovers which could capture public attention and could help in getting deals done, but for "low-profile" takeovers it was actually detrimental. It forced companies to be less informative than before. The intention was decent, but in practice this provision

---

<sup>136</sup> Takeover Panel, "Review of Certain Aspects of the Regulation of Takeover Bids," (PCP 2010/2) Available at: <<http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/PCP201002.pdf>> last modified: 12 September 2023; Takeover Panel, "Review of Certain Aspects of the Regulation of Takeover Bids, Proposed Amendments to the Takeover Code," (PCP 2011/1) Available at: <<http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/PCP201101.pdf>> last modified: 12 September 2023; Takeover Panel, "Response Statement by the Code Committee of the Panel Following the Consultation on PCP 2011/1," (RS 2011/01) Available at: <<http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/RS201101.pdf>> last modified: 12 September 2023.

<sup>137</sup> The Takeover Code, note 3 to rule 19.1, 2011-2015, "Old Note 3".

<sup>138</sup> Kershaw, *Principles*, 171.

<sup>139</sup> Kershaw, *Principles*, 172.

<sup>140</sup> Kershaw, *Principles*, 172.

<sup>141</sup> Kershaw, *Principles*, 172.

was not a useful tool. Therefore, after Pfizer's attempt for AstraZeneca, this rule was changed for a more functional one.<sup>142</sup>

Another major reform was the put up or shut up rule.<sup>143</sup> Before the reform, the put up or shut up rule was generally asked by the Panel and was issued for 6 to 8 weeks.<sup>144</sup> In this time frame, the bidder could announce that they would make an offer or could announce that they would give up. After the changes, the put up or shut up period has been reduced to 28 days, and it starts automatically.<sup>145</sup> This is an instrument which empowers the target against the bidder, and forces the bidder's hand. Thus, it changed the balance of power deeply, and enhanced target boards' resistance to takeovers. The reason behind it was also the Kraft-Cadbury takeover, as it highlighted the vulnerability to hostile takeovers and the weak position of target boards. However, 28-day period is inadequate where a bid requires external finance, since it is hard for bidders to obtain commitments.<sup>146</sup> This change not only impedes extraordinary hostile takeovers, but also affects all takeovers. Unarguably, it is another clear example of the Panel's overreaction to requests for reform.

Moving on to another major reform, there is the prohibition on deal protection agreements. The difference between the above reforms and deal protections is that it is not an overreaction, but more a product of misdiagnosis. Richard Godden, an M&A partner at Linklaters LLP, has stated that:

"The use of deal protection measures has become absurd in recent years. While I understand the counterarguments made by those opposing the ban, the Panel has made a sensible case for their abolition. It could even be argued that the current reliance on these measures runs counter to the General Principles and the spirit of the Code".<sup>147</sup>

---

<sup>142</sup> The Takeover Code Rule 19.7 and 19.8.

<sup>143</sup> The Takeover Code Rule 2.6.

<sup>144</sup> Kershaw, *Principles*, 175.

<sup>145</sup> Kershaw, *Principles*, 176.

<sup>146</sup> Kershaw, *Principles*, 176.

<sup>147</sup> Orlando Fernandez, "Proposed Changes to the Takeover Code," *Practical Law Company Online* (2011) Available at: <[https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/9-504-4872?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/9-504-4872?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)> last modified: 12 September 2023.

As Godden argues, changes are needed in deal protections. The problem occurs here. There was no direct relevance between political and public concerns after the takeover event and deal protections itself.<sup>148</sup> Moreover, prohibition on deal protections was presented as a tool for reducing the tactical advantage of bidders, just like other changes.<sup>149</sup> As discussed above, target board disempowerment was mainly related to the non-frustration rule, and the optimality of this rule was contradictive. According to Kershaw, the connection between the prohibition and the reform proposal is unclear.<sup>150</sup> He adds that the Panel might have used these hostile takeover events and reform proposals as an opportunity to change the rules on deal protections which existed before the Kraft-Cadbury takeover event.<sup>151</sup> Certainly, the Panel has the power to change its rules and is independent. The problem is that if the justifications for its actions are out of proportion, such as introducing deal protection prohibition as a response to target board protection in terms of the openness of UK companies, then the success of the Panel as an arbiter would be doubtful.<sup>152</sup>

### III. THE NEED FOR STATE INTERVENTION

It is hard to interpret whether the Takeover Code and Panel is a success or a failure. As discussed above, when the Code and its substantive rules were first introduced, investors and the City of London optimised the benefits of hostile takeover. Non-statutory regulation of takeovers was a remarkable success at that time. As Kershaw states, the dominance of national investors, the homogeneity of City participants, and the absence of a fund management industry brought a high performance to regulation.<sup>153</sup> In a homogeneous environment where the openness of UK companies was not an issue, there were no problems. Conversely, today the City and the market have grown too much. Armour and Skeel have demonstrated that, in the 1980s, national institutions had 60% of the total shares, and overseas

---

<sup>148</sup> Kershaw, *Principles*, 223.

<sup>149</sup> Kershaw, *Principles*, 224.

<sup>150</sup> Kershaw, *Principles*, 225.

<sup>151</sup> Kershaw, *Principles*, 225.

<sup>152</sup> Kershaw, *Principles*, 225.

<sup>153</sup> Kershaw, *Principles*, 349.



owners had only 4-5% of shares in the UK.<sup>154</sup> The pattern of ownership has changed remarkably in the last 30 years. Armour and Skeel's study shows that overseas ownership had increased to over 30% by 2004.<sup>155</sup> The "traditional" relationship between individuals in the City is nearly gone as a natural consequence, and the level of compliance is lower for both domestic and for international investors.

However, the Code and the Panel are well-fitted to the market and can still successfully deal with common transactions in the market. Even the latest reforms, which are examples of the "hard cases make bad law" phenomenon, cannot alter this truth. Kershaw suggests the abolition of the non-frustration rule, state intervention in strategic industries, disenfranchising shareholders and an increased acceptance threshold.<sup>156</sup> The main problem with the optimality of rules and the Panel is around the openness of UK companies to non-UK companies, and the limited defences of target boards. Extraordinary takeovers (such as a non-UK company's bid for a UK champion), which are highly rare, is the real reason. The only need is an accurate reform in takeover regulation aimed only at "high-profile" takeover events.

State intervention in the regulatory space would be unlikely to expel all political and public concerns today. To be more precise, reforms should be made with minimal distortion to the self/market controlled regulatory body. The recommended change should not be state intervention. For instance, state intervention in 'strategical industries' would bring more controversy. The main idea is that the Government should block hostile takeovers in order to protect national champions.<sup>157</sup> As an example, the French Government usually intervenes in hostile takeovers to guide or to prevent them.<sup>158</sup> The main problem here is the 'strategic industry' concept. For instance, the defence industry and national security concerns are likely to be a strategic sector for the UK.<sup>159</sup> However, if the government intends to enhance its power, like in France (Pepsi Co.'s bid for

---

<sup>154</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1769.

<sup>155</sup> Armour and Skeel, *Who Writes the Rules*, 1769.

<sup>156</sup> David Kershaw, "Hostile Takeovers and the Non-Frustration Rule: Time for a Re-Evaluation," *LSE Legal Studies Working Paper* 19, (2016): 1-50, 42.

<sup>157</sup> Kershaw, *Principles*, 362.

<sup>158</sup> Kershaw, *Hostile Takeovers*, 43.

<sup>159</sup> Kershaw, *Hostile Takeovers*, 45.

Danone, and Yahoo's bid for Dailymotion), there would not be any mechanism to prevent such intervention.<sup>160</sup> The government could say that there is a strategic importance and benefit for the economy in any sector.<sup>161</sup> As a result, the 'strategic sector' concept would likely lose its distinctive character and usefulness in protecting economy. As discussed above, Cadbury is a confectionery company, and AstraZeneca produces pharmaceuticals. If the government intervened in these areas and stated that these were strategic industries, it would have gained an uncontrolled power on takeover regulations. Additionally, this uncontrolled power could influence all possible takeovers, cause fear and have detrimental effects on the economy. The UK Government was aware of these dangers, thus withstood pressures and did not directly intervene in takeover events or did not try to make laws to provide wider powers to itself.<sup>162</sup>

Secondly, granting the regulatory powers and enforcement powers of the Panel to a state regulatory body would not be wise either. Every single regime has its own experiences, precedents and unique solutions. Thus, another structure might not be compatible with the UK's needs, even it is far superior to the UK's. Abandoning the self/market controlled structure and the implementation of a direct state regulation rule would mean losing success of this *sui generis* structure. For instance, it would not be wise to open the litigation route for takeovers in the UK. It is a highly unfamiliar process for the UK and would likely mess up everything. In the US, litigation is usually, and target boards benefit from it.<sup>163</sup> It is a settled rule there, and they are experienced in it.<sup>164</sup> On the other hand, the UK is a stranger in this field, since its regulation is business oriented. In the UK, as stated in many parts in this paper, self/market controlled regulation gives speed and flexibility to the regulated space. These advantages should not be abandoned.

---

<sup>160</sup> In France, the Government has the power to block takeovers in 'strategic sectors'. The French Industry minister reportedly 'warned off' Yahoo from taking over French video streaming company Dailymotion and in response to PepsiCo's bid for Danone in 2005; see J. Guthrie, "Heseltine's view on takeovers harks back to 1990s," (2 May 2014) Financial Times. 156.

<sup>161</sup> Kershaw, *Hostile Takeovers*, 46.

<sup>162</sup> Kershaw, *Hostile Takeovers*, 46.

<sup>163</sup> Thomas Hurst, "The Regulation of Tender Offers in the United States and the United Kingdom: Self-Regulation versus Legal Regulation," *N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.* 12, (1987): 389-416, 390-391.

<sup>164</sup> Hurst, *The Regulation of Tender Offers*, 391.

#### **IV. CONCLUDING REMARKS**

Takeovers are important in many respects. First, they are an opportunity for extension for businesses. Takeover means new opportunities and markets for products. It is also an important motive for company management teams. Poorly managed companies can turn into companies which make high profits. New management teams could also focus on better investments, better allocation and use of resources. In a sense, the performance of companies will rise. Well-managed companies also provide benefits to the country's economy. To sum up, takeovers are an effective way of external corporate control and can be beneficial.

The UK's system was based upon self-regulation. When the Code was first enacted, it was very well welcomed by everyone. When compared to other regulations, which were generally state based, slow, cumbersome and costly, the UK's system was regarded as an immense success. Over the years, the system has seen several changes. The reason behind it was to establish a more functional system; the same objective still exists today. A few events which created great public and political concern showed that UK takeover regulation had fallen slightly behind in the globalised free market, but failure is an unlikely result. It is logical to discuss the substantive rules and principles of the Code. Rules are static in general, and every single rule, especially the capital and market related ones, will definitely need some sort of reform in time.

At this stage, government can take the task to reform takeover regulation. However, Kershaw's abovementioned studies examines and argues what history have shown is that the state regulation is a slow process and cannot meet today's needs as adequately as self-regulation. If another reform is needed in the future, changing it by legislation will be much more painful than it is today. A self-regulator is more responsive and flexible. Another point might be state intervention into regulation. However, a self-regulator together with state intervention would create controversies and would make everything messier. Without state intervention, everything seems certain and clear. When all of these findings are combined, it can be stated that the UK's self/market controlled regulation was a success and should remain as it is. Rare "high-profile" takeovers cannot affect this result. More convenient and solution oriented reforms for high-profile events, regardless of sector, conducted by the Panel in cooperation with the

government to some extent as a consultatory body would take the pressure away from the Takeover Panel, would satisfy objectors, and most importantly would bring regulation up to date. Otherwise, all liability would be on the Code Committee and Hearings Committee of the Panel, which follow procedures for considering amendments and carrying out rule-making functions regarding the Code.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author has not declared whether this work has received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

## BIBLIOGRAPHY

- Armour J. and Skeel D. "Who Writes the Rules for Hostile Takeovers, and Why? The Peculiar Divergence of US and UK Takeover Regulation." *Georgetown Law Journal* 95, (2007): 1727-2007.
- Bebchuk L., Cohen A. and Ferrell A. "What Matters in Corporate Governance?" *The Review of Financial Studies* 22, no.2 (2009): 783-827.
- Berglöf E., Burkart M., Boeri T. Julian Franks J. "European Takeover Regulation." *Economic Policy* 18, no. 6 (2003): 171-213.
- Cheffins B. "Mergers and the Evolution of Patterns of Corporate Ownership and Control: The British Experience." *Business History* 46, (2004): 256-284.
- Definition of Market for Corporate Control, Available at: <<https://www.econlib.org/library/Enc/MarketforCorporateControl.html>> last modified: 12 September 2023.
- Directive 2004/25/EC of The European Parliament and of The Council Of 21 April 2004 on Takeover Bids (EU Takeover Directive).
- Fernandez O. "Proposed Changes to the Takeover Code." *Practical Law Company Online* (2011): Available at: <[https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/9-504-4872?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/9-504-4872?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)> last modified: 12 September 2023.
- Fischel D. "Efficient Capital Market Theory, the Market for Corporate Control, and the Regulation of Cash Tender Offer." *Texas Law Review* 57, no. 1 (1978): 1-46.
- Girvin D., Frisby S. and Hudson A. *Charlesworth's Company Law*. London: Sweet & Maxwell, 2010.
- Gower L. "Corporate Control: The Battle for the Berkeley." *Harvard Law Review* 68, no. 7 (1955): 1176-1194.
- Hannah L. "Takeover Bids in Britain before 1950: An Exercise in Business 'Pre-History'." *Business History* 16, (1974): 65-77.
- Hurst T. "The Regulation of Tender Offers in the United States and the United Kingdom: Self-Regulation versus Legal Regulation." *N.C.J. Int'l L. & Com. Reg.* 12, (1987): 389-416.
- Johnston A. "Takeover Regulation: Historical and Theoretical Perspectives on the City Code." *Cambridge Law Journal* 66, no. 2 (2007): 422-460.

- Kenyon-Slade S. *Mergers and Takeovers in the US and UK*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Kershaw D. "Corporate Law and Self-Regulation." *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 5, (2015): 1-42.
- Kershaw D. "Hostile Takeovers and the Non-Frustration Rule: Time for a Re-Evaluation." *LSE Legal Studies Working Paper* 19, (2016): 1-50.
- Kershaw D. *Principles of Takeover Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Kynaston D. *The City of London. Volume IV: A club no more 1945-2000*. London: Pimlico Press, 2002.
- Linklaters LLP. Open for Business – Takeovers of UK companies and the involvement of the UK Government, 2014, Available at: <[www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/140616\\_Open\\_For\\_Business\\_Memo.pdf](http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/140616_Open_For_Business_Memo.pdf)> last modified: 12 September 2023.
- Manne H. "Mergers and the Market for Corporate Control." *Journal of Political Economy* 73, (1965): 110-120.
- Mukwiri J. "The Myth of Tactical Litigation in UK Takeovers." *Journal of Corporate Law Studies* 8, (2008): 373-383.
- Patrone M. "Sour Chocolate: The U.K. Takeover Panel's Improper Reaction to Kraft's Acquisition of Cadbury." *International Law & Management Review* 8, (2011): 63-86.
- Phrases.org.uk, Definition, "hard cases make bad law"; Available at: <<http://www.phrases.org.uk/meanings/hard-cases-make-bad-law.html>> last modified: 12 September 2023.
- Roberts R. "Regulatory Responses to the Rise of the Market for Corporate Control in Britain in the 1950s." *Business History* 34, (1992): 183-200.
- Rosenzweig B. "Private Versus Public Regulation: A Comparative Analysis of British and American Takeover Controls." *Duke Journal of Comparative & International Law* 18, (2007): 213-237.
- Seretakis A. "Hostile Takeovers and Defensive Mechanisms in the United Kingdom and the United States: A Case Against the United States Regime." *Ohio State Entrepreneurial Business Law Journal* 8, (2013): 248-283.

Tachmatzidi I. "Comparative Analysis of Takeover Defenses in Strong and Weak Economies: The Paradigm of the UK and Greece." *European Research Studies Journal* 22, (2019): 254-264.

Takeover Panel. "Review of Certain Aspects of the Regulation of Takeover Bids." (PCP 2010/2).

Takeover Panel. "Review of Certain Aspects of the Regulation of Takeover Bids, Proposed Amendments to the Takeover Code." (PCP 2011/1).

Takeover Panel. "Response Statement by the Code Committee of the Panel Following the Consultation on PCP 2011/1." (RS 2011/01).

Thapa R. "The Non-frustration Rule after the Brexit." *Business Law International* 22, no. 2 (2021): 203-218.

The Companies Act 1948 (11 & 12 Geo.6 c.38).

The Companies Act 2006 (c 46).

The City Code on Takeovers and Mergers (The Takeover Code).

The United Kingdom's withdrawal from the European Union, Instrument 2019/3.

The Takeovers (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019, SI 2019/217.

Worthington S. *Sealy & Worthington's Company Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Yee W. "Enforcing Public Takeover Regulation: Reconciling Public and Private Interests." *Singapore Academy of Law Journal* 31, (2019): 285-307.

# İNSAN HAKLARI AÇISINDAN GÖÇ VE MÜLTECİLİK: ANAYASA MAHKEMESİ İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI BAĞLAMINDA İNCELEME

*Migration and Refugees from the Point of View of Human Rights:  
an Examination in the Context of the Decisions of the  
Constitutional Court and the European Court of Human Rights*

**Bayram DOĞAN\***

## Öz

Mülteci ve sığınmacıların haklarına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) doğrudan düzenlemeler yer almasa da AİHS, bu hakların korunması açısından en önemli sözleşmelerden biridir. 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nde mültecileri geri göndermeme kuralına birtakım istisnalar getirilmişken, AİHS'de bu istisnaların olmaması, Sözleşme'ye daha geniş bir uygulama alanı sağlamaktadır. Sözleşme'yi uygulayan yargı organı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise mültecilerin haklarını AİHS hükümleri kapsamında ele almaktadır. Türk hukukunda da Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvurunun getirilmesi ve AİHM'nin ihlal kararları göz önüne alınarak düzenlenen Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) ile uluslararası mevzuat Türk hukukuna dahil edilmiştir. Anayasa

\* Dr. Öğr. Üyesi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, bayramdogan@ksu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-6920-2685>.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 15.09.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 10.10.2023.

**Atıf/Citation:** Doğan, Bayram. "İnsan Hakları Açısından Göç ve Mültecilik: Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında İnceleme." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 709-746.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 



Mahkemesinin de kararlarında, AİHM kararlarına paralel incelemeler yaptığı ve uluslararası kuruluşlarının raporlarını esas aldığı ve uygulamacılara yol gösterdiği görülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Göç, Göçmen, Mülteci, Geri Göndermeme İlkesi, İnsan Hakları

## **Abstract**

Although there are no direct regulations in the European Convention on Human Rights regarding the rights of refugees and asylum seekers, the Convention is one of the most important conventions in terms of protecting the rights of these people. While certain conditions are sought for the implementation of the principle of non-refoulement to refugees in the 1951 Geneva Convention Relating to the Legal Status of Refugees, the absence of these conditions in the ECtHR provides wide field of application to the Convention. The European Court of Human Rights, the judicial body, deals with the rights of refugees within the scope of the European Convention on Human Rights. International legislation was transferred to Turkish domestic law with the Law on Foreigners and International Protection, which was prepared considering the individual application to the Constitutional Court and the violation decisions of the ECtHR. The Constitutional Court verdicts includes similar analyses to the ECtHR decisions. The *justification* of The Constitutional court *decisions* illustrates the reports of international organizations and guides the practitioners.

**Keywords:** Migration, İmmigrant, Refugee, Non-refoulement Principle, Human Rights

## **GİRİŞ**

Devletler, ülkelerinde bulunan mülteciler ve yabancılar dâhil olmak üzere herkesin insan haklarını koruma ve bu haklardan doğan sorumluluklarını yerine getirmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi, idari ve yargısal süreçlere ihtiyaç duymaktadır. İdarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yoluna başvurulabilmesi evrensel hukukun bir gereği olduğu gibi birçok modern devletlerde de anayasal bir yükümlülük ve hukuk devletinin gereğidir. Türk

hukukunda da Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvuru neticesinde iç hukuk yolları tüketildikten sonra başvuru yapılabilecek yargısal merci AİHM'dir.

AİHS'de mülteci ve sığınmacılara ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmasa da insan haklarının korunmasına ilişkin maddeleri, mültecilerin haklarının korunması açısından da uygulanmaktadır. 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme,<sup>1</sup> bu Sözleşme'den yararlanacak olan kişileri belirlerken yabancılık, menşe ülke dışında bulunma, ırkı, dini, uyruğu, bir gruba mensubiyeti ya da siyasi fikirleri sebebiyle kötü muameleye maruz kalma riski gibi bazı şartlar ararken, AİHS'de düzenlenen haklardan AİHS'ye taraf olan devletlerin vatandaşları faydalanabilir.<sup>2</sup> Bu nedenle AİHS, 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne oranla, konu ve şahıs açısından daha geniş uygulama alanına sahiptir.

AİHS kapsamında uyuşmazlıkları ele alan AİHM, AİHS çerçevesinde verdiği kararlarla mülteci haklarının korunması açısından etkin bir yargı organı olmuştur. Hatta AİHM'nin verdiği kararlar, Türkiye'de YUKK'nin<sup>3</sup> hazırlanmasına dayanak olmuştur.

AYM, soyut ve somut norm denetimi yolu ve bireysel başvuru usulü ile mültecilerin insan haklarını koruyan, Türk hukukundaki en son ve en etkin yargı organı durumundadır. AYM'nin, uluslararası insan hakları düzenlemelerinin iç hukuka, hak ihlallerinin giderilmesi ve ilk derece mahkemelerine rehberlik edilmesi gibi önemli rol ve işlevleri de vardır. AYM kararlarında; yaşam hakkı, kötü muamele yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, etkili başvuru hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde mültecilerin insan haklarını korunmasına ilişkin uyuşmazlıkları ele almıştır.

---

1

<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MultecilerinHukukiDurumunaDairSozlesme.pdf>, erişim tarihi: 13.06.2023.

2 Ferhat Uslu ve Ali Özdemir, "Yaşama Hakkı Bağlamında Denizlerde Geri Gönderilmeme (Non Refoulement) İlkesi," Ombudsmanlık Akademik 3, no. 6 (2017): 51.

3 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK), Resmi Gazete, Kabul Tarihi: 4.4.2013, 11.4.2013, S.28615; ayrıntılı bilgi için bkz. Ertuğrul Yazar, "Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 4 (2022): 318-319.

## I. GÖÇ, GÖÇMEN, MÜLTECİ VE İLGİLİ DİĞER KAVRAMLAR

Göç, insan veya insan topluluklarının değişik nedenlerle buldukları yeri terk ederek geçici ya da kalıcı olarak yaşamak üzere bir şehirden başka bir şehre ya da bir ülkeden başka bir ülkeye gitmelerine denilmektedir.<sup>4</sup> Göç, bir nüfus hareketi olduğundan, coğrafi şekilde yer değiştirme aşamasında sosyal, iktisadi, kültürel ve siyasal şekilde toplum yapısına da etki etmektedir.<sup>5</sup> Bunun yanı sıra göç, ülkelerin demografik yapısını da ilgilendiren, dolayısıyla birçok sonucu içerisinde barındıran bir olgudur. Bırakılan ve yerleşilen yerler ile göç edenler ve yerleşik insanların özellikleri, her bir göçü diğerinden farklı hale getirmektedir.

Göç kavramının, insanlık tarihi kadar eski bir kavram olduğu söylenebilir. Geçmişte kişilerin iradesi haricinde gerçekleşen tabiat olayları, göçün en önemli sebebi iken Sanayi Devrimi'nden sonra ise iktisadi, siyasal ve sosyal sebepler göçte öne çıkan etkenler olmuştur.<sup>6</sup>

Göç aynı zamanda yabancılık kavramının ortaya çıkmasına neden olmuş bir kavramdır. Bu nedenle göç, vatandaşlık hukukunun temel kavramlarından birini oluştururken insan hakları hukukunun da kapsamına girmektedir.

Yabancı, bir devletin ülkesi içinde fiili olarak yer alan ve bulunduğu devletin vatandaşlığına sahip olmayan kişidir.<sup>7</sup> Bir kişinin “yabancı” statüsünde kabul edilebilmesi, bulunduğu devlet ile vatandaşlık bağının mevcut olmaması anlamına gelmektedir. Yabancı, bir ülkede yaşayan sadece yabancı devletlerin vatandaşlarını kapsayan dar anlamlı bir kavram değildir.<sup>8</sup> Yabancı kavramının kapsamına, hiçbir ülkenin vatandaşı olmayan vatansızlar, birden fazla

---

<sup>4</sup> Bülent Erdil, “Göç Ve Mülteci Hareketlerinin Türkiye'nin Göç Politikalarına Etkileri,” *Bilge Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi* 4, no. 2 (2020): 73.

<sup>5</sup> Ümrân Karabulut, “İnsan Hakları Perspektifinden Göç ve Mültecilik: 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşılaştırması,” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SHD)* 10, no. 2 (2022): 913; Abdurrahman Yılmaz, “Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri,” *Turkish Studies-International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic* 9, no. 2 (2014): 1694.

<sup>6</sup> Erdil, “Göç Ve Mülteci Hareketlerinin Türkiye'nin Göç Politikalarına Etkileri,” 73.

<sup>7</sup> Bülent Çiçekli, 6458 sayılı Kanun'la Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteciler Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 24.

<sup>8</sup> Nuray Ekşi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Abdolkhani ve Karimnia Türkiye Davası, Mülteci ve Sığınmacı Hukuku Açısından Değerlendirme (İstanbul: Beta Yayınları, 2010), 7.

vatandaşlığı olanlar, mülteciler veya sığınmacılar da dâhildir.<sup>9</sup> Vatandaşlık hukuku ile insan hakları hukukunun konularını oluşturan söz konusu kavramların göç kavramı ile de yakın ilişki içerisinde olduğu değerlendirilmektedir.

Mülteci kavramı, göçmen kavramından hukuki ve siyasî anlamda farklı kullanım ve uygulama alanına sahiptir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğine göre, mülteci, *“İrki, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyendir. Veyahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen şahıslardır.”*<sup>10</sup> Mültecilere kendi uyruğu oldukları ülkeleri tarafından koruma sağlanmadığından, uluslararası korumaya gereksinim duydukları kabul edilmektedir. Mülteciler, göçmenlerden farklı olsalar da genelde göçmenlerle aynı seyahat rotalarını kullanır ve içinden geçtikleri veya geldikleri ülkelerde benzeri insan hakları ihlalleri ile karşı karşıya kalırlar. Ayrıca mülteci statüsü de göç ile yakından ilişkilidir. Ülkesinde ayrımcılık, kötü muamele veya işkenceye uğrayan bir şahsın farklı bir ülkeden sığınma isteyebilmesi, bu ülkeye varmasıyla olanaklı hale gelmektedir.<sup>11</sup>

Belirtmek gerekir ki; Türk hukuku açısından göç, göçmen ve mülteci kavramları uluslararası hukuk literatürüne göre farklılık arz etmektedir. 5543 sayılı İskân Kanunu'nun 3. maddesinde yapılan tanıma göre göçmen: *“Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır.”* Göç ise Türk soyundan olup Türkiye'ye yerleşmek amacıyla gelen kişi veya kişilerin bu eylemlerine denilmektedir. Uluslararası hukuk literatürüne göre ise göçmen; yaşamını daha

<sup>9</sup> Ergin Ergül, “Uluslararası Hukuk ve Türk Mevzuatında Yabancı Kavramı ve Türleri,” *Türk İdare Dergisi*, no. 475 (2012): 213- 228.

<sup>10</sup> İbrahim Karataş, “Türkiye'nin Vatandaşlık Politikalarının Öteki Algısındaki Rolünü Suriyeli Mülteciler Üzerinden Düşünmek,” *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 50 (Ağustos 2020) 27.

<sup>11</sup> Karabulut, “İnsan Hakları Perspektifinden Göç ve Mültecilik: 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşılaştırması,” 913.

iyi hale getirmek için ülkesini terk eden, başka bir ülkeye göç eden kişiye denip ilgili fiile ise göç adı verilmektedir.<sup>12</sup> Zira göç ve göçmen kavramları, ülkesinde zulme uğrayacağından korkmasından kaynaklanan bir nedene bağlı olarak değil, genellikle eğitim, sağlık, çalışma veya daha güzel bir hayat yaşama gibi gerekçelerle ülkesinden ayrılan kişileri ve bu kişilerin fiillerini ifade etmek için kullanılmaktadır.

Türkiye, 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olurken, coğrafi sınırlama çekincesi getirmiştir. Bu çekince sebebiyle, 6458 sayılı YUKK 61. maddesinde<sup>13</sup> Türkiye açısından mültecinin, yalnızca Avrupa ülkelerinden gelen kişileri ifade ettiğini belirtmektedir.<sup>14</sup> Avrupa ülkeleri dışından gelen mülteciler ise YUKK'nin 62. maddesinde<sup>15</sup> şartlı mülteci adı altında düzenlenmiştir. Avrupa ülkeleri dışındaki ülkelere gelen söz konusu yabancılara sığınmacı adı da verilmektedir.<sup>16</sup> Oysa Cenevre Sözleşmesi'nde coğrafi olarak böyle bir sınırlama bulunmamakta, *"ırkı, dini, tâbiyeti, muayyen bir içtimai gruba mensubiyeti veya siyasi kanaatleri yüzünden takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu memleket dışında bulunan ve işbu memleketin himayesinden istifade edemeyen veya mezkûr korkuya binaen istifade etmek istemeyen yahut tâbiyeti yoksa da oraya dönemeyen veya mezkur korkuya*

---

<sup>12</sup> Adem Çiçeksöğüt, "Uluslararası Göç Hukuku Perspektifinde Yerinden Edilmiş Suriyeliler'in Türkiye'deki Statüsü," *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2017): 4.

<sup>13</sup> YUKK'nin 61. maddesi: "Mülteci, Avrupa'da meydana gelen olaylar neticesinde, anılan nedenlerle (ırk, din, uyruklu, toplumsal gruba aidiyet veya politik düşünce) zulüm göreceğinden haklı sebeplerle korktuğu için tabi olduğu ülkede bulunmayan ve bu ülkenin korumasından faydalanamayan veya faydalanmayı arzulamayan yabancı kişi veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, o ülkeye dönemeyen veya bu korku nedeniyle dönmeyi arzulamayan vatansız kişi" dir.

<sup>14</sup> Yazar, "Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü," 317.

<sup>15</sup> YUKK'nin 62. maddesi: "Şartlı mülteci; Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye'de kalmasına izin verilir" şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>16</sup> Eda Bozbeyoğlu, "Mülteciler ve İnsan Hakları," *Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi* 2, no. 1 (2015): 65.

*binaen dönmek istemeyen*” kimseler mülteci kavramının kapsamı içerisine alınmaktadır.

Avrupa Birliği hukukunda yer alan ve Türk mülteci hukukuna giren bir başka kavram “İkincil Koruma”dır.<sup>17</sup> YUKK’nin 63. maddesinde yer alan ikincil koruma; “Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde;

a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek,

b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak,

c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir” şeklinde tanımlanmıştır.

Yine YUKK’nin 91. maddesinde ise, “ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanabileceği” hükmüne yer verilmiştir. Bu maddeye istinaden Türkiye’de bulunan ve gelmesi olası Suriyelilere yapılacak işlemleri içerecek biçimde hazırlanan “Geçici Koruma Yönetmeliği” 2014 yılında yayımlanmıştır.<sup>18</sup> Komşu ülkelerde oluşan istikrarsızlıklar ve iç savaşlar Türkiye için bu tedbiri almayı gerekli kılmıştır. Bu çerçevede Türkiye’de, Suriye’den gelenlere genellikle “geçici koruma statüsü” verilmiştir.<sup>19</sup>

Uluslararası metinlerle ulusal mevzuat arasındaki kavram farklılaşmasının kargaşaya yol açmaması için bu çalışmada, uluslararası metinlerde kullanılan terim anlamlarının esas alındığını belirtmek gerekir.

<sup>17</sup> Salih Efe ve Orçun Ulusoy, *117 Soruda Mültecilik Hakları* (Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayını, 2013), 71.

<sup>18</sup> Bozbeyoğlu, “Mülteciler ve İnsan Hakları,” 71; Geçici Koruma Yönetmeliği, RG, 22.10.2014, 29153. Geçici Koruma: YUKK’nin 91. maddesi ise uyarınca 22 Ekim 2014 tarihinde resmî gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği ile tesis edilen koruma rejimine verilen isimdir.

<sup>19</sup> Yazar, “Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü,” 317.

## II. İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA MÜLTECİ HAKLARI

İnsan hakları kavramının kapsamı ve içeriğinin belirlenmesi her halükârda çok kolay olmayabilir. Bu haklar, tüm bireylerin yalnızca insan olmalarından ötürü sahip oldukları temel hak ve hürriyetler olarak ifade edilebilir.<sup>20</sup> İnsanlar sadece insan olmaları sebebiyle özel davranılmayı hak etmektedirler. İnsan haklarının, “pozitif hukuk tarafından tanınmış olsun olmasın, belli bir tarihsel aşamada insanların sahip olmaları gerekli sayılan bütün hak ve özgürlükleri” ifade ettiği belirtilmektedir.<sup>21</sup> İnsan hakları öğretisi, devlet merkezli baskıcı müdahaleler karşısında bireylere güvenceli ve dokunulmaz alanlar sağlamak suretiyle kamusal iktidarın sınırlandırılmasına yardımcı olmaktadır.<sup>22</sup>

İnsanın kendi varlığını geliştirebilmesi, özgür olması ile mümkündür.<sup>23</sup> Tarihsel olarak insan hakları, insanlığın uğradığı haksızlık uygulamalarına bir cevap olarak toplumsal çatışmalar ve ilerlemelerden ortaya çıktığı için insan eseridir ve bu nedenle çok kuvvetli bir “meşruiyet kaynağı” bulunmaktadır.<sup>24</sup> İnsan hakları; din, ırk, cinsiyet ya da kimliği meydana getiren nitelik ve özelliklerden ötürü ayrıma tabi tutulmadan, herkes açısından onurlu ve haysiyetli bir yaşamı teminat altına almaktadır. İnsan hakları evrensel olup, mülteciler bu evrenselliğin ayrılması mümkün olmayan bir parçasıdır.

“İnsan hakları” kavramı evrensel değerler sisteminin üstüne kurulmuşsa da bu kavramın temelinde; üretim, emek verme gibi özellikleri sebebiyle başka canlılardan ayrılan insanın “(kendi) değeri ile onur ve haysiyetini koruma” amacı bulunmaktadır. Bu amaç, bireylere korku ve olumsuz öğelerin olmadığı bir dünya

---

<sup>20</sup> A. Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Turhan Kitapevi, 2006), 170; Feyyaz Gölcüklü/Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş (Ankara: Turhan Kitapevi, 2003), 30; İlyas DOĞAN, *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı* (Ed.: Adalet Kahvecioğlu) (Ankara: Astana Yayınları, 2013), 39; Adnan Küçük, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Orion Yayınları, 2013), 156; Adnan Küçük, *Siyasî Partilere İlişkin Yasaklamalar* (Ankara: Asil Yayınevi, 2005), 303.

<sup>21</sup> Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* (İstanbul: BDS Yayınları, 1994), 13-14.

<sup>22</sup> Küçük, *Anayasa Hukuku*, 156.

<sup>23</sup> Anıl Çeçen, *İnsan Hakları* (Ankara: Astana Yayınları, 2020), 47.

<sup>24</sup> Küçük, *Anayasa Hukuku*, 156; Mehmet Merdan Hekimoğlu, “İnsan Haklarının Tarihsel Perspektif İçerisindeki Gelişimi,” *Journal of Management and Economics Research* 1, no.1 (2003), 77; Uslu ve Özdemir, “Yaşama Hakkı Bağlamında Denizlerde Geri Gönderilmeme (Non Refoulement) İlkesi,” 64.

oluşturmayı amaçlar. Bu amaç, ayırım yapmaksızın, tüm özelliklerinden bağımsız olarak bütün insanların korunmasını gerektirir. Bu korumadan mülteciler de diğer insanlarla eşit şekilde faydalanmalıdırlar. Bu bağlamda mültecilerin hukuksal teminatlarından yararlanmalarının özü, mültecilerin “hukuk süjesi” şeklinde kabul görmelerinden doğmaktadır.<sup>25</sup>

Mültecilerin insan hakları teminatlarından yararlanması ve haklarının korunması gereksinimi, uluslararası seviyede örgütlere üye olmayı, gerekirse farklı örgütlenmeler meydana getirmeyi, milletlerarası örgütlerin gayretleriyle oluşturulan ve mükellefiyetler koyan uluslararası sözleşmelere taraf olmayı hem ulusal hukuk düzeyinde hem de uluslararası hukuk gereğince iç hukukta yasal ve idari düzenlemeler yapmayı gerektirmektedir. Türkiye, Birleşmiş Milletler (BM) ve Avrupa Konseyi (AK) gibi ulusüstü örgütlere taraf olduğundan, uluslararası düzeydeki insan hakları yükümlülüklerini uygulamayı da taahhüt etmiştir.

Yine 1951 Cenevre Sözleşmesi, AİHS, “BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi”, “Mülteci ve Göçmenlere Yönelik New York Deklarasyonu” gibi düzenlemelere taraf olunması, uluslararası seviyedeki adımlar olmuştur.<sup>26</sup> Türkiye mültecilerin insan haklarının daha iyi korunabilmesi amacıyla kurulan Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) ile yakın iş birliği ve diyalog içinde olmuş ve BMMYK’nin Ankara’daki merkez bürosunun yanı sıra İstanbul, Şanlıurfa, Gaziantep, İzmir, Hatay ve Van’daki yardımcı büroları kurmuştur.<sup>27</sup>

Mültecilerin sahip oldukları insan haklarına bakıldığında, ilk olarak, her mültecinin güvenli sığınma hakkına sahip olduğu ifade edilmelidir. Mültecilerin uluslararası korunması, fiziki güvenlikten daha fazlasını içermektedir. Mültecilere, ülkede yasal şekilde yerleşik olan diğer yabancılara verilen haklar ve yardımlar ile her insanın sahip olması gereken temel gereksinimler verilmeli dolayısıyla temel insan haklarından yararlanması sağlanmalıdır. Bu gereklilik, 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin 4, 13 ve 24. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu şekilde, mülteciler ifade ve seyahat özgürlüğü, gayriinsani muameleye tabii tutulmama

---

<sup>25</sup> Rona Aybay ve Esra Dardağan Kibar, *Yabancılar Hukuku* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010), 47.

<sup>26</sup> Yazar, “Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü,” 318.

<sup>27</sup> BMMYK, “Türkiye’de UNHCR”, 3 Ocak 2021, <https://www.unhcr.org/tr/turkiyede-unhcr>, Erişim Tarihi 3.8.2023.



gibi temel insan haklarından faydalanırlar. Benzer şekilde, sosyal ve iktisadi haklar, başka insanlara olduğu gibi mültecilere de tanınmalıdır. Mülteciler de sağlık hizmetlerinden faydalanabilmeli, yetişkin mültecilerin çalışma hakkı bulunmalı ve mülteci çocukların okula gitmelerine olanak sağlanmalıdır.<sup>28</sup> Zira 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde eğitim hakkı ve diğer bazı haklar açısından mültecilerle vatandaşların aynı muameleye tabi tutulması dolayısıyla aynı haklardan yararlandırılması öngörülmüştür.<sup>29</sup> Sözleşmeye göre mültecilerin, ayırımı uğramaksızın, vatandaşı oldukları ülkeye tatbik edilen önlemlerden muaf şekilde (m. 8) şu hakları bulunmaktadır: Din hürriyeti (m. 4), medeni haklardan faydalanma hürriyeti (m. 12), mülkiyet hakkı (m. 13 ve 14), dernek hakları (m. 15), yargı organlarında davanın tarafı olma hakkı (m. 16), çalışma hakkı (m.17), iş yeri açma ve şirket kurma hakkı (m. 18), uzmanlık mesleğini yürütme hakkı (m. 19), konut sahibi olma hakkı (m. 21), eğitim hakkı (m. 22), sosyal yardım hakkı (m. 23).

Büyük ölçekli mülteci akınları gibi belirli hallerde, devletler, seyahat ve çalışma hürriyeti ile mülteci çocukların okulda eğitimi gibi birtakım haklarda sınırlama yapabilmektedirler. Bu yüzden, mülteci kabul eden devlet ya da başka kuruluşlardan farklı kaynak bulunmadığı hallerde BMMYK, kendi temel gereksinimlerini temin edemeyen mültecilere yardım etmektedir. Bu yardım; ekonomik destek, gıda, temizlik gibi gereksinimlerin sağlanması şeklinde olabilir. Ayrıca, bir kampta bulunan mülteciler için hastane yapılması, okul inşa edilmesi veya toplu konut şeklinde de gerçekleştirilir.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Efe ve Ulusoy, 117 Soruda Mültecilik Hakları, 41.

<sup>29</sup> Yazar, "Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü," 323.

<sup>30</sup> Efe ve Ulusoy, 117 Soruda Mültecilik Hakları, 41.

### III. MÜLTECİ HAKLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 1. maddesinde mülteciliğin geniş bir tanımı yapılarak mültecilerin hakları gösterilmekte, mültecilik statüsünün kaybı ve Sözleşme'nin korunmasından faydalanılamayacak haller açıkça sayılmaktadır. Sözleşme'nin "Hukuki Statü" başlığını taşıyan İkinci Bölümde mültecilerin bu Sözleşme'ye taraf devletlerde oldukları esnadaki hakları yer almaktadır.<sup>31</sup> Sözleşme'de mülteci statüsünden faydalanmak için menşe ülkesinin korumasından faydalanamıyor olma koşulu aranmıştır. Sözleşme'nin 33/2. maddesinde; bir kişinin dini, uyruğu, belirli bir gruba üyeliği veya siyasi görüşleri nedeniyle zulüm göreceğinden haklı sebeplerle korkması halinde, bu kişinin bulunduğu devletten geri gönderilemeyeceği (non-refoulement) ilkesi düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, kişinin geri gönderileceği yerde insanlık dışı muameleye uğrayabileceği hususunda ciddi ve somut belirtilerin bulunması korumanın verilmesi için yeterli görülmektedir.<sup>32</sup>

AİHS'de mülteci ve sığınmacılara ilişkin düzenleme yapılmamış olsa bile, bu Sözleşme'deki insan haklarının korunmasına dair maddeler, mülteci ve sığınmacı haklarının korunması açısından da uygulanmaktadır. 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde bir kişiye mülteci statüsü tanınabilmesi için ilk olarak yabancılık unsuru aranmaktadır. Dolayısıyla kişinin mülteci olabilmesi için kendi ülkesinin sınırları haricinde bulunması gerekmektedir. Fakat, AİHS'de bu şekilde bir koşula yer verilmemiş olup bu şekilde bir sınırlama da yer almamaktadır.

İkincisi, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde kişinin zulüm göreceğinden korkma nedenleri; dini, uyruğu, belirli bir toplumsal gruba/kesime üyeliği, ırkı veya siyasi görüşleri şeklinde sınırlandırılmıştır. Başka bir deyişle, bu nedenlerden farklı bir nedenle zulüm göreceğinden korkan kişiye bu Sözleşme kapsamında koruma

<sup>31</sup> Karabulut, "İnsan Hakları Perspektifinden Göç ve Mültecilik: 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşılaştırması," 915.

<sup>32</sup> Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi," *TBB* no. 108 (2013): 255.

sağlanmamaktadır. Ancak, AİHS, insanlık dışı muameleye uğrayacak (m. 3) kişiye, korkunun nedeni önemli olmaksızın koruma sağlamaktadır.<sup>33</sup>

Bununla birlikte, 1951 Cenevre Sözleşmesi mülteci statüsüne alınmak amacıyla *gerçek risk* kavramının gerçekleşmesini ararken, AİHS, asgari seviyede bir tehlikenin varlığı durumunda dahi yakın pozisyondaki kişilerin içinde olduğu olası tehlike ve sonuçlara bakmak suretiyle koruma temin etmektedir.<sup>34</sup> Başka bir deyişle, kişinin geri gönderileceği ülkede insanlık dışı muameleye uğrayabileceği hususunda ciddi bir belirtinin olması, korumanın verilmesi için yeterli görülmektedir.<sup>35</sup> Bu bağlamda AİHS'nin uygulama alanı, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nden daha geniş hale gelmiştir.

Öte yandan, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nden farklı olarak, AİHS'de düzenlenen hakların ihlali halinde AİHM'ye başvuru yapılabilir. Yargı yetkisini tanıyan devletler açısından AİHM, bilhassa AİHS hükümleri çerçevesinde oluşturduğu içtihatlarla mülteci haklarının korunması bakımından etkili bir yargı mercii olmuştur. Nitekim, geri gönderme ve sınır dışı etme işlemlerine karşı AİHM'ye başvuru yapıldığında, AİHM'nin aynı gün bu işlemlerin uygulanmaması için tedbir kararı verebildiği görülmektedir. Bununla birlikte, AİHM, başvuruları incelerken mahkemenin yargı yetkisini tanıyan devletlerin, taraf olduğu başka sözleşme ve uluslararası kuruluşların kararlarını da ele aldığından, AİHS'nin, 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne oranla daha kapsamlı bir koruma alanı bulunmaktadır. Zira 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne taraf devlet sayısı yüz kırk dokuz iken AİHS'ye taraf devlet sayısı sadece kırk yedi ülkedir. Bu nedenle 1951 Cenevre Sözleşmesi AİHS'ye göre daha geniş bir coğrafi alanda geçerli ve etkilidir.

AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararları, YUKK hazırlanırken göz önüne alınmıştır. Örneğin YUKK'den önceki dönemde idare tarafından mültecilere yapılan müdahaleler ve işlemler kanuni dayanaktan yoksun olduğu

---

<sup>33</sup> Neslihan Özkerim Güner, "AİHM'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü," *Göç Araştırmaları Dergisi* 2, no.2 (2016): 215.

<sup>34</sup> Aslı Bayata Canyaş, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no.1 (2015): 80; Karabulut, 2022, 918.

<sup>35</sup> Bayraktaroğlu Özçelik, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi," 255.

için AİHM, *Abdolkani* ve *Karimnia*<sup>36</sup> başvurusunda ihlal kararı vermiştir.<sup>37</sup> Bu ihlal kararları kapsamında Kanun'a idari gözetim kararları, bu kararların süreleri, bu kararlar aleyhine başvuru yolları, geri gönderme merkezleri ile ikincil korumaya ilişkin hükümler konulmuştur.

#### IV. MÜLTECİ HAKLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSAL MEVZUAT

1982 Anayasası'nın 10. maddesi; *"herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir"* hükmünü ve 16. madde ise *"temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir"* düzenlemesini içermektedir. Bu hükümlerin uygulanabilmesi, mültecilerin aleyhine sonuç doğurabilecek ve ayrımcılık niteliği taşıyan yasal düzenlemelerin hukuki denetiminin sağlanması önem arz etmektedir. Bu yüzden, mültecilerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması, uluslararası hukuk kuralları yanında kanunlara uygun olmalı ve normlar hiyerarşisinde kanundan alt düzeyde olan normlarla düzenlemeler yapılmamalıdır.

YUKK'de uluslararası düzenlemelere uygun biçimde geri gönderme yasağı yer almıştır. Bu Kanun'un 4. maddesi şu şekildedir: *"Bu kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez."* Bu Kanun maddesi, 1951 Cenevre Sözleşmesi ile beraber ele alındığında, geri gönderme yasağının "geri göndermeme" ve "iade etmeme" neticesini meydana getiren tüm eylemli ve eylemsiz işlemleri içerdiği görülmektedir. Bu çerçevede, suçlu iadesi, sınır dışı işlemleri, eylemli işlemler; sınırda ülkeye kabul etmeme, temel hayati gereksinimlerin temin edilmemesi, çalışma ve seyahat özgürlüğünün sınırlanması eylemsiz işlemlerdir.

<sup>36</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), B. 30471/08 (22.11.2009).

<sup>37</sup> Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (Ankara: Beta Yayınları, 2014), 26; Döndü Kuşçu, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları," *DÜHFD* 22, no.37 (2017): 252.

Düzensiz göçle mücadelenin hukuki alt yapısını oluşturmak, Türkiye'den koruma isteyen mülteciler ve başka yabancılara sağlanabilecek korumanın çerçevesine dair usul ve ilkelerin tespiti için YUKK yürürlüğe konulmuştur. Bu Kanun'la beraber, Göç İdaresi Başkanlığı kurularak, mülteci ve başka yabancıların haklarının korunmasında "muhatap bir kurum" oluşturulmuştur.<sup>38</sup>

İç hukukumuzda Göç İdaresi Başkanlığı dışında, mültecilerin insan hakları ihlallerini çözüme kavuşturabilecek hak aramaya ilişkin iki idari mekanizma daha bulunmaktadır. Bunlar; ulusal insan hakları eylem planları çerçevesinde oluşturulan, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) ile Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK)'dur. 6701 sayılı Kanun'la<sup>39</sup> bir hak arama sistemi şeklinde oluşturulan TİHEK; *"insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda Ulusal Önleme Mekanizması (UÖM) görevini yerine getirmekle görevli ve yetkili"*dir. Kişilerin hürriyetlerinden mahrum bırakıldığı veya korumaya alındığı mekânlara, düzenli dönemlerle ya da haber vermeden uğrama ve bu mekanlardaki davranış ve şartların iyi hale getirilmesini sağlamaya içeren UÖM görevi kapsamında TİHEK; geri gönderme merkezleri, barınma yerleri, suç mağdurlarının sığınma evi gibi mültecilerin bulunduğu yerleri ziyaret etmekte; ziyaret izleme raporları hazırlayarak kamuoyuyla paylaşmaktadır. Ayrıca, idarenin işleyişine ilişkin şikâyet üzerine KDK<sup>40</sup> da bu merkezlere uğramakta ya da uğrama yapılmasına gerek bulunmaksızın bu merkezlerden yapılan şikâyetleri ele alarak idareye tavsiyeler yapabilmektedir.

Öte yandan, Anayasa'nın 5. maddesinde yer alan kişilerin temel hak ve hürriyetlerini koruma ödevi kapsamında, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne dayanan devletin, ihlal boyutuna varan bütün işlem ve fiilleri aleyhine yargı yolu Anayasa m.125 ile açık tutulmuştur. Bu bağlamda yargı yolu tüketildikten sonra mülteciler de AİHM'ye başvurmadan önce, Türkiye'deki

---

<sup>38</sup> Yazar, "Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü," 319.

<sup>39</sup> 6701 sayılı TİHEK Kanunu, RG, Tarih: 20.4.2016, S.29690.

<sup>40</sup> 6328 sayılı KDK Kanunu, RG Tarih: 29.6.2012, S.28338.

tüketilmesi gereken son iç hukuk yolu olan AYM'ye bireysel başvuruda bulunabilirler.<sup>41</sup>

## V. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA MÜLTECİ HAKLARI

AİHS'de mültecilere yönelik veya sığınma usulüne erişim hakkına dair doğrudan bir düzenleme olmasa da Sözleşme ile teminata alınan hak ve hürriyetlerin korunması kapsamında mülteciler, AİHM'ye başvuru yapabilmektedirler. AİHS m. 53, insan haklarına ilişkin geniş bir teminat getirmekte olup daha fazla koruma getiren düzenlemelerin üstün olduğunu ya da bunların uygulanmasının engellenemeyeceğini ifade etmektedir.<sup>42</sup> Örneğin AİHM bir kararında<sup>43</sup>, kendi incelemesini gerçekleştirirken Cenevre Sözleşmesi'nden faydalanma yoluna gitmiş, başka bir kararında<sup>44</sup> ise AİHS'nin "parçasını oluşturduğu uluslararası hukukun diğer kurallarıyla uyumlu bir şekilde" yorumlanacağını belirtmiştir.

Mülteci haklarının korunmasında AİHM kararları, AİHS 3., 5., 8., ve 13. maddeleri ile AİHS'de yapılan 4 no.lu Protokolde getirilen güvencelerde yoğunlaşmaktadır. AİHS m. 3'e göre; "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz". Mülteciler dâhil sözleşmecilerde yaşayanlar, AİHS'nin ihlali iddiasıyla AİHM'ye başvurabilmektedirler. İşkence veya kötü muamele ihlalleri, genelde, geri göndermeme ilkesine aykırı davranılması halinde ortaya çıkmaktadır.<sup>45</sup>

AİHM, mülteci veya sığınmacının geri gönderilmesi durumunda, kendi ülkesinde veya geldiği ülkede insanlık dışı bir işlemle karşılaşmasının mutlak veya muhtemel olması halinde, AİHS'nin 3. maddesine istinaden, devletler muhtemel tehlikeden korumak için mülteciyi veya sığınmacıyı geri göndermemeye karar vermektedir. 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin aksine, AİHS m. 3'ün uygulanmasının istenebilmesi için şahsın mülteci sıfatını almasına gerek

<sup>41</sup> Yazar, "Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü," 320.

<sup>42</sup> Yazar, "Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü," 324.

<sup>43</sup> AİHM, B. 27765/09 (23. 02. 2012).

<sup>44</sup> AİHM, B. 25965/04 (07.1.2010).

<sup>45</sup> Özkerim Güner, "AİHM'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü," 217.

bulunmadığından AİHM'nin AİHS kapsamında geri göndermeme ilkesinin tatbik edilmesi, 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne oranla daha kolay olacaktır.

AİHM geri göndermeme ilkesini uyguladığı *Soering v. Birleşik Krallık*<sup>46</sup> davasında, Alman vatandaşı başvuru, Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) cinayet suçu işlemesi sonrasında ölüm cezasına mahkûm edilmiştir. Mahkûm olmadan önce İngiltere'ye kaçan başvuruçunun iadesi, ABD tarafından "Suçluların İadesi Sözleşmesi" kapsamında talep edilmiştir. AİHM, başvuruçunun geri gönderilmesinin, gayriinsani muameleyi yasaklayan AİHS m. 3'ü ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>47</sup> Başvuru, mülteci statüsünde olmamasına hakeza siyasi bir suç işlememiş olmasına karşın, AİHM'nin bu kararı, geri göndermeme ilkesinin uygulandığı alanı göstermesi açısından önem arz etmektedir.

AİHM'nin bir kararında<sup>48</sup> ise başvuru, Şilili olup, geçmişte uğradığı gayriinsani muameleyi ileri sürerek İsveç'ten sığınma istemiştir. Fakat AİHM geçmişe oranla Şili'nin daha demokratik bir ülke olduğunu, bu ülkeye dönen mültecilerin bulunduğunu ve son dönemlerde Şili'de gayriinsani muamelelerin bulunmadığını belirterek başvuruyu reddetmiştir. Yine bir başka kararında,<sup>49</sup> başvuruçuların geri gönderilmesi durumunda gayriinsani muameleye uğrayacağına ilişkin gerçek veya somut bir tehlike bulunmadığı için AİHM, başvuruyu reddetmiştir. Fakat AİHM başvuruçunun gönderilmesi halinde kötü muameleye uğraması durumunda Sözleşme'ye taraf olan devletin sorumlu olacağını ifade etmiştir. Bununla birlikte, AİHM, kötü muameleye maruz kalma riskinin ileri sürüldüğü hallerde, taraf devletin, toplum güvenliği ile geri gönderilen kişinin temel özgürlükleri arasında bir denge kurması gerekliliğini belirtmiştir.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> AİHM, B. 14038/88 (07. 07. 1989).

<sup>47</sup> Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, *Sığınma, Sınırlar ve Göç İle İlgili Avrupa Hukuku El Kitabı* (Lüksemburg: Avrupa Birliği Resmi Yayınlar Ofisi, 2014), 63-64.

<sup>48</sup> AİHM, B. 15576/89, (20.03.1991).

<sup>49</sup> AİHM, B. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, (30.10.1991).

<sup>50</sup> Özkerim Güner, "AİHM'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü," 221; AİHM, B. 46827/99 (04.2.2015).

Öte yandan, geri gönderme ilkesinin yorumlandığı başka bir başvuruda, Hindistanlı başvuru İngiltere’de sığınma talebini yapmış; ancak başvurusu terörist eylemleri desteklediği, İngiltere’nin ulusal güvenliğine ve ev sahibi ülke topluluğuna karşı tehdit meydana getirdiği gerekçesi ile reddedilerek başvuru sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Fakat AİHM, başvuru siyasi kişiliği dikkate alındığında, Hindistan’a gönderilmesi halinde ölüm veya işkence riski bulunduğu, İngiltere’nin güvenlik nedeniyle başvurucuyu sınır dışı kararı almasına karşın, şahsın sınır dışı edilmesinin AİHS m. 3’ün ihlali anlamına geleceğine karar vermiştir.

*Jabari v. Türkiye*<sup>51</sup> kararında, İranlı olan başvuru, evli bir erkekle ilişkisi olduğu gerekçesiyle İran’da gözaltına alınmış, Kadın başvuru, İran’dan ayrılabilmiş, Fransa üstünden Kanada’ya varması için İstanbul’dan transit geçerek Fransa’ya ulaşmıştır. Fakat, Fransa’da havalimanındaki kontrolde sahte pasaport kullanması gerekçesiyle İstanbul’a geri gönderilmiştir. Başvuru, Türkiye’den de sınır dışı edilmesi halinde İran’da taşlanmak suretiyle öldürülme tehlikesi bulunması nedeniyle sığınma talep etmiştir. Türkiye; başvuru İstanbul veya Paris’te sığınma talebini iletmemesi, 1994 tarihli Yönetmelik’te yer alan 5 günlük süreyi kaçırmaması sebebiyle başvuruyu reddetmiş ve başvuruyu sınır dışı etme kararı almıştır. BMMYK’ye başvuru Jabari’ye mülteci statüsü tanınmıştır. Sınır dışı edilme tehlikesi bulunması nedeniyle de başvuru, AİHM’den tedbir kararı verilmesini istemiştir. AİHM, başvuru öldürülme tehlikesi nedeniyle sınır dışı edilmesinin AİHS 3. maddesinin ihlali olacağını belirtmiştir. Bu karar sonrası, 1994 tarihli Yönetmelik’te yer alan, sığınma isteminde bulunmak amacıyla tanınan 5 günlük süre 10 güne çıkarılmış fakat bu süre hak düşürücü süre olmaya devam etmiştir.<sup>52</sup>

AİHM, *Saadi v. İtalya*<sup>53</sup> kararında, Tunuslu olan başvuru uluslararası terörist faaliyetlerinden ötürü İtalya tarafından Tunus’a geri gönderilmek istenmiştir. Başvuru, siyasi sığınma başvurusu yapmış, ancak ulusal güvenlik nedeniyle bu başvuru reddedilmiştir. AİHM, geri gönderilmesi halinde, başvuru

<sup>51</sup> AİHM, B. 40035/98, (11.07.2000).

<sup>52</sup> Levent Korkut, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınır Dışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği,” *Ankara Barosu Dergisi* 66, no.4 (2008): 28; Geri göndermeye ilişkin diğer kararlar için AİHM B. 2947/06 (24.04.2008).

<sup>53</sup> AİHM, B. 37201/06 (28.02.2008).



gayriinsani muameleyle karşılaşma tehlikesi bulunduğundan Tunus'a geri gönderilmesinin AİHS 3. maddesinin ihlal edeceğine karar vermiştir. Ayrıca AİHM, bu gibi hallerde başvurucunun güvenli bir üçüncü ülkeye gönderilmesi gerektiğini belirtmektedir. AİHM'nin vermiş olduğu başka bir karara göre<sup>54</sup>, başvurucunun gönderildiği ülke tarafından bir başka ülkeye gönderilmesi halinde gönderen ülkenin bundan herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır.<sup>55</sup>

Mültecilerin idari gözetim kararı olmaksızın tutulması, tutulma süresinin uzun olması ve tutma işlemi esnasındaki şartların elverişli olmaması halleri, ayrıca AİHS m. 5'e aykırı olacaktır.<sup>56</sup> Bununla birlikte, 1951 Cenevre Sözleşmesi m. 31'de mültecilerin, yasa dışı şekilde ülkeye girmeleri ya da ülkede olmaları nedeniyle cezalandırılmayacağı düzenlemiştir. Bu hükümlere göre illegal şekilde ülkeye giren mültecilerin hukuka aykırı şekilde özgürlüklerinin sınırlanması, bu iki Sözleşme'nin de ihlali olacaktır.

AİHM, *Amuur v. Fransa*<sup>57</sup> kararında, Somali'deki rejimin aile üyelerini öldürdüğü Somali vatandaşı olan başvurucular, bu ülkede hayatları tehlike altında olduğu gerekçesiyle Suriye'den Fransa'ya ulaşmışlardır. Sığınma başvurusu yapmayı talep etmelerine karşın, Fransa'da havalimanında pasaportlarının sahte olmaları nedeniyle gözaltında tutulmuşlardır. Başvurucular, havalimanında tutulmaları, tutulma sürelerinin uzunluğu ve şartlarının, AİHS m. 5 ile Avrupa Komisyonu'nun mülteci haklarını korumaya ilişkin tavsiyelerine uymadığını ileri sürmüşlerdir. AİHM, havalimanında başvurucuların tutuldukları sürenin uzunluğunu, bu süre içinde başvuruculara sosyal, hukuki ve insani bir yardımda bulunulmadığını dikkate alarak Fransız makamlarının AİHS m. 5'i ihlal ettiğini belirtmiştir.

AİHS m. 5/1- (f)'de yabancıların hukuka aykırı şekilde ülkeye girmelerine izin verilmemesi sebebiyle kanuna uygun şekilde yakalanması ya da tutulması, özgürlük ve güvenlik hakkının istisnalarından biridir. Ancak, şahsın yakalanması

---

<sup>54</sup> AİHM, B. 43844/98 (07.03.2000).

<sup>55</sup> Özkerim Güner, "AİHM'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü," 225.

<sup>56</sup> Kuşcu, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları," 249.

<sup>57</sup> AİHM, B. 19776/92 (25.06. 1996).

ve tutulması, bilhassa AİHS m. 3 ve m. 5'e uygun olmalı ve gözetim altında bulunan kişilere bazı asgari teminatlar sağlanmalıdır.<sup>58</sup>

AİHM başka bir kararında<sup>59</sup>, sığınma istemini yapan başvuruçuların beş ay ile iki yıl arasında farklı sürelerde Moskova havaalanının transit bölgesinde tutulmalarının AİHS m. 3 ve m. 5'i ihlal ettiğini belirtmiştir. AİHM, başvuruçuların transit bölgede bırakılmalarına ilişkin bir idari kararın bulunmadığını, uzun zaman konaklamaya elverişli olmayan kalabalık transit bölgede, yiyecek, banyo, sağlık hizmeti ya da sosyal yardıma ulaşma olanağı bulunmadan uzun süre tutulmalarını onur kırıcı işlem şeklinde değerlendirmiştir.<sup>60</sup>

Yine AİHM<sup>61</sup>, Afgan uyruklu sığınmacının Atina Havalimanının yakınındaki bir yapıda küçük bir alanda yirmi kişi birlikte gözetim altında tutulmasını, açık havaya çıkmasının yasak olmasını, tuvalete resmi görevlinin izin verdiği takdirde çıkmasını, temiz olmayan yataklarda yatmak zorunda kalmasını ve yemeklerin az olmasını küçük düşürücü muamele şeklinde değerlendirerek, AİHS m. 3 ve m. 5'in ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>62</sup>

Bu kararlarda görüldüğü üzere, hudut kapılarında gözetim altına alma; gerekli, ölçülü olmalı ve meşru bir amacı bulunmalı<sup>63</sup> hakeza gayriinsani de olmamalıdır. AİHM, yabancıların tutulmalarının ölçülü olup olmadığını değerlendirirken yabancıların özgürlüğünden yoksun bırakılması ile neticelenen tedbirin son çare olarak uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu yerlerde gözetim altında tutulma kararı, iç hukukta yetkili bir kişi ya da kurumca verilmeli ve gözetime dair karar verme yetkisi düzenlenmiş olmalıdır.<sup>64</sup> Ayrıca, tutulmalarına ilişkin sebepler kişilere kısa müddet içinde ve anladığı bir dilde

<sup>58</sup> AİHM, B. 16483/12(15.12.2016).

<sup>59</sup> AİHM, B. 61411/15 (21.11.2019).

<sup>60</sup> Meltem İneli Ciğer, "AİHM Kararları Işığında YUKK'nda Aralık 2019'da Yapılan Bazı Değişikliklerin Değerlendirilmesi," *MÜHFHAD* 26, no.2 (2020): 708.

<sup>61</sup> AİHM, B. 30696/09 (21.01.2011).

<sup>62</sup> İneli Ciğer, "AİHM Kararları Işığında YUKK'nda Aralık 2019'da Yapılan Bazı Değişikliklerin Değerlendirilmesi," 712.

<sup>63</sup> AİHM, B. 13229/03(29.01.2008); İlke Göçmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 375.

<sup>64</sup> AİHM, B. 45355/99 ve 45357/99 (27.11.2003).

aktarılmalı ve bu alıkoyma, makul bir süreyle kısıtlı olmalıdır. Aksi durum, keyfi bir idari gözetim olacak ve AİHS m. 3 ve 5 ihlallerine yol açacaktır.<sup>65</sup>

*Abdolkhani ve Karimmia v. Türkiye*<sup>66</sup> kararına konu başvuruda başvurucular, yaşamsal tehlike nedeniyle İran'dan Irak'a gitmişler ve Irak'ta BMYYK, başvuruculara mülteci statüsü tanımıştır. Sonrasında Türkiye'ye yasa dışı şekilde giren başvurucular, sınır dışı edilmek suretiyle Irak'a yollanmışlardır. Türkiye'ye yeniden giren başvuruculara, Muş adli mercilerince yasa dışı yollarla Türkiye'ye giriş yapmaları nedeniyle verilen hapis cezası ertelenmiştir. Aleyhlerindeki hapis cezası ertelenmiş olmasına karşın başvurucular, polis karakolunda gözetim altına alınarak sınır dışı edilmek istenmeleri nedeniyle AİHM'ye başvuru yapmışlardır. AİHM, başvurucuların hapis cezasının ertelenmiş olmasına rağmen, polis karakoluna götürülmeleri nedeniyle, AİHS m. 5'in ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>67</sup>

*Ghorbanov ve Diğerleri v. Türkiye*<sup>68</sup> kararında ise Özbek mülteciler, Türkiye tarafından sınır dışı etme kararı bulunmaksızın, İran'a sınır dışı edilmişlerdir. Yine Türkiye'ye giriş yapan bu mülteciler, yeniden sınır dışı edilmeleri sebebiyle AİHM'ye başvurmuş ve AİHM bu sınır dışı işlemlerinin usuli güvenceler olmaksızın yapılmasının AİHS m. 3 ve m. 5'in ihlali olduğuna karar vermiştir.

*Aliev v. Türkiye*<sup>69</sup> kararında başvurucu, Yunanistan'a geçmeye çalışırken yakalanmış fakat başvurucunun sığınma talebi dikkate alınmamış, başvurucu serbest bırakıldıktan sonra hırsızlık suçu işlemesine rağmen yine serbest bırakılmış, sonrasında polisler şahsı yeniden karakola getirmiş ve sonradan karakola gelen avukatının da *Aliev'in* serbest kalması girişimine karşın serbest bırakılmamıştır. AİHM, başvurucunun karakolda tutulduğu sürenin kötü muamele oluşturduğunu, başvurucunun hürriyetinin sınırlanması, kötü muameleye uğraması ve etkili bir hukuk yoluna başvuramamış olması nedeniyle

---

<sup>65</sup> AİHM B. 37201/06 (28.02. 2008).

<sup>66</sup> AİHM, B. 30471/08 (22.09.2009); Benzer karar için bkz. AİHM, B. 28127/09(03.12. 2013).

<sup>67</sup> Özkerim Güner, "AİHM'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü," 220.

<sup>68</sup> AİHM, B. 28127/09 (03.12.2013).

<sup>69</sup> AİHM, B.30518/11 (21.10.2014).

AİHS'nin 3, 5 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararlar, Türk hukukunda idari gözetim usulleri ve sürelerinin konulmasına yol açmıştır.<sup>70</sup>

Yine AİHM<sup>71</sup>, refakatsiz veya aileleriyle seyahat eden çocukları, hamile ve emzirme dönemindeki kadınları, yaşlıları, engellileri, gayriinsani muamele, cinsel istismar ve insan ticareti mağdurları, cinsel yönelimi sebebiyle risk altındaki kişileri *hassas durumda kişi* veya *özel ihtiyaç sahibi kişi* olarak tanımlamakta ve yabancıların kişi onuruna uygun bir biçimde gözetim altında tutulmaları amacıyla gereken tedbirleri alması gerektiğini belirtmektedir. AİHM bir başka kararında<sup>72</sup> beş yaşında olan ve yanında ebeveyni bulunmayan çocuğun transit alanda 18 yaşından büyük kişiler için tahsis edilen yerde iki ay süresince tutulmasını AİHS'nin 3. maddesinin ihlali olarak görmüştür.<sup>73</sup> AİHM, bu gibi durumlarda idari gözetimin meşru amaca hizmet etmesi gerektiğini ve alternatif tedbirlerin<sup>74</sup> araştırılmamasını AİHS m. 5'e aykırı bulmaktadır.<sup>75</sup>

Gönüllü geri dönüş<sup>76</sup> yardımı AİHM'nin *N.A./Finlandiya*<sup>77</sup> kararında ele alınmıştır. Irak vatandaşı başvurusunun babasının Finlandiya'da yaptığı sığınma başvurusunun reddine karar verilmiş ve bu ret kararına yaptığı başvurular da reddedilerek sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Bunun üstüne başvurusunun babası gönüllü geri dönüş yardımına başvurmuş ve yapılan mali yardımdan sonra Irak'a dönmüştür. Hatta başvurusunun babası, mali yardım karşılığında, geri dönüşe gönüllü olarak rıza gösterdiğini ifade etmiş, Irak'a dönmesiyle alakalı Finlandiya'nın hiçbir biçimde sorumlu olmayacağına ilişkin bir belgeye imza atmıştır. Ancak, başvurusunun babasının Irak'a dönüşünden sonra kimliği belirsiz

<sup>70</sup> Nuray Ekşi, "İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılara İlişkin AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na Etkisi," *TAAD* 5, no.19 (2014): 74-80.

<sup>71</sup> AİHM, B. 39061/11(04.04.2017).

<sup>72</sup> AİHM, B. 13178/03(12.10.2006).

<sup>73</sup> Işıl Özkan, *Göç ve Sığınma Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 189.

<sup>74</sup> İneli Çiğner, "AİHM Kararları Işığında YUKK'nda Aralık 2019'da Yapılan Bazı Değişikliklerin Değerlendirilmesi," 721.

<sup>75</sup> Aynı yönde bkz AİHM, B. 4633/15 (17.10.2019).

<sup>76</sup> Gönüllü dönüş kavramının burada hatalı ifade edildiğinden söz edilebilir. Zira dönüş zaten geriye yapılan bir eylem veya işlemdir ve o nedenle genel bir kullanım olsa da "geri dönüş" deyimini hatalı bir kullanımdır.

<sup>77</sup> AİHM, B. 25244/18 (14.11. 2019).

kişiler tarafından öldürülmesi sebebiyle Irak'a geri gönderilmesinde Finlandiya'nın bu şahsın Irak'ta karşı karşıya gelebileceği tehlikeleri yeterince incelememesi sebebiyle AİHM, AİHS m. 2'nin ve 3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>78</sup>

Göç esnasında mültecilerin ailelerinin dağılması ya da yabancı bir kişiyle evlenmeyi talep etmeleri hallerinde, aile kurma ve dolayısıyla AİHS m. 8'deki haklarının ihlali söz konusu olabilmektedir.<sup>79</sup> Aile birliğinin korunması için de uluslararası hukuk belgelerinde düzenlemeler bulunmaktadır. AİHS m. 8 kapsamında devletler, ailenin beraber olabilmesi ya da parçalanmaması amacıyla pozitif bir yükümlülüğe sahiptirler. Sınır dışı işleminin yapılması halinde şahsın, kişisel ve ailesel hayatına müdahalede bulunuluyorsa bu durum, AİHS m. 8 kapsamında geri gönderilmeme ilkesi ile uyumsuzdur.<sup>80</sup>

*Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık*<sup>81</sup> davasında vatansız olan başvuru Abdulaziz, yalnızca Malavi'nin verdiği seyahat belgesine sahiptir. Başvurucunun eşi Portekiz'dir fakat İngiltere'de çalışmaktadır. Başvurucuya İngiltere'de oturma izni verilmemiş ve ülkeden ayrılması talep edilmiştir. Başvurucunun aile birliğinin korunmasına ilişkin itirazları göz ardı edilmiş, Portekiz'de yaşayabilecekleri ifade edilmiştir. Başvuru ise Portekizce bilmediğini ve Portekiz'de hayat kuramayacağını ileri sürmüştür. Bu olayda, diğer başvuru sahipleri açısından ise sığınma istemi veya vatansız statüde olma durumu bulunmamaktadır. Başvuru sahipleri, eşlerinin vatandaşı oldukları ülkelerde aile düzeni oluşturamayacaklarını kanıtlayamadıkları için İngiltere'den oturma izni talepleri reddedilmiştir. AİHM, başvuru sahiplerinin, vatandaşlığa sahip oldukları ülkelerde yaşam kuramamaları açısından geçerli bir nedenin kanıtı bulunmadığından, AİHS m. 8'e aykırı davranılmadığı neticesine ulaşmıştır. AİHM

---

<sup>78</sup> N.A. / Finlandiya, para.105.

<sup>79</sup> Alice Edwards, "Human Rights, Refugees and the Right 'to Enjoy' Asylum," IJRL 17, no.2 (2005): 312; Özkerim Güner, "AİHM'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü," 231.

<sup>80</sup> Aslı Bayata Canyaş, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no.1 (2015): 80.

<sup>81</sup> AİHM, B. 9214/80, (25.05.1985).

ayrıca, Sözleşme'nin 8. maddesinin kişilere istedikleri ülkede yaşamayı seçme hakkı tanımadığını belirtmiştir.<sup>82</sup>

*Berrehab v. Hollanda*<sup>83</sup> davasında ise, başvuru, Fas vatandaşı olup Hollandalı eşinden boşanmış ve bir çocuğu bulunmaktadır. Hollanda, Berrehab'ın oturum süresinin uzatılması talebini onaylamamıştır. İç hukuk yollarını tüketen başvuru, çocuğuyla bağının korunması amacıyla AİHS m. 8 kapsamında AİHM'ye başvuruda bulunmuştur. AİHM, başvuru, oturum izninin uzatılmamasının kızıyla olan aile ilişkisinin sürmesine engel olacağından, AİHS m. 8'in ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararlar, mülteci, sığınmacı veya vatansız statüsündeki kişilerin aile bütünlüğünün korunması için ailelerinin bulunduğu ülkelerde kalabilmeleri ve oturum izni alabilmeleri açısından örnek olacağından bu durumdaki kişiler ile aile bütünlüğünü korumak adına tüm insanları ilgilendirecek nitelikte olduğundan oldukça önemli bir karardır.

Mülteci ve sığınmacıların AİHM'ye yaptıkları başvurularda, genellikle m. 6'da yer alan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasının öne sürüldüğü görülmektedir. Ancak, sığınma ve sınır dışı edilme kararları, medeni hak ve yükümlülükler veya ceza soruşturmaları kapsamında olmayıp, idari nitelikteki uyuşmazlıklardır.<sup>84</sup> AİHM de bu uyuşmazlıkları AİHS m. 6 kapsamında kabul etmemektedir.<sup>85</sup> Fakat mülteciler, etkili başvuru hakkından faydalanabildiğinden AİHS m. 13 çerçevesinde, AİHS'nin başka hükümlerinin ihlali iddiası yanında etkili başvuru hakkından faydalanamadıklarını ileri sürmelidirler. AİHM<sup>86</sup>, AİHS m. 13'ün ihlal edildiği iddiasını inceleyebilmek için AİHS'de sağlanan en az bir hakkın ihlal edilmiş olması şart/kriter olarak aramaktadır.

*Tehrani ve Diğerleri v. Türkiye*<sup>87</sup> kararında, başvuru, Irak ve İran'dan Türkiye'ye illegal şekilde giriş yapmış ve sığınma isteminde bulunmuşlardır. Başvuru aleyhinde sınır dışı edilme kararı verilse de sınır dışı kararı aleyhine

<sup>82</sup> Özkerim Güner, "AİHM'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü," 232-233.

<sup>83</sup> AİHM, B. 10730/84 (21.06.1988).

<sup>84</sup> Özkerim Güner, "AİHM'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü," 233.

<sup>85</sup> Nuray Ekşi, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu," *Milletlerarası Hukuk Bülteni* 29, no. 1-2 (2009): 137.

<sup>86</sup> AİHM, B. 5029/71 (06.09.1978).

<sup>87</sup> AİHM, B.32940/08 (13.04.2010).

gidilebilecek etkili bir başvuru yolu bulunmadığından AİHM, AİHS m. 13'ün ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHS'ye ek olan 4 no.lu Protokol'ün 4. maddesi, yabancı kişilerin toplu biçimde sınır dışı edilmelerini yasaklamıştır. *Conka v. Belçika*<sup>88</sup> kararında başvuruçular, Slovakya'dan ayrılarak Belçika'da mültecilik başvurusu yapmış olup, Belçika hükümeti başvuruçular dahil birkaç ailenin Belçika'yı terk etmesini istemiştir. AİHM sığınma talebi olanların, toplu şekilde sınır dışı edilmemesi gerektiğini, talepte bulunanların başvurularının kişi bazında ve objektif şekilde ele alınması gerekliliğini ifade ederek, anılan maddenin ihlaline karar vermiştir.<sup>89</sup>

AİHM, başvuruçuların sınır dışı edilmesi halinde gönderileceği ülkede AİHS m. 2 (yaşam hakkı), AİHS m. 3 ve ek 4 no.lu Protokol'ün 4. maddesini ihlal eden bir uygulamayla karşılaşacağına ilişkin bir tehlike varsa, sınır dışı işlemine itirazın hemen ve doğrudan işlemin yürürlüğünü durdurması gerektiğine karar vermektedir.<sup>90</sup>

## **VI. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA MÜLTECİ HAKLARI**

Türk hukukunda 7 Mayıs 2010 tarih ve 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun kabulüyle, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun yolu açılmasıyla birlikte AYM, uluslararası metinlerin iç hukuka aktarılmasında önemli bir işlev üstlenmiştir. AYM kararlarında, uluslararası sözleşmeler ve evrensel hukuk ilkelerini dikkate alarak AİHM ile benzer yaklaşımları uyguladığı görülmektedir. Örneğin A.A. ve A.A. kararında<sup>91</sup> AYM, iç hukuktaki düzenlemelerin yanında uluslararası hukuku ve bilhassa Türkiye'nin taraf olduğu 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin hükümlerini beraber ele almıştır. Mahkeme, Türkiye'deki mültecilerin "devletin egemenlik yetkisi alanı"nda olduğunu,

---

<sup>88</sup> AİHM, B. 51564/99 (05.02.2002).

<sup>89</sup> AİHM, B. 45917/99. davasında ise AİHM, Bosnalı Katolik olduğunu ileri süren başvuruçunun bir tehlike altında olduğunu kanıtlamadığı için talebinin İsveç makamlarınca reddedilmesini, başvuruçunun iddialarının makul ve objektif şekilde değerlendirildiğini belirterek, talebi asılsız gördüğü için kabul edilemezlik kararı vermiştir, bkz. Özkerim Güner, "AİHM'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü," 236.

<sup>90</sup> AİHM, B. 22689/07; aynı yönde bkz. AİHM, B. 30471/08 (22.9.2009).

<sup>91</sup> AYM, B. 2015/3941 (01.03.2017).

yabancıların maddi ve manevi bütünlüklerine yönelik tehlikelere karşı korunmasını, devletin pozitif yükümlülüğü olarak saymıştır. AYM, mültecilerin insan haklarının korunmasını sağladığı gibi iç hukukta bir denetim fonksiyonu da üstlenmiştir.

İnsan haklarına dayanan taleplerin muhatabı; önemli ölçüde devlet olduğundan<sup>92</sup>, “insan haklarının ihlalcisi” de büyük ölçüde devlet olmuştur.<sup>93</sup> Devletin ihlal veya ihmale yol açan tüm işlem ve eylemleri aleyhine dava açma yolunun açık olması ve mahkeme kararlarının yerine getirilmesi, insan haklarına dayalı ve hukukun üstünlüğünü savunan devletlerin temel sorumluluğudur. Bu kapsamda “güçler ayrılığı ilkesi” uyarınca AYM’nin denetim yapması olanaklıdır. AYM kararlarına “direnmek” veya kararları uygulamamak, Anayasa’ya ve hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır ki, bu durum, hukuka ve devlete olan güveni sarsacaktır. Bu nedenle AYM, kamu otoritelerinin ihlalleri karşısında mültecilerin insan haklarının korunmasına ilişkin uyuşmazlıklara çözüm bulunmasında önemli bir role ve etkili bir işleve sahiptir.<sup>94</sup>

Mültecileri sınır dışı etme kararları kesinleştikten sonra<sup>95</sup> ilgililer süresi içinde AYM’ye bireysel başvuru yapabilirler. AYM, geri gönderme merkezlerinde özgürlüklerinden yoksun bırakılan mülteciler ve diğer yabancılar hakkında verilen kararların hukuki olup olmadığını denetlemektedir.<sup>96</sup>

AYM, kanunları ve Anayasa’da gösterilen diğer işlemleri soyut ve somut norm denetimi yoluyla denetlemektedir. AYM; Anayasa’da gösterilen düzenlemelerin şekil ve esas açısından Anayasa’ya aykırılığını soyut norm denetimi yoluyla açılan iptal davalarında karara bağlamaktadır. Somut norm

<sup>92</sup> Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, 99; Küçük, *Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar*, 302; Küçük, *Anayasa Hukuku*, 156.

<sup>93</sup> Uğur Kara ve İlker Gökhan Şen ve Atilla Nalbant ve Ayşe Işıl Karakaş, “İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri Kavramları ve Tarihsel Gelişimi,” *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri* (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları 2015), 4.

<sup>94</sup> Christos Giakoumopoulos, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü,” *Anayasa Mahkemesi Yayınları Anayasa Yargısı* 33, no. 1 (2016): 35-36.

<sup>95</sup> YUKK m.53 gereğince, sınır dışı edilme kararına yapılan başvurularda idare mahkemelerinin kararları kesindir. Ayrıca idari gözetim kararına itiraz sonucunda sulh ceza hâkimliğinin verdiği kararlar da kesindir, bkz. Yazar, 2022, 325.

<sup>96</sup> Kuşçu, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları,” 241.



denetimi ise derdest olan bir davada mahkeme tarafından re'sen veya taraflardan birinin Anayasa'ya aykırılık iddiasını ileri sürmesi ve mahkemenin bu iddiayı ciddi bulması halinde, düzenlemenin iptalini istemek üzere dosyayı AYM'ye gönderir. AYM, bu şekilde somut norm denetimi yoluyla düzenlemeyi ele almış olur.<sup>97</sup>

Öncelikle, yabancıların sınır dışı edilmesi kararlarına karşı tedbir kararı verilmesi için AYM'ye başvuru yapılabilmektedir. AYM, Y.T. başvurusunda<sup>98</sup> verdiği tedbir kararında, mültecinin çatışma ortamı veya işlediği suç sebebiyle kötü muameleye maruz kalması tehlikesinin ciddi ve somut olup olmadığını araştırmakta ve tedbir taleplerini ele alırken, köken ülkenin genel durumu, başvuruçuların geçmiş deneyimleri, tehlikenin güncel veya kişisel olması gibi konuları dikkate almaktadır. AYM, A.A. ve A.A. başvurusunda<sup>99</sup> Anayasa m. 5, 15, 16 ve 17'ye yer vererek kişinin hayatı ve maddi veya manevi bütünlüğünün korunması ilkesi, kötü muamele yasağı çerçevesinde geri gönderme yasağı ilkesi ve devletin insan haklarına dair yükümlülükleri gözetilerek "tedbir kararı" vermiştir.

Yaşam hakkı, başka hakların kullanılması açısından bir ön gereklilik olduğundan<sup>100</sup>, bu hak daha önemli bir noktada bulunmaktadır.<sup>101</sup> AYM, yaşam hakkı ve kötü muamele yasağının AİHS m. 2, m. 3 ile Anayasa m. 17'de düzenlendiğini, bu hükümlerde devletin negatif yükümlülüğü olan kötü muamele yapmama yükümlülüğünün istisnasının bulunmadığını belirtmektedir. Bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne müdahale edilemeyeceği düzenlemesini içeren Anayasa m. 15'de kötü muamelede bulunmama yükümlülüğünün mutlak

---

<sup>97</sup> Ece Göztepe, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme," *Anayasa Yargısı Dergisi* 38, no.1 (2021): 56.

<sup>98</sup> AYM, B. 2016/22418 (30.5.2019).

<sup>99</sup> AYM, B. 2015/3941 (01.03.2017); Başvuruçular, Irak'a geri gönderildikleri takdirde öldürülebilecekleri ya da kötü muameleye uğrayabileceklerini ileri sürmüş ve evlerinin DAES tarafından yakıldığına ilişkin fotoğraflarını AYM'ye delil olarak sunmuşlardır. Mahkeme esastan yaptığı incelemede, tedbir kararı almasına neden olan gerekçeleri dikkate almayarak tartışmalı bir şekilde oy çokluğu ile kötü muamele yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir, bkz. Yazar (2022) s. 334.

<sup>100</sup> Küçük, *Anayasa Hukuku*, 246.

<sup>101</sup> TİHEK, İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi 2019 Yılı Raporu (Ankara: TİHEK Yayınları, 2019), 14.

nitelikte olduğunu göstermektedir. Fakat, kötü muamelede bulunmama yükümlülüğü ile korunan bu hakkın, gerçek anlamda teminata alındığından bahsedebilmek için devletin kötü muamele yapmaması yeterli değildir. Bununla birlikte devlet; kendi memurları ve üçüncü kişilerin, mülteciler ve diğer yabancılara yönelik kötü muamele olarak nitelendirilebilecek fiillerini önlemekle de yükümlüdür.<sup>102</sup>

AYM, *Azizjon Hikmatov* kararında, başvuruçunun kendi ülkesi Özbekistan'a dair Uluslararası Af Örgütü ve İnsan Hakları İzleme Derneği'nin raporlarına atıf yaparak bir "ilke karar" vermiştir.<sup>103</sup> AYM bu kararında, ilk derece mahkemesinin başvuruçunun iddialarına ilişkin daha etkin bir inceleme ve soruşturma yapmadığını da belirtmiştir. AYM, sınır dışı işlemleri aleyhine gerçekleştirilen bireysel başvurularda, geri gönderilen ülkenin şartlarını dosyaya verilen dokümanlarla kısıtlı kalmaksızın kendiliğinden araştırmıştır. AYM'nin *Azizjon Hikmatov* kararı, Anayasa m. 17'nin ihlal edildiğine dair verdiği "ilk karar"dır. Yine AYM, *Leyla Dogot*<sup>104</sup> ve *Eiza Kashkoeva*<sup>105</sup> kararlarında da ulusal ve uluslararası kuruluşlarının düzenlediği insan hakları raporlarından yararlanmıştır. Bunun yanı sıra, başvuru yapan mültecilerin, gönderilecek ülkede karşı karşıya kalılabilecek kişisel tehlikeler ve buna dair somut bilgileri Mahkeme'ye detaylı bir biçimde sunması gerekmektedir.<sup>106</sup> AYM, ilk derece mahkemelerinin gönderilecek ülkelerde ölüm, işkence veya kötü muamele riski bulunup bulunmadığına ilişkin, ulusal ve uluslararası raporlarla değerlendirme yapması gerektiğini belirterek kanaatimizce isabetli bir denetim yapmıştır.

Ayrıca AYM, İran'ın genel koşullarını incelediği *F.R.* kararında,<sup>107</sup> gönderilecek ülkede kötü muameleye dair başvuruçunun savlarının incelenmesinde farklı bilgi kaynaklarından da yararlanılabileceğini açık şekilde belirtmiştir. Bu kararında AYM, kötü muamele tehlikesi varlığının bir ihtimalden çok "gerçek bir risk" seviyesine varması gerektiğini ifade etmiştir. AYM bu konuda

---

<sup>102</sup> AYM, B. 2015/3941 (1.3.2017).

<sup>103</sup> AYM, B. 2015/18582, (15.12.2015).

<sup>104</sup> AYM, B. No: 2015/11252, (10.7.2015).

<sup>105</sup> AYM, B. 2016/9483, (25.5.2016).

<sup>106</sup> AYM, B. 2016/22512 (2.11.2016).

<sup>107</sup> AYM, B. 2016/4405 (15.2.2017).

ikili bir ayırım yaparak; taraf devletin kendiliğinden soruşturması gerekli olan durumlar ile başvurunun “savunulabilir” (araştırmaya değer, makul şüphe uyandıran) iddialarının ortaya konulması gerekliliğini vurgulamıştır.

AYM ayrıca, başvurular hakkında gerçek/somut riske ilişkin inceleme yaparken uluslararası kuruluşların yayınlamış olduğu raporları dikkate almaktadır.<sup>108</sup>

Sınır dışı etme işleminin aciliyeti karşısında, başvuru sahiplerinin buldukları ülkelerden çok zor koşullarda çıktıklarından, iddialarının somut verilerle ispatlanmasının beklenmesi her zaman isabetli olmayacaktır. Bu nedenle başvurunun kendine özgü koşulları dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir.<sup>109</sup>

Mültecilerin Anayasa m. 19’da düzenlenen kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkına ilişkin olarak, YUKK yürürlüğe girmeden önce, göç ve göçmen sorunlarını yönetmek için bir kamu kurumunun bulunmadığı, idari gözetimin nedenleri, süresi, bu sürenin uzatılması, kararın tutulanlara tebliğ edilmesi ve yasa yolları, tutulanların avukat ve tercüman hakkı gibi konularda kanuni dayanak bulunmamaktaydı. Bu tespitler, AİHM’nin *Abdolkhani ve Karimnia* kararı, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) İnsan Hakları İnceleme Komisyonu raporunda<sup>110</sup> ve Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi’nin 2005 yılı Türkiye ziyaret raporunda yer almıştır. Öte yandan, İstanbul Geri Gönderme Merkezine ziyaret düzenleyen Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) da 2014 tarihli raporunda; geri gönderme merkezinde bulunanların, hijyen ve küçük bir alanda kapasitenin üstünde kişi bulunması gibi sorunlarının olduğunu dolayısıyla temel insani değerlere ulaşılması gerektiğini belirtmiştir.

Bu doğrultudaki AYM’nin *Rıda Boudraa* kararında<sup>111</sup>, başvurucuya kamu görevlilerinin kötü muamelesinin olmamasına karşın hava almayan, gürültülü,

---

<sup>108</sup> AYM, B. 2016/22512 (2.11.2016). Ayrıntılı bilgi için bkz., Yazar, 2022, 335 vd.

<sup>109</sup> Gamze Ovacık, “Türk Anayasa Mahkemesinin İçtihadı Işığında Sınır Dışı Kararlarına Karşı Yargısal İtirazın Hukuki Etkisi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, no. 2 (2020): 1052.

<sup>110</sup> TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, *Edirne, Kırklareli ve İstanbul İllerinde Bulunan Geri Gönderme Merkezleri Hakkında İnceleme Raporu* (Ankara: TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Yayınları, 2012), 20.

<sup>111</sup> AYM, B. 2013/9673 (21.1.2015).

güneş ışığı görmeyen bir yerde tutulması, sağlık hizmetlerinin sunulmaması, açık havaya çıkartılmaması, kötü fiziksel koşullara maruz kalması, gözaltı veya tutuklama kararı olmaksızın sınır dışı edilmek üzere 68 gün nezarethane de tutulması sebebiyle Anayasa m. 19/2 ve m. 19/8 de yer alan güvencelerin ihlal edildiğine karar verilmiştir.<sup>112</sup> Yine K.A. kararında<sup>113</sup> AYM, AK İşkenceyi Önleme Komitesi Raporu ve TİHEK'in Kumkapı Geri Gönderme Merkezi Raporu'na gönderme yaparak, re'sen soruşturma yapmıştır.<sup>114</sup> AYM, Türkiye'deki mülteciler dahil yabancıların tutulma şartlarının standartları ve bu şartların denetimini yapacak bir idari veya yargısal başvuru mekanizması bulunmadığını belirterek, anılan Merkez'de tutulma koşullarının "*insan haysiyetiyle bağdaşmadığına*" ve bunun Anayasa m. 17/3'ü ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>115</sup>

AYM'nin B.T. kararı, kişi özgürlüğünden mahrum bırakılmanın hukuki olmaması, idari gözetim sebeplerine ilişkin usulüne uygun bildirim yapılmaması ve geri gönderme merkezinde tutulma işlemi aleyhine etkili bir başvuru yolunun olmaması sebebiyle verilen bir diğer ihlal kararıdır.<sup>116</sup> Bu kararda da AYM; yine AK İşkenceyi Önleme Komitesi, BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü'nün tespitleri, TBMM raporu, TİHEK raporu gibi belgelere atıf yapmıştır. AYM'nin bu eğilimi, mültecilere ilişkin uluslararası belgelerin iç hukuka aktarılmasında ve mültecilerin haklarının korunmasında önemli rolünü göstermektedir.

Özel yaşama saygı hakkı (AY m. 20) kapsamında aile birliğinin sağlanmasına ilişkin AYM'ye yapılan başvurularda; mülteciler ve yabancı ülke vatandaşlarının başvurularının daha fazla olduğu görülmektedir. Bu başvurularda illegal

<sup>112</sup> Kuşçu, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları," 268.

<sup>113</sup> AYM, B. 2014/13044 (11.11.2015).

<sup>114</sup> Recep Kaplan ve Hüseyin Turan ve Aydın Şimşek, *Bireysel Başvuru Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı Seçme Kararlar* (Ankara: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, 2016), 571-617.

<sup>115</sup> AYM, B. 2014/13044 (11.11.2015).

<sup>116</sup> Yazar, "Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü," 339.

yollardan Türkiye'ye gelen mültecilerin sınır dışı edilmesinin bu hakkı ihlal ettiği ileri sürülmektedir.<sup>117</sup>

Özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde verilen AYM'nin *G.B. ve diğerleri* kararında,<sup>118</sup> başvuru, "*çocuklarının Türkiye'ye alınmaması nedeniyle kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme, özel hayat ve aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiğini*" ileri sürmüştür. AYM, çocuk başvuru sahiplerinin yaşları sebebiyle annelerinin bakımına ihtiyaç duymalarını göz önüne alarak, anne olan G.B. ile bir araya gelmemelerinin "*manevi bütünlükleri*" açısından ciddi tehlikeye neden olacağını belirterek tedbir kararı vermiş ve çocuk başvuru sahiplerinin Türkiye'ye giriş yasağı işleminin uygulanmaması kararı almıştır. Ancak, büyük çocuklar gündeme geldiğinde ise AYM'nin aile kavramını dar yorumladığı söylenebilir. AYM bir kararında,<sup>119</sup> aile yaşamı çerçevesinde korunan aile bağlarının anne, baba ve çocuk arasındaki ilişkiler olduğu belirlemesini yaptıktan sonra, büyük çocukların aileye bağımlı veya aileye ihtiyacının olduğunun kanıtlanamadığı durumlarda, bu çocukların çekirdek aile kavramı içinde olmadığına karar vermiştir.

Yine AYM, *Aisulu Aldenova* kararında,<sup>120</sup> yerel mahkemenin kararında sınır dışı edilme kararına ilişkin başvuru sahibinin aile yaşamı çerçevesindeki iddialarını tartışmadığı ve idari işlemin başvuru sahibinin aile yaşamı üstünde meydana getireceği etkiler açısından etkili bir inceleme yapmadığı için ihlal kararı vermiştir. Bununla birlikte, AYM, *Majid Momtaz* kararında<sup>121</sup> başvuru sahibinin resmi belgede sahtecilik suçu sebebiyle hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırıldığını, bu çerçevede, başvuru sahibinin fiillerinin kamu düzeni ve güvenliği bakımından tehlike meydana getirdiğini, bu nedenle aile yaşamına saygı hakkına gerçekleştirilen

---

<sup>117</sup> Şermin Birtane ve Fatih Alkan ve Ali Kozan ve Ferhat Yıldız ve Hilal Yazıcı ve Çağlar Öncel ve Taylan Barın, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Karar Özetler* (Ankara: AYM Yayınları, 2021), 1-101.

<sup>118</sup> AYM, B. 2015/15273 (17.9.2015).

<sup>119</sup> AYM, B. 2017/11905 (21.7.2020); benzer yönde bkz. AYM, B. 2015/16437.

<sup>120</sup> AYM, B. 2018/10055 (16/3/2022); AYM Peri Kırık kararında aile yaşamı ile sınır dışı işlemindeki kamusal menfaat arasında "adil bir denge" kurulması gerektiğini belirtmektedir, bkz. AYM, B. 2015/19795 (9.1.2019).

<sup>121</sup> AYM, B. 2017/24261 (30.9.2020).

müdahalenin yeterli bir temelini bulduğu ve demokratik toplumda gerekli olduğu neticesine ulaşarak, bu hakkın ihlal edilmediğini belirtmiştir.

Son olarak AYM, *Oksana Chicheishvili* kararında<sup>122</sup> tüm evliliklerin Anayasa ile korunması gereken aile hayatı kapsamında olmadığını, başvuruçunun bir Türk vatandaşı ile yaptığı evliliğin gerçek bir aile bütünlüğü oluşturmaya yönelik olmadığını, başvuruçunun eşiyle birlikte yaşamadığını, emniyette yapılan mülakatta başvuruçunun çelişkili yanıtlar verdiğini, evliliğin sadece Türkiye’de bulunmak için kurulan anlaşmalı bir evlilik olduğunun somut ve birbirini destekleyen tespitlerle belirlendiğini, aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde korunması gerekli olan bir durumun bulunmadığını ifade ederek, başvuruyu “konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez” bulmuştur.

Etkili başvuru hakkı, Anayasa m. 40’da herkesin yetkili mercie “*geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı*”na sahip olduğu şeklinde düzenlenmiştir.<sup>123</sup> İdari gözetim altındaki mültecilerin; ana dillerinde olmayan resmî belgelerin içeriğine vakıf olma, anlama, tutuldukları devletin mevzuatına ilişkin bilgilenme ve yetkili mercilere başvuru yapmama hususunda dezavantajlı bir konumda oldukları açıktır.<sup>124</sup> Bu kişilerin sınır dışı edilmeleri durumunda, kötü muameleye uğrayacakları doğrultusunda iddialarının bulunması halinde, idare ve yargı organlarınca menşe ülgede “gerçek bir ihlal riskinin bulunup bulunmadığı” ayrıntılı bir şekilde araştırılmalıdır. AYM, K.S. kararında<sup>125</sup> olduğu gibi savunulabilir iddialarının muhatapsız kalması, avukat yardımından etkili bir şekilde yararlandırılmama, doğrudan ya da başka bir hakla birlikte etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar verebilir. Daha önce belirtilen Y.T. kararı,<sup>126</sup> aynı zamanda AYM’nin pilot karar usulü kapsamında verdiği bir karar olup,<sup>127</sup> sınır dışı kararı aleyhine gidilebilecek etkin bir dava yolu olmaması sebebiyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu kararda AYM, ihlalin yapısal

<sup>122</sup> AYM, B. 2014/19023 (20.12.2017).

<sup>123</sup> Eyüp Kaan Demirkıran, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasası Bağlamında Etkili Başvuru Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının Kapsam Alanlarının Karşılaştırılması,” *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no.1 (2020): 49.

<sup>124</sup> AYM, B. 2016/5604 (24.05.2018).

<sup>125</sup> AYM, B. 2017/29420, (3.12.2020).

<sup>126</sup> AYM, B. 2016/22418 (30.5.2019).

<sup>127</sup> Ovackı, 2020, 1053.

sorunlardan doğması sebebiyle kararının bir örneğini “yasama organı”na bildirmiştir.

## SONUÇ

Göç kavramı, eski çağlardan itibaren insanlık tarihinin gündeminde olan bir kavram olup insan veya topluluklarının buldukları yerden başka bir yere geçici ya da kalıcı olarak gitmeleri neticesinde meydana gelen nüfus hareketleridir. Siyasi, sosyal, ekonomik birçok sonucu da beraberinde getiren insandan kaynaklanan bu faaliyetler insan hakları hukuku ile uluslararası hukuku ilgilendiren başlıca konulardan birisidir.

İçerisinde yabancılik unsuru taşıması sebebiyle vatandaşlık hukuku olarak adlandırılan hukuk dalı ile de yakından ilgili olan göç olgusuna dair bazı kavramlar uluslararası metinlerde farklı terim anlamlarında kullanılırken ulusal mevzuatta farklı anlamlara gelecek şekilde ifade edilmişlerdir.

Uluslararası mevzuatta göç ve göçmen kavramları ülkesini geçici ya da kalıcı olarak terk ederek farklı bir ülkeye giden ve gittiği ülkede daha iyi hayat şartlarına ulaşmak veya daha iyi eğitim almak amacı taşıyan kişiler ve bu kişilerin fiillerini kapsamı içerine almaktadır. Bu kapsamda ilgili kavramlarla, zulme uğrayacağından duyduğu endişe ile hareket eden kişilerden ziyade eğitim, sağlık, çalışma gibi sebeplerle meydana gelen nüfus hareketlerinin kast edildiği değerlendirilmektedir. Ancak Türk hukukunda göç ve göçmen kavramlarıyla kast edilenin İskân Kanunu'nda yapılan tanımlama sebebiyle Türk soyundan olan ve Türkiye'ye yerleşmek maksadıyla gelen kişiler ve fiilleri anlaşılmaktadır.

Mülteci kavramı 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde “ırkı, dini, tâbiyeti, muayyen bir içtimai gruba mensubiyeti veya siyasi kanaatleri yüzünden” zulme uğrayacağından korkan ve bu sebeple göç eden kişileri kapsamı içerisine alırken Türk hukukunda Avrupa ülkelerinden Türkiye'ye sığınan yabancıları ifade etmek için kullanılmaktadır. Görüldüğü gibi ulusal mevzuatta kullanılan kavramların terim anlamları ile uluslararası metinlerde kullanılan kavramların terim anlamları arasında farklılıklar bulunmaktadır. Anlam kargaşasına engel olmak üzere çalışmamızda uluslararası metinlerdeki anlamlar esas alınarak kullanılmıştır. Ancak kavramlar arasındaki farklılıkları belirtmek üzere söz konusu mevzuaya kısaca değinilmiştir.

Mültecilerin insan haklarının korunmasında, özellikle idari denetim altında tutuldukları sırada, insani tutulma şartlarının bulunması ve haklarındaki kararlara karşı etkili başvuru yolu sağlanması gibi idari mekanizmaların yasalarla ve ayrıntılı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Uyuşmazlıklar AYM ve AİHM önüne gelmeden önce, ilk derece yargı organlarının; mültecilerin ileri sürdüğü hususları araştırması, mültecilerin menşe ülkelerine ilişkin uluslararası kuruluşların raporlarını dikkate alması ve bazı hallerde mültecilerin hakları ile buldukları ülkenin kamu düzeni arasında makul bir denge kurmaları gerekmektedir.

AİHM, mültecilerin geri gönderme alanları, sınır kapıları ve transit bölgelerde tutulma kararları ve şartlarını, AİHS m. 2, 3 ve 5 kapsamında değerlendirmektedir. Mültecinin geri gönderilmesi veya menşe ülkeye iadesi halinde, dini, milliyeti, bir gruba mensubiyeti ya da politik fikirleri sebebiyle ölüm, işkence ya da kötü muameleye maruz kalma riski bulunması halinde, anılan maddeler kapsamında ihlal kararı verebilmektedir. Yine mültecilerin geri gönderilmesi veya buldukları ülkeyi terk etmelerinin istenmesi halinde bunun özel yaşama saygı hakkını ihlal edip etmediği ve dolayısıyla aile birliğinin bozulmasına neden olup olmayacağını da irdelemektedir. Geri gönderme kararlarına karşı etkili başvuru yollarının olmaması, gözetim altına alınmalarına ilişkin nedenlerin mültecilere en kısa sürede ve anladığı bir dilde aktarılmaması, idari gözetim veya alıkoymanın makul bir süre ile sınırlı olmaması, bu kararların gereği gibi tebliğ edilmemesi ve bu bağlamda mültecilerin hukuki yardımdan yararlanamaması AİHS m. 13 ihlaline yol açmaktadır. Öte yandan, mültecilerin toplu şekilde sınır dışı edilmesi, AİHS 4 no.lu Protokol'ün 4. maddesi ile yasaklanmış olup, her mültecinin durumu somut olay bazında ve kişisel olarak incelenmelidir. AİHM, verdiği ihlal kararlarıyla mülteci haklarının korunması bakımından etkili bir yargı organı haline gelmiştir.

AYM'nin kendisine bireysel başvuru yapılma imkânının getirilmesiyle birlikte, uluslararası hukukun iç hukuka aktarılmasında önemli bir işlev üstlendiği ve AİHM ile benzer bir eğilimi ortaya koyduğu görülmektedir. Dolayısıyla AYM'nin kararlarında, uluslararası sözleşmeler ile evrensel hukuk ilkeleri doğrultusunda Türk hukukunu uyguladığını vurgulamak gerekmektedir. Hakeza AYM, 1951 Cenevre Sözleşmesi, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu raporu, AK İşkenceyi Önleme Komitesi Türkiye raporu, TİHEK raporu gibi



uluslararası ve ulusal raporlara atıf yaparak, mültecilerin ihlal iddialarında AİHM standartlarında bir denetim gerçekleştirmektedir.

AYM, Türkiye'deki mülteciler dâhil yabancıların tutulma şartlarının standartları ve bu şartların denetimini yapacak bir idari veya yargısal başvuru mekanizması bulunmadığını belirterek, bazı geri gönderme merkezlerindeki tutulma koşullarının "*insan haysiyetiyle bağdaşmadığına*" karar vermiştir. Ayrıca, Mahkeme, aile hayatına saygı çerçevesinde yaşı küçük çocuklarda aile bütünlüğünün korunması açısından tedbir kararları vermekte, aile bütünlüğüne ilişkin ayrıntılı incelemeler yapmakta ve bazı kararlarında yabancılarla evliliklerin gerçek bir aile birliği kurmaya yönelik olup olmadığını da incelemektedir. Sonuç olarak, AYM, uluslararası insan hakları düzenlemeleri ile AİHM kararlarını iç hukuka yansıtmiş bu sayede ilk derece mahkemeleri ile idari mercilere rehberlik ederek hak ihlallerinin en aza indirilmesinde etkili rol oynamıştır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author has not declared whether this work has received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

**KAYNAKÇA**

- Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı. *Sığınma, Sınırlar ve Göç İle İlgili Avrupa Hukuku El Kitabı*. Lüksemburg: Avrupa Birliği Resmî Yayınlar Ofisi, 2014.
- Aybay, Rona ve Dardağan Kibar, Esra. *Yabancılar Hukuku*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.
- Bayata Canyaş, Aslı. "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AIHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2015): 73-90.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm. "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi." *TBBĐ* no. 108 (2013): 225-258.
- Birtane, Şermin ve Alkan, Fatih ve Kozan, Ali ve Yıldız, Ferhat ve Yazıcı, Hilal ve Öncel, Çağlar ve Barın, Taylan. *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı Karar Özetler*. Ankara: AYM Yayınları, 2021.
- Bozbeyoğlu, Eda. "Mülteciler ve İnsan Hakları", *Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi* 2, no. 1 (2015): 60-80.
- Çeçen, Anıl. *İnsan Hakları*. Ankara: Astana Yayınları, 2020.
- Çiçekli, Bülent. *648 Sayılı Kanun'la Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteciler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Çiçeksöğüt, Adem. "Uluslararası Göç Hukuku Perspektifinde Yerinden Edilmiş Suriyeliler'in Türkiye'deki Statüsü." *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2017): 1-20.
- Demirkıran, Eyüp Kaan. "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasası Bağlamında Etkili Başvuru Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının Kapsam Alanlarının Karşılaştırılması." *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 1 (2020): 49-88.
- Doğan, İlyas. *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı* (Ed.: Adalet Kahvecioğlu), Ankara: Astana Yayınları, 2013.
- Edwards, Alice. "Human Rights, Refugees and the Right' "to Enjoy" Asylum." *International Journal of Refugee Law* 17, no. 2 (2005): 293-330.

- Efe, Salih ve Ulusoy, Orçun. *117 Soruda Mültecilik Hakları*. Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayını, 2013.
- Ekşi, Nuray. "İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye'den Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılara İlişkin AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na Etkisi." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 5, no. 19 (2014): 74-80.
- Ekşi, Nuray. *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim*. İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- Ekşi, Nuray. "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu." *Milletlerarası Hukuk Bülteni* 29, no. 1-2 (2009): 119-140.
- Ekşi, Nuray. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Abdolkhani ve Karimnia Türkiye Davası, Mülteci ve Sığınmacı Hukuku Açısından Değerlendirme*, İstanbul: Beta Yayınları, 2010.
- Ergül, Ergin. "Uluslararası Hukuk ve Türk Mevzuatında Yabancı Kavramı ve Türleri." *Türk İdare Dergisi*, no. 475 (2012): 213- 228.
- Erdil, Bülent. "Göç Ve Mülteci Hareketlerinin Türkiye'nin Göç Politikalarına Etkileri." *Bilge Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi* 4, no. 2 (2020): 71-86.
- Giakoumopoulos, Christos. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü." *Anayasa Mahkemesi Yayınları Anayasa Yargısı Dergisi* 33, no. 1 (2016): 35-43.
- Göçmen, İlke. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş*, Ankara: Turhan Kitapevi, 2003.
- Göztepe, Ece. "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme." *Anayasa Yargısı Dergisi* 38, no. 1 (2021): 43-83.
- Gözübüyük, A. Şeref. *Anayasa Hukuku*, Ankara: Turhan Kitapevi, 2006.
- Hekimoğlu, Mehmet Merdan. "İnsan Haklarının Tarihsel Perspektif İçerisindeki Gelişimi." *Journal of Management and Economics Research* 1, no. 1 (2003): 73-92.

- İneli Çiğer, Meltem. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aralık 2019'da Yapılan Bazı Değişikliklerin Değerlendirilmesi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, no. 2 (2020): 699-725.
- Kaplan, Recep ve Hüseyin Turan ve Aydın Şimşek. "Bireysel Başvuru Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı Seçme Kararlar." *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi* (2016): 571-617.
- Kara, Uğur ve Şen, İlker Gökhan ve Nalbant, Atilla ve Karakaş, Ayşe Işıl. "İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri Kavramları ve Tarihsel Gelişimi." Ayşe Işıl Karakaş ve İlker Gökhan Şen (Ed.). *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Karabulut, Ümran. "İnsan Hakları Perspektifinden Göç ve Mültecilik: 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşılaştırması." *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2022): 903-923.
- Karataş, İbrahim. "Türkiye'nin Vatandaşlık Politikalarının Öteki Algısındaki Rolünü Suriyeli Mülteciler Üzerinden Düşünmek." *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 50 (Ağustos 2020): 17-42.
- Korkut, Levent. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Sığınmacıları Sınır Dışı Etme Egemen Yetkisine Etkisi: Türkiye Örneği." *Ankara Barosu Dergisi* 66, no. 4 (2008): 20-35.
- Kuşçu, Döndü. "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları." *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, no. 37 (2017): 241-284.
- Küçük, Adnan. *Anayasa Hukuku*, Ankara: Orion Yayınları, 2013.
- Küçük, Adnan. *Siyasî Partilere İlişkin Yasaklamalar*, Ankara: Asil Yayınevi, 2005.
- Uslu, Ferhat ve Özdemir Ali, "Yaşama Hakkı Bağlamında Denizlerde Geri Gönderilmeme (Non Refoulement) İlkesi." *Ombudsmanlık Akademik* 3, no. 6 (2017): 49-78.

- Ovacık, Gamze. "Türk Anayasa Mahkemesinin İçtihadı Işığında Sınır Dışı Kararlarına Karşı Yargısal İtirazın Hukuki Etkisi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, no. 2 (2020): 1047-1062.
- Özkan, Işıl. *Göç ve Sığınma Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özkerim Güner, Neslihan. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü." *Göç Araştırmaları Dergisi* 2, no. 2 (2016): 212-241.
- Tanör, Bülent. *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul: BDS Yayınları, 1994.
- TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu. *Edirne, Kırklareli ve İstanbul İllerinde Bulunan Geri Gönderme Merkezleri Hakkında İnceleme Raporu*, Ankara: TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Yayınları, 2012.
- TİHEK, *İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi 2019 Yılı Raporu*, Ankara: TİHEK Yayınları, 2019.
- Yazar, Ertuğrul. "Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 4 (2022): 313-350.
- Yılmaz, Abdurrahman. "Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri." *Turkish Studies–International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic* 9, no. 2 (2014): 1685-1704.

# CHATGPT GİBİ SOHBET YAZILIMLARININ (SOHBET BOTLARI/ CHATBOTS) NEDEN OLDUĞU HUKUKA AYKIRILIKLARIN ÖNLENMESİ

*Preventing Contradiction to Law Caused by Chatbots Like ChatGPT*

**Mahmut Furkan BALABAN\***

**Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM\*\***

## Öz

Sohbet yazılımları, personel ve işletme maliyetlerinin azaltılmasını mümkün kıldığından sağlıktan e-ticarete kadar pek çok farklı sektörde aktif olarak kullanılmaya başlanmıştır. Kullanıcı ve sohbet yazılımından oluşan taraflar arasında kurulduğu düşünülen sözleşmenin geçerliliği ise bu tartışmanın temelini oluşturmaktadır. Kullanıcının sohbet yazılımını kullanmaya başlamadan kendisine sunulan şartları ve sözleşmeyi kabul etmeden önce muhatap olduğu karşı tarafın gerçek kişi mi yoksa sanal kişi mi olduğunu bilmemesinden kaynaklı olarak kabul edeceği veya reddeceği sözleşme şartları da değişkenlik gösterecektir. Sohbet yazılımını temsilen kullanıcıyla iletişime geçen bilinebilir olmaması ve sohbet yazılımının kullanıcının kişisel verilerine göre düzenlenmiş

\* Dr., Avukat, Ankara Barosu, mahmutfurkanbalaban@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3348-6353.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, ASBÜ Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, aysegul.kulular@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6556-0269.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 04.09.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 22.09.2023.

**Atıf/Citation:** Balaban, Mahmut Furkan ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim. "ChatGPT Gibi Sohbet Yazılımlarının (Sohbet Botları/ Chatbots) Neden Olduğu Hukuka Aykırılıkların Önlenmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 747-789.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

ileti oluşturması durumları, sözleşme özerkliği ve irade özgürlüğü bakımından yapılan sözleşmenin geçerliliğini doğrudan etkilemektedir. Bununla birlikte, sohbet yazılımlarının verdikleri cevapların kaynağını oluşturan ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında hak sahipliği tartışmalı olan büyük veri yığınları kullanıcıların kişisel verilerini de içermektedir. Her kişisel veri işleme faaliyetinin temelini oluşturan aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından çeşitli problemler içeren ChatGPT gibi sohbet yazılımlarınca yapılan işleme faaliyetinin hukuka uygun olmadığı da bir başka sorun olarak göze çarpmaktadır. Bu çalışmada, sohbet yazılımlarının kullanımıyla birlikte ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkların var olan mevzuat ile karşılanamadığı, bu konuya ilişkin özel düzenlemelerin yapılması gerekliliği ve halihazırdaki mevzuatın sohbet yazılımları için nasıl yorumlanabileceğine yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** ChatGPT, Kişisel Verilerin Korunması, Sohbet Robotu, Sözleşme Özgürlüğü, Yapay Zeka

## **Abstract**

Chatbots have been actively used in many different sectors from health to e-commerce since it makes it possible to reduce personnel and operating costs. The validity of the contract, which is thought to be established between the parties consisting of the user and the chatbot, forms the basis of this discussion. The terms of the contract that the user will accept or reject due to the fact that the user does not know whether the other party is a real person or a virtual person before accepting the terms presented to him before the user starts using the chatbot also varies. The fact that the person communicating with the chatbot is not known and the chatbot creates messages tailored to the user's personal data directly affects the validity of the contract made in terms of contract autonomy and freedom of will. However, the big data stacks that are the source of the answers given by the chatbot and whose rights are disputed under the Law on Intellectual and Artistic Works no. 5846 also include the personal data of the users. Another problem stands out as the fact that the processing activity made by chatbots such as ChatGPT, which has various problems in terms of fulfilling the obligation of disclosure, which forms the basis of every personal data processing activity, is not in compliance with the law. In this study, it is discussed that the legal disputes that arise with the use of chatbots cannot be met with the existing legislation, the

necessity of making special arrangements regarding this issue and how the current legislation can be interpreted for chatbots.

**Keywords:** ChatGPT, Personal Data Protection, Chatbot, Freedom of Contract, Artificial Intelligence.

## GİRİŞ

Chatbot, kullanıcı ile sesli veya yazılı şekilde etkileşimde bulunarak verilen görevleri yapay zeka algoritmaları sayesinde otonom şekilde sonuçlandırabilen yazılım olarak tanımlanmaktadır.<sup>1</sup> “Bot” insan davranışını taklit eden yazılım programı olduğundan ve robot ile yazılım programı aynı durumu karşılamadığından Türkçe’ye sohbet robotu olarak çevrilen “chatbot” kavramı aslında “sohbet yazılımı”dır. Bu nedenle metin içinde chatbot kavramının karşılığı olan sohbet yazılımı terimi kullanılacaktır.

Maliyetlerin ve insan gücüne duyulan ihtiyacın azaltılması ve kısa sürede sonuç elde edilebilmesine imkan tanınması sayesinde, sohbet yazılımlarının kullanım alanı, günlük aktiviteler, müşteri ilişkileri, sağlık, elektronik ticaret, hukuk gibi pek çok alanda her geçen gün giderek artmaktadır.

Örneğin, bir internet sitesinde, aranan bilgilerin bulunması ve yanıtlanması, hem internet sitesinde bilgiye yer veren hem de aradığı bilgiyi bulmaya çalışan kişiler açısından bazı problemler oluşturabilmektedir. Sorularına yanıtlar arayan müşteri, müşteri hizmetleri ile iletişim kurmak isterken, uzun süre beklemesi ya da çalışma saatlerinden dolayı müşterinin istediği saatte iletişim kurulamaması gibi zorluklarla karşılaşabilmektedir.<sup>2</sup> Sohbet yazılımlarının verdiği cevaplar, kaynağı belirli veri topluluklarından türetildiği için, genellikle belirli bir standartta oluşmaktadır. Dolayısıyla, çağrı merkezindeki personelin duygu geçişlerine bağlı olarak hizmet kalitesinin artışı ya da azalması gibi bir durum söz konusu değildir. Ancak kullanılan sohbet yazılımının gelişmişlik seviyesine göre tüketicinin yanlış yönlendirilmesi yahut tüketicinin bir türlü istediği bilgiye erişememesi gibi durumlarla karşılaşılabilir.

---

<sup>1</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, “Chatbot Uygulamaları ve ChatGPT Örneği,” (2023): 6, erişim tarihi Temmuz 1, 2023.

<sup>2</sup> Chiara Valentina Misischia, Flora Poecze, Christine Strauss, “Chatbots in Customer Service: Their Relevance and Impact on Service Quality,” *Procedia Computer Science* 201 (2022): 423.



Sohbet yazılımlarının var olan faydalarının yanı sıra ortaya çıkan zararların tazmininin nasıl sağlanabileceği konusunda açık bir düzenleme bulunmadığından, ülkeler var olan mevzuatı çerçevesinde hukuki koruma sağlamaya çalışmaktadır. Bu çalışmada, sohbet yazılımları tanımlanarak başlıca kullanım alanları incelenecektir. Ardından sohbet yazılımların kullanımı esnasında ortaya çıkan ve paylaşılan kişisel verilerin işlenmesi dolayısıyla oluşan zararların tazmininin nasıl sağlanacağı tartışılacaktır. Ayrıca sohbet yazılımlarının sözleşme tarafı olup olamayacakları ve sözleşme özerkliğine etkileri analiz edilecektir. Son olarak sohbet yazılımlarının iletişimin diğer tarafından elde ettiği verileri kullanarak bir veri tabanı oluşturması konusuna dikkat çekilerek bu tür veri tabanları FSEK kapsamında incelenecektir. Çalışma ile şirketlerce sıkça kullanılan ChatGPT gibi sohbet yazılımlarının özellikle tüketicilerin sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında iradelerine etkisinin analizi amaçlanmaktadır. Tüketicilerin sözleşme özerkliğinin korunması için yapay zeka, derin öğrenme gibi bilişim teknolojilerinin uygulamaya aktarılmış hali olan sohbet yazılımı kullanan şirketler için getirilmesi gereken yeni hukuki yükümlülükler öngörülmüştür.

## I. SOHBET YAZILIMLARININ TANIMI VE KAPSAMI

Sohbet yazılımı, bir kullanıcıyla sohbet yoluyla etkileşim kurabilmek için insan iletişim becerilerini taklit eden bir konuşma yazılım sistemi olarak adlandırılmaktadır.<sup>3</sup> Sohbet yazılımları, kişilerin sorularına cevaplar bulmak, ulaşılmak istenen rotanın tarif edilmesi, akıllı bir evdeki ortam sıcaklığının ayarlanmasını sağlayan cihazların çalıştırılması, sesli olarak komut verildiğinde kişinin en sevdiği şarkının çalınması, soru taslakları hazırlamak ve anketlerin yanıtlanması, şirketlerin tüketicilerle ilişkilerinde destek sağlamak gibi çeşitli görevleri yerine getiren sanal yardımcı olarak tasarlanmıştır.<sup>4</sup> Maliyet tasarrufu sağlayan ve kullanıcılarda yüksek derece memnuniyet oluşturan süreçlerin otomasyonunu sağlayan bir araç olan sohbet yazılımları, etkileşim sağladığı insanların gerçekleştirebildiklerini kolaylaştırarak, belirli bir sonuca ulaşmak için sıralı şekilde konuşmalar yapabilen yazılımlardan oluşmaktadır. Bu sistemlerin

---

<sup>3</sup> Misischia, "Chatbots in Customer Service," 423.

<sup>4</sup> Dong-Min Park, Seong-Soo Jeong, and Yeong-Seok Seo, "Systematic Review on Chatbot Techniques and Applications," *Journal of Information Processing Systems* 18, no.1 (2022): 39.

amacı, bir insan muhatapla yapılan akıllı bir diyalogu kısa mesaj ya da sesli sohbet gibi yollarla simüle etmektir.<sup>5</sup> Bütün sohbet yazılımlarının işleyişi aynıdır ancak her sohbet yazılımı kendi alanına özgüdür. Bir başka deyişle, insanlardan gelen bir girdi, sohbet yazılımının bilgi tabanıyla eşleştirilmektedir.<sup>6</sup> Bu eşleştirme sonucuna göre sohbet yazılımı, iletişimdeki karşı taraf gerçek kişi için bir ileti oluşturmaktadır.

Sohbet yazılımlarında genellikle, görevleri otomatikleştirerek kullanıcılara iş faaliyetlerinde yardımcı olabilmek için yapay zeka kullanılmaktadır. Bunun için veri tabanları gibi birden fazla veri kaynağı sisteme entegre edilmektedir. Sohbet yazılımları, kullanıcı girdilerine ya da ortamdaki değişikliklere dayalı olarak eylemleri reaktif, proaktif ve otonom olarak gerçekleştirebilmesinin yanında bilgileri işleyerek gelecekteki diyaloglarda kullanıcı tercihlerini dikkate almak için kendi kendine öğrenme ve uyarlanabilir olma yeteneğine de sahiptir.<sup>7</sup>

Kullanıcılar sohbet yazılımında gerçek bir kişiyle konuşmadıklarını anladıklarında konuşmanın devam etmesini istemeyebilmektedir. Ancak modern sohbet yazılımlarının birden fazla kaynaktan gelen konuşma verileri üzerine kurulu olması, yazım hatalarına ya da kısaltmalara yer verebilen yazılımlar, etkileşimde bulunulan kişi için konuşmayı daha doğal hale getirebilmektedir.<sup>8</sup> Bu durum, kullanıcıların, iletişim kurdukları karşı tarafın gerçek kişi temsilci olmayıp sohbet yazılımı şeklinde sanal temsilci olduğunu anlamalarını zorlaştırmaktadır. Sohbet yazılımlarının kullanıcıların mesajlarını anlayabilme düzeyi ve mesajlara verdiği yanıtların uygunluk düzeyi, bu yazılımların geleceğini belirleyecek en önemli etkidir. Söz konusu yazılımların çalışması kusursuz hal aldığına, kullanıcılar sanal bir muhatapla konuştuklarını dahi fark etmeyebilecek,

---

<sup>5</sup> María D. Illescas-Manzano ve diğerleri, "Implementation of Chatbot in Online Commerce, and Open Innovation," *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity* 7, no.2 (2021): 1.

<sup>6</sup> Divya S, Indumathi V, Ishwarya S, Priyasankari M, Kalpana Devi S, "A Self-Diagnosis Medical Chatbot Using Artificial Intelligence," *Journal of Web Development and Web Designing* 3, no.1 (2018): 1.

<sup>7</sup> Raphael Meyer von Wolff, Sebastian Hobert ve Matthias Schuman, "How May I Help You? – State of the Art and Open Research Questions for Chatbots at the Digital Workplace," *Proceedings of the 52nd Hawaii International Conference on System Sciences* (2019): 96.

<sup>8</sup> Martin Hasal, Jana Nowaková, Khalifa Ahmed Saghair, Hussam Abdulla, Václav Snášel ve Lidia Ogiela, "Chatbots: Security, Privacy, Data Protection, and Social Aspects," *Concurrency and Computation: Practice and Experience* (2021): 2.

konuşmalara alışacak, bu durum video izlemek ya da internette gezinmek gibi sıradan bir hal alabilecektir.<sup>9</sup>

Sohbet yazılımlarında muhabata tavsiyede bulunmak, sorularını cevaplandırmak ve gerçek zamanlı iletişimin sağlanabilmesi için doğal dil işleme (natural language processing - NLP) adı verilen bir programlama kullanılmaktadır.<sup>10</sup> Son yıllarda gelişme kaydeden yapay zeka sistemlerinin temel teknolojisi olan doğal dil işleme, kullanıcılara hizmet verirken dil sınırlaması olmaksızın iletişim kurmak ve bilgi edinilmesine imkan tanımaktadır.<sup>11</sup> Doğal dil işleme, kullanıcının girdiği verileri yorumladıktan sonra karşılık gelen yanıt oluşturma şeklinde olabildiği gibi metin içerisindeki anahtar kelimeyle eşleşen kelimelere ya da belirli kalıplara dayalı yanıt verilmesi şeklinde de gerçekleşebilmektedir.<sup>12</sup>

Sohbet yazılımlarının en karmaşık yanı doğal dil işleme ve kullanıcı girişinin içeriğini tahmin etme yeteneğine ilişkindir. Böyle bir sistemin oluşturulabilmesi için yüksek seviyede kodlama becerisinin yanında doğal dil işleme ve makine öğrenimi temellerinin de yüksek seviyede olması gerekmektedir. Sohbet yazılımlarını çalıştıran makine öğrenimi (machine learning), bir bilgisayarın ya da bilgisayar programının önceden elde edilen verilere dayanarak yeni verilere uyum sağlama ve verileri değiştirme yeteneği olarak tanımlanabilir. Makine öğreniminin kullanım alanı her geçen gün artmakta, gelecekte de büyük veri kümelerinin analizinde yaygınlaşacağı düşünülmektedir.<sup>13</sup> Zira kullanıcılar, herhangi bir uygulamayı çalıştırmadan, bir internet sitesini ziyaret etmeden, ChatGPT gibi sohbet yazılımı servislerine mesaj göndererek gerekli bilgileri elde edebilmektedir. Kullanıcılar insan dilinde sorular yönelttiğinde sohbet yazılımı bunu anlayarak yanıt verebilmektedir. Söz konusu konuşmalar biriktikçe derin öğrenme teknolojisi daha işlevsel uygulanabilecektir.

---

<sup>9</sup> Park, "Chatbot Techniques and Applications," 40.

<sup>10</sup> Mischia, "Chatbots in Customer Service," 423.

<sup>11</sup> Park, "Chatbot Techniques and Applications," 26.

<sup>12</sup> Divya, "Chatbot Using Artificial Intelligence," 1.

<sup>13</sup> Max Kottorp ve Filip Jäderberg, "Chatbot as a Potential Tool For Businesses- A Study on Chatbots Made in Collaboration with Bisnode," 6, 14, erişim tarihi Temmuz 1, 2023.

## II. SOHBET YAZILIMLARININ ELEKTRONİK TİCARET SEKTÖRÜNDE KULLANIMI

Tüketici, her zaman alışveriş esnasında kendisine gerekli yardımı gösteren birini muhatap almak ister. Fakat, çalışanların duygu durumlarının değişkenliği, verilen hizmetin kalitesini doğrudan etkilemektedir. Çevrimiçi alışveriş yapan tüketiciler, çoğu zaman fiziksel alışveriş yöntemlerinin olumsuz etkilerinden sakınmak için çevrimiçi yöntemlere yönelmektedir.

Sohbet yazılımlarının elektronik hizmetlere dahil edilmesiyle müşteri hizmetlerinin iyileştirilmesi, çağrı merkezi temsilcisi ile görüşmek için uzun süre bekletilmelerin önüne geçilmesi, tüketicilerin bilgilendirilmesi ve soruna yönelik anlık çevrimiçi çözüm önerilerinin getirilmesi hedeflenmektedir. Böylelikle sohbet yazılımlarının, hizmet sunan şirketin sanal temsilcisi<sup>14</sup> olarak hareket ederek, tüketicilerin taleplerini en iyi şekilde karşılayarak, tüketici memnuniyetinin oluşmasını sağlayacağı düşünülmektedir.<sup>15</sup>

Sohbet yazılımlarının artış göstermesiyle birlikte ticari kaynaklı API'ler ile (Application Programming Interface -Uygulama Programlama Arayüzleri) akıllı yazılımlar yaygınlaşmaya başlamıştır. Çoğu API çözümleri, sohbet yazılımlarının temellerini oluşturmaktadır. Sohbet yazılımlarının maliyeti uygulama, geliştirme ve bakım maliyetleriyle sınırlı olduğundan API'ler hizmetlerini düşük fiyatlı sunabildiği gibi ücretsiz de sunabilmektedir.<sup>16</sup> Bu şekilde ücretsiz API hizmetinden faydalanarak şirketler sohbet yazılımlarını oluşturma ve müşteri temsilcisi yerine sohbet yazılımı kullanarak maliyeti azaltma yoluna gidebilmektedir. Bir başka ifadeyle API'ların düşük maliyetli olması, şirketleri müşteri temsilcisi istihdam etme ya da çağrı merkezleriyle anlaşma yerine daha düşük maliyetle tüketicilere sohbet yazılımı sunma yoluna yönelten etkenlerdendir.

---

<sup>14</sup> ChatGPT gibi sohbet yazılımlarının sanal temsilci olarak nitelendirilmeyip bir tür iletişim aracı olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde de görüşler bulunmaktadır. Emily M. Weitzenboeck, "Electronic Agents and the Formation of Contracts," *International Journal of Law and Information Technology* 9, no. 3 (2001): 204. Ancak genel kabul bunların sanal temsilci olduğu yönündedir.

<sup>15</sup> Misischia, "Chatbots in Customer Service," 422.

<sup>16</sup> Max Kottorp ve Filip Jäderberg, "Chatbot," 3, 15.

Anlık mesajlaşma tabanlı uygulamaların kullanıcıların hayatlarını kolaylaştırdığı ve yalnızca mesajlaşma işlevini yerine getirmek yerine yeni akıllı sistemlerin kullanımı da dahil edilerek uygulamaların kapsamlarının genişletildiği gözlenmektedir.<sup>17</sup> Dünya çapındaki küresel şirketlerin, yapay zeka kişisel asistan pazarındaki rekabetleri artmaktadır. Amazon Alexa, Google Assistant, Microsoft Cortana ve Apple Siri gibi asistan hizmetleri sohbet yazılımları örneklerinden olup tüketicilerin yaşam kalitelerini artıran ve ofislerdeki günlük iş planlarındaki danışmanlık görevlerini yerine getiren otomasyon hizmetleridir. 2011 yılında Apple Siri, 2012’de Google Now, 2014’te Microsoft Cortana ve 2015’te Facebook Messenger ile asistan hizmetleri ticarileştirilmiştir. Amazon Echo, Google Home, Apple HomePod’un, Samsung’un yapay zeka asistan hizmeti olan Bixby’nin piyasadaki yerini almasıyla birlikte rekabet daha da artmıştır.<sup>18</sup> Büyük teknoloji devi şirketlerin sanal asistan kullanımındaki rekabetleri, bu tür sohbet yazılımlarının tüketicinin karar alma sürecinde büyük veri kullanarak iletişim sırasında tüketiciyi istediği şekilde yönlendirerek şirket kârını artırmada büyük etkileri olmasından kaynaklanıyor olsa gerektir.<sup>19</sup>

Yapay zeka, belirli bir yapıya ya da amaca bağlı olmaktan ziyade daha çok hızlı düşünme ve gerçekleri analiz etmeyle ilgilenmektedir. İnsanlara benzeyen ve dünyayı yönetecek etkili robotlar ortaya çıkmasına yönelik fikirler akla gelse de bu robotların insanların yerini almasının amaçlanmadığı düşünülmektedir. Yapay zeka yazılımları, insan potansiyelini ve katkılarını önemli ölçüde geliştirerek ortaya çıkartılan ürünlerin daha kusursuz şekilde işlemesine katkıda bulunmaktadır. Örneğin; otomobillerdeki güvenlik derecelerinin sürekli gelişme kaydetmesi ve otonom sürüşlerin yaygınlaşması ya da yapay zeka ile akıllı telefonların insanların ihtiyaç duyduğu bilgileri hızla karşılarına çıkarması insan hatası faktörünün de en aza indirgenmesine yardımcı olmaktadır.<sup>20</sup> Bununla birlikte yapay zekanın büyük veri ile elde ettiği anlamlı bilgileri kullanabilmesi,

---

<sup>17</sup> Park, “Chatbot Techniques and Applications,” 26.

<sup>18</sup> Park, “Chatbot Techniques and Applications,” 38-39.

<sup>19</sup> Bu konu, “Sözleşmeler Hukuku Kapsamında Sohbet Yazılımları” başlığında detaylı tartışılmıştır.

<sup>20</sup> Saqib Hussain, Safa Hamood Al-Hashmi, Mazhar Hussain Malik, Syed Imran Ali Kazmi, “Chatbot in E-learning,” In SHS Web of Conferences: International Conference on Teaching and Learning – Digital Transformation of Education and Employability 156 (2022): 1.

minimum sürede maksimum veriyi analiz ederek işlemlerine yön vermesi nedeniyle gerçek kişi müşteri temsilcilerinin yerini aldığı gözlemlenmektedir. Özellikle Amazon, Google, Microsoft, Starbucks veya Apple gibi şirketlerin gerçek kişi temsilcilerin yerine sanal temsilcileri tercih etmesi, aslında yapay zekanın insanların yerini almayacağı iddiasının gerçek hayata yansımadağını göstermektedir.

Sohbet yazılımları tüketicilere yalnızca sistemli şekilde cevap vermeye değil aynı zamanda müşterilerin davranışlarını tahmin etmeye, duygularını anlamaya ve belirli ürünlere yönelik tercihlerin belirlenmesine imkan tanımaktadır. Toplanan veriler saklanarak yapay hafızalar vasıtasıyla gelecekteki konuşmalar için konuşma geçmişleri kaydedilebilmektedir. Bu sayede, toplanan müşteri verileri ile tüketici davranışları ve karar verme süreçleri sohbet yazılımlarınca uyarlanarak, tüketicilerin kendilerine en uygun sonuçlar elde etmesine yardımcı olunmaktadır.<sup>21</sup> Diğer taraftan bu verilerin kullanılmasıyla tüketicinin iradesini etkileyecek şekilde konuşma geliştirilerek sözleşme özerkliği ihlal edilebilmektedir. Hizmet sektöründe sohbet yazılımları sayesinde tüketicilerin isteklerine göre örneğin; Starbucks'ın duyurduğu My Starbucks Barista uygulaması ile içecek siparişi ve ödeme yapılması gibi hizmetler sunulabilmektedir. Otomatik interaktif sohbet yazılımı platformlarının halihazırda şirketlerin müşterilerine verdikleri çağrı merkezi hizmeti veren personellerin ya da hukuk, tıp, finans gibi alanlardaki uzmanlık gerektiren danışmanların yerini alması beklenmektedir.<sup>22</sup> Bu durum, gelecekte sohbet yazılımlarına olan rekabetin artacağı beklentisini doğurmaktadır. Bu şekilde tüketicilerin gerçek kişilerle değil sohbet yazılımlarıyla iletişim kurarak sözleşme yapıp yapmamaya karar verebilecekleri yahut sözleşme içeriğini gerçek kişilerle değil sohbet yazılımlarıyla tartışarak belirleyecekleri daha fazla sektör olacağını göstermektedir.

### **III. SOHBET YAZILIMLARININ SAĞLIK SEKTÖRÜNDE KULLANIMI**

---

<sup>21</sup> Misischia, "Chatbots in Customer Service," 423.

<sup>22</sup> Park, "Chatbot Techniques and Applications," 27, 39.

Tıbbi bir sohbet yazılımı, semptomlara göre kişiselleştirilmiş teşhisler elde edilmesini sağlayabilmektedir. Kullanıcı ki bu durumda hasta sıfatını haizdir, sohbet yazılımı ile metinden metine iletişim kurarak hastalığını öğrenmekte, veri tabanında yer alan hastalığına ilişkin ayrıntıların yer aldığı sohbet geçmişine istediği zaman ulaşabilmektedir. İnsanların hastalıkları ile ilgili bilgiye ulaşması için mesafeleri ortadan kaldıran, internet bağlantısı olan herhangi bir teknolojik aletle gerekirse sesli bir komut tanımlanarak sanal bir muhatap ile karşılaşması, veri tabanının da geliştirilmesiyle hastalıkların tedavisinde önemli bir çözüm yolu olarak savunulmaktadır.<sup>23</sup> Ancak bu durumda özellikle hasta ile iletişimde duygulardan yoksun, empati yeteneğini haiz olmayan, gerçek kişi doktor yahut sağlık çalışanlarının haiz oldukları etik değerleri bulunmayan bir sohbet yazılımı ile hastanın sağlığı konusunda iletişimde olmasının hasta üzerinde neden olabileceği riskler göz ardı edilmemelidir.

Bir sohbet yazılımı, ancak hastalıkları teşhis edebildiği ve gerekli bilgileri verebildiği zaman kullanıcılar için gerçekten fayda sağlayabilir.<sup>24</sup> Sağlık alanında sohbet yazılımları sayesinde, daha düşük maliyetlerle ve kolay şekilde tanı konulabilmektedir. Bu sistem ile, kullanıcıya sanki bir insanla sohbet eder gibi sağlık sorunlarını sorabileceği bir konuşma aracı sağlanmaktadır. Sohbet yazılımı, daha sonra hastalığı teşhis edebilmek için kullanıcıya rahatsızlığı hakkında bazı sorular yöneltmektedir. Sistemin, geçmişte verilen yanıtları hatırlaması ve tanının belirlenmesi için gittikçe daha spesifik sorular yöneltmesi beklenmektedir. Sohbet yazılımının veri tabanında hastalıklar liste halinde bulundurulması yazılımda yer alan her belirti, kullanıcıdaki belirtilerle karşılaştırılmaktadır. Eşleşen belirti bulunana kadar, sonraki belirtiler kontrol edilmektedir. Sohbet yazılımı, mevcut verilerle hastanın verdiği bilgileri karşılaştırarak muhtemel hastalığı tespit ederek kullanıcıya bildirmektedir. Tespit edilen hastalığın ciddiyetine göre kullanıcının bir uzmana başvurması için ilgili doktorun bilgilerini de kullanıcıya ulaştırmaktadır.<sup>25</sup> Böylelikle, sağlık hizmetleri veren sohbet yazılımı sayesinde hastalara 7 gün 24 saat sağlık hizmeti sunan

---

<sup>23</sup> Divya, "Chatbot Using Artificial Intelligence," 5-6.

<sup>24</sup> Harsh Mendapara, Suhas Digole, Manthan Thakur, Anas Dange. "AI Based Healthcare Chatbot System Using Natural Language Processing," *International Journal of Scientific Research and Engineering Development* 4, no.2 (2021): 89.

<sup>25</sup> Divya, "Chatbot Using Artificial Intelligence," 2, 5.

personel çalıştırma maliyetleri yerine hastanın ne istediğine rehberlik edebilecek tam donanımlı bir yardımcı ile müşteri memnuniyeti sağlanması amaçlanmaktadır.<sup>26</sup> Ancak bu sohbet yazılımının hastayı yanlış yönlendirmesi durumunda ruh ve vücut bütünlüğüne yönelik bu tür uygulamaların barındırdığı riskler ile sunduğu faydanın karşılaştırılarak haklar çatışmasında kişinin sağlık hakkına öncelik verilerek dengeleme yapılması gerekmektedir.

Sağlık sektörünün dijitalleşmeye başlaması ve hasta verilerinde yapay zeka kullanılmasıyla, daha işlevsel makine öğrenimi modellerinin gelişmesi beklenmektedir. Sağlık alanındaki yazılımların, daha fazla dil seçeneği sunmaya ve yazılımdaki sözcüklerin sayısı artmaya başladığında kullanıcı deneyimlerinin de olumlu yönde aşama kaydedeceği düşünülmektedir.<sup>27</sup> Zira mevcut bilişim teknolojilerinin hasta ile iletişimde risksiz ve doğru yönlendirme yapacağına garantisi verilememektedir. Ancak yapılacak geliştirmeler neticesinde, hastaların semptomlarının analizi yapılarak daha fazla hastalığın zamanında tanımlanması mümkün hale gelebilecektir. Ayrıca bu şekilde hastaların yazılımlar tarafından işlenecek verilerinin anonim ve güvenli şekilde oluşturulması, sağlık sektörünün sohbet yazılımlarına entegrasyonu açısından önemlidir.

## **I. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KAPSAMINDA SOHBET YAZILIMLARI**

### **A. Sohbet Yazılımların Kişisel Verilerin İşlenmesindeki Temel İlkeler Kapsamında Değerlendirilmesi**

Sohbet yazılımları tarafından kullanıcıların kişisel verilerinin yapay zeka algoritmalarının geliştirilmesi amacıyla kullanılmasının birey açısından olumlu etkileri olabilmektedir. Örneğin, sağlık alanında faaliyet gösteren sohbet yazılımlarında bu veriler doğrultusunda kullanıcının profili rahatlıkla algılanmakta, genel ifadeler yerine kullanıcının kendisiyle ilgili olabilecek sonuçlar çıkartılabilmesi sayesinde sohbet yazılımları kullanıcı açısından faydalı olabilmektedir.

---

<sup>26</sup> Mendapara, "Natural Language Processing," 1.

<sup>27</sup> Maria V. Vasileiou ve Ilias G. Maglogiannis, "The Health ChatBots in Telemedicine: Intelligent Dialog System for Remote Support," *Journal of Healthcare Engineering*, (2022): 10.



Diğer taraftan, yapay zeka ürünü olan sohbet yazılımlarının bilgi çıktılarını hazırlarken kullandığı kaynak, büyük veri (big data)dir. Bu yazılımlarda çıktılarının oluşturulabilmesi için kişisel veriler işlenerek yeni kişisel verilerin üretilmesine ortam hazırlanmaktadır. Başka bir ifadeyle, yapay zekanın kullandığı kaynak da hazırladığı çıktı da kişisel verilerle ve hatta özel nitelikli kişisel verilerle ilişkilidir.<sup>28</sup> Fakat yapay zeka sayesinde karar mekanizmasının oluşturulduğu sohbet yazılımlarındaki algoritmalar, kişisel verilerin korunmasına yönelik hukuki yorum yapamadığı için işleme faaliyetleriyle bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiklerinin farkına varamamaktadır.<sup>29</sup>

Sohbet yazılımları da diğer tüm veri işleyen sistemler gibi gerek Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) gerek KVKK kapsamında meşru amaçla sınırlı olma, şeffaflık, hesap verilebilirlik gibi ilkelere tabidir. Ancak sohbet yazılımlarının kullanıldığı iletişim ve işlemlerde kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesi için gerekli ilkelerin ihlal edildiği durumlarla karşılaşılabilir. Öyle ki Amerika’da ChatGPT’nin mahremiyeti ihlal ettiği, yapay zeka ile ses taklidi yapılarak dolandırıcılık suçuna ortam hazırladığı gibi iddialarla kamu güvenliğinin korunması amacıyla ABD Federal Ticaret Komisyonu’na ChatGPT hakkında şikayette bulunulmuştur. Bunun üzerine, Amerika dışında Almanya, Fransa gibi başka ülkelerde de konuyla ilgili incelemeler başlatılmış olup Avrupa Veri Koruma Kurulu (EDPB) yapay zeka görev gücünü kurmaya karar vermiştir. Bu tür gelişmeler, günümüzde ülkelerin iç hukuklarında yapay zeka yazılımlarına yönelik düzenlemeler getirilmesinin bir ihtiyaç olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>30</sup>

İtalya Ulusal Veri Koruma Otoritesi (Garante per la Protezione dei Dati Personali-GPDP), ChatGPT’nin küçük çocukları yaşına uygun olmayan cevaplara maruz bırakması, gerçek verilerle uygun olmayan sonuçlara varması ve kişisel verileri yanlış şekilde işlemesi gibi nedenlerle uygulamanın İtalya’da kullanımını

---

<sup>28</sup> Fatma Başkaya ve Hacer Karacan, “Yapay Zekâ Tabanlı Sistemlerin Kişisel Veri Mahremiyeti Üzerine Etkisi: Sohbet Robotları Üzerine İnceleme,” *Bilişim Teknolojileri Dergisi* 15, no. 4 (2022): 481-482.

<sup>29</sup> Erdem Büyüksağış, “Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı,” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 531.

<sup>30</sup> Merve Hickok, “Üretici Yapay Zekâ Neden Mahremiyet, Ön Yargı ve Siber Güvenlik Açısından Bir Kâbus Oluşturuyor?,” *Kişisel Verileri Koruma Kurumu Bülten*, no.1 (2023): 8.

durdurmuştur.<sup>31</sup> Bunun akabinde ChatGPT, İtalya'daki kullanım yasağını kaldırmak için İtalya Ulusal Veri Koruma Otoritesi'nin talep ettiği koşulları yerine getirmiştir. Kişisel verilerin işleme faaliyetlerini daha ayrıntılı şekilde açıklamıştır. Bununla birlikte, ChatGPT İtalya'daki kişiler için gizlilik politikasında uygulamanın 13 yaş altındaki kişilerin kullanımına uygun olmadığını belirtmiş, 13 ila 18 yaş arasındaki çocukların ise velilerinden izin alması gerektiğine yer vererek kullanıcıdan onay alınmasını sağlayan bir mekanizma kurmuştur.<sup>32</sup> Fakat henüz Türkiye'den uygulamaya erişenler için böyle bir kontrol mekanizması bulunmadığı görülmektedir. Çocukların kişisel verilerinin ve çocuğun üstün yararının korunması için İtalya'dan erişim sağlayan kullanıcılar için getirilen düzenlemelerin benzer şekilde Türkiye'den erişim sağlayan çocuklar için de yapılması ve onay mekanizmasının kurulması gerekmektedir.

Google AI, Open AI gibi şirketler tarafından geliştirilen sohbet yazılımlarındaki yapay zeka, veri çıktıları oluşturabilmek için faydalandığı veri yığınlarını çoğunlukla kamuya açık kaynaklardan edinmekte fakat bu kaynaklar kişisel veriler de içerebilmektedir. Yazılımlar tarafından kullanılan veri yığınlarının kaynağı ve içeriği hakkında ayrıntılı bilgi verilmemesi nedeniyle kişilerin başta mahremiyet hakkı olmak üzere, telif haklarının da ne ölçüde ihlal edildiği konusunda bilgi edinilememektedir.<sup>33</sup> Bununla birlikte, başlangıçta bireyden rıza alınırken belirlenen amaç dışında başka bir amaç için kişisel verinin işlenmesi gibi öngörülemeyen riskler mevcuttur.<sup>34</sup> Nitekim, ChatGPT'nin internet sayfasında yer alan gizlilik politikasında da elde edilen kişisel verilerin yapay zeka modelini eğitmek için kullanılabilmesine açıkça yer verilmiştir.<sup>35</sup> Sohbet

---

<sup>31</sup> [bbc.com/turkce](https://www.bbc.com/turkce/articles/cw0971dy8rzo), "ChatGPT, Kişisel Veri Kurallarını İhlâl Ettiği Gerekçesiyle İtalya'da Bloke Edildi," <https://www.bbc.com/turkce/articles/cw0971dy8rzo>, erişim tarihi Temmuz 3, 2023.

<sup>32</sup> [theverge.com](https://www.theverge.com), "ChatGPT Returns to Italy After Ban," <https://www.theverge.com/2023/4/28/23702883/chatgpt-italy-ban-lifted-gdpd-data-protection-age-verification>, erişim tarihi Temmuz 7, 2023.

<sup>33</sup> Hickok, "Üretici Yapay Zekâ," 7.

<sup>34</sup> Barış Özçelik, "Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler," *Adalet Dergisi*, no. 66 (2021): 96.

<sup>35</sup> Open AI, "Privacy Policy," [openai.com](https://openai.com/policies/privacy-policy), <https://openai.com/policies/privacy-policy>, Erişim Tarihi: 8 Temmuz 2023; Open AI, "How Your Data is Used to Improve Model Performance," [openai.com](https://help.openai.com/en/articles/5722486-how-your-data-is-used-to-improve-model-performance), <https://help.openai.com/en/articles/5722486-how-your-data-is-used-to-improve-model-performance>, erişim tarihi Temmuz 8, 2023.

yazılımlarında, bireylerin kişisel verilerinin nasıl işlendiğine ilişkin bilinçli olmalarına yönelik çabalar mevcut olsa da elde edilen kişisel verilerin nasıl işlendiğine yönelik açık ifadeler bulunmamakta olup şimdiye kadar algoritmik şeffaflık sağlanamamıştır.<sup>36</sup>

Sohbet yazılımlarının kişisel verilerin temel ilkelerine uyumu konusunda bir diğer önemli husus ise kullanıcıdan hukuka uygun açık rızanın alınıp alınmadığıdır. GDPR'nin 4. maddesinde ayrıntılarına yer verilen açık rıza ile sohbet yazılımlarında alındığı iddia edilen rıza arasında fark vardır. İlgili maddede rıza, bireyin özgür iradesiyle, belirli bir konuya dair kendi beyanı veya onay verdiğiğine dair bir davranışı ile kişisel verisinin işlenmesine yönelik açık gösterge olarak tanımlanmıştır. Sohbet yazılımlarının temelini oluşturan yapay zeka yazılımlarının kişisel veriler ile ne şekilde ve hangi konularla sınırlı olarak eğitildiği konusunda bir açıklık olmadığından; ilgili kişilerin tam ve doğru şekilde bilgilendirildiği söylenemez. Bu sebeple, kullanıcıların aydınlatma metinleri ve gizlilik politikalarında belirtilen ve genellikle veri işleme faaliyetinin ne şekilde olduğuna yer verilmeyen bilgilendirme metinleri ile verisi işlenen kişilerin vermiş oldukları onaylar, GDPR'a uygun rıza anlamına gelmemektedir.

Veri sorumlusu, açık rıza olarak veya KVKK'daki diğer kişisel veri işleme hallerine uygun şekilde işleme faaliyeti gerçekleştirmeden önce aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir.<sup>37</sup> Özellikle sağlık sektöründe faaliyet gösteren sohbet yazılımları açısından özel nitelikli kişisel verileri işlemeleri nedeniyle şeffaflığın sağlanması daha büyük önem taşımaktadır. Alınan rızanın hukuka uygunluğu, kişisel verilerin yalnızca bireylerin istediği kadarının işlenmesine onay verilmesi şeklinde seçenek sunulmasıyla şeffaflığın sağlanması mümkün hale gelebilecektir.<sup>38</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, bu uygulamalar geliştirilirken veri sorumlularının mahremiyet hakkı başta olmak üzere temel hak

---

<sup>36</sup> Rahime Belen Sağlam, Jason R. C. Nurse, "Is your Chatbot GDPR Compliant? Open Issues in Agent Design," in. CUI '20: Proceedings of the 2nd Conference on Conversational User Interfaces, 2-3.

<sup>37</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Hakkında Kamuoyu Duyurusu," <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6765/AYDINLATMA-YUKUMLULUGUNUN-YERINE-GETIRILMESI-HAKKINDA-KAMUOYU-DUYURUSU>, erişim tarihi Temmuz 8, 2023.

<sup>38</sup> Belen Sağlam, "Chatbot," 3.

ve özgürlükleri gözeterek veri minimizasyonu ilkesi çerçevesinde kişisel verilerin en az düzeyde işlenmesine ve işlenen verilerin doğruluğunun sağlanmasına yönelik çalışmalar yapmaktadır. Bireylerin kişilik haklarına müdahalenin azaltılabilmesi amacıyla verileri üzerinde seçim yapma hakkı tanınması ve talepleri halinde kişisel verilerinin imha edilmesi gerektiğine yönelik tavsiyelerde bulunmaktadır.<sup>39</sup>

ChatGPT’de kullanıcıların, kişisel verilerinin yazılımın eğitilmesi amacıyla kullanılmasını istememesi durumunda “User Content Opt Out Request-Kullanıcı İçeriğini Devre Dışı Bırakma İsteği” adıyla anılan bir form doldurarak haricen talepte bulunmaları gerekmektedir.<sup>40</sup> Adından da anlaşılacağı üzere, bu süreç opt-out şeklinde ilerlemektedir. Diğer bir ifadeyle, yazılımdan faydalanmak isteyen kullanıcıların içerikleri, yapay zekanın eğitimi ve diğer kullanıcılara içerik oluşturmak için kullanılması, yazılıma giriş yapılmasıyla birlikte varsayılan otomatik seçenek olarak gelmektedir. Kişisel verilerinin söz konusu şekilde işlenmesini istemeyen kullanıcıların ayrıca bir form doldurarak içeriklerinin kullanılmasını istemediklerine yönelik talepte bulunmaları gerekmektedir. Kullanıcının onayının arandığı çoğu alanda, işlem gerçekleştirildikten sonra işlemin tekrarlanmasının reddedilmesine yönelik vazgeçme olarak adlandırılan opt-out<sup>41</sup> yöntemden uzaklaşmaktadır. Yapay zekanın kullanıldığı yenilikçi olarak nitelendirilen sohbet yazılımlarında opt-out uygulamalara devam edilmesi, özel nitelikli kişisel verilerin de işlenebildiği göz önünde bulundurulduğunda, yazılımların yenilikçi olan karakteriyle bağdaşmamaktadır. Kişisel verilerin ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde aranan açık rıza şartının ChatGPT kullanıcıları için yerine getirilmediği kabul edilmelidir. Zira rızanın geçerli rıza olarak kabul edilebilmesi için genel işlem koşulları şeklinde kişisel verilerin işleneceğinin belirtildiği kullanım şartlarının kullanıcı tarafından onaylanması

---

<sup>39</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zeka-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasına-Dair-Tavsiyeler>, 12-13, erişim tarihi Temmuz 8, 2023.

<sup>40</sup> ChatGPT, Kullanıcı İçeriğini Devre Dışı Bırakma İsteği Formu, [https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLScrnC-\\_A7JFs4LbIuzevQ\\_78hVERINqqCPCt3d8XqnKOfdRdQ/viewform](https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLScrnC-_A7JFs4LbIuzevQ_78hVERINqqCPCt3d8XqnKOfdRdQ/viewform), erişim tarihi Temmuz 9, 2023.

<sup>41</sup> Opt-out, Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/opt-out>, erişim tarihi Temmuz 9, 2023.

yeterli değildir. Kullanıcıya tıpkı kişisel verileri işleyen çerezlerde sunulduğu gibi “kabul etme” ve “reddetme” seçenekleri eşit şekilde aynı anda sunulmalıdır. Kullanıcıya kişisel verilerinin işlenmesini kabul etmeme seçeneğinin “User Content Opt Out Request-Kullanıcı İçeriğini Devre Dışı Bırakma İsteği” adıyla anılan bir form doldurarak haricen talepte bulunmaları şeklinde bir külfet ile getirilmesi durumunun; kullanıcıdan kullanım şartları çerçevesinde alınmış olan rızanın geçerliliğini etkilediği göz ardı edilmemelidir. Bu durumda kullanıcı kişisel verilerinin işlenip işlenmemesi tercihlerinden hür iradesiyle verilerinin işlenmesine rıza göstermemektedir. Bilakis kullanıcı, ChatGPT kullanmak istiyorsa kişisel verilerinin ve sağlık verilerinin işlenmesi zorunluluğuna katlanmak zorunda bırakılmaktadır. Kullanıcı sonradan “Kullanıcı İçeriğini Devre Dışı Bırakma İsteği” adındaki formu doldurarak haricen talepte bulursa dahi o zamana kadarki süreçte kişisel verilerinin işlenmesine katlanmak zorunda bırakılmaktadır. Bu durumda kullanıcının söz konusu formu doldurup kişisel verilerinin işlenmesini reddetmesi durumunda form başvurusu sonuçlanıncaya kadar geçenki süreçte kişisel verilerin işlenmesinin hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir. Zira ortada kullanıcıya eşit ölçüde sunmuş kişisel verilerin işlenmesini “kabul” veya “red” seçeneği olmadığından kullanıcının sonuçlarını öngörerek bilerek isteyerek hür iradesiyle yapabileceği bir tercih sunulmadığından kişisel verilerinin işlenmesine verdiği bir rıza da bulunmamaktadır.

Her ne kadar AB hukukuna uygun güncellemeler ile kullanıcılar lehine geliştirmeler yapılıyor olsa da Türkiye’den uygulamaya giriş sağlayan kullanıcılara sunulan aydınlatma metninin halihazırda İngilizce olduğu gözlemlenmektedir. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Tebliği’nin<sup>42</sup> 5/1-(ğ) maddesinde, bilgilendirmenin açık, sade ve anlaşılır bir dilde yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Türkiye’de yerleşik kimselere bilgilendirmenin İngilizce dilde yapılıyor olması, bilgilendirmenin anlaşılır şekilde yapılmadığını göstermektedir. Kullanıcıların İngilizce bilme ihtimalinin düşük olduğu göz önünde bulundurulduğunda; veri sorumlusu olan yazılım geliştiricinin, ChatGPT özelinde düşünüldüğünde Open AI’nın, bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği, şeffaflığın

---

<sup>42</sup> R.G. 10.03.2018, S. 30356.

sağlanamadığı, dolayısıyla da hukuka uygun veri işleme faaliyetinin gerçekleşmediği açıkça ortadadır. Bilgilendirme yükümlülüğünün hukuka uygun şekilde yerine getirilmediği durumlarda kullanıcıdan alınan rıza geçerli rıza değildir. Bu durumda ChatGPT'nin Türkiye'deki kullanıcılarının kişisel verilerini işlemesi hukuka aykırıdır.

## B. Sohbet Yazılımlarının Neden Olduğu Zararların Tazmini Sorunu

Hukuk, sağlık, alışveriş gibi hayatın her alanında aktif rol alan yapay zekalı sohbet yazılımlarının vermiş olduğu bazı kararlar nedeniyle, bireyin mahremiyet hakkı, beden bütünlüğü, kişisel verilerin korunması hakkı gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale sayılabilecek birtakım maddi ve manevi zararlar ortaya çıkabilmektedir.<sup>43</sup> Bu durumda ortaya çıkan zararların kime ait olacağı belirgin değildir.

Özellikle, sağlık sektöründe işlenen hassas verilerin sınırlı hallerde işlenmesi ve güvenli şekilde saklanmasına, kişisel verilerin korunmasına yönelik mevzuatın ilk çıktığı günden beri önem verilmektedir. Nitekim, AB'de kişisel verilerin korunmasının yapay zeka teknolojilerine uygun olacak şekilde regüle edilmesine yönelik hazırlanan Yapay Zeka Yasa Tasarısı'nda<sup>44</sup>, sağlık sektöründeki yapay zeka kullanılan sistemler, yüksek riskli yapay zeka sistemleri kategorisine dahil edilmiştir.

Yüksek riskli yapay zeka sistemlerinde kişisel veri ihlali yaşanmaması önceliklendiğinden; Yapay Zeka Yasa Tasarısı'nda hukuki sorumluluğun özellikle yüksek risk içeren sektörlerde yapay zekanın kullanıldığı yazılımların hizmet sağlayıcılarında ve yazılımı oluşturan, tasarlayan ve geliştiren yazılım şirketlerinde olduğu açıkça belirtilmiştir.<sup>45</sup>

Türk hukukunda, yapay zeka kullanılan sohbet yazılımlarında kişisel verilerin ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini konusunda henüz ayrıntılı

<sup>43</sup> Gökhan Erdoğan, "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış," *Adalet Dergisi*, no. 66 (2021): 160.

<sup>44</sup> "The Proposal for a Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts", [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF), erişim tarihi Temmuz 10, 2023.

<sup>45</sup> Artificial Intelligence Act, 31.

bir düzenleme bulunmadığından; söz konusu zararın tazmininde Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>46</sup> 66/3 maddesine başvurulmaktadır. Kusursuz sorumluluk hallerinden işletme sorumluluğu şeklinde incelenen Türk Borçlar Kanunu'nun 66/3 maddesinde belirtildiği üzere, özen sorumluluğu gereğince işletme sahibi, zarar doğmasını önleyecek gerekli önlemleri aldığını ispat etmediği sürece, işletmenin gerçekleştirdiği faaliyetlerin neden olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü kılınmıştır. Yapay zeka vasıtasıyla işleme faaliyetinin gerçekleştiği düşünüldüğünde; henüz kişiliği olmayan bir unsur tarafından gerçekleştirilen eylemlerin sorumluluğunun, bu uygulamayı geliştirenlere atfedilmesi uygun olacaktır.<sup>47</sup>

Yapay zeka kullanılan sistemler tarafından ortaya çıkartılan sonuçların sebeplerinin kaynağının tespit edilememesi durumu kara kutu problemi olarak tanımlanmakta olup, bu durum illiyet bağının kurulmasını güçleştiren bir unsur olarak görülmektedir.<sup>48</sup> Yapay zeka algoritmasının verdiği karar ile bireyin uğradığı zarar arasında illiyet bağı kurulamadığından bireyin maddi tazminat taleplerinin karşılanması güç olmaktadır. Manevi tazminat talepleri ise caydırıcı ve işlem nedeniyle oluşan elemin kısmen karşılanmasına yönelik olduğundan; zarara uğrayanlar açısından başvurulması daha muhtemel bir seçenek olarak görünmektedir.<sup>49</sup>

Yapay zekanın kullanıldığı sohbet yazılımlarının kullanımı sebebiyle ortaya çıkan zararlarda kullanıcının da hukuki ve cezai sorumluluğu doğabilmektedir. Kullanıcının sorumluluğunun olup olmadığının tespiti, özellikle yüksek risk içeren yapay zeka sistemlerinin kendisini eğitmek için kullandığı verilerin ve kullanıcının problem yaşadığı esnada sistem tarafından tutulmuş olan kayıtların incelenmesiyle mümkün olabilecektir. Bu durumda, log kayıtlarının yetkili makamlarca incelenebilmesi ihtimaline yönelik olarak makul bir süre tutulması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> R.G. 04.02.2011, S. 27836.

<sup>47</sup> Büyüksağış, "Yapay Zeka," 537-538.

<sup>48</sup> Özçelik, "Yapay Zeka," 100.

<sup>49</sup> Büyüksağış, "Yapay Zeka," 536.

<sup>50</sup> Erdoğan, "Yapay Zeka," 163.

Yapay zeka yazılımlarının verdiği otonom kararlar sebebiyle ortaya çıkan zararların tazmini probleminde sorumluluğun kime ait olduğunun tespitinin zor olması nedeniyle, AB Robotikler Hakkında Medeni Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu'nda<sup>51</sup> yapay zeka yazılımına elektronik kişilik kazandırılmasına yönelik öneride bulunulmuştur. Buradan hareketle, yazılımın kusursuz sorumluluğu taraflarca kabul edilerek zararların tazmini, oluşturulan fondan sağlanacaktır.<sup>52</sup> Buna ilişkin düzenlemenin yasal çerçevesi netleştirilene kadar taraflar arasında sorumluluğun kime ait olduğu tartışılmaya devam edecektir.

#### IV. SÖZLEŞMELER HUKUKU KAPSAMINDA SOHBET YAZILIMLARI

##### A. İrade Beyanı Açısından Değerlendirme

Sözleşmenin tarafları irade özerkliği kapsamında özel hukuk ilişkilerini hür iradeleri uyarınca düzenleme yetkisini haizdir. İrade özerkliğinin doğal bir sonucu olarak değerlendirilen ve temel hak ve hürriyetler arasında yer alan sözleşme hürriyeti<sup>53</sup> Türk hukuk sistemi gibi modern hukuk sistemlerinde mutlak şekilde değil, sınırlı olarak kabul edilmiştir. Ancak burada sözleşme hürriyeti esas, sınırları ise istisnadır.<sup>54</sup> Nitekim sözleşme hürriyeti, kişinin hür iradesiyle kendi

<sup>51</sup> "Civil Law Rules on Robotics," [<sup>52</sup> Erdoğan, "Yapay Zeka," 172-173.](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html#:~:text=(1)%20A%20robot%20may%20not,conflict%20with%20the%20First%20L aw., erişim tarihi Temmuz 10, 2023.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>53</sup> Temel hak ve özgürlüklerden olan sözleşme hürriyeti Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da 48. madde ile güvence altına alınmıştır.

<sup>54</sup> Bu istisna kanun yapma tekniği olarak da kullanılmaktadır. Zira kanunlarda yer alan "sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa" ifadesi, kanundaki düzenlemenin ikincil derecede geçerli olduğunu, aslolanın sözleşme özgürlüğü kapsamında irade özerkliği olduğunun göstergesidir. Örneğin lisans sahiplerinin, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemeyeceği yahut alt lisans veremeyecekleri Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 24. maddesinde belirtilmiş olmakla birlikte madde başında "Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa" şeklinde ifade edildiği üzere tarafların aksi üzere anlaşmaları durumunda sözleşme özgürlüğüne öncelik tanınmıştır. Burada lisans ile tanınmış bir hakkın izinsiz olarak bir üçüncü kişiye devri marka hakkı sahibini etkileyerek marka hakkını ihlal edeceğinden alt lisansın ancak sözleşmede kararlaştırılmak suretiyle verilebileceği belirtilmiştir. Bu örnek da marka hakkı sahibi bağlamında bir kişinin hem sözleşme yaptığı kişiyle olan sözleşme hürriyetini hem de o sözleşme içerisinde sözleşme tarafının bir başka



kaderini çizmesinin ve yine hür iradesi bağlamında kişisel özerklik hakkının bir yansımasıdır.<sup>55</sup> Bireyler sözleşme hürriyeti kapsamında hür iradeleri ile sözleşme ilişkisine girip girmeme ve sözleşme içeriğini belirleme hakkına sahiptir. Bu bağlamda kişilerin sözleşme özgürlüğü hakkı uyarınca açıkladıkları iradeleri, sözleşmenin kurulup kurulmadığının belirlenmesindeki temel unsurlardandır.

## 1. İrade Beyanlarının Uygun Olup Olmadığının Belirlenmesi

Borçlar Hukuku bağlamında sözleşmenin kurucu unsurlarından biri tarafların irade beyanlarının birbirine uygunluğudur.<sup>56</sup> İrade beyanlarının uygunluğunda ya tabî iradelerin fiilen uygun olması yahut içerik açısından beyanların uygun olması gerekmektedir. Tabî uygunluktan kasıt, beyanlar uymasa dahi tarafların gerçek iradelerinin birbirine uygun olmasıdır. Tarafların icap ve kabulde gerçek, asıl iradeleri birbirine uymasına rağmen beyan ederken yanlışlıkla farklı bir unsura yönelik icap ve kabul gerçekleşmiş olsa bile burada

---

üçüncü kişiyle sonradan sözleşme yapma hürriyetini etkileyecek hüküm bulundurma hakkını göstermesi bakımından önemlidir. Zira burada marka hakkı sahibinin korunması için sözleşme yapılan kişinin lisans sözleşmesiyle almış olduğu kullanım hakkını sonradan bir başka üçüncü kişiye de tanınması veya devretmesini sağlayacak sözleşme özgürlüğünde, marka hakkı sahibinin iradesi etkili olmaktadır. Ancak marka hakkı sahibi ile anlaşılmalı ise lisans sahibi alt lisans verebilecektir. Detaylı bilgi için bakınız: Hayri Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 77-82.

Hukuki eşitlik kapsamında sunulan sözleşme hürriyetinin uygulanması, çeşitli sosyal ve ekonomik eşitsizliklere ve bunun sonucunda da işçi, kiracı veya tüketicilerin zarara uğramasına neden olabilmektedir. Bu şekilde sözleşme tarafları arasında güç dengesizliğinin bulunduğu durumlarda sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması söz konusu olabilmektedir. Burada amaç, zayıf konumdaki sözleşme tarafının korunmasıdır. Ali Gökpınar, *Otelcilik Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 85, 86. Yalnızca özel hukukta değil, kamu hukukunda da güçlü durumdaki örneğin elektrik, doğalgaz, ulaştırma gibi alanlarda imtiyaz hakkı bulunan işletmeciler bu hizmetlerden faydalanmak izleyen tüketicilerle sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Mahmut Furkan Balaban, *Elektronik Haberleşme Sektöründe İşlenen Kişisel Verilerin Korunması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 48. Burada da söz konusu işletmecilerin sözleşme özgürlüğü bağlamında sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü veya sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne dayanarak tüketicilerle sözleşme imzalamaktan kaçınmaları mümkün değildir. Bir başka ifadeyle güç dengesizliği bulunan zayıf konumdaki tüketicilerin korunması için imtiyaz sahibi işletmecilerin sözleşme hürriyeti sınırlandırılmıştır.

<sup>55</sup> Gökpınar, *Otelcilik Sözleşmesi*, 85.

<sup>56</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta, 2009), 205.

kurulan sözleşmenin hata hükümlerine göre iptali mümkün değildir.<sup>57</sup> Zira burada sözleşmenin kurulmasında tarafların tabî iradelerinin uygunluğu yani fiili uyuşma söz konusudur. Eğer ki taraflar arasında fiili uygunluk bulunmuyor ise güven teorisi yahut farazî meram teorisi bağlamında hukuki uygunluk olup olmadığının belirlenmesi gerekecektir.<sup>58</sup> Diğer adı normatif uygunluk olan bu teoriye göre bir tarafın beyan veya davranışı, dürüstlük kuralı uyarınca diğer tarafın bildiği yahut bilmesi beklenen durumlarla birlikte değerlendirildiğinde söz konusu diğer tarafın anlamaya mecbur olduğu şekilde yorumlandığında, tarafların irade beyanlarının hukuken uygun olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Fiilî uygunluk ile normatif uygunluk arasındaki temel farklardan biri, normatif uygunlukta güven teorisine göre kurulmuş olan sözleşmenin taraflardan birinin gerçek iradesine uymaması nedeniyle hata sebebiyle iptal etmesinin mümkün olmasıdır.<sup>59</sup>

## 2. İrade Beyanlarının Uygunluğunun Kapsamı

Sözleşmenin kurulmasındaki temel unsurlardan olan irade beyanlarının sözleşmenin bütün esaslı unsurları üzerinde uyuyor olması gerekmektedir. Sözleşme içeriği temel olarak esaslı noktalar ve yan noktalar şeklinde ikiye ayrılabilir. Esaslı noktalar da sözleşmenin kanuni tanımında belirtilen zorunlu unsurlar şeklinde objektif esaslı noktalar ve bunlar dışında kalan objektif açıdan ikinci derecedeki unsurlar şeklinde subjektif esaslı noktalar<sup>60</sup> olarak ikiye ayrılabilir. Sözleşmedeki objektif ve subjektif esaslı noktalara da girmeyen unsurlar ise yan noktaları oluşturmaktadır. Objektif ve subjektif esaslı noktalar

<sup>57</sup> Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 206.

<sup>58</sup> Nurcihan Dalcı Özdoğan, "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2017): 39, 40. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 207.

<sup>59</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 207.

<sup>60</sup> Burada bahsedilen subjektif esaslı noktalar, sözleşmenin yan noktaları değildir. Objektif esaslı nokta olmayan bir unsur taraflardan birinin sözleşme kurma iradesinin zorunlu bir koşulu şeklinde öngörmesi halinde bunu karşı tarafa bildirerek sözleşmenin esaslı noktası haline getirmesi mümkündür. Bu şekilde aslında objektif esaslı nokta olmayan bir koşulun taraflardan biri uyarınca sözleşmenin kurulması için elzem olması halinde esaslı nokta haline getirilmesi sonucu bu unsur subjektif esaslı noktayı oluşturur. Normal şartlar altında sözleşmenin kurulmasında yan nokta olan unsurların, taraflarca anlaşılacak subjektif esaslı nokta haline getirilmesinin dayanağı, irade özerkligidir. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 212.

üzerinde irade beyanlarının uygunluğu, sözleşmenin kurulması için şarttır. Gerek objektif esaslı noktanın gerekse subjektif esaslı noktanın saklı tutularak ileri bırakılması, bir başka ifadeyle objektif veya subjektif esaslı nokta üzerindeki uygunluğun ileriye bırakılması durumunda sözleşme kurulmuş olmaz. Zira irade beyanlarının uygunluğunun sözleşmenin tüm esaslı noktalarını kapsamaması gerekmektedir. Yalnızca yan noktalar, bir başka ifadeyle esaslı olmayan noktalar üzerinde anlaşmanın ileriye bırakılması mümkündür.<sup>61</sup>

### **3. Sohbet Yazılımının Sunduğu Önerilerin Sözleşmenin Kurulmasında İrade Beyanı Olarak Nitelenip Nitelenemeyeceği**

Elektronik sözleşmenin sohbet yazılımı ile kurulup kurulamayacağı tartışılmalıdır. Bir sözleşmenin kurulmasında temel olarak teklif, müzakere, sözleşme taslağı hazırlama gibi farklı aşamalar bulunmaktadır. Sohbet yazılımları, sözleşmenin kurulmasında bu aşamaların her birinde kullanılabilir şekilde tasarlanabilmektedir. Örneğin bir sohbet yazılımının, sözleşme konusu mal veya hizmetin fiyatının belirlenmesi için karşı taraf ile pazarlık yapmada kullanılması mümkündür. Bu şekilde pazarlık için programlanmış bir sohbet yazılımının satıcı tarafından sağlanan verilere göre, daha iyi bir anlaşma için daha fazla pazarlık yapabileceğini tespit ederek, sistematik adımlara göre pazarlık yaparak sonuçta piyasa standartlarına göre iyi bir fiyat belirlemesi mümkündür. Bu şekilde sözleşmenin kurulmasında ücret belirlenmesi için yapılan müzakerede sohbet yazılımının kullanılması, hem piyasaya göre adil bir fiyatın belirlenmesinin sağlanması açısından hem de bu tür rutin görevlerde personel bağımlılığını azaltarak önemli miktarda zaman ve para tasarrufu sağlaması açısından sohbet yazılımı kullanan satıcıya büyük avantaj sağlamaktadır.<sup>62</sup>

Diğer taraftan, sohbet yazılımının karşı tarafla pazarlık yaparak gerek ücret gerekse diğer müzakere konularında karşı tarafla anlaşmaya varması durumunda fakat bu şekilde sohbet yazılımı kullanılarak belirlenip kurulan sözleşmelerde karşı tarafın kimliğinin bilinmemesinin sözleşmeye etkisi tartışılmalıdır. Bir başka

---

<sup>61</sup> Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 210 - 214.

<sup>62</sup> Divya Ramachandran, Anupam Keshari ve Manoj Kumar Tiwari, "Contract Price Negotiation Using an AI-Based Chatbot," içinde *Applications of Emerging Technologies and AI/ML Algorithms, ICDAPS 2022, Asset Analytics*, düzenleyen: Manoj Kumar Tiwari, Madhu Ranjan Kumar, Rofin T. M. ve Rony Mitra (Singapore: Springer, 2023), 303.

ifadeyle, kullanıcının iletişim kurduğu tarafın bir gerçek kişi temsilci değil de bir sanal temsilci olduğunu bilseydi, sözleşme özerkliği bağlamında sözleşme kurmayacak olması halinde sözleşmenin geçerli olup olmadığı tartışılmalıdır. Sohbet yazılımı kullanan tarafın, iletişim kurduğu tarafın bir sohbet yazılımı olduğunu bilseydi irade özerkliğini sözleşme kurmamak yönünde kullanacak olduğu bir halde sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmama durumu söz konusudur.

Burada sözleşmenin kurulmasında tarafların uygun irade beyanları tartışılmasında, sözleşmenin kurulmasında müzakereleri gerçekleştiren sohbet yazılımının özellikleri de dikkate alınmalıdır. Nitekim sözleşmenin kurulmasında farklı aşamalarda kullanılan sohbet yazılımlarının karşı tarafla etkileşimleri, girdi olarak yüklenmiş olan önceden tanımlanmış hazır metinlerin karşı tarafa gösterilmesi şeklinde sınırlı yapıda değildir.<sup>63</sup> Genellikle bu tür işlemlerde kullanılan sohbet yazılımları, herhangi bir sosyo-duygusal davranış göstermeyen, hedef odaklı, kural tabanlı sohbet yazılımlarıdır.<sup>64</sup> Bu tür sohbet yazılımlarında

<sup>63</sup> Tümay Çelikdemir, *Dünyada Dijital Paralar ve Bankacılık: Türk Bankacılık Sistemi için Öneri* (İstanbul: T.C. Marmara Üniversitesi, Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022), 53. Girdi olarak önceden hazırlanmış belirli metinlerin karşı tarafın yazdığı veriler içerisinde geçen kelimelerin tanımlanarak ilgili koşullara göre karşı tarafa gösterilmesi şeklinde sınırlı yapıdaki sohbet yazılımları çok basit düzeydeki yazılımlar olup müşteri memnuniyetini düşürmesi, sorunların çözümündeki işlevsizliği nedeniyle genellikle tercih edilmemektedir.

<sup>64</sup> Davinia Rodríguez Cardona, Antje Janssen, Nadine Guhr, Michael H. Breitner ve Julian Milde, "A Matter of Trust? Examination of Chatbot Usage in Insurance Business," içinde *Proceedings of the 54th Hawaii International Conference on System Sciences* (Grand Wailea, Maui, Hawaii, 2021), 557. Sosyo-duygusal davranış göstermeyen, hedef odaklı, kural tabanlı sohbet yazılımları sistem yazılımı ve kullanıcı yazılımı sınıflandırmasında kullanıcı yazılımı kategorisindedir. Sistem yazılımı, bilgisayarın yönetiminde gerekli fonksiyonların yerine getirilmesini sağlarken kullanıcı yazılımları, programlanırken amaçlanan sorunun çözümünde özgülendikleri şekilde faaliyet gösteren yazılımlardır. Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 144. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK) yazılım terimi tanımlanmamış ancak bilgisayar programı tanımlanmıştır. FSEK'te hazırlık çalışmalarını ve bilgisayar emir dizgesini kapsayacak şekilde tanımlanmış olan yazılımlar, FSEK kapsamında belirlenmiş olan fikir ve sanat eserlerinden ilim ve edebiyat eserleri kapsamında korunmaktadır. Zira FSEK 2. maddesinde açıkça her biçim altında ifade edilen bilgisayar programlarının ve bunların hazırlık tasarımlarının ilim ve edebiyat eseri olduğu belirtilmiştir. Diğer taraftan, yazılıma temel teşkil eden düşünce veya ilkelerin FSEK kapsamında korunması mümkün değildir. Yazılıma temel oluşturan düşünce yahut fikirlerin aynı zamanda tenkik işlevi de varsa ve ilgili şartlar da mevcutsa patent koruması yoluna başvurulması mümkündür. Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 146.

sosyo-duygusal davranış söz konusu olmamakla birlikte hazır metinlerin kodlara uygun şekilde karşı tarafa gösterilmesi şeklinde basit ve işlevsiz bir iletişim söz konusu değildir. Zira sadece kural tabanlı metotların kullanıldığı sohbet yazılımları geride kalmış, güncel gelişmeler neticesinde yapay zeka ve derin öğrenme tekniklerinin kullanıldığı sohbet yazılımları aktif şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Öyle ki bu tür sohbet yazılımlarında iletişim sırasında karşı taraftaki kişinin verileri işlenerek karşı taraftaki kullanıcı niyetinin sohbet yazılımı tarafından tespit edilmesi ve bu niyet ve beklentilerine göre cevap hazırlanması söz konusudur.<sup>65</sup> Burada kullanıcı niyetinin belirlenebilmesi için kullanıcı konumundaki karşı tarafın profillenecek mevcut kategorilere göre bir sınıflandırma yapılması gerekmektedir. Doğru şekilde sınıflandırma yapılabilmesi için sohbet yazılımının büyük veri ile eğitilmesi gerekmektedir. Aksi durumda eksik öğrenme sorunu olarak isimlendirilen “underfitting”<sup>66</sup> nedeniyle kullanıcı yanlış profillenecek niyeti ve beklentisi doğru tanımlanmayacak ve niyet ve beklentisine uygun olmayacak bir cevapla karşılaşacaktır. Kullanıcının sohbet yazılımıyla karşılaşılan iletişiminin kullanıcıya çözüm üretebilmesi için büyük veri işleme ile sohbet yazılımının yeterli veri kullanılarak eğitilmesi ve kullanıcının doğru şekilde profilini oluşturarak doğru kategoride sınıflandırması şarttır.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Rümeyza Eliöz ve diğerleri, "Türkçe Dili Sohbet Botlarında Alt Kelime Anlamsal Karması ile Niyet Sınıflandırması," iç. *29th Signal Processing and Communications Applications Conference (SIU)*, 1 - 4. İstanbul: IEEE, 2021. <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=9478003> , 1, erişim tarihi Haziran 13, 2023.

<sup>66</sup> Eliöz ve diğerleri, "Türkçe Dili Sohbet Botlarında Alt Kelime Anlamsal Karması ile Niyet Sınıflandırması," 1.

<sup>67</sup> Sohbet yazılımlarının kullanıcının yönettiği sorunları çözerek kullanıcının talepleri doğrultusunda anlaşması sohbet yazılımının kullanılmasındaki amaçlardan biri olup bu amaç için kullanıcı verilerini işlemesinin yanı sıra kullanıcıyla iletişimi sırasında birçok veri elde etmesi dolayısıyla bu verilerin saklanarak sonradan farklı amaçlar için içerik analizinde kullanılması (Zekeriya Alperen Sağdıç ve Sunagül Sani Bozkurt, "Otizm Spektrum Bozukluğu ve Yapay Zeka Uygulamaları," *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi* 6, no. 3 (2020): 99) üzere veri tabanları oluşturulması da ikinci bir amaçtır. Kullanıcı verileri kullanılarak oluşturulan veri tabanlarının FSEK kapsamında analizi "Sohbet Yazılımının Sohbet Tarafının Verilerinden Oluşturduğu Veri Tabanının FSEK Kapsamında Değerlendirilmesi" başlığı altında detaylı olarak tartışılmıştır. Bununla birlikte; yüzeysel iletişimin ötesinde anlamlı konuşmaya dayalı arayüzlere dönüşen teknolojilerin 2011 yılında Apple'ın sohbet yazılımı olan Siri ve 2014'te Amazon'un

Bunun en yaygın örneklerinden biri turizm sektöründe müşterilerin siparişlerinin onlarla görüşen sohbet yazılımları tarafından önceden tahmin edilebilmesidir.<sup>68</sup> Benzer şekilde kullanıcıların yatırım yapması amacına özgülenmiş Plum sohbet yazılımı Facebook Messenger üzerinden kullanıcılarla iletişim kurabilmektedir. Bu sohbet yazılımı, Facebook kullanıcısının banka hesabına bağlanıp banka kayıtlarından söz konusu kullanıcının geliri ve harcama geçmişini analiz ederek ne kadar tasarruf edebileceğini tahmin edebilmektedir.<sup>69</sup> Sohbet yazılımlarının bu

---

sohbet yazılımı olan Alex'e uygulanması (Tuğba Taşbaşı, *Derin Öğrenme Tabanlı Hibrit Model Tasarımı ile EKG Sinyal Sınıflandırmasında Aritmi Tespiti* (Karabük: Karabük Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Biyomedikal Mühendisliği Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2022), 17.) sonucu özellikle bu büyük şirketlerin kişisel veriler dahil her türlü veriyi kullanarak büyük veri tabanları oluşturduğu öngörülmektedir. Bu veri tabanlarının gerek oluşturulması gerekse verilerin işlenmesinde genel veri koruma ilkelerine uyulup uyulmadığının ve veri sorumlusu olan bu teknoloji devi şirketlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin tartışılması gerekmektedir. Avrupa Birliği'nde kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat çerçevesinde veri sorumlusu, yetki ve yeteneklerini çerçevesinde, veri işlemenin AB hukukuna uygun olmasını sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Christos Giakoumopoulos, Giovanni Buttarelli ve Michael O'Flaherty, *Avrupa Veri Koruma Mevzuatı El Kitabı*, çeviren: İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018,

[https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2020/3/30/Bilgi\\_Avrupa\\_Veri\\_Koruma\\_Mevzuat%C4%B1\\_El\\_Kitap%C4%B1\\_2018\\_TR\\_v01\\_16022019.pdf](https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2020/3/30/Bilgi_Avrupa_Veri_Koruma_Mevzuat%C4%B1_El_Kitap%C4%B1_2018_TR_v01_16022019.pdf) , 45, erişim tarihi Mayıs 15, 2023. Benzer şekilde KVKK kapsamında da veri sorumlusunun yükümlülükleri bulunmaktadır. Sosyal medya şirketlerinin sosyal medya kullanıcılarının paylaşımlarından sosyal medya kullanıcılarının rızası olmaksızın anlamlı veriler elde ederek işlemelerinin hukuka uygun olup olmadığı tartışmaları kendi içerisinde bir bütünlük arz eden, farklı boyutlarıyla ele alınması gereken geniş bir konu olduğundan ayrı bir çalışmada ele alınacaktır.

<sup>68</sup> Abdullah Akgün, "Otel Faaliyetleri İçin Yapay Zekâ Destekli Uygulamalar," *Selçuk Turizm ve Bilişim Araştırmaları Dergisi* no. 3 (2023): 6.

<sup>69</sup> Afan Hasan, *Derin Öğrenme ve Makine Öğrenmesi Yöntemleriyle Borsa Alım Satım Davranışlarının Modellenmesi* (İstanbul: Yıldız Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Bilgisayar Mühendisliği Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2020), 17. Kullanıcıların bu şekilde yapay zeka ve derin öğrenme yöntemleri kullanılarak sosyo ekonomik durumlarına göre profillenerek risk grupları içerisinde sınıflandırılıp yatırımcı profiline göre yatırım hedeflerini optimize etmesinde robo danışmanların kullanımı yaygınlaşmıştır. Robo danışmanlar (robo advisors) olarak adlandırılan yapay zeka yatırım danışmanlığı hakkında detaylı bilgi için bakınız: Merve Ayşegül Kulular İbrahim, *Robo Danışmanların Hukuken Değerlendirilmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023). Sosyal medya platformları gelişen teknolojileri kullanarak kullanıcı verilerini işleyip kullanıcıları profilleyerek sınıflandırmakta ve kullanıcının profillendiği sınıfa göre kişiselleştirilmiş hizmetler sunmaktadır. Örneğin Facebook'un hiçbir bilgilendirme yapmadan kullanıcılarını izleyip

şekilde sohbetteki kullanıcı ifadelerini yorumlayıp, kullanıcı verilerini analiz edip kullanıcı niyetini ve beklentisini tahmin ederek kullanıcıya cevap vermesi mümkündür. Özellikle derin öğrenme ile geliştirilen hem metin hem sesli gönderileri anlayabilen sohbet yazılımlarının<sup>70</sup> verdiği cevaplar gerçek kişiler gibi anlamlı ve uzun sohbetler yapılmasına olanak sunar niteliktedir.<sup>71</sup>

Sohbet yazılımı ile yazışmakta olan gerçek kişi kullanıcı, karşı tarafın bir sohbet yazılımı olduğunu anlamaksızın taleplerini açıklamakta ve sohbet yazılımının verdiği yanıtları değerlendirerek kabul veya itiraz edebilmektedir. Örneğin sözleşme konusu mal veya hizmete dair ücret hakkında kullanıcının itirazına göre sohbet yazılımının pazarlık yaparak makul bir fiyat sunması<sup>72</sup> üzerine gerçek kişi kullanıcının bu fiyatı kabul ettiğine dair irade beyanını açıklaması sonrasında birbirine uygun irade beyanlarına dayanarak sözleşmenin kurulmuş kabul edilip edilmeyeceği tartışılmalıdır. Burada genellikle kullanıcı taraf gerçek kişi olup, sunulan fiyat teklifinin bir sohbet yazılımından geldiği bilgisini haiz değildir. Özellikle teâtî veya muâtât ile de irade beyanının yapılabileceği düşünüldüğünde<sup>73</sup>; sohbet yazılımı kullanılan bir alışveriş sitesinde doğrudan kullanıcının talebinin sohbet yazılımınca uygun bulunarak talepte yer alan edimlerin gerçekleştirilmesi durumunda sözleşmenin geçerli olduğu düşünülebilir. Nitekim şekle bağlı olmayan sözleşmelerde öneri ve kabul unsurlarını içeren sözlü veya yazılı irade beyanı olmaksızın da fiilî mübadele ile sözleşmenin kurulması anlamına gelen teâtî veya muâtât şeklinde irade beyanının

---

profiller oluşturarak sınıflandırmış ve bu sınıfların ilgi alanlarına göre kullanıcılara özel News Feed hizmeti sunmuştur. Kişisel veriler ve mahremiyet haklarının ihlal edilmesinden rahatsız olan kullanıcıların endişeleri karşısında Zuckerberg Facebook blogunda yapmış oldukları işlemin bir hata olduğunu ve üzgün olduklarını belirten bir yazı yayımlamıştır. Kulular İbrahim, *Robo Danışmanların Hukukun Değerlendirilmesi*, 31. Bu durum Facebook gibi sosyal medya şirketlerinin kullanıcı verilerini işlediğinin ve kullanıcıları bu veriler doğrultusunda sınıflandırdığının bu şekilde kullanıcıların kişisel verilerinin korunması ve özel hayatın gizliliğinin korunması haklarının ihlal edildiğini göstermektedir.

<sup>70</sup> Ali Dayan ve Atınc Yılmaz, "Doğal Dil İşleme ve Derin Öğrenme Algoritmaları ile Makine Dili Modellemesi," *Dicle Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Mühendislik Dergisi* 13, no. 3 (2022): 468.

<sup>71</sup> Olgun Aydın, *Derin Öğrenme ile Karar Verme Süreçleri* (İstanbul: Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, İstatistik Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2019), 7.

<sup>72</sup> Ramachandran, Keshari ve Tiwari, "Contract Price Negotiation Using an AI-Based Chatbot," 303.

<sup>73</sup> Ahmet Özdemir, "Akitlerde İrade Beyanı," *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 8, no. 2 (2008): 119, 120.

yapılması mümkündür.<sup>74</sup> Amerika'da Yeknesak Elektronik İşlemler Kanunu'nun 2. maddesinde yapılan tanımlar içerisinde "electronic agent" olarak isimlendirilen elektronik aracı yahut elektronik temsilciler, "elektronik kayıt veya edimlere kısmen veya tamamen yanıt vermek yahut kısmen veya tamamen bir eylemi başlatmak için bir kişinin denetimi veya eylemi olmaksızın bağımsız olarak kullanılabilen bir bilgisayar programı veya elektronik ya da diğer otomatik araçlar" olarak tanımlanmıştır.<sup>75</sup> Bu tanımdan hareketle sohbet yazılımlarının elektronik temsilci olarak kabul edilmesi mümkündür. Burada nasıl ki bir sohbet kutusunda bir gerçek kişinin tüketiciyle iletişime geçerek yazışması ve anlaşması durumunda Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri gereğince başkası adına hareket eden temsilci temsil olunanı borçlandırmaya yetkili ise<sup>76</sup>, benzer şekilde sohbet yazılımı da elektronik temsilci olarak temsil olunanı borçlandırabilmelidir. Bu durumda sohbet yazılımından kaynaklanan bir hata nedeniyle oluşan elektronik kaydın düzeltilmesine yönelik tüketiciye seçenek sunulması gereklidir. Aksi halde sohbet yazılımının hatası nedeniyle oluşan elektronik kayıt, tüketiciyi bağlayıcı kabul edilmemelidir. Böyle bir durumda tüketicinin sohbet yazılımının neden olduğu hatayı öğrendiğinde derhal bunu karşı tarafa bildirmesi ve sohbet yazılımının hatası nedeniyle oluşan elektronik kayıtla bağlı kalma niyetinde olmadığını belirtmesi, edimlerin iadesi için makul adımları atması gerektiği yahut genel hata hükümlerine başvurabileceği savunulmaktadır.<sup>77</sup>

## **B. Sözleşme Tarafları Açısından Değerlendirme**

### **1. Sohbet Yazılımının Sanal Temsilci Olarak Gerçek Temsilciden Farkı**

<sup>74</sup> Uğur Bekir Dilek, "İslâm Borçlar Hukukunda Fiili Mübadele Yoluyla Akit Kurma: Teâtî (Muâtât) Akdi," *İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi* 7, no. 2 (2021): 718. Özdemir, "Akitlerde İrade Beyanı," 119, 120.

<sup>75</sup> Connecticut General Assembly, "Uniform Electronic Transactions Act," <https://www.cga.ct.gov/lrc/ElectronicCommunications/ElectUETACalPAConsumRev.htm>, erişim tarihi Mart 20, 2023.

<sup>76</sup> Serap Helvacı ve Bülent Karasu, "Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, no. 1 (2018): 199.

<sup>77</sup> Henry D. Gabriel, "The New United States Uniform Electronic Transactions Act : Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce," *Uniform Law Review* no. 4 (2000): 656. Connecticut General Assembly, "Uniform Electronic Transactions Act, 10. madde



Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü de kapsamaktadır. Bu bağlamda sözleşme tarafının sözleşme ilişkisini kurmak istediği kişiyi seçebilme hürriyeti bulunmaktadır.<sup>78</sup> Sohbet yazılımıyla sözleşme konusu edimler hakkında görüşmelerin yapıldığı sırada görüştüğü kişinin bir sohbet yazılımı olduğundan habersiz olan kişi, aslında sohbet yazılımının yöneltmiş olduğu beyanı uygun bularak onaylaması durumunda karşı tarafın gerçek kimliğini ve hatta karşı tarafın bir gerçek kişi olmadığını bilmemektedir. Bu şekilde sohbet yazılımlarının gerçek kişiymişçesine kullanıcı ile iletişime girip sözleşme konusunda görüşmeler yapmasının sözleşmenin taraflarını seçme özgürlüğü bağlamında sözleşme özgürlüğünü ihlal ettiği kabul edilmelidir. Nitekim kullanıcı, karşı tarafın bir sohbet yazılımı olduğunu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olabilirdi. Karşı tarafın bir sohbet yazılımı olarak kendisini profilleyip niyetini tahmin ettiğini, ekonomik verilerine erişim sağlayarak geçmişte girdiği sözleşme koşullarını da değerlendirerek benzer koşulları yönelttiğini, bu şekilde aslında kendisinin verileri analiz edilerek beklentisi öngörülerek sözleşme koşullarının oluşturulduğunu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olabilirdi. Benzer şekilde karşı tarafın sohbet yazılımı olduğunu bilseydi kendisine yöneltilen bazı koşulları kabul edecek yahut onaylamış olduğu bazı şartları reddedecek olabilirdi. Bu nedenle kişilerin sohbet yazılımlarıyla anlaşmaları durumunda bu anlaşmada gerçek kişi kullanıcı, anlaştığı kişinin de bir gerçek kişi olduğunu düşünmekte ise, karşı tarafın bir sohbet yazılımı olduğunu bilmemekte ve bilebilecek durumda değilse sözleşmenin taraflarını belirleme özgürlüğü bağlamında sözleşme özgürlüğünün ihlal edildiği kabul edilmelidir. Zira ortalama makul bir tüketicinin hayatın olağan akışında, karşı tarafın bir gerçek kişi olmayıp tıpkı bir gerçek kişi gibi anlamlı ve uzun sohbetler yapabilen, pazarlık edebilen bir sohbet yazılımı olduğunu anlaması veya öngörmesi beklenemez. Tüketicie böyle bir yükümlülük yüklenmesi hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle sohbet yazılımı kullanan tüzel veya gerçek kişilerin, kullanıcıya iletişime girdiği tarafın bir gerçek kişi temsilci olmayıp bir sanal temsilci olduğunu, bir sohbet yazılımı olduğu bilgisini vermeleri gerekmektedir. Kullanıcıyı bilgilendirmeksizin tüketici ile sohbet yazılımı kullanan şirketlerin güç ve bilgi dengesizliğinden faydalanarak tüketiciden bilerek ve isteyerek iletişime

---

<sup>78</sup> Derya Ateş, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* no. 72 (2007): 79.

girdiği tarafın bir sohbet yazılımı olduğunun gizlenmesi, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun<sup>79</sup> 2. maddesinde belirtilen dürüstlük kuralına da aykırılık oluşturacaktır. Zira Medeni Kanun 2/1 maddesine göre hukuki ilişki içinde kişi karşı tarafı gözetmekle yükümlüdür.<sup>80</sup> Bu bağlamda internet üzerinden yapılan sözleşmelerde sözleşme taraflarının kimliği ve beyanın muhtevasının gerçekliği konusunda endişe duyulabilir.<sup>81</sup> Bu tür endişeler, güvenilir üçüncü kişi şeklinde belirlenen onay kurumlarının garanti ettiği elektronik imza ile giderilmeye çalışılmakta ise de<sup>82</sup> şekle bağlı olmayan sözleşmeler için elektronik imzaya gerek olmadığından kullanıcı, sohbet yazılımını kullanan taraf görüşmeyi yapanın bir yazılım olduğu bilgisini vermediği sürece sözleşme görüşmelerini yaparak anlaştığı tarafın bir sohbet yazılımı olduğunu bilemeyecektir.

Sohbet yazılımı ile görüştüğü bilgisi verilmeyen kullanıcının ayrıca irade özgürlüğünün de ihlal edildiği kabul edilmelidir. Nitekim irade özgürlüğü, iradi kararların gerçekleştirilmesi ile ilgili değil, kararların alınış süreci ile ilgilidir.<sup>83</sup> Kullanıcı, bir gerçek kişi temsilci ile görüştüğü zannıyla hareket ederek karar almaktadır. Ayrıca karşı tarafta kullanıcının verilerini analiz edebilen, kullanıcıyı belirli profillerde sınıflandırarak söz konusu profildeki kullanıcıların aldıkları kararları bu kullanıcının da alabileceğini tespit eden, öngörebilen bir taraf bulunmaktadır. Bu bağlamda kullanıcının kendisinin dahi öngöremediği cevapları; kullanıcıyı sınıflandırdığı grupta bulunan diğer kişilerin daha önceden aldıkları kararlardan ve verdikleri cevaplardan yola çıkarak öngörebilen bir taraf bulunmaktadır. Bu verileri kullanarak sohbet yazılımının, kullanıcıyı istediği yönde karar vermeye yönlendirecek şekilde görüşmeyi yönetmesi riski bulunmaktadır. Tüm bu durumlar; sohbet yazılımı şeklinde sanal temsilci kullanılmasının gerçek kişi temsilciye nazaran şirket ile tüketici arasında bilgi dengesizliğini artırdığını göstermektedir. Zira sanal temsilci, gerçek kişi temsilci

---

<sup>79</sup> R.G. 08.12.2001, S. 24607.

<sup>80</sup> D. Ateş, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları," 83.

<sup>81</sup> Zarife Şenocak, "İnternette Kurulan Açık Artırma ile Satım Sözleşmesi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 3 (2001): 100.

<sup>82</sup> James P. Nehf, "Limiting Identity Theft in an E-Commerce World," *New Zealand Business Law Quarterly* 8 (2002): 380, 381; Şenocak, "İnternette Kurulan Açık Artırma ile Satım Sözleşmesi," 100.

<sup>83</sup> Kazım Çınar, *Milletlerarası Özel Hukukta İrade Serbestisi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2021), 6.

için aylar alacak analizleri saniyeler içerisinde yaparak görüşmeyi tüketiciyi yönlendirecek şekilde yürütebilmektedir. Bu şekilde tüketicinin karar alma sürecini yöneterek tüketicinin iradesini etkileyip yönlendirerek irade özgürlüğünü ihlal etmektedir.

Amerika’da Yeknesak Elektronik İşlemler Kanunu 14. maddesinde “Taraflar kimse elektronik temsilcilerin eylemlerinden veya bunun sonucunda ortaya çıkan şartlar ve anlaşmalardan haberdar olmasa veya bunları incelememiş olsa bile elektronik temsilcilerinin etkileşimi sonucu bir sözleşme kurulabilir<sup>84</sup>” şeklindeki hükmü tüketici haklarını zedeleyici niteliktedir. Bu tür bir kabul, tüketicinin sonuçlarını öngöremediği ve öngörmesi makul bir tüketiciden beklenemeyecek ölçekteki risklere katlanmasını zorunlu kılacaktır. Bu durum sohbet yazılımıyla konuştuğunun bile idrakında olmayan tüketiciyi idrak edemeyeceği, öngöremeyeceği sonuçlara katlanmak zorunda bırakmak anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım hakkaniyete aykırıdır. Aynı maddenin 2. fıkrasında kişinin ilgili işlemi veya edimi bir elektronik temsilcinin tamamlayacağını bilmesi veya bilebilecek durumda olması halinde edimi reddetmekte özgür olmasına rağmen ilgili edim/eylemleri gerçekleştirerek bir elektronik temsilci ile etkileşimi sonucunda geçerli bir sözleşme kurabileceği belirtilmektedir<sup>85</sup>. Bu maddenin uygulanmasında kişinin, karşısındakinin bir sohbet yazılımı olduğunu bilebilecek durumda olduğu hallerin taşınması gereken şartlar belirlenmelidir. Zira ortalama makul bir tüketicinin ileri seviyede bir algoritma ile çalışan, pazarlık yapabilen, günlük konuşma dilinde yazılabilen bir sohbet yazılımının gerçek kişi olmadığını bilebilecek durumda olması beklenmemelidir. Maddede geçen “bilebilecek durumda olma”<sup>86</sup> ifadesi yorum gerektiren ve tüketiciyi korumasız bırakan bir tercihtir. Bu nedenle ancak tüketicinin, iletişim kurduğu tarafın bir sohbet yazılımı olduğu konusunda bilgilendirilerek bunu bilmesi durumunda ve kabul ve red seçeneklerinin eşit şekilde tüketiciye sunulması halinde elektronik temsilci ile etkileşimi sonucunda geçerli bir sözleşme kurabileceği kabul edilmelidir.

---

<sup>84</sup> Connecticut General Assembly, "Uniform Electronic Transactions Act, 14. madde.

<sup>85</sup> Connecticut General Assembly, "Uniform Electronic Transactions Act, 14. madde.

<sup>86</sup> “Bilme veya bilebilecek durumda olma” şeklinde ifade edilen durum orijinal metinde “the individual knows or has reason to know” şeklinde ifade edilmektedir.

Gerek irade özgürlüğünün gerekse sözleşmenin taraflarını belirleme özgürlüğünün ihlal edilmemesi için sohbet yazılımı kullananların karşı tarafa bunun bilgisini verme yükümlülüğü getirilmelidir. Bu yükümlülük getirildiğinde tüketiciler iletişim kurdukları tarafın bir gerçek kişi temsilci mi yoksa bir sanal temsilci mi olduğu konusunda bilgilendirilecek ve bu bilgi dahilinde görüşmeye devam edip etmemeye karar verebilecektir. Getirilecek olan yükümlülükte, tüketicilere gerçek kişi temsilci ile mi yoksa sanal temsilci ile mi görüşme yapmak istedikleri sorulmalı ve kiminle görüşme yapacağı tüketicinin seçimine bırakılmalıdır. Sunulacak olan bu tercihte her iki seçenek de eşit şekilde aynı puntoda aynı yazı tipi ile sunulmalıdır. Sanal temsilcinin seçili olarak sunulup tüketiciye isterse değiştirme yapma imkanı tanınması, söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmediği şeklinde değerlendirilmelidir. Her iki seçeneğin de eşit olarak sunulup tüketicinin hür olarak görüşmenin karşı tarafını kendisinin işaretleyip seçmesi sağlanmalıdır.

## **2. Sohbet Yazılımının Sohbet Tarafının Verilerinden Oluşturduğu Veri Tabanının FSEK Kapsamında Değerlendirilmesi**

Sohbet yazılımlarının çalışabilmesi için karşı tarafın vermiş olduğu veriyi işleme ve bu işleme sonucuna göre karşı tarafla iletişime devam etmesi gerekmektedir. Burada sohbet yazılımına girilen yalnızca yazılı metinsel içerikler değil, görsek içerikler de veri kapsamındadır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun<sup>87</sup> 243/3 madde gerekçesinde "*Sistem içindeki bütün soyut unsurlar, fıkra da geçen "veri" teriminin kapsamındadır.*" şeklinde ifade edildiği üzere, veri teriminin kapsamı geniş düşünülmalıdır. Zira bilişim sisteminin işleyebildiği her türlü bilgi, veri kavramına dahildir.<sup>88</sup> Sohbet yazılımlarının, kullanıcıların verilerini işleyerek ve bunların anonimleştirildiği veri tabanı oluşturmaları durumunda bu veri tabanının FSEK bağlamında bir korumaya tabi olup olmayacağı değerlendirildiğinde FSEK 6. madde gündeme gelecektir. FSEK 6. maddesi 1. fıkrasının 11. bendi uyarınca "*Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları*" işleme eser olarak korunmaktadır. Herhangi bir

<sup>87</sup> R.G. 12.10.2004, S. 25611.

<sup>88</sup> Alp Öztekin, *Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK m. 243)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 35.

müşteri temsilcisinin yahut danışmanın yaptığı görüşmeler neticesinde elde ettiği verileri işleyerek oluşturduğu veri tabanları, FSEK 6. maddesinin 2. fıkrasında ifade edildiği üzere veri işleyen hususiyetini taşımak koşuluyla işleme eser olarak nitelendirilebilecektir. Gerçek kişi yerine sohbet yazılımı kullanılarak oluşturulan veri tabanlarının FSEK 6. maddesi kapsamında işleme eser olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışmalıdır. Zira işleme eser niteliğinin kazanılması için veriyi işleyerek veri tabanı oluşturulmasında işleyen hususiyeti aranmaktadır.<sup>89</sup> Buna göre veri tabanı, onu meydana getiren fikri çalışmasının bir ürünü olmalıdır. Burada veri tabanını oluşturan sohbet yazılımı kural tabanlı bir yazılım olup yalnızca programlandığı sınırlar dahilinde verilmiş olan komutları uygulayarak verileri seçip düzenliyorsa, sohbet yazılımının bizatihi kendinin bir fikri yaratıcılığı söz konusu değildir. Burada söz konusu sohbet yazılımının sahibinin değil, fikri yaratıcılığını kullanarak ne şekilde verileri seçeceğini ve düzenleyeceğini kodlayan yazılımcısının hususiyeti söz konusudur. Bu nedenle sohbet yazılımının karşı tarafla yazışmalardan elde ettiği veriler içerisinden seçerek veya düzenleyerek oluşturduğu veri tabanı üzerinde şartlarının bulunması durumunda FSEK 6. maddeye göre programlayanın işleme eser sahipliği kabul edilmelidir.

Diğer taraftan, veri tabanının FSEK kapsamında eser sahibinin hususiyetini taşımasa dahi korunması gerektiği ve bu korumanın 'zahmetli iş' gerekçesine dayandığını ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre veri tabanlarının oluşturulması için ciddi emek ve sermaye harcandığından bu veri tabanı, hususiyet bağlamında bir yaratıcı çabanın neticesinde oluşturulmuş olmasa dahi veri tabanını oluşturan yapımcı veya veri tabanı sahibinin harcadığı emek ve sermayenin hatırı için hukuki koruma altına alınmalıdır.<sup>90</sup> Veri tabanının bu şekilde FSEK kapsamında sui generis bir şekilde korunması durumu FSEK 6. maddeden ayrı olarak FSEK ek madde 8'de düzenlenmiştir. Bu madde ile bir veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik ve

---

<sup>89</sup> Mustafa Ateş, "Veri Tabanlarının Hukukî Koruması," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, no. 1 (2006): 65 - 69; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 148, 149.

<sup>90</sup> M. Ateş, "Veri Tabanlarının Hukukî Koruması," 50, 51. Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 149, 150. Saniye Ezgi Ercan, Avrupa Birliği Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı Yönergesi ile Öngörülen İstisnalar Çerçevesinde Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi (Ankara: İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022), 11.

nicelik açısından esaslı bir nispet dahilinde yatırım yapan veri tabanı yapımıcısına, aleniyet tarihinden itibaren 15 yıl koruma sağlanmıştır. Bu bağlamda sohbet yazılımının sohbet içeriğinden elde ettiği verileri kullanarak veri tabanı oluşturması halinde bu veri tabanı üzerinde sohbet yazılımını kullananın herhangi bir hususiyeti olmasa dahi FSEK Ek Madde 8 bağlamında yazılımın veri tabanı oluşturması için sarfetmiş olduğu emek ve maddi yatırım dolayısıyla veri tabanı yapımıcısı olarak veri tabanı üzerinde hak sahibi olacaktır. Sohbet yazılımının oluşturduğu sui generis veri tabanı üzerindeki sohbet yazılımı sahibinin hakkı; aleniyet tarihinden itibaren on beş yıl boyunca bu veri tabanının herhangi bir araç ile herhangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak başka bir ortama aktarılmasına veya herhangi bir yolla dağıtılması, satılması, kiralanması veya topluma iletilmesine izin verme yahut bunları yasaklama şeklindedir. Sohbet yazılımının oluşturduğu veri tabanı üzerinde FSEK Ek Madde 8'de belirtilen hakların doğabilmesi için veri tabanının oluşturulması, söz konusu verilerin doğrulanması veya sunumu için yazılım sahibinin gerek nitelik gerek nicelik yönünden ciddi bir yatırım yapmış olması şarttır.<sup>91</sup> Burada sui generis bir hak söz konusu olup, herhangi bir orijinallik unsuru bulunmayan veri tabanlarına, herhangi bir fikri yaratıcılık olmamasına rağmen korunma tanınmaktadır.<sup>92</sup> Bu nedenle söz konusu sui generis hakların tanınıp tanınmayacağıın belirlenmesindeki tek kriter olan ve FSEK'te açıklanmayan "nitelik ve nicelik açısından esaslı bir nispet dahilinde yatırım"ın ölçüsü yahut bunu belirlemede etkili kriter ve ilkelerin kanun koyucu tarafından açıklığa kavuşturulması gereklidir.

## SONUÇ

ChatGPT gibi sohbet yazılımlarının hukuki niteliğiyle ilgili olarak bunlara tüzel kişilik tanınıp tanınmayacağından, sanal temsilci olarak nitelendirilmelerine yahut temsilci olmayıp bir tür iletişim aracı olarak kabul edilmesi gerektiğine kadar farklı yönde tartışmalar bulunmaktadır. AB Robotikler Hakkında Medeni Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu'nda ChatGPT gibi yapay zeka yazılımlarının bir

<sup>91</sup> Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 149.

<sup>92</sup> Marie-Astrid Huemer, "Revision of Directive 96/9/EC on The Legal Protection of Databases," *European Parliament*, Ekim 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/694232/EPRS\\_BRI\(2021\)694232\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/694232/EPRS_BRI(2021)694232_EN.pdf), 3, 4, erişim tarihi Mayıs 17, 2023.

üçüncü kişilik türü olarak elektronik kişi şeklinde kabul edilmesi önerilmiştir. Aynı raporda bunların neden olduğu zararların tazmininde kullanılmak üzere özel bir fon oluşturulması tavsiye edilmektedir. Bununla birlikte ülkemizdeki yasal düzenlemeler dikkate alındığında henüz bir e-kşilik tanımlanmadığından ChatGPT gibi sohbet yazılımları sanal temsilci olarak kabul edilmektedir. Ayrıca mevcut düzenlemeler kapsamında zarar tazmini için özel fon oluşturulmadığından yapay zekanın neden olduğu zararlardan sorumlulukta borçlar hukuku kapsamında işletme sorumluluğuna dayanılmaktadır.

ChatGPT gibi yapay zekaya dayalı sohbet yazılımlarında kişilerin gerek kişisel verileri ve hatta özel nitelikli kişisel verileri geçerli rıza olmaksızın işlenmektedir. Bu şekilde genel işlem şartları altında kullanım koşullarında reddetme seçeneği sunulmaksızın alınan rızanın geçerli rıza olmadığı kabul edilmelidir. Ayrıca ChatGPT'nin kullanım koşulları İngilizce olarak sunulduğundan, rızanın geçerli olması için gerekli şartlardan olan kullanıcıyı bilgilendirme şartının yerine getirilmediği kabul edilmelidir. Bu şekilde İngilizce yapılan bilgilendirme hiç yapılmamış olarak değerlendirilecektir. Zira kullanıcının ana dilinde yapılmasına rağmen açık olmayan, çok fazla terim içeren karmaşık yapıdaki bilgilendirme sonucu alınan rıza dahi geçerli kabul edilmezken kullanıcıya yabancı bir dilde bilgilendirme yapılması durumunda alınan rızanın evleviyetle geçersiz olacağı ortadadır. Bu nedenle ChatGPT'de kişisel veriler kullanıcı rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak işlenmektedir. Bu durumun giderilmesi için Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun ilgili işlemleri yapması gerekmektedir. Kullanıcıların kişisel verileri geçerli rızaları alınmaksızın işlenerek veri tabanları oluşturulmaktadır. Bu veri tabanları üzerindeki fikri hak sahipliği FSEK madde 6 ve ek madde 8 bağlamında incelenmiştir. Buna göre sohbet yazılımının kullanıcıyla iletişimindeki veriler içerisinden seçerek yahut düzenleyerek veri tabanı oluşturması durumunda şartların varlığı halinde FSEK 6. maddeye göre veri tabanı üzerindeki hak sahipliği, işleme eser sahibi olarak programlayana ait olacaktır. FSEK ek madde 8 kapsamında ise veri tabanını oluşturan yapımcı veya veri tabanı sahibinin harcadığı emek ve sermayenin esas alındığı zahmetli iş görüşü söz konusudur. Bu bağlamda FSEK ek madde 8 ile veri tabanının oluşturulması için gerek nitelik gerek nicelik yönünden ciddi bir yatırım yapan yazılım sahibine sui generis bir koruma sağlanmaktadır.

ChatGPT gibi sohbet yazılımları kullanılarak elde edilen büyük veriler yine sohbet yazılımınca analiz edilerek tüketicinin profillenmesi ve bu profile göre iletilerin oluşturulması söz konusudur. Sohbet yazılımlarında yapay zeka, gerçek kişinin haiz olamayacağı kadar çok verinin, gerçek kişinin yapamayacağı kadar kısa sürede analiz edilmesi sonucu çıkan anlamlı sonuca göre ileti oluşturmaktadır. Bu şekilde tüketicinin kendisinin dahi bilmediği ancak sohbet yazılımı tarafından kişisel verileri işlenerek sınıflandırıldığı kategorideki tüketicilerin anlaşmış oldukları maksimum fiyat, iletişimin karşı tarafındaki sohbet yazılımı tarafından bilinmektedir. Bir başka ifadeyle tüketici pazarlık yaptığını düşünürken, karşı taraftaki sanal temsilci, tüketicinin anlayacağı fiyatı önceden bilerek ona göre teklif oluşturmaktadır. Bu durum sözleşmenin ücret dışındaki diğer her türlü objektif veya subjektif noktaları için de söz konusudur. Bu şekilde sanal temsilcinin, karşı tarafın bilinmesini istemediği ekonomik verilerini ve diğer sözleşmeyle ilgili veya ilgisiz her türlü kişisel verisini bilerek konuşmayı yönlendirmesi tüketicinin sözleşme özerkliğini etkilemektedir. Zira taraflar arasındaki güç dengesizliği, sohbet yazılımları kullanıldığında satıcı ile tüketicinin güç dengesizliğinin çok daha ötesinde bir bilgi dengesizliğine dönüşmektedir. Tüketicinin kendisinin dahi bilmediği ve aslında kabul edebilecek olduğu şartlar, tüketicinin kategorilendiği sınıftaki diğer tüketicilerin kabul etmiş oldukları şartlara göre yapay zeka tarafından önceden bilinebilmektedir. Bu şekilde ChatGPT gibi sohbet yazılımı kullanılarak yapılan sözleşmelerde her ne kadar kullanıcı ile sohbet yazılımı sözleşme içeriğini birlikte belirliyor gibi görünse de aslında sözleşme içeriği temelde sohbet yazılımı tarafından belirlenmekte ve tüketici sohbet yazılımı tarafından yazılım kullanan şirketin faydasına göre yönlendirilmektedir. Bu şekilde tüketicinin irade hürriyeti aslında baskılanmaktadır. Diğer taraftan, kullanıcının sohbet yazılımı tarafından yanlış profillenmesi durumunda ise niyeti ve beklentisi doğru tanımlanmayacağından kullanıcı, niyet ve beklentisine uygun olmayacak bir cevapla karşılaşacaktır. Bu durumda ise gerçek kişi ile iletişim sağlansaydı kurulabilecek olan sözleşme, sanal temsilcinin kullanıcıyı yanlış kategorilemesi nedeniyle kurulamayabilecektir.

Bu tür sorunların önlenmesi için ChatGPT gibi sohbet yazılımları kullanan şirket veya gerçek kişilere iletişimin en başında kullanıcıyı bu iletişimin bir sohbet yazılımıyla yapıldığı bilgisini vermeleri yükümlülüğü getirilmelidir. Bu yükümlülüğe uyulmaması durumunda tüketiciden bilerek ve isteyerek iletişime girdiği tarafın bir sohbet yazılımı olduğunun gizlenmesi, 4721 Sayılı Türk Medeni



Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır. Sohbet yazılımı ile görüştüğü bilgisi verilmeyen kullanıcının bu süreçte irade özgürlüğünün de ihlali söz konusudur. Zira irade özgürlüğü kararların alınış süreci ile ilgilidir. Kullanıcı, bu süreçte bir gerçek kişi temsilci ile görüştüğü kanısıyla karar almakta, halbuki aslında sanal temsilci ile görüşerek süreci gerçekleştirmektedir. Karşı tarafta kullanıcının verilerini analiz edebilen, kullanıcıyı profilleyip sınıflandıran, söz konusu profildeki kullanıcıların aldıkları kararları bu kullanıcının da alabileceğini tespit eden, kullanıcı cevap vermeden ne cevap vereceğini öngörebilen bir güç bulunmaktadır. Dolayısıyla bilgi dengesizliği bağlamında tüketici ile sanal temsilci arasında uçurum bulunmaktadır. Tüketicinin kendisinin dahi öngöremediği cevapları; kullanıcıyı sınıflandırdığı grupta bulunan diğer kişilerin daha önceden aldıkları kararlardan ve verdikleri cevaplardan yola çıkarak öngörebilen sohbet yazılımı, tüm bu verileri kullanarak tüketiciyi istediği yönde karar vermeye yönlendirmektedir. Bu şekilde tüketicinin karar alma sürecinin yönetildiği bir süreçte tüketicinin iradesinin etkilendiği ve dolayısıyla irade özgürlüğünün ihlal edildiği kabul edilmelidir. Tüketici, karşı tarafın sanal temsilci olduğu bilgisi dahi kendisine verilmediğinden süreci hür iradesiyle yönettiğini zannetmektedir. Tüketicinin en temel haklarından olan irade hürriyeti ve sözleşme özerkliğinin korunması için ChatGPT yahut herhangi bir sohbet yazılımı kullanıcılarına tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü getirilmelidir. Bu yükümlülükte gerçek kişi temsilci ile mi yoksa sanal temsilci ile mi görüşme yapmak istedikleri sorularak görüşmenin karşı tarafının kim olacağını belirleme yetkisi tüketicinin seçimine bırakılmalıdır. Sunulacak olan bu tercihte her iki seçenek de eşit şekilde tüketicinin istediğini o anda tercih edebileceği bir mekanizma ile sunulmalıdır. Sanal temsilcinin otomatik olarak görüşmeye başlayıp tüketiciye isterse gerçek kişi ile görüşme yapmak için başvurabileceği bir mekanizma kurulması durumunda tüketiciye gerçek kişiyle görüşmek için külfet getirilmiş olmaktadır. Bu durumda tüketiciye görüşmenin karşı tarafının kim olacağını belirleme yetkisinin verilmediği ve sohbet yazılımı kullananın yükümlülüğünü yerine getirmediği kabul edilmelidir.

Tüketicilerin kişisel verilerinin, irade hürriyetinin, sözleşme özerkliğinin korunması için ChatGPT veya başka sohbet yazılımı sahiplerine bu çalışmada belirtilen öneriler çerçevesinde getirilmesi tavsiye edilen yükümlülükler için Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun ve kanun koyucunun ChatGPT veya diğer sohbet yazılımlarına yönelik ilgili adımları atmaları önem taşımaktadır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** ift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**ıkar atışması:** Yazar çıkar atışması bildirmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author has not declared whether this work has received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

## KAYNAKÇA

- Akgün, Abdullah. "Otel Faaliyetleri İçin Yapay Zekâ Destekli Uygulamalar." *Selçuk Turizm ve Bilişim Araştırmaları Dergisi*, no. 3 (2023): 1 - 21.
- Ateş, Derya. "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* no. 72 (2007): 75 - 93.
- Ateş, Mustafa. "Veri Tabanlarının Hukukî Koruması." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, no. 1 (2006): 47 - 84.
- Aydın, Olgun. *Derin Öğrenme ile Karar Verme Süreçleri*. İstanbul: Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, İstatistik Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2019.
- Balaban, Mahmut Furkan. *Elektronik Haberleşme Sektöründe İşlenen Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Başkaya, Fatma ve Hacer Karacan. "Yapay Zekâ Tabanlı Sistemlerin Kişisel Veri Mahremiyeti Üzerine Etkisi: Sohbet Robotları Üzerine İnceleme." *Bilişim Teknolojileri Dergisi* 15, no. 4 (2022): 481-491.
- bbc.com/turkce, "ChatGPT, Kişisel Veri Kurallarını İhlâl Ettiği Gerekçesiyle İtalya'da Bloke Edildi." <https://www.bbc.com/turkce/articles/cw0971dy8rzo> . Erişim tarihi Temmuz 3, 2023.
- Bozgeyik, Hayri. *Marka Hakkının Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- ChatGPT. Kullanıcı İçeriğini Devre Dışı Bırakma İsteği Formu. [https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLScrnC-\\_A7JFs4LbIuzevQ\\_78hVERINqqCPct3d8XqnKOfdRdQ/viewform](https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLScrnC-_A7JFs4LbIuzevQ_78hVERINqqCPct3d8XqnKOfdRdQ/viewform) . Erişim tarihi Temmuz 9, 2023.
- Büyüksağış, Erdem. "Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı." *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 529-541.
- Cambridge Dictionary. "Opt-out." <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/opt-out> . Erişim tarihi Temmuz 9, 2023.

- Çelikdemir, Tümay. *Dünyada Dijital Paralar ve Bankacılık: Türk Bankacılık Sistemi için Öneri*. İstanbul: T.C. Marmara Üniversitesi, Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Çınar, Kazım. *Milletlerarası Özel Hukukta İrade Serbestisi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2021.
- Connecticut General Assembly. "Uniform Electronic Transactions Act." <https://www.cga.ct.gov/lrc/ElectronicCommunications/ElectUETACaPAConsumRev.htm>. Erişim tarihi Mart 20, 2023.
- Dalcı Özdoğan, Nurcihan. "Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2017): 33 - 52.
- Dayan, Ali ve Atınç Yılmaz. "Doğal Dil İşleme ve Derin Öğrenme Algoritmaları ile Makine Dili Modellemesi." *Dicle Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Mühendislik Dergisi* 13, no. 3 (2022): 467 - 475.
- Dilek, Uğur Bekir. "İslâm Borçlar Hukukunda Fiilî Mübadele Yoluyla Akit Kurma: Teâtî (Muâtât) Akdi." *İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi* 7, no. 2 (2021): 715 - 741.
- Divya S, Indumathi V, Ishwarya S, Priyasankari M, Kalpana Devi S. "A Self-Diagnosis Medical Chatbot Using Artificial Intelligence." *Journal of Web Development and Web Designing* 3, no.1 (2018): 1.
- Eliöz, Rümeysa, Berk Özsoy, Abdullah H. Özcan, Hüseyin Kara ve Lütfü Çakıl. "Türkçe Dili Sohbet Botlarında Alt Kelime Anlamsal Karması ile Niyet Sınıflandırması." İç. *29th Signal Processing and Communications Applications Conference (SIU)*. 1 - 4. İstanbul: IEEE, 2021. <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=9478003>. Erişim tarihi Haziran 13, 2023.
- Ercan, Saniye Ezgi. *Avrupa Birliği Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı Yönergesi ile Öngörülen İstisnalar Çerçevesinde Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi*. Ankara: İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Erdoğan, Gökhan. "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış." *Adalet Dergisi*, no. 66 (2021): 117-192.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2009.

- Gabriel , Henry D. "The New United States Uniform Electronic Transactions Act : Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce." *Uniform Law Review* no. 4 (2000): 651 - 664.
- Giakoumopoulos, Christos , Giovanni Buttarelli ve Michael O'Flaherty. *Avrupa Veri Koruma Mevzuatı El Kitabı*. Çeviren: İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. [https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2020/3/30/Bilgi\\_Avrupa\\_Veri\\_Koruma\\_Mevzuat%C4%B1\\_El\\_Kitab%C4%B1\\_2018\\_TR\\_v01\\_16022019.pdf](https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2020/3/30/Bilgi_Avrupa_Veri_Koruma_Mevzuat%C4%B1_El_Kitab%C4%B1_2018_TR_v01_16022019.pdf). Erişim tarihi Mayıs 15, 2023.
- Gökpınar, Ali. *Otelcilik Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Hasal, Martin, Jana Nowaková, Khalifa Ahmed Saghair, Hussam Abdulla, Václav Snášel, Lidia Ogiela. "Chatbots: Security, Privacy, Data Protection, and Social Aspects." *Concurrency and Computation: Practice and Experience* (2021): 1-13.
- Hasan, Afan. *Derin Öğrenme ve Makine Öğrenmesi Yöntemleriyle Borsa Alım Satım Davranışlarının Modellenmesi*. İstanbul: Yıldız Teknik Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Bilgisayar Mühendisliği Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2020.
- Helvacı, Serap ve Bülent Karasu. "Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, no. 1 (2018): 197 - 214.
- Hickok, Merve. "Üretici Yapay Zekâ Neden Mahremiyet, Ön Yargı ve Siber Güvenlik Açısından Bir Kâbus Oluşturuyor?." *Kişisel Verileri Koruma Kurumu Bülten*, no.1 (2023): 6-8.
- Huemer, Marie-Astrid. "Revision of Directive 96/9/EC on The Legal Protection of Databases." *European Parliament*. Ekim 2021. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/694232/EPRS\\_BRI\(2021\)694232\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/694232/EPRS_BRI(2021)694232_EN.pdf). Erişim tarihi Mayıs 17, 2023.
- Hussain, Saqib, Safa Hamood Al-Hashmi, Mazhar Hussain Malik, Syed Imran Ali Kazmi. "Chatbot in E-learning." *In SHS Web of Conferences: International Conference on Teaching and Learning – Digital Transformation of Education and Employability* 156 (2022): 1-5.

- Illescas-Manzano, María D, Noé Vicente López, Nuno Afonso González ve Carmen Cristofol Rodríguez. "Implementation of Chatbot in Online Commerce, and Open Innovation." *Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity* 7, no.2 (2021):1-20.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu. "Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler." <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zeka-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Dair-Tavsiyeler> . Erişim tarihi Temmuz 8, 2023.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu. "Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Hakkında Kamuoyu Duyurusu." <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6765/AYDINLATMA-YUKUMLULUGUNUN-YERINE-GETIRILMESI-HAKKINDA-KAMUOYU-DUYURUSU> . Erişim tarihi Temmuz 8, 2023.
- Kottorp Max ve Filip Jäderberg. "Chatbot as a Potential Tool For Businesses- A Study on Chatbots Made in Collaboration with Bisnode." <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1119783/FULLTEXT01.pdf> . Erişim tarihi Temmuz 1, 2023.
- Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. *Robo Danışmanların Hukuken Değerlendirilmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Mendapara, Harsh, Suhas Digole, Manthan Thakur, Anas Dange. "AI Based Healthcare Chatbot System Using Natural Language Processing." *International Journal of Scientific Research and Engineering Development* 4, no.2 (2021): 89-96.
- Mischia, Chiara Valentina, Flora Poetze, Christine Strauss. "Chatbots in Customer Service: Their Relevance and Impact on Service Quality." *Procedia Computer Science* 201 (2022): 421-428.
- Nehf, James P. "Limiting Identity Theft in an E-Commerce World." *New Zealand Business Law Quarterly* 8 (2002): 377 - 394.
- Open AI. "Privacy Policy." [openai.com. https://openai.com/policies/privacy-policy](https://openai.com/policies/privacy-policy) . Erişim tarihi Temmuz 8, 2023.
- Open AI. "How Your Data is Used to Improve Model Performance." [openai.com. https://help.openai.com/en/articles/5722486-how-your-data-is-used-to-improve-model-performance](https://help.openai.com/en/articles/5722486-how-your-data-is-used-to-improve-model-performance) . Erişim tarihi Temmuz 8, 2023.

- Özçelik, Barış. "Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler. *Adalet Dergisi*, no. 66 (2021): 87-116.
- Özdemir, Ahmet. "Akitlerde İrade Beyanı." *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 8, no. 2 (2008): 117 - 131.
- Öztekin, Alp. *Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK m. 243)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Park, Dong-Min, Seong-Soo Jeong, and Yeong-Seok Seo. "Systematic Review on Chatbot Techniques and Applications." *Journal of Information Processing Systems* 18, no.1 (2022): 26-47.
- Ramachandran, Divya, Anupam Keshari ve Manoj Kumar Tiwari. "Contract Price Negotiation Using an AI-Based Chatbot." İçinde *Applications of Emerging Technologies and AI/ML Algorithms, ICDAPS 2022, Asset Analytics*, düzenleyen: Manoj Kumar Tiwari, Madhu Ranjan Kumar, Rofin T. M. ve Rony Mitra. Springer: Singapore (2023) : 303 - 310.
- Rodríguez Cardona, Davinia, Antje Janssen, Nadine Guhr, Michael H. Breitner ve Julian Milde. "A Matter of Trust? Examination of Chatbot Usage in Insurance Business." İçinde *Proceedings of the 54th Hawaii International Conference on System Sciences*. Grand Wailea, Maui, Hawaii (2021): 556-565.
- Sağdıç, Zekeriya Alperen ve Sunagül Sani Bozkurt. "Otizm Spektrum Bozukluğu ve Yapay Zeka Uygulamaları." *Açıköğretim Uygulamaları ve Araştırmaları Dergisi* 6, no. 3 (2020): 92 - 111.
- Sağlam, Rahime Belen, Jason R. C. Nurse. "Is your Chatbot GDPR Compliant? Open Issues in Agent Design." In: CUI '20: Proceedings of the 2nd Conference on Conversational User Interfaces, 1-22.
- Şenocak, Zarife. "İnternette Kurulan Açık Artırma ile Satım Sözleşmesi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 3 (2001): 93 - 114.
- Suluk, Cahit, Rauf Karasu ve Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Taşbaşı, Tuğba. *Derin Öğrenme Tabanlı Hibrit Model Tasarımı ile EKG Sinyal Sınıflandırmasında Aritmi Tespiti*. Karabük: Karabük Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Biyomedikal Mühendisliği Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

- theverge.com. "ChatGPT Returns to Italy After Ban." <https://www.theverge.com/2023/4/28/23702883/chatgpt-italy-ban-lifted-gpdp-data-protection-age-verification> . Erişim tarihi Temmuz 7, 2023.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. "Chatbot Uygulamaları ve ChatGPT Örneği." (2023): 6, <https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/21.Chatbot-Uygulamas%C4%B1-ve-ChatGPT-%C3%96rne%C4%9Fi-De%C4%9Ferlendirme-Raporu.pdf> . Erişim tarihi Temmuz 1, 2023.
- "The Proposal for a Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts." [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF) . Erişim tarihi Temmuz 10, 2023.
- von Wolff Raphael Meyer, Sebastian Hobert, Matthias Schuman. "How May I Help You? – State of the Art and Open Research Questions for Chatbots at the Digital Workplace." *Proceedings of the 52nd Hawaii International Conference on System Sciences* (2019): 96.
- Vasileiou Maria V. ve Ilias G. Maglogiannis. "The Health ChatBots in Telemedicine: Intelligent Dialog System for Remote Support." *Journal of Healthcare Engineering* (2022): 1-12.
- Weitzenboeck, Emily M. "Electronic Agents and the Formation of Contracts." *International Journal of Law and Information Technology* 9 no. 3 (2001): 204 – 234.



**HERMENEUTICS OF THE WORD POLITEIA***Politeia Sözcüğünün Hermenotiği***BURÇIN AYDOĞDU\*****Öz**

Hukuk felsefesinin ve siyaset biliminin temel kavramı olan Politeia sözcüğü devlet, anayasa, cumhuriyet gibi muhtelif anlamlarda kullanılan bir terimdir. Söz konusu sözcüğün çok sayıda anlama sahip olması ilk bakışta kafa karıştırıcı gibi görünse bile hermenötik açıdan ilk çağdaki hukuk, etik ve siyaset anlayışını kavramaya ışık tutabilir. Bu amaçla, bu çalışma günümüze kadar gelebilmiş olan ilk çağ eserlerinde Politeia terimine izafe edilmiş olan her anlamı ele almak ve söz konusu anlamlar arasındaki muhtemel hermenötik bağlantıları kurmak suretiyle meseleyi derinlemesine analiz etmeyi amaçlamaktadır. Bu yöntem sayesinde Politeia teriminin sahip olduğu anlamların tamamının aydınlatılmasıyla kalınmaması, ilk çağdaki hukuki ve siyasi anlayışın kavranmasının kolaylaşması umulmaktadır.


**Anahtar Kelimeler:** Politeia, Res Publica, Devlet, Cumhuriyet, Anayasa

\* Dr. Öğr. Üyesi. Kırklareli Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, Kırklareli, Türkiye - Asst. Prof., Kırklareli University, Faculty of Law, Department of Public Law, Legal Philosophy and Sociology Department, Kırklareli, Turkey. ORCID 0000-0002-5313-5676 baydogdu@gmail.com.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 28.09.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 25.12.2023.

**Atıf/Citation:** Aydoğdu, Burçin. "Hermeneutics of the Word Politeia." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 790-806.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

## Abstract

Politeia (Πολιτεία in Hellenic) as a fundamental concept of legal philosophy and political philosophy can be interpreted in various meanings such as state, constitution, republic, citizenship etc. Though the fact that this term has a broad scale of meaning might, prima facie, seem confusing, such nature of the concept can, considering its hermeneutics, hold light to ancient conception of law, ethics and politics. To this end, this study aims a thorough analysis of the concept by handling every meaning attached to the term Politeia in ancient texts that survive today and suggesting possible hermeneutic connections between those meanings. It is expected that this method would not only clarify the entire possible meanings of the term Politeia but would help understanding ancient legal and political conceptions of the ancient times.

**Keywords:** Politeia, Res Publica, State, Republic, Constitution

## INTRODUCTION

Aristotle's work *Ἀθηναίων πολιτεία* (Athēnaiōn Politeia), meaning Athenians' Politeia is translated into English as Constitution of Athens<sup>1</sup> or Athenian Constitution<sup>2</sup> where the term Politeia corresponds to the term 'Constitution'. In some other translations it is translated as 'Staat Der Athener' (Athenians' State)<sup>3</sup>, where the term Politeia corresponds to the term 'State'. On the other hand, while Plato's distinct work Politeia is commonly translated into German as Der Staat<sup>4</sup>, which means 'the state', it is, on the other hand, commonly translated into English as The Republic<sup>5</sup>. These are the complications that are found only in first two, prominent, works of ancient legal/political philosophy.

---

<sup>1</sup> Aristotle, *Constitution of Athens and Related Texts*, trans. Kurt von Fritz and Ernst Kapp (Riverside: Free Press, 1970).

<sup>2</sup> Aristotle, *Athenian Constitution* (Start Publishing LLC, 2000).

<sup>3</sup> Aristotle, *Staat Der Athener*. Vol. 88, trans. A. E. Raubitschek (Classical Association of the Middle West and South, 1993).

<sup>4</sup> Platon, *Der Staat / Politeia: Griechisch - Deutsch*. (Berlin/Boston: De Gruyter, Inc., 2011. Accessed April 19, 2023. ProQuest Ebook Central), 892.

<sup>5</sup> Carolina Arajo, *Cooperative Flourishing in Plato's 'Republic': A Theory of Justice* (Bloomsbury, 2022), 1.

Extending the examination to other classical ancient would bring much more intermeshing results. It wouldn't be reasonable to suggest these interpretative diversities emerge from the translators' or languages' approach differences, only, as these translations have been used and adopted by the respective popular and academic literatures for centuries. It is a better way of considering the variety issue, to discuss these meanings in a multidimensional perspective that seeks out the commonsense among these conceptions rather than denying the accuracy of the translations.

## I. HERMENEUTICS AS A WAY OF INTERPRETING ANCIENT CONCEPTS

Every author reflects the culture, in which the author was born, raised and thought. The culture that influences the conceptions of ancient people quite is different from today's culture<sup>6</sup>, even for those that live in the same geography. Meanings attached to words don't only imply a naming for a concrete or abstract object; they also imply how the society, by whose convention the language is formed, sees that concrete or abstract object in terms of sympathy, hate, prejudice, expectation and potential. A neutral word in ancient times may gain quite an insulting meaning in medieval or modern era, though it is the very same word, such as 'idiot', as explained below. Similarly, a term whose scope is quite limited in ancient era, may refer to much larger scope in followings era like imperator, meaning commander in Roman republican era<sup>7</sup>, refers to rulers that rule over kings, centuries later. These semantic shifts are not mere linguistic evolutions. They are consequences of the social changes, cultural renovations and political developments<sup>8</sup>, all of which lead to alternations in legal considerations.

Politeia, a term employed by Plato in his quest to finding what is 'Good' and, from that point of view, to discover how justice can rule<sup>9</sup>, by the time became a

---

<sup>6</sup> Thomas M. Seebom, *Hermeneutics: method and methodology* (Netherlands: Springer Netherlands, 2004), 15.

<sup>7</sup> Jonathan Edmondson, *Augustus* (Edinburgh University Press 24 Mar 2014), 34.

<sup>8</sup> Hans Henrich Hock, *Principles of Historical Linguistics* (Germany: De Gruyter, 2020), 300-301.

<sup>9</sup> Noburu Notomi, "Freedom and the State in Plato's Politeia (Republic): Reconsidering the concept of 'politeia'." *JASCA (Japan Studies in Classical Antiquity)* 3 (2017), 66.

term that stands for one of the fundamental keys to legitimacy of collectivist, rather than liberal, way of governing people.<sup>10</sup> Even in the same years, by same author and in the same book<sup>11</sup>, this term was used in different meanings, which are construed differently in other languages.<sup>12</sup>

These semantic variations evidence that some concepts, which are apprehended separately in modern point of view, were considered identical in ancient culture. This notional identity of abstract concepts offer several clues about the culture of the time, such as elementariness of their legal thought, the generalizing approach of the time, or compatibility, for the time, of certain concepts that are, today, taken incompatible. They also provide clues on how a legal idea was grounded, using the limited cultural instruments of the time, through etymology. Though these findings cannot be qualified certain scientific evidence of the route followed by the social development, they can be helpful as instruments to mind-opening perspectives with the concern of understanding ancient thought, with minimal misleading influence of the modern culture, modern prejudices on ancient way of life in particular.

## II. ANALYZING THE CONCEPT OF POLITEIA

### A. Politeia Meaning Polity, Policy and Politics

Hellenic word Politeia comes from Polis<sup>13</sup>, which refers to the city-states of the time. It is worth to mention that notion of state, in the sense we understand today, was not common in the ancient culture.<sup>14</sup> The cities were bound by conquest or alliances, rather than the national unity motivations of modern era, let alone ethnic similarity. Therefore, the root of the word Politeia was related to being governed

---

<sup>10</sup> Érvíń László, *Individualism, Collectivism, and Political Power: A Relational Analysis of Ideological Conflict* (Springer Netherlands, 1963. ProQuest Ebook Central), 43.

<sup>11</sup> Eckart Schütrumpf, *The Earliest Translations of Aristotle's Politics and the Creation of Political Terminology* (Brill, 2014. ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/klu/detail.action?docID=6517332>), 42-44.

<sup>12</sup> Notomi, *Plato's Politeia*, 57-58.

<sup>13</sup> John Lewis, *Early Greek Lawgivers (Classical World)* (Londra: Bloomsbury Academic, 2007), 46.

<sup>14</sup> Johann Kaspar Bluntschli, *The Theory of the State* (Kitchener: Batoche Books, 1999), 20.

by a state; a state limited to a city or extended to other cities by ancient ways of domination.<sup>15</sup>

The living English word polity is derived from the word 'polis' and actually it is nothing but an exact modern English remnant of the ancient word Politeia.<sup>16</sup> It has several meanings.<sup>17</sup> With a general view, its meanings can be summarized as a form of government or governmental process that is formed by an organized group of people. This is an equivalent of Politeia that holds an overly broad definition that covers the meaning of Politeia in many contexts.<sup>18</sup>

Firstly, Plato suggests, in his book Politeia, that a state must be like a human body, all organs of which are controlled by the head. With a view to that emphasis on unity of the community under one administration, there is no doubt that Plato's Politeia had a nature of a polity. Any organization that fails being a polity, lacks meeting the capabilities of a Politeia, sought by Plato in his book.

Policy is also derived from the Hellenic word 'Polis'.<sup>19</sup> However, unlike the word polity, policy has a specific meaning that refers to a way of managing a political issue by a government with a certain sense of stance.<sup>20</sup> Plato's book Politeia explains how a government, headed by philosopher kings, must behave to the rest of the society and other countries and those policies, too, are a part of the system he designed as an ideal Politeia. Constitution of Athenians, written by Aristotle (or one of his students), also mentions the policies adopted by the former 'politeia' of the city and those were included in the description of old, unwritten constitutions of Athens.

---

<sup>15</sup> Andrius Bielskis, "Towards the conception of post-modern politics: the Aristotelian polis vs. the modern nation-state." *Filosofija. Sociologija* 3-4 (2008), 82.

<sup>16</sup> Kevin Cherry, "Lawgivers, Virtue, and the Mixed Regime: Reflections on Richard Bodéüs's the Political Dimensions of Aristotle's Ethics." *Dialogue: Canadian Philosophical Review/Revue canadienne de philosophie* 59.1 (2020), 41.

<sup>17</sup> Kari Palonen, "Four times of politics: Policy, polity, politicking, and politicization." *Alternatives* 28.2 (2003), 179-181.

<sup>18</sup> Lois Eveleth, "Plato and the Justice That Is Harmony." (2022), 11.

<sup>19</sup> Olivera Z. Mijuskovic, "Aristotle's concept of the state." *Socrates* 4.4 (2016), 14.

<sup>20</sup> Robert Hoppe, "Policy, governing and politicality." *European policy analysis* 5.2 (2019), 152.

Politics is also derived from the Hellenic word polis.<sup>21</sup> However, it can be said that the word politics is highly relevant to the Hellenic word Politiká (Πολιτικά), which is the name of the Aristotle's notable work. Though, politics in scientific sense is defined as striving to share power or striving to influence the distribution of power, either among states or among groups within a state,<sup>22</sup> its semantic sense being equivalent to Politeia rather refers to guiding people to render them their better selves, i.e. politics for an idealist philosopher.<sup>23</sup>

In conclusion, it is possible to interpret the ancient Hellenic word Politeia as including the ideas of polity, policy, and politics. This view is well supported by the term's extensive historical context and use by eminent philosophers like Plato and Aristotle. We can grasp the breadth and complexity of ancient Hellenic political thinking and its continuing influence on contemporary political debate by recognizing the diverse nature of Politeia.

## **B. Politeia Meaning the Opposite of Idioteia**

From this root, emerges the word Politeia, which refers to things or title that belong to a certain community under the same government, i.e., held publicly.<sup>24</sup>

On the other hand, the ancient word *idioteia* is a derivative of the word *idios*<sup>25</sup>, which means 'self'. As a matter of fact, ancient authorities considered those who are not related to public offices as people that are concerned in their self-interest.<sup>26</sup> According to ancient philosophers, expressing their ideas on such distinction, the barbarian people, and the artisans, traders, farmers were the part of the group that

---

<sup>21</sup> Tilo Schabert, *Boston politics: the creativity of power* (Germany: W. de Gruyter, 1989), 273.

<sup>22</sup> Max Weber, *From Max Weber: Essays in Sociology* (United Kingdom: Routledge, 1991), 78.

<sup>23</sup> Peter Murphy, "Civility and Radicalism", *The Social Philosophy of Agnes Heller* (Netherlands: Rodopi, 1994), 178.

<sup>24</sup> V. Harte & M. Lane. "Introduction", *Politeia in Greek and Roman philosophy* (Cambridge University Press, 2013), 8.

<sup>25</sup> John Ogilvie, *A Smaller English Dictionary* (2023), 186.

<sup>26</sup> Aryeh Kasher, *The Jews in Hellenistic and Roman Egypt: The Struggle For Equal Rights* (Germany: J.C.B. Mohr, 1985), 360.

are focused on their self-interest, unlike those holding governmental offices and concern the public interest and they were in need of being educated.<sup>27</sup>

In parallel, Cicero carried this terminology to Latin language with the word Private and Public, which both make pretty sense even today. Therefore; with a view to their roots in being concerned about the police community as a whole and being concerned about one's own self, *idioteiuein* (derived from *idioteia*) refers to the private sector, whereas Politeia refers to the public sector.<sup>28</sup> In this perspective, it is easy to confirm that all almost all concepts attached to the word Politeia, including state, governmental duties, community life and social lifestyle have a reference to the public things, whereas almost all concepts attached to the word *idioteia*, including self-concern, wealth, individualism have a reference to the private things. This is why it is possible to think the word Politeia refers to anything public, which is also a sound ground for Cicero's Latin translation referring to Plato's books title: [De] 'Re Public', i.e. [On] Public Things, as explained below.

### C. Politeia Meaning Citizenship and Civic Status

It is worth to note that political concepts experience semantic shifts during the discussions of enlightenment period<sup>29</sup> and citizenship in the sense of age of enlightenment refers to the collective identity of the people governed by a republic, i.e., people governing themselves, rather than being subject of a monarchy. It doesn't necessarily refer to being part of a society that is governed by a democracy.

The word Politeia derives from the word Polis, a city-state, but it must be added that the people living in the city-state were referred to as Polites<sup>30</sup>, and the

---

<sup>27</sup> Mark F. Montebello, "Plato on" sociability" and its educational transmission." (1992), 3.

<sup>28</sup> Richard Mulgan, "Aristotle and the value of political participation." *Political Theory* 18.2 (1990), 196-197.

<sup>29</sup> Caroline Laske. *Law, Language and Change: A Diachronic Semantic Analysis of Consideration in the Common Law* (Brill, 2020. ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/klu/detail.action?docID=6359673>), 105.

<sup>30</sup> Notomi, *Plato's Politeia*, 66. Polites is the oldest word among those handled here; it is used in Homeros' *Illiad*, the olders written text in Hellenic language. See John Victor Luce, "The" Polis" in *Homer and Hesiod*." *Proceedings of the Royal Irish Academy. Section C: Archaeology, Celtic Studies, History, Linguistics, Literature* (1978), 8.

word *Politeia* is also a derivative of the work *Polite*, which can be interpreted as *Civilian* or *Citizen*. On this ground, the word *Politeia* can be interpreted as a literal English correspondent of the work *citizenship*.<sup>31</sup>

*Politeia* refers to the situation, where people are governed as citizens, because their autonomy comes from their 'being a member of a 'polis' community. Being a primal member of a city-state, governed with public, collective concerns, can be construed as citizenship or civic status, as well.<sup>32</sup> As the structures of ancient city-states changed, being citizen of a Polis was not only a matter of being so, but also becoming so. In particular, obtaining citizenship of Rome became an important matter, so that the conception of civic status arose.<sup>33</sup>

In conclusion, *Politeia*'s etymological ties to the Greek city-state, or Polis, and its relationship to the word *Polites* highlight the value of civic engagement and the responsibility that residents play in determining the political landscape of their times. As a result, *Politeia* offers the fundamental idea that permeates all facets of political theory, such as citizen rights and obligations, and the systems and procedures that the direct social interactions.

#### **D. Politeia Meaning State**

What makes it a state, is the fundamental question that should be asked to discover the sense, in which *Politeia* refers to state, by its meaning earned in the age of enlightenment. State would not be one of the first meanings that comes to mind when talking about *Politeia* if conception of state was as loose as it was in the ancient times. What makes the modern concept of state be covered by *Politeia* is the enlightenment notion that a government that fails observing its fundamental duties against people will lose its legitimacy and an organized power dominating people without such legitimacy cannot be called a state. Plato's effort to find a grounding for dominance of a state, regardless of its factual power, even existence, is the most outstanding notion that allows construing *Politeia* as state.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Alessandro Saccal, "A Probabilistic Analysis of Governmental Forms." (2022), 2.

<sup>32</sup> John J. Mulhern, "Politeia as Citizenship in Aristotle." (2012), 41.

<sup>33</sup> Geoff Kennedy, "Cicero, Roman republicanism and the contested meaning of libertas." *Political Studies* 62.3 (2014), 500.

<sup>34</sup> Kasher, *The Jews*, 360.



The fact that Plato's book *Politeia* was interpreted as 'state' is the most considerable evidence of the fact that the concept *Politeia* refers to 'state'.<sup>35</sup> It is important to note that the word *Politeia* matches with meaning of state in the modern sense is much better than the ancient sense. As explained above, the ancient sense of state was a different concept in terms of structure, geographical boundaries etc., but the most considerable of the differences is the relation between a government and its citizens.<sup>36</sup>

### E. *Politeia* Meaning Constitution and Regime

Athenians' *Politeia* tell about constitutional history of ancient Athens. In one regard, it is about the Athenian people's lifestyle, as the rules governing the Polis affects the whole society. However, the books, as a whole, telling about generations of people, describes a transformation of a form of government, including the democracy experiences. In this regard, the book is about the constitution<sup>37</sup>, though not written. Similarly, *Lacedaemons Politeia*, written by Xenophon, tells about the daily lifestyle of the citizens of ancient Sparta (*Lacedaemonia*, geographically), which is shaped by the social and political rules, allegedly enacted by legendary king Lykurgos. Considering the fact that Xenophon's book tells about absence of private property in Sparta, the status of the *Heliots*, a kind of slave of the same, the monetary restrictions applied to the Spartans and the system of government, in particular the *ephors* that had a serious say in the governments despite the existence of *diarchy*, are all signs of a constitution settled for generations.<sup>38</sup>

Therefore, both Athenians' *Politeia* and *Lacedaemonian' Politeia* are about unwritten constitutions<sup>39</sup> of the two city-states of the time. In both title, the word *Politeia* refers to the concept of constitution as both forms of government are bound by certain rules. It can be said that the *Politeia* of Athenians and that of

---

<sup>35</sup> Christopher Sverre Norborg, *From Plato to Hitler: Interpretations of History* (United States of America: Burgess Publishing Company, 1940), 3.

<sup>36</sup> Kasher, *The Jews*, 364.

<sup>37</sup> Fred Dallmayr, *The Promise of Democracy: Political Agency and Transformation* (United States of America: State University of New York Press, 2010), 199.

<sup>38</sup> Alberto Esu, "Divided Power And Εὐνομία: Deliberative Procedures in Ancient Sparta." *The Classical Quarterly* 67.2 (2017): 355.

<sup>39</sup> Alberto Esu, *Divided Power*, 353.

Lacedaemonian offer important insights into the unwritten constitutions of ancient Sparta and Athens, respectively. These works demonstrate how the political and social structures of the era affected citizens' daily lives. We learn more about the complexity of these city-states' political systems and the relevance of their distinctive constitutions by exploring the deliberative processes and governing principles within them. Furthermore, the term "Politeia" is used in both titles, emphasizing the importance of established laws and rules in forming these historical societies' identities and systems of government. This further stresses the issue of constitution.<sup>40</sup> For this reason, it can be said that the word Politeia is interpreted as constitution not only in context of Athens or Sparta, but any such Polis, too, such as Rome.<sup>41</sup>

With a view to ancient roots of the word constitution, one can see Cicero used the term 'Constitutio'. Though Cicero contributed much to Latin terminology of political philosophy, but the term Constitutio he used in his constitution studies does not have the same meaning with today's term constitution. Rather, it refers to the process of enactment.<sup>42</sup> Even though, the modern term constitution can be traced back to Cicero's works and its usage in Roman republican era, and there are visible connections that enacting laws and other normative sources of law is relevant to the rule of law and that notion brings along the conception of constitutionality.<sup>43</sup>

In a broader sense, the Politeia can be interpreted as regime, because regime means form of government, i.e., the way people are ruled, regardless of law-abiding nature of the government or steadiness of the governmental institutions. The two works that survive today are about the regimes of two constitutional city-states, but we know Aristotle's students wrote 158 Politeia's of their time.<sup>44</sup> Considering the ancient political conditions, one can estimate that not all these Politeia's are institutionalized regimes that abide by certain fundamental

---

<sup>40</sup> Kasher, *The Jews*, 364.

<sup>41</sup> Kashner, *The Jews*, 362.

<sup>42</sup> Giovanni Sartori, "Constitutionalism: a preliminary discussion." *American Political Science Review* 56.4 (1962), 853.

<sup>43</sup> Graham Maddox, "A Note on the Meaning of 'Constitution'." *American Political Science Review* 76.4 (1982), 806.

<sup>44</sup> Richard Kraut, *Aristotle: Political Philosophy* (Spain: Oxford University Press, 2002), 11.

principles of governing. Therefore, it is more probable that the word Politeia was not used for only constitutional governmental forms as we apprehend today, but all other forms of government that has an observable system of rules.<sup>45</sup>

### F. Politeia as the Origin of Res Publica and Republic

Cicero's 'De Re Publica' is from Plato's Politeia.<sup>46</sup> The book is on Roman conception of Res Publica.<sup>47</sup> In this study, Res Public and Republic are not taken as identical terms, as Res Publica is a Latin conception of Plato's ideal state, whether or not a true republic, but the latter refers to a certain type of government, which can be attributed to certain period of Roman history, but has a broader meaning before modern era and a strict meaning in the modern era.<sup>48</sup>

Being inspired from Plato's Politeia, Cicero attempted to write a book on ideal form of government, according to the political conditions of his period. His ideal form on government, 'Res Publica' was a mixture of democracy and aristocracy with a 'first citizen' in the lead, though not on the throne. That projected 'first citizen' namely Princeps was later used by Augustus after factual end of the republic, but as a part of the new system, which was called 'Res Publica'.<sup>49</sup>

The term 'Res Publica' and 'Republic' continued to be used in the centuries ahead, not necessarily in the modern sense, but for referring to a kind of state with a certain establishment. For instance, Jean Bodin's *Les six livres de la République* uses the word 'republic' but view a view to its content, one can see the book's author is not against monarch; on the contrary it emphasizes the role of the magistrate as ruler.<sup>50</sup>

---

<sup>45</sup> Aryeh Kashner, *The Jews*, 362.

<sup>46</sup> Tom Stevenson, "Readings of Scipio's Dictatorship in Cicero's De Re Publica (6.12)." *The Classical Quarterly* 55.1 (2005), 143.

<sup>47</sup> Sean McConnell, "Magnitudo Animi and Cosmic Politics in Cicero's De re Publica" *The Classical Journal* 113.1 (2017), 47.

<sup>48</sup> Louise Hodgson, *Res Publica and The Roman Republic: 'Without Body or Form'* (Oxford University Press, 2016), 19-20.

<sup>49</sup> Fergus Millar, "Triumvirate and principate." *The Journal of Roman Studies* 63 (1973), 50-54.

<sup>50</sup> Emma Claussen, *Politics and 'Politiques' in Sixteenth Century France: A Conceptual History* (India: Cambridge University Press, 2021), 96-97.

The modern term republic gained its meaning because of the Humanism movements in academic sphere literature and American and French revolutions in the political arena.<sup>51</sup> Still, the word *Politeia* can be interpreted as ‘*Res Publica*’ as it is a projection for an ideal form of government with a certain establishment. Also, the word *Politeia* can be interpreted as ‘*Republic*’ in the modern sense because the Aristotle’s ‘*Politeia*’ was certainly not a pure democracy, but an oligarchy giving a right to say to the society. The reason Plato’s *Politeia* was translated into English was probably because of Cicero’s choice of Latin wording in reference to Plato’s *Politeia*, and the conception of ‘*Republic*’ as a political term that stands for types of governments with certain establishment or legitimacy, as explained above.

Therefore, it can be said that the Hellenic term *Politeia* forms the basis for all meanings the Latin term ‘*Res Publica*’ and *Republic* gained over time.

### **G. *Politeia* in Modern Hellenic Language - *Politeia* Meaning ‘The Times’**

The original name of famous novel *Zorba the Greek* is *Βίος και Πολιτεία του Αλέξη Ζορμπά*, which can be translated as *The Life and Politeia of Alexis Zorba*.<sup>52</sup> The word *Politeia* in this context, as a book title, is translated and as ‘the times’ i.e. *The Life and Times of Alexis Zorba*.<sup>53</sup> It is worth to remind that such modern interpretation of *Politeia* in that way is not unique to this particular novel’s title. It is used in other literary works, especially in biographies, too.<sup>54</sup>

Considering the book is about life of a person, who maintains an bold and firm stance against life and the novel does not only tell what he did (i.e. the life), but also was he was into (i.e. the times), it is possible to construe that the modern Hellenic word *Politeia*, in this particular context, refers to the challenges he faced as a result of being part of a society. A society, which had different attitude when

---

<sup>51</sup> G. Adolf Koch, *Republican Religion: The American Revolution and the Cult of Reason* (United Kingdom: Wipf and Stock Publishers, 2009), xi-xii.

<sup>52</sup> Michael Herzfeld, *Subversive Archaism: Troubling Traditionalists and the Politics of National Heritage* (United States of America: Duke University Press, 2021), 98.

<sup>53</sup> Wook-Dong Kim, *Kazantzakis’s Zorba the Greek: Five Readings* (United Kingdom: Cambridge Scholars Publishing, 2019), 75.

<sup>54</sup> For instance, see Hoffmann, E. T. A. *Βίος Kai Πολιτεία Του Γάτου Μούρ* (Greece: Erató, 1997).

compared to him. That difference, uniqueness of his character in the society makes sense with a view to his fights in life.

## CONCLUSION

Discussing the different notions, constructions, perceptions and penetration of Politeia, there are several jurisprudential and ethical observations that can be inferred from the semantic shifts for interpretation of the term.

First, the handled notions of the term show that there was an ancient social understanding, according to which people concerned in public matters are different than those who are concerned in their own interest. These two groups of people have different approach to matters. It can also be inferred that being concerned in public interests is more virtuous and civilized manner of living than taking care of one's own interest only. Therefore, the discussions above imply that public affairs cannot be conducted by those whose concern is their private interest. Continuation and adoption, in higher levels, of this judgment is the reason the word 'idiot' came to today's insulting meaning by time, but it has not always been a neutral adjective, either.<sup>55</sup>

Secondly; the idea that the type of government, where people govern themselves is a state in its true sense, appears to have been quite influential by time, because the term citizenship and civic status, which is originally unique to the regime of republic in strict modern sense, was considered the same with Politeia, which could originally be referring to regime of a polis, where the subjects are ruled by a monarch. Though the Roman republic had in fact ended in the first century B.C. and the imperial 'polity', replacing it, took the power from citizens of Rome, the state was still called a 'republic' and the primal status of the individuals was still referred to by the term Politeia in the sense of Roman citizenship.

The foregoing ancient approach may be caused by the Roman nostalgia of republican era for its achievements, more than people's accepting it as the ideal regime. Still, the meaning attached to the terms citizenship and republic during the enlightenment era, is more probably under the renaissance influence suggesting that a true republic is more virtuous than an absolute monarchy.

---

<sup>55</sup> A. W. Sparkes, "Idiots, Ancient and Modern.", *Politics* Vol 23, Issue 1 (1988), 101.

The third semantic analysis confirms the fact that not all ancient states were unconstitutional, but there were several constitutional states with unwritten constitution. This infers from the fact that, certain history records telling how Spartan, Athenian or Roman people were ruled can be considered an explanation of their states, but more specifically, their constitution. The term *constitutio* used by Cicero also supports the suggestion that there were ancient governments that were subject to unwritten rules above their own written laws. Though modifiability of these unwritten, constitutional rules varies, it is still possible to say this is a clear distinction as there are ancient peoples, such as ancient German, Scythian or Thracian people, about whom there is no record of such common social legal order.

Lastly, the foregoing analysis imply that being part of a public life is greater a challenge, when compared to a lifestyle that disregards the public life. The later sense that describes the challenges faced by Christian saints and the miseries experienced by Alexis Zorba. The choice of the word *politeia* for expressing the duration of life, in which they suffered, is an implication that they were not people that were seeking their own interests, but they were civil people that tried to be 'good' in the sense that does not ignore the existence of the community, in which they live as individuals.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author has not declared whether this work has received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

**BIBLIOGRAPHY**

- Arajo, Carolina. *Cooperative Flourishing in Plato's 'Republic': A Theory of Justice*. Bloomsbury, 2022.
- Aristotle. *Constitution of Athens and Related Texts*. Translated by Kurt von Fritz and Ernst Kapp. Riverside: Free Press, 1970.
- Aristotle. *Staat Der Athener*. Vol. 88. Translated by A. E. Raubitschek. Classical Association of the Middle West and South, 1993.
- Aristotle. *The Athenian Constitution*. New York: Start Publishing LLC, 2020.
- Bielskis, Andrius. "Towards the conception of post-modern politics: the Aristotelian polis vs. the modern nation-state." *Filosofija. Sociologija* 3-4. 2008, 83-89.
- Bluntschli, Johann Kaspar. *The Theory of the State*. Kitchener: Batoche Books, 1999.
- Cherry, Kevin. "Lawgivers, Virtue, and the Mixed Regime: Reflections on Richard Bodéüs's the Political Dimensions of Aristotle's Ethics." *Dialogue: Canadian Philosophical Review/Revue canadienne de philosophie* 59.1. 2020, 31-50.
- Claussen, Emma. *Politics and 'Politiques' in Sixteenth Century France: A Conceptual History*. India: Cambridge University Press, 2021.
- Dallmayr, Fred. *The Promise of Democracy: Political Agency and Transformation*. United States of America: State University of New York Press, 2010.
- Edmondson, Jonathan. *Augustus*. Edinburgh University Press, 24 Mar 2014.
- Esu, Alberto. "Divided power and ενομοια: Deliberative procedures in ancient sparta." *The Classical Quarterly* 67.2. 2017, 353-373.
- Eveleth, Lois. "Plato and the Justice That Is Harmony". 2022.
- Harte, V. & Lane M. "Introduction", *Politeia in Greek and Roman Philosophy*. Cambridge University Press, 2013, 1-12.
- Herzfeld, Michael. *Subversive Archaism: Troubling Traditionalists and the Politics of National Heritage*. United States of America: Duke University Press, 2021.
- Hock, Hans Henrich. *Principles of Historical Linguistics*. Germany: De Gruyter, 2020.
- Hodgson, Louise. *Res Publica And the Roman Republic: 'Without Body or Form'*. Oxford University Press, 2016.

- Hoppe, Robert. "Policy, governing and politicality." *European policy analysis* 5.2. 2019, 150-169.
- Kasher, Aryeh. *The Jews in Hellenistic and Roman Egypt: The Struggle for Equal Rights*. Germany: J.C.B. Mohr, 1985.
- Kennedy, Geoff. "Cicero, Roman republicanism and the contested meaning of libertas." *Political Studies* 62.3. 2014, 488-501.
- Kim, Wook-Dong. *Kazantzakis's Zorba the Greek: Five Readings*. United Kingdom: Cambridge Scholars Publishing, 2019.
- Koch, G. Adolf. *Republican Religion: The American Revolution and the Cult of Reason*. United Kingdom: Wipf and Stock Publishers, 2009.
- Kraut, Richard. *Aristotle: Political Philosophy*. Spain: Oxford University Press, 2002.
- Laske, Caroline. *Law, Language and Change: A Diachronic Semantic Analysis of Consideration in the Common Law*. Brill, 2020. ProQuest Ebook Central.
- László, Érvín. *Individualism, Collectivism, and Political Power: A Relational Analysis of Ideological Conflict*. Dordrecht: Springer Netherlands, 1963. Accessed April 19, 2023. ProQuest Ebook Central.
- Lewis, John. *Early Greek Lawgivers (Classical World)*. London: Bloomsbury Academic, 2007.
- Luce, John Victor. "The Polis in Homer and Hesiod." *Proceedings of the Royal Irish Academy. Section C: Archaeology, Celtic Studies, History, Linguistics, Literature*. 1978, 1-15.
- Maddox, Graham. "A Note on the Meaning of 'Constitution'." *American Political Science Review* 76.4.1982, 805-809.
- McConnell, Sean. "Magnitudo Animi and Cosmic Politics in Cicero's De Re Publica" *The Classical Journal* 113.1 (2017): 45-70.
- Mijuskovic, Olivera Z. "Aristotle's concept of the state." *SOCRATES* 4.4. 2016, 13-20.
- Millar, Fergus. "Triumvirate and principate." *The Journal of Roman Studies* 63. 1973, 50-67.
- Montebello, Mark F. "Plato on sociability and its educational transmission." 1992. Neocleous, Mark. "Social police and the mechanisms of prevention." *British journal of criminology* 40.4. 2000, 710-726.



- Mulgan, Richard. "Aristotle and the value of political participation." *Political Theory* 18.2 (1990): 195-215.
- Mulhern, John J. "Politeia as Citizenship in Aristotle." (2012).
- Murphy, Peter. "Civility and Radicalism", *The Social Philosophy of Agnes Heller*. Netherlands: Rodopi, 1994.
- Norborg, Christopher Sverre. *From Plato to Hitler: Interpretations of History*. United States of America: Burgess Publishing Company, 1940.
- Notomi, Noburu. "Freedom and the State in Plato's Politeia (Republic): Reconsidering the concept of 'politeia'." *JASCA (Japan Studies in Classical Antiquity)* 3. 2017.
- Ogilvie, John. *A Smaller English Dictionary*. 2023.
- Palonen, Kari. "Four times of politics: Policy, polity, politicking, and politicization." *Alternatives* 28.2. 2003, 171-186.
- Platon. *Der Staat / Politeia: Griechisch - Deutsch*. Berlin/Boston: De Gruyter, Inc., 2011. Accessed April 19, 2023. ProQuest Ebook Central.
- Saccal, Alessandro. "A Probabilistic Analysis of Governmental Forms". (2022).
- Sartori, Giovanni. "Constitutionalism: a preliminary discussion." *American Political Science Review* 56.4. 1962, 853-864.
- Schabert, Tilo. *Boston politics: the creativity of power*. Germany: W. de Gruyter, 1989.
- Schütrumpf, Eckart. *The Earliest Translations of Aristotle's Politics and the Creation of Political Terminology*. Btill, 2014. ProQuest Ebook Central.
- Seebohm, Thomas M. *Hermeneutics: method and methodology*. Netherlands: Springer Netherlands, 2004.
- Sparkes, A. W. "Idiots, Ancient and Modern.", *Politics Vol 23, Issue 1*. 1988, 101-102.
- Stevenson, Tom. "Readings of Scipio's Dictatorship in Cicero's *De re publica* (6.12)." *The Classical Quarterly* 55.1. 2005, 140-152.
- Weber, Max. *From Max Weber: Essays in Sociology*. United Kingdom: Routledge, 1991.
- .

## FUHUŞLA MÜCADELEDE İSKANDİNAV MODELİ

### *Scandinavian Model in the Fight Against Prostitution*

İsmail ŞAHİN\*

#### Öz

Fuhuş, insan onuru ve eşitliğini ihlal eden, kişinin bedenini ticaret malı haline getirerek ona fiziki ve ruhi açıdan zarar veren, nesilleri kalıtsal ve ölümcül bazı hastalıklara maruz bırakabilen, aile birliği ve toplumsal düzeni olumsuz etkileyen büyük bir sorundur. Neden ve sonuçlarıyla, hukukun yanında pek çok bilim dalının inceleme konusunu oluşturan fuhuş olgusu; tarih boyunca farklı zaman ve coğrafyalarda farklı değerlendirmelere konu olmuş bir eylemdir. Günümüzde de devletlerin fuhuşa dair düzenlemeleri farklılıklar içermektedir. Öncelikle İsveç'te akabinde pek çok ülkede kabul edilmiş, İskandinav veya İsveç modeli olarak anılan yaklaşım, fuhuş ve fuhuş amaçlı insan ticaretiyle mücadele kapsamında diğer ülke düzenlemelerinden ayrılan bir bakış açısı sunmaktadır. Modelin çıkış noktası, fuhuş aracılığın yanında, fuhuşta müşteri olmanın da suç olarak benimsenmesidir. Modeli benimseyen bazı ülkelerde fuhuş yapan kimseler de belirli koşullarla cezalandırılmaktadır. İskandinav modelinin ve uygulandığı farklı ülkelerdeki düzenlemelerin incelendiği bu çalışmada, konuya dair ülkemiz mevzuatı, öğreti görüşleri ve yargı kararlarına da yer verilmiştir. Ülkemizde fuhuş aracılığın ve fuhuşun reklamının suç olarak düzenlendiği, ancak fuhuş yapanlar

\* Dr, Hâkim, Adalet Bakanlığı, hakimismailsahin@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-7198-8149.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 14.04.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 27.12.2023.

**Atıf/Citation:** Şahin, İsmail. "Fuhuşla Mücadelede İskandinav Modeli." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 807-843.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

veya müşterilerinin cezalandırılması yönünde tercihte bulunulmadığı anlaşılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Fuhuş, İskandinav Modeli, İsveç Modeli, İnsan Ticareti, Fuhuş Aracılık, Fuhuşla Mücadele Tüzüğü

## **Abstract**

Prostitution is a major problem that violates human dignity and equality, damages the person's body physically and morally by making it a commercial property, can expose future generations to some hereditary and deadly diseases, and negatively affects family unity and social order. The phenomenon of prostitution, which is the subject of many disciplines besides law, with its causes and consequences; It is an action that has been the subject of different evaluations in different times and geographies throughout history. Today, the regulations of the states on prostitution include differences. The approach, which was first adopted in Sweden and then in many countries, referred to as the Scandinavian or Swedish model, offers a perspective that differs from other country regulations within the scope of fighting prostitution and human trafficking for prostitution. The starting point of the model is the adoption of being a customer in prostitution as a crime, as well as intermediation in prostitution. In some countries that have adopted the model, prostitutes are also punished with certain conditions. In this study, which examines the Scandinavian model and the regulations in different countries where it is applied, our country's legislation, doctrinal views and judicial decisions on the subject are included. It is understood that pimping and the advertisement of prostitution is regulated as a crime in our country, but there is no preference for punishment for prostitutes or their customers.

**Keywords:** Prostitution, The Scandinavian Model, The Swedish Model, Human Trafficking, Pimping, Anti-Prostitution Regulation

## **GİRİŞ**

İnsanların toplu halde yaşayabilmeleri, bir nizam ve disiplini gerektirir. Bu gereklilik, günümüzde kamu otoritesi tarafından kurulan bir düzenle yerine getirilir. “*Yaptırımlar düzeni*” olarak adlandırılan bu sistemde, öncelikle toplumsal

yaşama zarar veren eylemler belirlenir.<sup>1</sup> Toplumdaki “*davranış normlarını*” ihlal eden hareketler, doğru bulunmaz ve haksızlık olarak kabul edilirler. Böylece bireylerin kaçınması veya yapması gereken davranışlar belirlenmiş olur.<sup>2</sup> Toplumsal düzenin sağlanması için ikinci gereklilik ise düzeni bozan bu icrai veya ihmali hareketlerin yaptırımlarının belirlenmesidir.<sup>3</sup> Bu yaptırımlar idari, hukuki veya cezai mahiyette olabilir. Ceza hukuku da ceza yaptırımı uygulanması gereken hukuka aykırılıkları ve bu ihlali gerçekleştirenlere karşı devletin tepkisini yani yaptırımını belirler.<sup>4</sup>

Günümüz toplumlarında insan hayatı ve onuru, vücut dokunulmazlığı, mal varlığı, devletin güvenliği gibi pek çok değer toplum hayatının devamı için gerekli görülmüş ve bu değerlere yönelen haksız eylemler cezaya müstahak görülerek suç olarak düzenlenmiştir.<sup>5</sup> Ancak bazı konularda haksızlığa dair değer yargısının toplumlar arasında veya aynı toplumda zamana bağlı olarak ciddi farklılıklar içerdiği de görülmektedir. İnceleme konumuzu oluşturan “*fuhuş*” da bu kapsamda pek çok ülkede ve zamanda farklı değer yargılarına konu olmuş bir eylemdir. Bu eylem halen bazı ülkelerde iş hukuku alanında düzenlenmişken, bazı ülkelerde ise davranış normlarına aykırı görülerek yaptırıma bağlanmıştır.

Fuhuş, neden ve sonuçlarıyla, hukukun yanında sosyoloji, psikoloji, tıp, ekonomi gibi farklı bilim dallarının inceleme alanında kalan ve bu yönüyle disiplinler arası çalışmayı gerektiren bir konudur. Ülkemizde taraflar ve toplum açısından pek çok soruna yol açan ve küçümsenemeyecek hacme ulaşan fuhuş faaliyetlerini, bu farklı yönleriyle inceleyen çalışmaların sayısının sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Toplumun pek çok yönüyle ilgilendiren bu sorunun göz ardı edilmesi yerine belirtilen farklı disiplinler açısından tartışmaya açılmasının ideal düzenlemelere erişilmesi açısından gerekli olduğu, konuya dair her akademik eserin bu toplumsal amaca hizmet edeceği kanaatiyle, bu çalışma konusu tercih edilmiştir. Çalışmada, fuhuşun bir meslek olarak kabulünü olanaklı

---

<sup>1</sup> Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt 1 (İstanbul: Der Yayınevi, 2016), 1.

<sup>2</sup> İzzet Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 28.

<sup>3</sup> Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 2.

<sup>4</sup> Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 5.

<sup>5</sup> Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 32.

görmediğimizden, bu kimseler açısından “işçi” tabiri kullanılmamış, “fuhuş yapan” ibaresi tercih edilmiştir.<sup>6</sup>

Çalışmamızda öncelikle fuhuş kavramı ile fuhşun cezalandırıldığı veya yasal kabul edildiği hukuk sistemleri hakkında öz bilgilere yer verilmiştir. Akabinde fuhşa dair güncel bir yaklaşım olan ve pek çok ülke tarafından emsal alınan İskandinav modeli farklı yönleriyle incelenmiştir. Bu tetkikte modelin temeli sayılabilecek olan İsveç uygulamasının içeriği, ortaya çıkış nedeni ve sonuçları detaylı olarak incelenerek, modeli benimseyen diğer bazı ülke uygulamaları ise öne çıkan ayrıksılıkları ile birlikte açıklanmıştır. Son başlıkta ise İsveç modelinin özgün hükümleri karşısındaki durumun tespiti açısından, fuhuş hakkında ülkemiz düzenlemeleri ana hatları ile zikredilmiştir. Belirtilmelidir ki çalışma kapsamında İskandinav modelinin, ülkemiz düzenlemelerinden farklı ve özgün yanı olan müşterilerin cezalandırılması ile fuhuş yapanların rehabilitesi ve bazı hallerde de cezalandırılmasına dair hükümleri üzerinde odaklanıldığından, İskandinav modelinin ve ülkemizin fuhşa aracılığa dair suç düzenlemelerine detaylı olarak yer verilmemiştir.

## I. FUHUŞ KAVRAMI İLE FUHŞUN YASALLIĞI VEYA CEZALANDIRILMASINA DAİR SİSTEMLERE GENEL BİR BAKIŞ

Fuhuş, sözlükte “içinde bulunulan toplumun kurallarına uymayan bir biçimde bir veya birkaç kişiyle para karşılığında cinsel ilişkide bulunma” olarak tanımlanmaktadır.<sup>7</sup> Uluslararası sözleşmelerde, iç hukukumuzda ve doktrinde de fuhşun doğrudan veya dolaylı muhtelif tanımları mevcuttur.<sup>8</sup> Çalışmamızın kapsamı ve amacı

<sup>6</sup> Fuhuş yapan kimseler hakkında işçi teriminin kullanılmadığı tercihler için bakınız: Hasan Dursun, “Fuhşa ve Fuhuş Hakkındaki Temel Türk Hukuk Normlarına Genel Bir Bakış,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 93 (2011): 415; Günce Artantaş “Bir Sapma Davranışı Olarak Fuhuş,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 1 (2021): 4.

<sup>7</sup> Erişim tarihi Aralık 10, 2022, <https://sozluk.gov.tr>.

<sup>8</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Fahişeliğinin Sömürülmesinin Önlenmesi Sözleşmesi; Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 15. maddesi; Özgeç, *Genel Hükümler*, 37; Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975), 274-296; Mustafa Arslantürk, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 659.

itibarıyla bu tanımlamalara dair detaylı tartışmalara yer vermekten kaçınarak özetle, fuhşun; para veya sair bir menfaat karşılığında yapılması, duygusal bir bağ içermemesi, fuhuş yapanın cinsiyetinin önem arz etmemesi, fuhuş yapanın karşı tarafın cinsel amaçlarına yönelik olarak kendi vücudundan yararlanılmasına izin vermesi, fuhşun meslek olarak veya devamlılık arz etmeksizin de icra edilebilmesi özelliklerini bünyesinde barındırdığını<sup>9</sup> ifade etmeyi kâfi görmekteyiz.

Devletlerin siyasi, sosyal, ekonomik, kültürel, dini vb. yapılarındaki farklılıklar, fuhşa yaklaşımlarının da değişkenlik göstermesine yol açmaktadır. Bu yaklaşımlar, fuhşun yasal olarak düzenlenip düzenlenmediği ve ceza hukuku yaptırımlarına tabi olup olmadığı temelinde farklı tasniflere tabi tutulmuştur.<sup>10</sup> Fuhşun ahlaki zayıflıktan kaynaklanan toplumsal bir sorun olduğunu ve tamamen ortadan kaldırılması gerektiğini kabul eden bazı ülkelerde fuhşun tüm biçimleri yasaklanmıştır. Başta fuhuş yapanlar olmak üzere, araçlar ve bazı uygulamalarında fuhuş müşterilerinin cezalandırıldığı bu yaklaşımda genelev işletmeciliği de yasaktır.<sup>11</sup> Bu yaklaşım, neomuhafazakar düşüncenin etkisiyle Amerika Birleşik Devletleri'nin pek çok eyaletinde kabul görmüştür.<sup>12</sup>

Bu ilk yaklaşımın aksine Almanya ve Hollanda gibi bazı ülkelerde fuhşun yapılması, satın alınması ve genelev işletilmesi yasallaştırılmıştır. Neoliberal düşünceyle bu yaklaşımı tercih ederek fuhşu cezalandırmayan devletler, iş

<sup>9</sup> Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuk Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 909; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 588; Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 297-298.

<sup>10</sup> Ülkelerin fuhşa dair düzenlemeleri hakkında yapılan farklı tasnifler için bakınız: Hendrik Wagenaar vd., *Final Report of the International Comparative Study of Prostitution Policy: Austria and the Netherlands* (Den Haag, Platform31, 2013), 14-16; Ane Mathieson vd., "Prostitution Policy: Legalization, Decriminalization and the Nordic Model," *Seattle Journal for Social Justice* 14, no. 2 (2015): 368-369; Daniela Danna, "Report on prostitution laws in the European Union," University of Milan, 2014, 10-17, Erişim tarihi Aralık 10, 2022, <https://documentation.lastradainternational.org/lisidocs/3048-EU-prostitution-laws.pdf>; Andrea Di Nicola, "The Differing EU Member States' Regulations on Prostitution and Their Cross-Border Implications on Women's Rights," (Brüksel, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament, 2021), 23-25, Erişim tarihi Aralık 10, 2022, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/695394/IPOL\\_STU\(2021\)695394\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/695394/IPOL_STU(2021)695394_EN.pdf); Artantaş, "Bir Sapma Davranışı Olarak Fuhuş," 14-23.

<sup>11</sup> Mathieson vd., "Prostitution Policy," 372.

<sup>12</sup> Mathieson vd., "Prostitution Policy," 374.

kanunları aracılığıyla düzenledikleri fuhuş faaliyetlerinden vergi geliri elde etmektedir. Fuhşun bu ülkelerdeki turizmin artmasına yol açtığı ifade edilmektedir.<sup>13</sup> Örneğin, Almanya’da 400 bin kişinin fuhuş yaparak gelir elde ettiği ve bu rakamın Avrupa ülkeleri arasındaki en yüksek rakam olduğu, her gün ortalama 1 milyon 200 bin kişinin genelevlere gittiği, fuhuş faaliyetlerinin yıllık 15 milyar avro değerinde ekonomik bir karşılığının olduğu belirtilmektedir.<sup>14</sup> Hollanda’da da fuhşun yasallaştırılmasının önemli vergilendirme ve turizm kârı sağladığı, sektörün yıllık 800 milyon ABD dolarından fazla bir hacme sahip olduğu ifade edilmektedir.<sup>15</sup>

Almanya ve Hollanda’da fuhşun serbest olması kamuoyunda ve öğretilerde bazı eleştirilere neden olmuştur. Örneğin, Almanya’da bazı şehirlerde fuhşun yoğunlaşması toplumsal şikâyetlere yol açmıştır. Sınırları içinde çok sayıda genelevin bulunduğu bir şehirde kamuya açık alanlarda fuhuştan kaynaklı pek çok olumsuzluk dile getirilmektedir.<sup>16</sup> Yasallaştırma ve suç olmaktan çıkarma düzenlemelerinin etkisiyle alıcılar ve genelev sahiplerinin meşruiyet kazandığı ancak kadınlara yönelik fuhuş kaynaklı şiddetin devam ettiği Hollanda’da<sup>17</sup> da fuhşun cezalandırılması amacıyla başlatılan kampanya kapsamında 40 bin imza toplanarak parlamentoya sunulmuştur.<sup>18</sup> Fuhşun yasal olduğu bu ülkelerde kadınların erkeklerin cinsel zevkinin nesnesi olduğu ve bu nedenle satın alınabilecekleri fikrinin normalleştiği belirtilerek, bu durumun eşitlik ve insan onuruna aykırı olduğu ifade edilmektedir.<sup>19</sup>

Bir diğer model ise incelememiz kapsamında detaylandıracağımız İskandinav veya Kuzey (Nordic) ya da İsveç modeli olarak isimlendirilen yaklaşımdır. Bu

<sup>13</sup> Mathieson vd., “Prostitution Policy,” 378-379.

<sup>14</sup> Ashleigh M. Kline, "The Fallacy of Free Will in Prostitution: Encouraging Prostitution Reform to Prevent the Repeated Victimization of Vulnerable Persons," *Michigan State International Law Review* 25, no. 3 (2017): 683; Mathieson vd., “Prostitution Policy,” 395.

<sup>15</sup> Mathieson vd., “Prostitution Policy,” 394.

<sup>16</sup> Kline, “The Fallacy of Free Will in Prostitution,” 684.

<sup>17</sup> Mathieson vd., “Prostitution Policy,” 394.

<sup>18</sup> Erişim tarihi Aralık 10, 2022, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-47866886>.

<sup>19</sup> Gunilla Ekberg, “The Swedish Law That Prohibits the Purchase of Sexual Services: Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Beings,” *Violence Against Women* 10, no. 10 (2004):12, Erişim tarihi Aralık 3, 2022, [https://www.womenlobby.org/IMG/pdf/ekberg\\_articlevaw\\_updated0504271.pdf](https://www.womenlobby.org/IMG/pdf/ekberg_articlevaw_updated0504271.pdf).

modelle, cezalandırma veya yasallaştırmaya dair anılan yaklaşımlardan farklı olarak fuhuş, emek veya ahlaksızlık olarak değil cinsiyete dayalı bir şiddet biçimi olarak kavramlaştırılmıştır. Sosyal politika araçlarının yoğun şekilde kullanılmasıyla fuhşun asgariye indirilmesinin hedeflendiği bu yaklaşımda, fuhuş müşteriliği, fuhşa aracılık ve genelev işletmeciliği suç olarak kabul edilmiştir.<sup>20</sup>

Yukarıda anılan modeller, fuhşa dair temel yaklaşımları ifade etse de bu yaklaşımların ülke mevzuatlarına yansımalarının yeknesak olmadığı, aynı yaklaşımı benimsemesine rağmen ülkelerin fuhşa dair düzenlemelerinin genellikle farklılık içerdiği anlaşılmaktadır.<sup>21</sup> Fuhşa ilişkin yasaklamalar içeren ülkelerde, fuhuş yapanların (Hırvatistan, Romanya), müşterilerin (İsveç, İrlanda, Fransa) veya her ikisinin (Litvanya) ve bu kimselerin yanı sıra araçların da cezalandırıldığı, fuhuş reklamının ve genelev açmanın yasaklandığı farklı uygulamaların bulunduğu; bazı ülkelerde ise fuhşun açıkça düzenlenerek yasallaştırıldığı (Almanya, Hollanda, Avusturya) veya açıkça düzenleme olmasa da fuhuş yapanların cezalandırılmamasıyla bireysel fuhşa izin verildiği ancak aracılığın cezalandırıldığı (Portekiz, Polonya) anlaşılmaktadır.<sup>22</sup>

## II. İSKANDİNAV MODELİ

Fuhuşla mücadelede farklı bir bakış açısı içeren ve İskandinav modeli olarak adlandırılan yaklaşımın kökeni, İsveç'te 1998'de kabul edilen ve 1 Ocak 1999'da yürürlüğe giren "Sexköpslagen"<sup>23</sup> (Sex Purchase Act-Cinsel Hizmetlerin Satın Alınmasının Yasaklanmasına İlişkin Kanun) düzenlemesine dayanmaktadır. Kanunun öne çıkan yönü, fuhuşta müşteri olmanın suç haline getirilmesidir. İsveç modeli olarak da anılan<sup>24</sup> bu yaklaşım, Finlandiya(2006), Norveç(2009),

<sup>20</sup> Mathieson vd., "Prostitution Policy," 396, 397.

<sup>21</sup> Di Nicola, "The Differing EU Member States," 23.

<sup>22</sup> Di Nicola, "The Differing EU Member States," 7.

<sup>23</sup> Erişim tarihi Nisan 9, 2023, <https://rkrattsbaser.gov.se/sfst?bet=1998:408>.

<sup>24</sup> Sarah Kingston ve Terry Thomas, "No model in practice: a 'Nordic model' to respond to prostitution?," *Crime, Law and Social Change*, no. 71 (2019): 424.



İzlanda(2009), Kuzey İrlanda(2012), Kanada(2014), Fransa(2016) ve İrlanda(2017) gibi ülkelerde yapılan benzer düzenlemelerde referans kabul edilmiştir.<sup>25</sup>

Avrupa Parlamentosu, 26 Şubat 2014 tarihli tavsiye kararında, İskandinav modelinin fuhuş ticaretini ve bu amaçla yapılan insan kaçakçılığını azalttığı, kadınların ve çocukların cinsel sömürüleriyle mücadele edilmesi ile toplumdaki kadın ve erkek eşitliğinin geliştirilmesinde fayda sunduğu gerekçesiyle, bu modelin uygulanmasını tavsiye etmektedir.<sup>26</sup> Yine Avrupa Parlamentosu tarafından 2021 yılında hazırlanan “*AB Üye Devletlerinin Fuhuşa İlişkin Farklı Düzenlemeleri Ve Bunların Kadın Hakları Üzerindeki Sınır Ötesi Etkileri*” başlıklı raporda da müşterilerin ve bilhassa fuhuş amaçlı insan ticareti mağduru müşterilerinin daha fazla cezalandırılması ve sorunun kökeninde yer alan özellikle işsizlik gibi nedenlerin ele alınması önerisi yer almaktadır.<sup>27</sup>

İsveç’te başlayıp, öncelikle Finlandiya, Norveç ve İzlanda’da da benimsenmesiyle İskandinav Modeli olarak adlandırılan bu yaklaşımı incelediğimiz çalışmamızda, diğer ülkeler için emsal olan İsveç düzenlemeleri esas alınmakla birlikte, bu sistemi örnek alan farklı ülke düzenlemelerinin öne çıkan bazı yönlerine de ayrı başlık altında yer verilmiştir.

### **A. İskandinav Modelinin Ortaya Çıkışı: İsveç Örneği**

İsveç’te fuhuşun kadın ve erkek arasında eşitsizlik doğuran toplumsal bir sorun olarak kabul edilmeye başlanmasından itibaren gerçekleştirilen araştırma ve kamuoyu tartışmalarının sonucunda, 1998 yılında Cinsel Hizmetlerin Satın Alınmasının Yasaklanmasına İlişkin Kanun kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle fuhuş aracılığın<sup>28</sup> yanında cinsel hizmetlerinin satın alınmasını da suç haline

---

<sup>25</sup> Wanjiku Kaime-Atterhög, “Perspectives On The Swedish Model To Prevent And Combat Prostitution And Trafficking For Purposes Of Sexual Exploitation”, Konrad Adenauer Stiftung Publication, (2021): 4, <https://www.kas.de/en/web/nordische/single-title/-/content/perspectives-on-the-swedish-model-to-prevent-and-combat-prostitution-and-trafficking>; Kingston ve Thomas, “No model in practice,” 426-427.

<sup>26</sup> Nicolle Zeegers ve Martina Althoff “Regulating Human Trafficking by Prostitution Policy - An Assessment of the Dutch and Swedish Prostitution Legislation and Its Effects on Women’s Self-Determination”, *European Journal of Comparative Law and Governance* 2, no. 4 (2015): 362.

<sup>27</sup> Di Nicola, “The Differing EU Member States,” 23.

<sup>28</sup> İsveç Ceza Kanunu’nun 6. bölümününün 12. maddesinde fuhuş aracılık suçu düzenlenmiştir.

getiren İsveç, fuhuş suçunu farklı bir yaklaşımla düzenleyen ilk ülke olmuştur.<sup>29</sup> Bu iki temel yasağın dışında, İsveç'te daire veya odaların fuhuş için kullanılmasına izin verilmesi<sup>30</sup>, genelev işletilmesi ve fuhuşun reklamının yapılması da yasaktır.<sup>31</sup>

İsveç hükümeti tarafından yaptırılan araştırmalarda fuhuş, öncelikle düşük sosyo-ekonomik statüdeki kadınları etkileyen ve sağlık sorunlarına yol açan sosyal bir sorun olarak kabul edilmektedir.<sup>32</sup> Fuhuşun özellikle bedenini satmak durumunda olanlar başta olmak üzere tüm kadınlar ve neticede tüm toplum açısından zararlı olduğu temel ilkesine dayanılarak, İsveç kadın hareketinin desteğiyle<sup>33</sup>, radikal feminist teorinin etkisindeki<sup>34</sup> modelin temel düzenlemesi yapılmıştır.<sup>35</sup>

İskandinav modelinde kadınlar ve kız çocuklarının cinsel sömürü ve fuhuş amacıyla satın alınması, kadın ve erkek eşitliği politikasının temel ilkelerine aykırı görülmekte, fuhuş bir erkek şiddeti olarak anlaşılmaktadır. Eşitlik konularından sorumlu İsveç eski Başbakan Yardımcısının, "İsveç'te kadınlar ve kızlar satın

<sup>29</sup> Olivia Hartjen, "Sexkopslagen in the States: An American Version of the Nordic Model to Address Sex Trafficking in the United States," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 54, no. 1 (2021): 252.

<sup>30</sup> İsveç Ceza Kanunu'nun 6. bölümünün 12. maddesinde kiraladığı dairenin fuhuş için kullanıldığının öğrenilmesine rağmen kira sözleşmesinin feshedilmesi için gerekenlerin yapılmaması suç olarak düzenlenmiştir. Erişim tarihi Nisan 9, 2023, <https://www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf>; İsveç Arazi Kanunu'nun 42. maddesinde söz konusu durum kira sözleşmesinin feshi nedeni olarak düzenlenmiştir. Erişim tarihi Nisan 9, 2023, [https://www.kth.se/polopoly\\_fs1.476821.1550157931!/Land\\_Code.pdf](https://www.kth.se/polopoly_fs1.476821.1550157931!/Land_Code.pdf).

<sup>31</sup> Susanne Dodillet ve Petra Östergren, "The Swedish Sex Purchase Act: Claimed Success and Documented Effects," Conference Paper Presented at The International Workshop: Decriminalizing Prostitution and Beyond: Practical Experiences and Challenges (Lahey, 2011). 4, Erişim tarihi Aralık 3, 2022, <http://www.petraostergren.com/upl/files/54259.pdf>.

<sup>32</sup> Kaime-Atterhög, "Perspectives On The Swedish Model," 4-5.

<sup>33</sup> Ekberg, "The Swedish Law," 4.

<sup>34</sup> Artantaş, "Bir Sapma Davranışı Olarak Fuhuş," 4.

<sup>35</sup> Kline, "The Fallacy of Free Will in Prostitution," 687; Türkiye'de ise feministlerin fuhuşla ilgili eylemsiz bir tutuma sahip oldukları ifade edilmektedir. Nezihat Bakar, "Düzensiz Göç ve Fuhuş Amaçlı Kadın Ticareti: Türkiye Örneği Ve İsveç Modeli Üzerine Tartışmalar," *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kadın Çalışmaları Bilim Dalı, 2010)* 111.

*alınmaz ve satın alınmamalıdır."* beyanı, modelin konuya yaklaşımını özetlemektedir.<sup>36</sup>

İsveç modeli, üç temel yapı taşı üzerinden tanımlanmaktadır. Bu üçlü mücadele yöntemi sayesinde fuhuş ve fuhşa yönelik insan ticaretinin azaltılması hedeflenmektedir.<sup>37</sup> Bu üç unsur şu şekildedir:

- Fuhuş olan talebin azaltılması için cinsel hizmetlerin satın alınmasının suç sayılması (kısıtlayıcı-yasal bileşen).

- Fuhuşa karışan kişilerin rehabilitesine yönelik hizmet sunumu (sosyal bileşen).

- Fuhuşa karşı toplumsal tutumun değiştirilmesi (eğitimsel-dönüştürücü bileşen).

İsveç'te kadına karşı şiddetin önlenmesi kapsamında çıkarılan kanunların bir parçası olarak 1999 yılında yürürlüğe giren ve modelin yasal bileşenini oluşturan Cinsel Hizmetlerin Satın Alınmasını Yasaklanmasına İlişkin Kanun'la, ödeme karşılığında cinsel hizmet satın alan kişinin<sup>38</sup> para veya altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Cinsel hizmet karşılığında sağlanan menfaat para olabileceği gibi, alkol veya sair bir hediye de bu kapsamda kalmaktadır.<sup>39</sup> Düzenleme cinsiyetten bağımsız olsa da, İsveç'te fuhuşun cinsiyet temelli olduğu, müşterilerin çoğunluğunun erkek, fuhuş yapanların ise kadın olduğu kabul edilmektedir.<sup>40</sup>

1 Nisan 2005'de yürürlüğe giren<sup>41</sup> değişiklikle, Cinsel Hizmetlerin Satın Alınmasının Yasaklanmasına İlişkin Kanun'da yer alan hüküm, İsveç Ceza Kanunu kapsamına alınarak cinsel suçlar hakkındaki 6. bölümünün 11. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, 2011 yılında yapılan değişiklikle, 1998 tarihli Kanun'da yer verilen hapis cezasının süresi altı aydan bir yıla artırılmış

---

<sup>36</sup> Ekberg, "The Swedish Law," 18.

<sup>37</sup> Kaime-Atterhög, "Perspectives On The Swedish Model," 7.

<sup>38</sup> Müşteriler "Johns" olarak da adlandırılmaktadır. Bakınız: Hartjen, "Sexkopslagen in the States," 244.

<sup>39</sup> Dodillet ve Östergren, "The Swedish Sex Purchase Act," 4; Kaime-Atterhög, "Perspectives On The Swedish Model," 3.

<sup>40</sup> Kaime-Atterhög, "Perspectives On The Swedish Model," 3.

<sup>41</sup> Ekberg, "The Swedish Law," 5.

ve suçun kapsamı cinsel hizmet satın alanların yanında bundan menfaat temin eden üçüncü kişileri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. 2022 yılında maddede yapılan ikinci değişiklikte de bu suç için para cezası verilebilmesi olanağı kaldırılmıştır. Aynı değişiklikte eylemin çocuğa karşı işlenmesi halinin düzenlendiği İsveç Ceza Kanunu'nun 6. bölümünün 9. maddesindeki ceza miktarı da artırılmıştır.<sup>42</sup>

Fuhuş ve bu amaçla yapılan insan ticaretiyle mücadele kapsamında genel bir düzenleme olan fuhuş aracılık suçu ise İsveç Ceza Kanunu'nun 6. bölümünün 12. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, başka bir kişinin bir ücret karşılığında gündelik cinsel ilişkiye girmesini teşvik eden veya onu mali açıdan istismar eden kişi, temin etme suçundan dört yıla kadar hapisle cezalandırılacaktır. İkinci fıkrada ise kiraya verdiği dairede fuhuş yapıldığını öğrenmesine rağmen bu durumu sona erdirmek için yükümlülüklerini yerine getirmeyen kişilerin birinci fıkra uyarınca cezalandırılacakları hükmüne yer verilmiştir. Son fıkrada da, fuhuş faaliyetlerinin ve bu faaliyetlerden elde edilen kazancın veya mali sömürünün büyüklüğü nedeniyle suçun ağır kabul edildiği hallerde faile iki yıldan on yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiştir<sup>43</sup>. Yine İsveç Ceza Kanunu'nun Özgürlük ve Barışa Karşı Suçlar başlıklı 4. bölümünün 1/a maddesinde fuhuş yaptırmak amacıyla insan ticareti suçu cezalandırılmaktadır<sup>44</sup>.

Fuhuş aracılık ve fuhuş amaçlı insan ticareti, İsveç'te olduğu gibi pek çok ülkede suç olarak kabul edilmiştir. Ancak müşterilerinin cezalandırılmasına dair anılan 11. maddedeki suç düzenlemesi, İskandinav modelinin özgün yanını oluşturmaktadır.

İsveç Ceza Kanunu'nun cinsel suçlar hakkındaki 6. bölümünün 11. maddesinde;

<sup>42</sup> Erişim tarihi Nisan 9, 2023 <https://www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf>; Erişim tarihi Nisan 9, 2023 <https://lagen.nu/prop/2021/22:231#sid63-text>.

<sup>43</sup> İsveç Ceza Kanunu'nun 6. bölümünün 12. maddesi, 65-66. Ekim 5, 2023 <https://www.government.se/government-policy/judicial-system/the-swedish-criminal-code/>.

<sup>44</sup> İsveç Ceza Kanunu'nun 4. bölümünün 1/a. maddesi, 31-32. Erişim tarihi Ekim 05, 2023, <https://www.government.se/government-policy/judicial-system/the-swedish-criminal-code>.

*“Bu Bölümde daha önce belirtilen haller dışında, bir ücret karşılığında gündelik(geçici) cinsel ilişkiye giren kişi, cinsel hizmet satın almak suçu nedeniyle bir yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilir.*

*Birinci fıkra hükmü, ödemenin başka bir kişi tarafından taahhüt edilmesi veya yapılması halinde de geçerlidir.”*

düzenlemesine yer verilmektedir.<sup>45</sup>

Fuhuş yapanların sömürüldüğünün kabul edilmesi nedeniyle mağdur olarak görüldüğü ve cezalandırılmadığı bu hükümde, fuhuş şiddetin bir biçimi olarak kabul edildiğinden, cinsel hizmet alan kimsenin cezalandırılması tercih edilmiştir. İsveç'te başlayan bu politikayla, müşterilerin cezalandırılması ve aynı zamanda toplumsal açıdan damgalanması yoluyla fuhuşa olan talebin ortadan kaldırılması veya en azından azaltılması sayesinde fuhuşun ve fuhuş amaçlı insan ticaretinin ortadan kaldırılması veya azaltılması amaçlanmaktadır.<sup>46</sup>

İsveç'te fuhuşa olan talebin azaltılması sayesinde fuhuş endüstrisinin bozularak gelişmemesinin ve düzenlemeye konu suç sayesinde sosyal değişimin teşvik edilmesi de hedeflenmektedir.<sup>47</sup> Modelin eğitici ve dönüştürücü amacı kapsamında, fuhuş ve insan ticaretiyle mücadelede farkındalığın artırılması için kamu yetkililerine, sivil toplum kuruluşlarına, medyaya ve kamuoyuna bilgi ve eğitimler verilmiş, fuhuşa yönelik erkek talebi ile kadın ve çocukların cinsel sömürüsünün sonlandırılmasını hedef alan kampanyalar yürütülmüştür.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> “ A person who, in cases other than those previously referred to in this Chapter, obtains casual sexual relations in return for a payment, is guilty of purchase of sexual services and is sentenced to imprisonment for at most one year.

The provision in the first paragraph also applies if the payment was promised or made by another person. Act 2022:1043.” Erişim tarihi Nisan 9, 2023,

<https://www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf>.

<sup>46</sup> Zeegers ve Althoff, “Regulating Human Trafficking by Prostitution Policy,” 352; Charlotta Holmström ve May-Len Skilbrei, “The Swedish Sex Purchase Act: Where Does it Stand?,” *Oslo Law Review* 4, no. 2 (2017): 86; Kaime-Atterhög, “Perspectives On The Swedish Model,” 3.

<sup>47</sup> Hartjen, “Sexkopslagen in the States,” 252; Kline, “The Fallacy of Free Will in Prostitution,” 687; Ekberg, “The Swedish Law,” 2.

<sup>48</sup> Ekberg, “The Swedish Law,” 13-14.

Cinsel bir hizmetin satın alınmasına ilişkin yasağın İsveç'te güçlü bir halk desteğine sahip olduğu görülmektedir. 1999, 2001, 2002 ve 2008, 2018 yıllarında yapılan anketlerde, cinsel hizmet satın alınmasının yasaklanmasına olan halk desteğinin %80 civarında olduğu tespit edilmiştir.<sup>49</sup> İsveç'te müşterilerin yanında fuhuş yapanların da cezalandırılması gerekliliğine olan halk desteği ise %54 oranındadır.<sup>50</sup> Bu araştırmalar İsveç'te sosyal dönüşümün sağlanmasında başarıya ulaşıldığına işaret etmektedir.

Mezkûr 11. maddede örneklenen İskandinav modelinin en önemli özelliklerinden biri, müşteri ve aracılardan sömürücü rolüne odaklanılarak, fuhuş yapanların orada olmayı seçip seçmemelerine önem verilmemesidir. Fuhuş katılımın gönüllü mü yoksa sömürü neticesinde mi olduğuna bakılmaksızın, ticari fuhuş ekonomisinin talep tarafının azaltılması hedeflendiğinden, fuhuş gönüllü katılımcılar ile mağdurlarının ayırt edilmesindeki zorluk da aşılmış olmakta, zayıf durumda kabul edilenlerin korunmasına öncelik verilmektedir.<sup>51</sup>

İsveç'te fuhuş gönüllü katılımın çok az olduğu ifade edilmektedir. Her ne kadar fuhuş lobisi kadınların fuhuş yapmayı tercih ettiğini iddia etse de, modelin uygulamasında görev alan Stockholm Fuhuş Birimi'ndeki çalışanlar, 100 kadından sadece 2 veya 3'ünün fuhuş isteyerek yaptığını, çoğu kadının bunun yerine fuhuş girişlerini kolaylaştıran veya ayrılmalarını engelleyen zorlayıcı faktörler olan çocuklukta istismar, bekar annelik ve travma deneyimlerini paylaştıkları, netice olarak fuhuş gönüllü katılımın çok sınırlı düzeyde kaldığını belirtmektedirler.<sup>52</sup> Benzer şekilde, dokuz ülkede fuhuş yapan kişiler üzerinde yapılan araştırmada fuhuş yapan kimselerin çoğuna Vietnam gazileri veya işkenceden kaçan mültecilerde bulunan seviyelere eşit (veya daha fazla) travma sonrası stres bozukluğu teşhisi konulduğu ifade edilmektedir.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> Ekberg, "The Swedish Law," 15; Holmström ve Skilbrei, "The Swedish Sex Purchase Act: Where Does it Stand", 89; Dodillet ve Östergren, "The Swedish Sex Purchase Act," 17; Kaime-Atterhög, "Perspectives On The Swedish Model," 13.

<sup>50</sup> Holmström ve Skilbrei, "The Swedish Sex Purchase Act: Where Does it Stand," 92.

<sup>51</sup> Hartjen, "Sexkopslagen in the States," 253-254.

<sup>52</sup> Mathieson vd., "Prostitution Policy," 409.

<sup>53</sup> Melissa Farley vd., "Prostitution and Trafficking in Nine Countries. Journal of Trauma Practice", *Journal of Trauma Practice* 2, no. 3-4 (2004): 55.

İskandinav modeli, ceza yaptırımının yanında tarafların rehabilitesine dair düzenlemeler içermektedir. Modelin sosyal bileşeni kapsamında, fuhuş yapanlar için terapi, tıbbi kliniklere erişim, eğitim, barınma, istihdam, mali yardım da dahil olmak üzere çeşitli sosyal hizmetler sunulmaktadır.<sup>54</sup> İsveç'in bazı büyük kentlerinde anılan sosyal ve sağlık hizmetlerinin sunumu amacıyla özel birimler kurulmuştur.<sup>55</sup> Bu birimlerde terapistler, sosyal hizmet uzmanları, insan ticareti uzmanları ve sağlık personelleri gibi görevliler bulunmaktadır.<sup>56</sup>

Fuhuş satın almayı bırakmak isteyen müşteriler için ise isimsiz olarak da yararlanabilecekleri gönüllü danışmanlık hizmetleri sunulmaktadır. Tüm bu hizmetler, İsveç modelinin sadece cezalandırmak yerine tarafların rehabilitesine ve sosyal davranış kurallarını değiştirmeye yönelik kapsamlı politika hedefine işaret etmektedir<sup>57</sup>.

İsveç'in fuhuşla mücadeleye dair yaklaşımını kapsamlı çalışmalar neticesinde kabul ettiği, düzenleme sonrasında da etkilerine dair rapor ve akademik çalışmalar yapıldığı, bu yönüyle İsveç'teki kriminolojik çalışmaların fuhuşa dair suç siyasetine katkı sunduğunu gözlemlemekteyiz.

## **B. İskandinav Modelini Benimseyen Diğer Bazı Ülkeler**

İskandinav modelini benimseyen diğer ülkelerde de benzer düzenlemelerin söz konusu olduğu görülmektedir. Finlandiya Ceza Kanunu'nda 2006 yılında yapılan değişiklikle, fuhuş veya insan ticareti suçunun mağduru olan bir kimseyi ekonomik çıkar karşılığında fuhuşa ikna eden müşterilerin altı aya kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir.<sup>58</sup> Mağdurun on sekiz

---

<sup>54</sup> Ekberg, "The Swedish Law," 5; Hartjen, "Sexkopslagen in the States," 253; Kaime-Atterhög, "Perspectives On The Swedish Model," 11.

<sup>55</sup> Dodillet ve Östergren, The Swedish Sex Purchase Act, 6; Mathieson vd., "Prostitution Policy," 399.

<sup>56</sup> Mathieson vd., "Prostitution Policy," 404.

<sup>57</sup> Hartjen, "Sexkopslagen in the States," 253.

<sup>58</sup> May-Len Skilbrei ve Charlotta Holmström, *Prostitution Policy in the Nordic Region: Ambiguous Sympathies* (New York, Roudledge Publishing, 2016), 103.

yaşından küçük olması halinde ise iki yıla kadar hapis cezasına hükmedilebilmektedir.<sup>59</sup>

Kanada ise İskandinav modelinin benimsenerek, bazı ilave düzenlemelerle geliştirildiği bir ülke olarak öne çıkmaktadır. 2014 yılında Kanada Ceza Kanunu'nun 286. maddesinde yapılan değişikliklerle, fuhşun satın alınması veya bu amaçla iletişime geçilmesi ile fuhşun reklamı suç olarak düzenlenmiştir. Fuhş satın alınmanın park, okul veya dini kurumun arazisi ya da yakınında yahut 18 yaşın altındaki kişilerin bulunmasının makul olarak beklenebileceği diğer yerlerde işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Fuhş satın alınmanın çocuk olması hali ayrıca düzenlenerek daha ağır cezaya tabi kılınmıştır. Kanun'un 4.1. maddesi uyarınca 286. maddeye göre çocuklardan fuhş satın alınması açısından eylemin Kanada dışında işlenmesi halinde de vatandaşlar ve daimî ikametgâh sahipleri açısından suçun oluşacağı belirtilmektedir. Maddede suçların tekrürü halinde ceza miktarlarının artacağı düzenlenmiştir. Bu değişikliklerin yanında fuhşa aracılığın cezasında da artırımı gidilmiştir.<sup>60</sup>

Kanada Ceza Kanunu'nun 213. maddesinde fuhş hizmeti satanlara dair ayrı bir düzenleme söz konusudur. Maddeye göre kamuya açık veya kamunun görebileceği yerlerde cinsel hizmetler sunmak veya elde etmek için herhangi bir motorlu aracın durdurulması veya durdurulmaya çalışılması ya da yaya veya araç trafiğinin serbest akışının engellenmesi yahut o yere bitişik binalara giriş veya çıkışların engellenmesi halleri, suç olarak düzenlenmiştir.<sup>61</sup>

Ceza hukukuna dair bu düzenlemelerin yanında İsveç'te olduğu gibi Kanada'da da fuhşun engellenmesine dair farklı tedbirler söz konusudur.

---

<sup>59</sup> Finlandiya Ceza Kanunu 20. bölüm 8 ve 8/a maddeleri için bakınız, Erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf>, [https://eucpn.org/sites/default/files/document/files/po\\_fi\\_pt.pdf](https://eucpn.org/sites/default/files/document/files/po_fi_pt.pdf).

<sup>60</sup> Erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-40.html#h-120840>; [https://legislationline.org/sites/default/files/documents/6a/CAN\\_CC\\_1985\\_as%20of%202021.pdf](https://legislationline.org/sites/default/files/documents/6a/CAN_CC_1985_as%20of%202021.pdf), 335-339, [https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en\\_CA/ResearchPublications/LegislativeSummaries/412C36E#a33](https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/LegislativeSummaries/412C36E#a33).

<sup>61</sup> Erişim tarihi Ocak 7, 2023, [https://legislationline.org/sites/default/files/documents/6a/CAN\\_CC\\_1985\\_as%20of%202021.pdf](https://legislationline.org/sites/default/files/documents/6a/CAN_CC_1985_as%20of%202021.pdf), 269-270



Örneğin, fuhuş amaçlı kullanılan yerler hakkında ev sahiplerine Kamu Güvenliği/Daha Güvenli Topluluklar ve Mahalleler Direktörü olarak adlandırılan birime başvurma imkânı getirilmiştir. Bu birim, sorunu çözemediği hallerde, fuhuş faaliyetlerinden toplumun olumsuz yönde etkilenmemesi için mahkemeye başvurarak evin tahliyesini sağlama imkânına sahiptir. Yine fuhuşa karıştığına inanılan eğlence mekânları ve masaj salonları gibi yerlerin ruhsatlandırılmasında, fuhşun engellenmesine yönelik bazı tedbirler alınmıştır.<sup>62</sup>

Kanada'da fuhuş müşterilerine yönelik teşhir mahiyetinde bir uygulama söz konusudur. Buna göre müşterilerin utandırılması (John-Shaming) amacıyla gazete teşhiri, mektup gönderilmesi gibi bazı yöntemlerin kullanıldığı belirtilmektedir.<sup>63</sup>

Fuhuş müşterilerinin cezalandırılmasını kabul eden diğer bir ülke ise Fransa'dır. Fransa'da sokaklarda ve yerleşim yerlerinde fuhşun artması ve görünürlüğünün sorunlu hale gelmesinin bir güvenlik sorunu olarak kabul edilmesinin yanında fuhuş faaliyetleriyle cinsel amaçlı insan ticareti arasında yakın bir bağ olduğu da görülmüştür. Bu amaçla Ekim 2013'te Fransa'da fuhuş müşteriliğinin suç sayılmasını amaçlayan bir kanun tasarısı Meclis'e sunulmuş, uzun tartışmalar neticesinde kabul edilen kanun 13 Nisan 2016'da yürürlüğe girmiştir. Böylece Fransa'da ticari fuhşu zımni olarak hoş gören bir politika modelinden, fuhşun tamamen ortadan kaldırılmasını amaçlayan bir politikaya geçilmiştir.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Erişim tarihi Ocak 7, 2023, [https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en\\_CA/ResearchPublications/2011119E#txt42](https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/2011119E#txt42), başlık 4.3.2

<sup>63</sup> Erişim tarihi Ocak 7, 2023, [https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en\\_CA/ResearchPublications/2011119E#txt42](https://lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/en_CA/ResearchPublications/2011119E#txt42), başlık 5.3.

<sup>64</sup> Darley Mathilde vd., "Assessing Prostitution Policies in Europe" içinde *Prostitution Policies in France*, ed. Synnøve Jahnsen ve Hendrik Wagenaar (New York, Roudledge Publishing, 2018), 6; Emily St.Denny, "The Gradual Transformation Of A Weak But Enduring Regime: Contemporary French Prostitution Policy in Transition (1946-2016)," *Modern and Contemporary France* 25, no. 3 (2017): 306-309.

### III. İSKANDINAV MODELİNİN FUHUŞ VE İNSAN TİCARETİNE ETKİSİNE DAİR TARTIŞMALAR

İsveç'te 1999'da yürürlüğe giren kanunun süreç içindeki etkileri, İsveç Hükümeti tarafından yaptırılan çalışmaların yanında akademik çalışmalara da konu olmuştur. Bu çalışmalarda kanunun fuhşa ve bu amaçla yapılan insan ticaretine olan etkisi ile kanuna dair halk desteği konusunda bazı tespitler söz konusudur.

Fuhşu terk etmek isteyenlere yardım eden bir grubun 2001 yılındaki bir çalışmasında, kanunun yürürlüğünden itibaren üç yıllık sürede iletişime geçilen 130 kişinin %60'ının fuhşu tamamen bıraktığı belirtilmektedir.<sup>65</sup> 2004 yılında yapılan bir çalışmada ise kanunun sokak fuhşunu oldukça azalttığı ve bu alandaki yabancı kadın sayısını neredeyse sona erdirdiği, fuhşa olan talebi de yaklaşık %75 oranında azalttığı ifade edilmektedir.<sup>66</sup>

2010 yılında İsveç Hükümeti tarafından yaptırılan kapsamlı araştırma neticesinde hazırlanan raporda; kanunun sokak fuhşunu yarı yarıya azalttığı belirtilmekte; İsveç ile Norveç ve Danimarka'daki sokak fuhşu sayıları karşılaştırarak fuhşu satın alınmasının yasak olmadığı iki ülkede İsveç'e nazaran sokak fuhşunun üç kat arttığı, Norveç'in 2009'da fuhşu müşterilerini cezalandıran düzenlemeyi kabul etmesiyle bu ülkedeki rakamların da ciddi oranda düştüğü ifade edilmektedir.<sup>67</sup> Bu çalışmada uygulama ve ispat külfetinden kaynaklanan bazı sorunların modelin başarısını olumsuz yönde etkilediği değerlendirilmişse de neticede kanunun yürürlükte kalması gerektiği tavsiye edilmiştir.<sup>68</sup> Rapordaki bu tespitlerin aksine, fuhşu satın alanların cezalandırılmasına dair düzenlemenin fuhşa dair talebi ve arzı azalttığına, insan ticaretinin engellediğine yönelik İsveç

<sup>65</sup> Ekberg, "The Swedish Law," 14.

<sup>66</sup> Ekberg, "The Swedish Law," 6-7.

<sup>67</sup> (Stockholm, İsveç Hükümeti, 2010) Selected extracts of the Swedish government report SOU 2010:49: —The Ban against the Purchase of Sexual Services. An evaluation, 1999-2008, (2010), 7, 20, 45. 2010 hükümet raporu olarak anılacaktır.

<sup>68</sup> Hartjen, "Sexkopslagen in the States," 262.

hükümeti tarafından yeterli netlikte kanıt sunulmadığı, düzenlemenin bir sosyal mühendislik deneyi niteliğinde kaldığı yönünde aksi görüş de savunulmaktadır.<sup>69</sup>

Fuhuş satın alınmasının yasaklanmasına dair düzenlemelerin İsveç'i fuhuş amaçlı insan tacirleri için cazip olmaktan çıkardığı ve bu kimselerin Almanya, Hollanda, Danimarka ve İspanya gibi çalışma koşulları daha cazip olan, alıcıların cezalandırılmadığı ülkelere yönlendirdiği belirtilmektedir.<sup>70</sup> 2006 Dünya Kupası nedeniyle yaklaşık 40 bin civarında insan ticareti mağdurunun fuhuş yapmak amacıyla getirildiği Almanya'da, bu sayının yüksekliği, fuhşun yasallığına son verilmesine dair tartışmaları da beraberinde getirmiştir.<sup>71</sup>

Fuhşun yasallaştırıldığı diğer bir ülke olan Hollanda için yapılan bir çalışmada da benzer sonuçlar söz konusudur. Araştırmada, Hollanda'da fuhşa aracılık yapanların, kadınları ülkeye getirmek için insan tacirleriyle iş birliği yaptıkları ve kadınların aşırı şiddete maruz kaldıkları belirtilerek bu nedenlerle 2008 yılında Amsterdam'daki fuhuş mekânlarının yarı yarıya azaltıldığı ifade edilmektedir.<sup>72</sup>

2012 yılında fuhşun yasallaştırılmasının insan ticareti üzerindeki etkisini belirlenmesi amacıyla çok sayıda ülkenin verilerinin değerlendirildiği "*Yasallaştırılmış Fuhuş İnsan Ticaretini Arttırıyor mu*" adlı bir çalışmada, fuhşun yasallaştırıldığı ülkelere göre insan ticaretinin daha fazla olduğu, İsveç'te müşterilerin cezalandırılmasının fuhuş pazarının daralmasına ve insan kaçakçılığı girişlerinde düşüşe yol açtığı; suç olmaktan çıkarma rejimlerinin, fuhuş yapılmasını "*emek*" olarak normalleştirerek piyasanın fuhuş potansiyelini artırdığı; klasik işverenler gibi hareket eden genelev sahipleri ve aracılardan, müşterilerinin taleplerini gözeterek, fuhuş yapan kadına zararı ne olursa olsun kârlarını korumaya çalıştıkları belirtilmektedir.<sup>73</sup>

Zikredilen olumlu görüşlere rağmen İskandinav modeline yönelik bazı eleştiriler de bulunmaktadır. Bu modele dair önemli bir eleştiri fuhuş

---

<sup>69</sup> Jordan Ann, "The Swedish Law To Criminalize Clients: A Failed Experiment In Social Engineering," *American University Washington College of Law*, no. 4 (2012): 6-7.

<sup>70</sup> Ekberg, "The Swedish Law," 10.

<sup>71</sup> Kline, "The Fallacy of Free Will in Prostitution," 685-686.

<sup>72</sup> Mathieson vd., "Prostitution Policy," 385-386.

<sup>73</sup> Mathieson vd., "Prostitution Policy," 388-389.

faaliyetlerinin daha gizli şekilde gerçekleştirilmesine yol açtığı yönündedir. Bu görüşe göre müşterilerin cezalandırılma tehdidi karşısında yakalanma korkusuyla hareket etmelerinin yol açtığı arz ve talep dengesizliği, fuhuş yapanların sömürü ve insan ticaretine karşı savunmasızlığını artırmıştır.<sup>74</sup> Bu gizliliğin aynı zamanda kolluk kuvvetlerinin takibi açısından da ciddi bir ispat külfetine yol açtığı iddia edilmektedir.<sup>75</sup> Ancak aksi görüşe göre, fuhuş yanlısı lobiye ait bu görüşler isabetli değildir. Tam aksine cezalandırmaya dair kanuni düzenleme, fuhuş yapanlar açısından kolluk kuvvetlerini yardımına yönelik bir güvence sağlamakta, müşteri ve araçların şiddeti halinde polisi aramak için daha fazla güç vermektedir.<sup>76</sup>

Kanunun yürürlüğe girmesinin ardından İsveç'te sokak fuhuşu azalmış ise de<sup>77</sup>, bu düşüşün gizli ve iletişimin gelişmesine bağlı olarak çevrimiçi işlemler yoluyla organize edilen fuhuşa yönelişle açıklanabileceği de savunulmaktadır.<sup>78</sup> 2009 yılında İsveç Ulusal Radyosu tarafından yapılan bir çalışmada internete yerleştirilen sahte bir fuhuş reklamına karşı e-posta ve telefonla çok sayıda talep yöneltildiği belirtilmektedir.<sup>79</sup>

Müşterinin cezalandırılma korkusuyla insan ticaretine dair şüpheli durumları bildirmekten çekinecek olmalarının, temel amacı ticari cinsel sömürüyü azaltmak ve mağdurları korumak olan İsveç modelinin başarısını baltaladığı belirtilerek, şüpheli insan ticaretine veya sömürüye dair bildirimde bulunan müşteriler açısından ek tedbirler alınmasının bu sorunu azaltabileceği savunulmaktadır.<sup>80</sup>

Kanuna yöneltilen bir diğer eleştiri ise cezanın caydırıcı olmadığı yönündedir. Bu durum nedeniyle cezalandırma, fuhuşu gayri meşrulaştırarak fuhuş endüstrisine katılımı azaltsa da önemsiz ceza miktarı nedeniyle etkisi sınırlı kalmaktadır. Ancak müşteriler, fuhuş amaçlı insan ticaretiyle mücadele açısından

<sup>74</sup> Hartjen, "Sexkopslagen in the States," 263; Holmström ve Skilbrei, "The Swedish Sex Purchase Act: Where Does it Stand," 96-97; Jordan, "The Swedish Law To Criminalize Clients," 9-12.

<sup>75</sup> Hartjen, "Sexkopslagen in the States," 263.

<sup>76</sup> Mathieson vd., "Prostitution Policy," 410.

<sup>77</sup> Holmström ve Skilbrei, "The Swedish Sex Purchase Act: Where Does it Stand," 89.

<sup>78</sup> Hartjen, "Sexkopslagen in the States," 265; Kingston/Thomas, "No model in practice," 430.

<sup>79</sup> Dodillet ve Östergren, "The Swedish Sex Purchase Act," 15.

<sup>80</sup> Hartjen, "Sexkopslagen in the States," 264.

önemli birer bilgi kaynağı olarak görüldüğünden fuhuş satın almaya dair soruşturmalar savcılar tarafından önemsenmektedir.<sup>81</sup>

İsveç'te fuhuş sunanların rehabilitesine yönelik hizmetler açısından bazı eksikliklerin bulunduğu ifade edilmektedir. Buna göre tedavi ve eğitim gibi sosyal olanaklar modelin olumlu tarafları ise de konuttan tahliye, göçmenlik kurumlarıyla yaşanan zorluklar, çocuk velayeti ve vergi gibi alanlarda yaşanan problemler, damgalanmaya ve savunmasızlığa yol açmaktadır.<sup>82</sup> İsveç Yabancılar Kanunu'na göre fuhuş yapan kimseler, geçimlerini meşru olmayan yollarla sağladıkları için sınır dışı edilebilmektedir.<sup>83</sup>

#### IV. TÜRKİYE'DE FUHŞA DAİR MEVZUAT

Çalışmamız kapsamında mevzuatımızdaki fuhuşa ilişkin üç temel düzenleme hakkındaki temel bilgilere yer vereceğiz. Bunlardan ilki 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 128. maddesi uyarınca çıkarılan Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'dür. Diğerleri ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun fuhuş suçuna dair 227. maddesi ile insan ticareti suçuna dair 80. maddesidir. İskandinav modelinin ülkemiz düzenlemelerinden ayrılan özgün yönlerinin incelenmesi hedeflendiğinden, Türk Ceza Kanunu'nun anılan hükümlerinin sistematik bir incelemesi gerçekleştirilmemiştir.

##### A. Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü

24/04/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun "*Umumi kadınlar hakkında ahkam*" başlıklı üçüncü babına dair 128 ila 132. maddeleri ile 134. maddesinde fuhuşa dair düzenlemeler mevcuttur. Mezkûr 128. maddeye dayanılarak öncelikle, 23 Ekim 1933 tarihli ve 2560 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Fuhuşla ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevî Hastalıklarla Mücadele

<sup>81</sup> Hartjen, "Sexkopslagen in the States," 265.

<sup>82</sup> Hartjen, "Sexkopslagen in the States," 265; Dodillet ve Östergren, "The Swedish Sex Purchase Act," 21.

<sup>83</sup> Holmström ve Skilbrei, "The Swedish Sex Purchase Act: Where Does it Stand," 99; Dodillet ve Östergren, "The Swedish Sex Purchase Act," 5.

Nizamnamesi çıkarılmıştır.<sup>84</sup> Bu düzenleme yerini 19.04.1961 tarihinde 10786 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü’ne bırakmıştır.

Mezkûr Tüzükle, fuhşun denetlenmesi sayesinde fuhuş sebebiyle bulaşan zührevi hastalıkların önlenmesi ve kamu düzeninin bozulmasına engel olunmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır. Tüzükte, zührevi hastalıklar ve fuhuşla mücadele komisyonları ve bu komisyonlara yardım kurullarının kuruluş, işleyiş ve görevlerine; genel kadın ve genelev gibi kavramların tanımlarına; genel kadınların tespit, tescil, muayene ve tedavilerine dair usullere; genelev gibi fuhuş yapılmasına izin verilen veya otel gibi fuhuş icrası yasaklanan yerlere dair düzenlemeler ile bazı idari yaptırımlara yer verilmiştir.

Tüzükte, fuhuş bedensel bir sağlık sorunu olarak değerlendirilmiştir.<sup>85</sup> Fuhşun bireyler üzerindeki manevî zararları ve toplumsal zararları ile mücadelesine dair kapsamlı hükümlere yer verilmemiştir. Ayrıca Tüzükte düzenlenen izin sistemi ile de esasen fuhuş için yasal bir alan oluşturulmuş bulunmaktadır.

Türkiye’de fuhşun boyutuna dair güncel resmi rakamlara ve Başbakanlık tarafından başlatıldığı belirtilen projenin detaylarına erişilememiştir.<sup>86</sup> Bu nedenlerle, Sağlık Bakanlığı’nın 2000 yılındaki verileri, Ankara Ticaret Odası tarafından yapılan 2004 tarihli çalışma ile bazı akademik eserlere dair eski verilerden istifade edilmiştir. Buna göre Türkiye’de yaklaşık 60 genelevde 3.000 genel kadın vardır.<sup>87</sup> Kayıtsız fuhuş yapanlarla birlikte bu sayının 100 bin olduğu

---

<sup>84</sup> Erişim tarihi Aralık 10, 2022, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/2560.pdf>.

<sup>85</sup> Dursun, “Fuhşa ve Fuhuş Hakkındaki Temel Türk Hukuk Normları,” 435.

<sup>86</sup> Ayşe Özge Atalay, *Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu* (İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2013), 126. Erişim tarihi Aralık 10, 2022, <https://www.cnnturk.com/2010/turkiye/03/22/basbakanliktan.genelev.projesi/568888.0/index.html>.

<sup>87</sup> Covid-19 salgını döneminde pek çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de faaliyetlerine müsaade edilmeyen bu yerlerin faaliyetlerine dair güncel durumlarına ilişkin veriler bulunmamaktadır.

ve fuhşun ekonomik boyutunun da yüksek olduğunun tahmin edildiği belirtilmektedir.<sup>88</sup>

Belirtilen rakamlara göre Tüzüğün uygulama alanı oldukça daralmıştır. Zira her ne kadar resmi bir veri olmasa da fuhşun çoğunlukla Tüzükte düzenlenen denetim ve izin sistemine tabi olmaksızın çeşitli illegal vasıtalarla sokakta veya masaj salonu ve otel gibi yerlerde gerçekleştirildiğine dair çok sayıda yargı kararı<sup>89</sup>, haber<sup>90</sup> ve idari kararlar<sup>91</sup> bulunmaktadır.

Fuhşun yaygınlaşması, AIDS<sup>92</sup>, frengi<sup>93</sup>, klamidy<sup>94</sup>, gonore<sup>95</sup> gibi cinsel yolla bulaşabilen ölümcül hastalıklara da yol açmaktadır. Bilhassa frengi hastalığının tarihsel süreç içinde dünyada ve ülkemizde çok ciddi yayılma gösterdiği ve halk sağlığı açısından tehlikeli boyutlara ulaştığı anlaşılmaktadır.<sup>96</sup>

---

<sup>88</sup> Bakar, "Düzensiz Göç ve Fuhuş Amaçlı Kadın Ticareti," 110; Dursun, "Fuhşa ve Fuhuş Hakkındaki Temel Türk Hukuk Normları," 415.

<sup>89</sup> Yar. 5. CD, E. 2021/5091, K.2021/5656, 22.11.2021; Dan. 10. D., E.2022/175, K.2022/319, 20.01.2022; Dan. 10. D. E.2021/6940, K.2021/7082, 29.12.2021.

<sup>90</sup> Erişim tarihi Mart 27, 2023, <http://www.asayis.pol.tr/operasyonlar>; Erişim tarihi Aralık 18, 2022, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/4-milyar-dolarlik-fuhus-sektoru-244875>; Erişim tarihi Aralık 18, 2022, <https://www.mynet.com/fuhusla-ilgili-korkunc-rakam-110102672344>.

<sup>91</sup> Erişim tarihi Aralık 18, 2022, <http://www.duzce.gov.tr/zuhrevi-hastaliklar-ve-fuhusla-mucadele-komisyon-karari;>; Erişim tarihi Aralık 18, 2022, <http://www.karabuk.gov.tr/kurumlar/karabuk.gov.tr/Duyuru/Z%C3%BChrevi%20Hastal%C4%B1klar%20ve%20Fuhu%C5%9Fla%20M%C3%BCcadele%20Komisyon%20Karar%C4%B1.pdf>.

<sup>92</sup> Erişim tarihi Aralık 18, 2022, <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/bulasici-hastaliklar/hiv-aids/hiv-aids-liste/hiv-aids-istatistik.html>; Erişim tarihi Aralık 18, 2022, <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/bulasici-hastaliklar/sifiliz/sifiliz-liste/sifiliz-istatistik.html>.

<sup>93</sup> Erişim tarihi Aralık 18, 2022, <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/bulasici-hastaliklar/sifiliz/sifiliz-liste/sifiliz-istatistik.html>.

<sup>94</sup> Erişim tarihi Aralık 18, 2022, <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/bulasici-hastaliklar/klamidy/klamidy-liste/klamidy-istatistik.html>.

<sup>95</sup> Erişim tarihi Aralık 18, 2022, <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/bulasici-hastaliklar/gonore/liste/gonore-istatistik.html>.

<sup>96</sup> Hatice Güzel Mumyılmaz, "İlet-i Müthişe: 20. Yüzyılın İlk Yarısında Türkiye’de Frengi ile Mücadele," Akademik Hassasiyetler 7, no. 13 (2020): 139; Engin Kırılı, "Tanzimat Sonrası Fuhuş Hadisesine Yaklaşımda Yaşanan Değişim", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, no.12 (2010): 47, 48.

Ülkemizde anılan Tüzük uyarınca faaliyet gösteren genelevler ticari işletme olarak kabul edilerek vergilendirilmektedir.<sup>97</sup>

Türk Ceza Kanunu'nun 227. maddesindeki suç düzenlemeleri karşısında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 128. maddesi ile bu madde uyarınca çıkarılan Tüzük hükümlerinin halen uygulanabilir olup olmadığı hususunda önemli bir görüş ayrılığı söz konusudur. Özgenç'e göre fuhuş suçuna dair düzenlemelerle Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun fuhuşa izin veren hükümleri ve Tüzük zımnen ilga edilmiştir. Ancak 227. maddedeki düzenlemelere rağmen hatalı olarak bu iki düzenleme yürürlükteymiş gibi Devletin gözetim ve denetimi altında fuhşun icrasına devam edilmekte, Tüzüğe göre vesika alanların hukuka uygun bir sanat icra ettiği genel olarak kabul edilmektedir.<sup>98</sup> Bazı yazarlar ise fuhşun Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve Tüzük hükümlerine göre Devlet kontrolünde gerçekleştirilmesi halinde hukuka uygunluk sebebinin varlığı nedeniyle fuhuş suçunun oluşmayacağı kanaatindedir.<sup>99</sup> Yargı kararları da Tüzük'ün yürürlükte olduğu kabulüne dayanmaktadır.<sup>100</sup>

Tüzük hükümlerinin uygulanması kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin, S.K.(B.)'nin 2014/18275 sayılı bireysel başvurusu üzerine 04.07.2018 tarihinde verdiği karar<sup>101</sup> incelemeyi faydalı görmekteyiz. Zira Mahkemenin bu kararda yer

<sup>97</sup> Dursun, "Fuhuş ve Fuhuş Hakkındaki Temel Türk Hukuk Normları," 415; Erişim tarihi Ekim 5 2023, <https://www.kocaelismmmo.org.tr/v3/File/12.pdf>.

<sup>98</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, 46, 50.

<sup>99</sup> Özbek vd., *Özel Hükümler*, 919; Osman Yaşar vd., *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 5*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2010), 6424-6425; Çetin Akkaya, *Fuhuş Suçu*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2022), 68; Atalay, *Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu*, 121; Arslantürk, *Cinsel Suçlar*, 661.

<sup>100</sup> AYM., Cem Burak Karataş, B No: 2014/19152, 18.10.2017; AYM., S.K.(B.), B No: 2014/18275, 04.07.2018; Yar. 14. CD., E.2011/255, K.2011/2591, 14.11.2011; Dan. 10. D., E.2022/5259, K.2022/3743, 12.09.2022; Dan. 10. D., E.2021/6875, K.2022/2787, 25.05.2022.

<sup>101</sup> AYM., S.K.(B.), B No: 2014/18275, 04.07.2018: "...49. Öte yandan fuhuşa zorlamanın insanlık dışı veya onur kırıcı muamele olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte yetişkin bireylerin rızasıyla fahişelik yapmasının insan hakları açısından korunabilen bir değere sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Kişisel özerklik kavramı içinde görülen kişinin maddi ve manevi bütünlüğü çerçevesinde bedeni üzerinde tasarruf yapma yetkisinin bulunması, bu yetkisini sınırsız kullanabileceği anlamına gelmemektedir. Diğer bir ifadeyle kişilerin bedenleri üzerinde mutlak haklarının bulunduğunu kabul etmek, insan hakları açısından ülkeden ülkeye farklılık gösteren, henüz uzlaşma sağlanamamış bir konudur. İnsan hakları bağlamında rıza insan



verdiği tespitler mer'î mevzuatımız ile yapılabilecek düzenlemeler açısından kanun koyucuya yol gösterici niteliktedir. Anayasa Mahkemesi başvurusunun *“fuhuş yapmayı kendine meslek olarak edindiğini ve genel kadın olarak çalışmak için mevzuatta belirtilen tüm şartları taşıdığını, buna karşın çalışma izni talebinin reddedildiği”* iddiası üzerine, fuhşun özel hayata saygı hakkı kapsamında korunması gereken bir unsur olmadığı sonucuna vararak başvurunun bu kısmının konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Mezkûr karar gerekçesinde yer verilen *“kişinin maddi ve manevi bütünlüğü çerçevesinde bedeni üzerinde tasarruf yapma yetkisinin sınırsız olmadığı”*, *“kişinin kendi onuruna aykırı davranışta bulunulmasına dair rızasının geçerli olmadığı”*, *“fahişelikteki*

---

olma olgusunun varlığıyla ilgili olup bireyin rızasıyla kendi onuruna mugayir davranışta bulunması insanlık bakımından kabul edilemez niteliktedir.

50. Rızanın dayandığı özgür iradenin ne zaman mevcut olduğu sorunsalı fuhuş olgusu bakımından ayrıca tartışmalıdır. Kişiyi fahişelik yapmaya iten nedenlerin varlığından bağımsız olarak rızayı tartışmak anlamsız ka lacaktır. Sosyal ve ekonomik koşullar, fiziksel, ruhsal veya cinsel yönden istismara uğrama, insan ticareti amacıyla başkaları tarafından ikna edilme gibi sebeplerle yapılan fuhuşta bireylerin rızalarının özgür olduğundan bahsedilmesi güçtür.
51. Bu durumda fuhuşta bireylerin rızaları hem bu yönde bir rıza gösterme haklarının tam anlamıyla mevcut olup olmayacağı sorunsalı hem de verilen rızanın özgür iradeye dayanma ölçütünün belirsizliği karşısında fahişelik yapma eyleminde geçerli rızanın varlığından kolaylıkla söz edilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Rızaya dayalı olup olmamasına bakılmaksızın fuhuş, insan onuru ve değeri ile bağdaşmamaktadır. Geline aşamada fuhuş yapma olgusunun kişisel özerklik çerçevesinde korunması imkân dâhilinde bulunmamaktadır.
56. Fuhuş, sadece bu kapsamında 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 fuhuş 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. Fuhşun 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 fuhşun 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 fuhşun mesleki faaliyet olarak sınıflandırılması için yeterli kıstas kabul edilemez. Dolayısıyla fuhuşa yönelik eylemlerin bu kategori altında korunması olanaklı bulunmamaktadır.
57. Açıklanan gerekçelerle fuhşun özel hayata saygı hakkı kapsamında korunması gereken bir unsur olmadığı sonucuna varıldığından başvurunun bu kısmının konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir...“Erişim tarihi Ocak 7, 2023, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/18275>.

*rızanın kabul edilemeyeceği”, “fuhuş, insan onuru ve değeri ile bağdaşmadığı”, “fuhşun mesleki faaliyet çerçevesinde değerlendirilmesinin insan bedeninin ekonomik pazar hâline getirilmesine yol açacağı”, “fuhuştan elde edilen gelirin vergilendirilmesi veya fuhuş yapan kişilerin sosyal güvenlik kayıtlarının bulunmasının fuhşun mesleki faaliyet olarak sınıflandırılması için yeterli kabul edilemeyeceği”, “fuhuş, sadece bu kapsamında 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 etkilediği” tespitleri oldukça önemlidir.*

## **B. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 227. Maddesi**

Fuhuş suçu, Türk Ceza Kanunu’nun özel hükümler kitabının “*Topluma Karşı Suçlar*” başlıklı üçüncü kısmının “*Genel Ahlaka Karşı Suçlar*” başlıklı yedinci bölümünde 227. maddede düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasıyla çocukların fuhşa teşviki, bunun yolunun kolaylaştırılması, fuhuş amacıyla tedariki veya barındırılması ya da çocuğun fuhşuna aracılık edilmesi eylemleri cezalandırılmaktadır.

İkinci fıkrada yetişkin kimselerin fuhşa teşviki, bunun yolunun kolaylaştırılması veya fuhuş için aracılık edilmesi ya da yer temini yaptırma bağlanmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise fuhuş reklamının suç olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu fıkrada fuhşu kolaylaştırmak veya fuhşa aracılık etmek amacıyla hazırlanmış görüntü, yazı ve sözleri içeren ürünlerin verilmesi, dağıtımı veya yayılması suç olarak düzenlenmiştir. Maddenin dört, beş ve altıncı fıkralarında ise ilk üç fıkrada düzenlenen suçların nitelikli hallerine yer verilmiştir.

Madde başlığı fuhuş olsa da maddede fuhuş yapmak suç olarak düzenlenmemiş, fuhuş yapan veya müşterileri cezalandırılmamıştır. Mezkûr maddeyle fuhuş yapan kimsenin cinsel özgürlüğüne dair rıza açıklamasına değer verilmeyerek fuhşa aracılık yapan kişinin cezalandırılması tercih edilmiştir.<sup>102</sup> Bu nedenle madde başlığının hatalı olduğu, fuhşa aracılık/teşvik/sürükleme olarak düzenlenebileceği savunulmaktadır.<sup>103</sup>

<sup>102</sup> Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022), 357.

<sup>103</sup> Özbek vd., *Özel Hükümler*, 910.

Fuhuş yapan kişi, bu suçun mağduru kabul edilmektedir. Ancak fuhuşa sürüklenen bu kimselerin 227. maddenin son fıkrası uyarınca “*tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi*” tutulabilmesi mümkündür. Madde gerekçesinde fuhuş yapan kişi açısından ceza yaptırımı değil, “*özel güvenlik tedbiri*” öngörüldüğü belirtilmektedir. Bu tedavi ve psikolojik terapi 5237 sayılı Kanun’un ilk metninde zorunluymken 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ihtiyari hale getirilmiştir. Bu değişikliğin ceza hukukunun kesinlik ve istikrar ilkeleriyle çeliştiği savunulmaktadır.<sup>104</sup>

Düzenleme uyarınca suçun mağduru kişiler, bulaşıcı bir hastalık taşıyıp taşımadıklarının tespiti amacıyla tıbbî müdahaleye, hastalığın tespiti halinde ise tedaviye katlanma yükümlülüğüne tabi kılınmışlardır. Ayrıca gerekli olması halinde bu kimseler psikolojik terapiye de tabi tutulabileceklerdir.<sup>105</sup> Düzenleme, sadece 227. maddeye konu suçun mağduru olarak kabul edilen kimseleri kapsamakta, Tüzük hükümlerine göre fuhuş yapan kimseler hakkında uygulanmamaktadır.<sup>106</sup>

Mezkûr maddede fuhuş yapmak suç olarak düzenlenmediği için uygulamada kolluk kuvvetlerinin fuhuş yapanlar ve müşterileri için genellikle 5326 sayılı Kabahatler Kanunu uyarınca idari para cezası verilmesi yoluna gittikleri görülmektedir. Bu kapsamda sıklıkla Kabahatler Kanunu’nun 32 veya 37. maddeleri uyarınca yaptırım uygulanmaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nce, C. B. Karataş’ın 2014/19152 sayılı bireysel başvurusu üzerine 18/10/2017 tarihinde verilen kararda özetle: “...Somut olayda başvurucuya 5326 sayılı Kanun’un 37. maddesinde yer alan “*mal veya hizmet satmak için başkalarını rahatsız etmek*” hükmü esas alınarak idari para cezası uygulanmıştır. İdari para cezasına dair tutanakta başvurucunun fuhuş amacıyla başkalarını rahatsız etmek fiilini işlediği belirtilmiştir...

Gerek 5237 sayılı Kanun’da gerekse 5326 sayılı Kanun’da “*fuhuş yapmak*” suç olarak düzenlenmemiştir. Kabahat, 5326 sayılı Kanun’un 2. maddesinde “*kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*” olarak tanımlanmış olup 5326 sayılı Kanun’un hiçbir hükmünde fuhuş amacıyla başkalarını rahatsız etmek fiili de kabahat olarak belirtilmemiştir. 5237 sayılı Kanun’un 225. maddesinde alenen cinsel ilişkide

<sup>104</sup> Dursun, “Fuhuş ve Fuhuş Hakkındaki Temel Türk Hukuk Normları,” 433.

<sup>105</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, 382.

<sup>106</sup> Duygu Merki Çoksezen, *Fuhuş Suçu (TCK 227)* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021), 285.

*bulunan veya teşhircilik yapan kişilerin cezalandırılacağı belirtilmiş olmakla birlikte somut olayda başvuruçunun bu şekilde eylemi olduğu yönünde herhangi bir tespit yoktur.*

5326 sayılı Kanun'un 37. maddesinde yer alan "mal veya hizmet satmak için başkalarını rahatsız etmek" hükmünün başvuruçuya isnat edilen "fuhuş yapmak için başkalarını rahatsız etmek" fiili bakımından kanunilik unsurunu taşımadığı ve anılan fiili kapsamadığı sonucuna varılmıştır..." gerekçesiyle kanunilik ilkesinden yola çıkılarak başvuruçunun hakkının ihlal edildiği kararı verilmiştir. Emre aykırı davranış nedeniyle verilen idari yaptırım kararları üzerine de idari yargı mercilerince iptal kararları verilebilmektedir.<sup>107</sup>

Fuhuş suçuna dair mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler ve 5237 sayılı TCK'nın 227. maddesiyle farklılıkları ile 13/05/2003 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan 1/593 esas sayılı Türk Ceza Kanunu Tasarısı'ndaki<sup>108</sup> bazı düzenlemelere değinmeyi de faydalı görmekteyiz.

TCK'nın 227. maddesinin mülga TCK'daki karşılığı 435, 436 ve 437. maddelerdir. Her iki kanunun fuhşa dair düzenlemeleri arasında bazı farklılıklar

<sup>107</sup> Ankara 15. İdare Mahkemesi Esas No: 2016/2723 Karar No: 2017/3059 sayılı ilamında özetle" ...Kabahatler Kanunu'nun yukarıda aktarılan 32. maddesinin değerlendirilmesinden, bu maddeye göre idari para cezası verilmesi için; yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak bir emir verilmiş olması, verilen emre aykırı hareket edilmiş olması ve ilgili kanunda açıkça hüküm bulunması gerektiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu kararda; güvenlik güçlerince fuhuşa aracılık eden veya yer temininde bulunan şüphelilerle birlikte yakalanan fuhuş yapan bayanlar ile fuhuş yapan erkek müşterilere idari yaptırım karar tutanağı tanzim edilmesine karar verilmiş olmakla birlikte, bu karar ile fuhuş yapan bayanlar ile fuhuş yapan erkek müşterilere yönelik doğrudan herhangi bir emir verilmediği, bu kişilere yönelik yetkili makamlar tarafından verilen herhangi bir emrin de bildirilmediği dolayısıyla hangi emre aykırı harekete karşılık idari yaptırım uygulanacağını ortaya konulmadığı görülmektedir.

Bu itibarla, fuhuş yapan bayanlar ile fuhuş yapan erkek müşterilere yönelik hukuka uygun olarak verilen emir ortaya konulmadan bu kişilere doğrudan Kanunun emre aykırı davranış başlıklı maddesi gereği yaptırım uygulanmasını öngören dava konusu kararda kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği hukuka uygunluk bulunmamaktadır." gerekçesiyle idari yaptırımın iptaline karar verilmiş ve bu karar Bölge İdare Mahkemesince de oyçokluğu ile onanmıştır.

<sup>108</sup> Erişim tarihi Nisan 9, 2023 <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>

söz konusudur. İlk olarak mülga düzenleme son haliyle<sup>109</sup> mağduru yaşı bakımından 15 yaşından küçük, 15 yaşını doldurmuş ancak 21 yaşını bitirmemiş ve 21 yaşını bitirmiş kişiler olarak üçlü bir tasnife tabi tutmuştu. Bu tasnifte 21 yaşını bitirmiş kimselerin iradi fuhuşlarına aracılık edilmesi eylemi suç olarak düzenlenmemiştir.<sup>110</sup> Eski Kanun'da suçun mağduru sadece kadınlar olarak kabul edilmişken yeni TCK'da mağdurun cinsiyetine dair bir sınırlamaya gidilmemiştir.<sup>111</sup> TCK'da düzenlenen ceza miktarları mülga Kanun'dan daha ağırdır.<sup>112</sup>

12.05.2003 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan 1/593 Esas numaralı Türk Ceza Kanunu Tasarısının "*Fuhuşu veya cinsel eylemleri sömürme*" başlıklı 323 ve "*Fuhuşa davet ve müsamaha, fuhuştan yararlanma*" başlıklı 324. maddelerinde fuhuşa dair düzenlemelere yer verilmişti. Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen 227. madde ile Tasarıdaki bu düzenlemeler arasında suç sayıları fiiller, cezalar ve mağdurun yaşı açısından ciddi farklılıklar olduğu göze çarpmaktadır. Tasarıda 765 sayılı Kanun'da olduğu gibi mağdurun yaşı bakımından üçlü bir tasnife gidilmiş ve 18 yaşını tamamlamış kimselerin rızaya dayalı fuhuş icrasına aracılık edilmesi suç olarak düzenlenmemiştir.<sup>113</sup>

765 sayılı Kanun'dan farklı olarak Tasarı'nın 324. maddesinde<sup>114</sup> bazı suçlara yer verilmişti. İnceleme konumuz açısından önem arz eden ve Komisyon

---

<sup>109</sup> Mülga 765 sayılı TCK'nın 435 ve 436. maddeleri 08.06.1933 tarihli ve 2275 sayılı Kanun ve 11/6/1936 tarihli ve 3038 sayılı Kanunlar değişikliğe uğramıştır. İlk değişiklikle mağdurun yaşı 21'e çıkarılmış, cezalar artırılmış ve bu suçların yurt dışında işlenmesi halinde de Türkiye'de yargılama yapılabilmesini sağlanmıştır. İkinci değişiklikle ise 435. Maddenin 2. Fıkrasında belirtilen akrabalık ilişkisine "sihri usul veya kendisini evlat edinenler" ve 436. Maddenin son fıkrasına "usulü ve sihri usulü" deyimleri eklenerek maddede değişiklik yapılmıştır. Önder, s. 586., Çoksezen, 79, 80.

<sup>110</sup> Özgenç, Genel Hükümler, 44; Yaşar vd., Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 6419.

<sup>111</sup> Yaşar vd., Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 6418.

<sup>112</sup> Yaşar vd., Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 6419.

<sup>113</sup> Özgenç, Genel Hükümler, 44; Çoksezen, 86.

<sup>114</sup> "Fuhuşa davet ve müsamaha, fuhuştan yararlanma

MADDE 324. - Alenen başkasını edebe aykırı olarak söz veya davranışlarla fuhuşa davet eden kimseye üç aydan altı aya kadar hafif hapis cezası verilir.

tarafından kabul edilen metinde çoğuna yer verilmeyen bu suçlar şu şekildedir: “Alenen başkasını edebe aykırı olarak söz veya davranışlarla fuhşa davet etmek”(324/1), “Fuhuş icra etmek suretiyle, aynı bina içerisinde yaşayanları veya komşuları rahatsız etmek” (324/2), “Kiraya verdiği yerlerde fuhşa hoşgöründe bulunmak”(324/3), “fuhuş olanakları üzerine alenen dikkat çekmek” (324/4), “kendini fuhşa vermiş bir kimsenin kazancından yararlanarak kısmen veya tamamen geçimini sağlamak” (324/5). Madde gerekçesi de nazara alındığında<sup>115</sup> 324. maddedeki bu düzenlemeler, İskandinav modeli ile olan yakınlığıyla göze çarpmaktadır. Zira yukarıda zikredildiği üzere İskandinav modeli fuhşun reklamını ve fuhuş amacıyla yer kiralanmasını da yasaklamakta, ev sahiplerine de fuhuş yapılan konutun tahliyesine dair

Fuhuş icra etmek suretiyle, aynı bina içerisinde yaşayanları veya komşuları rahatsız eden kimseye dört aydan sekiz aya kadar hafif hapis cezası verilir.

Kiraya verdiği yerlerde fuhşa hoşgöründe bulunan kimseye onbeş günden iki aya kadar hafif hapis cezası verilir.

Fuhuş olanakları üzerine alenen dikkat çeken kimseye bir aydan üç aya kadar hafif hapis ve birmilyar liradan üçmilyar liraya kadar hafif para cezası verilir.

Kendini fuhşa vermiş bir kimsenin kazancından yararlanarak kısmen veya tamamen geçimini sağlayan kişiye üç aydan altı aya kadar hafif hapis cezası verilir.”

<sup>115</sup> “Madde 324. - Bu maddede fuhuşla ilgili diğer bir kısım suçlara yer verilmiş bulunmaktadır.

Birinci fıkrada, sokak ve caddelerin köşelerinde durarak veya yer tutarak başkalarını, edebe aykırı söz ve davranışlarla fuhuşa davet edenler cezalandırılmaktadır. Fiilin alenen icrası şarttır. Suç kadın ve erkekler tarafından işlenebilir.

İkinci fıkrada, buldukları yerlerde fuhuş yapmak suretiyle komşuları ve aynı bina içerisinde oturanları rahatsız etmek cezalandırılmıştır.

Üçüncü fıkrada, kiraya verdiği bir yerde fuhuş icrasına hoşgöründe bulunan cezalandırılmaktadır. Böylece kanun kendisine ait bir yeri kiraya veren kimsenin burada fuhuş icra edildiğini anladığı takdirde olayı resmî makamlara bildirmesi yükümünü getirmiş bulunmaktadır. Aynı hüküm otelciler ve emsali üzere daimi ve geçici olarak yer kiralayanlar bakımından da öncelikle söz konusudur.

Maddenin dördüncü fıkrasında, fuhuş olanakları üzerine alenen dikkati çekmek suç hâline getirilmiştir. Söz gelimi dergilerde resimleri yayınlanan fuhuş erbabının adreslerini yayınlamak gibi.

Beşinci fıkrada, Fransız hukukunda "souteneur"lük (fahişe dostluğu) olarak tanımlanan suç cezalandırılmaktadır. Kendisini fuhşa vermiş bir kimsenin, her ne suretle olursa olsun, kazancından yararlanarak kısmen veya tamamen geçimini sağlayan kişinin bu sömürüsü müstakillen cezalandırılmaktadır. Bu suretle geçimlerini sağlayanlar, ülkede fuhşun yayılması bakımından sağladıkları katkı yanında ayrıca zavallı bir kişiyi sömürmeleri yönünden de ahlâken kusurludurlar. Ayrıca bu kimseler bir kere fuhuş batağına saplanmış kişilerin bu yoldan kurtulmalarını da engellemektedirler.”

sorumluluk yüklemektedir.<sup>116</sup> Yine Taslakta, Kanada'daki düzenlemeye benzer şekilde sokak ve caddelerin köşelerinde durarak veya yer tutarak başkalarını, edebe aykırı söz ve davranışlarla fuhşa davet etmek yasaklanmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nda aracılık ve fuhşun reklamı yasaklanmış ise de müşteriler ve fuhuş yapanlar açısından herhangi bir yaptırıma yer verilmemiştir. Yine 2003 Tasarısının fuhşa dair mezkûr düzenlemeleri de yeni Kanun'da kabul edilmemiştir. Ayrıca önceki başlıkta belirtildiği üzere fuhşu düzenleyen mevzuat halen uygulanmaktadır. Bu nedenlerle fuhşa dair düzenlemelerimiz, İskandinav modelinden oldukça farklıdır.

### C. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 80. Maddesi

İnsan ticareti suçu<sup>117</sup>, hukukumuzda ilk defa, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Öncelikle Kadın ve İnsan Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'ün imzalanması akabinde, 03/08/2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanunla Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 201/b maddesinin ihdas edilmesi suretiyle düzenlenmiştir.<sup>118</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da özel hükümler kitabının "Uluslararası Suçlar" başlıklı birinci kısmının "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti" başlıklı ikinci bölümünde 80. maddede bu suç düzenlenmiştir.

İnsan ticareti suçunun oluşması için üç şartın varlığı aranmaktadır.<sup>119</sup> Buna göre ilk aşamada, suç konu olan kişilerin "tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya

<sup>116</sup> Dodillet ve Östergren, "The Swedish Sex Purchase Act," 4;

<sup>117</sup> Öğreti'de, bu suç tipinde, eylemin maddi menfaat sağlamak amacıyla yapılması unsurunun yer almadığı, eylemin cezalandırılmasının asıl nedeninin, insanın alçaltılması, kişiliğinin yok sayılması ve onun adeta bir eşya gibi yağmanın konusu haline getirilmesi olduğu ifade edilerek bu suçun insan ticareti yerine, insan yağması veya sömürüsü olarak adlandırılmasının daha yerinde olduğunu savunulmaktadır. Mahmut Koca "İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (Tck m. 201b)," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 2 (2003), 142.

<sup>118</sup> Koca, "İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu," 141.

<sup>119</sup> Olgun Değirmenci, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu", *TBB Dergisi*, sayı 67, (2006): 61; Koca, İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu, 148; Yaşar vd., *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 2528.

*çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek*" olarak sıralanan araç fiillerden istifade edilerek tedarik edilmeleri gerekmektedir. Ancak, 80. maddenin üçüncü fıkrasında onsekiz yaşını doldurmamış olanlar açısından istisnaya yer verilerek bu kimseler üzerinde araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da diğer iki şart gerçekleştiğinde failin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

İkinci şart, tedarik edilen bu kişilerin hedef ülke veya yere naklidir. Kişileri ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden başka bir yere götürülmesi veya sevk edilmesi ya da barındırılması, bu aşamanın gerçekleşmesine dair seçimlik amaç fiillerdir. Üçüncü şart ise suçun, mağdurların *"zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak"* şeklindeki istismar edilmeleri amacıyla işlenmiş olmasıdır. Böylece suçun manevi unsuru olarak genel kast yeterli görülmemiş failin zikredilen saiklerle hareket etmesi özel kastının gerekliliği aranmıştır.<sup>120</sup> Mezkûr istismar türlerinin gerçekleştirilmesi halinde ise fail fuhuş, organ veya doku ticareti gibi suçlar uyarınca ayrıca cezalandırılacaktır.<sup>121</sup>

İnsan ticareti suçunun fuhuş amacıyla yapılması, 5237 sayılı TCK'da ilk olarak 227. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmişti. Fıkırada fuhuş amacıyla ülkeye insan sokan veya insanların ülke dışına çıkmasını sağlayan kişi hakkında mağdurun çocuk veya yetişkin olmasına göre maddenin bir veya ikinci fıkrası uyarınca cezaya hükmolunacağı belirtilmekteydi. 06/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 45. maddesiyle bu düzenleme yürürlükten kaldırılarak insan ticareti suçunun fuhuş amacıyla da yapılabileceği gözetilmekle, aynı Kanun'un 3. maddesiyle TCK'nın 80. maddesinde değişik yapılmış ve bu eylem, isabetli olarak, insan ticareti suçu kapsamına alınmıştır.<sup>122</sup>

Ülkemizde 2016 ila 2020 yılları arasında toplam 1115 insan ticareti mağdurunun tespit edildiği, suçların %65,3'ünün cinsel sömürü amacıyla işlendiği

<sup>120</sup> Özbek vd., *Özel Hükümler*, 103; Koca, "İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu," 148; Değirmenci, "İnsan Ticareti Suçu," 87; Arslan, 54; Durmuş Tezcan vd., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 129.

<sup>121</sup> Özbek vd., *Özel Hükümler*, 104-107.

<sup>122</sup> Tezcan vd., *Ceza Özel Hukuku*, 125-130.



belirtilmektedir.<sup>123</sup> Elbette bu veriler suça dair siyah sayıları içermemektedir. İskandinav modelinin fuhuş amaçlı insan ticaretine olan etkisine dair veriler ve görüşlere geçmiş başlıklarda yer verilmiştir. Fuhuş müşterilerinin cezalandırılması yoluyla fuhuş pazarının daralmasının modern kölelik biçimlerinden olan fuhuş amaçlı insan ticaretini azalttığı ve insan tacirlerini fuhşun yasal olduğu ülkelere yönelttiği anlaşılmaktadır.<sup>124</sup> Ülkemiz açısından da resmi istatistiklere yansıyan insan ticareti vakalarının çoğunun fuhuş amaçlı işlendiği<sup>125</sup> gözetildiğinde İskandinav modelinin insan ticaretine olan olumlu etkisinin dikkatle değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

## SONUÇ

Fuhuş; siyasi, sosyal, ekonomik, kültürel, dini vb. farklılıklar nedeniyle insanlık tarihi boyunca farklı zaman ve coğrafyalarda farklı yaklaşımlara konu olmuş bir olgudur. Günümüzde de devletlerin fuhşa dair düzenlemeleri ciddi farklılıklar içermektedir. Bu çalışmada inceleme konusu yapılan İskandinav modeli, fuhuş ve fuhuş amaçlı insan ticaretiyle mücadele kapsamında diğer ülke düzenlemelerinden farklı bir bakış açısı sunmaktadır.

Öncelikle İsveç'te akabinde pek çok ülkede kabul edilmiş İskandinav yaklaşımının esası, fuhuş müşterisi olmanın suç haline getirilmesine dayanmaktadır. Fuhşa olan talebin azaltılması neticesinde arzın da azalacağı ve fuhuş pazarının daralacağı düşüncesiyle getirilen bu yasa; temelde insan onurunun ve sağlığının korunması, eşitliğin sağlanması ve toplumun fuhşun olumsuz etkilerinden korunmasını amaç edinmektedir. Aralarında Avrupa Birliği üyelerinin de bulunduğu pek çok ülke tarafından benimsenen bu yaklaşımın uygulanması, Avrupa Parlamentosu tarafından da tavsiye edilmektedir.

İskandinav modelinde müşterinin cezalandırılmasının yanı sıra genelev işletilmesi, fuhuş amacıyla daire veya otel odası kiralanması, fuhşun reklamının yapılması ve müşteri temin etmek amacıyla yapılan bazı faaliyetler de

---

<sup>123</sup> T.C. İçişleri Bakanlığı, *2020 Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Yıllık Raporu*, (Ankara, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü İnsan Ticareti Mağdurlarını Koruma Dairesi Başkanlığı, 2020), s. 65, Tablo 3, <https://www.goc.gov.tr/turkiyenin-insan-ticaretiyle-mucadele-yillik-raporlari>

<sup>124</sup> Mathieson vd., "Prostitution Policy," 388-389.

<sup>125</sup> T.C. İçişleri Bakanlığı, *2020 Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Yıllık Raporu*, 65, Tablo 3.

yasaklanmıştır. İskandinav modeli salt bu yasaklardan ibaret değildir. Ceza yaptırımının yanında tarafların beden ve ruh sağlıklarının iyileştirilmesi, eğitim, barınma, istihdam gibi alanlarda desteklenerek, fuhuş yapanların fuhuş sektöründen kurtarılmasına dair pek çok sosyal destek içermektedir. Modele dair tüm bu düzenlemelerin güçlü bir halk desteğine sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Ülkemizde ise fuhuş aracılığın suç olarak düzenlendiği, ancak fuhuş yapanlar veya müşterileri açısından benzer bir tercihte bulunulmadığı görülmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun fuhuş başlıklı 227. maddesinde fuhuş yapanlar mağdur kabul edilmekte, haklarında sadece takdiren tedaviye hükmedilebilmektedir. Pek çok Avrupa ülkesinin aksine fuhuş müşterileri de hukuk sistemimizde bir müeyyideye tabi tutulmamıştır.

Fuhuş, kişinin bedenini ticaret malı haline getiren ve onurunu yok eden, bireylerin bedeni ve manevi varlıklarına zarar veren, onları ve nesillerini kalıtsal ve ölümcül bazı hastalıklara maruz bırakabilen, kadın ve erkekten oluşan aile birliğini ve toplum düzenini yıkıma uğratan büyük bir sorundur. İnsan onuru ve eşitliğini ihlal eden bu modern kölelik biçimiyle mücadelenin sadece cezalandırma yoluyla olmayacağı muhakkak olmakla birlikte cezasız bırakılması da kabul edilebilir değildir. Cezasızlık, ülkemizi fuhuştan gelir elde eden kimseler açısından cazip hale getirmekte; bu amaçla yapılan insan ticaretini artırmakta; aids, frengi gibi bulaşıcı hastalıkların yayılmasına neden olmakta ve netice olarak toplum düzenine büyük zararlar vermektedir.

Kanaatimizce, öncelikle sorunun sağlıklı bir tanımlanmasının yapılarak çözüm üretilebilmesi için, Türkiye'deki fuhuşun ve bu amaçla gerçekleştirilen insan ticaretinin boyutları, fuhuşa gönüllü veya zorunlu katılımın neden ve sonuçları, fuhuş yapan kimselerin kişisel ve sosyo-ekonomik durumları gibi hususlar, disiplinlerarası bir çalışmayla analiz edilmelidir. Bu analiz verilerinden de istifade edilerek, fuhuşla mücadele kapsamında ceza hukukuna dair değişikliklerin yapılması isabetli olacaktır.

Mezkûr mevzuat değişiklikleri kapsamında, öncelikle fuhuşun yasal yoldan icrasını düzenleyen ancak yürürlüğüne dair öğreti ve yargı kararlarında görüş birliği bulunmayan Tüzük hükümlerinin açıkça terk edilmesi ile fuhuşun yasaklanması gerekmektedir. Bu yasak kapsamında İskandinav modelinin özgün

yanı olan fuhuş müşterilerinin eyleminin ülkemizde de suç haline getirilmesi fuhuşa olan talebi ve beraberinde fuhuşu azaltıcı bir etki ortaya çıkaracaktır.

Fuhuş yapanlar açısından ise 1/593 esas sayılı Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve İskandinav modelindeki örnekler dikkate alınarak alenen fuhuşa davet ve fuhuş icrası nedeniyle komşuların rahatsız edilmesi halleri başta olmak üzere fuhuşa dair eylemlerin suç olarak düzenlenmesi isabetli olacaktır. Bu kimseler açısından İskandinav modelinin sosyal bileşeninde olduğu gibi zorunlu bedeni ve ruhi tedavi tedbirleri ile sosyal ve ekonomik iyileştirmeler sayesinde tekrarlayan ihlallerin önlenmesi ve fuhuş sektöründen gönüllü ayrılmaların sağlanması mümkün olabilecektir.

Tüm bu düzenlemelerin, fuhuşu ve bu amaçla yapılan insan ticaretini azaltarak, başta insan onuru ve eşitliği olmak üzere, kamu sağlığı ve genel ahlaka dair farklı hukuki menfaatlerin korunmasına katkı sağlayacağı kanaatindeyiz.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author declared this work has not received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

## KAYNAKÇA

- Akkaya, Çetin. *Fuhuş Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Ann, Jordan. "The Swedish Law To Criminalize Clients: A Failed Experiment In Social Engineering." *American University Washington College of Law*, no.4 (2012): 1-17.
- Arslantürk, Mustafa. *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Artantaş, Günce. "Bir Sapma Davranışı Olarak Fuhuş." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 1 (2021): 1-29.
- Atalay, Ayşe Özge. *Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2013.
- Bakar, Nezihat. "Düzensiz Göç Ve Fuhuş Amaçlı Kadın Ticareti: Türkiye Örneği ve İşveç Modeli Üzerine Tartışmalar." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.: İstanbul Üniversitesi, 2010.
- Danna, Daniela. *Report on Prostitution Laws in the European Union*. University of Milan, 2014. <https://documentation.lastradainternational.org/lisidocs/3048-EU-prostitution-laws.pdf>.
- Değirmenci, Olgun. "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu". *TBB Dergisi*, no. 67 (2006): 57-96.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Di Nicola, Andrea. "The Differing EU Member States' Regulations on Prostitution and Their Cross-Border Implications on Women's Rights.", (Brüksel, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament, 2021) [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/695394/IPOL\\_S TU\(2021\)695394\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/695394/IPOL_S TU(2021)695394_EN.pdf).
- Dodillet, Susanne ve Petra Östergren, "The Swedish Sex Purchase Act: Claimed Success and Documented Effects," Conference Paper Presented at The International Workshop: Decriminalizing Prostitution and Beyond: Practical Experiences and Challenges, (Lahey, 2011), <http://www.petraostergren.com/upl/files/54259.pdf>.

- Dönmezer, Sulhi. *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*. Cilt 1. İstanbul: Der Yayınevi, 2016.
- Dursun, Hasan. "Fuhşa ve Fuhuş Hakkındaki Temel Türk Hukuk Normlarına Genel Bir Bakış." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 93 (2011): 405-442.
- Ekberg, Gunilla. "The Swedish Law That Prohibits the Purchase of Sexual Services: Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Beings." *Violence Against Women* 10, no. 10, (2004): 1-28.
- Farley, Melissa, Ann Cotton, Jacqueline Lynne, Sybille Zumbeck, Frida Spiwak, Maria Emma Reyes, Dinorah Alvarez ve Ufuk Sezgin. "Prostitution and Trafficking in Nine Countries. Journal of Trauma Practice," *Journal of Trauma Practice* 2, sayı 3-4, (2004): 33-74.
- Güzel Mumyalmaz, Hatice. "İlet-i Müthişe: 20. Yüzyılın İlk Yarısında Türkiye'de Frengi İle Mücadele." *Akademik Hassasiyetler* 7, sayı 13, (2020): 119-148.
- Hartjen, Olivia "Sexkopslagen in the States: An American Version of the Nordic Model to Address Sex Trafficking in the United States," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 54, no. 1 (2021): 243-482.
- Holmström, Charlotta ve May-Len Skilbrei. "The Swedish Sex Purchase Act: Where Does it Stand?." *Oslo Law Review* 4, no. 2 (2017): 82-104.
- Kaime-Atterhög, Wanjiku. "Perspectives On The Swedish Model To Prevent And Combat Prostitution And Trafficking For Purposes Of Sexual Exploitation.", Konrad Adenauer Stiftung Publication, (2021) <https://www.kas.de/en/web/nordische/single-title/-/content/perspectives-on-the-swedish-model-to-prevent-and-combat-prostitution-and-trafficking>
- Kırlı, Engin. "Tanzimat Sonrası Fuhuş Hadisesine Yaklaşımında Yaşanan Değişim." *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, no. 12, (2010): 39-51.
- Kingston, Sarah ve Terry Thomas, "No model in practice: a 'Nordic model' to respond to prostitution?," *Crime, Law and Social Change*, no. 71 (2019): 423-439.
- Kline, Ashleigh M. "The Fallacy of Free Will in Prostitution: Encouraging Prostitution Reform to Prevent the Repeated Victimization of Vulnerable Persons". *Michigan State International Law Review* 25, no. 3 (2017): 665-698.

- Koca, Mahmut. "İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (Tck m. 201b)." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 2 (2003): 141-172.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Mathieson, Ane, Easton Branam ve Anya Noble. "Prostitution Policy: Legalization, Decriminalization and the Nordic Model." *Seattle Journal for Social Justice* 14, no. 2 2015: 367-428.
- Mathilde Darley, Marion David, Lilian Mathieu, Gwénaëlle Mainsant ve Véronique Guienne. "Assessing Prostitution Policies in Europe. içinde "Prostitution Policies in France", ed. Synnøve Jahnsen ve Hendrik Wagenaar, New York: Roudledge Publishing, (2018) : 92-107.
- Merki Çoksezen, Duygu. *Fuhuş Suçu (TCK 227)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Önder, Ayhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuk Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Skilbrei, May-Len ve Charlotta Holmström. "Prostitution Policy in the Nordic Region: Ambiguous Sympathies." New York, Roudledge Publishing, 2016.
- St.Denny, Emily. "The Gradual Transformation of a Weak but Enduring Regime: Contemporary French Prostitution Policy in Transition (1946-2016)." *Modern and Contemporary France* 25, no. 3 (2017): 299-314.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Wagenaar, Hendrik, Sietske Altink ve Helga Amesberger. *Final Report of the International Comparative Study of Prostitution Policy: Austria and the Netherlands*. Den Haag, Platform31, 2013.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç. *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* Cilt 5. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Zeegers, Nicolle ve Martina Althoff "Regulating Human Trafficking by Prostitution Policy - An Assessment of the Dutch and Swedish Prostitution Legislation and Its Effects on Women's Self-Determination." *European Journal of Comparative Law and Governance* 2, no.2 4, (2015): 351-378.

# GDO VE ÜRÜNLERİNE DAİR BAŞVURULARIN İDARİ VE YARGISAL DENETİMİ

## *Administrative and Judicial Audit of Applications Regarding GMO and Its Products*

Ömür Kadri SARI\*

### Öz

Genetik yapısı değiştirilmiş organizma, modern biyoteknolojik yöntemler kullanılarak kendi cinsi dışında bir cinsten gen aktarılarak özellikleri değiştirilen hayvan-bitki ve mikroorganizmaları ifade etmektedir. Bu organizmalara doktrinde transgenik veya genetiği değiştirilmiş organizma (GDO) adı verilmektedir. GDO ve ürünlerinin sosyal hayattaki kullanımının artması ve ticaret hacminin genişlemesi nedeniyle insan sağlığı üzerindeki riskler konusunda endişeler artmaktadır. GDO ve ürünleriyle beslenmenin veya bu ürünlerin yem olarak kullanımının kamu sağlığı üzerinde ciddi riskler taşıdığı bilimsel çalışmalarla ileri sürüldüğünden birtakım hukuksal düzenlemelerle anılan ürünlerin kullanımının düzenlenmesi amaçlanmaktadır.

\* Misafir Araştırmacı, Groningen Üniversitesi. Bu makale Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora programı kapsamında yazılan İdare Hukuku Bakımında Gıda Güvenliği ve Gıda Piyasasının Düzenlenmesi başlıklı doktora tezinden türetilmiştir. Türkiye'de Gıda Güvenliği ve Gıda Sektörünün Regülasyonu Sempozyumunda sunulan bildirinin genişletilmiş halidir omursari639@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1176-2399.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 27.05.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 01.08.2023.

**Atıf/Citation:** Sarı, Ömür Kadri. "GDO ve Ürünlerine Dair Başvuruların İdari ve Yargısal Denetimi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 844-882.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

Ülkemizde, 5977 sayılı Kanun ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikte, söz konusu ürünlerin ithalatı, ihracatı, deneysel amaçlı serbest bırakılması, piyasaya sürülmesi ile kullanımına ilişkin başvurular belli bir usule bağlanmıştır. Bu usulün yönetilmesi için ilk olarak Biyogüvenlik Kurulu görevlendirilmişti. 09.07.2018 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 703 sayılı KHK ile Biyogüvenlik Kurulu kaldırılmış olup, kurulun görevleri Tarımsal Araştırmalar ve Politikalar Genel Müdürlüğü (TAGEM)’ne verilmiştir. Kaldırılan kurulun yapısı objektif ve nesnel risk değerlendirmesi bağlamında doktrinde eleştirilmekte iken, başvuruların değerlendirilmesi ve neticelendirilmesi yetkisinin bakanlıkta toplanması ve idari sürecin tamamına bakanlığın hakim kılınması biyogüvenlik kaygılarını artırmaktadır. GDO başvuruları üzerine yürütülen idari sürecin usulü ve risk analizi kamu sağlığının korunması bakımından önemli inceleme alanıdır. Klasik idare yapılanmasının getirdiği olumsuz ve eksik durumlar nedeniyle anılan ürünlerden kaynaklanan riskleri engelleme, insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması hususlarına zafiyetler oluşması muhtemeldir.

GDO ve ürünleri için yapılan başvurular hakkında özerkliğe sahip, uzmanlık ilkesine göre oluşturulan ve görevlilerin belli hukuki güvenceleri edindiği idari otorite görevlendirmelidir. Bu yeni hal daha objektif ve nesnel değerlendirme ve sonuç olarak daha güçlü biyogüvenliğin/kamu sağlığının korunması demektir. Ayrıca alınan kararların genel yargılama usulü dışında bir usule tabi tutulması daha kısa sürede sonuca ulaşılmasını sağlayacaktır. Hem GDO piyasasının işleyişinin aksatılmaması hem de biyogüvenliğe dair içtihadın oluşması bakımından yargılama usulünde değişikliklere ihtiyaç bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Geneği Değiştirilmiş Organizma, Biyogüvenlik, İdari Usul, İdari Yargı, İptal Davası

## **Abstract**

Genetically Modified Organisms (GMOs) refers to animal-plant and microorganisms whose characteristics are changed by transferring genes from a genus other than their own genus using modern biotechnological methods. These organisms are called transgenic or genetically modified organisms in the doctrine. Due to the increasing use of GMOs and their products in social life and the expansion of trade volume, concerns about the risks on human health are



increasing. Since it is claimed through scientific studies that feeding on GMOs and their products or using these products as feed carries serious risks on public health, it is aimed to regulate the use of these products through certain legal regulations.

In Türkiye, the Law No. 5977 and the regulation issued on the basis of this law, the applications regarding the import, export, release for experimental purposes, placing on the market and use of these products are subject to a certain procedure. With the Decree Law No. 703 published in the Official Gazette dated 09.07.2018, the Biosafety Board was abolished and its duties were assigned to the General Directorate of Agricultural Research and Policies (TAGEM). While the structure of the abolished board has been criticised in the doctrine in the context of objective and objective risk assessment, the fact that the authority to evaluate and finalise the applications is gathered in the ministry and the ministry dominates the entire administrative process raises biosafety concerns. In our study, it will be examined whether the process and risk analysis carried out by the administration since the receipt of the applications are sufficient to protect public health. Here, an assessment will be made in terms of organisation and activities. The impact of the execution of the process by the traditional ministerial bureaucracy despite the changing administrative understanding on the prevention of risks arising from these products and the protection of human, animal and plant health, environment and biodiversity will be discussed.

In addition, administrative judicial review of administrative decisions on applications for GMOs and products thereof will be analysed and suggestions will be made regarding the procedural deficiencies identified. It will be discussed whether it is possible to develop a procedure other than the general judicial procedure. The extent to which expedited proceedings and procedural safeguards introduced in our judicial procedure can be utilised in the judicial review of these applications will be examined. The impact of the judicial procedure on biosafety will be analysed through recent decisions of the Council of State.

**Keywords:** Genetically Modified Organisms, Biosecurity, Administrative Procedure, Administrative Judiciary, Annulment Case

## GİRİŞ

Artan nüfusun gıda ihtiyacının karşılanması, tarımda verimi artırmak ve açlık sorununu ortadan kaldırmak gibi gayelerle biyoteknoloji alanında çalışmalar genişletilmektedir. Gen teknolojisi de kullanılarak canlıların gen diziliminin değiştirilmesi veya dışardan başka bir canlıdan alınan genin aktarılması suretiyle yeni özelliklere sahip ürün elde edilmektedir. İşte bu yeni ürüne genetik yapısı/genetiği değiştirilmiş organizma adı verilmektedir.<sup>1</sup> Söz konusu yeni ürün yeni hukuki durumlar meydana getirmektedir. Genetiği değiştirilmiş organizmalar hem hukuki belgelere hem de idari işleyişe konu olmaktadır.

İlk gen aktarımına yönelik çalışmalar Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde başlamış ve bugün ekim alanı ABD'de oldukça genişlemiştir. Uluslararası alanda genetiği değiştirilmiş organizmaların çevre, insan, hayvan ve bitki sağlığı üzerindeki olası riskleri hususunda farkındalığın artması nedeniyle uluslararası hukuki düzenlemeler yapılmıştır. İlk olarak Birleşmiş Milletler (BM) ve Avrupa Birliği (AB)'nde bu konuya yönelik hukuki düzenlemeler yapılmıştır. BM tarafından Cartagena Biyogüvenlik Protokolü imzaya açılmış ve AB tarafından direktifler yayımlanmıştır.<sup>2</sup> Fakat genetiği değiştirilmiş organizma ticaretinde büyük bir pay sahibi olan ABD hukuki anlamda kendisini sınırlamak istememektedir. Örneğin genetiği değiştirilmiş organizmaların uluslararası piyasada akışını düzene koyan Cartagena Biyogüvenlik Protokolü'ne halen imza atmamıştır.

Ülkemizde BM ve AB bünyesinde yapılan düzenlemeler dikkate alınarak 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanunda genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünleri konu alınarak olarak ar-ge, kullanma, işleme, piyasaya sürme, izleme, ihracat, ithalat, nakil, paketlenme, saklama, etiketlenme ve depolama gibi konularda düzenlemelere yer verilmiştir. Ülkemiz genetiği değiştirilmiş organizma piyasası düzenlenirken anılan kanundaki esaslar

---

<sup>1</sup> Iraz Haspolat, "Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Biyogüvenlik," *Ankara Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi*, no. 59 (2012): 75; Zehra Gizem Ateş, "Genetiği Değiştirilmiş Organizmalara (GDO) İlişkin Avrupa Birliği'ndeki Yasal Düzenlemeler," *İnsan ve İnsan Dergisi*, no. 24 (2020): 10.

<sup>2</sup> Ateş, "Genetiği Değiştirilmiş Organizmalara (GDO) İlişkin Avrupa Birliği'ndeki Yasal Düzenlemeler," 10.

dikkate alınmaktadır. Yine bu kanuna dayanılarak çıkarılan Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmelikte, uygulamanın daha sıhhatli ilerlemesi için detaylara yer verilmiştir.

Çalışmamızda ilk olarak ülkemizdeki hukuki düzenlemeler dikkate alınarak özellikle genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünleri hakkındaki başvuruların idari mercilerde hangi yönlerden değerlendirildiği ve karar sürecinin nasıl ilerlediği hususu irdelenmektedir. Bu konuya dair idari usulün çevre, insan, hayvan ve bitki sağlığını koruma konusunda etkin işleve sahip olup olmadığı tartışılacaktır. Başvuruların iletileceği ve değerlendirmeye tabi tutulacağı idari yapının objektif, tarafsız ve bilimsel esaslara dayalı değerlendirme yapmaya hangi ölçüde el verdiği idare hukuku ilkeleriyle birlikte ortaya konulacaktır.

Diğer yandan genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünleri hakkındaki başvurular hakkında verilen kararların idari yargıda hangi usulle yargısal denetime tabi tutulduğu hususuna değinilecektir. Biyogüvenlik Kurulu kararlarının mevcut yargılama usulüyle denetimi çevre, insan, hayvan ve bitki sağlığını koruma konusunda etkinliğin sağlanmasına imkân vermekte midir? Bu soru ikinci kısımda asıl irdeleneceğimiz sorudur. Mevcut yargılama usulünü yeterli görmediğimizden alternatif yargılama usulü önerilerinde bulunulacaktır. Yatırım hürriyeti ve canlı sağlığının korunması arasında makul bir dengeyi sağlayacak yargılama usulü değişikliklerine ihtiyaç bulunmaktadır.

## I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

### A. Genetiği Değiştirilmiş Organizma (GDO) Kavramı

İnsan sağlığı ve yaşamı hukuk tarafından korunan başlıca değerlerdir. Bu değerlere zarar veren/verebilecek durumlara karşı devletin görevleri bulunmaktadır. Yaşamın sağlıklı devamı hususunda yenilen veya içilen gıda maddeleri belirleyici konumda bulunmaktadır. Tarım ve hayvancılık yoluyla üretilen gıdaların, üretim yöntemi ve tüketime arz sürecinin insan sağlığını tehdit etmemesine dikkat edilmektedir. Bu yönde hukuki düzenlemeler yapılmaktadır. Gelişen bilgi ve teknoloji yeni hukuki durumlar ortaya çıkarmaktadır. Genetiği değiştirilmiş gıda konusu da teknolojiye meydana gelen gelişmelerle gündemimize girmiştir.

Teknolojinin imkânlarından faydalanmak suretiyle biyolojik süreçler şekillendirilmektedir. Canlıların genetik yapısının geliştirilmesi, değiştirilmesi veya çoğaltılması yoluyla yeni ürünler ortaya konulması veya canlı üretiminde yaşanan kronik sorunlara yeni çözümler bulunmasına dönük çalışmalar biyoteknoloji adı altında yürütülmektedir.<sup>3</sup> Genetiği değiştirilmiş organizma (GDO) kavramı geleneksel biyoteknolojik yöntemler (mayalanma gibi) dışında kullanılan yeni yöntemlerle birlikte gündemimize girmiştir. Canlıların DNA diziliminde/yapısında değişim yapılması veya DNA yapısına dışarıdan gen aktarılması ile ortaya çıkan yeni ürünlere GDO adı verilmektedir. Doktrinde yer alan tanımlarda neredeyse aynı sözcükler yer almaktadır. Söz konusu tanımlardan hareketle, yeni araçlar kullanılarak canlıların gen yapısının değiştirilmesi veya dışardan gen aktarımı yoluyla yeni gen yapısına sahip canlı oluşturulması, genetiği değiştirilmiş organizma şeklinde ifade edilebilir.<sup>4</sup>

Genetiği değiştirilmiş organizmalar, genetiği değiştirilmiş bitkiler, hayvanlar ve mikroorganizmalar şeklinde sınıflandırılmaktadır.<sup>5</sup> Ülkemizde genetiği değiştirilmiş bitki ve hayvan üretimi yasaktır (5977 sayılı Kanun'un 5.maddesi). Ayrıca bebek ve küçük çocuk besinlerinde de kullanılması kabul edilmemektedir. Çalışmamızda gıda ve yem amacıyla kullanılan GDO ve ürünleri incelenmektedir.

Canlıların genetik yapısında değişime gidilmesinin farklı nedenleri ileri sürülmektedir. En sık karşılaşılan nedenler arasında artan nüfusun doyurulması, açlığa çözüm bulma, daha dayanıklı bitkiler üretme, kronik hastalıklara çözüm bulma yer almaktadır. GDO karşıtları tarafından ise sebeplerin gerçekçi olmadığı; çünkü GDO ürünlerinin sonuçta istenilen durumlara çözüm sağlamadığı savunulmaktadır. Her iki kesimin detaylı tezleri çalışmamızın sınırlarını aşacağından çalışmada bunlara yer verilmeyecektir.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Arzu Önel, *Genetik ve Biyoteknoloji* (Ankara: Pegem Akademi, 2021), 123.

<sup>4</sup> İbrahim Kulaç, Yücel Ağırtil ve Mehmet Yakın, "Sofralarımızdaki Tatlı Dert, Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Halk Sağlığına Etkileri," *Türk Biyokimya Dergisi* 31, no. 3 (2006): 152; Ahmet M. Güneş, "Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Çevre Hukuku," *İÜHFM* 66, no. 2 (2008): 49; Haspolat, "Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Biyogüvenlik," 76.

<sup>5</sup> Roland Norer, *Genetic Technology and Food Safety*, ed. Roland Norer, C. 14, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law* (Cham: Springer International Publishing, 2016), 3.

<sup>6</sup> Güneş, "Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Çevre Hukuku" 52; Simge Aksun Kayacan, *Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizma ve Ürünlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 87.

GDO için uygulamada transgenik ürün veya gen aktarımlı ürün tabiri de kullanılmaktadır.<sup>7</sup> 20. YY'nin ikinci yarısında bakterilere ve bitkilere gen aktarımı yoluyla üretimde bulunulması dünya gündemine bu konunun taşınmasını sağlamıştır. Ayrıca her geçen gün üretim alanı ve çeşitliliğinin artması dikkatleri bu ürünler üzerinde toplamaktadır. 2020 yılında ABD'de üretilen tüm soya fasulyesinin %94'ü, tüm pamuğun %96'sı ve tüm mısırın %92'sini GDO'lu ürünler oluşturdu.<sup>8</sup> Bu gelişim seyri uluslararası ve ulusal hukuki metinlerde bu konunun düzenlenmesine yönelik çalışmaları artırmıştır. Bu konu BM bünyesinde oluşturulan Biyoçeşitlilik Sözleşmesine ek protokol olarak hazırlanan Cartagena Protokolü ile özel olarak düzenlenmiştir. Ülkemiz, bu protokolü 2003 yılında onaylamış ve protokol 2004 yılında yürürlüğe girmiştir.<sup>9</sup>

Ülkemizde GDO'ya dair ilk düzenleme 1998 yılında "Transgenik Kültür Bitkilerinin Alan Denemeleri Hakkında Talimat" ile yapılmıştır. Konu ile ilgili henüz kanuni bir düzenleme yok iken ülkemizde GDO'lu tohumlar ile alan denemesi (Adana ve Nazilli) yapılmıştır. Bu denemelere dair raporların kamuoyu ile paylaşılmaması iyi idare ilkesiyle bağdaşmamaktadır. 2005 yılında yayınlanan ve halen yürürlükte olan "Organik Tarımın Esasları ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te GDO "Modern biyoteknolojik yöntemler kullanılmak suretiyle gen aktarımlar elde edilmiş, insan dışındaki canlı organizma" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanım dışında mevzuatta GDO ile ilgili düzenleme yönetmelikte yer almamaktaydı. Nihayetinde taslak çalışması uzun süren Biyogüvenlik Kanunu 26.03.2010 tarihli Resmi Gazete yayınlanmıştır.

5977 sayılı Biyogüvenlik Kanununun 1.maddesinde amaç "*bilimsel ve teknolojik gelişmeler çerçevesinde, modern biyoteknoloji kullanılarak elde edilen genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlerinden kaynaklanabilecek riskleri engellemek, insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğinin*

---

<sup>7</sup> Iraz Haspolat Kaya, *Genetically Modified Organisms and Regulations Concerning Biotechnological Products* (Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2020), 4.

<sup>8</sup> Detaylı bilgi için FDA'nın yayınladığı rapora bkz: erişim tarihi Mart 13, 2023 <https://www.fda.gov/food/agricultural-biotechnology/gmo-crops-animal-food-and-beyond#:~:text=In%202020%2C%20GMO%20soybeans%20made,of%20all%20sugar%20beets%20harvested.>

<sup>9</sup> Zeynep Kıvılcım, "Cartagena Protokolü ve Türkiye Biyogüvenlik Mevzuatı," *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 20, no. 1 (2012): 101.

*sağlanması amacıyla biyogüvenlik sisteminin kurulması ve uygulanması, bu faaliyetlerin denetlenmesi, düzenlenmesi ve izlenmesi” şeklinde, kapsam ise “genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünleri ile ilgili olarak araştırma, geliştirme, işleme, piyasaya sürme, izleme, kullanma, ithalat, ihracat, nakil, taşıma, saklama, paketlenme, etiketleme, depolama ve benzeri faaliyetleri” şeklinde ifade edilmektedir. Kanun, özel olarak GDO’ya ilişkin konuları düzenleyen kuralları içermektedir. Ayrıca yukarıda aktarılan GDO’ya dair tanım kanunda da aynı şekilde yer almaktadır. Söz konusu tanım 2001/18 sayılı AB Direktifindeki tarifin aynısıdır.<sup>10</sup>*

Ülkemizde GDO’ya ilişkin işlem süreçleri daha detaylı şekilde 13.08.2010 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmelik’te düzenleme altına alınmıştır. Çalışmamız bağlamında GDO ve ürünlerine ilişkin başvuru ve karar süreci hem kanunda hem de yönetmelikte ayrıca zikredilmektedir. Çalışmamızın ilerleyen başlıklarında anılan düzenlemelerden doğrudan yararlanılacaktır.

## **B. GDO ve Ürünlerine Dair Başvuru ve Tekemmül Süreci**

Türkiye’de geliştirilen GDO ve ürünü veya ithal edilecek GDO ve ürünü için Tarım ve Orman Bakanlığı’na başvuru yapılmaktadır. Bu başvurular hakkında risk ve sosyo-ekonomik değerlendirme 09.07.2018 tarihine kadar Biyogüvenlik Kurulu tarafından yapılmaktaydı. Anılan tarihte Resmi Gazete’de yayınlanan 703 sayılı KHK’nun 206.maddesiyle söz konusu kurul kaldırılmıştır. Akabinde yapılan düzenlemeler ile GDO ve ürününe dair başvuru ve değerlendirme sürecinde Tarımsal Araştırmalar ve Politikalar Genel Müdürlüğü (TAGEM) yetkili kılınmıştır. Bahsi geçen süreçte TAGEM’in yetkili kılınmasının ayrıntılı değerlendirmesine ilerleyen başlıkta yer verilecektir.

İlk olarak çevrenin korunması kapsamında ortaya çıkan ihtiyat ilkesi, GDO ve ürünlerinden kaynaklanabilecek muhtemel zararlara dair bilimsel belirsizliklerin olduğu durumlarda zararları önlemek için çeşitli tedbirler öngörmektedir.<sup>11</sup> Bu

<sup>10</sup> Bu tanıma dair EC 2001/18 sayılı direktifin tanımlar bölümüne bkz; erişim tarihi Temmuz 17, 2023, [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:303dd4fa-07a8-4d20-86a8-0baaf0518d22.0004.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:303dd4fa-07a8-4d20-86a8-0baaf0518d22.0004.02/DOC_1&format=PDF).

<sup>11</sup> Ateş, “Genetiği Değiştirilmiş Organizmalara (GDO) İlişkin Avrupa Birliği’ndeki Yasal Düzenlemeler” 15; Güneş, “Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Çevre Hukuku” 58.

ilke doğrultusunda GDO ve ürünlerine dair başvurular hakkında detaylı değerlendirme sürecine girilmektedir. Hatta alınan karar sonrasında da yeni durumların ortaya çıkma ihtimali dikkate alınarak 5977 sayılı Kanunun 3.maddesinde risk değerlendirme sonucuna göre risk oluşturmayacağına dair verilen kararın geçerlilik süresi 10 yıl olarak öngörülmüştür. GDO'ya ihtiyat ilkesi ile yaklaşımı hem Cartegna Protokolünde hem de AB'nin ilgili direktiflerinde görmekteyiz.<sup>12</sup>

5977 sayılı Kanunun 3.maddesinde, GDO ve ürünlerinin ithalatı, ihracatı, piyasaya sürülmesi veya kullanımına bilimsel yöntemlerle yapılan risk değerlendirmesi sonrasında karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu durumda yukarıda ifade ettiğimiz GDO karşıtı görüşler ve ihtiyat ilkesinin dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Canlının gen diziliminde değişiklik veya dışardan gen aktarımı suretiyle GDO elde edilmekte ve bu süreçten dolayı çevre, insan, hayvan ve bitki sağlığı üzerinde oluşabilecek risklerin ve kaynağının tespiti gerekmektedir. Bu bağlamda kanun risk değerlendirmesini *“GDO ve ürünlerinin, genetik değişiklikten dolayı, insan, hayvan ve bitki sağlığı, biyolojik çeşitlilik ve çevre üzerinde sebep olabileceği risklerin ve risk kaynağının test, analiz, deneme gibi bilimsel yöntemlerle tanımlanması, niteliklerinin belirlenmesi, değerlendirilmesi ve risk unsurlarının belirlenmesini kapsayan dört aşamalı süreç”* şeklinde tarif etmektedir. Risk değerlendirmesi sürecinde elde edilen veriler başvuru üzerine verilecek kararların sebep ögesini oluşturmaktadır. Başvurunun reddi veya kabulünün somut ve hukuken kabul edilebilir gerekçesi anılan süreç sonrasında ortaya konulmaktadır.

Başvuru sahibi, başvuruya dair bilgileri ve amacını açık bir şekilde ortaya koymalıdır. Kanun'da, başvuru sürecinde açıklık esas alınmaktadır. Fakat başvuru sahibine gizli tutulmasını istediği bilgileri bildirme hakkı verilmiştir. Bunun yanında GDO ve ürününe dair esaslı bilgilerden olan *“başvuru sahibinin veya ithalatçının adı ve adresi, GDO ve ürünlerinin kullanım amacı, sahip olduğu özellikler, ayırt edici kimlik bilgileri, bilinen ve bilimsel isimleri, transfer edilen genin alındığı organizma, alıcı ve verici organizmanın orijin ülkesi, transfer yönteminin genel tanımı, acil durumlarda uygulanacak olan yöntem ile planlar ve risk değerlendirmesinin özeti”*

<sup>12</sup> Güneş, “Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Çevre Hukuku” 55; Ateş, “Genetiği Değiştirilmiş Organizmalara (GDO) İlişkin Avrupa Birliği'ndeki Yasal Düzenlemeler” 15.

gizli tutulamayacağı Kanun'un 3/7.maddesinde ayrıca ifade edilmiştir. Böylelikle sürecin temel unsurlarının gizlenmesinin önüne geçilmiştir.

Diğer yandan Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmeliğin 8.maddesinde *“Ayırt edici kimlik bilgileri, Kullanım amacı ve kısıtlamalarla ilgili talep ve bu talebi destekleyen bilgi ve belgeler, GDO ve ürünlerinin geliştirildiği ülkede kullanım ve üretim koşullarını açıklayan bilgi ve belgeler, Risk yönetimi ile ilgili bilgi ve belgeler, Başvuru yapılan GDO ve ürünlerinin taşıma, muhafaza ve nakil koşulları, GDO ve ürünlerinin geliştirildiği ülkede çevreye serbest bırakılmasına, tüketim amacıyla piyasaya sürülmesine izin verildiğine, verilen iznin devam ettiğine, üretimine ve tüketimine devam edildiğine ve Bakanlıkça belirlenen süreyle piyasada yer aldığına dair talep edilen belge, Kurul tarafından ilan edilecek diğer bilgi ve belgeler(in)”* başvurularında sunulması istenmektedir. Bu bilgi ve belgelerin bizzat yönetmelikte sayılması ve başvuru sürecinde istenmesi ilgililerin idari işlemin tekemmül sürecine aktif katılımını sağlamaktadır. Bu durum da idari sürecin açıklık içinde yürütmesine katkı sunmaktadır.

Başvuru sonrasında değerlendirme ve karar ile sonuçlanan süreci tekemmül kavramı ile ifade etmekteyiz. Tekemmül sürecini idare, işlem ve eylemleri ile yönetmektedir. GDO ve ürününe dair başvurunun değerlendirilmesinde *“İnsan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevre ve biyolojik çeşitliliği tehdit etmesi, üretici ve tüketicinin tercih hakkının ortadan kaldırılması, çevrenin ekolojik dengesinin ve ekosistemin bozulmasına neden olması, GDO ve ürünlerinin çevreye yayılma riskinin olması, biyolojik çeşitliliğin devamlılığını tehlikeye düşürmesi, başvuru sahibinin biyogüvenliğin sağlanmasına yönelik tedbirleri uygulamak için yeterli teknik donanıma sahip olmadığı”* tespit edilmesi halinde başvurunun reddedileceği hususu ifade edilmektedir. Burada sebep/sebeplerin ortaya çıkması halinde otomatik olarak ret sonucu öngörülmekte, yani idareye bağlı yetki verilmiştir. Söz konusu durumlardan birinin tespiti halinde takdir yetkisinden bahsedilemez.

Yine Kanunda başvurular hakkında risk değerlendirmesi ve sosyo-ekonomik değerlendirmenin ayrı ayrı yapılacağı kural altına alınmıştır. Sosyo-ekonomik değerlendirme *“Başvuru hakkında karar verilmeden önce değerlendirilmek üzere, GDO ve ürünlerinin çevreye serbest bırakılması ve kullanılması sürecinde biyolojik çeşitlilik ve kullanıcıları ile çiftçiler üzerindeki etkilerinden kaynaklanacak sosyo-ekonomik bedelleri belirlemek üzere bilimsel esaslara dayanarak yapılan tüm çalışmalar”* şeklinde Kanun'un tanımlar bölümünde ifade edilmektedir. Bu değerlendirmeler



sonucunda oluşan raporlar biyogüvenlik bilgi değişim mekanizması aracılığıyla kamuoyuyla paylaşılmaktadır. Böylece açıklık ve kamunun bilgi edinme hakkı desteklenmektedir. GDO ve ürününün herhangi bir riske sebep olmadığı, çevre, insan ve bitki/hayvan sağlığına zararın bulunmadığına dair bilgilerin olduğu ve daha öncesinde risk değerlendirmesi yapılan başvurular basitleştirilmiş işlem olarak ifade edilmektedir. Kanun'da, basitleştirilmiş işlemlerde herhangi bir zararın bulunmadığına dair daha önceden alınmış raporlar bulunmaktadır. Yeniden risk değerlendirmesi ve sosyo-ekonomik değerlendirme istenemez. Ayrıca basitleştirilmiş işlemde kamuoyunun aydınlatılması şartı aranmamaktadır. Bu durumun sakıncalı olduğu kanaatindeyiz. Basitleştirilmiş işlem dahi olsa şeffaflık ve açıklığın ön planda tutulması elzemdir.

Tekemmül sürecinde görev alan idarenin yapısı ve karar üzerindeki etkisi, karar alma süresi konuları Biyogüvenlik Kurulu ile ilgili düzenlemeler olduğundan ilerleyen başlıkta ele alınacaktır. Başvuru sonrasındaki tekemmül aşaması daha çok idari denetim ile ilgili olduğundan ikinci bölümde ayrıntılarıyla değerlendirilecektir.

### **C. Kamu Düzeninin Bir Unsuru Olarak Biyogüvenlik**

Biyoteknolojideki gelişmelerle birlikte bitki, hayvan ve mikroorganizmaların genetik yapısına müdahale imkanı oluşmuştur. Bu yeni durum nedeniyle çevrenin, insanın ve diğer canlıların daha sıkı kurallarla korunmaya ihtiyacı bulunmaktadır. Biyoteknolojinin diğer disiplinlerle ortak çalışmaları sonucunda birim alanda daha fazla ürün elde edilmesi veya az bulunan ürünlerin sayısının artırılması mümkün olmuştur. Bu dönüşümün çevre, insan, bitki ve hayvan sağlığını tehdit etmesi suretiyle toplum (kamu) sağlığını tehdit etmemesi için tedbirler alınmaktadır.

Kamu sağlığı, toplumsal yaşamın sağlıklı bir şekilde devamının sağlanması anlamına gelmektedir.<sup>13</sup> Kamu düzeninin ana ögesi olan kamu sağlığının zarar görmesi halinde toplumun sükun içinde yaşamını sürdürmesine imkan bulunmamaktadır. Bu durumun en somut halini 2020 yılının başında ortaya çıkan Covid-19 pandemisinde yaşadık. Salgın ile toplumsal yaşamın her alanında kesinti

---

<sup>13</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 582.

oluşturdu ve kaos benzeri durumlarla tüm ülkeler karşı karşıya kalmıştır. Dolayısıyla kamu düzeninin ayakta tutulması bakımından kamu sağlığının korunması büyük önem taşımaktadır.

Biyoteknolojinin getirdiği imkanlar ile canlıların genetik yapısı üzerinde değişiklik yapılmakta ve yeni ürünler elde edilmektedir. Söz konusu imkanların toplum sağlığını bozmaması için biyogüvenlik kavramı geliştirilmiştir. 5977 sayılı Kanunda biyogüvenlik *“insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevre ve biyolojik çeşitliliği korumak için GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyetlerin güvenli bir şekilde yapılması”* ifadeleriyle tanımlanmaktadır. GDO ve ürünlerine dair çalışmalardan kaynaklanan riskleri engellemek, kamu sağlığını korumak ve bu alanın denetlenmesi, düzenlenmesi ile ilgili usulleri belirlemek için 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanununda detaylı düzenlemeler yapılmıştır.

Biyogüvenlik sisteminin kurulması ve uygulanması, faaliyetlerin denetlenmesi, düzenlenmesi ve izlenmesi amacıyla yayınlanan Biyogüvenlik Kanunu, biyogüvenlik konusundaki hassasiyetin ülkemizde yüksek seviyede olduğuna kanattır. GDO ve ürünlerinin ithalatı, ihracatı, piyasaya sürülmesi, deneysel kullanımı, kapalı alanda kullanımı belli bir prosedüre bağlanmıştır. Çalışmamızda irdelenen başvuru usulü, biyogüvenliğin sağlanması amacıyla getirilmiştir. Aksi halde denetimsiz ve keyfi uygulamalara mahal verilecek olup, telafisi imkansız zararlarla karşılaşılması pek muhtemeldir.

Kamu düzenine vereceği zararlar konusunda ciddi bir farkındalığın olduğu GDO konusu yasal çerçeveye kavuşmuştur. GDO ve ürününün ülkemize getirilmesi süreci, değerlendirilmesi, karar ve sonrası takiplerin yasal zemini oluşturulmuştur. Tüm bu düzenlemeler, biyogüvenliğin kamu düzeninin bir unsuru olduğu sonucuna varmamızı sağlamaktadır. Kamu sağlığı ögesi içinde değerlendirebileceğimiz biyogüvenlik kavramı, toplumun sağlığının korunması için insan, hayvan ve bitki ile çevre üzerinde önlemler alınmasını gerekli kılmaktadır.

Sonuç olarak GDO ve ürünlerinin denetlenmesi ve düzenlenmesine dayanak oluşturan biyogüvenlik kavramıyla beraber idareye çeşitli görevler verilmiştir. Çalışmamız kapsamında başvuru sonrasında idarenin değerlendirmesi ve kararının oluşum süreci biyogüvenlik hassasiyetiyle irdelenecektir. Biyogüvenliğin sağlanması uyarınca oluşturulan idari yapının işlevselliği

tartışılacak ve kararların isabetliliği üzerindeki etkisine değinilecektir. Diğer yandan biyogüvenliğin yargı kararlarında hangi yönden ele alındığı yargı kararlarıyla aktarılacak olup, yargılama usulünün biyogüvenliğin sağlanmasına katkısı değerlendirilecektir. Tabi ki anılan irdelemeler biyogüvenliğin somut görünümü başvuru, değerlendirme, karar ve sonrasına dair düzenlemeler çerçevesinde yapılacaktır.

## II. GDO VE ÜRÜNLERİNE DAİR BAŞVURUNUN İDARI DENETİMİ

### A. (Mülga) Biyogüvenlik Kurulu

5977 sayılı Kanununun 9.maddesi uyarınca GDO ve ürünlerine yönelik başvuruların değerlendirilmesi için Biyogüvenlik Kurulu oluşturulmuştur. Kurulun üyeleri ve çalışma esasları detaylıca düzenlenmiştir. Kurul faaliyette bulunurken hiçbir organın ve kişinin emir ve talimat veremeyeceği açıkça belirtilmiştir. Kurulun bağımsızlığının vurgulanmasından, kurulun alacağı kararların objektif ve nesnel niteliğinin artırılması arzulanmıştır.

Kurul bünyesinde bilimsel değerlendirme yapmak üzere oluşturulan komiteler bulunmakta ve bilimsel yeterliliğe sahip kişilerden oluşan uzmanlar listesi oluşturulmaktadır. Alınan başvurular alanında uzmanlığı olan kişilerden oluşan komitelerde değerlendirilmektedir. 13.08.2010 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Biyogüvenlik Kurulu ve Komitelerin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik'te uzmanlar listesinin oluşturulması, uzmanların görev süresi ve faaliyeti, ayrıca komitelerin çalışma usul ve esasları düzenlenmiştir. Kurulun sekreteryaya hizmetleri TAGEM tarafından yerine getirilmektedir.

5977 sayılı Kanunda Biyogüvenlik Kurulunun kurulması ve faaliyetine ilişkin maddeler 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5977 sayılı Kanununun ek 1.maddesine "*Mevzuatta Biyogüvenlik Kuruluna yapılmış olan atıflar, Cumhurbaşkanınca belirlenen kurul veya mercie yapılmış sayılır.*" ifadesi eklenmiştir. 02.08.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 2018/3 sayılı Cumhurbaşkanı Genelgesiyle Biyogüvenlik Kurulu'nun görev ve yetkisinin Tarım ve Orman Bakanlığı'na devredildiği açıklanmıştır.<sup>14</sup> Böylece kanundaki ilk

---

<sup>14</sup> Erişim tarihi Temmuz 17, 2023, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/CumhurbaşkanligiGenelgeleri/20180802-3.pdf>

düzenlemede bağımsız, hiçbir makamdan emir ve talimat almadan çalışması öngörülen kurul kaldırılarak GDO ve ürünlerine dair başvuruları değerlendirip karara bağlama işi geleneksel bakanlık hiyerarşisine verilmiştir.

Anayasa'nın 123.maddesinde idarenin kuruluşu ve görevlerinin kanunla belirleneceği belirtilmektedir. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile beraber Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile de kamu tüzel kişiliği kurulabilmesinin yolu açılmıştır. Ayrıca bakanlıkların kurulması, kaldırılması, göre ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceği Anayasa'nın 106.maddesinde ayrıca belirtilmektedir. Bu değişikliklerden önce (2017 yılındaki değişiklikler) idare hukuku doktrininde yetkinin Anayasa veya kanunlar yoluyla verilebileceği kabul edilmekteydi. İdari işlemle yetki verilmesine imkân bulunmadığı kabul edilmekteydi.<sup>15</sup> Fakat Anayasa değişiklikleri sonrasında hukuk alemimize güçlü şekilde giren Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile de kamu tüzel kişiliği kurulabilmekte ve yetki hususu düzenlenebilmektedir.<sup>16</sup> Bu geniş açıklama ışığında (yukarıda), Cumhurbaşkanlığı Genelgesiyle Biyogüvenlik Kurulu yetkilerinin Tarım ve Orman Bakanlığına devrilmesinin uygun olmadığını düşünmekteyiz. Kanun tarafından cumhurbaşkanına verilen bu yetkinin (belirleme) kararname aracılığıyla kullanılması daha isabetli olurdu.

5977 sayılı Kanunda yer alan Biyogüvenlik Kurulunun ilk halinin daha da güçlendirilmesi gerekirken yapılan değişikliklerle tam aksi yönde hareket edilmiştir. 05.12.2018 tarihli bakan oluru ile başvuruların değerlendirilmesi, komitelerin sekreteryası ve GDO'ya dair verilen diğer görevler TAGEM'e devredilmiştir.<sup>17</sup> Bakanlık hiyerarşisi içinde bir genel müdürlük GDO ve ürünlerine dair başvuruları ve karar sürecini yönetecektir. Bu durum gelişmekte olan idare hukuku anlayışıyla örtüşmemektedir. Dünya genelinde siyasi etki altında kalmayacak ve uzmanlığı esas alan idari yapıların sayısı artmaktadır.<sup>18</sup>

Siyasetin, iş dünyasının ve diğer etki unsurlarının idari karar süreçleri üzerindeki tesirini ortadan kaldırmak için düzenleyici ve denetleyici kurumlar ilgili alan üzerinde kurulmaktadır. Toplumsal hayatın devamı bakımından hassas

<sup>15</sup> Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: İmaj Yayınevi, 2017), 134.

<sup>16</sup> Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2022), 188.

<sup>17</sup> Erişim tarihi Temmuz 17, 2023, <http://www.tbddm.gov.tr/>.

<sup>18</sup> Akyılmaz, Sezginer, ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 308.

olan alanlar bu kurumlar eliyle düzenlenmekte ve denetlenmektedir<sup>19</sup>. Fakat ülkemizde tam tersi yönde hareket edilmiştir. GDO ve ürünlerine dair biyogüvenlik sorunu toplumsal hayatın devamı bakımından hassas alanlardan biridir. Yem ve gıda alanında kullanılan GDO, yaşam hakkı ve kamu sağlığını doğrudan etkilemektedir. Dolayısıyla GDO ve ürünlerine dair başvuru ve karar süreci üzerinde görev ve yetki sahibi idari yapının, siyaset ve iş dünyası gibi etki unsurlarının müdahalesine açık olmaması, yani idarenin etki unsurlarına karşı güvenceli bir yapıya sahip olması gerekmektedir.

GDO ve ürünlerine dair başvuruların değerlendirilmesinde görev alacak uzman kişiler ve komitelerin oluşumunda bakanlık hiyerarşisi dışında bir idari yapının görev alması objektif ve nesnel kararın ortaya çıkması bakımından daha elverişlidir. Çünkü tekemmül süreci ne kadar dışardan etkiye karşı korunursa, o oranda daha bilimsel bir karar ortaya çıkmaktadır. Biyogüvenlik Kurulu'nun kaldırılmasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz. İvedi bir şekilde kamu tüzel kişiliği ve özerklik ile diğer hukuki güvencelelere sahip Biyogüvenlik Kurulu'nun ihdas edilmesi gerekmektedir. Düzenleyici ve Denetleyici kurum olarak GDO sektörü üzerinde regülasyon faaliyetinde bulunacak ve kamu sağlığının daha etkili korunmasına hizmet edecek bu kurum hukuki öngörülebilirlik ve güvenceyi güçlendirecektir.

Her ne kadar Biyogüvenlik Kurulu kaldırılmışsa da, 5977 sayılı Kanun'un halen birçok yerinde kurula dair ifadeler geçmektedir. Örneğin tanımlar kısmında, 11.maddede Biyogüvenlik Kurulu anılmaktadır. Biyogüvenlik Kurulu ve Komitelerin Çalışma Usul Ve Esaslarına Dair Yönetmelik halen yürürlüktedir. Yukarıda andığımız Kanun'un ek 1.maddesinde hareketle bu durumun sorun oluşturmadığını düşünmekteyiz.

## **B. Tarımsal Araştırmalar ve Politikalar Genel Müdürlüğü (TAGEM)**

Biyogüvenlik Kurulu'nun kaldırılmasıyla GDO ve ürünlerine dair başvuruların değerlendirilmesi ve karara bağlanması Tarım ve Orman Bakanlığı'na görev olarak verilmiştir. Bakanlığın merkez birimi ve doğrudan hiyerarşisi içerisinde bulunan TAGEM bu süreçten sorumlu birim olarak görev

---

<sup>19</sup> Bülent Kent, Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumlar (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 150.

almıştır. Daha önce görevli ve yetkili birim Biyogüvenlik Kurulu'nun bağımsız olduğu ve hiçbir merci/kişinin kurula emir ve talimat vermeyeceği belirtilerek nispeten kurulun dış etkilerden korunması hedeflenmişti.

GDO'lu ürün kullanımının çevre, insan, hayvan, bitki ve biyolojik çeşitlilik üzerinde ne tür etkiler meydana getirdiği hususu siyasi bir konu değil, bilimsel bir konudur. Dolayısıyla bilimsel gerçeklikler çerçevesinde değerlendirme yapılması, ticari ve siyasi menfaatlerin tesirinden uzakta karar alınması gerekmektedir. Örneğin ABD'de GDO'ya dair süreci ABD Gıda ve İlaç Dairesi (FDA), ABD Çevre Koruma Ajansı (EPA) ve ABD Tarım Bakanlığı (USDA) birlikte yürütmektedir. Çevre ve canlılar üzerinde ne tür etkiler olabileceği hususu bu kurumlar tarafından incelenmektedir.

Ülkemizde tek başına TAGEM'in yetkili ve görevli olması eleştiriye açıktır. Değerlendirmelerin, oluşan raporların objektif, nesnel ve bilimsel niteliğini güçlendirmenin bir yolu merkezi idarenin hiyerarşik yapısı dışında bir kurumun süreçte hakim olmasıyla mümkün olurdu. Avrupa Gıda Güvenliği Otoritesi (EFSA) raporları AB üyesi ülkelerce takip edilmekte ve raporlarda yapılan risk değerlendirmeleri doğrultusunda iç hukukta düzenlemeler yapılmaktadır. Bu durum toplumun kararlara güven duymasını sağlamaktadır.<sup>20</sup>

5977 sayılı Kanun 11.maddesinde "*a) Uzmanlar listesini oluşturmak, b) Uzmanlar listesindeki kişilerden seçilen bilimsel komiteleri oluşturmak, c) Her bir başvuru için uzmanlar listesinden bilimsel komitelerin üyelerini seçmek, ç) Risk ve sosyo-ekonomik değerlendirme raporlarını dikkate alarak Kurul kararlarını oluşturmak, d) İzleme raporlarına dayanarak kararın kısmen veya tamamen iptali ile yasaklama, toplatma, imha ve benzeri yaptırımlara ilişkin kararlarını Bakanlığa sunmak, e) Etik komite oluşturmak.*" TAGEM'in görev ve yetkileri olarak sayılmaktadır. Bu görev ve yetkiler GDO ve ürünlerine dair başvuruların karara bağlanması sürecinde yapılması gerekenlere dairdir. İdari işlemin tesisinden önce hazırlık sürecinde TAGEM'in tek yetkili olması, risk değerlendirme ve sosyo-ekonomik değerlendirme komitelerinin oluşumu ve görev alacak uzmanların seçiminin Genel Müdürlük tarafından yapılması nedeniyle karar sonucu üzerinde Bakanlığın etkisi güçlenmiştir.

<sup>20</sup> Ines Härtel, *Handbook of Agri-Food Law in China, Germany, European Union*, ed. Ines Härtel (Cham: Springer International Publishing, 2018), 91.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 418.maddesinde Genel Müdürlüğün görevleri sayılmıştır. Görevleri arasında doğrudan GDO zikredilmemiştir. Çevre ve insan sağlığıyla doğrudan ilgili bir konunun temel kuruluş metninde görev olarak doğrudan zikredilmemesi bir eksiklikler. Anayasa'nın cumhurbaşkanına bizzat/özel olarak verdiği kararname ile idare üzerinde tasarruf yetkisinin<sup>21</sup> başka bir araç (genelge) ile kullanılması isabetsiz bir durumdur. Zaten bu hususa dair eleştirilerimize yukarıda da yer vermiştir. Biyogüvenlik kararının oluşum sürecini yöneten genel müdürlüğün kurulmasına dair kararnamede bu konunun açıkça belirtilmesi hukuk devleti anlayışı ve toplumsal meşrutiyeti güçlendirecektir.

### C. GDO ve Ürünlerine Dair Başvuruların İdari Denetimi

Gıda ve yem amaçlı genetik yapısı değiştirilmiş organizma ve ürünlerin ithalatı, ihracatı, deneysel amaçlı serbest bırakılması, piyasaya sürülmesi ve genetiği değiştirilmiş mikroorganizmaların kapalı alanda kullanımına dair başvurular TAGEM'e yapılmaktadır. Yurtdışından GDO ve ürününün ithalatı için gen sahibi veya ithalatçı gerçek/tüzel kişi, yurtiçinde geliştirilen GDO ve ürünü için de gerçek/tüzel kişi tarafından başvurmaktadır. Söz konusu başvuruyla idari süreç başlatılmaktadır. 5977 sayılı Kanunun 3.maddesi ile Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerine Dair Yönetmeliğin 8.maddesinde başvuru usulü detaylıca açıklanmaktadır.

Yapılan başvuruda GDO'nun kullanım gayesi açıklanıp, hangi alanda kullanılacağı TAGEM'e bildirilmektedir. Gen çeşidi, başvuru sahibine ait bilgiler ve GDO ayırt edici kimlik<sup>22</sup> kodu hakkında bilgilere de başvuruda yer verilmesi gerekmektedir. Ayrıca Kanunun 3/8.maddesinde başvuruda *"GDO veya ürünlerinin geliştirildiği veya tescil edildiği ülkede çevreye serbest bırakılmasına, tüketim amacıyla piyasaya sürülmesine izin verildiğine, verilen iznin devam ettiğine, üretimine ve tüketimine devam edildiğine ve Bakanlıkça belirlenen süreyle piyasada yer aldığına dair talep edilen belgenin"* sunulması zorunlu görülmektedir. Başvuru sürecine dair

<sup>21</sup> Yasin Söyler, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Ankara: Seçkin, 2018), 78.

<sup>22</sup> 5977 sayılı Kanunda "Her bir GDO için taşıdığı her bir genin kodunu da içeren nümerik ve alfa nümerik bir kodlama sistemi" şeklinde tanımlanmaktadır.

detaylı belirlemeler, Cartegna Protokolünde ve AB direktiflerinde GDO'ya sıkça anılan ihtiyat ilkesi kapsamında yaklaşıldığını göstermektedir. Sunulan bilgi ve belgeler çerçevesinde değerlendirme süreci başlatılmaktadır.

Yapılan başvurunun çevre, insan, hayvan ve bitki sağlığı ile biyolojik çeşitlilik üzerinde oluşturacağı etkilerin belirlenmesi için risk değerlendirmesi yapılmaktadır. Risk değerlendirmesinin yanında sosyo-ekonomik değerlendirmenin de yapılacağı kanunun 4.maddesinde ifade edilmektedir. Başvuruya konu ürünün genetik yapısındaki değişikliğin çevre ve canlı sağlığı üzerinde sebep olabileceği risklerin tanımlanması, niteliğinin belirlenmesi, değerlendirilmesi ve risk unsurlarının belirlenmesi şeklinde aşamalardan oluşan risk değerlendirmesi süreci, verilecek kararın önemli dayanak noktasıdır. Risklerin tespiti için test, deney, analiz gibi bilimsel yöntemler kullanılmaktadır. Risk değerlendirmesi aşamasında yapılan masrafların başvuru sahibi tarafından karşılanması istenmektedir. TAGEM'in belirlediği uzmanlar listesinden oluşan komiteler risk değerlendirmesini yapmaktadır. Ürün ile ilgisine göre komite teşekkül ettirilip, alınacak kararın gerekçesinin önemli bir basamağı olan risk değerlendirme raporunu oluşturulmaktadır. 13.08.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Biyogüvenlik Kurulu ve Komitelerin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik'te komitelerin çalışma usulü ve uzmanlar listesinin oluşturulması detaylıca açıklanmaktadır. Her ne kadar kurul kaldırıldıysa da, kurula yapına atıflar TAGEM'e yapılmış gibi kabul edildiğinden anılan yönetmelik halen yürürlükte ve yararlanılmaktadır.

GDO ve ürününe dair başvuru hakkında sosyo-ekonomik değerlendirme de yapılmaktadır. Bu aşamada, başvuru konusu ürünün kullanılması halinde kullanıcılar, çiftçiler ve biyolojik çeşitlilik üzerindeki etkilerin sosyo-ekonomik bedelleri belirlemek üzere çalışmalar yapılmaktadır. Burada da bilimsel esaslardan hareketle çalışmalar yürütülmektedir. Esas itibarıyla sosyo-ekonomik değerlendirmede, başvuru konusu ürünün biyolojik çeşitlilik ve sürdürülebilirlik ile kullanıcılara etkisine yönelik belirlemelerde bulunmaya çalışılmaktadır.

Başvuru hakkında karar alınmadan önce risk ve sosyo-ekonomik değerlendirme sonucunda ortaya çıkan bilimsel raporlar işlemin tekemmül sürecindeki esaslı unsurlardır. TAGEM bu raporların yanında gerek görürse etik değerlendirme yapılmasını da isteyebilir. GDO ve ürünü hakkında verilecek kararın hazırlık aşamasına dair açıkladığımız tüm süreç fen bilimleri dikkate



alınarak yürümektedir. İdare hukuku bağlamında işlemin tekemmülü aşamasında önceden belirlenen usulün takip edilip edilmediği hususu önem taşımaktadır. Yani biyogüvenliğin sağlanması için belirlenen aşamaların sağlıklı uygulanıp uygulanmadığı idare hukukunun ilgi alanına girmektedir.

GDO hakkında karar alınmadan önce uzman listesinin ve komitelerin bilimsel esaslar dikkate alınarak oluşturulması başvuru üzerinde idarenin en hassas denetim noktasıdır. Çünkü başvuruyu değerlendirecek heyetin yetkin olması alınacak idari kararın dayanağının güçlü olmasını sağlayacaktır. TÜBİTAK ve üniversitelerin komite oluşumuna daha çok katkı sunması gerekmektedir. Objektif, nesnel ve bilimsel esaslara dayalı olarak oluşan raporların çevre ve canlı sağlığının korunmasına hizmet edeceği açıktır.

Başvuru hakkında karar alınmadan önce bilimsel yöntemler kullanılarak denetimler yapılmaktadır. İdari düzenleyici işlemlerle bu süreç detayıyla birlikte belirlenmiştir. Bu sürecin işletilmesinden idare doğrudan sorumludur. Bu aşamadaki eksiklik idari kararın da sıhhatini etkileyecektir. Dolayısıyla GDO ve ürününe dair başvurunun idare tarafından denetiminde bilimsel değerlendirmeler odak noktadır.

#### **D. GDO ve Ürününe Dair Başvuru Hakkında Verilen Kararlar**

GDO ve ürünleri hakkındaki başvuru üzerinde kısmen de olsa halk denetimi de mümkündür. Başvurular hakkındaki risk ve sosyo-ekonomik değerlendirme raporları biyogüvenlik bilgi değişim mekanizması vasıtasıyla kamuya açılmaktadır. Böylece halkın görüş sunmasına imkan tanınmaktadır. Halkın idari karara katılım süreciyle iyi idare anlayışının güçleneceği tartışmasızdır. Yine kanun ve yönetmelikte halkın görüşleri dikkate alınarak TAGEM tarafından karar alınacağı belirtilmektedir. Katılımın artırılması ve takibin kolaylaştırılması için internet ortamının güncel ve bilgilendirici şekilde tutulması gerekmektedir.<sup>23</sup>

Başvurunun sunulmasının ardından idarenin değerlendirme süresinin iki yüz yetmiş günü geçmeyeceği kanun ve yönetmelikte açıkça belirtilmektedir. Böyle bir düzenlemenin olmaması halinde, İdari Yargılama Usulü Kanununun 10.maddesi uyarınca otuz gün içinde, başvuruya cevap verilmemesinin zımnen ret

---

<sup>23</sup> Erişim tarihi Nisan 1, 2023, <http://www.tbddm.gov.tr/Default.aspx>.

sonucu doğurduğu bilinmektedir. Genel uygulama bu yönde iken özel düzenleme olan hallerde zımnen kabul gibi sonuçlar da kabul edilmektedir. Örneğin, İmar Kanununun 30.maddesinde yapı kullanma izni için yapılan başvuruya otuz gün içinde cevap verilmezse, sürenin sonunda yapı kullanma izni verildiği kabul edilmektedir. Fakat GDO hakkındaki başvurunun üzerinden iki yüz yetmiş gün geçmesine rağmen ne tür bir hukuki sonucun doğacağı açıklanmamıştır. Madem değerlendirme genel uygulamanın dışında ayrı bir süreye bağlanmıştır. O halde sürenin geçmesi halinde doğacak hukuki durumun da açıkça belirtilmesi gerekmezdir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'un 10.maddesinde ilgililerin haklarında idari davaya konu olabilecek başvurularının üzerinden otuz gün geçmesine rağmen bir cevap verilmemesi halinde isteğin reddedilmiş kabul edileceği belirtilmektedir. 5977 sayılı Kanun'un 3/7.maddesinde ise GDO başvurusu hakkında iki yüz yetmiş gün içinde karar alınması gerektiği ifade edilmektedir. Kanaatimizce, GDO hakkındaki özel kanundaki bu sürenin (iki yüz yetmiş gün) son gününden itibaren başvurunun zımnen reddedildiği kabul edilerek, dava açma süresi içinde dava yoluna gidilebilir.

TAGEM, komitelerin sunduğu raporların aksi yönünde de karar alabilmektedir. Görüldüğü üzere komiteler, bilirkişi gibi konuyu inceleyip, karar alıcı idareye raporlarını sunmaktadır. Sunulan raporlar karar alıcıları bağlamamakta; yol göstermektedir. Ayrıca kanununun 3/14.maddesinde komitenin görüşüne uyulmamasının gerekçeli olarak açıklanması gerektiği belirtilmektedir. TAGEM her bir başvuruyu ayrı ayrı değerlendirmekte ve kararlar her başvuru için ayrı verilmektedir. Verilen kararlar başka başvuru için emsal gösterilmemektedir.

Kanununun 3/5.maddesinde “a) İnsan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevre ve biyolojik çeşitliliği tehdit etmesi, b) Üretici ve tüketicinin tercih hakkının ortadan kaldırılması, c) Çevrenin ekolojik dengesinin ve ekosistemin bozulmasına neden olması, ç) GDO ve ürünlerinin çevreye yayılma riskinin olması, d) Biyolojik çeşitliliğin devamlılığını tehlikeye düşürmesi, e) Başvuru sahibinin biyogüvenliğin sağlanmasına yönelik tedbirleri uygulamak için yeterli teknik donanımına sahip olmadığı” anlaşılması durumunda başvurunun reddedilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Anılan düzenlemede sayılan durumların tespiti halinde başvurunun reddedilmesi konusunda idareye takdir yetkisi verilmemiş olup, sayılan durumlardan birinin tespiti halinde otomatik ret sonucuna gidilmesi gerekmektedir.

Başvurunun reddine dair kararın başvuru sahibine bildirilmesinin akabinde başvuru sahibinin kararın değiştirilmesini gerektirecek yeni bilgiler sunması halinde TAGEM altmış gün içinde kararını yeniden incelemektedir. Olumlu veya olumsuz kararlar Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmektedir. Kararlara karşı açılacak davalarda ayrı bir dava açma süresi öngörülmediğinden, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 7.maddesindeki genel dava açma süresi olan altmış gün esas alınmaktadır. Kararın Resmi Gazete’de yayınlanmasını takip eden günden başlamak üzere altmış gün içinde davanın ikame edilmesi gerekmektedir.

TAGEM başvuru hakkındaki olumlu kararını toplantı tarihinden itibaren otuz gün içinde Bakanlığa bildirmek zorundadır. Risk oluşturmayacağı yönünde kanaatin hasıl olduğu başvurular hakkında verilen kararın geçerlilik süresi on yıldır. Yönetmelikte kararda “a) Kararın geçerlilik süresi, b) İthalatta uygulanacak işlemler, c) Kullanım amacı, ç) Risk yönetimi ve piyasa denetimi için gerekli veriler, d) İzleme koşulları, e) Belgeleme ve etiketleme koşulları, f) Ambalajlama, taşıma, muhafaza ve nakil kuralları, g) İşleme, atık ve artık arıtım ve imha koşulları, ğ) Güvenlik ve acil durum tedbirleri, h) İzleme ile ilgili raporlamanın nasıl yapılacağı” hususlarının yer alması gerektiği ifade edilmektedir.

İdarenin tesis ettiği binlerce işlem bulunmaktadır. Fakat birçoğunun tekemmül süreci hakkında detaylı bir usul tarifi yapılmamıştır. Biyogüvenlik konusunun hassasiyeti sonucu olarak alınacak kararın süreci ayrıntısıyla tarifi zorunlu kılmaktadır. Bu tarif vatandaşın sağlık hakkını, kamu sağlığını ve sonuç olarak yaşam hakkının daha sıkı korunmasını sağlamaktadır. Ülkemizde idarenin işlem süreçlerine dair genel bir kanun olmadığından, toplumsal hayat bakımından hassas olan alanlara dair işlemlerin özel kanunlarda, yönetmeliklerde ayrıca tarif edilmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. 5977 sayılı Kanun ve yönetmeliğin, yukarıda ifade edilen birtakım eksikliklere rağmen, kamu sağlığının korunmasına katkı sunacak bir idari usul öngördüğü kanaatindeyiz.

### **III. GDO VE ÜRÜNLERİ HAKKINDA VERİLEN KARARIN YARGISAL DENETİMİ**

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2.maddesinde, konumuz bağlamında, iptal ve tam yargı davaları şeklinde iki idari dava türünden bahsedilmektedir. İdarî işlemlerin “yetki, şekil, sebep, konu ve maksat” unsurlarının hukuka uygunluk denetimi iptal davaları yoluyla sağlanmaktadır.

Ayrıca idari eylem ve işlemler nedeniyle kişisel hakları zarar gören kişiler tam yargı davası yoluyla zararlarını tazmin edilmektedir.<sup>24</sup>

Bu iki dava türü ile alakalı idari yargılama usulü kitaplarında detaylı irdeleme yapılmaktadır. Dolayısıyla konumuzun sınırını aşmamak için iki dava türünün detaylı ayrımlarına girmeden genel hatları hakkında çerçeve çizilecektir. Tam yargı davasında doğrudan kişilerin kişisel hakkının zarar görmesi gerekmekte, yani bu dava türünün sübjektif niteliği ağır basmaktadır. İlgili kişi, zararının tazminini sağlamaktadır. Fakat iptal davalarında hukuka uygunluk denetimi yapılan işlemin iptali halinde dava açan dışındaki kişiler de yeni durumdan yararlanmaktadır.<sup>25</sup>

GDO ve ürünleri hakkında yapılan başvuru üzerine idare kabul ve ret türünden iki işlem tesis etmektedir. 2577 sayılı Kanun genel idari yargılama usulünü düzenlemekte olup, özel kanunlarda ayrıca getirilen usuli düzenlemeler saklıdır. Örneğin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu gibi kanunlarda süre ve diğer yargılama usulüne dair genel uygulamanın dışında kurallar getirilmiştir.

### **A. Kararlara Karşı Açılan İptal Davalarının Usulü**

GDO ve ürünleri hakkında yapılan başvuru sonrasına verilen kararların idare mahkemesinde dava konusu edilmesi konusunda 5977 sayılı Kanunda ayrı kurallar öngörülmemiştir. Bu nedenle genel yargılama usulü kuralları çerçevesinde hukuki denetim yapılmaktadır.

İdari yargılama hukukunda görev kamu düzeninden olup, yargılamanın ilk inceleme aşamasında ve devamında gözetilmektedir.<sup>26</sup> GDO başvurusu üzerine idare, özel hukuk hükümlerine göre değil kamu hukuk kapsamında hareket etmekte ve kamu gücü ayrıcalıklarını kullanarak ilgililer hakkında işlem tesis etmektedir. Kararların, adli yargının görev alanına girmesini gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Ayrıca bahsi geçen konu, 2575 sayılı Kanunun

---

<sup>24</sup> 2577 sayılı Kanunda “muhtel” kavramı kullanılmakta, bu kavramın yerine kullanılan diğer kavramlar için bkz. Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2019), 598.

<sup>25</sup> Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2022), 311.

<sup>26</sup> Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 272; Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, 186.

24.maddesi uyarınca Danıştay'ın sayılan görevleri arasında da yer almamaktadır. Dolayısıyla idari yargıda genel görevli mahkeme olan idare mahkemeleri GDO hakkında verilen kararların hukuki denetiminden görevlidir.

Başvuruları değerlendiren ve karara bağlayan TAGEM, Ankara İlinde yer almaktadır. 2577 sayılı Kanununun 32.maddesinde "*dava konusu olan idari işlemi...yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi*" belirtildiğinden, başvurular hakkında açılan davalar Ankara İdare Mahkemelerinde görülmektedir. Yine GDO ve ürünleri hakkında verilen kararın ilgililere tebliğinden itibaren altmış gün içinde davanın ikame edilmesi gerekmektedir. Davacı konumunda ise başvuru sahibi veya başvurudan etkilenen kişinin bulunması gerekmektedir. İptali talep edilen GDO kararı ile davacı arasına güncel, meşru ve kişisel bir alakanın bulunması gerekmektedir.<sup>27</sup> Böyle bir ilişkinin bulunmaması halinde dava ehliyet yönünden reddedilmektedir. TAGEM'in taraf konumunda bulunması mümkün değildir. Kararın iptali için açılan davalarda (davalı) hasım mevkiine Tarım ve Orman Bakanlığı alınmaktadır.

Gıda alanındaki kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile gıda alanında faaliyette bulunan sivil toplum kuruluşları da davacı olabilmektedir. Danıştay'a göre kamu yararını koruma görevi olan Çevre Mühendisleri Odası, Ziraat Mühendisleri Odası gibi kurumların dava açma ehliyeti bulunmaktadır.<sup>28</sup>

Yine GDO ve ürünleri hakkında verilen kararların hukuki denetiminde istinaf incelemesi mümkündür. 5977 sayılı Kanunda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı ve 2577 sayılı Kanununun 46.maddesinde sayılan durumlar arasında bulunmadığından temyiz yolu bulunmamaktadır.

GDO ve ürünleri hakkında verilen kararlar kamu sağlığını doğrudan etkileyen işlemler olduğu için genel idari yargılama usulünün uygulanması (gecikmeler nedeniyle) telafisi imkansız zararlara sebebiyet verebilmektedir. Bu düşünce karşısında yürütmenin durdurulması isteminde bulunulabileceği ileri sürülebilir. Fakat süre, istinaf/temyiz yolları gibi usullerde değişiklik yapılmadıkça yürütmenin durdurulması müessesesi de tek başına gerekli faydayı

---

<sup>27</sup> Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 294.

<sup>28</sup> Danıştay 10.Dairesi'nin E:2019/11850, K:2022/4141 ve 27.09.2022 tarihli kararında davacı konumunda hem kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu hem de sivil toplum kuruluşu bulunmaktadır.

sağlayamayacaktır. Örneğin, yürütmenin durdurulması talebinin reddedilmesi sonrasında karar icrailiğini sürdürmeye devam edecektir. Esas hakkında olası (tekemmül sonrasında hukuka aykırılık tespiti halinde) bir iptal kararının çok uzun süre sonra alınabileceği dikkate alınırsa<sup>29</sup> yürütmenin durdurulması talebinin tek başına yeterli olmadığı anlaşılacaktır. Biyogüvenlik insanlığın yaşantısını doğrudan etkilemektedir. Dolayısıyla genel idari yargılama usulü kuralları dışında özel usul kuralları geliştirilmelidir.

Bu konuda yargılama aşamasındaki gecikmelerin telafi edilmesi mümkün değildir. Örneğin, 21.04.2012 tarih ve 28271 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan genetiği değiştirilmiş (MON810) mısır çeşidi ve ürünlerinin hayvan yemlerinde kullanılmasına izin verilmesi yolundaki Biyogüvenlik Kurulunun 18 sayılı kararına karşı 2012 yılında açılan dava hakkında ilk olarak davanın reddine karar verilmiş olup, temyiz sürecinin (18/6/2014 tarihindeki değişiklikten önce dava açıldığı için temyiz yoluna gidilebilmiştir.) sonunda 27.09.2022 tarihinde dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. 2012 yılında başlayan yargılama sürecinde ilk olarak davanın reddine karar verilmesi nedeniyle mısır çeşidi ve ürünlerinin hayvan yemlerinde kullanılmasına devam edilmiş ve 2022 yılında kullanılmaması gerektiği yönünde karar verilmiştir.<sup>30</sup>

Üstelik bu dava Biyogüvenlik Kurulu kararının yanında yönetmeliğin ilgili hükümlerinin de iptali istemiyle açıldığı için doğrudan Danıştay'da açılmıştır. Buna rağmen uzun sürmüş ve 10 yıl sonra iptal yönünde karar verilmiştir. Bu durumun ciddi sakıncaları bulunmaktadır. Dolayısıyla 5977 sayılı Kanunda GDO ve başvuruları hakkında verilen kararlar için ayrı yargılama usulleri getirilmesi gerekmektedir. İdari yargılama usulünde ayrı yargılama usulü denince hemen akla ivedi yargılama gelmekte olup, çalışmamız kapsamındaki öneri de, ivedi

---

<sup>29</sup> 2577 sayılı Kanun 20/5.maddesinde "Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde dosyalar, bu Kanun ve diğer kanunlarda belirtilen öncelik veya ivedilik durumları ile Danıştay için Başkanlar Kurulunca; diğer mahkemeler için Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca konu itibariyle tespit edilip Resmi Gazete'de ilan edilecek öncelikli işler gözönünde bulundurulmak suretiyle geliş tarihlerine göre incelenir ve tekemmül ettikleri sıra dahilinde bir karara bağlanır. Bunların dışında kalan dosyalar ise tekemmül ettikleri sıraya göre ve tekemmül tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılır." denilmektedir. Yani tekemmülden sonra 6 ay içinde dosyasının karara bağlanması gerekmektedir. Bu sürede biyogüvenlik konusunda oldukça uzun bir süre.

<sup>30</sup> Danıştay 10.Dairesi'nin E:2019/11866, K:2022/4140 ve 27.09.2022 tarihli kararında.

yargılamayla benzeşen yönler bulunmakla birlikte biyogüvenliğin hassasiyeti nedeniyle farklı yönler daha belirgindir.

## **B. Kararlara Karşı Açılan İptal Davalarında Yeni Yargılama Usulü Önerisi**

Danıştay'ın 2019/11866 esas sayılı ve 27.09.2022 tarihli kararında “genetiği değiştirilmiş MON810 mısır çeşidinin hayvan yemi olarak kullanılmasının insan, hayvan ve bitki sağlığına, çevreye ve biyoçeşitliliğe zarar veremeyeceği ve güvenli olduğu Biyogüvenlik Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (ü) bendinde öngörülen şekilde bilimsel yöntemlerle somut olarak ortaya konulmadan, söz konusu genetiği değiştirilmiş mısır çeşidinin hayvan yemi olarak kullanılması amacıyla ithaline ve piyasaya sunulmasına izin verilmesine ilişkin dava konusu Biyogüvenlik Kurulu kararında” hukuka uygunluk bulunmadığı tespiti işlemin tesisi tarihinden 10 yıl sonra yapılmasının biyogüvenliği tehlikeye soktuğu şüphesizdir. İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlandığından 10 yıl boyunca GDO'lu ürün piyasa içerisinde dolaşmakta ve tüketilmektedir. Bu durumun, ülkemiz kamu sağlığının savunmasız bırakıldığı gerekçesiyle kabul edilmesine imkan bulunmamaktadır.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile sınır dışı etme kararları ayrı bir yargılama usulüne tabi tutulmuştur. Konunun hassasiyeti nedeniyle otomatik durdurma müessesesi getirilmiştir. GDO ve ürünleri hakkındaki kabul kararının icrasının önlenmesi bakımından otomatik durdurma müessesesi getirilmesi gerekmektedir. Örneğin, başvuru hakkında verilen kabul kararı hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı için ilgili ürün piyasaya arz edilecek ve tüketime sunulacaktır. Bu arada kabul kararının dava konusu edilmesi işlemin icrasını durdurmayacaktır. Yürütmenin durdurması kararı verilse dahi ürün o süreye kadar piyasaya sunulmuş olacaktır. Ürünün dağıtılmasının önüne geçmek adına otomatik durdurma müessesesi ile kararın icrası dava sonuna kadar ertelenebilir.

5977 sayılı Kanuna eklenecek bir hüküm ile yargılama sonuçlanıncaya kadar GDO ve ürünleri hakkındaki başvurunun kabulüne dair kararın icrasının durdurulması gerekmektedir. Böylece yargılamanın sonunda verilecek iptal kararının etkisizliği gibi bir durumla karşılaşılmaz. Yargılama sürelerindeki uzunluk nedeniyle yürütmenin durdurulması müessesesi tek başına yeterli olamayacaktır. Tabi, otomatik durdurma müessesesinin, girişim hürriyeti ve ticari

menfaatleri zedelememesi için süreler konusunda da düzenleme yapılması gerekmektedir.

Dava açma süresi 2577 sayılı Kanunun 20/A ve 20/B maddelerindeki gibi farklı bir usule tabi tutulabilir. 6458 sayılı Kanunun 53.maddesinde sınır dışı etme kararlarına karşı yedi gün içinde dava açılacağı belirtilmektedir. GDO hakkında verilen kararlar içinde kısa bir dava açma süresi öngörülmelidir. Öte yandan savunma süresi de ivedi yargılama usulündeki gibi kısa tutulup, savunmaya cevap ve cevaba cevap aşamasına yer verilmemelidir. Bu aşamaları yarıgilama hukukundan çıkarılmasının hak arama ve adil yargılanma hakkını kısıtlayabileceğine yönelik endişe olabilir. Fakat idari yargılama hukukuna re'sen araştırma ilkesi hakimdir. Mahkeme, eksik gördüğü, açıklığa kavuşturulmayan hususlarda re'sen bilgi ve belge toplayabilmektedir.<sup>31</sup> Ayrıca tarafların sonradan sunacağı ek beyan niteliğindeki dilekçelerde karar aşamasında re'sen araştırma ilkesi kapsamında dikkate alınmaktadır.<sup>32</sup>

İdari işlemin icrasının dava açılması ile otomatik durdurma müessesine yer verilmesi halinde yürütmenin durdurulmasını talep etmeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Çünkü yürütmenin durdurulmasından maksat, idari işlemin icrasının dava hakkında esas karar verilinceye kadar durdurulmasıdır. Otomatik durdurmayla bu amaca ulaşılmaktadır. Bu aşamada, GDO kararları hakkında yürütmenin durdurulması istemine yer verilmemesi hak arama hürriyetini sınırlandırıcı nitelik taşımayacaktır. Zaten otomatik durdurma müessesesi ile yürütmenin durdurulması isteminin varoluş gayesine ulaşılmış olmaktadır.

Savunma dilekçesinin verilmesiyle dava dosyası tekemmül edeceğinden kısa süre içerisinde davanın esası incelenmiş olacaktır. Bu davalar teknik yönü ağır basan dosyalar olduğu için uyuşmazlığın esasının çözümlenebilmesi için bilirkişi incelemesine ihtiyaç bulunmaktadır. 2577 sayılı Kanunun 31.maddesi uyarınca bilirkişilik konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu kurallarından faydalanılmaktadır. Fakat ivedi yargılamada bilirkişinin görev süresi ve raporuna itiraz süresi konusunda ayrı bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu durum ivedi

---

<sup>31</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2023), 442; Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, 418.

<sup>32</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 441.



yargılama usulünün özüyle örtüşmemektedir.<sup>33</sup> Aynı şekilde 5977 sayılı Kanunda bilirkişiliğe ilişkin daha kısa sürelerin öngörülmesi gerekmektedir. Böylece bilirkişi raporu daha kısa süre içerisinde dava dosyasına sunulup ve itirazlar değerlendirilip davanın esasının çözümlenmesine imkân verilecektir.

Dilekçe ret kararı, idare mahkemelerinde sıkça verilen usul kararıdır. 2577 sayılı Kanunun 15/1-d.maddesi uyarınca dilekçe ret kararı verilen davaların otuz gün içinde yenilenmesi gerekmektedir. Bu süre, GDO ve ürünleri hakkında verilen kararların dava konusu olduğu durumlarda daha kısa bir süre olarak belirlenmelidir. Yoksa, yukarıda anılan öneriler tam olarak anlam ifade edemez. Örneğin, dava açma süresini on gün veya cevap süresini on gün olarak belirlendiği dava türünde, dilekçe ret üzerine davanın yenilenmesi için otuz gün beklenmesi çelişkili bir hal meydana getirecektir. Bununla birlikte duruşma kararının otuz gün önceden taraflara tebliği zorunluluğu karşısında 5977 sayılı Kanunda daha kısa bir süre öngörülmelidir.

Genel olarak adli tatil olarak bilinen süre zarfı, 2577 sayılı Kanunda çalışmaya ara verme şeklinde anılmaktadır. Kanunun 62.maddesinde “a) Yürütmenin durdurulmasına ve delillerin tespitine ait işler, b) Kanunen belli süre içinde karara bağlanması gereken işler” çalışmaya ara verme süresi içinde görülecek işler olarak kabul edilmektedir. Yani ilk inceleme, yürütmenin durdurulması istemleri ve ivedi yargılama gibi belli sürede karar bağlanması istenilen işler çalışmaya ara verme içerisinde görülmektedir. GDO ve ürünleri hakkında kararlara dair dava dosyalarının çalışmaya ara verme süresinden önce veya süresi içinde tekemmül etmesi (yani cevap dilekçesinin sunulması) halinde esas hakkında inceleme çalışmaya ara verme süresi içinde yapılacak mıdır? Bu sorunun 5977 sayılı Kanunda zikredilerek cevaplanması gerekmektedir. Çünkü 62.maddede “Kanunen belli süre içinde karara bağlanması gereken işler” demek suretiyle esas hakkında irdeleme için istisnaların kanunlar yoluyla getirilebileceği ifade edilmektedir.

GDO ve ürünlerine dair başvurular üzerine verilen kararların yargılama usulünün 5977 sayılı Kanun’da adım adım belirlenmesi gerekmektedir. Biyogüvenlik hassasiyetine uygun süreler öngörülmesi ve yargılama

---

<sup>33</sup> İvedi yargılama usulünde değişiklik gerektiren durumların ayrıntısı için bkz. Ramazan Çağlayan, “Fransız ve Türk İdarî Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama Usulü” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 3-4 (2014): 31.

aşamalarında bu hassasiyetlere uygun olarak genel uygulamanın dışında istisnai uygulamaların belirlenmesi gerekmektedir. Aksi halde yukarıda zikrettiğimiz yargı kararları gibi başvuru üzerine verilen karar hakkında ilk olarak davanın reddi yönünde aradan uzun bir süre geçmesinin ardından (istinaf/temyiz sonrasında) dava konusu işlemin iptali yönünde kararların verildiği durumlar nedeniyle biyogüvenliğin etkin olarak korunup korunmadığı şüphesi veya korunmadığı yönündeki fikirler artacaktır.

### **C. Kararlara Karşı Açılan İptal Davalarında Yeni Yargılama Usulünün Uygulanmasını Kolaylaştıracak Öneriler**

GDO ve ürünleri hakkında alınan kararların yargılanması usulüne dair değişikliklerin uygulanabilirliği önemli bir konudur. Bu değişikliklerin uygulamada sıhhatli sürdürülmesi için farklı tedbirlerin alınması mümkündür. Bunların başında yargılamanın yapılacağı mahkemenin önceden belirlenmesi gelmektedir. GDO ve ürünlerine dair başvuruyu alan ve karara bağlayan TAGEM Ankara'da bulunmakta ve 2577 sayılı Kanunun 32.maddesi uyarınca yargılamanın Ankara İdare Mahkemesi'nde yapılması gerekmektedir. Ankara'da otuza yakın idare mahkemesi bulunmaktadır. Bu mahkemelerin içerisinde önceden belirlenen bir mahkemenin, sadece, söz konusu kararlara karşı açılan davalar için tevziye açılması mümkündür. Örneğin, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun uygulanmasına dair davalara 1 nolu idare mahkemesinin bakması yönünde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 21.01.2014 tarih ve 160 sayılı kararıyla belirleme yapılmıştır.

HSK'nın yapacağı belirleme ile mahkemenin dava konusu husus üzerinde uzmanlaşması da sağlanacaktır. Böylece genel yargılama usulünden ayrılan yeni yargılama usulünün daha kolay takip edilmesi ve uygulanması sağlanacaktır. Bu belirlemenin doğal hakim ilkesine aykırı olmadığı ortadadır. Çünkü ihtilaf ortaya çıkmadan yargılamanın yapılacağı mercii belirlenmektedir. HSK tarafından yapılacak belirlemeyle yargılamanın daha uzman bir heyet tarafından yapılması ve usulün daha sağlıklı işletilmesi mümkün olacaktır.

5977 sayılı Kanun'da farklı yargılama usulü belirlenmesi de tek başına yeterli olmamaktadır. Mahkemenin bu usullere uymaması halinde ne yapılacağı konusunun da düzenlenmesi gerekmektedir. Çağlayan, ivedi yargılamaya dair getirilen sürelerle uyulmaması konusunda ne yapılacağının belirlenmemesi

hususunu eleştirmektedir.<sup>34</sup> Bu konudaki boşluk kanunda ayrıntılı şekilde belirtilen usulün işlevsiz hale gelmesine neden olacaktır. Söz konusu durumun önüne geçmek için yargılama usulüne uyulmaması halinde nasıl bir durumla karşı karşıya kalınacağı konusunda kanunda belirleme yapılması gereklidir.

GDO ve ürünleri hakkındaki kararlar için öngörülecek yargılama usulüne uyulmaması halinde HSK Teftiş Kurulu'na inceleme yetkisi verilmesi isabetli bir yöntem olacaktır. Anayasa'nın 9.maddesinde "*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*" denilmektedir. Dolayısıyla bağımsız ve tarafsız mahkemelerin ihmaline dair konularda yine bu esaslara göre hareket eden HSK'nın denetim yetkisine başvurulabilir. Nitekim HSK Teftiş Kurulu'nun tavsiye ve eleştirileri idare mahkemeleri tarafından dikkatle incelenmektedir.<sup>35</sup> Yargılamadaki eksiklik ve ihmallerin giderilmesine çalışılmaktadır.

#### **D. Kararlar Nedeniyle Tam Yargı Davası**

GDO ve ürünlerini nakleden, taşıyan, saklayan, paketleyen, etiketleyen ve son tüketiciye ulaştıran özel hukuk işletmelerinin sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluk, elbette ki, özel hukuk sorumluluk esaslarına göre tartışılmaktadır.<sup>36</sup> Bu başlıkta üzerinde duracağımız konu ise anılan sorumluluktan farklı olarak idarenin işlem ve eyleminden kaynaklanan, yani idare hukuku esaslarına göre sorumluluk ve tazmindir. GDO ve ürünlerinin "*ithalatı, ihracatı, deneysel amaçlı serbest bırakılması, piyasaya sürülmesi ile genetiği değiştirilmiş mikroorganizmaların kapalı alanda kullanımı*" için idareye başvurulmaktadır. İdare de bilimsel esaslara dayalı olarak risk/sosyo-ekonomik değerlendirme yapıp, mevzuatta öngörülen diğer yönlerden başvuruyu irdeleyerek olumlu veya olumsuz yönde karar vermektedir. Bu görevi ve biyogüvenlik konusundaki diğer görevleri dolayısıyla meydana gelecek zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğu gündeme gelmektedir.

---

<sup>34</sup> Çağlayan, 29.

<sup>35</sup> HSK, erişim tarihi Nisan 9, 2023, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/301220211621idari-yargi-genel-tavsiyeleri-30122021pdf.pdf>.

<sup>36</sup> GDO ve ürünlerinden kaynaklanan hukuki sorumluluk (özel hukuk) için bkz; Damla Gürpınar, "Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 (2013): 1067-1110.

İdarenin sorumluluğu denildiğinde ilk akla gelen hizmet kusurunda (kusurlu sorumluluk) kaynaklanan sorumluluk türüdür. Kusursuz sorumluluk ve hizmet kusurunun şartlarına neredeyse her idare hukukunda rastlanabildiğinden detaylarına girilmeyecektir.<sup>37</sup> GDO ve ürünleri hakkındaki karar boyutuyla idarenin sorumluluğu ve tam yargı davası irdelenecektir.

İdarenin verdiği karar hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak varlığını sürdürmektedir. Fakat sonradan kararın hukuka aykırılığının tespit edilmesi halinde, doğrudan hakları muhtel olanlar tazmin talebinde bulunabilmektedir. 2577 sayılı Kanunun 2/b.maddesinde “*İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından*” açılan davalara tam yargı davası adı verilmektedir. Bu dava türünde ilgilinin maddi/manevi hakkının doğrudan zarar görmesi gerekmektedir. Bu durum tam yargı davasını iptal davasından ayırmaktadır. Yani tam yargı davaları subjektif niteliği ağır basan dava türüdür.

GDO ve ürünleri hakkındaki kararlara dair tam yargı davalarının çok farklı yönleri bulunmamaktadır. Bununla birlikte yukarıda başvuru alma, değerlendirme ve sonuçlandırma aşamasına dair eleştirilerimizi hizmet kusuru oluşmaması gayesiyle ileri sürdüğümüzden, tam yargı davasını ayrıca inceleme gereksinimi duyduk. Başvuru üzerine verilecek kabul ve ret kararı üzerine açılacak tam yargı davası şeklinde ikili bir ayırım yaparak inceleme yapılacaktır.

İlk olarak, GDO ve ürününü ithal veya ihraç etmek için idareye başvuruda bulunan bir özel hukuk kişinin açabileceği tam yargı davasını ele alalım. Başvuruda bulunan özel hukuk kişinin başvurusunun idare tarafından reddedilmesi halinde 2577 sayılı Kanunun 12.maddesine göre, ilgili, doğrudan iptal davası ve bu davanın sonuçlanmasının ardından tam yargı davası, iptal davası ile birlikte tam yargı davası veya sadece tam yargı davası açabilmektedir. Örneğin hayvan yemlerinde kullanılan GDO’lu bir mısır türünü ithal etmek için yatırım yapan bir tacir, reddedilen başvurusu nedeniyle maddi kayıplarının oluştuğunu ileri sürerek sözü edilen üç şekilde tazmin talebinde bulunabilir.

İdarenin başvuruyu değerlendirme sürecindeki eksikliği hizmet kusuru olarak kabul edilmelidir. GDO ve ürünü hakkında girişimde bulunan ve

---

<sup>37</sup> Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, 333; Nazım Taha Koçak, *Tam Yargı Davaları* (Ankara: Seçkin, 2022), 24.

harcamalarda bulunan kişinin başvurusunun reddedilmesi zarara uğraması anlamına gelmektedir. Sorumluluk için gerekli şartlar (eylem, zarar, illiyet ve kusur) bulunmaktadır. İdari işlemin hukuka aykırı bulunarak iptali idarenin kusurunun ilk bakışta bulunduğu anlamına gelmektedir. Tabi ki, her iptal kararı idarenin tazmin zorunluluğu sonucuna bizi götürmemektedir. İptal kararına konu işlemindeki hukuka aykırılık nedeniyle idareye atfedilebilir kusurun olması, hukuki sakatlığın belli bir ağırlıkta olması gerekmektedir.<sup>38</sup> Ayrık durumları bir tarafa bıraktığımızda, hizmet kusurunun varlığını kabul ettiğimizde, ilgili iptal kararıyla birlikte tazmin talebini ileri sürmemişse, iptal kararının kesinleşmesinden itibaren dava açma süresi içinde tam yargı davasını açabilir.<sup>39</sup>

İlgili isterse iptal davası açmadan, doğrudan tam yargı davası da açabilir. Bu durumda yargı makamınca idareye atfedilebilir bir kusur olup olmadığı ayrıca araştırılmaktadır. Fakat ilk iki durumda iptal kararı tazmin talebine dayanak teşkil etmektedir. Çünkü iptal kararının içeriğinde hizmet kusuruna dair tespitler bulunmaktadır. Tam yargı davalarına dair yargı kararları incelendiğinde üçüncü duruma nadiren başvurulduğu görülmektedir. Öte yandan ilgilinin uğradığı zarara dair bilgi ve belgeleri de dava açarken sunması gerekmektedir.

İkinci durum ise, GDO ve ürünlerinin “ithalatı, ihracatı, deneysel amaçlı serbest bırakılması, piyasaya sürülmesi ile genetiği değiştirilmiş mikroorganizmaların kapalı alanda kullanımına” dair başvurunun kabul edilmesidir. Bu halde tam yargı davasını kim/kimler açabilecektir? Bu sorunun cevabı, 2577 sayılı Kanunun

---

<sup>38</sup> Ankara 17.İdare Mahkemesi'nin E:2023/142, K:2023/1277 ve 08.06.2023 tarihli kararındaki “Bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusuru sayılmakla birlikte, her aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı da idare hukuku ilkelerinden olup, idari işlemlerin iptalini gerektiren nedenler ile hizmet kusuru dolayısıyla tazminat ödenmesini gerektiren nedenler arasında tam bir özdeşlik olmayıp, bir işlemin, herhangi bir yönden yasalara ve hukuk kurallarına aykırı görülerek iptal edilmiş olması dahi hizmet kusurunun varlığını kabule yeterlilik arz etmeyeceği, idari işlemin yapılmasında ve uygulanmasında hizmet kusuru işlenmiştir denilebilmesi için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir.” gerekçesi iptal davası nedeniyle tazmin talebinin reddinde sıklıkla zikredilmektedir.

<sup>39</sup> 2577 sayılı Kanun 12. maddede “İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler.” şeklinde ifade edilmektedir.

2/b.maddesine göre, bu işlemden dolayı maddi/manevi hakları zarara uğradığını iddia eden/edenlerdir. Yine yukarıdaki gibi üç şekilde ileri sürülebilir. Örneğin, GDO'lu buğday ithalatı için yapılan başvurunun kabulüne dair işlemin iptali için açılan davada verilen iptal kararı sonrasında, bu işlem nedeniyle zarara uğradığını ileri sürenler tam yargı davası yoluna gidebilir.

Kabul işlemi nedeniyle maddi veya manevi zararın oluştuğuna dair bilgi ve belgelerin ilgililer tarafından ortaya konulması gerekmektedir. 2577 sayılı Kanunun maddesinde dava dilekçelerinde "*Davanın konu ve sebepleri ile dayandığı deliller, uyuşmazlık konusu miktarın*" ortaya konulması şart koşulmaktadır. Diğer yandan, yargı organı, dava sürerken re'sen araştırma ilkesi gereği zarar miktarına dair ayrıca araştırmalar yapacaktır. Tam yargı davalarının sübjektif özelliğinden yukarıda bahsetmiştik. Buna göre iptal kararı nedeniyle her önüne gelen, idareyi tazmin mecburiyetinde bırakamaz. İşlem nedeniyle doğrudan bir zararın bulunması gerekmektedir. Örneğin, izin verilen GDO'lu ürün nedeniyle insan veya hayvan sağlığında bozulmanın meydana geldiği gerekçesiyle hareket edilebilir.

İptal veya tam yargı davasında idarenin hukuka aykırı hareket edip etmediği tespitinde bilirkişilik kurumundan yararlanılmaktadır. Nitekim risk değerlendirmesi, risk analizleri ve olası etkiler hukuki bilgi ile çözülecek konular değildir. Bu konuda biyolog, ziraat mühendisi, genetik mühendisler gibi fen bilimcilerden yararlanılmalıdır.

Kabul veya ret kararları nedeniyle idarenin tazmin borcu altına girmemesi için işlem süreçlerinin mevzuata ve biyogüvenliğin gereklerine uygun düzenlenmesi gerekmektedir. İşleyişteki eksiklik, gecikme veya hata idarenin mali sorumluluğunu gündeme getirecektir. Öncelikle işlem süreçleri düzenlenirse daha isabetli kararlar verileceğinden, tam yargı davasıyla daha az karşılaşılır.

Bu başlıkta daha çok idarenin işlemi nedeniyle (çalışmamızla uyumlu olarak) açılan tam yargı davası üzerinde durulmuştur. 2577 sayılı Kanunun 12.maddesindeki usul çerçevesinde ilgililerin hareket etmesi mümkündür.

## E. Yargılama Usulünde Değişikliğe Gidilmemesi Halinde Karşılaşılabilecek Sorunlar

Biyogüvenlik toplumsal yaşamın huzur ve ahenk içinde sürmesi bakımından önemli bir unsurdur. Toplumsal hayatın bu şekilde akışı kamu düzeni kavramıyla ifade edilmektedir. Doktrinde kamu düzeninin unsurları “dirlik ve esenlik, güvenlik ve sağlık” şeklinde kabul edilmektedir.<sup>40</sup> İletişim teknolojisi ve bilimsel gelişmeler kamu düzeninin unsurlarında da genişlemeye sebep olmuştur. Kamu sağlığı içindeki değerlendirilmesi mümkün olan biyogüvenlik idarenin denetimleri ile korunmaktadır. İdari işlemler her ne kadar hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakta ise de; idari işleyişteki aksaklıklar işlemleri de sakat hale getirmektedir. GDO ve ürünlerine dair başvuruların değerlendirilmesi sürecindeki eksiklik veya aksaklıklar biyogüvenlik kararlarının hukukiliğini de etkilemektedir.

Biyogüvenlik kararlarının idari yargı mercilerindeki denetiminin etkin ve biyogüvenliği korumaya hizmet etmesi gerekmektedir. Yukarıdaki başlıklarda yargılama hukukuna dair durumu ve önerileri tartıştık. Mevcut yargılama hukukunun biyogüvenlik sorunlarını etkin şekilde çözecek bir yapıya sahip olmadığı ortadadır. Bu anlamda genel idari yargılama usulü kurallarından farklı usuller getirilmedikçe biyogüvenlik zafiyetine yargı organları da istemeden katkı sunmuş olacaktır. Uzun yargılama sonrasında ortaya çıkacak iptal kararının, biyogüvenliğin korunmasına hizmet etmeyeceğini yukarıda ifade etmiştik. Bu iddiamıza karşın idari yargı mercilerinin görevi hukuka uygunluk denetimi yapmak olup<sup>41</sup>, biyogüvenliği sağlama gibi bir amacının bulunmadığı ileri sürülebilir. Bir idari işlemin hukuka uyugun olup olmadığı farklı bir durum, yerinde ve yararlı olup olmadığı farklı bir durumdur. İlk durum hukuka uygun denetimi ile ikinci durum ise yerindelik denetimi ile tespit edilebilmektedir. Anayasa'nın 125/4 ve 2577 sayılı Kanun 2/2.maddesinde idari yargı yetkisinin, hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu, yerindelik denetimi yapılamayacağı, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilmeyeceği belirtilmektedir.

<sup>40</sup> Turan Yıldırım vd., *İdare Hukuku* (İstanbul: Onikilevha, 2020), 610; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 579; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 275; Günday, *İdare Hukuku*, 292.

<sup>41</sup> Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 430.

Tabiki, idarenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde yargı organı, karar veremez. Yerindelik denetimi ve idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılması idarenin iç denetimi (hiyerarşi/vesayet) ile ilgili konulardır.<sup>42</sup> Biyogüvenlik kararının oluşum süreci, kullanılan yetkilerin ve işlemin öğelerinin hukuka uygun şekillenip şekillenmediği, idari yargılama esnasında, tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu süreçte idare genellikle bağlı yetki çerçevesinde hareket ettiğinden<sup>43</sup> takdir yetkisinin denetimine dair bir durum da ortaya çıkmamaktadır. Yukarıdaki iddiamızı çerçevesinde idari yargı organı GDO başvurusuna dair kararın gıda güvenliği piyasası üzerinde olumlu ve yerinde bir etki oluşturup oluşturmadığına yoğunlaşmamaktadır. Fakat yargı organının verdiği kararın gıda piyasası ve güvenliği üzerinde doğrudan etkisi bulunmaktadır. Çünkü idari işlemin hukuk âleminde varlığının devam etmesi veya etmemesine yargı organı karar vermekte ve bu karar toplum sağlığı üzerinde doğrudan etki doğurmaktadır.<sup>44</sup>

Uzun yargılama süreleri sonucunda ortaya çıkacak iptal kararları üzerine iptal edilen işlemde zarar gördüğünü iddia edenler tam yargı davası ikame edebilecektir. 2577 sayılı Kanununun 12.maddesinde “İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler.” denilmek suretiyle idari işlemde kaynaklanan tam yargı davalarının ikame usulü açıklanmaktadır. Yani doğrudan tam yargı davası, iptal davasıyla birlikte tam yargı davası ve iptal davasının karara bağlanmasından sonra tam yargı davası şeklinde usuller mümkündür.

Genel uygulamaya göre ilk olarak işlemin iptaline yönelik dava ikame edilmekte ve iptal kararı verilmesi halinde tam yargı davası açılmaktadır.

---

<sup>42</sup> Atay, İdari Yargılama Hukuku, 32.

<sup>43</sup> 5977 sayılı Kanun GDO ve ürünlerine dair başvuru, değerlendirme ve sonuçlandırma sürecinde idarenin takdir hakkını kullanabileceği neredeyse hiçbir alan bırakmamıştır.

<sup>44</sup> “İdari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı dönemde oluşturduğu olumsuzlukları ortadan kaldırmaya olumlu katkı sunmaktadır.” bkz. Atay, İdari Yargılama Hukuku, 174; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, 108.



Biyogüvenlik kararının iptali üzerine ilgili GDO ve ürününü tüketenler (varsa) zararlarını (ortaya koyabiliyorsa) tam yargı davası yoluyla tazminini isteyebilmektedir. Yani biyogüvenlik kararı hakkında verilecek yargı kararının gecikmesi tam yargı davasını açabilecek kişi sayısını artırmaktadır.

Diğer yandan GDO ve ürünlerine dair yatırım yapmayı düşünen yatırımcılar belirsizlik halinde yatırımdan kaçınacaktır. Örneğin ithal edilecek ürünün piyasaya sürülmesi/sürülmemesine dair kararın yargısal denetiminin hangi süre içinde sonuçlanacağı hususu yatırımcı için önemli bir konudur. Yatırım hürriyetinin güçlendirilmesi bakımından da yargılama usulünde değişikliğe gidilmesi gerekmektedir. Bir yandan biyogüvenliği korumak gerekmekte ise de, diğer yandan da yatırımcının menfaatlerini korumak da gerekmektedir.

Öyleyse biyogüvenliğe dair endişelerin ivedi bir şekilde giderilmesine yardımcı olmak ve yatırım hürriyetini korumak için GDO ve ürünleri hakkındaki başvuru üzerine alınan kararların farklı bir yargılama usulüne tabi tutulması gerekmektedir.

## SONUÇ

Biyoteknoloji çalışmalarıyla tarım ve hayvancılık alanında yeni durumlar ortaya çıkmıştır. Böylece tüketilen gıda maddeleri içerisinde GDO ve ürünleriyle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu yeni ürünlerin çevre, insan, hayvan ve bitki sağlığı üzerindeki etkileri konusunda tartışmalar devam etmektedir. Bilimsel belirsizlikler nedeniyle ortaya çıkan/çıkabilecek risklerin önlenmesi, çevre, insan, hayvan ve bitki sağlığının korunması amacıyla yürütülen çalışmaları biyogüvenlik adı altında şekillenmektedir. Biyogüvenliğin sağlanması toplumsal hayatın düzen ve huzur içinde devam etmesi bakımından gereklidir. Bu nedenle biyogüvenlik konusu hukuki düzenlemelere konu olmaktadır. Ülkemizde bahsi geçen alanda 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu ile önemli bir hukuki alan açılmıştır.

Biyogüvenlik Kanunu ile GDO ve ürünlerine dair başvuruya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İdare başvuruyu bilimsel esaslara göre yapılacak risk değerlendirmesini esas alarak değerlendirmektedir. Bu çerçevede başvurular risk ve sosyo-ekonomik değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Risk değerlendirmesi üzerine ortaya çıkan raporlar başvuruların hakkında verilecek kararda esas alınmaktadır. Daha önce (mülga) Biyogüvenlik Kurulu tarafında

idari süreç yürütülmekteydi. Fakat 2018 yılında anılan kurul kaldırılıp, görevleri TAGEM'e devredilmiştir. TAGEM'in bakanlık bünyesinde bir birim olması başvuruların değerlendirilmesi sürecinde objektif ve bilimsel esasların esas alınıp alınmadığı hususunda tereddüt oluşturmaktadır.

İdare hukuku alanında her geçen gün gelişen düzenleyici ve denetleyici kurumlar, toplumsal hayat bakımından hassas sektörleri düzenlemektedir. GDO ve ürünlerine dair başvuruların da merkezi idare hiyerarşisine dahil olmayan bir kurul eliyle değerlendirilmesi ve karara bağlanması kamu sağlığının korunması bakımından daha elverişlidir. Bu nedenle kaldırılan kurulun yeniden ihdas edilmesi ve güçlendirilmesi objektif ve bilimsel esaslara dayalı bir sürecin işletilmesi bakımından daha uygundur. Risk değerlendirmesi sürecinin tarafsız ve objektif yürütülmesi bakımından süreci idare edecek idari mekanizmanın idare hukuku literatüründeki gelişmelerle uyumlu olması gerekmektedir.

GDO ve ürünlerine dair başvurular üzerine verilen kararlar, idari yargıda genel yargılama usulleriyle denetlenmektedir. Söz konusu usullerle yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle (başvurunun kabul edilmesi kararının) olası iptal kararının işlemde kaynaklı zararların telafisine imkan verip vermediği hususu açıkça tartışmalıdır. GDO ve ürünü başvurusunun kabulüne dair kararların 10 yıl sonra yargı kararıyla iptal edildiğine dair birçok yargı kararı örneği mevcuttur. Çevre, insan, hayvan ve bitki sağlığı üzerinde doğrudan etkisi olan söz konusu idari kararın 10 yıl boyunca uygulandıktan sonra iptal edilmesi (kanaatimizce) telafisi imkansız zararlara sebebiyet vermektedir. Bu nedenle bu başvurular üzerine alınan kabul kararlarının yargısal denetiminde farklı bir yargılama usulü tercih edilmelidir. Aksi halde olası iptal kararının kamu sağlığının bozulmasına engel olamayacağı ortadadır.

Toplumsal hayat bakımından hassas olan konular hakkındaki yargılamalar farklı usullere tabi tutulabilmektedir. Örneğin ivedi yargılama usulü ve 6458 sayılı Kanundaki usulle genel uygulamanın dışına çıkmıştır. GDO ve ürünlerinin gıda maddesi veya yem olarak kullanılmasında toplumsal hayat üzerindeki oluşturacakları riskler nedeniyle daha özel ve kısa usullere göre yargılamanın yapılması gerekmektedir. Bu ürünlerin hayatımızda artan kullanım alanı nedeniyle idari değerlendirme ve idari yargılama sürecinin ürünlerin hayatımıza etkisi dikkate alınarak değişikliklere tabi tutulması gerekmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author has not declared whether this work has received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author has not declared whether ethics committee approval was required.

---

**KAYNAKÇA**

- Aksun Kayacan, Simge. *Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizma ve Ürünlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Ateş, Zehra Gizem. "Genetiği Değiştirilmiş Organizmalara (GDO) İlişkin Avrupa Birliği'ndeki Yasal Düzenlemeler" *İnsan ve İnsan Dergisi*, no. 24 (2020): 9-29.
- Çağlayan, Ramazan. "Fransız ve Türk İdarî Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama Usulü" *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 3-4 (2014): 1-41.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2019.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2017.
- Güneş, Ahmet M. "Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Çevre Hukuku" *İÜHFM* 66, no. 2 (2008): 49-90.
- Gürpınar, Damla. "Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk" *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15 (2013): 1067-1110.
- Härtel, Ines, ed. *Handbook of Agri-Food Law in China, Germany, European Union*. ed. Ines Härtel, 57-126. Cham: Springer International Publishing, 2018.
- Haspolat, Iraz. "Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Biyogüvenlik" *Ankara Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi*, no. 59 (2012): 75-80.
- Haspolat Kaya, Iraz. *Genetically Modified Organisms and Regulations Concerning Biotechnological Products*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2020.
- Kent, Bülent. *Türk ve Alman Hukukunda Elektrik Piyasasının Düzenlenmesi ve Düzenleyici Kurumlar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Kıvılcım, Zeynep. "Cartagena Protokolü ve Türkiye Biyogüvenlik Mevzuatı" *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 20, no. 1 (2012): 99-121.

- Koçak, Nazım Taha. *Tam Yargı Davaları*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Kulaç, İbrahim, Yücel Ağırdil ve Mehmet Yakın. "Sofralarımızdaki Tatlı Dert, Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar ve Halk Sağlığına Etkileri" *Türk Biyokimya Dergisi* 31, no. 3 (2006): 151-55.
- Norer, Roland, " *Genetic Technology and Food Safety*. C. 14. *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, ed. Roland Norer, 1-70. Cham: Springer International Publishing, 2016.
- Önel, Arzu. *Genetik ve Biyoteknoloji*. Ankara: Pegem Akademi, 2021.
- Söyler, Yasin. *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*. Ankara: Seçkin, 2018.
- Yıldırım, Turan, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H.Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Hüseyin Melih Çakır ve Özge Okay Tekinsoy. *İdare Hukuku*. İstanbul: Onikilevha, 2020.

# REKLAM HUKUKU AÇISINDAN SOSYAL MEDYA KULLANICI DAVRANIŞLARININ REKLAM KABUL EDİLEBİLİRLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the Potentiality of Social Media User Behaviours  
as Advertisements in terms of Advertising Law*

**Abdurrahman Hamza TÜZGEN\***

## Öz

Sosyal medya platformlarının gündelik hayattaki yerinin her geçen gün artmasına bağlı olarak reklam anlayışı da ciddi bir dönüşüm yaşamaya başlamıştır. Bu değişim, sosyal medya kullanımının arttıkça, yeni reklam yöntemlerini bünyesine katarak, yenilenmeye devam etmektedir. Reklam alanındaki hukuki düzenlemeler her zaman bu değişime aynı hızda ayak uyduramadığı için kimi zaman ortaya birtakım sorunlar çıkmaktadır. Sorunların çözümleri için öncelikle sosyal medyanın kendine has yapısının ve bu yapının ortaya çıkardığı reklamların tespiti büyük önem arz etmektedir.

\* Doktora Öğrencisi, İbn Haldun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, hamzatuzgen@ihu.stu.edu.tr, 0000-0002-4497-7302.

\*\* Bu makale, İbn Haldun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanan "Sosyal Medya Reklam Hukuku" başlıklı doktora tezimizden üretilmiştir.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 01.08.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 29.08.2023.

**Atıf/Citation:** Tüzgen, Abdurrahman Hamza. "Reklam Hukuku Açısından Sosyal Medya Kullanıcı Davranışlarının Reklam Kabul Edilebilirliğinin Değerlendirilmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 883-928.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

Çalışmamızda, tespiti yapılması ve çözüm üretilmesi gereken birçok konu arasında, sosyal medya kullanıcı davranışlarının reklam kabul edilebilip edilemeyeceğinin tespiti üzerinde durulmuştur. Makalede, yaygın sosyal medya davranışları ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu davranışların organik ve reklam amaçlı kullanımının farkının belirlenmesi zorluk arz etmektedir. Bu sebeple, her davranış biçimi için örnekler ve kararlar üzerinden reklam kabul edilebilme durumları açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın sonuçları, sosyal medya platformlarındaki reklam kullanımının karmaşıklığını göstermekte ve hukuki süreçler için önemli ipuçları sunmaktadır. Sosyal medya platformlarında reklam türlerinin sürekli değişkenlik gösterdiği göz önünde bulundurulduğunda, bu çalışmanın gelecekteki araştırmalara ve düzenlemelere katkı sağlaması hedeflenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Reklam Hukuku, Sosyal Medya, Sosyal Medya Reklamları, Sosyal Medya Etkileyicisi, Medya Hukuku

## **Abstract**

As the role of social media platforms in daily life increases day by day, the advertising approach has also started to experience a serious transformation. This change continues to be renewed by incorporating new advertising methods as the use of social media increases. Since the legal regulations in the field of advertising cannot always keep up with this change at the same pace, some problems sometimes arise. In order to solve the problems, it is of great importance to determine the unique structure of social media and the advertisements that this structure reveals.

In our study, among the many issues that need to be determined and solutions to be produced, the determination of whether social media user behaviours can be accepted as advertisements is focused on. In the article, common social media behaviours are discussed in detail. It is difficult to determine the difference between organic and advertising use of these behaviours. For this reason, it is tried to clarify the acceptability of advertising for each behaviour through examples and decisions.

The results of the study show the complexity of the use of advertisements on social media platforms and provide important clues for legal processes.

Considering that the types of advertisements on social media platforms are constantly changing, it is aimed that this study will contribute to future research and regulations.

**Keywords:** Advertisement Law, Social Media, Social Media Advertisements. Social Media Influencer, Media Law

## GİRİŞ

Ürünlerin ve hizmetlerin üretiminin yanı sıra, hedef kitleye ulaşma ve ilgilerini çekme süreci de büyük bir öneme sahiptir. Çünkü bir ürün veya hizmet, potansiyel alıcılar veya kullanıcılar tarafından faydalanılmadan önce, onlara doğru şekilde sunulmalıdır. Teknolojik ilerlemeler, üretim ve dağıtım süreçlerini etkilediği gibi, ürün ve hizmetlerin hedef kitleye tanıtılması için yeni fırsatlar sunmaktadır. Zamanla değişen imkanlar ve ihtiyaçlar, reklam stratejilerinin de dönüşmesine neden olmaktadır. Örneğin, Osmanlı döneminde tellallık faaliyeti bir nevi reklam aracı olarak rol oynamış<sup>1</sup> ve benzer şekilde Fransa'da da tellallığın reklam amaçlı kullanımının hükümetler tarafından resmi olarak tanınmış,<sup>2</sup> benzer biçimde, radyo ilk kez icat edildiğinde bilgi iletmek amacıyla kullanılmışsa da zamanla reklamların yayınlandığı bir platform haline gelmiştir.<sup>3</sup>

Teknolojik gelişmeler, özellikle internetin keşfi ile birlikte reklam anlayışının da değişmesi sonucunu beraberinde getirmiştir. Web 2.0 kavramıyla birlikte internet, kullanıcıların içeriğe katkıda bulunarak etkileşimde bulunabildiği bir yapıya evrilmiş<sup>4</sup> ve bu değişim, internette yer alan reklamlara ilişkin anlayışın da

---

<sup>1</sup> Ergün Hasanoğlu, "Salih Seyhan, Hakan Temiztürk, Senada Dizdar, Osmanlı Dönemi Bosna Basın Tarihi, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum," *Journal of Balkan Research Institute* 6, no. 1 (2017): 225.

<sup>2</sup> Rotimi Williams Olatunji, "Trends in Advertising and Cultures in Nigeria," *Communication Cultures in Africa* 1, no. 1 (2018): 56, <https://doi.org/10.21039/cca.5>

<sup>3</sup> Fikret Yazıcı, "Radyo Programlarında Reklam Kullanımı: Program Yapımcısı Perspektifinden Radyo Reklamlarının Değerlendirilmesi," *Journal of International Social Research* 11, no. 59 (2018): 1251, <https://doi.org/10.17719/jisr.2018.2731>.

<sup>4</sup> Nupur Choudhury, "World Wide Web and Its Journey from Web 1.0 to Web 4.0," *International Journal of Computer Science and Information Technologies* 5, no.6 (2014): 8096-8097.



önemli şekilde dönüşmesini sonucunu doğurmuştur.<sup>5</sup> Hedef kitlenin pasif bir rolde olduğu reklam türleri, yerini her geçen gün, hedef kitlenin aktif bir katılım içerisinde olduğu bir türe bırakmaya başlamıştır. Dolayısıyla, Web 2.0 temeline dayanan sosyal medya platformları da çok önemli reklam mecraları haline gelmiştir. Hatta, bu durumun doğal bir sonucu olarak, artık sosyal medya reklamlarına yapılan yatırımların televizyon reklamlarını geride bıraktığı bilinmektedir.<sup>6</sup>

Bazı sosyal medya platformları doğrudan reklamlardan para kazanmak üzerinde kurulu bir iş modeline sahip olması<sup>7</sup> da dikkate alınacak olursa, sosyal medyada yer alan reklamların her geçen gün artıp çeşitleneceğini öngörmek pek de zor değildir. Sosyal medyada yer alan kimi reklamların, alışlagelmiş klasik reklam türlerinden kimi zaman oldukça farklı olması, sosyal medya reklamlarının sınırları ve muhtevasının tespitini güç hale getirebilmektedir. Reklam kabul edilen bir hareketin alalede bir davranıştan farklı hukuki sürece tabi olacağından, söz konusu reklamlara ilişkin tespitin kapsamlı şekilde yapılması oldukça mühimdir. Zira reklam kabul edilecek bir davranış doğrudan doğruya tüketici menfaatlerini ve piyasadaki rekabeti etkileme<sup>8</sup> potansiyelini bünyesinde barındırmaktadır. Bu konuda titiz davranılmazsa, tüketiciyi korumak adına, piyasa şartları olumsuz etkilenebileceği gibi durumun tam tersi de mümkündür. Benzer biçimde, gereğinden katı olan reklam kısıtlamaları tüketicinin çıkarı açısından en iyi olan ürün veya hizmetten haberdar olmasının önüne geçebileceği gibi; piyasadaki rakipler arasında görece güçsüz konumdaki kişilerin kendilerini makul seviyede duyurabilmelerine de engel olabilecektir.

---

<sup>5</sup> Cihan Becan, "Geleneksel Mecra ve İnternet Ortamı Arasındaki Reklam İçeriklerine Yönelik Algı Farklılıkları Üzerine Bir Araştırma: İstanbul İli Örneği," *KTÜSBD* 3, no.5 (2013): 27.

<sup>6</sup> "Reklamcılar Derneği," Weekend Digital, erişim tarihi Mart 11, 2022, <http://rd.org.tr/medya-yatirimlari>, <http://rd.org.tr/Assets/uploads/233841fa-1e08-489b-beaa-ddeb4eb297a5.pdf>.

<sup>7</sup> "Türkiye Büyük Millet Meclisi Dijital Mecralar Komisyonu Tutanak Dergisi," 04.11.2021 Tarihli Toplantı, 13, erişim tarihi Temmuz 28, 2023, [https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2849](https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2849); 02.12.2021 Tarihli Toplantı Tutanağı, 13, erişim tarihi Temmuz 28, 2023, [https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2890](https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2890).

<sup>8</sup> Semih Sırri Özdemir ve M.Zahid Doğanay, "Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 13 (2019): 302-303.

Sosyal medya reklamlarının devamlı olarak farklılaşması, bu reklamlara ilişkin net sınırların çizilmesini ve sorunların çözülmesini zorlaştırmaktadır. Her ne kadar, halihazırda var olan kimi düzenlemelerin yorumlanması yoluyla sosyal medya reklamlarına ilişkin hukuki durumlar netleştirilmeye çalışılıyor olsa da kanaatimizce sosyal medyadaki reklamları doğası ve türleri açık şekilde ortaya konulmadan yapılan yorumlar çoğu zaman eksik kalabilmektedir.

Bahse konu olan sorunun çözümü adına, sosyal medya platformlarında sergilenen birtakım davranışların reklam kapsamında olup olmadığının tespit edilmesi ve bu doğrultuda öncelikle “reklam”ın unsurlarının ortaya konması gerekmektedir. Zira, reklam denilen kavramın neleri içine aldığı bilinmeden, herhangi bir hareketin reklam olup olmadığına ilişkin tespit yapılması mümkün olmayacaktır. Diğer bir ifade ile, reklamın unsurlarının belirlenmesi ile ortaya bir ölçü konulmuş olacak ve bir davranışın reklam olarak adlandırılabilirliği bu ölçü içerisinde kalıp kalmadığına göre yapılabilecektir.

Reklamın unsurları ortaya konduktan sonra sosyal medyanın ve sosyal medya reklamlarının kapsamlı şekilde ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Zira sosyal medyanın ve sosyal medya reklamlarının kendine has yapısı anlaşılmadan, bu konuda kuşatıcı bir çözüm ortaya koymak da kolay olmayacaktır. Sosyal medya reklamları, oldukça fazla sayıda reklam türünü içerisinde barındırmakta olduğundan, biz elinizdeki çalışmamızda sadece sosyal medya platformlarında yer alan ve platformların kendilerine has olan birtakım davranış biçimlerinin reklam kapsamında kabul edilebilirliğinin tespiti ile yetineceğiz.

Yukarıdaki açıklamalar göz önünde bulundurularak, bu çalışmada öncelikle reklamın unsurları, ardından sosyal medyanın yapısı ve çeşitli sosyal medya platformlarındaki farklı davranış biçimleri ele alınacaktır. Son olarak, sosyal medya platformlarında yer alan bazı davranış biçimlerinin reklam kabul edilip edilemeyeceği incelenecektir.

## **I. REKLAMIN UNSURLARI**

Reklamın unsurlarının neler olduğu konusunda doktrinde açık bir ortak kabul bulunmamaktadır. Örneğin, kimi yazarlar “reklamın umuma karşı yapılması”nu bir unsur kabul edenlerin aksine, reklamın tek bir kişiye dahi

yapılabileceğini belirtmektedir.<sup>9</sup> Yahut kimi yazarlar reklamın unsurları arasında “ticari amaç unsuru” ve “mesaj kaynağı unsuru” (reklam verenin kimliğinin belirtilmesi)’ni<sup>10</sup> sayarken, günümüzde markanın adına dahi yer verilmeden yapılan reklamların bulunduğu<sup>11</sup>, hatta kimi zaman reklam verenin özellikle gizlenerek merak uyandırılmak yoluyla reklamların yapıldığı dahi görülmektedir.<sup>12</sup> Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere reklamların zorunlu unsurlarının tüm reklam türlerini kapsayıcı biçimde ele alınması zaruridir.

Reklamın unsurlarının sağlıklı biçimde belirlenebilmesinin yolu kanaatimizce, reklama ilişkin tanımların incelenmesinden geçmektedir. Zira reklamın ne olduğunun sınırları doğru çizilebilirse reklamın unsurlarının ortaya konması kolaylaşacaktır. Çalışmamızın boyutu gereğince burada reklama ilişkin tanımlara uzun uzadıya yer verilmeyecek ise de çeşitli sözlüklerde<sup>13</sup> ve hukuki metinlerde<sup>14</sup> yer alan reklam tanımlamaları incelendiğinde; reklamların olmazsa

<sup>9</sup> Shenagh Barnes ve Michael Blakeney, *Advertising Regulation* (Sydney: Law Book Co, 1982), 1.

<sup>10</sup> Celal Göle, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Entitüsü Yayınları, 1983), 35.

<sup>11</sup> “Logo Yok, Marka Yok, Cesaret Dibine Kadar,” Doritos, erişim tarihi Haziran 19, 2023, <https://doritos.com.tr/reklamlar>; ayrıca, erişim tarihi Haziran 19, 2023, <https://www.youtube.com/watch?v=QhD1aujr7Lg>.

<sup>12</sup> “Değişim Devam Ediyor Pek Yakında...” yazısından ibaret reklamlar yayınlanmıştır. “Lüleburgaz’da bir garip reklam!,” *Lüleburgaz Görünüm Gazetesi - İnsana Taraf Gazete*, erişim tarihi Haziran 19, 2023, <http://gorunumgazetesi.com.tr/haber/57943/luleburgazda-bir-garip-reklam.html>.

<sup>13</sup> Yaşar Çağbayır, *Ötüken Türkçe Sözlük* (İstanbul: Ötüken Neşriyat, 2007), 3952; “Sözlük,” Türk Dil Kurumu, erişim tarihi Mayıs 24, 2021, <https://sozluk.gov.tr>; Gazetecilik, reklamcılık ve pazarlama disiplinlerinde yer alan reklam tanımları için bkz. Willian F. Arens, Michael F. Weigold ve Christian Arens, *Contemporary Advertising And Integragen Marketing Communications* (Newyork: McGraw-Hill Irwin Inc., 2011), 8; Jef I. Richards ve Catharine M. Curran, Oracles on “Advertising”: Searching for a Definition, *Journal of Advertising* 31, no. 2 (2002): s.64; Hukuk alanındaki tanımlamalar için bkz. Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 1033; Ali Şafak, *Hukuk Terimleri Sözlüğü* (Ankara: Rehber Yayıncılık, 1992), 474; Selahattin Bağdatlı *Hukuk Sözlüğü* (İstanbul: Der Yayınları, 1997), 374.

<sup>14</sup> Birçok hukuki metinde reklam tanımı yapılmaktadır. Örneğin; Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Reklam Yönetmeliği (md. 3/1-f), RG. 17.04.1993, S. 21555; Basın-İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun (md. 40/2), RG. 09.01.1961, S. 10702; Tıbbi Cihaz Satış, Reklam ve Tanıtım Yönetmeliği (md. 4/1-i), RG. 15.05.2014, S. 29001; Türk Gıda Kodeksi Gıda Etiketleme ve Tüketicileri Bilgilendirme Yönetmeliği (md. 4/1-u), RG.26.01.2017, S. 29960.; Resmî İlan ve

olmaz üç tane unsuru bulundurması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu unsurlar; mesaj, reklam yapma iradesi ve mecra unsurlarıdır.

Reklamın ilk unsuru olan “mesaj” unsuru, yapılan reklam faaliyeti ile hedef kitleye iletilmesi amaçlanan bir mesaj bulunması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>15</sup> Söz konusu mesaj çok açık bir mesaj olmak yahut reklam verenin sunduğu ürün veya hizmetlere ilişkin olmak zorunda değildir. Mesaj ile hedeflenen kimi zaman ürün yahut hizmetin bizzat tanıtımı olabileceği gibi, kimi zaman hedef sadece akıllarda kalmak olabilmektedir.<sup>16</sup> Benzer şekilde, mesaj ile amaçlanan husus bir markanın, firmanın yahut kuruluşun insanlar nezdindeki algısını istenilen noktaya taşımak olabilir. Örneğin, bir firma sosyal konularda çok duyarlı olduğu izlenimi güçlendirmek maksatlı reklam yapabilir. Özetle, reklamlarda yer alması gereken “mesaj” unsuru, açıkça ürün ve hizmetin satışına dair bir mesaj şeklinde anlaşılmalıdır, aksine; reklamın bir amacının olması yeterli görülmelidir.

“Reklam yapma iradesi” yapılan tanıtma yahut bilgilendirme faaliyetinin reklam maksadıyla yapılması manasına gelmektedir. Reklamın bu unsuru, reklamları diğer tanıtım faaliyetlerinden ayıran en başlıca unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira reklam yapma iradesi olmadan yapılan bir tanıtım yahut bilgilendirme faaliyeti reklam kapsamı dışında kabul edilecektir.<sup>17</sup> Örneğin, kullandığı bir üründen memnuniyetini arkadaş çevresindeki muhabbet ortamında dile getiren bir kişinin yaptığı faaliyet kural olarak reklam sayılmayacaktır. Belirtmek gerekir ki, reklam yapma yönündeki iradenin sadece ticari gayeler taşınması zorunlu değildir. Söz gelimi bir yardım kuruluşunun faaliyetlerine

---

Reklamlar ile Bunları Yayınlayacak Süreli Yayınlar Yönetmeliği (md. 6/1), RG. 05.10.2016, S. 29848.; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (md.61), RG. 28.11.2013, S. 28835; Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun (md. 3/1-ş), RG. 03.03.2011, S. 27863. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (md.4/1), RG. 10.01.2015, S. 29232; 2006/114/EC sayılı “Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Yanıltıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönergesi” (Reklam Yönergesi)- “Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 Concerning Misleading and Comparative Advertising (Codified Version) (Text with EEA Relevance),” 376 OJ L § (2006), erişim tarihi Temmuz 28, 2023, <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/114/oj/eng>.

<sup>15</sup> Dilek Şahinci, *İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklamverenlerin Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011), 20.

<sup>16</sup> Ronald B. Shuman, “Identification Elements Of Advertising Slogans,” *The Southwestern Social Science Quarterly* 17, no. 4 (1937): 342.

<sup>17</sup> Emrehan İnal ve Başak Baysal, *Reklam Hukuku ve Uygulaması* (İstanbul: XII Levha, 2008), 7.

ilişkin ticari bir gaye olmaksızın, reklam yapma iradesi ile hareket edilmesi pek tabii mümkündür. Reklam yapma iradesinin zorunlu bir unsur olmasının Türk Hukukundaki bir görünümü, “örtülü reklam” yapılmasının yasak olması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.<sup>18</sup> Hukukumuzda reklam yapma iradesinin gizlenmesi yasaklanmakta ve bu iradenin açık şekilde ortaya konması gerektiği kabul edilmektedir. “Reklam yapma iradesi” unsuru özellikle sosyal medya reklamları açısından büyük önem arz etmektedir. Zira sosyal medya kullanıcılarının organik paylaşımları ile reklam paylaşımları oldukça birbirine benzer şekillerde olabilmektedir. Bu sebeple esasında sosyal medya reklamları açısından bir davranışın reklam kapsamında olup olmadığı hususunun tespit edilebilmesi için kullanılacak birincil unsur “reklam yapma iradesi” unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, zaten birer mecra<sup>19</sup> konumunda bulunan sosyal medya platformlarındaki her türlü aktivite, doğal olarak mecra unsuruna sahip olacaktır. Ayrıca, bir mesajı bulunmayan, diğer bir deyişle hedef kitleye ulaşma noktasında bir amacı bulunmayan paylaşımların da reklam kapsamında olup olmadığı tartışılmayacaktır. Dolayısıyla, reklam yapma iradesinin varlığının tespiti sosyal medya reklamları açısından büyük öneme sahiptir.

Reklamın son unsuru olan “mecra” unsuru, yapılan reklamın herhangi bir araç yoluyla iletilmesi gerektiği anlamını taşımaktadır. Diğer bir ifade ile, sadece fikir aşamasında kalan yahut herhangi bir yolla iletilmeyen bir tanıtım faaliyeti reklam kapsamı dışında kalacaktır. Hukukumuzda reklamlar açısından nelerin mecra kabul edileceği hususu sınırlandırılmış değildir.<sup>20</sup> Yani reklamın iletilmesine olanak tanıyan her türlü araç reklam mecrası olarak kabul görecektir.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> TKHK md. 61/4: “Reklam olduğu açıkça belirtilemeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir. Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır.”

<sup>19</sup> Özdemir ve Doğanay, “Bir Mecra Olarak Sosyal Medya,” 295.

<sup>20</sup> Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nde (md.4/1-i) “mecra” tanımı şu şekilde yapılmaktadır; “Reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri ve ortamı; televizyon, her türlü yazılı basın, internet, telefon, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı materyal gibi iletişim araçlarını... ifade eder.” Tanımda yer verilen “...gibi iletişim araçları” ifadesi, mecraların örnekleme yoluyla sayıldığını ve sınırlı sayıda olmadığını ortaya koymaktadır.

<sup>21</sup> Göle, Aldatıcı Reklamlar, 36.

Reklam Kurulu'nun çeşitli kararlarında kupon<sup>22</sup>, fatura<sup>23</sup> ve ambalajları<sup>24</sup> dahi reklam mecrası olarak ele aldığı görülmektedir. Bu bağlamda posta pullarının dahi reklam mecrası olarak ele alınması mümkündür.<sup>25</sup> Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, sosyal medya platformlarının da birer mecra olduğu aşikardır. Dolayısıyla, sosyal medya platformlarında yer alan bir takım davranış biçimlerinin reklam kapsamında olup olmadığı hususunun tespiti yapılırken, söz konusu davranışların mecra unsuruna sahip oldukları açıkça belli olduğundan bu hususun ayrıca her somut durum açısından yeniden değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır.

## II. SOSYAL MEDYA KAVRAMI VE SOSYAL MEDYANIN YAPISI

Sosyal medya reklamlarının doğru analiz edilebilmesi için sosyal medyanın kendine has yapısının doğru anlaşılması elzemdir. Zira sosyal medya klasik medyadan oldukça farklı bir yapıya sahiptir.

İnternetin soğuk savaş dönemi Amerika Birleşik Devletler'inde ortaya çıkmasının ardından bilgisayarlar arası veri alışverişi mümkün hale gelmiş<sup>26</sup> ve 1990'lardan sonra sivil kullanım yaygınlaşarak internet kullanımı dünya çapında yayılmaya başlamıştır.<sup>27</sup> Zaman içerisinde internet, kullanıcıların site ile etkileşimde pasif konumda buldukları "dokümanlar ağından" (web 1.0), kullanıcı etkileşiminin yüksek seviyelere çıktığı "insanlar ağına" (web 2.0) evrilmiştir.<sup>28</sup> Bu evrilme sosyal medyaya giden yolu aralamış; sosyal medya

<sup>22</sup> Reklam Kurulu, D. 2021/5714, T. No. 318, 08.02.2022.

<sup>23</sup> Reklam Kurulu, D. 2021/78, T. No. 315, 09.11.2021.

<sup>24</sup> Reklam Kurulu, D. 2021/5563, T. No. 318, 08.02.2022.

<sup>25</sup> Michael Maloney, "One of the Best Advertising Mediums the Country Can Have: Postage Stamps and National Identity in Canada, New Zealand and Australia," *Material Culture Review* 77-78 (2013): 21.

<sup>26</sup> "A Brief History of the World Wide Web and the Internet," part 1, erişim tarihi Ocak 18, 2022. <http://www2.law.columbia.edu/donnely/lda/ih/techprof.html>.

<sup>27</sup> Gonzalo Camarillo ve Miguel-Angel García-Martín, *The 3G IP Multimedia Subsystem (IMS): Merging the Internet and the Cellular Worlds* (Weinheim: Wiley, 2004), 5.

<sup>28</sup> Choudhury, "World Wide Web," 8096-8097. Yazar makalesinde "web 3.0" ve "web 4.0" kavramlarından bahsetmektedir. Web 3.0 özetle internetteki içeriklerin insanların yanısıra

platformlarının ataları kabul edilebilecek bloglar, wikiler ve forumlar gibi “web 2.0” tabanlı internet siteleri artık yerlerini büyük oranda sosyal medya platformlarına bırakmışlardır.

“Sosyal medya” kavram olarak iç hukukumuzdaki birçok hukuki metinde<sup>29</sup> yer alsa da çoğunlukla sosyal medyaya ilişkin bir tanıma yer verilmediği görülmektedir. Bazen de “sosyal medya” ifadesi yerine başka kavramlar<sup>30</sup> kullanıldığı görülmekte olsa dahi “sosyal medya”nın kastedildiği görülmektedir. Bunun yanında; Anayasa mahkemesi kararları incelendiğinde çeşitli kararlarda “sosyal medya”, “internet medyası”, “sosyal medya platformu” ve “sosyal medya şirketleri” gibi ifadelerin “sosyal medya” kavramı kastedilerek kullanıldığı ancak, kimi zaman sosyal medyanın özelliklerine ilişkin açıklamalar yapılsa da,<sup>31</sup> kavrama ilişkin tanımlara yer verilmediği görülmektedir.<sup>32</sup> Yargıtay da, “sosyal medya”, “sosyal medya sitesi”, “sosyal medya platformu” ve “internet medyası”

---

cihazlar tarafında da anlaşılmasına olanak sağlamaktadır ve böylece sosyal medyada yer alan içerikler daha hızlı analiz edilerek, kullanıcılara daha etkili içerikler sunulabilmektedir. Web 4.0 ise yapay zeka ve artırılmış gerçeklik araçlarıyla geliştirilmesi umulan, insan ve makinaların birbirini tamamlar şekilde varlık gösterdiği bir yapıdır. Şuan için Web 4.0 çalışmaları tamamlanmış olmasa da hızla ilerlemektedir.

<sup>29</sup> Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı, Satımı ve Bulundurulmasına Dair Kanun (md.11/5), RG. 15.09.1981, S. 2521; “Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu (md.27/3), RG. 3.11.1983, S. 18210; “Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun (md. 3/6), RG. 26.11.1996, S. 22829; Örneğin; Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelik, RG. 20.10.2009, S. 27382; Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği, RG. 07.09.2013, S. 28758; Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Yurt İdare ve İşletme Yönetmeliği, RG. 09.08.2016, S. 29796.

<sup>30</sup> İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (Md.2-s), R. G. 23/5/2007 S. 26530. Bu kanunda “sosyal ağ sağlayıcısı” tanımına yer verilmiş ve bu tanım, içerisinden sadece bir kelime çıkarılarak Reklam Kurulu’nun yayınladığı “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz”un içerisinde “sosyal medya” tanımı olarak yer bulmuştur, Reklam Kurulu, D. 2021/2, T. No. 309, T. 04.05.2021.

<sup>31</sup> AYM, Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri, B. No: 2014/4705, 29.5.2014.

<sup>32</sup> AYM, Pınar İçel, B. No: 2017/35260, 10.5.2018; AYM, Kerem Altıparmak, B. No: 2015/8193, 27.11.2019; AYM, Recep Tayyip Erdoğan, B. No: 2014/5376, 28.1.2020; AYM, Danıştay Onüçüncü Dairesi, E. 2015/76, K. 2017/153, 15.11.2017; AYM, Seray Şahiner Özkan, B. No: 2016/6439, 9.6.2021.

ifadelerine kararlarında yer vermekte ancak, bu kullanımlara ilişkin bir tanımlamanın kararlarda yer almadığı görülmektedir.<sup>33</sup>

Yukarıdaki açıklamalar, çeşitli sözlükler<sup>34</sup> ve medya alanında<sup>35</sup> yer alan tanımlar incelendiğinde, “sosyal medya” kavramı için; belirli bir sistem içerisinde profiller oluşturularak, diğer profillerle çeşitli biçimlerde etkileşim gerçekleştirilmesine imkân sunan, Web 2.0 temelli ve internet tabanlı uygulamalar grubu olduğu ifade edilebilir.<sup>36</sup> İnsanlar bu platformları karşılıklı etkileşim kurmak, iş bağlantıları sağlamak, sosyalleşmek, arkadaş edinmek, haberleri takip etmek, ürünlere ulaşmak ve eğlenmek gibi çok çeşitli amaçlar için kullanabilmektedir.<sup>37</sup> Sosyal medya platformlarında geçirilen sürelerin her geçen gün daha da artması<sup>38</sup> ile birlikte, sosyal medya platformlarının reklam verenler açısından cazibesinin de sürekli arttığı görülmektedir.<sup>39</sup> Ayrıca sosyal medya platformlarının yapısı gereği doğrudan hedef kitleye ulaşmanın klasik reklam

<sup>33</sup> Yar. 11. HD, E. 2016/10739, K. 2018/3110, 25.4.2018 (Lexpera); Yar. 3. CD, E. 2021/3773, K. 2021/9895, 3.11.2021, (Lexpera); Yar. 9. HD, E. 2021/5588, K. 2021/9812, 2.6.2021, (Lexpera); Yar. 3. CD, E. 2021/7939, K. 2021/9746, 25.10.2021, (Lexpera); Yar. 4. CD, E. 2017/5799, K. 2021/974, 8.2.2021; (Lexpera); Yar. 23. CD, E. 2015/8533, K. 2016/6671, 25.5.2016, (Lexpera).

<sup>34</sup> “Sözlük,” Türk Dil Kurumu, erişim tarihi Mayıs 24, 2021, <https://sozluk.gov.tr/>; “Dictionary,” Cambridge, erişim tarihi Haziran 20, 2023; <https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/social-media>; Lexico, erişim tarihi Haziran 20, 2023, [https://www.lexico.com/definition/social\\_media](https://www.lexico.com/definition/social_media).

<sup>35</sup> Danah M. Boyd ve Nicole B. Ellison. 2007, “Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship,” *Journal of Computer-Mediated Communication* 13, (2017): 211; Andreas M. Kaplan ve Michael Haenlein, “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media,” *Business Horizons* 53, no. 1 (2010): 61, <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2009.09.003>.

<sup>36</sup> Bu bağlamda, çeşitli çalışmalarda, “Whatsapp” ve “Telegram” gibi uygulamaların “sosyal medya” kapsamında ele alınmasına katılmadığımızı belirtmekte yarar görüyoruz. Dolayısıyla bu türden haberleşme uygulamaları çalışmamız kapsamı dışındadır.

<sup>37</sup> Bung Yung, “A Reflection on Multimedia and Online Journalism in Cambodia,” *Cambodian Communication Review* (2010), 59; “Social Media Users Pass the 4.5 Billion Mark,” We Are Social UK, 21 October 2021, erişim tarihi Ocak 20, 2022, <https://wearesocial.com/uk/blog/2021/10/social-media-users-pass-the-4-5-billion-mark/>.

<sup>38</sup> Rotana Som, Evolution or Revolution - Social Media in Cambodian Newsrooms. The Social Media (R)Evolution? Asian Perspectives On New Media (2012): 12.

<sup>39</sup> “Weekend Digital”; “56 Important Social Media Advertising Stats for 2022,” *Social Media Marketing & Management Dashboard* (blog), erişim tarihi Mart 11, 2022, <https://blog.hootsuite.com/social-media-advertising-stats/>.



mecralarına göre daha kolay oluşu<sup>40</sup> da reklam verenleri cezbeden diğer bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, sosyal medya platformlarında reklam verenlerin doğrudan hedef kitleye ulaştırılacak reklamlar yayınlamaları çok kolaydır. Örneğin, daha klasik bir reklam mecrası olarak televizyonda yayınlanan bir kadın çantası reklamı çok geniş bir kitleye sunulmakta ve izleyiciler arasında, asıl hedef kitle olan belirli yaş aralığı kadınlar dışında çocuklar, erkekler yahut yaşlılar da reklama muhatap olmaktadır. Ancak sosyal medya platformlarında yer alan profil bilgileri sayesinde, söz konusu reklamın sadece belirli yaş aralığındaki kadınların önüne çıkarılması sağlanabilmektedir.

Sosyal medya kullanımındaki artış, insanların günlük hayatlarına birçok yenilik getirdiği gibi, şirketlerin ve tüketicilerin alışveriş alışkanlıklarını dönüştürmektedir.<sup>41</sup> Dönüşümün en belirgin olduğu alanlardan bir tanesi de her geçen gün yeni yöntemleri ortaya çıktığı reklam alanıdır.<sup>42</sup> Açıkçası, bir takım sosyal medya platformlarının kendi iş modellerini bizzat “reklamlardan para kazanmak” olarak tanımladıkları<sup>43</sup> göz önünde bulundurulacak olursa, reklam alanındaki bu değişimin hiç de şaşırtıcı olmadığı anlaşılabilir.

Sosyal medya platformlarında ortaya çıkan birçok yeni reklam türü bulunmakla birlikte çalışmamız kapsamında, sosyal medyada yer alan reklam türlerinin başlıcalarına kısaca değinip ardından sosyal medya platformlarında yer alan kendine özgü bir takım davranış biçimlerinin reklam kapsamında olup olmadığına detaylı şekilde değineceğiz.

---

<sup>40</sup> W. Akram ve R. Kumar, “A Study on Positive and Negative Effects of Social Media on Society,” *International Journal of Computer Sciences and Engineering* 5, no. 10 (2017): 347.

<sup>41</sup> Elisabeta Ioanăș and I. Stoica, “Social Media and Its Impact on Consumers Behavior,” *International Journal of Economic Practices and Theories* (2014): 296.

<sup>42</sup> Carmen Berné and Mercedes Marzo, “Exploring How Influencer and Relationship Marketing Serve Corporate Sustainability,” *Sustainability* 12 (2020): 2, <https://doi.org/10.3390/su12114392>.

<sup>43</sup> “Türkiye Büyük Millet Meclisi Dijital Mecralar Komisyonu Tutanak Dergisi”, 04.11.2021 Tarihli Toplantı, erişim tarihi Temmuz 28, 2023, [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2849](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2849) . 13.

### III. SOSYAL MEDYA PLATFORMLARINDA YER ALAN BAŞLICA REKLAM TÜRLERİ

Sosyal medya platformlarında yer alan reklamlar, bazen geleneksel reklamlarla benzerlik gösterse de bu platformlar kendilerine özgü reklam türleri de sunmaktadır.

Sosyal platformların doğrudan kendi bünyelerinde kullanıcılarına sundukları reklam yapıları farklılıklar göstermektedir. Ancak, hemen her popüler sosyal medya platformu kullanıcılarına belirli bir ücret karşılığında görsel, işitsel, metin tabanlı, video içerikli ve etkileşimli reklam türleri sunmaktadır. Bu reklamlar çoğunlukla platformların sponsorlu içerikler şeklinde kendi bünyelerinde yer verdikleri reklamlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm bu reklam türleri çoğunlukla sosyal medya kullanıcılarının ana akışlarında yayınlanmaktadır. Kimi zaman bu reklamlar kullanıcılara doğrudan reklam veren ile etkileşime geçme olanağı da tanımaktadır. Sosyal medya platformlarının sundukları imkanlar ile reklam verenlerin ilgili sosyal medya platformuna ödeme yaparak hedef kitleye sundukları reklamlara, Reklam Kurulu'nun birçok kararında yer verildiği görülmektedir.<sup>44</sup>

Başlıca sosyal medya platformlarının kendi bünyelerinde reklam verenlere sundukları reklam türlerine kısaca değinmekte yarar görmekteyiz.

Harvard Üniversitesi'nde öğrenci olan üç arkadaş tarafından 2004 yılında kurulan "Facebook"<sup>45</sup> isimli sosyal medya platformu günümüzün en yaygın kullanılan platformlarından biridir. Bu platformda kullanıcılar temelde; görsel reklamları, video reklamları, dönen reklamlar ve koleksiyon reklamlar olmak üzere dört farklı reklam türü sunulmaktadır.<sup>46</sup> Reklam verenler, sosyal medya

<sup>44</sup> Reklam Kurulu, D. 2020/2105, T. No. 305, 12.1.2021; Reklam Kurulu, D. 2022/3512, T. No. 328, 13.12.2022; Reklam Kurulu, D. 2022/1641, T. No. 326, 11.10.2022; Reklam Kurulu, D. 2021/5120, T. No. 320, 12.4.2022.

<sup>45</sup> Niels Brügger, "A Brief History of Facebook as a Media Text: The Development of an Empty Structure," *First Monday* (2015), <https://doi.org/10.5210/fm.v20i5.5423>.

<sup>46</sup> "Facebook Reklamları Kılavuzu: Reklam Formatı Teknik Özellikleri ve Tavsiyeleri," Facebook Ads Guide, erişim 13 Mart 2022, <https://tr-tr.facebook.com/business/ads-guide>.

platformuna doğrudan ödeme yaparak istedikleri reklam içeriklerini uygun gördükleri formatta herhangi bir asgari tutar olmaksızın yayınlatabilmektedir.<sup>47</sup>

Meta isimli şirketin sahip olduğu popüler sosyal medya platformlarından bir tanesi olan “Instagram”, platform bünyesinde yer alan; örneğin hikaye, video ve fotoğraf paylaşımı gibi her türlü paylaşım yoluyla reklam yayınlanmasına olanak sağlamaktadır.

Kullanıcıların “Tweet” diye adlandırılan temelde metin içerikli ve metinlerle birlikte video ve fotoğraf paylaşımı da içeren gönderiler paylaşmalarına olanak sağlayan bir sosyal medya platformu olan Twitter, kendi bünyesinde üç farklı reklam türü barındırmaktadır. Bu reklam türleri; sponsorlu reklamlar, takipçi reklamları<sup>48</sup> ve trend ele geçirme reklamlarıdır. Reklamlarda açıkça “sponsorlu” ibaresinin kullanıldığı görülmektedir.<sup>49</sup>

Adeta bir “eğlence platformu” olan Tiktok isimli sosyal medya platformu<sup>50</sup>, reklam verenlere organik içerikler, top view, yayın içi reklam, tam ekran reklamları, marka efektleri, markalı hashtag kapışmaları gibi yöntemler sunmaktadır.

Reklam gelirleri ile finanse edilen Google’un<sup>51</sup> sahip olduğu bir sosyal medya platformu olan YouTube, atlanabilir video reklamlar, atlanamayan video reklamlar, bumper reklamlar ve yer paylaşımli reklamlar<sup>52</sup> olacak şekilde kullanıcılarına çeşitli reklam türleri sunmaktadır.

---

<sup>47</sup> “Günlük Bütçeler Hakkında” Meta İşletme Yardım Merkezi, erişim tarihi Ağustos 01, 2022, <https://tr-tr.facebook.com/business/help/190490051321426>.

<sup>48</sup> “What Are Promoted Ads?,” Twitter Business, erişim tarihi Ağustos 01, 2022, <https://business.twitter.com/en/help/overview/what-are-promoted-ads.html>.

<sup>49</sup> “What Are Promoted Ads?”

<sup>50</sup> “Türkiye Büyük Millet Meclisi Dijital Mecralar Komisyonu Tutanak Dergisi,” 20.01.2022 Tarihli Toplantı Tutanağı, 10, 11, erişim tarihi Temmuz 28, 2023, [https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2907](https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2907)

<sup>51</sup> “Türkiye Büyük Millet Meclisi Dijital Mecralar Komisyonu Tutanak Dergisi,” 02.12.2021 Tarihli Toplantı Tutanağı, 13, erişim tarihi Temmuz 28, 2023, [https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2890](https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2890)

<sup>52</sup> “YouTube’da kullanılan reklam biçimleri - YouTube Yardım,” YouTube Yardım, erişim tarihi Ağustos 02, 2022, <https://support.google.com/youtube/answer/2467968?hl=tr>.

2016 yılında Microsoft tarafından satın alınan<sup>53</sup> LinkedIn, reklam verenlere birtakım özellikleri kullanarak hedef kitle belirleme imkanı sağlamaktadır. LinkedIn'in doğrudan kendi bünyesinden kullanıcılara sunduğu başlıca reklam türleri; sponsorlu içerik, metin reklamları, sponsorlu mesajlaşma, dinamik reklamlar ve LinkedIn dışında reklam yerleştirmedir.<sup>54</sup> LinkedIn kendi bünyesindeki reklamlar ile, reklam verenlerin diğer şirketlerden farklılaşma imkanı bulduklarını ve müşteri ilişkilerini kuvvetlendirdiğini iddia etmektedir.<sup>55</sup>

Yukarıdaki sosyal medya platformlarının çeşitlerini arttırmak mümkündür, ancak çalışmamız kapsamında genel bir çerçeve çizmesi açısından söz konusu popüler platformların yeterli olduğu kanaatindeyiz. Görüleceği üzere, yukarıda bahsedilen reklam türleri adeta klasik reklamların güncel sosyal medya kullanımına uygun hale getirilmiş versiyonlarıdır. Kullanıcılar ilgili platformlara ödeme yaparak, uygun formatlarda reklam verebilmektedir. Bu tür reklamlarda, tıpkı klasik reklamlarda olduğu gibi yürürlükteki gerekli reklam kurallarına uymanın gerekli olduğu aşikardır. Örneğin, LinkedIn'de kullanıcıların akış sayfasına düşürülen bir ilaç reklamı ile ilgili, Birleşik Krallık İlaç ve Sağlık Ürünleri Düzenleme Kurumu'nun, ilgili düzenlemelere aykırılık sebebiyle yapılan şikâyeti haklı bulunduğu bir kararı bulunmaktadır.<sup>56</sup>

Bunların yanı sıra, doğrudan sosyal medya platformu üzerinden yapılmayan ancak, doğası gereği sadece sosyal medya platformlarında ortaya konan bir takım reklam türleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sosyal medya etkileyicisi

<sup>53</sup> "LinkedIn Hakkında", erişim tarihi Ağustos 04, 2022, <https://about.linkedin.com/tr-tr>.

<sup>54</sup> "LinkedIn Ads ve Pazarlama Çözümleri - Genel Bakış," LinkedIn Help, erişim tarihi Ağustos 04, 2022, <https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/a420491/linkedin-ads-ve-pazarlama-cozumleri-genel-bak-s?lang=tr>.

<sup>55</sup> "Türkiye Büyük Millet Meclisi Dijital Mecralar Komisyonu Tutanak Dergisi," 03.03.2022 Tarihli Toplantı Tutanağı, 17, erişim tarihi Temmuz 28, 2023, [https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2924](https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2924).

<sup>56</sup> "Promotion of Intrathecal Baclofen by Medtronic Limited," GOV.UK, erişim 24 Temmuz 2023, <https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-march-2021/promotion-of-intrathecal-baclofen-by-medtronic-limited>.

(influencer)<sup>57</sup> olarak ifade edilen kimseler aracılığı ile yapılan reklamlardır. Adından da anlaşılacağı üzere “sosyal medya etkileyicisi” bizzat sosyal medya ile ortaya çıkan bir kavramdır. Bu reklam türünde reklam verenler, doğrudan yahut çeşitli araçlar kullanarak sosyal medya etkileyicileri ile iletişime geçmekte ve tanıtım yapılması yoluyla ürün yahut hizmetlerin sosyal medya etkileyicileri sayesinde geniş kitlelere ulaşmasını hedeflemektedir.

Çalışmamızın bu kısmında öncelikle, sosyal medya etkileyicilerinin birtakım davranışları incelenecek ve bu davranışların hangi durumlarda reklam kapsamında kabul edileceği ele alınacaktır. Ardından sosyal medya platformlarında yer alan; yeniden paylaşma, beğenme ve sayfa kurma gibi davranışların reklam kapsamında kabul edilebilirliği ele alınacaktır.

### **A. Sosyal Medya Etkileyicilerinin Çeşitli Davranışlarının Reklam Kapsamında Değerlendirilmesi**

Sosyal medya platformlarının kullanıcı sayılarının her geçen gün artması, bu platformlardaki popülerliği diğer insanlara göre daha fazla olan kullanıcıların ortaya çıkmasını da beraberinde getirmiştir. Bu popüler hesap sahiplerine ilişkin farklı isimlendirmeler bulunsa da<sup>58</sup> “sosyal medya etkileyicisi” (influencer)

---

<sup>57</sup> Her ne kadar “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz” sosyal medya etkileyicisinin tanımı “*Sosyal medya hesabı üzerinden kendisine veya reklam verene ait bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla pazarlama iletişiminde bulunan kişi...*” (md. 4/1-b) olarak ifade edilmiş olsa da, doktrinde bu kişilerin yüksek sayıda takipçiye sahip olmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Detaylı bilgi için Bkz. Nadja Enke ve Nils S. Borchers, “Social Media Influencers in Strategic Communication: A Conceptual Framework for Strategic Social Media Influencer Communication,” *International Journal of Strategic Communication*, 13, no. 4, 261, erişim tarihi Haziran 21, 2023; Gerrit Sundermann ve Thorsten Raabe, “Strategic Communication through Social Media Influencers: Current State of Research and Desiderata,” *International Journal of Strategic Communication*, 13, no. 4, 271, erişim tarihi Haziran 21, 2023. Ayrıca Berlin Yüksek Mahkemesi’nin sosyal medya etkileyicilerinin yüksek sayıda insana ulaşabilmesine vurgu yapması, bu görüşü destekler niteliktedir. İlgili karar için bkz. Rossana Ducato, “One Hashtag to Rule Them All?: Mandated Disclosures and Design Duties in Influencer Marketing Practices,” *The Regulation of Social Media Influencers*, (2020): 21.

<sup>58</sup> Sosyal medya etkileyicilerinin farklı platformlarda “blog yazarı”, “yayıncı”, “ünlü” ve “içerik üreticisi” gibi isimlerle anıldıkları bilinmektedir. Bkz. Advertising Standards Authority |

kavramı kabul gören bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Sosyal medya platformlarında ünlünen bu kişiler genel olarak klasik ünlülerden farklı olarak film, müzik yahut televizyon programları aracılığı ile değil sosyal medya paylaşımları ile tanınır hale gelmektedir.<sup>59</sup> Bu bilinirlik artışı ile adeta kendileri birer marka haline gelen sosyal medya etkileyicileri, reklam verenlerin de hedef kitleye ulaşabilmek adına dikkatlerini çekmeye başlamıştır.<sup>60</sup> Reklam Kurulu ile Reklam Özdenetim Kurulu tarafından yürütülen “Instagram’daki Influencer Reklamlarının Yapay Zeka ile Taranması Projesi” kapsamında yapılan araştırmalarda, en büyük reklam yatırımın dijital platformlara yapıldığının ortaya konması, sosyal medya etkileyicilerinin reklam verenler açısından ne denli önemli olduğunu gösterir niteliktedir.<sup>61</sup>

Sosyal medya etkileyicilerinin çeşitli paylaşımlarının reklam olarak ele alınabilirliği için, öncelikle reklamın zorunlu unsurlarını taşıyıp taşımadığı incelenmelidir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, eğer bir davranış reklamın zorunlu unsurları olan mesaj (tanıtım) unsuru, reklam yapma iradesi unsuru ve araç (mecra) unsurunu bünyesinde barındırıyorsa artık ortada bir reklamın varlığından söz edilebilecektir. Bunlara ek olarak, çeşitli kaynaklarda sayılan reklamın zorunlu olmayan birtakım unsurları da reklam yapma iradesinin varlığının tespiti açısından bize yol gösterici olabilecektir. Örneğin, reklam veren ile sosyal medya etkileyicisi arasında, yapılacak paylaşım için bir “ücret” belirlenmiş olması halinde, bu durum “reklam yapma iradesi”nin varlığına adeta bir karine teşkil edecektir.

Sosyal medya etkileyici tarafından sosyal medyada gerçekleştirilen herhangi bir eylem reklamın zorunlu unsurlarını taşıyorsa, söz konusu davranış artık

---

Committee of Advertising Practice, “Recognising ads: Social media and influencer marketing”, Committee of Advertising Practice, erişim tarihi Temmuz 25, 2023, <https://www.asa.org.uk/advice-online/recognising-ads-social-media.html>.

<sup>59</sup> S. Venus Jin, Aziz Muqaddam ve Ehri Ryu, “Instafamous and social media influencer marketing,” *Marketing Intelligence & Planning* 37, no. 5 (2019): 568.

<sup>60</sup> Susie Khamis, Lawrence Ang ve Raymond Welling, “Self-Branding, ‘Micro-Celebrity’ and the Rise of Social Media Influencers,” *Celebrity Studies* 8, no. 2 (2017): 192.

<sup>61</sup> “Instagram’daki Influencer Reklamlarının Yapay Zeka ile Taranması Projesi başladı,” *Reklam Özdenetim Kurulu* (blog), erişim tarihi Ekim 3, 2022, <https://www.rok.org.tr/haberler/instagram-reklamlarinin-yapay-zeka-ile-taranmasi-projesi-basladi/>.

reklam kabul edilecek<sup>62</sup> ve reklamların tabi olduğu hukuki düzenlemelere tabi olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, her ne kadar bu bölümde “sosyal medya etkileyicisi” reklamlarından bahsediyor olsak da bir davranışın reklam olarak değerlendirilmesi için “sosyal medya etkileyicisi” tarafından gerçekleştirilmesi zaruri değildir. Reklamlar çoğunlukla “sosyal medya etkileyicisi” olan kişiler tarafından yapılıyor olsa da reklamın zorunlu unsurlarını taşıması durumunda çok az sayıda takipçisi olan bir profil sahibinin paylaşımları da reklam kapsamında kabul edilebilecektir. Reklam Kurulu kararları da bu ifadeleri doğrular şekilde, çoğunlukla “sosyal medya etkileyicisi” olan kişilere ilişkin olsa da, kimi zaman az takipçi sayısına sahip olan sosyal medya kullanıcılarının paylaşımlarına ilişkin de ceza kararları verildiği görülmektedir.<sup>63</sup> Ancak, bu kısımda ele alacağımız paylaşım türlerinin çoğunlukla sosyal medya etkileyicileri tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle, çalışmamızın bu kısmına “sosyal medya etkileyicilerinin çeşitli davranışlarının reklam kapsamında değerlendirilmesi” başlığını uygun gördük. Herhangi bir sosyal medya etkileyicisinin herhangi bir ürün yahut hizmetin en azından tanınırlığını arttırmak adına, takipçilerini söz konusu ürün yahut hizmete yönlendirmesinin reklam kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu tarz bir paylaşım reklamın zorunlu unsurları olan, “mesaj”, “reklam yapma iradesi” ve “mecra” unsurlarına sahip olacaktır. Reklam Kurulu’nun da bu tarz yönlendirmeleri reklam kapsamında kabul ettiği görülmektedir.<sup>64</sup> Sadece söz konusu paylaşımın ticari bir reklam olup olmamasına bağlı olarak tabi olacağı hukuki düzenlemeler farklılık arz edebilecektir. Söz gelimi, deprem bölgesinde gerçekleştirilen bir yardım faaliyetine ilişkin tamamen gönüllü olarak yapılan bir paylaşım ticari reklam sayılmazken, bir markanın ürününün hedef kitleye tanıtılması ticari reklam kapsamında değerlendirilecektir.

---

<sup>62</sup> Sosyal medya platformlarının reklam mecrası olması hakkında bkz. Özdemir ve Doğanay, “Bir Mecra Olarak Sosyal Medya.”

<sup>63</sup> Reklam Kurulu, D. 2021/4573, T. No. 315, 09.11.2021., Reklam Kurulu, D. 2021/4575, T. No. 315, 09.11.2021.

<sup>64</sup> Reklam Kurulu, D. 2022/4272, T. No. 326, 11.10.2022.

Kuşkusuz ki sosyal medya etkileyicilerinin, sosyal medya platformlarında gerçekleştirdikleri davranışlar sadece doğrudan bir ürün yahut hizmetin paylaşımından ibaret değildir. Bu kimselerin sosyal medya platformların sergiledikleri diğer bir kısım davranışın da reklam kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesinde fayda görmekteyiz. Değerlendireceğimiz bu davranışlar sırasıyla; sosyal medya hesabının tanıtılması, sosyal medya etkileyicisinin kendisine ait olan marka/ürün/hizmetin tanıtılması ve link paylaşımıdır.

## 1. Sosyal Medya Hesabının Tanıtılması

Sosyal medya platformlarında oluşturulan profillerin etkileşim yoğunluğu maddi anlamda bir değere sahiptir. Zira etkileşimi ve takipçi sayısı fazlaca olan sosyal medya hesapları, başta reklamlar olmak üzere, farklı yollarla hesap sahiplerine ekonomik gelir sağlamaktadır. Bu sebeple, mali değeri olan sosyal medya hesapları dijital birer mal varlığı konumundadır.<sup>65</sup> Hatta, doktrinde çeşitli tartışmalar bulunsa da, sosyal medya hesaplarının terekeye dahil edilmesi gerektiği yönünde görüşler mevcuttur.<sup>66</sup> Bunun yanında sosyal medya hesaplarının, hesap sahiplerine, hesapların başka kimselere satışı yoluyla dahi gelir getirdiği,<sup>67</sup> sosyal medya hesaplarının satışı yapılan internet sitelerinin bulunduğu görülmektedir.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Süleyman Yılmaz ve Vehbi Umut Erkan, "Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2020): 579, <https://doi.org/10.21492/inuhfd.789817>.

<sup>66</sup> Konunun detaylı incelemesi için bkz. Nurten İnce Akman, "Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2018): 527.

<sup>67</sup> "Satılık Instagram Hesabı Almak Doğru mu?," *Webtekno*, erişim tarihi Ekim 04, 2022, <https://www.webtekno.com/satilik-instagram-hesabi-almak-dogru-mu-h107277.html>;  
"Online Hesap Satın Al - Eski Tarihli Hesaplar - Projelik Hesaplar - Eski Tarihli Takipçili Hesaplar," *Wmaracı*, erişim tarihi Ekim 04, 2022, <https://wmaraci.com/forum/instagram-hesap-alisverisi/online-hesap-satin-al-eski-tarihli-hesaplar-projelik-hesaplar-eski-tarihli-takipcili-hesaplar-694199.html>.

<sup>68</sup> "Ana Sayfa - Hesap Satın Al," *Hesapa*, erişim Ekim 04, 2022, <https://onlinehesapsatinal.com/>;  
"Satılık Instagram Hesabı ilanları," *Hesap Sat*, erişim Ekim 04, 2022, <https://hesapsat.net/instagram/satilik-hesap>;  
"Instagram Hesap Satın Al - Satılık Instagram Hesapları | instaAVM," *InstaAVM* (blog), erişim tarihi Ekim 04, 2022, <https://www.instaavm.com/instagram-hesap-satin-al/>.



Sosyal medya hesaplarının bizzat ekonomik değeri olması nedeniyle, sosyal medya kullanıcıları, kendilerine ait hesapların değerini arttırmak için çeşitli yöntemlere başvurmaktadır. Günün sonunda hesap sahipleri için çeşitli riskler barındırır da<sup>69</sup> kimi zaman takipçi satın alınması dahi gündeme gelen metotlar arasında yer almaktadır.<sup>70</sup> Bu tarz yöntemlerle çok sayıda kişinin itibar ettiği bir profil çizilmeye çalışılarak daha güven verici ve tanınmış bir görünüm oluşturulmaya çalışılmaktadır.<sup>71</sup>

Sosyal medya hesabının ekonomik değerini arttırmak ve yeni takipçiler ve etkileşimler almak adına başvurulmuş diğer bir yöntem, hesabın bulunduğu sosyal medya platformuna ödeme yapılarak hesabın öne çıkarılmasını sağlamaktır. Yapılan ödeme karşılığında ilgili platform, belirli paylaşımların diğer kullanıcıların önüne düşürülmesini vaat etmektedir.<sup>72</sup> Bu yolla hesabını öne çıkarma hizmeti satın alan bir sosyal medya etkileyicisinin eylemi sonunda diğer kullanıcıların önüne paylaşım yahut profillerin düşürülmesinin reklam kapsamında kabulü gerekecektir. Zira bu tarz bir etkinlikte, reklamın zorunlu unsurlarının hepsi bulunmaktadır.

Sosyal medya etkileyicileri her ne kadar “kişisel marka”<sup>73</sup> haline gelseler de kendilerinin çeşitli sosyal medya platformlarında bulunan her bir hesabı; ayrı ayrı birer ekonomik değere sahiptir. Kimi zaman sosyal medya etkileyicileri, kendilerini takip eden kimseleri yine kendilerine ait olan başkaca sosyal medya hesaplarını takip etmeye yönlendirmektedir. Bu yönlendirme aynı sosyal medya platformundaki başka bir sosyal medya hesabına yönelik olabileceği gibi,

---

<sup>69</sup> “Here’s What Happens When You Buy Instagram Followers,” Hootsuite, erişim tarihi Haziran 22, 2023, <https://blog.hootsuite.com/buy-instagram-followers-experiment/>.

<sup>70</sup> “Instagram Takipçi Satın Al - %100 Türk Gerçek, Aktif Takipçiler,” Instatakipçi, erişim tarihi Haziran 22, 2023, <https://www.instatakipci.com/>., “Buzzoid Followers,” Buzzoid (blog), erişim tarihi Ocak 10, 2021, <https://buzzoid.com/buy-instagram-followers/>.

<sup>71</sup> “Influencers: obligations and responsibilities in Europe,” Help and Advice for Consumers in Europe European Consumer Center France, erişim tarihi Aralık 28, 2022, <https://www.europe-consommateurs.eu/en/shopping-internet/influencers.html>.

<sup>72</sup> Instagram ve Twitter’da hesabın öne çıkarılması için yapılan ödemeler hakkında detaylı bilgiler için bkz. “Instagram’da Reklam Verilmesi Hakkında,” Meta İşletme Yardım Merkezi, erişim tarihi Haziran 22, 2023, <https://tr-tr.facebook.com/business/help/1603906456518352>, “What Are Promoted Ads?”

<sup>73</sup> Khamis, Ang ve Welling “Self-Branding,” 192.

tamamen farklı bir sosyal medya platformunda yer alan bir hesaba yönelik de olabilmektedir. Bu tarz yönlendirmelerin reklam olup olmadığının tespiti yine, bu yönlendirmelerde reklamın zorunlu unsurlarının bulunup bulunmadığının belirlenmesi ile yapılacaktır.

Öncelikle belirlemek gerekir ki, paylaşım sosyal medya üzerinden yapıldığından “mecra” unsurun varlığı aşıkardır. “Mesaj” unsuru açısından, bu tarz paylaşımların bir hesabın takibine teşvik etmesi sebebiyle, mesaj unsuruna sahip olduğunu ifade etmek yerinde olacaktır. Dolayısıyla en belirleyici unsur “reklam yapma iradesi” olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira söz konu yönlendirmenin “reklam yapma iradesi” taşıyor olduğu kabul edildiği takdirde, paylaşım reklam kabul edilecek ve reklamların tabi olduğu hukuki düzenlemelere tabi olacaktır. Kanaatimizce, sosyal medya hesaplarının birer ekonomik mal varlığı konumunda bulunmaları ve sosyal medya etkileyicilerinin yaptıkları yönlendirmeler ile bu mal varlığının değerini yükseltmeyi hedefledikleri açık olduğundan, bu tarz paylaşımlarda “reklam yapma iradesi”nin var olduğu kural olarak kabul edilmelidir. Hatta hesapların ekonomik değeri gereğince, bu paylaşımların “ticari reklam” kapsamında da değerlendirilip, ticari reklamların tabi oldukları hukuki düzenlemeler tabi olmaları gerektiği ifade edilmelidir. Bu durumda sosyal medya etkileyicisi bizzat reklam veren olacaktır.

## **2. Sosyal Medya Etkileyicisinin Kendine Ait Ürün/Marka/Hizmeti Tanıtması**

Sosyal medya etkileyicilerinin reklam veren olarak kabul edilebileceği bir başka durum, kendi markalarını oluşturarak, oluşturdukları markalar üzerinden ürün veya hizmet sunmaya başlamaları ve markalarının reklamını yapmalarıdır. Etkileyicilerin yaptıkları paylaşımların geniş bir kitleye ulaşması, diğer sosyal medya kullanıcıları tarafından daha fazla dikkate alınmalarını sağladığından, bu durumu avantaja çevirmek isteyen bazı sosyal medya etkileyicilerinin, kendi markalarını oluşturdukları gözlenmektedir. Örneğin, makyaj videolarıyla birçok takipçiye ulaşan bir etkileyicinin zaman içinde kendi ruj markasını oluşturarak satışa başlaması veya YouTube'da 3 milyondan fazla takipçisi olan bir hesabın tişört markası oluşturarak tişört satışına başlaması gibi durumlar sıkça karşılaşılan

örneklerdir.<sup>74</sup> Sosyal medya etkileyicisinin, bu tarz durumlarda da söz konusu ürün/hizmet ile arasındaki sahiplik ve yöneticilik gibi ilişkileri açıklaması gerekmektedir.<sup>75</sup>

Bu durumda iki farklı markalaşma süreci ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, sosyal medya etkileyicisi tarafından gerçekleştirilen kişisel markalaşma veya öz markalaşma süreci söz konusudur. Bu tür markalaşmanın odak noktası bireyin kendisidir.<sup>76</sup> Bu bağlamda, çok sayıda takipçiye sahip olan influencer'ların, bu takipçi kitlesiyle öz markalarını oluşturdukları söylenebilir. İkinci markalaşma süreci ise, öz markaya dayalı olarak inşa edilen bir markalaşmadır. Sosyal medya etkileyicilerinin oluşturdukları markalar, ürettikleri ürünler veya sundukları hizmetlerle ilgili paylaşımlarını reklam olarak değerlendirmek için reklamın zorunlu unsurlarını içermesi gerekmektedir. Bir önceki başlıkta değinildiği üzere, bu tespit için reklam yapma iradesinin bulunup bulunmadığı belirleyici olacaktır ki, söz konusu paylaşımlarda oluşturulan markaya ait ürün yahut hizmetin satışının amaçlanması veya en azından bilinirliğinin arttırılmaya çalışılması reklam yapma iradesinin varlığını ortaya koyacaktır. Reklam Kurulu'nun da bir kararında, bir sosyal medya etkileyicisinin kendisine ait olan şirketi adına açtığı ve yine kendi isminin baş harflerinden oluşan mağazasına ilişkin paylaşımı hakkında; *"herhangi bir reklam ibaresine"* yer verilmediği gerekçesiyle ceza kararı vermesi,<sup>77</sup> Reklam Kurulu'nun da bu görüşte olduğunun gösterir niteliktedir.

### 3. Link paylaşımı

Sosyal medyadaki yaygın kullanımıyla "link" olarak adlandırılan bağlantıların akademik metinlerde genellikle "hyperlink" veya "external hyperlink" olarak ifade edildiği gözlemlenmektedir. "External hyperlink", "dış

---

<sup>74</sup> "Fenomenler marka oldu," Hürriyet, erişim tarihi Ekim 04, 2022, <https://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/fenomenler-marka-oldu-40582231>.

<sup>75</sup> Bu açıklamaların yapılmaması, söz konusu paylaşımların reklam niteliğini etkilemeyecek ancak, yapılan reklamın hukuka aykırılık sebebiyle yaptırımlara tabi olması sonucunu doğurabilecektir. Birleşik Krallık Reklam Standartları Otoritesi de sosyal medya etkileyicilerinin sahip, çalışan, hissedar veya yönetici oldukları durumlarda bunu belirtmeleri gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. "Recognising ads."

<sup>76</sup> Khamis, Ang ve Welling, "Self-Branding," 192.

<sup>77</sup> Reklam Kurulu, D. 2022/4274, T. No. 326, 11.10.2022.

bağlantı" şeklinde Türkçeleştirebilir. Çevrimiçi içeriğe entegre edilmiş etkileşimli bir bağlantıyı ifade eder ve kullanıcıların üzerine tıklayarak diğer web sitelerindeki bilgilere erişmelerini sağlar.<sup>78</sup>

Sosyal medya etkileycilerinin, sosyal medya platformları üzerinden para kazanma yöntemlerinden biri olan "link" verme yöntemiyle önemli gelirler elde ettikleri bilinmektedir. Sosyal medya etkileycisinin takipçileri, paylaşılan linklere tıklayarak o linke yönlendirilen web sitesinden alışveriş yaptıklarında, etkileyici oransal olarak bir gelir elde etmektedir.<sup>79</sup> Bu nedenle, sosyal medya etkileycileri, takipçilerini söz konusu ürünleri satın almaya teşvik etme eğilimindedirler. Hatta bazen sosyal medya etkileycileri, satın almadıkları ürünleri dahi sanki satın almış gibi takipçilerini yönlendirmeye çalışabilirler.<sup>80</sup>

Bu tarz paylaşımlar doğrudan bir ürün yahut hizmetin satışının artırılmasına yönelik davranışlardır. Dolayısıyla, reklam yapma iradesi başta olmak üzere

<sup>78</sup> Carolina Stubb, "The Gray Zone in Marketing: Consumer Responses to Influencer Marketing," Yayınlanmamış Doktora Tezi (Painosalama Oy, Turku, Finland, Åbo Akademi University, 2019), 9.

<sup>79</sup> "Trendyol Influencer Başvuru Formu," Trendyol.com, erişim tarihi Ekim 05, 2022, <https://www.trendyol.com/influencerbasvuru.>; "Influencer - hepsiburada.com," Hepsiburada, erişim tarihi 05, 2022, <https://influencer.hepsiburada.com>.



<sup>80</sup>

Örneğin yandaki paylaşımda linki verilen markanın yetkilisi paylaşımı yapan sosyal medya etkileycisinin ürünü satın almadığını, ancak; ürünü satın almış izlenimi uyandıran bir paylaşım yaptığını ifade etmiştir.

reklamlarda bulunması gereken tüm zorunlu unsurlar, bu tarz paylaşımlarda bulunduğu, bu nevi paylaşımlar reklam kapsamında kabul edilmelidir.

## **B. Sosyal Medya Platformlarındaki Bazı Davranışların Reklam Kapsamında Değerlendirilmesi**

Çalışmamızın bu kısmında sosyal medya kullanımının doğal bir sonucu olarak hemen her kullanıcının gerçekleştirdiği bazı sosyal medya hareketleri reklam hukuku açısından ele alınacaktır. Bu davranışların hangi durumlarda reklam kabul edilebileceği yahut reklam kabul edilemeyeceği incelenecektir.

Gönderi paylaşımı yahut profil oluşturma gibi bazı tüm sosyal medya platformlarında ortak olan davranış biçimleri olduğu gibi, her platformda ortak olmayan birtakım hareketler de çeşitli sosyal medya platformlarında karşımıza çıkmaktadır. Yahut söz konusu davranışların içerik ve türleri farklı sosyal medya platformlarına göre değişiklik arz edebilmektedir. Örneğin, Twitter'da 280 karakter sınır bulunurken, bu sınır Facebook'ta karşımıza çıkmamaktadır. Benzer şekilde Twitter'da başkalarının gönderilerini yeniden paylaşma (retweet) olanağı varken, bu özellik Instagram'da yer almamaktadır. Aşağıda, çeşitli şekillerde birçok sosyal medya platformunda karşımıza çıkan davranış biçimleri incelenmektedir.

### **1. Sayfa Oluşturma**

Sayfa oluşturma, markaların sosyal medya kullanarak hedef kitlelerine ulaşma amacıyla kullandıkları etkili bir stratejidir.<sup>81</sup> Markalar, kendi marka adlarıyla sosyal medya platformlarında hesaplar açarlar ve bu hesaplar aracılığıyla markalarıyla ilgili paylaşımlar yaparlar. Bu paylaşımlar arasında markaların hazırlattığı reklamlar, marka politikaları ve hedef kitle ile etkileşimi artırmaya yönelik içerikler bulunmaktadır. Paylaşımlarda kullanılan üslup ve içerikler, platformun yapısına göre farklılık göstermektedir. Örneğin, bir kahve markası Twitter'da daha çok metin tabanlı paylaşımlara ağırlık verirken,<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Edward C. Malthouse vd., "Managing Customer Relationships in the Social Media Era: Introducing the Social CRM House," *Journal of Interactive Marketing* 27, no. 4 (2013): 273.

<sup>82</sup> "Starbucks Coffee (@Starbucks) / Twitter," Twitter, erişim tarihi Ekim 13, 2022, <https://twitter.com/Starbucks>.

Instagram'da görsellerin ön planda olduğu paylaşımlar yapar<sup>83</sup> ve LinkedIn'de çalışanlarla ilgili paylaşımlara odaklanır.<sup>84</sup>

Bir marka, kişi, kurum veya kuruluşun sayfa oluşturması, kural olarak reklam faaliyeti olarak değerlendirilemeyecektir. Çünkü içeriğinde paylaşım bulunmayan bir sosyal medya hesabı, reklamın gerektirdiği unsurları taşıyamaz. Bu nedenle, bizzat sayfanın oluşturulmasında ziyade, oluşturulan hesaplardaki farklı etkinliklerin reklam niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerekmektedir.

## 2. Gönderi Paylaşımı

Sosyal medyada gönderi paylaşımı yoluyla çeşitli reklamların yapıldığı görülmektedir. Ancak, bu başlık altında, bir kişinin, kurum yahut kuruluşun kendisine ait olan sosyal medya hesabından yaptığı paylaşımların reklam kapsamına girip girmeyeceği incelenecektir.

Daha evvel ifade edildiği gibi, sosyal medyada paylaşılan içerikler, farklı sosyal medya platformlarının yapılarına göre değişiklikler göstermektedir. Bunun yanında yapılan paylaşımlar çoğunlukla hedef kitleye bir mesaj vermek amacıyla yapılmakta, en azından hedef kitlenin dikkatinin çekilmesi hedeflenmektedir. Örnek vermek gerekirse, Instagram üzerinden yapılan bir paylaşımında bir firma depremzedelere yardım yaptıklarına ilişkin bir gönderi paylaşarak firmanın hedef kitle üzerinde olumlu bir imaj bırakmasını hedeflerken, diğer yandan LinkedIn'de yapılan bir gönderi paylaşımında firma çalışanlarının çok mutlu olduğuna vurgu yapılarak duyarlı bir firma olduğuna dair bir izlenim oluşturulmaya çalışılabilir. Bunun yanında bir firmanın kendisine ait sosyal medya hesabında, daha evvel hazırlattığı bir reklam videosu yahut görselini paylaşması yahut sadece firmanın politikalarını açıklamaya yönelik paylaşımlar yapması da karşımıza çıkabilecek örnekler arasındadır. Bu tarz gönderi paylaşımlar reklam kapsamında kabul edildiği takdirde reklamlara ilişkin düzenlemelere tabi olacaktır. Bu durumun tespiti de gönderilerin reklamın

---

<sup>83</sup> "Starbucks Coffee ☕ (@starbucks) • Instagram fotoğrafları ve videoları," Instagram, erişim tarihi Ekim 13, 2022, <https://www.instagram.com/starbucks/>.

<sup>84</sup> "Starbucks: Gönderiler | LinkedIn," LinkedIn, erişim tarihi Ekim 13, 2022, <https://www.linkedin.com/company/starbucks/posts/?feedView=all>.

zorunlu unsurları olan; “mesaj”, “mecra” ve “reklam yapma iradesi” unsurlarını içerip içermediğine göre yapılacaktır.

İlk olarak, bu tarz paylaşımların “mecra” unsuruna sahip olduğu ortadadır. Zira, sosyal medya platformları, hatta bizzat sosyal medya hesapları, daha evvel de belirttiğimiz üzere birer mecra konumundadır<sup>85</sup> ve söz konusu paylaşımlar bu mecralarda yapılmaktadır.

Tespiti gereken diğer unsur “mesaj” unsurudur. Mesaj unsurunun varlığından bahsetmek için söz konusu paylaşımın iletmek istediği bir mesaj bulunmalıdır. Yapılan gönderi paylaşımı ile hedeflenen bir amacın bulunması mesaj unsurunun varlığı için yeterli kabul edilmelidir. Örneğin, hedef kitlenin gözünde olumlu bir imaj çizmek yahut kaliteli ürünlere sahip olduğunu iletmek birer mesaj olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda yapılan her gönderi paylaşımı yukarıda çeşitli örneklerini saydığımızı benzer mesajlar içermektedir. Dolayısıyla, bu tarz paylaşımlarda mesaj unsurunun varlığı kural olarak kabul edilmelidir. Mecra ve mesaj unsurlarına sahip olan bu türden paylaşımların reklam kapsamında kabul edilip edilmeyeceği, “reklam yapma iradesi”nin varlığı halinde mümkün olacaktır.

“Reklam yapma iradesi” her bir paylaşım için somut olarak ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir husustur. Zira bu yöndeki bir iradenin varlığı kimi zaman açık biçimde tespit edilebilir olsa da her zaman çok açık şekilde karşımıza çıkmayabilmektedir. Örneğin, daha önceden hazırlanmış bir reklam videosunu kendi sosyal medya hesabında paylaşan bir markanın söz konusu paylaşımının reklam yapma iradesi taşıdığı aşikarken, firmaya ait çalışma saatlerinin değiştiğine ilişkin bir paylaşımın reklam kapsamına girip girmeyeceği konusu aynı ölçüde net değildir. Bu tarz durumlarda reklam yapma iradesinin varlığı tespit edilirken, yapılan paylaşım ile bilgi verme sınırının ötesine geçilerek, en azından, olumlu izlenim oluşturulması yahut bilinirlik artırılmasının hedeflenmesinin gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin bir firmanın çalışma saatlerine ilişkin yaptığı gönderi paylaşımında, kendisinin diğer firmalardan daha iyi çalışma saatlerine sahip olduğu hususunu vurguluyorsa, bu durumda artık bilgilendirmenin ötesine geçildiği ve yapılan paylaşımın reklam kabul edilmesi gerektiği savunulabilir. Reklam Kurulu’nun da bu görüşe paralel bir görüş

---

<sup>85</sup> Özdemir ve Doğanay, “Bir Mecra Olarak Sosyal Medya,” 300.

içerisinde olduğu görülmektedir. Örneğin, Reklam Kurulu bir kararında, sağlık alanında faaliyet gösteren firmanın Instagram’da yer alan gönderilerinde bulunan bazı kullanımların “*hizmetlere yönelik talep oluşturulduğu*” ve “*sağlık mevzuatında izin verilen bilgilendirme sınırını aşarak ‘reklam’ niteliğinde olduğu değerlendirilmiş*” olduğu gerekçesi ile ilgili paylaşım hakkında ceza verilmesine karar verdiği görülmektedir.<sup>86</sup> Belirtmek gerekir ki, bilgi verme sınırı aşılabildiği paylaşılan gönderinin reklam kabul kapsamında kabul ediliyor olması, söz konusu gönderinin reklamların tabi olduğu hukuki düzenlemelere tabi olacağı manasına gelmektedir. Diğer bir ifade ile ilgili gönderinin reklam kabul edilmesi, bahse konu gönderinin hukuka aykırı bir paylaşım olduğu manasına gelmemektedir. Örneğin, Reklam Kurulu kararlarında, paylaşılan gönderinin reklam olduğunu belirtse de söz konusu reklamın ilgili reklam hukuku düzenlemelerine aykırılık içermediğini ifade etmektedir.<sup>87</sup>

Gönderi paylaşımı yoluyla yapılan reklamlarda da reklamlara ilişkin düzenlemelere uyulmasının gerekli olduğu, Reklam Kurulu kararlarında benzer şekilde, Birleşik Krallık İlaç ve Sağlık Ürünleri Düzenleme Kurumu’nun reklam soruşturma kararlarında da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin kurum, B12 vitaminleri ile ilgili bir gönderi paylaşarak, sağlık alanındaki reklam kurallarını ihlal eden bir firmanın kuralları ihlal ettiğini vurgulayan bir karar vermiştir.<sup>88</sup> Başka bir kararda ise, sosyal medya platformunda gönderi yoluyla reklamı yapılan cinsel sağlık ürünü hakkında gelen şikayet karşısında ise kurumun ihlal olmadığı yönünde karar verdiği görülmektedir.<sup>89</sup>

Diğer yandan, gönderi paylaşımlarında yer alan ifadelerin bilgilendirme sınırını aşmadığı durumlarda artık bir reklamın varlığını kabul etmek mümkün olmayacaktır. Örneğin, işletmenin tadilat sebebiyle bir boyunca kapalı olduğunun ifade edildiği bir gönderi paylaşımında reklam yapma iradesinden söz edilemeyeceği gibi bir reklamın varlığından da söz etmek mümkün olmayacaktır.

---

<sup>86</sup> Reklam Kurulu, D. 2022/250, T. No. 320, 12.04.2022.

<sup>87</sup> Reklam Kurulu, D. 2023/799, T. No. 333, 9.5.2023., Reklam Kurulu, D. 2023/983, T. No. 333, 9.5.2023.

<sup>88</sup> “Advertising Investigations: April 2020,” GOV.UK, erişim tarihi Temmuz 24, 2023, <https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-april-2020>.

<sup>89</sup> “Advertising Investigations: July 2020,” GOV.UK, erişim tarihi Temmuz 24, 2023, <https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-july-2020>.



Reklam Kurulu kararlarında da bilgilendirme ve aydınlatma amaçlı paylaşımların reklam mevzuatına aykırı olmadığı ifade edilmektedir.<sup>90</sup> Bir kararda ise kurul, parasetamol içerikli bir ilaca ilişkin gönderi paylaşımı üzerine gelen şikâyeti kısmen kabul etmiş ilgili kısımdaki ihlale vurgu yapmıştır.<sup>91</sup>

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, gönderi paylaşma eyleminin reklam kapsamında değerlendirilebilirliği her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir konudur. Birtakım paylaşımlar reklam kapsamına girerken, birtakım paylaşımlar reklamın kapsamı dışında kalmaktadır. Gönderi paylaşımı ile ortaya konan içeriğin reklam olarak değerlendirilebilmesi için; bilgi verme sınırını aşması ve ilgili paylaşım ile en azından itibarın artırılması seviyesinde olsa dahi bir menfaat hedeflenmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile, söz konusu paylaşımlarda reklam yapma iradesinin varlığının tespiti halinde, paylaşılan gönderiler reklam kapsamında kabul edilecektir.

### 3. Yeniden Paylaşma

Sosyal medya platformlarının bazılar diğer kullanıcıların yaptıkları gönderi paylaşımlarının, diğer kullanıcılar tarafından yeniden paylaşılmasına olanak tanımaktadır. Örneğin, Twitter’da “retweet” ismiyle karşımıza çıkan bu özellik, LinkedIn’de “paylaş” ismiyle karşımıza çıkmakta, Instagram’da ise bu yönde bir özellik bulunmamaktadır.

Yeniden paylaşma yoluyla sosyal medya platformlarında dolaşan gönderiler, kullanıcılara bir sohbet ortamında bulunma hissi sağlamaktadır. Kullanıcılar, kendilerinden yeni bir ifade eklemeden beğendikleri bir paylaşımı doğrudan kendi sosyal ağlarındaki hesap sahiplerine sunabilme imkanına sahip olmaktadır. Yeniden paylaşım, bir yanıyla bilginin yayılımı ve diğer bir yanı ile ise yaygın bir sohbet ortamına katılma aracı olarak değerlendirilebilmektedir.<sup>92</sup> Ayrıca,

---

<sup>90</sup> Reklam Kurulu, D. 2019/11708, T. No. 299, T. 14.7.2020.

<sup>91</sup> “Promotion of Panadol by GSK Consumer Healthcare (UK) Trading Limited,” GOV.UK, erişim tarihi Temmuz 24, 2023, <https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-december-2020/promotion-of-panadol-by-gsk-consumer-healthcare-uk-trading-limited>.

<sup>92</sup> Danah Boyd, Scott Golder ve Gilad Lotan, “Tweet, Tweet, Retweet: Conversational Aspects of Retweeting on Twitter,” iç. *43rd Hawaii International Conference on System Sciences* (Honolulu, HI: IEEE, 2010), 1.

gönderilerin birçok kişi tarafından tekrar tekrar yeniden paylaşılma potansiyeline sahip olması özellikle pazarlamacıların, yeniden paylaşmayı önemli bir araç olarak algılamasını beraberinde getirmektedir. Salt yeniden paylaşımın yanında, kimi platformlar diğer gönderilere birtakım katkılar yapılarak yeniden paylaşım da olanak tanımaktadır. Örneğin Twitter’da, “retweet” yerine, “tweeti alıntıla” seçeneği kullanılarak, Twitter gönderisinin (tweet) kaynağının belirgin bir şekilde korunduğu bir paylaşım biçimidir. Kullanıcı, eski paylaşımına bir tür ekleme veya yorum yaparak, söz konusu eski paylaşımın da görüneceği yeni bir paylaşım yapmaktadır.

Tıpkı “gönderi paylaşımı” ile ilgili kısımda belirttiğimiz gibi, “yeniden paylaşma” eyleminin reklam olup olmadığı konusundaki değerlendirmenin somut olaylara göre yapılması gerekmektedir. Zira “yeniden paylaşma” sosyal medya platformlarındaki kullanıcıların sergilediği en yaygın organik hareketlerden bir tanesidir. Yeniden paylaşma yoluyla gerçekleştirilen bir eylemin reklam olup olmadığı, söz konusu eylemin reklamın zorunlu unsurlarını barındırıp barındırmadığına göre belirlenmelidir.

Yeniden paylaşımlar, bazen kullanıcıların doğal bir şekilde hoşlarına giden içerikleri paylaşımlarından kaynaklanırken, bazen de bazı hesapların takipçi sayısını yahut etkileşimini artırmak amacıyla gerçekleştirilmektedir. Kimi zaman doğrudan, bir ürün veya hizmet sağlayıcısının paylaştığı içerikler yeniden paylaşılmakta ve bu şekilde sosyal medya takipçileri ilgili ürün ve hizmetlere yönlendirilebilmektedir. Hatta çeşitli internet sitelerinde, yüksek sayılarda “yeniden paylaşma” hizmetinin satılıyor olması,<sup>93</sup> bu eylemin gerçekten de reklam maksadıyla yapılabilecek bir eylem olduğunu destekler niteliktedir.

Bu tür paylaşımların sosyal medya platformlarında gerçekleşmesinden ötürü; reklamın zorunlu unsurlarından olan “mecra” unsurunu barındırdığı, buna ek olarak; yeniden paylaşılan gönderiler bir mesajı içerdiğinden “mesaj” unsurunu da içerdiği aşıkardır. “Reklam yapma iradesi” açısından durum ele alındığında;

---

<sup>93</sup> “Twitter Retweet Satın Al - %100 Türk, Aktif, Gerçek & Garantili,” Sosyal Danışman, erişim tarihi Temmuz 25, 2023, <https://sosyaldanisman.com/twitter-retweet-satin-al/>.; “Twitter Retweet Satın Al - %100 Aktif, Gerçek ve Garantili,” Instatakipci, erişim tarihi Temmuz 25, 2023, <https://www.instatakipci.com/twitter-retweet-satin-al/>.; “Twitter Retweet Satın Al - Gerçek Kullanıcılar - instaAVM,” Instaavm, erişim tarihi Temmuz 25, 2023, <https://instaavm.com/twitter-retweet-satin-al/>.

söz konusu yeniden paylaşım salt hoşça giden bir içeriğin kendi sosyal medya ağı içerisindeki kullanıcılara ulaştırılmasının ötesine geçiyor ve birtakım hesapların bilinirliğini, belirli marka yahut hizmetlerin tanınırlığını arttırmak yahut maddi bir gelir etmek gibi amaçlara sahip ise, reklam yapma iradesinin varlığından bahsetmek gerekecektir. Birleşik Krallık İlaç ve Sağlık Ürünleri Düzenleme Kurumu'nun bir kararında,<sup>94</sup> az sayıda takipçisi olan bir Twitter hesabının yaptığı "yeniden paylaşma"ları (retweet), reklam kabul etmesi ve düzenlemelere aykırılık sebebiyle söz konusu "retweet"leri kaldırtması; kanaatimizce bizim görüşümüzle paralel olarak yerinde bir karar olmuştur.

Reklam Kurulu'nun kararlarında, doğrudan "yeniden paylaşma" eyleminin reklam kabul edildiği bir örneğe rastlamamış olsak da kurulun "*favori/beğeni/sepete eklemeltakipçi vb. sayılarının*" manipüle edilmesi yoluyla çeşitli gönderilerin ön plana çıkarılmasını yanıltıcı nitelikte kabul ettiği ve ceza kararları verdiği<sup>95</sup> bilinmektedir. Kurulun örnekleme yoluyla saydığı durumlar arasına "yeniden paylaşma"nın dahil edilmesi de mümkündür. Zira, "yeniden paylaşma" ile benzer manipülasyonların yapılması oldukça olağandır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, organize şekilde çoklu sayıda olmasa dahi, birtakım hizmet yahut ürünlerin bilinirliğini/itibarını artırma gibi maksatlarla tekil olarak yapılan "yeniden paylaşma"ların da reklam kapsamında kabulü gerekmektedir. Çünkü, böyle bir durumda ilgili davranış reklam yapma iradesi ile meydana getirilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, "yeniden paylaşım" eyleminin gerekli şartları taşıması halinde reklam kabul edilmesi, ancak bu durumun her somut olay açısından kendi içerisinde titizlikle incelenmesi gerektiğini ifade etmek yerinde olacaktır.

---

<sup>94</sup> "27 July 2018: Promotion of Covonia by Thornton & Ross," GOV.UK, erişim tarihi Temmuz 25, 2023, <https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-august-2018/27-july-2018-promotion-of-covonia-by-thornton-ross>.

<sup>95</sup> Reklam Kurulu, D. 2022/5813, T. No. 333, 9.5.2023. Aynı doğrultuda diğer kararlar için bkz: Reklam Kurulu, D. 2022/5810, T. No. 333, 9.5.2023., Reklam Kurulu, D. 2022/5809, T. No. 333, 9.5.2023.

#### 4. Beğenme

Beğenme eylemi, hemen her sosyal medya platformunda kullanılan ve sonuçları değişkenlik gösterebilen bir davranıştır. Örneğin, Twitter'da, kullanıcılar takip ettikleri bir hesabın beğendiği bir paylaşımı, "... isimli kullanıcı beğendi" şeklinde bildirim olarak görebilirken, Instagram'da bu tür bir bildirim doğrudan görüntülenmemektedir. Ayrıca, çok sayıda beğeni alan gönderilerin, bu etkileşim nedeniyle platform algoritmaları tarafından kullanıcılara daha sık gösterilme olasılığı artmaktadır. Ancak, sosyal medya platformlarındaki reklam biçimleri incelendiğinde, ürün ve hizmet sağlayıcılarının hedef kitleye ulaşmak için paylaşımları beğenme yöntemini her platformda kullanmadığı gözlemlenmektedir. Örneğin, Instagram'da kullanıcıların akışında takip ettikleri kişilerin beğendikleri paylaşımlar yer almadığından, beğeni ile reklam yapmanın bu platformda pek mümkün görünmediği söylenebilir. Zira diğer kullanıcıların önüne düşürülmeyecek bir aktivite, hedef kitleye ulaşma noktasında kimseye bir fayda sağlamayacaktır. Bununla birlikte, Twitter ve LinkedIn gibi platformlarda, kullanıcının beğendiği paylaşımlar takipçilerin akışına düşebilmektedir. Dolayısıyla, "beğenme" davranışının reklam kapsamında olup olmadığı, her sosyal medya platformu ve duruma göre ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin, Twitter'da en son 10 beğenisinin beş tanesi bahis sitelerine ait gönderilerden oluşan çok sayıda takipçiye sahip bir hesabın,<sup>96</sup> bu gönderilerin takipçilerinin önüne düşmesiyle görünürlüğünün artırılması amaçlandığını söylemek mümkün olacaktır. Zira söz konusu hesabı takip eden kişiler, beğenilen bu tweetleri kendi ana sayfalarında göreceklerdir.

"Beğenme" eylemini "yeniden paylaşma"dan ayıran en temel özelliklerden bir tanesi, beğenilen içerikler her zaman her takipçinin önüne düşmemektedir. Bir hesabın beğendiği bir paylaşım, sosyal medya platformunun kendi algoritmasına göre bazı takipçilerin ana sayfasına düşmektedir. Ancak, çok yüksek sayılarda takipçiye sahip olan sosyal medya hesaplarının beğendikleri gönderilerin de hatırı sayılır sayıda kullanıcı tarafından görüntüleneceği hesaba katıldığında bu yolla reklam yapılması mümkün görünmektedir. Örneğin, yüksek sayıda takipçisi bulunan bir Twitter hesabının, en son beğendiği 10 tane gönderinin 4 tanesinin

---

<sup>96</sup> "Alın Öpülesi Tivitler (@alniopulesitvt) adlı kişinin beğendiği Tweetler / Twitter," Twitter, erişim tarihi Ocak 06, 2023, <https://twitter.com/alniopulesitvt>.

bahis sitelerinin paylaşımları olması, bu görüşü destekler niteliktedir.<sup>97</sup> Bununla birlikte, sosyal medya kullanıcılarının bazı gönderi veya hesapların görünürlüğünü artırmak amacıyla da beğeni işlemine başvurdukları gözlemlenmektedir. Her bir sosyal medya hesabının dijital birer mal varlığı olduğu<sup>98</sup> göz önünde bulundurulacak olursa, hesabı değerini arttırmaya yönelik bu davranışlar da duruma göre reklam sayılabilecektir.

Her beğenilen içeriğin tanıtım amacıyla beğenildiği veya hangi beğenilen içeriğin takipçilerin ana ekranına düşeceğinin belirlenmesi çok zor olsa da kanaatimize göre beğenme işlemi, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, takipçilerin beğenilen içeriği görmesi amacıyla yapılabilmektedir. Bu tarz durumlarda, “yeniden paylaşma” başlığında izah ettiğimiz üzere, reklamın zorunlu unsurları olan; “mecra”, “mesaj” ve “reklam yapma iradesi” bulunduğundan, beğenme eylemi gerekli şartlar sağlandığı takdirde reklam kabul edilebilecektir.

Reklam Kurulu kararları incelendiğinde, doğrudan “beğenme” işlemi yoluyla yapılan reklamlara ilişkin kararlar karşımıza çıkmasa da, organize şekilde gönderilere toplu beğeni hizmetleri sunulması ile “çeşitli bedeller üzerinden ... gerçekleştirilen favoriler/beğeni/... vb. sayılarının manipüle edilerek ilgili firmaların veya bu firmalara ait ürünlerin sıralamalarda ön plana çıkartılacağı ... vb.” ve bu şekilde “firma ve ürünlerin ilgili internet siteleri/uygulamalarındaki görünürlüğünün yanıtıcı bir biçimde artırıldığı...” gerekçesiyle söz konusu hizmetleri sunan firmaların internet sitelerinde yer alan reklamlar hakkında ceza kararı verildiği görülmektedir.<sup>99</sup> Kanaatimizce, tekil beğenme işlemleri de, bizim yukarıda saydığımız ve bunlara ek olarak Reklam Kurulu’nun belirttiği şekillerle çeşitli hizmet yahut ürünlerin bilinirliğini arttırmaya hizmet edebileceğinden, reklam yapma iradesi ile yapılan “beğenme” işlemleri reklam kapsamında kabul edilmelidir.

---

<sup>97</sup> “Alın Öpülesi Tivitler (@alniopulesitvt) adlı kişinin beğendiği Tweetler / Twitter,” Twitter, erişim tarihi, Aralık 26, 2022, <https://twitter.com/alniopulesitvt>.

<sup>98</sup> Yılmaz ve Erkan, “Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikali,” 579.

<sup>99</sup> Reklam Kurulu, D. 2022/5813, T. No. 333, 9.5.2023. Aynı doğrultuda diğer kararlar için bkz: Reklam Kurulu, D. 2022/5810, T. No. 333, 09.05.2023; Reklam Kurulu, D. 2022/5809, T. No. 333, 09.05.2023.

## 5. Etiket Kullanımı

Reklam kapsamında kabul edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmesi gereken başka bir sosyal medya davranışı, etiket (hashtag) kullanımudur. Sosyal medya platformlarının hemen hepsinde rastlanan bu eylem, çoğunlukla başına "#" işareti konularak bitişik şekilde yazılan ifadeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Etiket kullanılarak yapılan bir paylaşım, kullanıcıların bu etiketi araması durumunda karşılıklarına çıkabilmekte ve sosyal medya platformunun algoritması aracılığıyla da kullanıcılara sunulabilmektedir. Bazı platformlarda, en popüler etiketlerin yoğun tartışılan konular olarak kullanıcılara sunulduğu görülmektedir. Hemen her sosyal medya platformunda karşımıza çıkan bu davranış biçiminin, kimi zaman doğrudan reklam maksatlı kullanımlarının olduğu görülmektedir. Örneğin, Tiktok'ta, etiket kullanımı ile "challenge (meydan okuma) reklamları" isimli bir reklam türü yer almaktadır.<sup>100</sup> Tiktok, bu yöntemin, kullanıcıların görüntüleme tercihlerini kullanarak markaların hızla büyümesine olanak sağladığını ifade etmektedir.<sup>101</sup>

"Etiket kullanımı" işlemi, anahtar kelimeler gibi işlev gören ve sık sık reklam amacıyla kullanılan bir yöntem olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>102</sup> Etiket kullanımının, ilgili hesaplara ulaşmak, bir konuya ilgi duyan kişilere ulaşmak ve sevilen bir markayı vurgulamak gibi çeşitli amaçlarla kullanıldığı bilinmektedir.<sup>103</sup> Dolayısıyla, her ne kadar etiket kullanımı kimi zaman sosyal medya kullanıcıları tarafından organik biçimde kullanılabilir olsa da, etiket kullanımı yoluyla reklam yapılabileceği ifade edilebilir. Organik kullanımlar ile reklam maksatlı kullanımları birbirinden ayırmanın yolu, tıpkı diğer davranış biçimleri için ifade ettiğimiz üzere, bu kullanımlarda reklamın zorunlu unsurlarının varlığına bağlıdır. Örneğin, bir sosyal medya kullanıcısı yaptığı bir paylaşımında sadece

<sup>100</sup> Yusuf Zafer Can Uğurhan ve İbrahim Halil Yaşar, "TikTok'taki Reklam ve Sponsorlu İçeriklerin Satın Alma Niyeti Üzerindeki Rolü: Sosyo-Demografik Değişkenler Özelinde Bir İnceleme," *Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* (2021): 248.

<sup>101</sup> "TikTok For Business," TikTok For Business, erişim tarihi Ağustos 02, 2022, <https://www.tiktok.com/business/tr/apps/tiktok>.

<sup>102</sup> Anastasia Stathopoulou vd., "Consumer Branded #Hashtag Engagement: Can Creativity in TV Advertising Influence Hashtag Engagement?," *Psychology & Marketing* 34, no. 4 (2017): 448.

<sup>103</sup> Philipp A. Rauschnabel, Pavica Sheldon ve Erna Herzfeldt, "What Motivates Users to Hashtag on Social Media?," *Psychology & Marketing* 36, no. 5 (2019): 478.

ziyaret ettiği bir ilçenin veya bir dağın adını etiket olarak kullandığında, bu kullanım reklam olarak kabul edilmemesi gerekirken; bir avukatın yaptığı paylaşımda “#cezaavukati”<sup>104</sup> veya “#icraavukati”<sup>105</sup> ifadesini etiket olarak kullandığı durumda, artık reklamın varlığı kabul edilmelidir. Bu davranış, reklamın zorunlu unsurları olan “mecra”, “mesaj” ve “reklam yapma iradesi”ni bünyesinde barındırmaktadır. Zira söz konusu etiketleme ile ceza hukuku alanında avukat arayışında bulunan muhtemel müvekkillere ulaşılması hedeflenmektedir. Türkiye Barolar Birliği’nin sosyal medya platformlarında ve farklı internet sitelerinde “boşanma avukatı” ibaresine yer veren bir avukat hakkında, avukatın kayıtlı olduğu baro tarafından avukata verilen disiplin cezasını onanması<sup>106</sup> da bu görüşü destekler niteliktedir. Ayrıca, Reklam Kurulu kararlarında “etiket kullanımı”nın reklam maksadıyla gerçekleştirildiğine vurgu yapıldığı ve hatta bu tarz kullanımların gerekli düzenlemelere aykırı olmaları halinde ceza kararlarının verildiği görülmektedir.<sup>107</sup> Özetlemek gerekirse, sosyal medya platformlarında etiket kullanımı organik şekilde gerçekleştirilebileceği gibi, etiketlemenin anahtar kelime işlevi ile ilgili paylaşımı daha geniş kitlelere ulaştırma özelliği nedeniyle, reklam yapma amacına hizmet etmesi de mümkündür. Ancak, etiket kullanımı yoluyla reklam yapılmasına ilişkin değerlendirmelerin somut olayın özelliklerine göre yapılması gerekmektedir. Zira bir bütün olarak, her etiket kullanımı reklamın zorunlu unsurlarını barındırdığı ifade edilemeyecektir.

---

<sup>104</sup> “ARSLAN Hukuk ve Danışmanlık (@arslan.hukukdanismanlik) • Instagram fotoğrafları ve videoları,” Instagram, erişim tarihi Ocak 20, 2023, <https://www.instagram.com/arslan.hukukdanismanlik/>.

<sup>105</sup> “Çağrı Çelik (@avukatcagricelik) • Instagram fotoğrafları ve videoları,” Instagram, erişim tarihi Ocak 07, 2023, <https://www.instagram.com/avukatcagricelik/>.

<sup>106</sup> “Disiplin Kararları,” 2022/441 E., 2022/518 K., 28.05.2022, Türkiye Barolar Birliği, erişim tarihi Ocak 07, 2023, <https://www.barobirlik.org.tr>.

<sup>107</sup> Reklam Kurulu, D. 2022/4272, T. No. 326, T. 11.10.2022., Reklam Kurulu, D. 2021/909, T. No. 311, 13.7.2021.

## 6. Diğer Davranışlar

Dünya nüfusunun %57'den fazlasının, 16-64 yaş grubunda olup internet kullanan insanların %95'te fazlasının<sup>108</sup> ve ülkemizde 60 milyondan fazla insanın sosyal medya platformlarını kullandığı<sup>109</sup> göz önünde bulundurulacak olursa, sosyal medya platformlarının kullanıcılar için adeta birer ikinci hayat simülasyonu konumunda olduğunu ifade etmek abartılı bir iddia olmayacaktır. Hal böyle olunca, sosyal medya platformlarına özgü davranış biçimlerinin sadece yukarıda saydıklarımızdan ibaret olmasını beklemek mümkün değildir. Yukarıda, en genel ve sık kullanıma sahip olup reklam olma potansiyeli barındıran davranış biçimleri ele alınmış olup, bu başlıkta diğer davranış biçimleri bir bütün olarak ele alınacaktır.

Sosyal medya platformlarında karşımıza çıkan başlıca davranışları örnekleme yoluyla sayacak olursak, bu davranışları; gönderilere yorum yapmak, başka kullanıcılara doğrudan mesaj (DM) göndermek, diğer kullanıcılara takip tavsiyesi vermek<sup>110</sup>, kullanıcıları gönderilere yahut yorumlara etiketlemek, diğer kullanıcılara oyun isteği göndermek, platformlarda fan/hayran sayfası/hesabı oluşturmak ve grup kurmak şeklinde özetleyebiliriz.

Yukarıdaki davranış biçimlerinin herhangi birinin reklam kapsamında olup olmadığının tespiti, ilgili davranışın reklamın zorunlu unsurlarını barındırıp barındırmadığına bağlı olarak yapılabilecektir. Bu bağlamda, bir sosyal medya aktivitesi, reklamın zorunlu unsurları olan; "mesaj unsuru", "mecra unsuru" ve "reklam yapma iradesi unsuru" nu bünyesinde barındırıyorsa, artık bir reklamın varlığı gündeme gelecektir. Örneğin, Facebook'ta herhangi bir gönderinin altına bir kimsenin "*sayfama beklerim, A ürünü çok ucuza satıyorum*" yazarak diğer kullanıcıların kendisine ait sosyal medya hesabına gitmesini hedefleyen bir yorum yaptığını düşünecek olursak; bu durumda reklamın tüm zorunlu unsurları söz

<sup>108</sup> "Social Media Users Pass the 4.5 Billion Mark," We Are Social UK, 21 October 2021, erişim tarihi Ocak 20, 2022, <https://wearesocial.com/uk/blog/2021/10/social-media-users-pass-the-4-5-billion-mark/>.

<sup>109</sup> "Digital in Turkey: All the Statistics You Need in 2021," DataReportal - Global Digital Insights, erişim tarihi Ocak 20, 2022, <https://datareportal.com/reports/digital-2021-turkey>.

<sup>110</sup> "Follow Friday (#FF)," *Social Media Marketing & Management Dashboard* (blog), erişim tarihi Ocak 20, 2023, <https://blog.hootsuite.com/social-media-definitions/follow-friday-ff/>.



konusu yorumda bulunduğundan, bahse konu olan yorum reklam kapsamında değerlendirilecektir. Bunun yanında çeşitli gönderilerin altlarına yapılan yorumlar ile de hedef kitleyi etkilemek amaçlanabilmektedir. Söz gelimi, telefon kılıfı satan ve buna ilişkin sosyal medya platformunda gönderi paylaşan bir firmanın gönderisinin altına yapılan yorum kimi zaman tamamen organik kullanıcı memnuniyeti yazısı olabilirken, kimi zaman bizzat firma sahipleri tarafından çeşitli kullanıcılara yazdırılabilmektedir. Hatta, Reklam Kurulu kararlarında yorum hizmeti sunan firmaların var olduğu görülmektedir.<sup>111</sup> Böyle durumlarda, diğer kullanıcıların doğrudan bir ürüne/hizmete yönlendirilmesi hedeflendiği için, reklam yapma iradesiyle hareket edildiği açıktır. Dolayısıyla bu tarz yorumlar da reklam kapsamında kabul edilmelidir.

Benzer bir biçimde; normal şartlarda kullanıcıların kendi aralarında özel konuşmalar yapması için tasarlanmış olan doğrudan mesaj kullanılarak başka bir kullanıcıya gönderilecek bir mesaj, reklamın zorunlu unsurlarını barındırıyorsa reklam kabul edilecektir. Doğrudan mesaj gönderimi, kullanıcıların kişisel mesaj kutularına gönderilen mesajları içerdiğinden, esasında e-posta yahut kısa mesaj (SMS) gönderimleriyle çok benzer bir durum arz etmektedir. Reklam Kurulu kararları incelendiğinde; her ne kadar karşımıza “doğrudan mesaj” reklamlarına ilişkin bir karar çıkmasa da SMS gönderimleri<sup>112</sup> ve e-posta gönderimleri<sup>113</sup> yoluyla reklamların yapıldığı ve gerekli kurallara uyulmadığında söz konusu mesajları/e-postaları gönderenlere ceza verilmesine karar verildiği görülmektedir. Ayrıca, e-posta reklamlarının Birleşik Krallık’taki bazı kararlara da konu olduğu görülmektedir.<sup>114</sup> Ancak tüm bu açıklamaların yanında belirtmek gerekir ki,

---

<sup>111</sup> Reklam Kurulu, D. 2022/2229, T. No. 322, 14.6.2022

<sup>112</sup> Reklam Kurulu, D. 2022/5366, T. No. 332, 11.4.2023., Reklam Kurulu, D. 2017/739, T. No. 263, 8.8.2017.

<sup>113</sup> Reklam Kurulu, D. 2021/4278, T. No. 322, 14.6.2022., Reklam Kurulu, D. 2017/3894, T. No. 272, 16.5.2018., Reklam Kurulu, D. 2023/847, T. No. 333, 9.5.2023.

<sup>114</sup> Birleşik Krallık İlaç ve Sağlık Ürünleri Düzenleme Kurumu’nun ilgili “Reklam Soruşturma” kararları için bkz. “Promotion of Saxenda by Med Connections Limited (Trading as Doctor 4 U),” GOV.UK, erişim tarihi Temmuz 24, 2023, [https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-february-2021/promotion-of-saxenda-by-med-connections-limited-trading-as-doctor-4-u.](https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-february-2021/promotion-of-saxenda-by-med-connections-limited-trading-as-doctor-4-u;); “Promotion of Flector Tissugel 140mg Medicated Plaster (Diclofenac Epolamine) by Windzor Pharma Ltd,”

sadece tanışmak yahut iletişime geçmek gibi amaçlarla kullanıcıların birbirlerine mesaj göndermesi durumunda artık reklam yapma iradesinden bahsedilemeyeceği için ortada bir reklamdaki söz edilmeyecektir.

“Fan sayfası oluşturmak” üzerinden bir örnek ile durumu açıklayacak olursak; Facebook’ta bir ünlü adına oluşturulan bir hayran sayfası<sup>115</sup> gerçekten söz konusu ünlü kişiyi sevenlerin bir araya geldiği bir platform ise, reklamın zorunlu unsurlarını barındırmayacağından artık bu durumda reklamdaki söz edilmeyecektir. Ancak, söz konusu “fan sayfası”nın, ilgili ünlünün kişisel markalaşmasına<sup>116</sup> katkı sağlamak amacıyla bir ajans tarafından oluşturulduğu ihtimalde ise artık sayfanın oluşturulması dahi; reklamın diğer zorunlu unsurları ile birlikte “reklam yapma iradesi” unsurunu taşıdığından ortada bir reklamın varlığından bahsedilecektir.

Yukarıda saydığımızı reklamın zorunlu unsurlarının varlığının tespiti her davranış biçimine ve her somut olaya göre ayrı ayrı ele alınmalıdır. Zira kimi zaman birebir aynı görünen ve iki farklı kişi tarafından gerçekleştirilen bir eylem, sosyal medya kullanıcılarının birisinin davranışı açısından reklam kabul edilebilecekken, diğeri için reklam kapsamı dışında kalabilecektir. Örneğin, ürünlerinin görsellerini sosyal medya üzerinden paylaşan bir firmanın gönderisinin altına tamamen organik bir biçimde ürünlerden çok memnun kaldığını yazan kimsenin paylaşımı reklam kapsamında kabul edilemeyecekken; firmadan aldığı bir ücret karşılığında, hatta kimi zaman ürünü satın almadan dahi, ürünleri çok beğendiğini ve tavsiye ettiğini belirten bir sosyal medya kullanıcısının davranışı, reklamın zorunlu unsurlarını içerdiğinden reklam kabul edilecektir.<sup>117</sup>

---

GOV.UK, erişim tarihi Temmuz 24, 2023,  
<https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-august-2021/promotion-of-flector-tissugel-140mg-medicated-plaster-diclofenac-epolamine-by-windzor-pharma-ltd>.

<sup>115</sup> “Murat Boz Fan Sayfası,” Facebook, erişim tarihi Temmuz 24, 2023,  
<https://www.facebook.com/muratbozfanofficiall>.

<sup>116</sup> Khamis, Ang ve Welling, “Self-Branding,” 192.

<sup>117</sup> Belirtmekte yarar vardır ki, “ücret” her ne kadar reklamın zorunlu unsurları arasında yer almıyor olsa da, bu tarz bir paylaşımın ücret karşılığı yapılmış olması “reklam yapma iradesi”nin

## SONUÇ

Hayatımızın birçok alanında büyük değişiklikleri beraberinde getiren teknolojik gelişmeler, reklam alanındaki anlayışın da zamanla dönüşmesi sonucunu doğurmuştur. Özellikle internetin keşfi ve Web 2.0 kavramının ortaya çıkmasına bağlı olarak, kullanıcıların aktif rol alabilir seviyeye geldikleri sosyal medya platformlarının doğmasına olanak tanımıştır. Geleneksel noktada sosyal medya platformları gündelik hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Hal böyle olunca, klasik reklam mecralarının pazardaki payları yerlerini hızla sosyal medya platformlarına bırakmaya başlamışlardır.

Sosyal medya platformlarının sürekli değişkenlik gösteren doğası nedeniyle, her geçen gün yeni reklam yöntemlerinin kullanılmaya başlanması muhtemeldir. Bu durum, sosyal medya platformlarındaki reklamlarının tespitini de zorlaştırmaktadır. Ancak, organik bir sosyal medya paylaşımı ile reklam kabul edilecek bir sosyal medya davranışının tabi olacakları hukuk süreçleri birbirinden farklı olduğu için, sosyal medyada reklam sayılacak davranışların tespiti önem arz etmektedir.

Bu çalışmada, sosyal medya platformlarında sergilenen ve sosyal medya platformlarına özgü bir takım kullanıcı davranış biçimlerinin reklam kapsamında değerlendirilebilir değerlendirilemeyecekleri incelenmiştir. Bu bağlamda, söz konusu tespitini yapılabilmesi adına öncelikle reklamın zorunlu unsurları başlığı altında, reklam olarak kabul edilen davranışlarda bulunması zaruri olan unsurlar ortaya konulmuştur. Ardından sosyal medyanın kendine has yapısı ve sosyal medya platformlarındaki çeşitli reklam şekillerine değinilmiş ve sosyal medya platformlarının kendilerine has yapısı açıklanmaya çalışılmıştır. Böylece, çalışmamızın temel konusu olan sosyal medya platformlarına özgü birtakım kullanıcı davranışlarının reklam olup olmayacağı konusunun daha anlaşılır hale gelmesi hedeflenmiştir.

---

varlığının tespitinde adeta bir karine görevi görmektedir. Ayrıca, aldatıcı ve örtülü reklamların önlenmesi adına çeşitli ülkelerde, sosyal medya etkileyicisi ile ürün sahibi arasında, ailevi ilişkiler de dahil olmak üzere, herhangi bir bağ var ise bunun belirtilmesi gerektiğine vurgu yapıldığı görülmektedir. Bkz: "Disclosures 101 for Social Media Influencers | Federal Trade Commission," Federal Trade Commission Protecting America's Consumers, erişim tarihi Temmuz 24, 2023, <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/disclosures-101-social-media-influencers>.

Sosyal medya platformlarında yer alan reklam türleri çok fazla olsa da biz bu çalışmada, reklamların unsurlarına, sosyal medya platformlarının yapılarına ve sosyal medya platformlarında yer alan reklamlara ilişkin genel bir çerçeve oluşturduktan sonra platformlarda yer alan kendilerine has olan birtakım kullanıcı davranış biçimlerinin, reklam kabul edilip edilmeyeceğinin ortaya konması ile yetindik.

Bu bağlamda çalışmamızda, neredeyse her sosyal medya platformunda karşımıza çıkabilecek olan sayfa oluşturma, gönderi paylaşımı, yeniden paylaşma, beğenme ve etiket kullanımı gibi çeşitli sosyal medya davranışları ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bu davranışlar, kullanıcılar tarafından genellikle doğal ve organik bir şekilde gerçekleştirilse de zaman zaman aynı davranışların reklam amaçlı olarak da kullanılabilirdiği tespit edilmiştir. Ancak, sosyal medya platformlarının kendilerine özgü yapıları nedeniyle, bir hareketin organik bir sosyal medya davranışı mı, yoksa reklam amacı güden bir davranış mı olduğunun tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Bu sebeple, söz konusu davranışların hangi durumlarda reklam kapsamında kabul edilebileceği konusu, her bir davranış biçimi açısından örnekler ve kararlar yardımıyla açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author has not declared whether this work has received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author has not declared whether ethics committee approval was required.

---

## KAYNAKÇA

- Advertising Standards Authority | Committee of Advertising Practice. "Recognising ads: Social media and influencer marketing." Erişim tarihi, Temmuz 25, 2023. <https://www.asa.org.uk/advice-online/recognising-ads-social-media.html>.
- Akram, W. ve R. Kumar. "A Study on Positive and Negative Effects of Social Media on Society." *International Journal of Computer Sciences and Engineering* 5, no. 10 (2017): 351-54.
- Arens, William F., Michael F. Weigold, Christian Arens ve William F. Arens. *Contemporary Advertising and Integrated Marketing Communications*. New York: McGraw-Hill Irwin, 2011.
- Bağdatlı, Selahattin. *Hukuk Sözlüğü*. İstanbul: Der Yayınları, 1997.
- Barnes, Shenagh ve Michael Blakeney. *Advertising Regulation*. Sydney: Law Book Co., 1982.
- Becan, Cihan. "Geleneksel Mecra ve İnternet Ortamı Arasındaki Reklam İçeriklerine Yönelik Algı Farklılıkları Üzerine Bir Araştırma: İstanbul İli Örneği." *Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 5 (2013): 23-41.
- Berné, Carmen ve Mercedes Marzo. "Exploring How Influencer and Relationship Marketing Serve Corporate Sustainability." *Sustainability* 12 (2020): 4392. <https://doi.org/10.3390/su12114392>.
- Boyd, Danah M. ve Nicole B. Ellison. "Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship." *Journal of Computer-Mediated Communication* 13, no. 1 (2007): 210-30.
- Boyd, Danah, Scott Golder ve Gilad Lotan. "Tweet, Tweet, Retweet: Conversational Aspects of Retweeting on Twitter." İç. *2010 43rd Hawaii International Conference on System Sciences* (2010): 1-10.
- Brügger, Niels. "A Brief History of Facebook as a Media Text: The Development of an Empty Structure." *First Monday* (2015). <https://doi.org/10.5210/fm.v20i5.5423>.
- Camarillo, Gonzalo ve Miguel-Angel García-Martín. *The 3G IP Multimedia Subsystem (IMS): Merging the Internet and the Cellular Worlds*. Weinheim: Wiley, 2004.

- Cambridge Dictionary. "social media." Erişim tarihi Aralık 06, 2021. <https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6z%C3%BCk/ingilizce/social-media>.
- Choudhury, Nupur. "World Wide Web and Its Journey from Web 1.0 to Web 4.0" *International Journal of Computer Science and Information Technologies* 5 (2014): 8096-8100.
- Columbia Law School. "A Brief History of The World Wide Web and The Internet." Erişim tarihi Ocak 18, 2022. <http://www2.law.columbia.edu/donnelly/lda/ih/techprof.html>.
- Çağbayır, Yaşar. *Ötüken Türkçe Sözlük*. İstanbul: Ötüken Neşriyat, 2007.
- DataReportal – Global Digital Insights. "Digital in Turkey: All the Statistics You Need in 2021." Erişim tarihi Ocak 21, 2022. <https://datareportal.com/reports/digital-2021-turkey>.
- Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising (codified version) (Text with EEA relevance), 376 OJ L § (2006). Erişim tarihi Temmuz 28, 2023. <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/114/oj/eng>.
- Ducato, Rossana. "One Hashtag to Rule Them All?: Mandated Disclosures and Design Duties in Influencer Marketing Practices." *The Regulation of Social Media Influencers* (2020): 232-73.
- Enke, Nadja ve Nils S. Borchers. "Social Media Influencers in Strategic Communication: A Conceptual Framework for Strategic Social Media Influencer Communication." 13, no. 4 (2019), Erişim tarihi Aralık 26, 2022. <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/1553118X.2019.1620234?needAccess=true&role=button>.
- Federal Trade Commission. "Disclosures 101 for Social Media Influencers." Erişim tarihi Ekim 24, 2019. <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/disclosures-101-social-media-influencers>.
- Facebook Ads Guide. "Facebook Reklamları Kılavuzu: Reklam Formatı Teknik Özellikleri ve Tavsiyeleri." Erişim tarihi Mart 13, 2022. <https://tr-tr.facebook.com/business/ads-guide>.

GOV.UK. "Advertising Investigations: April 2020." Erişim tarihi Temmuz 24, 2023. <https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-april-2020>.

GOV.UK. "Advertising Investigations: July 2020." Erişim tarihi Temmuz 24, 2023. <https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-july-2020>.

GOV.UK. "27 July 2018: Promotion of Covonia by Thornton & Ross." Erişim tarihi Temmuz 25, 2023. <https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-august-2018/27-july-2018-promotion-of-covonia-by-thornton-ross>.

GOV.UK. "Promotion of Flector Tissugel 140mg Medicated Plaster (Diclofenac Epolamine) by Windzor Pharma Ltd." Erişim tarihi Temmuz 24, 2023. <https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-august-2021/promotion-of-flector-tissugel-140mg-medicated-plaster-diclofenac-epolamine-by-windzor-pharma-ltd>.

GOV.UK. "Promotion of Intrathecal Baclofen by Medtronic Limited." Erişim tarihi Temmuz 24, 2023. <https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-march-2021/promotion-of-intrathecal-baclofen-by-medtronic-limited>.

GOV.UK. "Promotion of Panadol by GSK Consumer Healthcare (UK) Trading Limited." Erişim tarihi Temmuz 24, 2023. <https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-december-2020/promotion-of-panadol-by-gsk-consumer-healthcare-uk-trading-limited>.

GOV.UK. "Promotion of Saxenda by Med Connections Limited (Trading as Doctor 4 U)." Erişim tarihi Temmuz 24, 2023. <https://www.gov.uk/government/publications/advertising-investigations-february-2021/promotion-of-saxenda-by-med-connections-limited-trading-as-doctor-4-u>.

Göle, Celal. *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*. (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1983).

Hasanoğlu, Ergün. "Salih Seyhan, Hakan Temiztürk, Senada Dizdar, Osmanlı Dönemi Bosna Basın Tarihi, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzurum." *Journal of Balkan Research Institute* 6, no. 1 (2017): 223-26.

- Help and Advice for Consumers in Europe European Consumer Center France. "Influencers: obligations and responsibilities in Europe." Erişim tarihi Aralık 28, 2022. <https://www.europe-consommateurs.eu/en/shopping-internet/influencers.html>.
- Hepsiburada. "Influencer - hepsiburada.com." Erişim tarihi Ekim 05, 2022. <https://influencer.hepsiburada.com>.
- Hootsuite. "Here's What Happens When You Buy Instagram Followers." Erişim tarihi Haziran 22, 2023. <https://blog.hootsuite.com/buy-instagram-followers-experiment/>.
- Hürriyet. "Fenomenler marka oldu." Erişim tarihi 04, 2022. <https://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/fenomenler-marka-oldu-40582231>.
- Instagram. "Starbucks Coffee ☕ (@starbucks) • Instagram fotoğrafları ve videoları." Erişim tarihi Ekim 13, 2022. <https://www.instagram.com/starbucks/>.
- Ioanas, Elisabeta ve I. Stoica. "Social Media and Its Impact on Consumers Behavior." *International Journal of Economic Practices and Theories* 4, no.2 (2014). <https://www.semanticscholar.org/paper/Social-Media-and-its-Impact-on-Consumers-Behavior-Ioan%C4%83%C8%99-Stoica/f76fd98949ae0bc38290e0b34773aaeab159a27e>.
- İnal, Emrehan ve Başak Baysal. *Reklam Hukuku ve Uygulaması*. Şişli, İstanbul: XII Levha, 2008.
- İnce Akman, Nurten. "Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 9 (2018): 527-60.
- Jin, S. Venus, Aziz Muqaddam ve Ehri Ryu. "Instafamous and social media influencer marketing." *Marketing Intelligence & Planning* 37, no. 5 (2019): 567-79. <https://doi.org/10.1108/MIP-09-2018-0375>.
- Kaplan, Andreas M. ve Michael Haenlein. "Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media." *Business Horizons* 53, no. 1 (2010): 59-68. <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2009.09.003>.
- Khamis, Susie, Lawrence Ang ve Raymond Welling. "Self-Branding, 'Micro-Celebrity' and the Rise of Social Media Influencers." *Celebrity Studies* 8, no. 2 (2017): 191-208. <https://doi.org/10.1080/19392397.2016.1218292>.



- Lexpera. "İçtihat." Erişim tarihi Temmuz 28, 2023.  
[http://www.lexpera.com.tr/ictihat?gclid=CjwKCAjwzo2mBhAUEiwAf7wj kscgbXm3uUxzJWpMbpQNXp0f6g6OcV6WCAwwpJfJt0voWwkyEaBLGRo CZnkQAvD\\_BwE](http://www.lexpera.com.tr/ictihat?gclid=CjwKCAjwzo2mBhAUEiwAf7wj kscgbXm3uUxzJWpMbpQNXp0f6g6OcV6WCAwwpJfJt0voWwkyEaBLGRo CZnkQAvD_BwE).
- LinkedIn. "Starbucks: Gönderiler | LinkedIn." Erişim tarihi Ekim 13, 2022.  
<https://www.linkedin.com/company/starbucks/posts/?feedView=all>.
- Lüleburgaz Görünüm Gazetesi - İnsana Taraf Gazete. "Lüleburgaz'da bir garip reklam!" Erişim tarihi Mart 14, 2022.  
<http://gorunumgazetesi.com.tr/haber/57943/luleburgazda-bir-garip-reklam.html>.
- Maloney, Michael. "One of the Best Advertising Mediums the Country Can Have: Postage Stamps and National Identity in Canada, New Zealand and Australia." *Material Culture Review* 77-78 (2013): 21-38.
- Malthouse, Edward C., Michael Haenlein, Bernd Skiera, Egbert Wege ve Michael Zhang. "Managing Customer Relationships in the Social Media Era: Introducing the Social CRM House." *Journal of Interactive Marketing* 27, no. 4 (2013): 270-80. <https://doi.org/10.1016/j.intmar.2013.09.008>.
- Meta İşletme Yardım Merkezi. "Günlük Bütçeler Hakkında." Erişim tarihi Ağustos 01, 2022. <https://tr-tr.facebook.com/business/help/190490051321426>.
- Meta İşletme Yardım Merkezi. "Instagram'da Reklam Verilmesi Hakkında." Erişim tarihi Ağustos 01, 2022. <https://tr-tr.facebook.com/business/help/1603906456518352>.
- Olatunji, Rotimi Williams. "Trends in Advertising and Cultures in Nigeria." *Communication Cultures in Africa* 1, no. 1 (2018). <https://doi.org/10.21039/cca.5>.
- Özdemir, Semih Sırrı ve M.Zahid Doğanay. "Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* (2019): 295-337. <https://doi.org/10.18771/mdergi.581896>.
- Reklam Özdenetim Kurulu. "Instagram'daki Influencer Reklamlarının Yapay Zeka ile Taranması Projesi başladı." Erişim tarihi Eylül 28, 2022. <https://www.rok.org.tr/haberler/instagram-reklam-larinin-yapay-zeka-ile-taranmasi-projesi-basladi/>.

- Richards, Jef I. ve Catharine M. Curran. "Oracles on 'Advertising': Searching for a Definition." *Journal of Advertising* 31, no. 2 (2002): 63-77. <https://doi.org/10.1080/00913367.2002.10673667>.
- Shuman, Ronald B. "Identification Elements Of Advertising Slogans." *The Southwestern Social Science Quarterly* 17, no. 4 (1937): 342-52.
- Sundermann, Gerrit ve Thorsten Raabe. "Strategic Communication through Social Media Influencers: Current State of Research and Desiderata." Erişim tarihi Aralık 26, 2022. <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/1553118X.2019.1618306?needAccess=true&role=button>.
- Şafak, Ali. *Hukuk Terimleri Sözlüğü*. Ankara: Rehber Yayıncılık, 1992.
- Şahinci, Dilek. *İnternette aldatıcı reklam ve reklamverenlerin sorumluluğu*. Ankara: Seçkin, 2011.
- Social Media Marketing & Management Dashboard. "Follow Friday (#FF)." Erişim tarihi Ocak 20, 2023. <https://blog.hootsuite.com/social-media-definitions/follow-friday-ff/>.
- Som, Ratana. "Evolution or Revolution - Social Media in Cambodian Newsrooms. The Social Media (R)Evolution?" *Asian Perspectives On New Media* (2012): 11-23.
- Türk Dil Kurumu. "Sözlük." Erişim tarihi Ocak 28, 2023. <https://sozluk.gov.tr/>.
- Stubb, Carolina. "The Gray Zone In Marketing: Consumer Responses To Influencer Marketing." Doktora Tezi, Åbo Akademi University, 2019.
- Trendyol.com. "Trendyol Influencer Başvuru Formu." Erişim tarihi Ekim 05, 2022. <https://www.trendyol.com/influencerbasvuru>.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi. "Komisyon Tutanakları." Erişim tarihi Ocak 11, 2023. <https://www.tbmm.gov.tr/ihtisas-komisyonlari/dijital-mecralar/komisyon-tutanaklari>.
- Twitter. "What Are Promoted Ads?" Erişim tarihi Ağustos 01, 2022. <https://business.twitter.com/en/help/overview/what-are-promoted-ads.html>.
- Twitter. "Starbucks Coffee (@Starbucks) / Twitter." Erişim tarihi Ekim 13, 2022. <https://twitter.com/Starbucks>.

- Uğurhan, Yusuf Zafer Can ve İbrahim Halil Yaşar. "TikTok'taki Reklam ve Sponsorlu İçeriklerin Satın Alma Niyeti Üzerindeki Rolü: Sosyo-Demografik Değişkenler Özelinde Bir İnceleme." *Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* (2021). <https://doi.org/10.11616/basbed.vi.896333>.
- Ung, Bun Y. "A Reflection on Multimedia and Online Journalism in Cambodia." *Cambodian Communication Review* (2015): 53-62.
- We Are Social UK. "Social Media Users Pass the 4.5 Billion Mark." Erişim tarihi Ekim 21, 2022. <https://wearesocial.com/uk/blog/2021/10/social-media-users-pass-the-4-5-billion-mark/>.
- Webtekno. "Satılık Instagram Hesabı Almak Doğru mu?" Erişim tarihi Ekim 04, 2022. <https://www.webtekno.com/satilik-instagram-hesabi-almak-dogru-mu-h107277.html>.
- Weekend Dijital. "Reklamcılar Derneği." Erişim tarihi Mart 21, 2022. <http://rd.org.tr/konkur-ilkeleri>.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk sözlüğü*. Ankara: Yetkin, 2005.
- Yılmaz, Süleyman ve Vehbi Umut Erkan. "Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2020): 567-86. <https://doi.org/10.21492/inuhfd.789817>.
- YouTube Yardım. "YouTube'da kullanılan reklam biçimleri - YouTube Yardım." Erişim tarihi Ağustos 02, 2022. <https://support.google.com/youtube/answer/2467968?hl=tr>.

# HABER BÜLTENLERİ VE TARTIŞMA PROGRAMLARINDA YALAN HABER VE DEZENFORMASYONUN 6112 SAYILI KANUN BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of Fake News and Disinformation in News Bulletins  
and Discussion Programs under Law No. 6112*

**Rümeysa ALUÇ DEMİREL\***

## Öz

Enformasyon çağında bireyler dezenformasyon ve yalan haberlere yoğun biçimde maruz kalmaktadırlar. Özellikle haber bültenleri ve tartışma programlarında bu tür içeriklerin yayılması insanların yanlış bilgilenebilmesine, kamuoyunun yanlış yönlendirilmesine ve sonuçta toplumsal bir huzursuzluğa sebebiyet vermektedir. Halkın haber bültenleriyle bilgi alması veya tartışma programlarında yapılan eleştirilerin veya yorumların halka iletilmesi basın faaliyeti kapsamında ne kadar gerekliyse, toplumun doğru bilgiye ulaşması da o derece önemlidir. Görsel-işitsel medyada dezenformasyon ve yalan haberlere ilişkin ulusal ve uluslararası alanda çalışmalar ve yasal metinler bulunmaktadır. Türkiye’de görsel-işitsel medyada yalan haber ve dezenformasyonla mücadelede Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) görevlidir. 6112 sayılı Kanun’un 8’inci

\* Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Üst Kurul Uzmanı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Doktora Programı öğrencisi, rumeysaalucdemirel@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7948-1588.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 06.09.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 10.10.2023.

**Atıf/Citation:** Aluç Demirel, Rümeysa. “Haber Bültenleri ve Tartışma Programlarında Yalan Haber ve Dezenformasyonun 6112 Sayılı Kanun Bakımından Değerlendirilmesi.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 929-971.

**“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.”** 

maddesindeki “yayın ilkeleri”ne uygunluğu denetlenen yayınlarda dezenformasyon veya yalan haber olduğu tespit edilen içeriklere yönelik kararlar bulunmaktadır. Bu kararlar basın faaliyeti ve ifade özgürlüğü sınırları çerçevesinde ele alınırken “gerçeklik, doğruluk ve tarafsızlık” bakımından da değerlendirilmelidir. Çalışmada öncelikle dezenformasyon ve yalan haber kavramlarının görsel-işitsel medya temelinde ne anlama geldiği, haber ve tartışma programlarında yaşanan dezenformasyon ve yalan haberlere değinilecektir. Tartışma ve haber bültenlerine yönelik RTÜK tarafından verilen kararlar 6112 sayılı Kanun çerçevesinde incelenerek özellikle tartışma programlarında gerçeklik, doğruluk ve tarafsızlık kavramlarının nasıl ele alınması gerektiği, sübjektif bakış açılarının ve yoruma açık ifadelerin sınırları ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Dezenformasyon, Yalan, Haber, RTÜK, Yanıltıcı Bilgi

## **Abstract**

In the information age, individuals are heavily exposed to disinformation and fake news. The dissemination of such content, especially in news bulletins and discussion programs, causes misinformation, misleading public opinion and ultimately social unrest. As much as it is necessary for the public to receive information through news bulletins or to convey criticisms or comments made in discussion programs to the public within the scope of press activity, it is equally important for the public to have access to accurate information. There are national and international studies and legal provision on disinformation and fake news in audiovisual media. In Turkey, the Radio and Television Supreme Council (RTÜK) is responsible for combating fake news and disinformation in audiovisual media. Article 8 of Law No. 6112 regulates the compliance of broadcasts with the "broadcasting principles" and there are decisions regarding content that is found to be disinformation or fake news. While these decisions are handled within the framework of press activity and freedom of expression, they should also be evaluated in terms of "reality, accuracy and impartiality". In this study, firstly, the meaning of the concepts of disinformation and fake news on the basis of audiovisual media, disinformation and fake news in news and discussion programs will be discussed. The decisions made by RTÜK regarding discussion and news bulletins will be examined within the framework of Law No. 6112, and how the concepts of reality, accuracy and impartiality should be handled,

especially in discussion programs, and the limits of subjective perspectives and open-ended statements will be discussed

**Key Words:** Disinformation, Fake, News, RTUK, Misleading Information

## GİRİŞ

Bireylerin toplumda cereyan eden bir meseleyi öğrenmek, yorumlamak veya farklı bakış açılarına ulaşmak adına haber bültenlerini veya haber programlarını yoğun biçimde takip ettikleri bilinmektedir. Haber programlarının özellikle izleyici ve dinleyicilerin en yoğun olduğu prime time zamanlarında yayınlanması söz konusu programlara olan ilgiyi, izleyici ve dinleyici kitlesini artırmaktadır. Dezenformasyon veya yalan haber günümüzde sosyal medya ile eşleşmiş bir kavram olarak karşımıza çıksa da medya ağının bir aracı olarak televizyon ve radyolarda da bu tür içeriklere rastlanmaktadır. Aynı şekilde dezenformasyon ve yalan haberin sosyal medyada olduğu kadar televizyon veya radyoda meydana geliyor oluşu da önemli bir mesele olarak ele alınmaya değerdir. Zira görse-işitsel medyada yer alan yalan haber ve dezenformasyon hızlı bir şekilde toplumda yayılmakta ve etki göstermektedir. Bununla birlikte sosyal medya kullanımının ciddi boyutlara ulaştığı, herkesin sosyal medyada içerik üreticisi olduğu günümüzde bir televizyon veya radyoda programında edinilen bir yalan haberin sosyal medyada yayılma hızı tahmin edilenden daha fazla olacaktır.

Tarihten bugüne insanlar haber almak için farklı araçlar veya araçlar kullanmışlardır. Telefon, radyo, televizyon, internet bu kitle iletişim araçlarındandır. Günümüzde internet kullanımı günden güne artmasına rağmen televizyon ve radyolara olan rağbetin azalmadığı ve dolayısıyla haber almak, eğlenmek veya vakit geçirmek için televizyonların veya radyoların halen kullanıldığı ifade edilmelidir.<sup>1</sup> Haber bültenleri veya tartışma programları halkın televizyon ve radyolardan bilgi aldıkları kaynaklar arasındadır. Bu kaynaklar doğruluğundan emin olmadıkları bilgileri kamuoyuyla paylaşmamakta azami özen göstermelidirler. Zira dezenformasyon veya yalan bilgi devletler içerisinde piyasayı, doğru biçimde siyasete katılımı, eğitimi en nihayetinde sosyal hayatı olumsuz etkileyebilmektedir. Dezenformasyon veya yalan haber neticesinde

---

<sup>1</sup> Ecem Ezgi Yıldız ve Kemal Cem Baykal, "6112 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yayın Hizmeti İlkeleri ve İhlalleri," *Kültür Araştırmaları Dergisi*, no. 11 (2021): 131.

bireyler siyasete katılmadan, piyasada özgür hareket etmeye kadar birçok meselede çekingen davranabilmektedir. Görsel-işitsel medyada haber bültenleri ve haber programlarında bilgiler ve verilerin gerçeklik, doğruluk ve tarafsızlık ilkelerine uygun biçimde hazırlanması gerekmektedir.

Demokratik toplumlarda bilgi edinmenin en temel ve kolay yollarında birinin haberler ve haberler üzerine konunun uzmanları tarafından somut uyuşmazlıklara veya toplumca merak edilen meselelere getirilen yorumlar ve eleştirilerdir. Haberler ve tartışma programları özellikle kamuoyu oluşturmada ciddi bir etkiye sahiptir. Bu açıdan basın faaliyeti, ifade etme ve haber alma hakları Anayasa'da güvence altına alınmaktadır. Fakat yalan haber veya dezenformasyon içeren bilginin ifade hürriyeti veya basın hürriyeti kapsamında Anayasa tarafından güvence altına alınması beklenmemelidir. Zira burada doğru haberden bahsedilemeyecektir. Bu açıdan her haberin veya her yorumun kitle iletişim araçlarınca kamuoyuna duyurulması Anayasal bir özgürlük olarak değerlendirilmemelidir.

Haber bültenlerinde kamuoyu toplumsal, siyasi, ekonomik, kültürel meseleler üzerine bilgilendirilmektedir. Haber bültenlerinin asli görevi doğru ve gerçek bilginin sentezlenerek halka ulaştırılmasıdır. Toplumsal meseleler hakkında bilgilere ulaşılabilecek diğer içerik türü ise tartışma programlarıdır. Tartışma programları 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'da ("6112 sayılı Kanun") haber programları başlığı altında ele alınmaktadır.

Görsel-işitsel faaliyet olarak ister televizyon ister radyo ister internet mecrasında olsun haber bültenlerinin veya tartışma programlarının 6112 sayılı Kanun'un 8'inci maddede sayılan ilkelere uygun olması gerekmektedir. Yalan haber ve dezenformasyon temelinde özellikle 8'inci maddenin (1) bendi ve (ç) bendi oldukça önem arz etmektedir. 8'inci maddenin (1) bendi görsel-işitsel medya için içerik oluşturan medya organlarına içeriklerinde tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk ilkelerine uygun davranmalarına hükmetmektedir. Aynı maddenin (ç) bendi ise kişi veya kuruluşların eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü veya iftira niteliğindeki ifadelerden kaçınmaları gerektiğini hüküm altına almaktadır. Bahsi geçen bentler hem haber bültenleri hem tartışma programları için oldukça önemlidir. Haber bültenlerinde doğruluk, gerçeklik ve tarafsızlık hükümlerine aykırı haber yapılmamalıdır. Aynı şekilde tartışma programlarında da kişilere

doğruluğu ispatlanmamış bir konu üzerinden iftira atılmamalıdır. Her ne kadar tartışma programlarında belli bir konu üzerinde yorum yapılması ifade hürriyeti olarak değerlendirilse de eleştiri sınırlarını aşan şekilde, görünürdeki gerçekliğe dahi uymayan bir bilginin veya yorumun izleyicilere veya dinleyicilere sunulması madde bentlerinin ihlali olarak değerlendirilmelidir. Tartışma programlarının haber bültenlerine göre daha yumuşak bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürenler varsa da tartışma programlarının da haber programı başlığı altında olduğu, kamuoyunun büyük bir bölümünün prime time saatlerinde tartışma programlarının katılımcılarından bilgi aldığı, dolayısıyla söz konusu formatta içerisinde yer verilecek bir yalan haber ve dezenformasyonun kamuoyunda ciddi bir bilgi kirliliğine yol açacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Hem Türkiye’de hem de uluslararası alanda görsel-ışitsel medyada dezenformasyon ve yalan haberlere ilişkin yasal metinler bulunmaktadır. Çalışmamızda bu konuda farklı devlet örneklerine yer verilmektedir. Türkiye’de ise Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (“RTÜK”) haber bültenleri ve tartışma programlarına yönelik hukuki denetimler gerçekleştirmekte, bazı kararlara imza atılmaktadır. Çalışmamızda bu kararlar değerlendirilirken, kararlarda yukarıda bahsi geçen 8’inci maddenin (1) ve (ç) bendi ele alınacaktır. Bu kavramlar haber bültenleri ve tartışma programları için ayrı ayrı değerlendirilecektir.

## I. YALAN HABER VE DEZENFORMASYON KAVRAMLARI

### A. Tanım

Kitle iletişim araçları vasıtasıyla bir olay veya kişi hakkında oluşturulan bilgiler bütünü haber olarak tanımlanmaktadır.<sup>2</sup> Haber, canlıların olduğu her yerde meydana gelmektedir. Bu sebeple bir verinin haber niteliği gerçek bir anın, olayın meydana geldikten sonra açıklanmasında yatmaktadır. Diğer bir anlatımla haber, güncel gelişme, yeni bir konu, kişi veya olay hakkında verilen en yeni bilginin özeti olarak da tanımlanabilmektedir.<sup>3</sup> Haberin, haber olabilmesi için 5N

<sup>2</sup> Aynur Boyer, “Haber Nedir, Nasıl Biçimlendirilir? Geleneksel ve İnternet Gazetelerindeki Farklılık ve Benzerlikler,” *Humanities Sciences* 5, no. 1 (2010): 115.

<sup>3</sup> Aynur Boyer, “Haber Nedir,” 115; Milli Eğitim Bakanlığı, *Gazetecilik, Haberin Nitelikleri* (Ankara: MEGEP Milli Eğitim Bakanlığı, 2013), 5; Oya Tokgöz, “Çeşitli Anlatım Biçimleriyle Günümüzde Haberciliğin Konumu,” *Yeni Yüzyıl’da İletişim Çalışmaları Dergisi* 1, no. 3 (2021): 12.



1K tekniğiyle (Ne, Nerede, Ne zaman, Nasıl ve Neden soruları) oluşturulmuş olması gerekmektedir.<sup>4</sup> Bir haberin sıkı nitelik özellikleri bulunmaktadır ki bu özelliklerin bir haberde var olması, haber içeriğinin olmazsa olmazlarından. Doğruluk, gerçeklik, nesnellik, anlamlılık, kesinlik, hızlılık, inanılabilirlik bu niteliklerden sayılmaktadır.<sup>5</sup> Diğer taraftan habercilikte önemli olan bir bilginin kamuoyuna sunulmasıdır. Bilgi ise kişinin öğrenme, araştırma veya gözlem tekniklerini kullanarak elde ettiği olgu, gerçeklik ve ilkelerin bütününe ifade etmektedir.<sup>6</sup> Haberi, bilginin doğru olup olmadığına göre yalan veya yanıltıcı bilgidен oluşаn haber ve doğru haber olarak ikiye ayırmak gerekmektedir.

Yalan kavramı, alıcıya verilen mesajın aldatici şekilde iletilmesi olarak tanımlanmaktadır.<sup>7</sup> Yalan haber ise haberin kurgusunun yanıltıcı ve yalan metinlerle ortaya çıkması şeklinde meydana gelmektedir.<sup>8</sup> Reuters araştırma raporunda yalan haberin, gazetecilik ilkelerine uygunmuş gibi gösterilen fakat “bilgi kılığına girmiş” yanlış ve yanıltıcı içerik olduğu ortaya koyulmaktadır.<sup>9</sup> Yalan haber, bağlamından koparılmış içeriklerden<sup>10</sup> ve yanıltıcı bilgidен oluşmakta fakat bu kavramla sınırlandırılmamaktadır. Yanıltıcı bilgi ve yalan haber arasında bilginin “haber” niteliğı taşıması ortak özelliğı bulunmaktadır. Dolayısıyla yalan haber, yanıltıcı bilgidен oluşabilmekte fakat bilgi haber gibi sunulduğunda yalan haber meydana gelmektedir.<sup>11</sup>

---

<sup>4</sup> Aynur Boyer, “Haber Nedir,” 117.

<sup>5</sup> Millî Eğitim Bakanlığı, *Gazetecilik, Haberin Nitelikleri*, 6-9.

<sup>6</sup> Türk Dil Kurumu. “Bilgi kavramının Sözlük karşılığı,” Erişim tarihi 18 Eylül 2023. <https://sozluk.gov.tr/>.

<sup>7</sup> Sibel Onursoy, Erdem Alper Turan, Segâh Yeşilyurt ve Fatma Kübra Astam, “Yalan Habere Karşı Tutum ve Davranışlar: Üç Üniversite Örneğinde Durum Araştırması,” *Türk Kütüphaneciliğı* 34, no. 3 (2020): 488.

<sup>8</sup> Sibel Onursoy ve diğerleri, “Yalan Habere Karşı Tutum,” 488.

<sup>9</sup> “What can publishers do about “fake” news?” Reuters Agency, erişim tarihi 16 Ekim 2017 <https://www.reutersagency.com/en/reuters-community/what-can-publishers-do-about-fake-news/>.

<sup>10</sup> Emre Topçu ve Berk Çaycı, “Sosyal Medyada Dezenformasyon: COVID-19 Pandemisi Örneğı,” *TAM Akademi Dergisi* 1, no: 2 (2022): 169.

<sup>11</sup> Merve Ayşegül Kulular İbrahim, “Avusturalya Hukukunda Yalan Haber,” iç. *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, ed. Merve Ayşegül Kulular İbrahim ve Bülent Kent (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 73.

Yalan haber, kamuoyunun ilgisini çekecek niteliklere büründürülmektedir. Böylece haber niteliklerine uygun fakat gerçeğe dayanmayan biçimi haberi yalan haber yapmaktadır.<sup>12</sup> Yalan haberin ortaya çıkışı ekonomik veya siyasi motivasyonlara dayanmaktadır.<sup>13</sup> Doktrinde de yalan haber kavramının politik bir anlam ifade ettiği belirtilmektedir.<sup>14</sup> Yalan haberin belirleyici özelliklerinden biri de kastır. Diğer bir anlatımla yalan haberin ortaya çıkması için haberi üreten kişinin veya kuruluşun bu haberin gerçeğe uygun olmadığı bilincinde olması ve bunu bilmesine rağmen hedef kitleye bu haberi sunması yatmaktadır.<sup>15</sup> Dolayısıyla haber, kamuoyunun bir konu hakkında bilgilenmesini sağlarken yalan haber toplumsal problemlere yol açabilmektedir. Bu açıdan yalan haberin demokrasiye, toplumsal çatışmaya, şiddete ve devlet kurumlarının güvenilirliğine karşı zarar verdiği değerlendirilmektedir.<sup>16</sup> Siyasi katılımın azalması, devlete olan güvenin sarsılması yalan haberin bazı toplumsal etkilerindedir.<sup>17</sup>

Dezenformasyon bir bilginin kötü niyetli biçimde çarpıtılarak ilgisine iletilmesidir. Dezenformasyondaki çarpıtma kasıtlı olarak, zarar verme, aldatma niyetiyle yanlış bilgiyi paylaşma olarak meydana gelmektedir.<sup>18</sup> Ayrıca dezenformasyon yalan haber kavramından daha kapsayıcı bir kavramdır.<sup>19</sup>

<sup>12</sup> Nihal Kocabay Şener, "'Doğruluk Kontrol Merkezi' ve 'Yalan Haber' Kavramlarına İlişkin İçeriklerin Medyada Yansımalarının Araştırılması," *Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi Özel Sayısı*, no. 29 (2018): 359.

<sup>13</sup> Sibel Onursoy ve diğerleri, "Yalan Habere Karşı Tutum," 488; Nihal Kocabay Şener, "Doğruluk Kontrol Merkezi," 360; *Bülent Kent, Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber* "Alman Hukukunda Sosyal Ağlarda Yalan Haber ile Mücadele," ed. Bülent Kent ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 12.

<sup>14</sup> Bülent Kent, "Alman Hukukunda Sosyal Ağlar," 10.

<sup>15</sup> Nihal Şener Kocabay, "Doğruluk Kontrol Merkezi," 359.

<sup>16</sup> Bülent Kent, "Alman Hukukunda Sosyal Ağlar," 12; Ahmet Taha Gedikli, "Karşılaştırmalı Hukukta İnternet Ortamındaki Asılsız Bilgi Paylaşımlarının Önlenmesi," *Bilişim Hukuku Dergisi* 2, no. 2 (2020): 225.

<sup>17</sup> Merve Ayşegül Kulular İbrahim, "Avusturya Hukukunda Yalan Haber," 75.

<sup>18</sup> Sena Kontoğlu, "Avrupa Birliği Hukukunda Dezenformasyonla Mücadele ve Öz Regülasyon Modeli," *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan HaberT*, ed. Bülent Kent ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 128; Murat Balcı ve Kerim Çakır, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)," *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 1 (2023): 3.

<sup>19</sup> Ahmet Ateş, "Dezenformasyonla Mücadele: Kavramlar ve Kurumlar," *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 21, no. 3 (2022): 1577.

Doktrin yalan haber kavramının haber niteliğinde bulunan kasıtlı bir bilgiyi ifade ettiğini, dezenformasyonun ise kasıtlı olarak kamuoyunu yanıltıcı nitelikteki bilgi ve verileri ifade ettiğini belirtmektedir.<sup>20</sup> Yalan haber ve dezenformasyon kavramları birbirlerinin yerini tam olarak tutmamaktadırlar.<sup>21</sup> Dezenformasyon tamamı yalan olmasa da yalan haberleri içinde bulunduran ve zarar verme kastı olan içerik olarak ifade edilmektedir.<sup>22</sup>

Yalan haber ve dezenformasyon dijital teknolojilerin gelişmesiyle daha yoğun şekilde gündemde tutulsa da bu kavramın yeni bir kavram olmadığı ifade edilmelidir. İnternet teknolojisinin henüz yaygın olarak kullanılmadığı dönemlerde de televizyon ve radyo gibi basın faaliyeti<sup>23</sup> yoluyla yalan haberlere ve dezenformasyon içeren bilgilere rastlamanın mümkün olduğu belirtilmektedir.<sup>24</sup>

## II. HABER BÜLTENLERİ VE TARTIŞMA PROGRAMLARI

### A. Genel Açıklama

Kamuoyunu ekonomik, sosyal, kültürel ve benzeri güncel olaylara yönelik bilgilendirmek amacıyla izleyicilere veya dinleyicilere belirli saatlerde ve düzenli olarak sunulan program haber bülteni olarak tanımlanmaktadır.<sup>25</sup> Tartışma programı ise mevzuatta “haber programları” başlığı altında yer almaktadır. Buna göre güncel bir olayın, konunun, ulusal veya uluslararası bir gelişmenin değerlendirildiği, söyleşi haline getirildiği ve bunların tartışma formatı halinde

---

<sup>20</sup> Merve Ayşegül Kulular İbrahim, “Avusturalya Hukukunda Yalan Haber,” 74.

<sup>21</sup> Gülbahar Aytakin, “Fake News: Dijital Çağda Dezenformasyon ve Yalanın Yükselişi,” Güvenli Web, erişim tarihi 3 Haziran 2022, <https://www.guvenliweb.org.tr/blog-detay/fake-news-dijital-cagda-dezenformasyon-ve-yalanin-yukselisi>.

<sup>22</sup> Murat Balcı ve Kerim Çakır, “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A),” 4.

<sup>23</sup> Öğretide basın kavramı ikiye ayrılmaktadır. Basın faaliyetlerinden ilki gazete, dergi veya kitap gibi basılmış eserler, ikincisi ise televizyon, radyo veya internet yayıncılığı olan kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilmektedir. Detaylı bilgi için: Ayvaz Cebre, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkı,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016): 289.

<sup>24</sup> Yasin Söyler, “Fransa’nın Seçim Manipülasyonlarıyla Hukuki Mücadelesi ve Türkiye İçin Öneriler,” *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, ed. Bülent Kent ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim (Ankara: Adalet Yayınevi 2022), 42.

<sup>25</sup> RG. 2.11.2011, S. 28103, madde 4/1.

sunulduğu programlar haber programı olarak nitelendirilmektedir.<sup>26</sup> Çalışmada haber programları başlığı altındaki tartışma programları ele alınacağından ilerleyen başlıklarda haber programları kavramının bir alt başlığı olan tartışma programı kavramının kullanımı tercih edilecektir.

Haber bültenleri, gerçek hayattan, toplumsal sorun veya olaylardan kesitler sunmaktadır. Bu nedenle inanılabilirliği diğer programlara göre daha yüksektir.<sup>27</sup> Tartışma programları ise genellikle canlı olarak sunulan ve güncel bir meselenin stüdyoya çağrılan konuklarla müzakere edildiği, zaman zaman katılanlar arasında tartışmaların yaşandığı bir formatı oluşturmaktadır.<sup>28</sup> Söz konusu programlarda kamuoyunu ilgilendiren güncel bir mesele ele alınmakta fakat program içeriğinde çoğunlukla konuşanın kendi görüşü, yorumu, eleştirisi, bilgi ve deneyimi ön plana çıkmaktadır.

## B. Haber Değeri

Bir olayın haber olup olmadığı haber değerine göre belirlenmektedir. Haber değeri ise bir haberin yayınlanıp yayınlanmaması konusunda gündemdeki bir meselenin veya olayın hedef kitlesine yöneltilmesi için taşınması gereken özelliklerdir.<sup>29</sup> Haber değeri için kabul edilen esaslar “gerçeklik veya doğruluk”, “güncel olma”, “ilginç olma”, “önemli olma”, “anlaşılır biçim” olarak sıralanmaktadır.<sup>30</sup> Haber değerinden görüleceği üzere yalan haberin zıttı gerçek ve doğru haberdur. Gerçeğin bir bütün olarak, saptırılmadan izleyici ve dinleyiciye yansıtılması haberin doğruluğu ve gerçekliği kavramlarından anlaşılmaktadır.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> RG. 2.11.2011, S. 28103, madde 4/i.

<sup>27</sup> Huriye Kuruoğlu ve Elçin Akçora, “Türkiye’de televizyon ana haber bültenlerinde haber öznesi olarak kadın kimliklerinin kıyaslamalı incelenmesi- 2001 ve 2016,” *Abant Kültürel Araştırmalar Dergisi* 2, no. 4 (2017): 12.

<sup>28</sup> Sedat Cereci, “Türkiye’deki Televizyon Kanallarında Yayınlanan Haber Bültenlerinde Dilin Kullanılma Biçimi: Masalsı Anlatım,” *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, 2, no. 1 (2013): 8.

<sup>29</sup> Hacı Mehmet Alağaç ve diğerleri, “Ana Haber Bültenlerinde Yayınlanacak Haberlerin Seçimi İçin Kriterlerin ve Kriter Ağırlıklarının Belirlenmesi,” *Akademik Platform Eğitim ve Değişim Dergisi*, 1, no. 1 (2018): 3.

<sup>30</sup> Mehmet Büyükaşar ve Mehmet Özçağlayan, “Haber ve Doğruluk İlişkisi: Doğruluk Sorununun Geçmişi ve Haberin Dönüşümü,” *Düşünce ve Toplum Sosyal Bilimler Dergisi*, 1, no. 1 (2019): 38.

<sup>31</sup> Mehmet Büyükaşar ve Mehmet Özçağlayan, “Haber ve Doğruluk İlişkisi,” 38.

Bir olay haberleştirilirken, haberi hazırlayan kişinin sürecinden geçmektedir. Bu durum da yeri geldiğinde haber içeriğini veya haberi sunanın gerçeklikten uzaklaşmasına yol açabilmektedir. Haber yayınlanmadan veya hazırlanmadan önce doğruluk kriterine uygun hareket edildiğinin tespiti gerekmektedir.<sup>32</sup> Dolayısıyla bir haberin içeriği profesyonellik, objektiflik ve doğruluk kriterlerinin gözetilmesine bağlı olarak yalan haberden ayrılmaktadır.

Tartışma programları daha çok bireylerin mülakat, sözlü tartışma veya görüşmeleri üzerine ilerleyen bir format olduğundan haber bültenlerindeki haber içeriklerinde aranan “haber değerleri”nden bazılarının tartışma programları için istisna olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, tartışma programlarında “güncellik” veya “önemli olma” gibi hususların her zaman bulunması noktasında bir şart aranmamaktadır.

### **III. GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYADA YALAN HABER VE DEZENFORMASYONA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER VE ÇALIŞMALAR**

#### **A. Uluslararası Düzenlemelere Bakış**

Dijital teknolojilerin gelişmesiyle birlikte dezenformasyon ve yalan haber tehdidinde maruz kalma riski de artmaktadır.<sup>33</sup> Yalan haber ve dezenformasyon içeren bilginin yayılması sosyal medya kullanımının artmasıyla doğru orantılı olarak yükselişe geçmiş, kaynağı belirsiz haberlerin sayıları günden güne artmıştır.<sup>34</sup> Gerek sosyal medyada gerek geleneksel medyada yayılan yalan haber ve dezenformasyon içeren bilgiler sebebiyle ulusal ve uluslararası arenada devletler hukuk zemininde bir mücadele başlatmışlardır.<sup>35</sup> Zira dezenformasyonun, yalan haberin devletlere, devlet vatandaşlarına küresel

---

<sup>32</sup> Mehmet Büyükaşar ve Mehmet Özçağlayan, “Haber ve Doğruluk İlişkisi,” 39.

<sup>33</sup> Murat Kara, “Mezenformasyon ve Dezenformasyon Faaliyetleri,” *Sektörel Riskler ve İletişim Teknolojileri, Denetim* 13, no. 26 (2022): 47.

<sup>34</sup> Ali Fikret Aydın, “Post-Truth Dönemde Sosyal Medyada Dezenformasyon: Covid-19 (Yeni Koronavirüs) Pandemi Süreci,” *Asya Studies* 4, no. 12 (2020): 78, 79; Mehmet Fatih Çömlekçi, “Sosyal Medyada Dezenformasyon Ve Haber Doğrulama Platformlarının Pratikleri,” *Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi* 7, no. 3 (2019): 1551; Hicran Ilgın, “Sosyal Medyada Dezenformasyon Ve Halkla İlişkiler İlişkisi,” *İletişim Çalışmaları Dergisi* 7, no. 2 (2022): 307.

<sup>35</sup> Ahmet Taha Gedikli, “Karşılaştırmalı Hukukta İnternet,” 227.

ölçekte ciddi sonuçları bulunmaktadır. Bu açıdan ulusal ve uluslararası arenada yalan haber ve dezenformasyon içeren bilginin hukuk disiplininde de ele alınması önemlidir.<sup>36</sup> Çalışmanın bu başlığı altında görsel-ışitsel medya alanında yapılan çalışmalar ve yasal metinler incelenecektir.

Birleşik Krallık 'ta 2017 yılında Dijital, Kültür, Medya ve Spor Komitesi tarafından "Dezenformasyon ve Yalan Haber Ara Raporu" üzerinde çalışılmıştır.<sup>37</sup> Raporla sahte haberlerin demokrasiye olan tehlikesi ele alınırken özel şirketler tarafından gerçekleştirilen manipülatif faaliyetlerin<sup>38</sup> zararlarına yer verilmiştir. Ayrıca raporda doğruluk ve tarafsızlığın sağlanması için televizyon ve radyolar içerikleri hakkında OFCOM'a yetki veren İletişim Yasası'nın sahte haber ve dezenformasyonları engellemeye yönelik kullanılmasına yönelik hükümete tavsiyeler içermektedir.<sup>39</sup>

Moldova Cumhuriyeti Görsel-İşitsel Medya Hizmet Yasası'na 2022 yılında dezenformasyon ve bilgi güvenliği kavramlarını ele alan maddeler getirmiştir.<sup>40</sup> Dezenformasyon, Yasa'nın 2'nci maddesinde "bir kişi, sosyal grup, kuruluş veya devlet güvenliğine zarar vermek için oluşturulmuş yanlış bilgilerin kasıtlı olarak yayılması" olarak tanımlanmıştır. Ayrıca Yasa'nın 17'nci maddesi askerî açıdan saldırgan, terör niteliğinde ulusal güvenliği tehdit oluşturan ifade ve içeriklerin

<sup>36</sup> Bülent Kent, "Alman Hukukunda Sosyal Ağlar," 10.

<sup>37</sup> House of Lords House Of Commona, *Fifth Report of Session 2017-19*, (Publications Parliament: 2017) <https://publications.parliament.uk/pa/jt201719/jtselect/jtstatin/47/47.pdf>.

<sup>38</sup> Yönlendirme, ekleme, çıkarma yoluyla çarpıtılan bir bilginin değiştirilmesi anlamına gelmektedir. (TDK); Manipülasyon, düşüncelere yönelik kasıtlı müdahale anlamına gelmektedir. İlgili çekme, inandırıcılığı artırma gibi nedenlerle habercilikte manipülasyon faaliyetine yer verilmektedir. Haberlerde manipülasyon faaliyetlerine rastlanmaktaysa da bu durum basın etik ilkeleriyle çelişmektedir. Detaylı bilgi için bkz: Emre Topçu ve Berk Çaycı, "Sosyal Medyada Dezenformasyon," 167.

<sup>39</sup> Julian Wilking, *Parliamentary Committee Report On Tackling Fake News And Interference In Elections In Social Media* (EN: Merlin IRIS, 2018), 23, <https://merlin.obs.coe.int/newsletter/download/238/pdf/en>; Dijital platformlarda yaşanan toplumsal rahatsızlıktan dolayı İngiltere "Çevrimiçi Güvenlik Yasası"nu kabul etmiş, dezenformasyon veya rahatsız edici içeriklere yönelik denetimi ise OFCOM'a vermiştir. Bilgi için bkz: "Yalan Haber gerçekliği zeminini yok eder" Yeni Şafak, erişim tarihi 1 Ekim Temmuz, 2021, <https://www.yenisafak.com/dusunce-gunlugu/yalan-habergercekligin-zeminini-yok-eder-3690191>.

<sup>40</sup> Moldova Cumhuriyeti Parlamentosu, RG. 22.07.2022, Yasa No. 174/2018, erişim tarihi 7 Temmuz 2023, [https://www.legis.md/cautare/getResults?doc\\_id=131800&lang=ro](https://www.legis.md/cautare/getResults?doc_id=131800&lang=ro).

dezenformasyon kavramıyla iç içe olabileceğine hükmetmiştir. Dezenformasyon ve bilgi güvenliği kavramlarının görsel-işitsel hizmetlere ilişkin bir yasada düzenlenmesi bu tarz içeriklere yönelik medya hizmet sağlayıcıların<sup>41</sup> yükümlülük ve sorumluluklarının olduğunu göstermektedir.

Amerika görsel-işitsel otoritesi FCC (Federal Communications Commission)'nin haberlere yönelik yapılan çarpıtmalara karşı iletilen şikayetlere yönelik politikasının dar olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte FCC kasıtlı bir çarpıtma ile salt yanlışlık veya fikir ayrılığından kaynaklı olarak ifade edilen sözler veya verilen bilgiler arasında önemli bir ayrım yaptığını da kabul etmektedir. Buna göre yayıncılar sadece gerçeğe dayalı bir haberin kasten çarpıtılarak sunulduğu kanıtlanabilirse yaptırım uygulanabilecektir. Çarpıtılmış bilgilerin veya haberin doğru olduğu bir belgeyle kanıtlanamazsa FCC'nin müdahale söz konusu olmamaktadır.<sup>42</sup>

Covid-19 salgını dezenformasyon ve sahte haberin en çok görüldüğü olaylardan biri olmuştur.<sup>43</sup> Salgın sürecinde yalan haber ve dezenformasyon alanında AB ve üye devletler medya hukuku altında bu konuyu üst sırada değerlendirmeye almışlardır. Bazı devlet organları, televizyon kanallarında Covid-19'a ilişkin yapılan yalan haber ve yanıltıcı bilgiler hakkında halk sağlığını tehlikeye atmaktan dolayı medya şirketlerine para cezaları uygulamıştır.<sup>44</sup> Ayrıca ilke olarak yayınlarda yapılan yorum ve görüşlerin haber içeriğinden ayrılması, haber bültenleri ve benzeri programlarda gerçeklerin kamuoyunu kasten yanıltıcı şekilde sunulmaması gerektiği kabul edilmiştir.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmet içeriklerinin seçiminde editoryal sorumluluğu bulunan tüzel kişi.

<sup>42</sup> "Broadcast News Distortion" Federal Communications Commission, erişim tarihi 7 Temmuz 2023, <https://www.fcc.gov/broadcast-news-distortion>.

<sup>43</sup> Emre Topçu ve Berk Çaycı, "Sosyal Medyada Dezenformasyon," 174-175.

<sup>44</sup> Letonya devlet organları, Letonya Elektronik Medya Yasası'nın elektronik medya kanallarının ve programlarının kamuoyu tehlikeye atabilecek veya ciddi riskler oluşturabilecek içeriği yaymasının yasak olduğunu belirterek bu tarz bir ihlalin para cezasını gerektirdiğine karar vermiştir.

<sup>45</sup> Jörg Ukrow, "Latvian Regulator Issues Fines For Spreading Fake News About Coronavirus" Merlin IRIS, erişim tarihi Mayıs 2021, <https://merlin.obs.coe.int/article/9168>.

## B. Ulusal Düzenlemelere Bakış

Türkiye İletişim Başkanlığı Dezenformasyonla Mücadele Merkezi tarafından belli aralıklarla “Dezenformasyon Bülteni” yayınlanmaktadır. Söz konusu Bültenlerle hedeflenen gerek sosyal medya gerek konvansiyonel medyada oluşturulan yalan haberler hakkında kamuoyuna doğru bilgilerin verilmesidir. 13.10.2022 tarihli Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Türk Ceza Kanunu’na 217/A maddesi eklenmiştir. Maddeyle birlikte gerçeği kasten çarpıtarak sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak amacıyla ülke güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlık hakkında gerçeğe aykırı bilginin yayılması suçu oluşturan fiildir. Düzenlemedeki “gerçeğe aykırı” bilginin kapsamının tam olarak çizilmemesi doktrinde eleştirilen noktalardan birini oluşturmaktadır.<sup>46</sup>

Görsel-işitsel medyadaki faaliyet alanı incelendiğinde RTÜK’e televizyon, radyo ve internet yayınlarındaki (6112 sayılı Kanun’a eklenen 29/A maddesinin kapsamına giren internet yayınlarından bahsedilmektedir) dezenformasyon ve yalan haberlere ilişkin TCK’ya eklenen biçimde güncel bir denetim yetkisi verilmemiştir. Öyle ki 6112 sayılı Kanun’da da dezenformasyon veya yalan habere ilişkin bir tanımlama bulunmamaktadır. Görsel-işitsel medyada yalan haber ve dezenformasyona karşı denetimde RTÜK, 6112 sayılı Kanun’un yayın ilkelerini düzenleyen 8’inci maddesini esas almaktadır. Söz konusu maddenin (ç) ve (ı) bentleri yalan haber ve dezenformasyona yönelik denetimde dikkate alınan maddelerdendir. Zira izleyici ve dinleyicilerin yalan haberlere yönelik medya okuryazarlığına sahip olmalarının gerekliliğinin yanı sıra medya temsilcilerinin de gerçek dışı haberlere karşı daha duyarlı olması gerekmektedir. Bu açıdan medya hizmet sağlayıcıların etik ilkeler çerçevesinde<sup>47</sup> hareket etmesi gerektiği belirtilmekte, küresel bir problem haline gelen yalan haber üretiminin

<sup>46</sup> Murat Balcı ve Kerim Çakır, “Halkı Yanıltıcı Bilgi,” 7.

<sup>47</sup> RTÜK tarafından yayınlanan “Yayın İlkeleri Rehberi”nde, haberlerin sunumuna, seçim dönemlerindeki, afet, savaş terör ve kriz durumlarındaki yayıncılığa hatta canlı yayınlara ilişkin yayıncılık etik esasları belirtilmektedir. Detaylı bilgi için: “Yayın İlkeleri Rehberi,” Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Web Sitesi, erişim tarihi 7 Temmuz 2023, <https://www.rtuk.gov.tr/yayin-ilkeleri-rehberi/3787>.



engellenmesi doğrultusunda herkesin ortak paydada hareket etmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>48</sup>

Günümüzde doğru bilgiye ulaşmak, verilen bilginin doğruluğundan emin olmak yalnızca medya organlarının sorumluluğunda değildir. Medya içeriği tüketenlerin de her bilginin doğruluğunu ve gerçekliğini araştırmak zorunda oldukları ifade edilmelidir. Kendilerine sunulan bilginin kaynaklarına karşı ihtiyatlı davranmak, doğru kararlar alabilmek için doğru kaynaklardan beslenmek izleyici ve dinleyicinin üzerine düşen görevlerdendir. İzleyici ve dinleyiciler yalan haber ve dezenformasyona içeren bilgileri doğru kaynakları kullanarak filtreleyebilmelidir. Bu sebeple medya okuryazarlığı oldukça önemlidir. Medya tüketicilerini bir bilgi üzerine düşünmeye teşvik etmek için kurumsal ve bireysel olarak hareket edilmesi gerekmektedir. Bu noktada kamu spotları veya öncelikli yayınlarla izleyici ve dinleyicilerin bilinçlenmesi sağlanmalıdır. Bunun örneklerinden biri de Youtube'un kullanıcılarına video içeriklerinden önce yalan haberlere karşı sunduğu kamu spotu uygulamasıdır. Söz konusu uygulamanın temel amacı bilinçlendirici videolarla kullanıcıların dezenformasyon ve yalan habere karşı bilinçlendirilmesidir.<sup>49</sup>

#### **IV. MAHKEME VE RTÜK KARARLARI IŞIĞINDA HABER BÜLTENLERİ VE TARTIŞMA PROGRAMLARINDA KARŞILAŞILAN YALAN HABER VE DEZENFORMASYON**

RTÜK'ün televizyon, radyo ve isteğe bağlı yayınların düzenlenmesi ve denetlenmesi, ifade ve haber alma özgürlüğünün sağlanması üzerine görev, yetki ve sorumlulukları bulunmaktadır. Son olarak 2018 yılında internet yayınlarına yönelik yapılan yeni düzenlemeyle 6112 sayılı 29/A maddesiyle internet ortamındaki televizyon, radyo ve isteğe bağlı yayınlara da RTÜK denetimi getirilmiştir. Kanun gereğince RTÜK'ten lisans alan medya hizmet sağlayıcılara

---

<sup>48</sup> Ebubekir Şahin, "Yalan Haber Gerçekliğin Zeminini Yok Eder," RTUK Web Sitesi Bildirimler, son değiştirilme tarihi: 3 Eylül 2021, <https://www.rtuk.gov.tr/yalan-haber-gercekligin-zeminini-yok-eder/4112>.

<sup>49</sup> Emre Ömer Zehir, "Youtube'dan Yalan Haberlere Karşı Önlem: Videolardan Önce 'Kamu Spotu' Yayınlanacak" Web Tekno Ekim 2022, erişim tarihi 25 Ağustos 2022, <https://www.webteknoloji.com/youtube-yalan-haberlere-karsi-kamu-spotu-yayinlayacak-h127241.html>.

yönelik içerik denetimleri “Yayın hizmet ilkeleri” başlıklı 8’inci maddesine göre yapılmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında medya hizmet sağlayıcılar, yayın hizmetlerinde kamusal sorumluluk anlayışına göre, mevzuatta yer alan yayın ilkelerine uygun sunmakla yükümlü tutulmaktadır.

Yalan haber ve dezenformasyona ilişkin 6112 sayılı Kanun’un 8’inci maddesinin (1) bendi önem arz etmektedir. Bahsi geçen Kanun’un 8’inci maddenin (1) bendi “*Haber bültenleri ve haber programları, tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk ilkelerini esas almak ve toplumda özgürce kanaat oluşumuna engel olmamak zorundadır; soruşturulması basın meslek ilkeleri çerçevesinde mümkün olan haberler, soruşturulmaksızın veya doğruluğundan emin olunmaksızın yayınlanamaz*” şeklinde hüküm tesis etmektedir. Madde bendi doğrudan haber bültenleri ve haber programlarını dolayısıyla alt başlıkta tartışma programlarını ele almaktadır. Madde bendinin ihlaline yönelik olduğu değerlendirilen yayınlara ilişkin RTÜK tarafından verilmiş bazı kararlar da bulunmaktadır.<sup>50</sup>

Bir televizyon kanalında yayınlanan canlı yayın programında RTÜK tarafından yapılan çalışmalara harcanan paralara yönelik Sayıştay’ın usulsüzlük raporu yayınladığı, bu raporun ise kamuoyu ile paylaşılmasının yasaklandığı ifade edilmiştir. Doğrulama platformlarında<sup>51</sup> ise bahsi geçen raporların yayınlanmasının yasaklanmadığı, Sayıştay raporlarına yönelik kararların kesinleşmeden haberleştirilmemesi gerektiğine yönelik bir açıklama yapıldığı belirtilmiştir.<sup>52</sup> Söz konusu ithamların bulunduğu medya hizmet sağlayıcının yayınına ilişkin RTÜK tarafından hazırlanan uzman raporunda yayıncıların haberin veya yorumlanacak bilginin araştırmasının nesnel verilere, tarafsızlık ilkesine uygun olarak maddi gerçekliğe dayandırılması gerektiği ifade edilmekte,

<sup>50</sup> 2020 yılında yapılan bir araştırmaya göre 6112 sayılı Kanun’un 8’inci maddesinin (1) bendi 22 kez ihlal edilmiş, bu maddenin ihlal edilme yüzdesi ise %1,17 olarak tespit edilmiştir. Detaylı bilgi için; Ecem Ezgi Yıldız ve Kemal Can Baykal, “6112 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yayın Hizmeti İlkeleri ve İhlalleri,” 141.

<sup>51</sup> Doğrulama platformları, kitlelerle paylaşılan bilgilerin doğruluğunu ortaya koymayı amaçlayan kâr amacı gütmeyen sosyal girişimlerdir. Detaylı bilgi için bkz: **Gülsüm Erkan ve Ahmet Ayhan, “Siyasal İletişimde Dezenformasyon ve Sosyal Medya: Bir Doğrulama Platformu Olarak Teyit.Org,” Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, no. 29 (2018): 211.**

<sup>52</sup> Beşire Korkmaz, “RTÜK’ün Sayıştay raporlarının televizyonda konuşulmasına yasak getirdiği iddiası” Teyit.org 9 Ocak 2021, erişim tarihi 9 Ocak 2021, <https://teyit.org/analiz/rtukun-sayistay-raporlarinin-televizyonda-konusulmasına-yasak-getirdiği-iddiasi>.

yayıncı kuruluşun haber bülteni, yorum ve tartışma programlarında ilk amacının “doğru bilgi aktarma” olduğu belirtilmektedir. Raporun sonucunda “...herhangi bilgi, belge ve kanıt gösterilmeden, maddi bir gerçekliğe dayanmadan tamamen şahsi kanaatle bir değerlendirmede bulunularak kamuoyunun yanlış bilgilendirildiği, soruşturulması mümkün olan bir haberle ilgili gerekli özen gösterilmeden yeterli araştırma yapılmadan ve kanıt sunulmadan yapılan bu açıklamaların kamusal sorumluluk anlayışıyla bağdaşmadığı gibi tarafsızlık, gerçeklik, doğruluk ve soruşturulması” yapılmaması dolayısıyla rapora konu yayının 6112 sayılı Kanun 8’inci maddesinin birinci fıkrasının (1) bendini ihlal ettiği değerlendirilmektedir.<sup>53</sup>

RTÜK tarafından 6112 sayılı Kanun’un 8’inci maddesinin (1) bendine ilişkin verilen başka bir kararda “Gezi Parkı” olayları hakkında medyada çıkan haberler değerlendirilmiştir. Bir medya hizmet sağlayıcı kuruluşta “... bir genç kızın panzerin altında kalarak hayatını kaybettiği...”, “... Polis helikopterinden göstericilere gaz bombası atıldığı iddia ediliyor...”, “... bu pazar kanlı pazar, dert yazar derman yazar, bu meydan kanlı meydan...” gibi ifadeler haberleştirilmiştir. Yapılan yayın 2013/36 tarih ve 97 numaralı RTÜK Kararı’nda “... doğruluğundan emin olunmadan ve doğru bilgiye erişimin son derece hızlı olduğu bir dönemde, doğrulanması ya da yanlışlanması son derece kolay olan ham verilerin, doğrulanmaksızın ve abartılı infiale seok edici bir anlatı diliyle, bilimsel bilgi niteliği taşıyan gerçekler ayarında sunulması...” şeklinde değerlendirilmiştir. Aynı kararda, kriz süreçlerinde gerçekleştirilen manipülatif yayınların, dezenformasyona kapı araladığı, kesinleşmemiş bilgilerin toplumda infial riskini beraberinde getirdiği belirtilmiştir.<sup>54</sup> Doğruluğu kesin olmayan bilgilerin dezenformasyona sebep olacak biçimde ortaya koyulması gerekçe gösterilerek RTÜK, bahsi geçen yayın içeriğine ilişkin, yayıncı kuruluşun 6112 sayılı Kanun’un 8’inci maddesinin (1) bendine aykırı yayın yaptığına karar vermiştir.

RTÜK’ün 8’inci maddenin (1) bendine ilişkin verdiği başka bir karar ise bir televizyon kanalındaki tartışma programında katılımcılar tarafından sarf edilen

---

<sup>53</sup> Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, K. 18, Tarih No. 2022/27 Tarih, erişim tarihi 7 Temmuz, 2023 (Lexpera 6 Temmuz 2022), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/radyo-ve-televizyon-ust-kurulu/karar-no-18-t-no-2022-27-t-6-7-2022>.

<sup>54</sup> Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, K. 97, Tarih No. 2013/36 (Lexpera, 11 Haziran 2013) [https://www.lexpera.com.tr/ictihat/radyo-ve-televizyon-ust-kurulu/karar-no-97-t-no-2013-36-t-11-6-2013,7 Temmuz 2023](https://www.lexpera.com.tr/ictihat/radyo-ve-televizyon-ust-kurulu/karar-no-97-t-no-2013-36-t-11-6-2013,7%20Temmuz%202023).

sözlere ilişkindir. Bahsi geçen yayın bir tartışma programı formatında gerçekleşmiş, programda 6 Haziran 2023 depremlerine ilişkin AFAD çalışmaları ele alınmıştır. İlgili programda “AFAD ya o kadar akıl almaz işlere imza atıyorlar ki ya böyle bir ortamda kışlık mont yardımı gelmiş ya, kutuların üzerinde bira resmi var diye yardımı itiyorlar ya, gönderiyorlar.” yorumuna yer verilmektedir. Söz konusu yorumun aslında doğrulanmamış haber niteliğinde olduğu ise “Sosyal medyada dolaştı ya işte onun da belki üzerinde dururuz...Tam doğrulanmadı...Tam doğrulanmadı evet...Valla doğrulanıp doğrulanmadığını bilmiyorum, kafa bu kafa...” şeklindeki ifadelerden anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla katılımcı tarafından bahsi geçen bilginin aslında sosyal medyadan edinildiği ifade edilmektedir. Tartışma programında kullanılan ifadelerin biçimi, yönlendirici tavrı, günün koşulları dikkate alındığında, her durumda sadece bir yorum olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmelidir. Zira ifadelerin gerçekliğinin kısa bir araştırmayla ortaya çıkabileceği durumlarda programa katılan kişinin, yorumcunun veya sunucunun içerik doğrulamasını yapması gerekmektedir. Mevzuat alkollü içecek üreticilerinin yardım malzemelerinde logo kullanımı hususunda “Üzerinde alkollü içki marka, amblem, logo veya işareti bulunan kasa, kutu gibi taşıma veya dış ambalaj için kullanılan materyaller ...kamuya özel teşhir edilmek amacıyla kullanılamaz” şeklinde bir düzenleme içermektedir.<sup>55</sup> AFAD tarafından yapılan açıklamaya göre de bağışların reddedilmesine ilişkin AFAD’ın re’sen bir talimatının olmadığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte alkollü içecek üreticisi firma da şirket tarafından deprem bölgesine gönderilen malzemeler içerisinde logolu herhangi bir ürünün bulunmadığını açıklamıştır.<sup>56</sup> RTÜK, habercilerin kamuoyunu bilgilendirmede görev icra ettiğini kabul etmekte fakat kriz dönemlerinde gerçekleştirilen yayınlara ilişkin Yayın İlke Rehberi’ne uygun hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Söz konusu Rehber’de “Doğal afet haberleri gibi yayınlarda izleyicilerde korku, panik, endişe yaratacak ifadeler kullanılmalı gerilimi artıracak nitelikteki yorumlardan kaçınılmalıdır.” ifadeleri yer almaktadır. RTÜK kararında,

<sup>55</sup> RG. 07.01.2011, S. 227808, madde 20/10

<sup>56</sup> Meltem Sarsılmaz, “Deprem bölgesine gönderilen yardımların alkollü içecek logosu yüzünden geri çevrildiği iddiası,” Anadolu Ajansı, Teyit Hattı, erişim tarihi 9 Şubat 2023, <https://www.aa.com.tr/tr/teyithatti/aktuel/deprem-bolgesine-gonderilen-yardimlarin-alkollu-icecek-logosu-yuzunden-geri-cevrildiği-iddiasi/1815335>; Öyküm Hüma Keskin, “AFAD’ın Tuborg ve Efes logolu polarları kabul etmediği iddiası,” Teyit, erişim tarihi 9 Şubat 2023, <https://teyit.org/analiz/afadin-tuborg-ve-efes-logolu-polarlari-kabul-etmediği-iddiasi>.

medya organlarının dezenformasyon veya manipülatif içeriklere yönelik daha hassas davranması gerektiği belirtilmektedir. İnsanların özellikle olağanüstü durumlarda haberlere karşı daha hassas, doğru bilgi akışının zor olduğu bir ortamda yanıltıcı bilgilere karşı daha duyarsız olabileceği ifade edilmektedir. Doğruluğundan emin olunmadan kamuoyunun bilgisine sunulan ifadelerin haberin tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk ilkelerine aykırı olarak kamuoyunda özgürce kanaat oluşumunu engelleyebileceği kabul edilmektedir. Özetle bu tür yayınların 6112 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin (1) bendine aykırılık doğuracağı değerlendirilmektedir.<sup>57</sup>

6112 sayılı Kanun'un ve Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 8'inci maddesinin (ç) bendi "*İnsan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygılı olma ilkesine aykırı olamaz, kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı veya iftira niteliğinde ifadeler içeremez.*" hükmünü ihtiva etmektedir. Televizyon ve radyoda yalan haber itirazlarının daha çok kişilik haklarının ihlali ve iftira niteliğinde eleştiri sınırlarını aşan ifadelerden dolayı yargıya taşındığı ifade edilmelidir.<sup>58</sup> İstanbul 13'üncü Asliye Ticaret Mahkemesi'nce mesleki ve ticari itibarı zedeleyen, asılsız ve gerçektışı ithamlar içeren bir yayındaki yalan haberlere ilişkin manevi tazminat talebi ele alınmıştır. Mahkeme kararında, basın özgürlüğünün sınırsız olmadığı ancak basın faaliyeti yürüten kuruluşların kişilik haklarına saldırı niteliği taşımayan yayınlar yapmaya özen göstermelerinin yasal ve hukuki bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir. Kararın devamında yazılı ve görsel basının, basın faaliyeti icra ederken özellikle yayının gerçek olmasına, yayında kamu yararının öncelemesine, objektif sınırlar içerisinde kalınmasına dikkat edilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>59</sup> İstanbul 13'üncü Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2019/439 E. Ve 2021/585 K. no' lu kararında bir haber bülteninde yapılan ve yalan haber olduğu iddia edilen bir bilginin ekonomi

---

<sup>57</sup> Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, K. 5, Tarih No. 2023/08 (Lexpera 22 Şubat 2023) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/radyo-ve-televizyon-ust-kurulu/karar-no-5-t-no-2023-08-t-22-2-20237> Temmuz 2023.

<sup>58</sup> 2020 yılındaki araştırmaya göre aynı sene içerisinde 6112 sayılı Kanun'un (ç) bendinin ihlal sayısı 21, madde ihlalinin diğer fıkralara oranı ise %1,12'dir. Detaylı bilgi için bkz; Ecem Ezgi Yıldız ve Kemal Can Baykal, "6112 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yayın Hizmeti İlkeleri ve İhlalleri," 141.

<sup>59</sup> İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi, K. 2018/981, E. 2022/70, 8.2.2022, Gerekçe, Para. 16. (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/istnbl-13-asliye-ticaret-mahkemesi-e-2018-981-k-2022-70-t-8-2-2022>)

piyasalarını etkileyebileceği, haberde verilen yanlış bilginin piyasalarda manipülasyon suçuna yol açabileceği (Sermaye Piyasası Kanunu 106 ve 107'inci maddeler çerçevesinde), yalan haberlerle piyasa dengesinin bozularak haksız kazançlar elde edilebileceği yönündeki bir başvuru incelenmiştir. Benzer konuda verilen 18'inci Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2011/92 E. ve 2017/391 K. no' lu kararında "... basın özgürlüğü Anayasa'nın 28. maddesi uyarınca her ne kadar güvence altına alınmışsa da hiç şüphesiz ne basın özgürlüğü ne de bu özgürlüğün sonucu tanınan ayrıcalıklar sınırsız olmadığı... basın haber verme fonksiyonunu yerine getirirken gerçeklik ..." kurallarına uymakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir.<sup>60</sup> 6112 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinde de gerçek ve tüzel kişilere ilişkin yapılan doğru olmayan yayınlara yönelik düzeltme ve cevap hakkı hüküm altına alınmaktadır. Bu düzenlemeye göre gerçeğe aykırı yayın yapılması halinde kanuni sürelerle uyararak medya hizmet sağlayıcının düzeltme ve cevap yazısı yayınlama sorumluluğu bulunmaktadır. Hakkı ihlal edilen kişi veya kuruluşa yönelik söz konusu düzeltmenin yapılmaması halinde ilgililer kanuni süreler içerisinde düzeltme ve cevabın yayınlanmasını sağlamak üzere sulh ceza mahkemesine başvurabilmektedir. Yalan haber veya dezenformasyon ile kişilik hakkı ihlal edilmiş olan bir kişinin bu hakkı kullanmadan vefat etmesi halinde mirasçılarının bu hakkı kullanabileceği kabul edilmektedir.<sup>61</sup> Hakkın mirasçılar tarafından kullanılması ise medyada doğru bilginin dolaşımında olmasının ne derece önemli olduğunu göstermesi adına önemlidir.

Görsel-işitsel medyada ifade özgürlüğünün kullanılmasındaki önem bu özgürlük sonucu yaratılan etkiyle doğru orantılıdır. İzleyici ve dinleyici olarak muhatabın oldukça fazla olduğu görsel-işitsel yayıncılığa kamu hizmeti ayrıcalığı tanınmıştır. Yapılan iş kamu hizmeti olduğundan bu işten doğan sorumlulukta o derece fazladır.<sup>62</sup> Mevzuatta açıkça yer almamasına rağmen mahkeme kararlarıyla ortaya koyulan ilkeye göre haber bülteni veya tartışma programlarındaki bir

<sup>60</sup> İstanbul BAM, 14 HD, 2018/181, 2018/714, 5.07.2018, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam14-hd-e-2018-181-k-2018-714-t-5-7-2018-1>)

<sup>61</sup> Cengiz Apaydın, Cevap ve Düzeltme Hakkı- İnternette Erişimin Engellenmesi- Unutulma Hakkı (Ankara: Seçkin Hukuk, 2020), 118.

<sup>62</sup> Asım Ekren, Basılı, Görsel, İşitsel ve Sosyal Medyada Düzeltme ve Cevap (Ankara: Seçkin Hukuk, 2021), 76.

verinin gerçek olmaması hukuka uygun değildir.<sup>63</sup> Basın özgürlüğünün gerektiği gibi kullanıldığından bahsedilebilmesi için eleştirilerin, yorumların veya bilgilerin gerçek olması, küçük düşürücü veya iftira niteliğinde olmaması gerekmektedir. Bu açıdan haberi yapan veya tartışma programlarına katılan bireylerin kişiyi açıkça küçük düşürücü, ona iftira veya hakaret içerecek söz ve yorumlardan uzak durması gerekmektedir.<sup>64</sup> Basının objektif sınırlar dahilinde kalarak yayın yapması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>65</sup> Kişilik hakları ve basın özgürlüğünün çatıştığı durumlarda çatışan iki değer arasında bir denge kurulması zorunludur.<sup>66</sup> İki değer arasında daha üstün olan yarar esas alınmalıdır. Yazılı basında da görsel-işitsel medyada da kamu yararı dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Haberin gerçek olması, kamunun habere olan ilgisi, haberin güncelliği, haberin veriliş biçimi, kişilik haklarına ilişkin ihlal içermemesi gibi hususlarda haklar dengelenerek sonuca varılmalıdır. Diğer taraftan farklı görüşlerdeki katılımcılardan oluşan tartışma programlarının formatı gereğince ifade hürriyeti haber bültenlerindeki kadar katı sınırlarda ele alınmamalıdır. Bu açıdan tartışma programlarındaki katılımcıların yorumları, ileri sürdükleri bilgiler ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilebilecektir. Fakat buna rağmen haber değerinde kabul edilen doğruluk ve gerçeklik kriterlerinin tartışma programlarının da zorunlu bir unsuru olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Zira tartışma programları için katılımcıların kendi doğrularını kabul ettirmeleri, hitap ettiği kişileri, izleyici veya dinleyicileri ikna etmeleri formatın gereğidir. Bu süreçte bilginin, ifadenin, olayın çarpıtılması ise muhtemeldir.<sup>67</sup> Dolayısıyla tartışma programlarında her ne kadar

---

<sup>63</sup> Asım Ekren, Basılı, Düzeltme ve Cevap, 72.

<sup>64</sup> Asım Ekren, Düzeltme ve Cevap, 73.

<sup>65</sup> İstanbul 13 Asliye Ticaret Mahkemesi, 2018/981 K, 2022/70 E, 8.2.2022, Gerekçe, Para. 18.

<sup>66</sup> "Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır." (Yar 4. HD, 2016/529 E, 2018/4185 K, 15.5.2018, Lexpera)

<sup>67</sup> Hüseyin Köse ve Nurlan Salamov, "TV Tartışma Programlarında Çarpıtma Unsurları: II. Karabağ Savaşı (Ermenistan-Azərbaycan Çatışması) Örneği," *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Özel Sayı*, no. 25 (2021): 135.

bir olayın haber metni içerisinde kamuoyuna ulaştırılması söz konusu olmasa da tartışma programları da toplumun bilgi alması noktasında önemli bir yere sahiptir. Bu sebeple kamusal sorumluluğun her iki program türü için de aranacağı kabul edilmelidir.

## V. DEZENFORMASYON, YALAN HABER VE ANAYASAL HAKLAR TEMELİNDE TARAFSIZLIK, DOĞRULUK VE GERÇEKLIK KAVRAMLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Kavramlara İlişkin Açıklama

Görsel-işitsel medyanın amacı eğlence, sanat, kültür veya güncel meselelerin aktarılması amacıyla farklı konu kategorilerinde yayın içeriklerine yer vermesidir. Kitle iletişim araçları kullanılarak sunulan bu içeriklerden haber bültenleri ve tartışma programları da önemli bir yere sahiptir.<sup>68</sup> Haber alma, haber verme ve habere ulaşma hakkı basın özgürlüğüyle düşünce ve kanaat özgürlüğünü tamamlamaktadır.<sup>69</sup> Anayasa, izleyici ve dinleyicinin haber alma ve haber verme haklarını basın özgürlüğü çerçevesinde koruma altına almaktadır. Bu açıdan basın özgürlüğünün korunması için devletlere aktif bir yükümlülük getirilmektedir.<sup>70</sup>

Tartışma programlarında katılımcıların eleştirel bakışlarla yorumlarını dile getirmeleri, söz konusu fikirlerin ifade hürriyeti çerçevesinde ortaya koyulabilmesi açısından doğal karşılanmalıdır. Medyada halka bilgi veren, yorumlarıyla kamuoyunca özgür bir ortamın oluşmasını sağlayan düşüncelerin desteklenmesi de basın özgürlüğünün gerçekleşmesi adına önem arz etmektedir. Fakat tartışma programları üzerinde yapılan analizlere bakıldığında, programdaki katılımcıların bazı olaylar üzerindeki yorumlarında özenli davranmadığı, söylemlerin sonuca ulaşmaktan uzak olduğu ortaya koyulmaktadır.<sup>71</sup> Dolayısıyla

<sup>68</sup> Mete Kazaz ve Seher Bayar, "Haber Tartışma Programlarının Bir Türü Olarak Haber Mahkemeleri Programlarının Analizi: ATV, Tv8, Star TV Örneği," *Selçuk İletişim*, 12, no. 1 (2019): 188.

<sup>69</sup> Dan. 13 Daire, 2007/7054, 2007/7684, 23.11.2007 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/13-daire-e-2007-7054-k-2007-7684-t-23-11-2007>)

<sup>70</sup> Pınar Bahar Doğan, "Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (2014): 479.

<sup>71</sup> Mete Kazaz ve Seher Bayar, "Haber Tartışma Programlarının Bir Türü Olarak Haber Mahkemeleri," 190.



tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk ilkelerinden ödün verilerek gerçekleştirilen bir yayıncılıkta kamuoyunun haberlere, haberciye ve medyaya karşı duyduğu güven zedelenebilecektir. Bu açıdan haber bültenlerindeki haberlerin doğruluğunun ve gerçekliğinin araştırılması, tartışma programlarında ise katılımcıların kamuoyuna doğru bilgileri aktarmaları, eleştirilerin Anayasa'nın koruduğu sınırlar içerisinde kalması, halkın özgürce kanaat oluşturmasının engellenmemesi gerekmektedir.

6112 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin (1) bendinde yer alan "... *tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk ilkelerini esas almak...*" şeklindeki düzenleme bir haberin doğruluğundan emin olunmadan yayınlanamayacağı, başka medya kaynaklarından alınan bilgilerinse kaynağının belirtilmesinin zorunluğu olduğunu kabul etmektedir. Madde metni incelendiğinde taraflı, gerçeğe aykırı veya doğru olmayan bir bilginin haber yapılması, bu tarz bir bilginin tartışma programlarında yer alması yayın ilkelerine aykırılık oluşturacaktır. Söz konusu kavramlar hakkında madde gerekçesinde herhangi bir tanım ve açıklama bulunmamaktadır. Benzer şekilde madde metninde yayın ilkelerine uygun hareket etmenin kamusal sorumluluk anlayışının bir gereği olduğu da belirtilmektedir. Bir yayın içeriğine yönelik incelemede tarafsızlık, gerçeklik, doğruluğundan emin olunmayan bilgi ve kamusal sorumluluk kavramlarından ne anlaşılacağı, söz konusu kavramların hangi aşamada dezenformasyon ve yalan habere vücut vereceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tarafsızlık insanların bilgi veya haberde gerçeğe ulaşmasını sağlamaktadır. Fakat bir haberin yapılış sürecinde ön yargı veya kişisel düşünceler etkili olabilmektedir. Sadece haberi yapan için değil bazen izleyici, dinleyici veya okuyucu için de bir haber farklı açıklardan gerçeği sorgulayıcı olabilmektedir. Bu sebeple bir haberde tarafsızlık ilkesinin korunup korunmadığı, "*Tarafsızlık, ayrıntıları ve doğruluğu her koşul ve şartta açıklanabilecek bilgidir.*" tanımının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitiyle ortaya çıkabilecektir.<sup>72</sup> Kültürler, siyasi fikirler, ekonomik çıkarlar<sup>73</sup> kişilerin dünya görüşünü bu durum da bir haberin

---

<sup>72</sup> Nejdet Atabek, "Gazetecilikte Tarafsızlık," *Marmara İletişim Dergisi*, no. 7 (1994): 25; Filiz Dastan, "Gazetecilikte Haberin Objektiflik Niteliği," *EURO Politika* no. 9 (2021): 48.

<sup>73</sup> Manüpülasyon kastyyla, aldatmak, kişisel çıkar sağlamak ve sonuçlarını bilerek ekonomik faaliyetler göstermek manipülasyon suçuna vücut vermektedir. Detaylı bilgi için: Uğur Orhan, "Manipülasyon (Piyasa Dolandırıcılığı) Suçu," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no: 2 (2021): 1641.

oluşum sürecini önemli derecede etkilemektedir. Bir haber veya bilginin tarafsız olması, düşünce ve yorumlarla gerçek olguların birbirinden ayrılabilirliğine bağlıdır. Burada bir haber veya bilgi hiçbir kişi veya kuruluşun çıkarları ön plana alınarak oluşturulmamalıdır. Bu açıdan tarafsızlık, bir haberde muhakkak bulunması gereken bir standarttır.

Hukuk literatüründe tarafsızlık kavramı, kişisel, siyasal, kültürel veya sahip olunan diğer değer yargılarının yerine tamamen hukuk sistemindeki ilke ve kurallara bağlı olunup değerlendirme yapılarak anlam kazanmaktadır.<sup>74</sup> Aynı şekilde halka haber vermekle görevli medya kuruluşlarının da uymaları gereken basın etik ilke ve kurallar bulunmaktadır. Söz konusu etik ilkelere uygun davranıldığında kişi, kurum ve kuruluşların da hakları korunmuş olacaktır.<sup>75</sup>

## B. Hukuki Değerlendirme

6112 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin (ı) bendinde yer alan tarafsızlık, gerçeklik, doğruluk kavramlarındaki belirsizlik hukuk literatüründe tartışılabilmiş kamu yararı kavramındaki belirsizliğe benzetilebilir. Madde metninde yer alan kavramlar gerek hukuki boyutu gerek toplumsal, siyasi veya felsefi yönden çok yönlü kavramlar niteliğindedir.<sup>76</sup> Hukuk metinlerinde yer alan soyut kavramlar üzerindeki benzer bir tartışma internet teknolojisinin gelişimiyle birlikte yayılan dezenformasyonla mücadele üzerine Türk Ceza Kanunu 217/A maddesine eklenen "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu"nda da yer almaktadır. Bahsi geçen maddede halk arasında endişe, korku ve panik yaratmak amacıyla kamu düzeni, güvenliği ve genel sağlığına ilişkin gerçeğe aykırı bilginin alenen yayılması düzenleme altına alınmaktadır. Bir görüş, gerekçedeki gerçeğe aykırı bilgi kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya koyulmadığını bu sebeple suçu oluşturan unsurların tespitinin zor olacağını ifade etmektedir. İlgili görüş ayrıca resmi makamların açıkladığı her açıklamanın direkt gerçek bilgi olarak kabul edilmemesi gerektiğini, gerekçeli olarak reddedilen, bilimsel

<sup>74</sup> Mustafa Yücel, "Yargılamada Objektiflik ve Tarafsızlık," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 26, no. 111 (2014): 122.

<sup>75</sup> Demirhan Hanifi Demir, Emre Vadi Balcı, "Kriz Haberciliği ve Etik Sorunsalı," *Ege Üniversitesi İletişim Fakültesi Yeni Düşünceler Hakemli E-Dergisi*, no. 11 (2019): 55.

<sup>76</sup> Nermin Tombaloğlu. "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2014): 355.

tespitlerle ortaya koyulan, maddi gerçekliğe uygun bilginin gerçek veri kabul edilebileceğini ileri sürmektedir.<sup>77</sup>

Yalan haber veya dezenformasyona yönelik TCK 217/A maddesinde yapılan tartışmaların benzerinin 6112 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin (1) bendindeki tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk kavramları için de ele alınması gerekmektedir. Örneğin, haber programlarında veya haber bültenlerinde verilen bilgi veya sunulan haberin gerçekliğinin tespitinin hangi mevki veya makam tarafından yapılacağı bilinmelidir. Doktrinde gerçek ve doğru haberin sadece resmi makamlarca yapılan bilgilerden ve haberlerden oluşmasının ifade ve basın hürriyetine aykırı olacağı ifade edilmektedir.<sup>78</sup> Doktrindeki görüş, yetkili makamların kamuoyunu bilgilendirmediği konularda ortaya atılan bilgileri ele alarak yetkili bir merci tarafından açıklanmamış bir verinin haber bültenlerinde veya tartışma programlarında ortaya atılmasının veya tartışma programında bir katılımcı tarafından ifade edilmesinde bu bilginin doğrudan gerçek veya hatalı olduğu algısının oluşmasına yol açabileceğini ifade etmektedir. Bu durum da yorumcunun ifade ve basın hürriyetine yönelik baskı anlamını taşıyacaktır.<sup>79</sup> Dolayısıyla maddi gerçeğin sadece idari, siyasi veya kamu otoriteleri tarafından yapılan açıklamalarla tespit edilmesi hukuka aykırılık oluşturacaktır.

Yalan haberlere ilişkin tespit bakımından 6112 sayılı Kanun'da bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre 6112 sayılı Kanun 8'inci maddesinin (1) bendinde yalan ve gerçek bilginin tespiti yine haberi yapan kuruluşa verilmektedir. Madde metni incelendiğinde soruşturulması basın meslek ilkeleri çerçevesinde mümkün olan haberin doğruluğundan emin olunmadan yayınlanmasının kanuna aykırılık oluşturacağı hüküm altına alınmaktadır. Bir haberde, olmayan olmuş gibi gösterilirse veya olacak gibi kamuoyuna aksettirilirse<sup>80</sup> yayın içeriği RTÜK tarafından 8'inci maddenin (1) bendi kapsamında ele alınacaktır. Fakat haberi

---

<sup>77</sup> Erşan Şen, Mehmet Vedat Ervan ve Cem Serdar, "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu" *Ersan Şen Web (Blog)*, 21 Haziran 2022, <https://sen.av.tr/tr/makale/halki-yaniltici-bilgiyi-alenen-yayma-sucu-onerisi>, 12'nci paragraf.

<sup>78</sup> Murat Balcı ve Kerim Çakır, "Halkı Yanıltıcı Bilgi," 9.

<sup>79</sup> Murat Balcı ve Kerim Çakır, "Halkı Yanıltıcı Bilgi," 9.

<sup>80</sup> Murat Balcı ve Kerim Çakır, "Halkı Yanıltıcı Bilgi," 10; Tülay Parlak, "Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler ile Basın Etik İlkeleri Işığında "Yalan Haber Neşri" ve Yalan Haber Neşrinin Önlenebilmesi Sorunu," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 28, no. 118 (2015): 167.

veren veya yapan kişi veya kuruluş tarafından gerekli soruşturmanın yapıldığı haberin kaynaklarıyla ortaya koyulursa burada bilginin kişiden kişiye değiştiğinden veya gerçeğe aykırı olduğundan bahsedilemeyecektir. Yargıtay bir yayının içeriğinin gerçeklik ve doğruluk ilkelerine uygun olup olmadığının tespitinin yayından sorumlu bulunan kişiye ait olduğunu belirterek, yayının gerçeğe uygun olduğunun tespitini “beyyine külfeti” olarak tanımlamaktadır.<sup>81</sup> Dolayısıyla haber bültenlerinde haberlerin sunuluşu nesnellik, objektiflik ve tarafsızlık ilkesine göre sürdürülmelidir. Basın özgürlüğü kapsamında basın faaliyetine ve haber bültenlerinin amacına uygun olan da bu tutumdur. Haberlerde, haber içeriğinde konu edilen herhangi bir tarafın aleyhine veya lehine olacak bir tutumdan kaçınılması haber bültenlerinin zorunlu bir unsurudur.<sup>82</sup> Diğer taraftan halkın bilgi aldığı, tartışma programlarında katılımcıların gerek eleştiri gerek yorum içerikli ifadelerde bulunmaları da söz konusu program formatının doğası gereğidir. Burada yorumların da basın, ifade ve fikir hürriyeti çerçevesinde ele alınması önemlidir. Bir olayın veya haberin yorumunda sınırsız bir özgürlük alanı olduğu kabul edilmemelidir. Nihayetinde tartışma programlarının da amacı halkı farklı görüşler, bakış açıları ve yorumlar temelinde bilgilendirmektedir. Eleştiri hakkı kadar eleştirinin sınırı, yorum ve farklı görüş kabulleri kadar söz konusu ifadelerin doğruluğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Böylece hem ifade hürriyeti korunmuş olacak hem de kişilerin özgürce kanaat oluşturma hakları gasp edilmemiş olacaktır.

Bir yayının hukuka uygun kabul edilebilmesi için gerçeklik ilkesine uygun hareket edilmesi gerekmektedir. Söz konusu gerçeklik, kamuoyunun bir haberle bilgilendirilmesinin yanı sıra, eleştiri, yorum ve değerlendirmelerde de aranmaktadır. Burada gerçeklik ilkesiyle görünürdeki gerçeklik ifade edilmektedir.<sup>83</sup> Somut gerçekliğe her zaman ulaşamamak görünürdeki gerçekliğe ulaşmada gereken özenin gösterilmeden sunulmasının bahanesi değildir. Diğer bir anlatımla gerçeklik ilkesini yerine getirebilmek adına, basın faaliyetinde görünürdeki gerçekliğe ulaşmak için de tüm özen gösterilerek haber verme ve

---

<sup>81</sup> Yar. HGK, 2010/4-377, 2010/365, 7.7.2010 (Kazancı).

<sup>82</sup> Vahap Darendeli, Görsel-İşitsel Medya Alanındaki İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 491.

<sup>83</sup> Yar. HGK, 2011/4-278, 2011/376, 1.6.2011 (Kazancı)

alma faaliyeti yerine getirilmelidir.<sup>84</sup> Yargıtay basın hakkı kullanılırken hakkın "... özel hukuk alanında sınırı; gerçeklik, kamu yararı ve toplumsal ilgi, güncellik, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık kuralları" ile çizilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bunun yanında bu koşullardan birinin dahi yokluğu halinde faaliyetin hukuka aykırı olduğu kabul edilerek, basın özgürlüğünün korunmayacağı ifade edilmektedir.<sup>85</sup> Haber bültenlerinde verilen haberlerin somut gerçekliğe uygun olarak sunulması gerektiği kabul edilse de Yargıtay somut gerçekliğin yanında "görünürdeki gerçekliğe uygun" yayının da hukuka uygun olduğuna kanaat getirmiştir.<sup>86</sup> Diğer bir anlatımla haberin yapıldığı zamanki görünürdeki gerçeklik daha sonra ortaya çıkan somut gerçeğe aykırı olsa bile yapılan haberin hukuka uygun olacağı kabul edilmektedir.<sup>87</sup>

Haber bültenlerinde bir haberin tarafsız olduğu habere yorum katılıp katılmadığından, haber içeriğinin doğru veya gerçek olduğu da maddi gerçeklik ve görünürdeki gerçeklik araştırılarak bulunabilecektir. Dolayısıyla tarafsızlık, doğruluk ve gerçeklik kavramlarındaki soyut anlam özellikle tartışma programlarında daha sık yaşanmaktadır. Tartışma programlarındaki format ve programların kendine has özelliği gereği bir haber veya veri üzerinde taraflı bir yorum yapılabilir. Yapılan yorum taraflı olsa da verilen bilgi veya verinin gerçekliği veya doğruluğu bozulmamışsa diğer bir anlatımla yalan haber veya kasıtlı olarak bir dezenformasyon söz konusu değilse 6112 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin (1) bendini ihlal ettiği söylenemez.

Son yıllarda popülaritesi artan bir haber sunma biçimi olarak "anchorman"lik<sup>88</sup> haber bültenlerini yeni bir düzleme sokmuştur. Seyirciye,

---

<sup>84</sup> Ferhat Canbolat ve Günhan Gönül Koşar, "Basın Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinin Tespitinde Kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 151 (2020): 276.

<sup>85</sup> Yar. HGK, 2010/4-377, 2010/365, 7.07. 2010 (Kazancı)

<sup>86</sup> Yar. 7 CD 1993/4911, 1993/5847, 14.11.1993 Aktaran Hüseyin Can Aksoy, "Cevap ve Düzeltme Hakkı Çerçevesinde Haberin Gerçeğe Aykırılığı "Maddi Gerçekliğe" Aykırı Bir Haberin Salt "Görünürdeki Gerçekliğe" Uygunluğu Cevap ve Düzeltme Hakkının Kullanılmasına Engel Midir?," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 112 (2014): 58-59.

<sup>87</sup> Hüseyin Can Aksoy, "Cevap ve Düzeltme Hakkı," 59.

<sup>88</sup> Haber sunucularının önlerinde bulunan haberleri okumalarının ötesinde kendi duygu ve düşüncelerini haber sunumuna aktardıkları sunum tekniğidir. Detaylı bilgi için bkz: Mustafa İnce

sunulan haber hakkında görüşünü iletmesi için etkileşim imkânı sunan bu yeni haber sunum tarzı televizyon seyircisinin programa olan ilgisini de artırmıştır. Ekonomik, siyasi veya hukuki bir haber içeriğinin sunumunun akabinde “anchorman” bu habere ilişkin konularla alakalı yorumlar yapmakta, izleyiciler, dinleyiciler veya habere konu olan bireyler karşısındaymişçasına bir konuşma gerçekleştirmektedir. Söz konusu konuşmalar genellikle haber sunucusunun kendi yorumlarından ibaret olabilmektedir.<sup>89</sup> Bir haberi yapan veya haberi kamuoyuna duyuran kişinin görüşlerini açıklaması, haber hakkında yorum yapması, eleştirilerde bulunması her zaman haberin gerçeklik ilkesine aykırılığına sebep olmamaktadır.<sup>90</sup> Burada bir kişi veya kuruluş taraflı bir şekilde karalanıyorsa, gerçek olmayan kaynaklar kaynak gibi gösteriliyorsa, haberin başlıkları haber içeriğiyle uyumlu değilse, gerçek bilgi veya görüntü aldatmaya yönelik manipüle içeriyorsa yalan haber söz konusu olabilecektir.

### C. Anayasal Haklar Temelinde Değerlendirme

Basın ve yayın özgürlüğü kapsamına görsel-işitsel iletişim araçları da girmektedir.<sup>91</sup> Demokratik toplumlarda basın faaliyetinin asli işlevi kamuoyunun bilgilendirilmesi, olaylar veya durumlar hakkında kamuoyu oluşturmaktır.<sup>92</sup> Anayasa'nın 26'ncı maddesine göre herkes düşünce ve kanaatlerini belirli yollarda açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Söz konusu hürriyet haber alma ve verme serbestiyetini de kapsamaktadır. Aynı maddede yazı, söz veya benzeri yollarla gerçekleştirilen haberi yayma, fikir verme veya alma gibi faaliyetlerin milli güvenlik, kamu düzeni ve güvenliği, başkalarının hakları, özel hayat ve aile hayatına yönelik sınırların korunması amaçlarıyla sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Her ne türlü araçlar kullanılarak yapılmış olursa olsun radyo veya

---

ve Mesut Yılmaz, “Ana haber Bültenlerinde Haberlerin Konusu ve Sunum Tarzı ile Reyting Arasındaki İlişki Üzerine Bir İnceleme,” *Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi* 8, no. 1 (2020): 427, 429.

<sup>89</sup> Mustafa İnce ve Mesut Yılmaz, “Ana Haber Bültenlerinde Haberlerin Konusu,” 435.

<sup>90</sup> Tülay Parlak, Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler ile Basın Etik İlkeleri Işığında “Yalan Haber Neşri” ve Yalan Haber Neşrinin Önlenebilmesi Sorunu, 167.

<sup>91</sup> Ferhat Canbolat ve Günhan Gönül Koşar, “Basın Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinin Tespiti,” 262.

<sup>92</sup> Murat Tümay, “Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi,” *Anayasa Yargısı* 31, no. 1 (2015): 361.

televizyonda sunulan haber bültenleri ve tartışma programlarında da bu sınırlar geçerlidir.

İfade hürriyetinin sınırlanması bakımından gerçeklik, tarafsızlık ve doğruluk ilkelerinin haber bültenleri ve tartışma programlarında farklı şekilde ele alınması gerekebilir. Yukarıda bahsedildiği üzere haber bültenleri gerçeklik, tarafsızlık, güncellik, kamuoyunun ilgisi gibi standartlara sahip olmalıdır. Bu sebeple haber bültenlerindeki yayıncılık faaliyetlerinde daha sıkı şekil ve usul şartları olduğu ifade edilmelidir. Tartışma programlarında ise programın formatı gereği aynı sertlikle sınırların kabul edilemeyeceği söylenmelidir. Diğer bir anlatımla tartışma programlarında düşünce ve ifade hürriyetine konu olacak eleştiriler, yorumlar ve sözler yoğunlukta olacaktır. Ancak Anayasa'da sayılan *"millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması"* gibi hususlar tartışma programlarında da bu hürriyetin korunmasındaki istisna hallerini oluşturacaktır.<sup>93</sup> Dolayısıyla tartışma programlarında bir haber üzerine tartışan veya yeni bir haberi izleyici veya dinleyiciye veren konuşan haber bültenlerinde sunulan haber içeriğindeki standartlara her zaman sahip olabileceği düşünülmemeli, katılımcılar için düşünce ve ifade hürriyeti daha geniş yorumlanmalıdır. Buna rağmen tartışma programlarında dahi yayıncı kuruluşlar, program katılımcıları, sunucular veya moderatörler Anayasa'da sayılan istisna hallerine özen göstermelidirler. Böylece hukuka uygun, doğru ve gerçek bilginin kamuoyuna ulaştırılması noktasında bir yayıncılık anlayışı tesis edilebilecektir.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> Ayvaz Cebre, "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkı," 294.

<sup>94</sup> Ayvaz Cebre, "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkı," 296.

## VI. DEZENFORMASYON VEYA YALAN HABERDEN DOĞAN SORUMLULUK

Görsel-işitsel medyada bir dezenformasyon veya yalan haber doğrudan medya hizmet sağlayıcılar tarafından üretilmese de medya hizmet sağlayıcı çoğu zaman bir bilginin veya haberin kasıtlı olarak kamuoyuna duyurulmasında aracı olabilmektedir. Yine de böyle bir durumda dahi medya hizmet sağlayıcı yapılan yayındaki yalan haber veya dezenformasyondan sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kamuoyunda yoğun biçimde ilgi çeken olaylara karşı basın yoluyla ifade hürriyetinin kullanımının sınırsız olmadığını karara bağlamaktadır. Bu açıdan Bladet Tromso ve Stenhaas davası örnek verilmekte, söz konusu davada basın faaliyetlerini yerine getirenlerin de sorumlulukları olduğundan bahsedilmektedir. Basın faaliyetinde doğru ve güvenilir haber kaynaklarıyla halkı bilgilendirmenin asli görev olduğu vurgulanmaktadır.<sup>95</sup>

Medyada dezenformasyonun çeşitleri bulunmaktadır. Kaynak belirtilerek yapılan dezenformasyon açık dezenformasyona sebep olurken, kaynak hakkında açıklama yapılmaması veya yanlış bir kaynak gösterilmesi kapalı dezenformasyonu meydana getirmektedir.<sup>96</sup> Dezenformasyon genellikle bir kişi veya kurum tarafından üretilmektedir. Görsel-işitsel medyada dezenformasyon veya yalan haber ise her zaman medya hizmet sağlayıcı tarafından üretilmemektedir. Fakat medya organlarının veya haber kuruluşlarının bazı durumlarda kasıtlı şekilde üretilmiş bir haberin yalan haber olduğunu bilmelerine rağmen yayınladığı, haber kuruluşlarının dezenformasyonu üretmeseler de yalan haberin “taşıyıcılığını” veya “hedef kitleye aracılığını” yaptıkları belirtilmektedir.<sup>97</sup> Bu faaliyetin altında yatan çeşitli sebeplerden bazılarıysa izleyici kitlesini artırmak, reyting kaygısı, kamuoyunu istenilen doğrultuda yönlendirmektir.

6112 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesinin dördüncü fıkrasında, reklamlar ve üçüncü kişiler tarafından yapılan yayınlar dahil olmak üzere bir kanalda

---

<sup>95</sup> Murat Tümay, “Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti,” 363.

<sup>96</sup> Emre Topçu ve Berk Çaycı, “Sosyal Medyada Dezenformasyon,” 166.

<sup>97</sup> Emre Topçu ve Berk Çaycı, “Sosyal Medyada Dezenformasyon,” 166.



yayınlanan tüm yayın hizmetlerinden medya hizmet sağlayıcının sorumlu olduğu düzenlenmektedir. Sorumluluk doğuran yayın faaliyeti hem yayın içeriklerini hem de yayınların sunumunu kapsamaktadır. Bu maddeden medya hizmet sağlayıcıların gerek haber bültenlerinin içeriğinden gerek canlı veya banttan yayınlanan ve tartışma programlarında katılımcılar veya moderatörler tarafından ekrana getirilen yorum, eleştiri veya söylem gibi ifadelerden sorumlu oldukları anlaşılmaktadır. Bu durum yine 6112 sayılı Kanun'da hüküm altına alınan ve medya hizmet sağlayıcıları muhatap alan editoryal sorumluluktan kaynaklanmaktadır. Editoryal sorumluluk, medya hizmet sağlayıcının radyo ve televizyonlarda yayın akışının, isteğe bağlı yayınlarda da katalog yayınlarının yine medya hizmet sağlayıcı tarafından denetimini ve kontrolünü ifade etmektedir.<sup>98</sup>

Bir televizyon kanalına sahip olan yayıncının kendi kişisel, siyasal görüşleri olabileceği gibi yayın faaliyeti alanında ekonomik çıkarları da olabilmektedir. Benzer şekilde bir tartışma programı katılımcısının da benzer çıkarları söz konusudur.<sup>99</sup> Bu sebeple televizyon, radyo veya internet üzerinden yapılan haber bülteni veya tartışma programlarında yanıltıcı, karalayıcı veya gerçek olmayan bilgiler sunulmaktadır.<sup>100</sup> Görsel-işitsel medyada kişilerin bilgi edinme hakları bulunmaktadır. Bunun yanında bireylerin doğru ve gerçek bilgiye ulaşma, sağlıklı bir eleştirel ortamda haber alma haklarının da korunması gerekmektedir.<sup>101</sup> Burada savunulmaya muhtaç olan izleyici ve dinleyici kitesidir. Devlet organlarının yapması gerekirse idari denetimlerin yanında medya okuryazarlığı konusunda gereken adımları atmak ve yayıncılık faaliyeti gerçekleştiren

---

<sup>98</sup> Merve Ayşegül Kulular İbrahim ve Rümeyza Aluç, "6112 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumunda Çocukların Korunması," *TAAD* 13, no. 51 (2022): 334.

<sup>99</sup> "...Programlara katılan konukların kendi popülerliklerini artırmak amacıyla bilinçli olarak spekülâtif söylemlerde buldukları da görülmektedir. Bu kişilerin bilinçli ya da bilinçsiz olarak maksadını aşan söylemler kullandıkları da tespit edilmiştir. Amacından uzak yorumlara yer verilen bu tür yayınlarla kamusal sorumluluktan uzaklaşıldığı ..." Detaylı bilgi için bkz: Ersan Şen, "Radyo ve Televizyonların Yayın İçeriklerinden Sorumluluğu" Ersan Şen (Blog), 1 Ocak 2021, <https://sen.av.tr/tr/makale/radyo-ve-televizyonlar%C4%B1n-yay%C4%B1n-iceriklerinden-sorumluluğu>.

<sup>100</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, "Olağanüstü Dönemler ve Yayıncılık," *Hacettepe HFD* 7, no. 1 (2017): 60.

<sup>101</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, "Olağanüstü Dönemler," 59.

kuruluşlara yönelik “Rehber İlkeler” hazırlamak, ilkelere uyulup uyulmadığının denetimini sağlamaktır.

Avrupa Konseyi’ne göre özellikle olağanüstü dönemlerde doğru ve tarafsız yayıncılık sunan yayıncı kuruluşlar “kamu diplomasisi yürüten uzman” olarak ele alınmaktadır.<sup>102</sup> Bu tanımlama, yayıncıların haber programlarında sahip olmaları gereken ilkesel duruşa yönelik önemli bir kamusal sorumluluk taşıdıklarının göstergesidir. Özellikle medya hizmet sağlayıcılar terör, olağanüstü olaylar, doğal afetler gibi meselelerde toplumun içinde bulunduğu gerginliği yükseltecek şekilde bir yayın sunumundan, program akışından kaçınılmasını temin etmelidirler. Aksi taktirde medya hizmet sağlayıcı kuruluşun sorumluluğu doğacaktır. Başka bir anlatımla medya hizmet sağlayıcı, yalan haberin, dezenformasyonun veya yanıltıcı bilginin haberi sunan spiker veya tartışma programındaki katılımcı tarafından sunulduğunu ileri sürerek idari sorumluluktan kaçamayacaktır. RTÜK’ün 6112 sayılı Kanun’un 8’inci maddesinin (1) bendinin ihlali nedeniyle 2023 yılında verdiği 2023/14 Toplantı Numaralı kararında bir televizyon kanalında sunucu tarafından ileri sürülen eleştiriler idari denetime konu edilmiştir. Denetim sonucunda sunucunun ifadeleri “... doğruluğundan tam anlamıyla emin olunmadan ya da durumun tamamına vâkıf olunmadan sarf edilen sözlerin sonucunun çeşitli olumsuzluklara yol açabileceği yıllardır hem basılı medyada hem de görsel medyada birçok kuruluşun bünyesinde çalışmış ve farklı görev sorumluluklarını yerine getirmiş bir gazeteci olarak sunucunun bilgisinin ve tecrübesinin dışında olamayacağı...” şeklinde değerlendirilmiş, dolayısıyla program sunucusunun yanıltıcı ve dezenformasyona sebebiyet verecek sözlerinin sorumlu yayıncılığa aykırı olduğu karara bağlanmıştır. Bununla birlikte sadece sunucunun değil yayıncı kuruluşun da sarf edilen sözlerden sorumlu olduğu “... kuruluşun editoryal sorumluluğunu yerine getirmediği düşünülmekte olup; taraflı kişisel görüşlerle, kamuoyunda kanaat oluşturarak tüm dolayısıyla mezkur yayında sarf edilen ifadelerin tarafsızlık, gerçeklik, doğruluk ve soruşturulması basın meslek ilkeleri çerçevesinde mümkün olan haberlerin, soruşturulmaksızın veya doğruluğundan emin olunmaksızın yayınlanamaz ilkeleriyle bağdaşmadığı” şeklinde karara bağlanarak medya hizmet sağlayıcı kuruluşa idari yaptırım uygulanmasına karar verilmiştir.<sup>103</sup>

<sup>102</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, “Olağanüstü Dönemler,” 60.

<sup>103</sup> Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, K. 26, Toplantı No. 2023/14 (RTÜK 5 Nisan 2023), <https://www.rtuk.gov.tr/UstKurulKarar/Detay/19605>, 17 Temmuz 2023, para 11.

Bir tartışma programında canlı yayın esnasında katılımcıların ileri sürdüğü kanuna aykırı ifadelerin moderatör tarafından fark edilip ifadelerin doğru bilgiyle düzeltilmesi, bilginin kasıtlı olarak yayılmasını ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla RTÜK'ün tartışma programlarındaki katılımcılar tarafından ileri sürülen dezenformatif, yanıltıcı bilgi veya yalan haberlere yönelik değerlendirmeye aldığı hususlar program sunucularının, moderatörlerin kanuna aykırı ifadelere karşı aldığı tavırla da farklılık gösterebilmektedir. Örneğin RTÜK'ün 2021 yılında verdiği ve 2021/49 Toplantı Numaralı kararında ortaya koyduğu *“ifadenin kullanımı sırasında moderatörün herhangi bir müdahalede bulunmayarak kullanılan ifadeye yönelik bir uyarı veya düzeltmeye yer vermeyerek zımnen de olsa bu ifadelerin kabul edilebilir olduğu izlenimini oluşturduğu”* şeklindeki ifadeler, moderatörlerin dezenformasyon ve yalan haberin yayılmasındaki rolünü ortaya koymaktadır.<sup>104</sup> Dezenformasyon veya yalan haberde kasıt önemlidir. Dolayısıyla karardan anlaşılan, moderatörlerin veya sunucuların dezenformasyonun veya yalan haberin önüne geçebilecek durumda olunması halinde bunu gerçekleştirmekteki çabaları kastı ortadan kaldıracığından, yalan haber ve dezenformasyonun yayılması bakımından medya hizmet sağlayıcının sorumluluğunu da ortadan kaldıracaktır.

Görsel-işitsel medyada dezenformasyon veya yalan haber sadece 6112 sayılı Kanun'un veya idari bir yaptırımın konusu olmamaktadır. Haber bültenlerinde veya tartışma programlarında gerçekleştirilen yalan haber veya dezenformasyon içeren yorumların ekonomik faaliyetleri de etkileyebileceğinden yukarıda bahsedilmiştir. Bu tip yayınlarda suç unsurları barındıracak ifadeler veya faaliyetler bulunması halinde söz konusu yayın TCK kapsamında bir suça da vücut verebilmektedir. Bu açıklamaya manipülasyon suçu örnek olarak gösterilebilir. Ekonomide iki tür manipülasyonun bulunduğundan, bunlardan ilkinin işleme dayalı manüpilasyon, ikincisinin ise bilgiye dayalı manipülasyon

---

<sup>104</sup> Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, K. 18, Toplantı No. 2021/49 (RTÜK 15 Aralık 2021), <https://www.rtuk.gov.tr/UstKurulKarar/Detay/17012>, 17 Temmuz 2023, para 7; RTÜK'ün 2019/17 toplantı numaralı başka bir kararında da *“... moderatör ve diğer katılımcılar tarafından herhangi bir müdahalede bulunulmadığı, yayın kuruluşunun bu türden bir içeriğin aktarımına aracılık etmesinin kamusal sorumluluk anlayışı ile bağdaşmadığı, dolayısıyla mezkur yayında, terör örgütünün meşru bir zemine oturtulmak suretiyle haklı gösterilmeye çalışıldığı...”*na karar verilmiştir. (Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, K. 33, Toplantı No. 2019/17 (RTÜK 17 Nisan 2019), <https://www.rtuk.gov.tr/UstKurulKarar/Detay/11568>, 17.07.2023, para. 3.

olduğundan bahsedilmektedir. İşleme dayalı manipülasyonda alım satım yapan kişiler fail olarak sorumluyken, bilgiye dayalı manipülasyon suçunda fail, yanıltıcı, kanıtlanmamış bilgileri veren, bunlarla ilgili haber yapan, manipülasyona sebebiyet verecek yorumlarda bulunan kişiler olarak ifade edilmektedir.<sup>105</sup> Bu suç gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri tarafından işlenmektedir. Doktrindeki görüşe göre failin bu suçu işlemesi için sarf ettiği veya verdiği bir bilgiyi biliyormuş veya bilginin doğruluğundan eminmiş gibi davranması gerekmektedir. Burada haberin veriliş tarzı, yorumun yapılışındaki inandırıcı faaliyetler aldatıcı nitelikteyse bilgiye dayalı manipülasyon suçunun olduğundan bahsedilebilecektir. İletişim veya yayın organları üzerinden verilen bilginin piyasayı etkileyebilecek yönde olması gerekmektedir.<sup>106</sup> Tartışma programlarında sarf edilen yorumların katılımcıların öznel görüşü olsa dahi manipülasyon suçuna sebebiyet verebileceği ifade edilmelidir. Haber bültenlerindeki haberlerde veya tartışma programlarındaki yorumlarda verilen bilginin tamamen gerçeğe aykırı olması suçun oluşması için bir şart değildir. Burada önemli olan bilgiler doğru olsa bile bu bilgilerin yanıltıcı, kasten aldatıcı yorum ve söylentilerden oluşarak geniş bir kitleye yayılması faaliyetidir.<sup>107</sup> Bahsedilen suçun görsel-işitsel medyada gerçekleştirilmesi halinde fail gerçek bir kişi olacağından, haberi sunan, tartışma programındaki katılımcı veya moderatör fail konumunda olacaktır. Bu suç bir medya hizmet sağlayıcının yararına olacak şekilde işlendiğinde ise tüzel kişiliği bulunan medya hizmet sağlayıcıya yönelik bir güvenlik tedbiri uygulanacaktır.<sup>108</sup>

## SONUÇ

Haber, kamuoyu için önem arz eden bir gelişme, konu veya bilgidir. Haberin doğruluk, gerçeklik, kesinlik ve inanılabilirlik gibi özellikleri bulunmakta, bu özelliklere haiz haberler haber bültenleri ve haber programlarında kamuoyuna duyurulmaktadır. Bu özellikler sebebiyle yalan haberin haber olmadığı, dezenformasyona veya yanıltıcıyı bilgiye sevk eden bir mesaj olduğu ifade

---

<sup>105</sup> Uğur Orhan, "Manipülasyon (Piyasa Dolandırıcılığı) Suçu," 1648.

<sup>106</sup> Uğur Orhan, "Manipülasyon (Piyasa Dolandırıcılığı) Suçu," 1657.

<sup>107</sup> Uğur Orhan, "Manipülasyon (Piyasa Dolandırıcılığı) Suçu," 1658.

<sup>108</sup> Uğur Orhani, "Manipülasyon (Piyasa Dolandırıcılığı) Suçu," 1648.

edilmelidir. Yalan haber kamuoyuna inandırıcı ve ilgi çekici bir şekilde sunulsa da bilgi kılığına girmiş bir içeriktir. Dezenformasyon ve yalan haber bazı alanlarda birbirini yerine kullanılsa da dezenformasyon yalan haberden daha kapsayıcı bir kavram olarak kabul edilmektedir. Dezenformasyon da yine kötü niyetli ve kasıtlı olarak haberin çarpıtılması, aldatma niyetiyle yanlış bilginin paylaşılmasıdır. Bir yalan haber yaptırımlar veya sorumluların düzeltme faaliyetleri yerini doğru bilgiye bıraksa da izleyici ve dinleyicilerin yalan habere karşı tutumları devam etmektedir.<sup>109</sup>

Doğru bir bilginin ortaya çıkabilmesi için kamuyu ilgilendiren olaylar önyargılardan soyutlanmalıdır. Bir hâkimin önüne gelen somut bir meselede kişisel kanularıyla hareket etmesi bireyin hayatını ne kadar etkileyecekse, medya organları önünde halka bilgi veren kişilerin yalan bir haberi kasıtlı biçimde dezenformasyona yöneltmesi de toplumu o derece derinden etkileyebilecektir. İlkinde kişilerin adalete olan güveni sarsılacakken diğerinde de kamuoyunun doğru bilgiye olan güveni zedelenecektir.

Haber bülteni ve tartışma programlarındaki tutum ve davranışların yönünün sosyal medyada yoğun olarak kabul gören görüşe göre şekillendiği gözlemlenmektedir. Başka bir deyişle yalan haber veya dezenformasyon sosyal medyanın gelişimiyle daha dikkat çekici bir hal almıştır. Zira bir bilgi veya haber sosyal medya eliyle daha hızlı yayılmakta, dolayısıyla dezenformasyon veya yalan haberin yayılması için sosyal medya kötü niyetli kullanıcılara uygun bir zemin hazırlamaktadır. Diğer taraftan internet gazeteciliği veya sosyal medyanın kullanıcılarına sunduğu içerik üretme imkanı sosyal medyayı dezenformasyona ve yalan habere daha müsait bir hale getirmektedir. Sosyal medyanın yanında medyanın diğer araçları kullanılarak da dezenformatif içerik veya yalan haberin kamuoyuna sunulduğu belirtilmelidir.

Medyada halka bilgi vermek için hazırlanan haber bültenlerinde, güncel meseleleri konuşmak için belli konukları ağırlayan tartışma programlarında dezenformasyonun üretilmesine doğrudan medya hizmet sağlayıcı sebebiyet vermese de medya hizmet sağlayıcı bir haberin veya bir bilginin kasıtlı olarak kamuoyuna iletilmesinde aracı konumda olacağından haber bültenlerinde veya

---

<sup>109</sup> Theodara Dome Adjin- Tettley, "Combating fake news, and misinformation: Experimental evidence for media literacy education," *Cogent Arts & Humanities*, no. 9 (2022): 4.

tartışma programlarında gerçekleşen dezenformasyon veya yalan haberden sorumlu olabilecektir. RTÜK bu niyetle yapılan haber programları veya haber bültenlerine yönelik yayınları 6112 sayılı Kanun'un yayın ilkelerini içeren 8'inci maddesine göre denetlenmektedir. Söz konusu maddenin (1) ve (ç) bentleri özellikle gerek kişilere gerek kurumlara gerek doğru haber vermeye ve dezenformasyona karşı özenli davranmaya yönelik medya kuruluşlarına yükümlülükler getirmektedir. Buna göre medya hizmet sağlayıcıların yayıncılık faaliyeti sürecinde haber bültenlerinde sunulan haber içeriğinin ve tartışma programlarında gerçekleştirilen konuşmaların, yorumların, eleştirilerin veya verilen bilgilerin doğru, tarafsız ve gerçek olmasına yönelik sorumlulukları bulunmaktadır. Tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk haber bültenleri ve tartışma programları için ayrı ayrı ele alınabilecek kavramlardır. Zira tartışma programlarının formatı gereği katılımcıların yorum ve eleştirilerinin kişisel düşüncelerinden oluşması ifade ve haber hürriyetinin bir gereğidir. Fakat her ne kadar yorum ve eleştiriler söz konusu olsa da yapılan konuşmaların, verilen bilgilerin gerçek ve doğruluğunun görünürdeki gerçekliğinin araştırılmasına özen gösterilerek izleyici ve dinleyicilere sunulması gerekmektedir.

Basın ve yayın özgürlüğü ifade hürriyetinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Demokratik toplumlarda kamuoyunun bilgilendirilmesi ifade ve düşünce hürriyetinin serbest biçimde kullanılmasıyla şekillenmektedir. Bu açıdan haber bültenlerinde haber içeriklerinin sahip olması gereken sıkı şartlara, gerçekliği ve doğruluğu kanıtlanmış olmak kaydı ile daha çok yorum veya eleştirilerin yapıldığı tartışma programlarında aranmayacaktır. Fakat bu durumda dahi Anayasa'nın ifade hürriyeti bakımından koyduğu sınırlar, yapılan eleştirilerin kişilik haklarının ihlaline yol açıp açmadığı da değerlendirilmelidir.

Tarafsızlık, doğruluk ve gerçeklik kişiden kişiye değişen soyut kavramlar gibi düşünülebilir. Diğer bir anlatımla söz konusu kavramlar kamu yararı, kamu düzeni, genel sağlık gibi kavramlar gibi ele alınmaya müsait kavramlar olarak değerlendirilebilir. Nitekim kamuoyuna verilen bir haber eğer yalan haberse söz konusu haberin en sonunda kamu düzeni, kamu yararı veya genel sağlığı bozucu bir ortama yol açabileceği ifade edilebilir. Bir haberin doğruluğunun kimler tarafından tespit edileceği bu noktada önemlidir. Bu açıdan Yargıtay bir yayın içeriğinin gerçeğe uygun olduğunun tespitinin yapılmasını "beyyine külfeti" olarak tanımlamakta, yayından sorumlu olan kişinin içeriğin doğru ve gerçek

olduğunu araştırmakta yükümlü olduğunu kabul etmektedir. Haber bültenlerinde tarafsızlık, doğruluk ve gerçekliğin sınırları daha kolay çizilebilmektedir. Fakat tartışma programlarında da eleştirilerin sınırlarına dikkat edilmeli, dezenformatif yorumlarla izleyici ve dinleyicilerin bir konu hakkında özgürce kanaat oluşturmaları hakları gasp edilmemelidir.

Sonuç olarak dezenformasyon ve yalan haber günümüzde sadece sosyal medyada gerçekleşmemektedir. Görsel-işitsel medyada da dezenformasyon ve yalan habere yönelik verilmiş idari kararlar ve mahkeme kararları bulunmaktadır. Görsel-işitsel medyadaki dezenformasyon ve yalan habere dikkat edilmesi gerekmektedir. Zira televizyon ve radyoda ortaya atılan bir bilgi reytingi az olan bir program veya kanalda ifade edilse dahi, bilginin sosyal medyada paylaşılmasıyla kitleler bundan kolaylıkla haberdar olabilecektir. Dolayısıyla görsel-işitsel medyada dezenformasyon ve yalan haberle mücadele etmek en az sosyal medyadaki mücadele kadar önemlidir. Dezenformasyon ve yalan habere yönelik resmî kurumlardan yapılan açıklamalarda da medya hizmet sağlayıcıların “dijital bağışıklığın artırılması” noktasında kamuoyuna verilen bilgilerde, daha titiz ve eleştirel yaklaşılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>110</sup> Bu durumda 6112 sayılı Kanun’un güncel gelişmelere cevap verecek şekilde korunması gerekmektedir. Kanun’un 8’inci maddesinin (1) bendindeki “tarafsızlık, gerçeklik, doğruluk” kavramlarının soyut kavramlar gibi değil gerçek bilgiye ulaşmada yol gösterici ve uyarıcı kavramlar olduğunun altı çizilmelidir. Medya hizmet sağlayıcıların görünürdeki gerçeklik ve maddi gerçekliğe ulaşmadaki rollerinin öneminin sürekli vurgulanması gerekmektedir. Yeni kavramlar olarak dezenformasyon ve yalan haber içeriklerine karşı izleyici ve dinleyiciler gerekirse kamu spotlarıyla sürekli olarak bilinçlendirilmelidir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

---

<sup>110</sup> Ebubekir Şahin, “Yalan Haber Gerçekliğin Zeminini Yok Eder.” RTUK.gov.tr, erişim tarihi 3 Eylül 2021 <https://www.rtuk.gov.tr/yalan-haber-gercekligin-zeminini-yok-eder/4112>.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author has not declared whether this work has received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

---



## KAYNAKÇA

- Aksoy, Hüseyin Can. "Cevap ve Düzeltme Hakkı Çerçevesinde Haberin Gerçeğe Aykırılığı "Maddi Gerçekliğe" Aykırı Bir Haberin Salt "Görünürdeki Gerçekliğe" Uygunluğu Cevap ve Düzeltme Hakkının Kullanılmasına Engel Midir?" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 112 (2014): 55-72.
- Alağaç, Hacı Mehmet, Mermi, Ömer Selman, Kızıltaş, Şafak, Eren, Tamer ve Selvi, Özgür. "Ana Haber Bültenlerinde Yayınlanacak Haberlerin Seçimi İçin Kriterlerin ve Kriter Ağırlıklarının Belirlenmesi", *Akademik Platform Eğitim ve Değişim Dergisi* 1, no. 1 (2018):1-10.
- Apaydın, Cengiz. *Cevap ve Düzeltme Hakkı- İnternette Erişimin Engellenmesi- Unutulma Hakkı*. Ankara: Seçkin Hukuk, 2020. 1
- Atabek, Nejdet. "Gazetecilikte Tarafsızlık", *Marmara İletişim Dergisi*, no. 7 (1994): 23-36.
- Ateş, Ahmet. "Dezenformasyonla Mücadele: Kavramlar ve Kurumlar" *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 21, no. 3 (2022): 1574-1586.
- Aydın, Ali Fikret. "Post-Truth Dönemde Sosyal Medyada Dezenformasyon: Covid-19 (Yeni Koronavirüs) Pandemi Süreci". *Asya Studies* 4, no. 4 (2020): 76-90.
- Aytekin, Gülbahar. "Fake News: Dijital Çağda Dezenformasyon ve Yalanın Yükselişi." *Güvenli Web*. 3 Haziran 2022. <https://www.guvenliweb.org.tr/blog-detay/fake-news-dijital-cagda-dezenformasyon-ve-yalanin-yukselisi>.
- Balcı, Murat ve Çakır, Kerim. "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 1 (2023): 1-17.
- Boyer, Aynur. "Haber Nedir, Nasıl Biçimlendirilir? Geleneksel Ve İnternet Gazetelerindeki Farklılık ve Benzerlikler". *Humanities Sciences* 5, no. 1 (2010): 114-125.
- Büyükağaç, Mehmet ve Özçağlayan, Mehmet. "Haber ve Doğruluk İlişkisi: Doğruluk Sorununun Geçmişi ve Haberin Dönüşümü", *Düşünce ve Toplum Sosyal Bilimler Dergisi*, 1, no. 1 (2019): 29-49.
- Cebre, Ayvaz. "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016): 287-319.

- Ceraci, Sedat. "Türkiye'deki Televizyon Kanallarında Yayınlanan Haber Bültenlerinde Dilin Kullanılma Biçimi: Masalsı Anlatım", *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi* 2, no. 1 (2013): 7-24.
- Çömlekçi, Mehmet Fatih. "Sosyal Medyada Dezenformasyon Ve Haber Doğrulama Platformlarının Pratikleri". *Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi* 7, no. 3 (2019): 1549-1563.
- Dastan, Filiz. "Gazetecilikte Haberin Objektiflik Niteliği", *EURO Politika*, no. 9 (2021): 41-50.
- Demirhan Hanifi Demir ve Balcı, Emre Vadi. "Kriz Haberciliği Ve Etik Sorunsalı", *Ege Üniversitesi İletişim Fakültesi Yeni Düşünceler Hakemli E-Dergisi*, no. 11 (2019): 48-56.
- Doğan, Pınar Bahar. "Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı". *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (2014): 477-493.
- Adjin-Tettey, Theodora Dame. "Combating fake news, and misinformation: Experimental evidence for media literacy education", *Cogent Arts & Humanities*, no. 9 (2022): 1-17.
- Ekren, Asım. *Basılı, Görsel, İşitsel ve Sosyal Medyada Düzeltme ve Cevap*, Ankara: Seçkin Hukuk (2021)
- Erkan, Gülsüm ve Ayhan, Ahmet. "Siyasal İletişimde Dezenformasyon ve Sosyal Medya: Bir Doğrulama Platformu Olarak Teyit.Org." *Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi Özel Sayısı*, no. 29 (2018): 202-223.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. "Olağanüstü Dönemler ve Yayıncılık." *Hacettepe HFD* 7, no. 1 (2017): 1-49.
- Gedikli, Ahmet Taha. "Karşılaştırmalı Hukukta İnternet Ortamındaki Asılsız Bilgi Paylaşımının Önlenmesi." *Bilişim Hukuku Dergisi* 2, no. 2 (2020): 221-257.
- İlgın, Hicran Özlem. "Sosyal Medyada Dezenformasyon ve Halkla İlişkiler İlişkisi." *İletişim Çalışmaları Dergisi* 7, no. 2 (2022): 303-322.
- İnce, Mustafa ve Yılmaz, Mesut. "Ana haber Bültenlerinde Haberlerin Konusu ve Sunum Tarzı ile Reyting Arasındaki İlişki Üzerine Bir İnceleme." *Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi* 8, no. 1 (2020): 416-441.
- Kara, Nurat. "Mezenformasyon ve Dezenformasyon Faaliyetleri." *Sektörel Riskler ve İletişim Teknolojileri, Denetim* 13, no. 26 (2022): 45-54.

- Kazaz, Mete ve Bayar, Seher. "Haber Tartışma Programlarının Bir Türü Olarak Haber Mahkemeleri Programlarının Analizi: Atv, Tv8, Star Tv Örneği." *Selçuk İletişim* 12, no. 1 (2019): 186-198.
- Kent, Bülent. "Alman Hukukunda Sosyal Ağlarda Yalan Haber ile Mücadele." Bülent Kent ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim (ed.), *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Ankara: Adalet Yayınevi (2022): 9-37.
- Kocabay Şener, Nihal. "Doğruluk Kontrol Merkezi" ve "Yalan Haber" Kavramlarına İlişkin İçeriklerin Medyada Yansımalarının Araştırılması" *Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi Özel Sayısı*, no. 29 (2018): 355-373.
- Kontoğlu, Sena. "Avrupa Birliği Hukukunda Dezenformasyonla Mücadele ve Öz Regülasyon Modeli." Bülent Kent ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim (ed.), *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Ankara: Adalet Yayınevi (2022): 125-153.
- Korkmaz, Beşire. "RTÜK'ün Sayıştay raporlarının televizyonda konuşulmasına yasak getirdiği iddiası" (Teyit Org 9 Ocak 2021) <https://teyit.org/analiz/rtukun-sayistay-raporlarinin-televizyonda-konusulmasına-yasak-getirdigi-iddiasi>, Erişim Tarihi 7 Temmuz 2023.
- Koşar, Ferhat ve Gönül Koşar, Günhan. "Basın Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinin Tespitinde Kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 151 (2020): 259-302.
- Köse, Hüseyin ve Salamov, Nurlan. "TV Tartışma Programlarında Çarpıtma Unsurları: II. Karabağ Savaşı (Ermenistan-Azerbaycan Çatışması) Örneği" *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Özel Sayı*, no. 25 (2021): 128-152.
- Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. "Avusturalya Hukukunda Yalan Haber." Merve Ayşegül Kulular İbrahim ve Bülent Kent (ed.), *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Ankara: Adalet Yayınevi (2022): 73-101.
- Kulular İbrahim, Merve Ayşegül ve Aluç, Rümeyza. "6112 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumunda Çocukların Korunması." *TAAD* 13, no. 51 (2022): 329-364.
- Kuruoğlu, Huriye ve Akçora, Elçin. "Türkiye'de televizyon ana haber bültenlerinde haber öznesi olarak kadın kimliklerinin kıyaslamalı

- incelenmesi- 2001 ve 2016." *Abant Kültürel Araştırmalar Dergisi* 2, no. 4 (2017): 1-26.
- Millî Eğitim Bakanlığı. *Gazetecilik, Haberin Nitelikleri* Ankara: MEGEP, 2013. [http://megep.meb.gov.tr/mte\\_program\\_modul/moduller\\_pdf/Haberin%20Nitelikleri.pdf](http://megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Haberin%20Nitelikleri.pdf).
- Onursoy, Sibel, Turan, Erdem Alper, Yeşilyurt, Segah ve Astam, Fatma Kübra. "Yalan Habere Karşı Tutum ve Davranışlar: Üç Üniversite Örneğinde Durum Araştırması." *Türk Kütüphaneciliği*, 34, no. 3 (2020): 485-508.
- Orhan, Uğur. Manipülasyon (Piyasa Dolandırıcılığı) Suçu, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, no. 2 (2021): 1635-1673.
- Parlak, Tülay. "Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler ile Basın Etik İlkeleri Işığında "Yalan Haber Neşri" ve Yalan Haber Neşrinin Önlenmesi Sorunu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 118 (2015): 163-198.
- Reuters Agency. "What can publishers do about "fake" news?." 16 Ekim 2017 <https://www.reutersagency.com/en/reuters-community/what-can-publishers-do-about-fake-news/>.
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu. Karar No. 18, Toplantı No. 2021/49. Kararlar. 15 Aralık 2021, <https://www.rtuk.gov.tr/UstKurulKarar/Detay/17012>.
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu. Karar No. 26, Toplantı No. 2023/14. Kararlar. 5 Nisan 2023, <https://www.rtuk.gov.tr/UstKurulKarar/Detay/19605>.
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu. Karar No. 33, Toplantı No. 2019/17. Kararlar. 17 Nisan 2019, <https://www.rtuk.gov.tr/UstKurulKarar/Detay/11568>.
- Sarsılmaz, Meltem. "Deprem bölgesine gönderilen yardımların alkollü içecek logosu yüzünden geri çevrildiği" iddiası." Anadolu Ajansı Teyit Hattı. 9 Şubat 2023. <https://www.aa.com.tr/tr/teyithatti/aktuel/deprem-bolgesine-gonderilen-yardimlatri-alkollu-icecek-logosu-yuzunden-geri-cevrildigi-iddiasi/1815335>.
- Söyler, Yasin. "Fransa'nın Seçim Manipülasyonlarıyla Hukuki Mücadelesi ve Türkiye İçin Öneriler." Bülent Kent ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim (ed.), *Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber*, Ankara: Adalet Yayınevi (2022): 37-73.
- Şahin, Ebubekir. "Yalan Haber Gerçekliğin Zeminini Yok Eder." RTUK Web Sitesi Bildirimler. 3 Eylül 2021. <https://www.rtuk.gov.tr/yalan-haber-gercekligin-zeminini-yok-eder/4112>.

- Şen, Ersan. "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu." *Ersan Şen Web (Blog)*, 21 Haziran 2022 <https://sen.av.tr/tr/makale/halki-yaniltici-bilgiyi-alenen-yayma-sucu-onerisi>.
- Şen, Ersan. "Radyo ve Televizyonların Yayın İçeriklerinden Sorumluluğu." *Ersan Şen (Blog)*, 1 Ocak 2021. <https://sen.av.tr/tr/makale/radyo-ve-televizyonlar%C4%B1n-yay%C4%B1n-iceriklerinden-sorumlulugu>.
- Tokgöz, Oya. "Çeşitli Anlatım Biçimleriyle Günümüzde Haberciliğin Konumu" *Yeni Yüzyıl'da İletişim Çalışmaları Dergisi*, no. 3 (2021): 5-20.
- Tombaloğlu, Nermin. "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2014): 353-388.
- Topçu, Emre ve Çaycı, Berk. "Sosyal Medyada Dezenformasyon: COVID-19 Pandemisi Örneği" *TAM Akademi Dergisi* 1, no. 2 (2022): 161-191.
- Tümay, Murat. "Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi" *Anayasa Yargısı* 31, no. 1 (2015): 355- 378.
- Publication Parliament. *House of Lords House Of Commona*, "Fifth Report of Session 2017-19. UK Publications Parliament: 2017. <https://publications.parliament.uk/pa/jt201719/jtselect/jtstatin/47/47.pdf>.
- Ukrow, Jörg. "Latvian Regulator Issues Fines For Spreading Fake News About Coronavirus." *Merlin IRIS*. Ekim 2021. <https://merlin.obs.coe.int/article/9168>.
- Wiling, Julian. *Parliamentary Committee Report On Tackling Fake News And Interference In Elections In Social Media*. EN: Merlin IRIS. Ağustos 2018. <https://merlin.obs.coe.int/newsletter/download/238/pdf/en>.
- Yeni Şafak, "Yalan Haber gerçekliği zeminini yok eder." 1 Eylül 2021, <https://www.yenisafak.com/dusunce-gunlugu/yalan-habergercekligin-zeminini-yok-eder-3690191>
- Yıldız, Ecem Ezgi, Baykal, Kemal Cem. "6112 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yayın Hizmeti İlkeleri ve İhlalleri." *Kültür Araştırmaları Dergisi*, no. 11 (2021): 127-147.
- Yücel, Mustafa T. "Yargılamada Objektiflik ve Tarafsızlık". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 111 (2014): 117-132.

Zehir, Emre Ömer. "Youtube'dan Yalan Haberlere Karşı Önlem: Videolardan Önce "Kamu Spotu" Yayınlanacak." Web Tekno, Ekim 2022. <https://www.webtekno.com/yazar/lasfiniel>

# KAT MÜLKİYETİNDE YÖNETİM PLANININ İÇERİĞİ İLE KAT MALİKLERİNİN YÖNETİM HAKKININ KISITLANMASI

*Restriction of the Right of Flat Owners to Participate in  
Management with the Content of the Management Plan in  
Condominium Law*

**Serhat KÜÇÜKÇAPRAZ\***

## Öz

Kat mülkiyetinin yönetiminde en önemli kaynak yönetim planıdır. Yönetim planının hukuki niteliği sözleşme olup tüm kat malikleri ile haleflerini bağlar. Yönetim planının tek malik tarafından veya yüklenici tarafından hazırlanması uygulamada sorunlara yol açmaktadır.

Yönetim planı kat mülkiyetinin veya kat irtifakının kurulması için zorunlu bir belge olup değiştirilmesi de kat maliklerinin beşte dördünün rızasını gerektirmektedir. Yönetim planı tüm kat maliklerince veya yüklenici tarafından hazırlanmaktadır.

Bu çalışmada, tek malik veya yüklenici tarafından hazırlanan yönetim planının, yönetim planının zorunlu olması ve nitelikli çoğunluk ile

\* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, serhatkucukcapraz@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2760-9126.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 02.10.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 29.11.2023.

**Atıf/Citation:** Küçükçapraz, Serhat. "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının İçeriği ile Kat Maliklerinin Yönetim Hakkının Kısıtlanması." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 972-1008.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

değiştirilebiliyor olması sebebiyle kat maliklerinin yönetime katılma haklarının kısıtlanması hususu üzerinde durulacak ve çözüm önerileri sunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Kat Mülkiyeti, Yönetim Planı, Yönetim Planının Hukuki Niteliği, Kat Maliklerinin Hakları, Yüklenici

## Abstract

The most important source in the management of the condominium is the management plan. The legal nature of the management plan is a contract and is binding on all flat owners and their successors. Preparation of the management plan by the sole owner or the contractor causes problems in practice.

The management plan is a obligatory document for the establishment of a condominium or construction servitude, and its amendment requires the consent of four-fifths of the flat owners. The management plan is prepared by all flat owners or the contractor.

In this study, the management plan prepared by the sole owner or the contractor will be focused on the restriction of the rights of flat owners to participate in management, since the management plan is mandatory and can be changed by qualified majority, and solution suggestions will be presented.

**Keywords:** Condominium, Management Plan, Legal Nature of the Management Plan, Rights of Flat Owners, the Contractor

## GİRİŞ

Yönetim planı, Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK) m.28’de düzenlenmiş olup kat irtifakı/kat mülkiyetinin kurulması için sunulması gereken bir belgedir. Yönetim planı ile anagayrimenkulün yönetimine ilişkin kat maliklerince belirlenen kurallar ve uyuşmazlıklara ilişkin çözüm önerileri vb. yönetim işleri düzenlenebilir.

Yönetim planı, KMK m.28 uyarınca tüm kat malikleri ile onları külli ve cüz’i halefleri ile yönetici ve denetçileri bağlayıcı sözleşme niteliğinde bir belgedir.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Yar. 5. HD. E. 1986/8534, K. 1986/8331, 16.06.1986, (<https://www.lexpera.com.tr/>); Yargıtay bir kararında yönetim planının hukuki niteliğinin sözleşme olduğunu “...Uyuşmazlığın çözümünde



Yönetim planı tüm kat maliklerinin imzalarını taşıması gerekmektedir. Tek malik bulunan yapılarda malik tarafından imzalanan yönetim planı sunulmalıdır. Yönetim planının hazırlanması konusunda KMK m.10/5'te kat karşılığı inşaat sözleşmesi veya kat karşılığı temlik sözleşmesi tarafı yükleniciye kat maliklerinin imzasını taşımayan yönetim planını tapu memurluğuna kat mülkiyetinin kurulması için sunma yetkisi verilmiştir.

Çalışmamızda yönetim planı üzerinde durularak, tek malik tarafından veya yüklenici tarafından hazırlanan yönetim planı hükümleri ile kat maliklerinin yönetime katılma haklarının kısıtlanması hususuna ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

## I. YÖNETİM PLANI

### A. Tanımı

KMK m.28/1'de yönetim planı, yönetim tarzını, kullanma maksat ve şeklini, yönetici ve denetçilerin alacakları ücreti ve yönetime ait diğer hususları düzenleyen ve tüm kat maliklerini bağlayan sözleşme olarak ifade edilmiştir.

Yönetim planı ile anagayrimenkulün yönetimine ilişkin kurallar belirlenmekte ve kat malikleri ile yönetici ve denetçi arasındaki ilişkiler düzenlenmektedir. Kanun koyucu, yönetim planında çıkması muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçecek düzenlemelerin yer almasını ve sağlıklı bir yönetim düzeni oluşturulmasını amaçlamış ve emredici hükümlere aykırı olmamak üzere anagayrimenkule özgü kuralların belirlenmesini yönetim planı çerçevesinde düzenlenmiştir.<sup>2</sup> Yönetim planında hüküm olmayan hallerde KMK

---

*öncelikle, kat mülkiyetli bir yapıda Yönetim Planının hukuksal niteliği üzerinde durmak gerekir... Bu hüküm karşısında; kat mülkiyetli yapının yönetiminin, sözleşme hükmünde olan Yönetim Planı gereğince yapılacağı; çıkan anlaşmazlıklarda Yönetim Planında hüküm bulunduğu takdirde, öncelikle Yönetim Planında yer alan hükümlerin, aksi takdirde Kat Mülkiyeti Kanunu ve genel hükümlerin uygulanması gerektiği kuşkusuzdur..." şeklinde ifade etmiştir. Yar. HGK. E. 2010/617, K. 2010/637, 08.12.2010, (<https://www.lexpera.com.tr/>).*

<sup>2</sup> Mehmet Şengül, *Türk Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 144; Ülkü Öztürk Demir, "Kat Mülkiyetinde Ortak Gider," *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (Kayseri: Erciyes Üniversitesi, 2019), 42; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 554; Abdulkerim Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 53-54.

ve genel hükümlere başvuru yapılacağı için yönetim planı, emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla uyuşmazlıkların çözümünde hâkimin başvuracağı temel hukuki metindir.<sup>3</sup>

Yönetim planı KMK m.12 uyarınca kat mülkiyetinin kurulması için tapu idaresine verilmesi gereken önemli belgelerden birisidir. Kat mülkiyetinin kurulması için gayrimenkulün maliki veya bütün paydaşlar ile yüklenicinin mimari proje, vaziyet planı ile yapı kullanma izin belgesi ve yönetim planı ile tapu müdürlüğüne başvurması gerekmektedir. Kat irtifakı kurulması için tapu müdürlüğüne verilmesi gereken belgeler konusunda KMK m.12'ye atıf yapılmış olup yönetim planı kat irtifakının kurulması için de zorunlu belgelerden birisidir. KMK m.14 uyarınca kat irtifakından kat mülkiyetine geçişte ayrıca yönetim planı istenmez. Tapu memuru yönetim planı olmadan kat mülkiyetini kuran işlemi yapamaz. Kat maliki tek kişi bile olsa kat mülkiyetine geçiş için yönetim planı düzenlenmiş olmalıdır.<sup>4</sup> Kanun koyucu yönetim planını öneminden dolayı hem kat irtifakı hem kat mülkiyetinde hazırlanması zorunlu bir belge olarak düzenlemiştir.<sup>5</sup>

Yönetim planı kat mülkiyeti açısından başvurulacak ilk metin olması sebebiyle oldukça önemlidir. Kat maliklerinin iradesine üstünlük tanımak isteyen kanun koyucu yönetim konusunda çıkacak uyuşmazlıklarda emredici hükümlere

---

<sup>3</sup> Cemile Bozkurt, "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı," Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2010), 7; Ali Haydar Karahacıoğlu ve Ahmet Cengiz Ergin, *Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 796; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 296; Ahmet Ayar, *Kat Mülkiyetinden Doğan Borç İlişkileri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 10; Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 53.

<sup>4</sup> Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984), 449; A. Nevzad Odyakmaz, *Kat Mülkiyeti Yasası* (Ankara: Olgaç Matbaası, 1984), 149; Berna Canan Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 20.

<sup>5</sup> Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 184; İlhan Öztrak, "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 22, no. 3, (1967); 113-138, 113; Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 458; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 169; Songül Sarı Gündoğdu, *Toplu Konutlarda Yöneticinin Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 37; Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 54.

aykırı olmayan yönetim planına öncelik tanımıştır.<sup>6</sup> Bu durum KMK m.28/2'de "Yönetim plânında hüküm bulunmayan hallerde, anagayrimenkulün yönetiminden doğacak anlaşmazlıklar bu kanuna ve genel hükümlere göre karara bağlanır." şeklinde, KMK m.9'da "Kat mülkiyetine veya kat irtifakına ait kütük kaydında veya kat malikleri arasındaki sözleşmede veya yönetim plânında veya bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, kat mülkiyetinden doğan anlaşmazlıklar, Medeni Kanun ve ilgili diğer kanunlar hükümlerine göre karara bağlanır." şeklinde açıkça hükme bağlanmıştır.

KMK m.32/1 uyarınca, kat malikleri anagayrimenkulün yönetiminde kat mülkiyetinin kurulmasına esas alınan resmi senet olan sözleşme, yönetim planı ve kanun hükümleri uyarınca alınacak kararlara göre yönetecektir. Yönetim planı kat malikleri açısından tapu kaydı, vaziyet planı, mimari proje, kat malikleri kurulu kararları ile birlikte hukuk kaynağı olarak önemli bir yere sahiptir.<sup>7</sup>

Yönetim planı tapu sicilinin beyanlar hanesinde gösterilir. Yönetim planının beyanlar hanesine yazımı açıklayıcı niteliktedir. Yönetim planının yürürlüğe girmesi ve hüküm doğurması için beyanlar hanesine yazımı zorunlu değildir. Ancak yönetim planında yapılan değişiklikler öneminden dolayı kat maliklerinin talebi üzerine<sup>8</sup> kat mülkiyeti kütüğünde beyanlar hanesinde gösterilir. Beyanlar

---

<sup>6</sup> Selahattin Sulhi Tekinay, *Kat Mülkiyeti* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 103; Yar. 18. HD. E. 2003/89, K. 2003/1580, 06.03.2003, T. Murat Pulak, *Kat Mülkiyeti Kanunu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 432; Öztürk Demir, *Ortak Gider*, 44; Mustafa Karabay, "634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu Kapsamında Kat Maliklerinin Hakları ve Borçları," Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: İstanbul Şehir Üniversitesi, 2019), 57; Nurgül Kutlu Doğan, "Toplu Yapılarda Yönetim Planı," Yayımlanmamış Doktora Tezi (Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi, 2022), 43.

<sup>7</sup> Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 57.

<sup>8</sup> Yönetim planında yapılan değişikliklerin beyanlar hanesine işlenmesi işini kat maliklerinin yapması gerekmektedir. Yargıtay bir kararında bu hususu "...anataşınmazın yönetim planına ilişkin değişiklikleri yapma görevi, kat malikleri kuruluna verilmiştir. Yapılan değişiklikleri Tapu Sicil Müdürlüğü'ne götürüp yukarıda değinildiği şekilde kütüğün beyanlar hanesine işletilmesi, kat maliklerinin görevi kapsamında bir iştir. Yönetim planı değişikliklerinin iptali de istenmediğine göre, mahkeme kat maliklerinin yerine geçerek yönetim planının değiştirilmesine ve tapuya tesciline ilişkin herhangi bir karar veremez." şeklinde ifade etmiştir. Yar. 18. HD. E. 2008/9229 K. 2008/12777, 01.12.2008, (<https://lib.kazanci.com.tr/>) Pulak, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 426-427; Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 69.

hanesinde gösterilen kayıt da kurucu değil açıklayıcı niteliktedir.<sup>9</sup> Yönetim planı değişikliğinin beyanlar hanesinde gösterilmemesi durumunda bağımsız bölümü sonradan edinen cüz'i halefleri bağlayıp bağlamayacağı konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır.<sup>10</sup>

KMK'da yer verilmemiş olan iç yönetmelik kavramı yönetim planından farklıdır. İç yönetmelikte yönetim planı gibi kat malikleri tarafından hazırlanabileceği gibi yönetici tarafından da hazırlanabilir. Yönetim planında daha önemli yönetim hususlarına yer verilirken, iç yönetmelikte günlük iş niteliğindeki daha basit yönetim hususlarına yer verilebilir. Yönetim planı tapuda kuruluş belgeleri arasında yer alırken, iç yönetmelik kat maliklerinin görebileceği pano gibi bir yere asabilir. Yönetim planının içeriğinde anagayrimenkulün yönetim tarzı, bağımsız bölümlerin kullanma maksat ve şekli, yönetici ve denetçilere ilişkin hükümler ile yönetime ait diğer hususlar düzenlenirken, iç yönetmeliğin içeriğinde temizlik yapılacak olan günler, avans ve aidatların gönderilmesi gereken son tarih, asansör kullanımı, taşınma esnasında dikkat edilmesi gerekenler gibi hususlar düzenlenir.<sup>11</sup>

## B. Hukuki Niteliği

Yönetim planı, kat maliklerinin ortak yaşamın sürdürülebilmesi için kat maliklerinin hak ve yetkilerinin, borç ve sorumluluklarının, yönetici ve denetçiye ilişkin hususların düzenlendiği kat malikleri birliği açısından en üst seviyedeki

<sup>9</sup> Abdülkadir Arpacı, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim* (İstanbul: Bedir Yayınevi, 1984), 74; Pulak'a göre yönetim planının beyanlar hanesinde gösterilmemesi halinde yönetim planının ve değişikliğinin hukuki geçerliliği olmayacaktır. Pulak, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 424; Yönetim planının cüz'i halefleri bağlayıcı etkisinin beyanlar hanesine kayıtlı olacağı dolayısı ile beyanlar hanesine yazım işleminin kurucu nitelik taşıdığına ilişkin görüş için bkz. Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 105; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 23; Gönül Çeliker, "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2012), 54; Haluk Nami Nomer, "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının Hukuki Niteliği," iç. Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013), 832; Öztürk Demir, *Ortak Gider*, 45; Kutlu Doğan, *Yönetim Planı*, 55; Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 69-70.

<sup>10</sup> Tekinay'a göre yönetim planının cüz'i halefleri bağlayıcı etkisi beyanlar hanesine kayıtlı gerçekleşir. Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 105; Ayan'a göre bu değişiklikler, bağımsız bölümü iktisap eden kat maliklerini beyanlar hanesinde kayıtlı olmadığında bağlamaz. Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku*, Cilt II (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 615; Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 70.

<sup>11</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 55.

norm niteliğinde olan kat malikleri birliğinin iç hukukuna yönelik düzenleme olup adeta kat malikleri birliğinin anayasası sayılabilecek olan bir belgedir.<sup>12</sup>

Yönetim planı kat maliklerince hazırlanan bağlayıcı niteliği olan iç hukuk kaynağıdır.<sup>13</sup> Yönetim planının hukuki niteliği konusunda KMK m.28’de sözleşme hükmünde olduğu belirtilmiştir. Yönetim planının sözleşme hükmünde olduğu kanunda açıkça düzenlenmiş, doktrinde ağırlıklı olarak sözleşme olduğu benimsenmiş ve yargı kararlarında da kabul edilmiştir.<sup>14</sup> Yönetim planının hukuki niteliğinin karar olduğunu kabul eden Nomer’e göre, kişi birliği bulunsun veya bulunmasın iç ilişkiyi düzenleyen tüm birlik üyelerini bağlayan normları koyan hukuki işlem karar niteliğindedir. Kat malikleri de bir kişi birliği olduğuna göre onları iç ilişkide bağlayan yönetim planının hukuki niteliği karardır.<sup>15</sup>

Yönetim planının hukuki niteliği sözleşme olmakla birlikte sözleşmeden daha geniş bir uygulama alanına sahiptir.<sup>16</sup> Sözleşmeler özel borç ilişkisi olup özel borç ilişkisinden doğan alacak hakkı aynı hakların aksine hukuki niteliği itibariyle nispi bir haktır. Nispi haklarda herkese karşı değil sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilerin, sözleşmeden kaynaklı olarak bir

<sup>12</sup> Neslihan Yıldırım, “Kat Mülkiyeti Kanunundaki Yeni Düzenlemeler,” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2011), 89; Osman Oy ve Gerçek Onur Oy, *Apartman/Site/Toplu Yapı Yönetimi* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015), 96; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 19; Karabay, *Kat Maliklerinin Hakları ve Borçları*, 17; Ali Rıza İlgezdi, *Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 107; Kutlu Doğan, *Yönetim Planı*, 38; Pınar Alkım Bekar, *634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu Kapsamında Toplu Yapılar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 61.

<sup>13</sup> Amédéo Wermelinger, *Zürcher Kommentar, Das Sachenrecht, Das Stockwerkeigentum, Art.712a-712t ZGB*, (Zürich: Schulthess, 2019), 662.

<sup>14</sup> Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2021), 459; Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 49; Yar. HGK. E. 2003/18-411, K. 2003/417, 11.06.2003 Pulak, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 425; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 9; Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 234; Ayan, *Eşya Hukuku II*, 613; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 425; Özgür Biyan, *Apartman Site ve İş Hanı Yönetimleri Hukuki ve Mali Rehber* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 64; Öztürk Demir, *Ortak Gider*, 41; İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 101; A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 515; Bekar, *Toplu Yapı*, 89; Yar. 5. HD. E. 1986/8534, K. 1986/8331, 16.06.1986; Yar. HGK. E. 2010/617, K. 2010/637, 08.12.2010, (<https://www.lexpera.com.tr/>).

<sup>15</sup> Ayrıntısı için bkz. Nomer, “Yönetim Planının Hukuki Niteliği,” 834-836; Fatma Kömürücü, “Toplu Yapılarda Yönetim Planı,” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2020), 58-61; Kutlu Doğan, *Yönetim Planı*, 47.

<sup>16</sup> Bekar, *Toplu Yapı*, 55; Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 21.

yükümlülük altına girmeleri ancak istisnai hallerde mümkündür.<sup>17</sup> Bu istisnai hallerden birisi, KMK m.28/4'te "Yönetim plânı ve bunda yapılan değişiklikler, bütün kat malikleriyle onların külli ve cüzi haleflerini ve yönetici ve denetçileri bağlar." şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmelerin tarafları ve genellikle yasal halefleri bağlayıcı etkiye sahip olmasına karşın yönetim planı tüm kat maliklerini bağladığı gibi sonradan kat maliki olan külli haleflerin dışında cüz'i halefleri de bağlar. Bu durum nispi ilkesinin istisnalarından birisidir. Bundan başka yönetim planı, KMK m.34 uyarınca yöneticinin dışardan atanması durumunda anagayrimenkulde kat maliki olmayan ve tamamen yabancı olan üçüncü kişi olan yöneticiyi bağlayıcı etkiye de sahiptir.<sup>18</sup> Yönetim planının bağlayıcılık açısından sözleşmeden daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu açıktır. Kat maliki olmayan yöneticinin yönetim planı ile bağlı olması sözleşmenin üçüncü kişilere etkisi olarak kabul edilmektedir.<sup>19</sup>

Yönetim planının başlangıçta kat maliki olmayan ve yönetim planını imzalamayan cüz'i halefleri de bağlaması bir çeşit sürekli borç ilişkisi doğurmaktadır. Bu borç kanundan doğan eşyaya bağlı borç<sup>20</sup>, sözleşmeden doğan eşyaya bağlı borç<sup>21</sup>, kat maliki olmayan kiracıları bağlaması zilyetliğe bağlı borç,

<sup>17</sup> Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012), 34; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 10-11; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017), 18.

<sup>18</sup> Daniel Donauer, *Der Verwalter im schweizerischen Stockwerkeigentumsrecht, herausgegeben Jorg Schmid* (Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2018), 190.

<sup>19</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 76; Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 101-102; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 10; Yıldırım, *KMK'daki Yeni Düzenlemeler*, 31; Kutlu Doğan, *Yönetim Planı*, 47.

<sup>20</sup> Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 186; Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 74; Aydın Aybay ve Nezih Sanal, *Açıklamalı İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010), 196; Kutlu Doğan, *Yönetim Planı*, 53.

<sup>21</sup> Arpacı, yönetim planının cüz'i halefleri bağlamasını kanundan doğan eşyaya bağlı borç olarak açıklamış ve sözleşmeye bağlı borç olamayacağını çünkü eşyaya bağlı borç olabilmesi için aleniyet ihtiyacı olduğunu ve yönetim planının beyanlar hanesinde gösterilmesinin bu aleniyet şartını sağlamayacağı, kat malikleri birliğinin tüzel kişiliğinin olmadığı dernekler gibi değerlendirilerek kat maliklerinin araştırma yapması gerektiği hususlarına dayandırmıştır. Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 74; Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, 234.

intifa ve sükna hakkı sahiplerini bağlaması ise irtifaka bağlı borç kavramları ile açıklanmaya çalışılmıştır.<sup>22</sup>

Yönetim planı sözleşme olarak kabul edilse de bazı konularda sakıncaları da beraberinde getirmiştir. Tek malik tarafından imzalanan yönetim planının sözleşme olarak kabul edilmesi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanından ve birden çok taraftan bahsedilemeyeceği için sözleşme olarak kabul edilemez.<sup>23</sup> Tüm kat maliklerinin imzaları ile oluşturulan yönetim planının değiştirilmesi için kat malikleri kurulunda 4/5 çoğunlukla karar alınmasının yeterli olması karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulan sözleşme ilişkisine uygun değildir. Yönetim planı sözleşmelere ilişkin zamanaşımı kuralına tabi değildir. Aksi halde her kat maliki değişikliğinde zamanaşımı hesaplaması yapılması gerekecek ve durum yönetimde karmaşıklığa yol açacaktır.<sup>24</sup>

Sözleşmelere uygulanacak geçersizlik kurallarının yönetim planına uygulanması da pratik anlamda sıkıntılara yol açacaktır.<sup>25</sup> Şöyle ki, TBK m.27 hükmünün uygulanması, yönetim planının hazırlanmasını ve tapu memurluğuna sunulmasını zorunlu kılan kat mülkiyeti sistemimize uygun değildir. KMK m.27’de “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” düzenlemesi yer almaktadır. Yönetim planının içerisinde kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan var ve bu hükümler olmaksızın yönetim planının kabul edilemeyeceği gerekçesi ile TBK

---

<sup>22</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 76; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 11; Nomer, *Yönetim Planının Hukuki Niteliği*, 828; Öztürk Demir, *Ortak Gider*, 50; Fatih Kayaduman, “Kat Mülkiyeti Hukuku Kapsamında Yönetim,” *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi, 2022)*, 19; Umut İpek, “Kat Mülkiyetinde Yöneticinin Hukuki Sorumluluğu,” *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Mersin: Çağ Üniversitesi, 2022)*, 25.

<sup>23</sup> Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 185; Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 49; Aybay ve Sanal, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 195; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 12; Kutlu Doğar, *Yönetim Planı*, 45-46.

<sup>24</sup> Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 22.

<sup>25</sup> Bozkurt, *Yönetim Planı*, 12-16; Nomer, *Yönetim Planının Hukuki Niteliği*, 832-833; Kutlu Doğar, *Yönetim Planı*, 44.

m.27 hükmü uygulanırsa, kat mülkiyetine tabi yapılarda zorunlu olan yönetim planı ortadan kalkmış olacağı için bu hüküm uygulanamaz. Çünkü KMK gereği yönetim planı bulunması zorunludur. Yönetim planının emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına veya konusu imkânsız olan hükümlerinin hükümsüz olması ve yönetim planının diğer hükümlerinin geçerli olması kabul edilebilir. Ancak geçersiz olan hükümler olmaksızın yönetim planının anlam ifade etmeyeceği durumlarda kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanması da mümkün değildir.<sup>26</sup>

Yönetim planının hukuki niteliğinin sözleşme olduğu şeklindeki görüşe katılmaktayız. Bununla birlikte yönetim planını karar olarak kabul eden görüş taraftarlarının da ifade ettiği tek malik tarafından hazırlanan yönetim planında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı bulunmuyor olması, sözleşmeden daha geniş bir uygulama alanına sahip olması, sözleşmelere uygulanan geçersizlik yaptırımının doğrudan uygulanmasının mümkün olmaması gibi hususlarla birlikte değerlendirildiğinde klasik bir sözleşmeden bahsetmek mümkün değildir. Yönetim planı eşya hukukuna özgü nitelik taşıyan bir sözleşme olarak kabul edilmelidir.

### A. Şekli

Yönetim planının ne şekilde düzenleneceğine ilişkin KMK'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Hukukumuzda sözleşmelerde şekil serbestisi esastır. Bu iki husus birlikte değerlendirildiğinde sözleşme olarak kabul edilen yönetim planının sözlü olarak dahi düzenlenebileceği anlamı çıkmaktadır. Bununla birlikte KMK m.12'de kat mülkiyetini kuran malik veya malikler tarafından imzalanmış bir yönetim planı ile birlikte tapu idaresinde istemde bulunması gerekmektedir. Ancak yönetim planının tüm kat maliklerince imzalanacak ve tapu idaresine sunulacak bir belge olması sebebiyle en azından adi yazılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir.<sup>27</sup> Adi yazılı şekilde hazırlanmayan ve tüm kat maliklerinin imzalarını taşımayan yönetim planı geçersiz olacaktır. Ancak yönetim planı kat irtifakı aşamasında veya kat mülkiyeti kurulurken tapu

---

<sup>26</sup> Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, 52-53.

<sup>27</sup> Çeliker, Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı, 53; Biyan, Apartman Site, 65; Kömürcü, Toplu Yapılarda Yönetim Planı, 84; Kutlu Doğan, Yönetim Planı, 57.



memuruna verilecek ve tapu memuru tarafından incelenecektir. En azından adi yazılı olmayan yönetim planının belge olarak sunulması mümkün değildir. Tapu memuru bu açıdan sunulan yönetim planında tüm kat maliklerinin imzalarının bulunup bulunmadığını inceleyecektir. İmza eksikliği olması halinde eksiklik tamamlanmadan kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmayacaktır.<sup>28</sup>

## B. Hazırlanması

Hukuk sistemimizde kat mülkiyetine tabi yapılarda yönetim planı hazırlanması zorunludur.<sup>29</sup> KMK m.14/1 uyarınca, yönetim planı kat irtifakı kurulabilmesi için de gerekli olan belgeler arasında sayılmıştır. Ancak kat irtifakından kat mülkiyetine geçişte tekrar yönetim planı istenmeyeceği hükmüne bağlanarak kat mülkiyetine geçiş kolaylaştırılmıştır.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Kömürcü, Toplu Yapılarda Yönetim Planı, 85-86.

<sup>29</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 55; Odyakmaz, *Kat Mülkiyeti Yasası*, 151; Mustafa Reşit Karahasan, "Kat Mülkiyeti Kanununda Düzenlenen Yönetim Planının Niteliği ve İşlevi," *İstanbul Barosu Dergisi* 80, no. 1, (2006); 27-39, 27; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 48; Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 22; Öztürk Demir, *Ortak Gider*, 42; ZGB 712/g ikinci fıkrasında yer alan "Bu kuralların yerine çelişkili değilse kurucu işlemde öngörülen veya bütün kat maliklerince oybirliğiyle öngörülen kurallar uygulanabilir." hükmü gereği yönetim planı hazırlanması zorunlu olmayıp kat malikleri isterlerse sonradan da oybirliği ile yönetim planı hazırlayabilirler. (ZGB çevirisi için Bkz. Ebru Ceylan, "İsviçre Medeni Kanunu," *İstanbul Barosu Dergisi* 87, no. 2 (2013); 146-152, 148), Amédéo Wermelinger, *Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB* (Zürich: Schulthess, 2019), 654.

<sup>30</sup> Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 166; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 48; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 273; Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 52; Ayan, *Eşya Hukuku*, 612; 5912 sayılı Kanun genel gerekçesinde bu durum, daha önce kat irtifakı kurulmuş ve yapı kullanma izin belgesi alınmış yapılarda, yapı kullanma izin belgesinin yetkili idarece tapu sicil müdürlüğüne gönderilmesi üzerine başkaca bir belge olmaksızın kat mülkiyetine resen geçilecektir. Bu şekilde, kırtasiyeciliğin ve bürokrasinin bertaraf edilmesi suretiyle, Türk Medeni Kanunu'nun öngördüğü tapu sicili ve planlarının güncel tutulmasının sağlanması ve bu alanda devletin mali bir kaybı olmaması amacıyla, kat irtifakı tesis edilmiş yapılarda resen kat mülkiyetine geçiş hedeflendiği şeklinde açıklanmıştır. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından "Kat irtifakı ve Kat Mülkiyeti" konulu 2021/4 sayılı Genelge'nin "Kat İrtifakının Kat Mülkiyetine Çevirilmesi" başlıklı bölümünde "Kanunun 3 üncü ve 10 uncu maddeleri kapsamında, kadastro müdürlüğünün bildirimine üzerine cins değişikliği yapılmış taşınmaz kat irtifakı tesisi ise, kat irtifakının tesciline ait resmî senede ve kat irtifakının kuruluşu esnasında alınan belgelere dayalı olarak başkaca bir belge aranmaksızın, resen kat mülkiyetine çevrilir." ifadelerine yer verilerek kat irtifakından kat mülkiyetine geçişte ayrıca yönetim planının istenmeyeceği belirtilmiştir (<https://www.tkgm.gov.tr/>).

Yönetim planı, KMK m.12/1 (b) gereği, tüm kat maliklerinin imzalarını taşımalıdır.<sup>31</sup> Tapu memuru, yönetim planının tüm kat maliklerinin imzasını taşınamaması halinde kat mülkiyetini kuran işlemi yapmayacaktır.<sup>32</sup> Taşınmazın tek malikinin bulunması halinde yönetim planının bu kişi tarafından imzalanması yeterlidir. Birden fazla kat malikinin bulunduğu durumlarda yönetim planının tüm kat maliklerince imzalanması gerekmektedir. Kat malikleri yönetim planını imzadan kaçınabilir. Kat mülkiyetinin kurulması için zorunlu olan yönetim planını imzadan kaçınan bir kat malikinin bulunması durumunda kat mülkiyeti kurulamayacaktır. Ancak böyle bir durumda nasıl bir yol izleneceği belirtilmemiş olup KMK'da bu konuda bir boşluk bulunmaktadır.<sup>33</sup> Bu konu hakkında doktrinde iki çözüm yolu belirtilmiştir. Bunlar; imzadan kaçınan kat maliki aleyhine paylaştırma davası açılması ve KMK m.51/3 hükmünün kıyasen uygulanarak KMK m.33 uyarınca hâkimin müdahalesinin talep edilmesidir.<sup>34</sup> İlk çözüm yolu, yönetim planını imzadan kaçınan malik aleyhine paylı veya elbirliği mülkiyete tabi taşınmazlarda maliklerden birisi paylaştırmanın dava konusu taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesi ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisi için KMK m.10/5 uyarınca paylaştırma davası açma yoluna gidebilir.<sup>35</sup> Diğer çözüm yolu, KMK m.51/3'te yer alan "*Diğer ortak malikler bu çevrilmeye itiraz edemeyecekleri gibi bunun giderlerine katılmaktan ve yönetim planı yapmaktan kaçınamazlar; kaçınılırsa, hakimin müdahalesine dair olan 33 üncü madde hükmü uygulanır.*" hükmünün kıyasen uygulanarak

<sup>31</sup> Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 449; Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 103; Kat maliklerinin imzalarını taşımayan yönetim planının geçerliliğinden bahsedilemez. Yar. 5. HD. E. 4299 K. 4132, 07.05.1984 Bozkurt, *Yönetim Planı*, 49; Öztürk Demir, *Ortak Gider*, 45; Bekar, *Toplu Yapı*, 54; İsviçre Hukukunda yönetim planı kavramı olmamakla birlikte yönetmelik kavramı bulunmaktadır. Kat malikleri ZGB 712/g "*Bu kuralların yerine çelişkili değilse kurucu işlemde öngörülen veya bütün kat maliklerince oybirliğiyle öngörülen kurallar uygulanabilir.*" hükmü gereği oybirliği ile yönetmelik hazırlayabilirler. Wermelinger, *Das Stockwerkeigentum*, 654.

<sup>32</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 55; Yar. 5. HD. E. 970/707, K. 1072, 02.03.1970 Odyakmaz, *Kat Mülkiyeti Yasası*, 155; Şengül, *Toplu Yapı*, 151; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 48; Oy ve Oy, *Apartman/Site/Toplu Yapı Yönetimi*, 56; Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 22.

<sup>33</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 57; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 50; Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 91.

<sup>34</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 58; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 50; Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 23; Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 49.

<sup>35</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 58.

hakimin müdahalesinin talep edilmesidir.<sup>36</sup> KMK m.51/3 hükmünün kıyasen uygulanarak hâkimin müdahalesinin talep edilmesinin paylaşırma davasına nazaran usul ekonomisi açısından daha uygun olduğu kanaatindeyiz.<sup>37</sup> KMK m.10/5 uyarınca kat mülkiyetinin mahkeme kararı ile kurulması durumunda yönetim planının hâkime sunulmuş olması gerekmektedir. Ancak mahkeme aşamasında bazı paydaşların yönetim planını imzadan kaçınması mümkündür. Kat mülkiyeti kurulurken yönetim planını imzalamayan kat malikinin paylaşırma davasında da yönetim planını imzalamaktan kaçınmak suretiyle paylaşırmanın satış yoluyla yapılmasını isteme ihtimali vardır.<sup>38</sup> Doktrinde bu durumda iki çözüm yolu benimsenmiştir. Bunlar, KMK m.33 uyarınca hâkimin müdahalesini talep etme ve davaya bakmakta olan mahkemenin KMK m.33 ve m.51/3 hükümleri doğrultusunda doğrudan yönetim planını düzenlemesidir.<sup>39</sup> Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır.<sup>40</sup>

Kat malikinin imzadan kaçınması haklı bir nedene dayanmıyorsa paylaşırma davasında davaya bakmakta olan, KMK m.33 uyarınca hâkimin müdahalesinin talep edilmiş olması halinde kendisine başvurulmuş hâkim, imzadan kaçınan kat malikine süre vermeli, bu süre zarfında imzadan kaçınan kat maliki yönetim planını imzalamazsa, hâkim yönetim planının imzadan kaçınan kat malikince imzalanmış sayılacağına karar vermelidir.<sup>41</sup> İmzadan kaçınma haklı bir nedene

---

<sup>36</sup> Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 186; Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 58.

<sup>37</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 58; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 53.

<sup>38</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 60.

<sup>39</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 60-61; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 54; Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 24; Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 50; İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 110; Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 93.

<sup>40</sup> Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 24; Yar. 18. HD. E. 1033 K. 3478, 15.03.2011 Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 50.

<sup>41</sup> Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 186; Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 58; Ayan, *Eşya Hukuku*, 613; Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 24; "...mahkemece, anataşınmaza ait yönetim planının paydaşlara imzalatırılması, imzadan kaçınan paydaşın olması halinde bunların imzalanmış sayılmasına karar verilmek suretiyle bu eksikliğin de giderilmesi, varsa fiili taksime göre, taksim yoksa çekilecek kur'a ile önce her bir paydaşa birer bağımsız bölüm özgülendikten sonra arta kalan bağımsız bölümün pay oranları da gözetilmek suretiyle yine kur'a ile paydaşlara özgülenererek gerekiyorsa bedel farkı nedeni ile ödenecek ivaz da belirlenmek suretiyle payların denkleştirilmesiyle birlikte kat mülkiyetine geçiş yoluyla ortaklığın

dayanıyorsa hâkim yönetim planının kat maliklerince düzeltilmesini ve düzeltilmiş yönetim planının imzalanması ihtarında bulunabilir.<sup>42</sup>

Yönetim planının sözleşme niteliğinden dolayı kat maliklerinin çoğunluğunca imzalanmış olmasına rağmen bir veya birkaç kat malikince imzalanmaması hakkın kötüye kullanımına niteliğindeyse hâkim yönetim planının imzalanmış sayılmasına karar vermeli ve hâkim yönetim planının içeriğine müdahale etmemelidir.<sup>43</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre, yönetim planının kat mülkiyetinin kurulması için zorunlu olması ve tapu memurunun yönetim planının içeriğini incelemiyor olması sebebiyle yönetim planının hâkim tarafından re'sen incelemesi yerinde olacaktır.<sup>44</sup>

Yönetim planı, kural olarak kat maliklerince hazırlanıp imzalanmalıdır. Hâkim tarafından yönetim planının hazırlanıp imzalatılabileceği tek istisna taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesinin kat mülkiyeti kurulması suretiyle yapılmasıdır. Bu durum hâkimin kat maliklerinin yerine geçerek karar verdiği istisnai bir durumdur.<sup>45</sup> Ancak bu durumda dahi ortaklığın giderilmesi davasının görülmesi sırasında imzadan kaçınan malik bulunması durumunda ayrı bir dava

---

giderilmesine aksi halde satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verilmesi gerekirken..." Yar. 18. HD. E. 2012/5902, K. 2012/7203, 18.06.2012, (<https://www.lexpera.com.tr/>); Hâkimin, kat malikinin iradesi yerine geçerek onun imzasının yerini tutmak üzere bir karar vermesinin doğru olmadığı imzadan kaçınma halinde yönetim planının değiştirilmesi için aranan 4/5 çoğunluğun aranmasının daha yerinde olacağı yönündeki görüş için bkz. Öztürk Demir, *Ortak Gider*, 46-47.

<sup>42</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 58; Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 50; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 273.

<sup>43</sup> Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 25.

<sup>44</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 59; Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından "Kat irtifakı ve Kat Mülkiyeti" konulu 2021/4 sayılı Genelge'nin "11-Yönetim Planı ve Değişikliği" başlıklı bölümünde "Yönetim planının içeriğinin kanunlara uygun olup olmadığı tapu müdürlüğünce denetlenmez. Yönetim planının hükümlerinin kanunlardaki emredici kurallara aykırı olması durumunda Kanunun 33 üncü maddesi gereğince iptali kat malikleri tarafından mahkemeden istenir." hükmü gereği tapu memuru yönetim planının içeriğini değil şekli şartları sağlanıp sağlanmadığını inceleyecek olup içerik denetiminin maliklerden birisi tarafından talep edilmesi halinde hâkim tarafından yapılacağı anlaşılmaktadır (<https://www.tkgm.gov.tr/>).

<sup>45</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 61; Yar. 18. HD. E. 2000/13464, K. 2001/159, 18.01.2001 Pulak, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 434; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 54; Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 26; Öztürk Demir, *Ortak Gider*, 46; Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 93.

ile yönetim planının imzalanmış sayılmasına karar verilmesine gerek olmayıp ortaklığın giderilmesi davasına bakan hâkim, bu konuda karar vermelidir.<sup>46</sup>

Kat mülkiyeti hukukunda yönetim planı düzenlenmesi zorunlu olup her nasılsa, yönetim planı ibraz edilmeksizin kat mülkiyetinin kurulmuş olması durumunda, yönetim planının sonradan düzenlenmesi gerekmektedir. KMK'da yönetim planının kat maliklerince düzenlenmek istememesi halinde nasıl bir yol izleneceği belirtilmemiştir. Böyle bir durumda kat maliklerinden birinin yönetim planının düzenlenmesi için hâkimin müdahalesini talep etmesi mümkündür.<sup>47</sup> Kurulmuş kat mülkiyetinin yönetim planının sunulmamış olması sebebiyle geçersiz sayılması uygulamada daha büyük sorunlara yol açacaktır.<sup>48</sup> Bu konuda görüşümüz, yönetim planının kat mülkiyetinin kurulması aşamasında mutlak zorunlu belge olması, sehven yönetim planı ibraz edilmeksizin veya sonradan iptal edilen veya geçersiz olan yönetim planının yeniden hazırlanarak ibrazı için imkân tanınması ve idari yaptırım öngörülmesi gerektiğidir.<sup>49</sup>

KMK'da kat maliklerinin imzadan kaçınması halinde nasıl bir yol izleneceğine ilişkin bir düzenleme yapılmasının faydalı olacağı bu konuda uygulama ve doktrindeki farklılıkların önüne geçileceğini kanaatindeyiz.

### C. Değiştirilmesi

Kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulması sırasında kat maliklerince oybirliği ile hazırlanan yönetim planında zaman içerisinde kanuna aykırı gelen hükümler olabileceği gibi bazı hükümlerinin güncel koşullara uyarlanması da gerekebilir.<sup>50</sup> Yönetim planında sonradan değişiklik yapılması mümkündür. Yönetim planı tüm kat malikleri ile onların külli ve cüz'i haleflerini bağlamaktadır. Kat mülkiyetinin tek bir malik tarafından kurulması ihtimalinde bu kat maliki tarafından hazırlanan

<sup>46</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 61; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 54; Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 24; Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 93.

<sup>47</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 66; Mehmet Kuru, *Kat Mülkiyeti Kanunu ve Apartman Yöneticisinin El Kitabı* (Ankara: Özkan Matbaacılık, 1991), 48; Malikin kabul etmediği yönetim planının kabul edilmiş sayılması, imzalanmayan yönetim planının imzalanmış sayılması için dava açılmayacağı görüşü için bkz. İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 109.

<sup>48</sup> Kutlu Doğan, *Yönetim Planı*, 39.

<sup>49</sup> Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 48.

<sup>50</sup> Wermelinger, *Das Stockwerkeigentum*, 712.

yönetim planı hükümleri iptal edilinceye kadar bağımsız bölümü sonradan edinen cüz'i ve külli halefleri bağlayacak olup tek bir kişi tarafından hazırlanan yönetim planı ile bağlı kalmak istemeyen kat maliklerinin yönetim planının değiştirilmesini talep etmesi gerekmektedir.<sup>51</sup> Yönetim planında sonradan değişiklik yapılması mümkündür. KMK m.28/3'e göre yönetim planının değiştirilmesi için kat maliklerinin 4/5'ünün oyu gerekmektedir. Yönetim planının değiştirilebilmesi için öngörülen 4/5'lük nisap emredici nitelikte olup bunun azaltılması veya artırılması mümkün değildir.<sup>52</sup> Bununla birlikte Kanunun değiştirilmesi için oybirliği aradığı hususları düzenleyen hükümlerde yapılacak değişiklikler için 4/5 oy oranı yeterli olmayıp oybirliği aranır.<sup>53</sup>

634 sayılı KMK'nun ilk metninde yönetim planının değiştirilebilmesi için hazırlanmasında olduğu gibi oybirliği aranmaktaydı ve oybirliğinin sağlanamaması hali içinde kat maliklerinden birinin istemi üzerine hâkimin müdahale ederek KMK m.33'e göre karar verme yetkisi açıkça düzenlenmişti. Ancak 13.04.1983 tarihli 2814 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile birlikte yönetim planının değiştirilebilmesi için oybirliği şartı kaldırılmış ve kat maliklerinin 4/5 çoğunluğunun oyu yönetim planı değişikliği için yeterli görülmüştür.<sup>54</sup> Sözleşme niteliğinde olan ve sözleşmelere uygun olarak tüm kat maliklerinin oybirliği ile karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile hazırlanan yönetim planının değiştirilmesinde tüm kat maliklerinin oybirliğinin aranmıyor

<sup>51</sup> Kömürcü, Toplu Yapılarda Yönetim Planı, 98.

<sup>52</sup> Odyakmaz, Kat Mülkiyeti Yasası, 151; Bozkurt, Yönetim Planı, 58; Çeliker, Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı, 71; Biyan, Apartman Site, 66; Öztürk Demir, Ortak Gider, 47; Karabay, Kat Maliklerinin Hakları ve Borçları, 52; İlgezdi, Kat Mülkiyeti Hukuku, 117; Kömürcü, Toplu Yapılarda Yönetim Planı, 105; Yönetim planının değiştirilmesine ilişkin toplantıda yetersayı sağlanamazsa hâkim kararı ile yönetim planında değişikliğe gidilemeyeceği ancak değişen hal ve şartlarda değişikliğe gidilmemesi bariz haksızlığa yol açıyorsa hâkimin müdahalesinin istenebileceği yönündeki görüş için bkz. Yıldırım, Kat Mülkiyetinde Yönetim, 66.

<sup>53</sup> Pulak, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 433; Yar. 18. HD. E. 1996/6234, K. 1996/7037, 10.07.1996 Karahacıoğlu ve Ergin, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 818; Karabay, *Kat Maliklerinin Hakları ve Borçları*, 102; Wermelinger, *Das Stockwerkeigentum*, 679; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 554.

<sup>54</sup> Yönetim planı değişikliği için yetersayının sağlanamamış olmasının yaptırımı konusunda Kanunda açıklık yoktur. Doktrinde yetersayının sağlanamamış olmasının yaptırımının sözleşme hükmünde olan yönetim planında irade beyanı oluşmamış olduğu için yokluk olduğu ifade edilmiştir. Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 174; Doktrinde yetersayının sağlanamamış olmasının yaptırımının iptal edilebilirlik olduğu konusunda bkz. Bozkurt, *Yönetim Planı*, 59.

olması hususunu özel nitelikli bir durum olarak kabul etmek gerekir. Yönetim planı sözleşme olarak kabul edilse de taraf sayısı bakımından ve tarafların değişebilmesi bakımından farklı olup değişiklik için kat maliklerinin oybirliğini aramak değişiklik yapılmasını oldukça zorlaştırmakta olduğundan yönetim planı değişikliği için 4/5 çoğunluğun aranması yönetim planının sözleşme niteliğini değiştirmemektedir.<sup>55</sup>

KMK m.28/3'te kat maliklerinin "oyu" ibaresi kullanıldığı için yönetim planı değişikliği için kat malikleri kurulunun karar vermesi gerekmektedir. Daha başka bir anlatımla, kat malikleri kurulu toplanmaksızın değişiklik yapılmasını öngören kararın ve değiştirilmiş yönetim planının elden dolaştırarak imzalaması suretiyle değişiklik yapılması imkânı yoktur.<sup>56</sup> Buradan yönetim planında yapılacak değişikliklere ilişkin çalışmaların tamamının kurul halinde yapılması gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır. Yönetim planının değiştirilmesine yönelik çalışmaları yönetici veya tek bir kat maliki de üstlenerek yerine getirebilir. Hatta tek bir kat malikinin hazırlanmış olduğu değişiklik kat maliklerinin 4/5'ünün kabulü ile değiştirilmesi mümkündür.<sup>57</sup> Yönetim planında değişiklik yapılmasına ilişkin yetki münhasıran kat malikleri kuruluna aittir.<sup>58</sup>

KMK m.28/3'e göre kat maliklerinin 33 üncü maddeye göre hâkime başvurma hakkı mevcuttur. Değişiklik yapılmasını isteyen kat maliki kat malikleri kuruluna başvurup bu konuda olumlu veya olumsuz bir karar alınmadan doğrudan

---

<sup>55</sup> Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 106.

<sup>56</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 69-70; KMK'da kat malikleri kurulu kararı alınmasının gerektiği belirtilen hallerde kurulun toplanıp karar alması esastır. Yar. 5. HD. E. 18452 K. 482, 31.01.1974 Safa Reisoğlu, *Uygulamada Kat Mülkiyeti Yargıtay Kararlarıyla Genişletilmiş* (Ankara: Özel Basım, 1976), 115; Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 30; Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 100; İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 115; Kayaduman, *Kat Mülkiyeti Yönetim*, 16; Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 62.

<sup>57</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 68; Yönetim planının değiştirilmesinde aranan 4/5 oy çoğunluğu sağlanmadan alınan kat malikleri kurulu kararların yok hükmünde olduğu ve bu kararların iptalinde süre koşulu aranmayacağı görüşü için bkz. Yar. 18. HD. E. 2015/4800, K. 2015/18113, 09.12.2015 Biyan, *Apartman Site*, 64.

<sup>58</sup> Pulak, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 424; Öztürk Demir, *Ortak Gider*, 48; Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 117; İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 115.

doğruya hâkimim müdahalesini isteyemez.<sup>59</sup> KMK m.28/3'te tanınan hakimin müdahalesini isteme hakkı, gerekli yetersayının sağlanamaması halinde değişikliğin hâkim kararı ile gerçekleştirilebileceği hususunu kapsadığı gibi yetersayı sağlansa bile yönetim planında yapılan değişikliği uygun bulmayan kat maliklerinin mahkemeye başvurabileceği hususunu da kapsamaktadır.<sup>60</sup> Kısaca, yönetim planının değiştirilebilmesi için kat malikleri kurulunda 4/5 çoğunluk ile karar alınması gerekmektedir. Yönetim planında değişiklik yapılmasının gerekli olmasına rağmen kat malikleri kurulunda 4/5 çoğunluğun sağlanamadığı durumlarda yönetim planında gerekli değişikliğin sağlanması için değişikliğin yapılmasını isteyen kat maliki hâkime başvurabilir.<sup>61</sup> Kendisine başvuru hâkim, yönetim planında yapılması düşünülen değişikliğe bir kısım kat maliklerinin haklı bir gerekçe olmaksızın karşı çıkması halinde, açıkça hakkın kötüye kullanımı ve hakkaniyete aykırı olması durumunda müdahale etmesi gerekmektedir.<sup>62</sup>

Kat malikleri kurulunda kat maliklerinin 4/5'ü olan çoğunluk sağlanmış olmasına rağmen değişikliği uygun bulmayan kat maliklerinin mahkemeye başvurma hakkı vardır. Yönetim planında değişiklik yapılmasına ilişkin karara razı olmayan her kat maliki, değişikliği uygun bulmuyorsa iptali için mahkemeye başvurabilir. Kat malikinin hakime başvurabilmesi için yönetim planı değişikliği

<sup>59</sup> Yar. 5. HD. E. 5948, K. 6300, 26.06.1972 Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 69; Oy ve Oy, *Apartman/Site/Toplu Yapı Yönetimi*, 67; Yıldırım, *KMK'daki Yeni Düzenlemeler*, 24; Yar. 18. HD. E. 2011/9242, K. 2011/11799, 22.11.2011 Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 30; Öztürk Demir, *Ortak Gider*, 48; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 60; Kömürçü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 116.

<sup>60</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 70-71; Hâkimin müdahalesini isteme hakkının, gerekli yetersayının sağlanamaması halinde değişikliğin hâkim kararı ile gerçekleştirilebileceği hususunu kapsamadığına ilişkin Bkz. Aybay ve Sanal, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 196; Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 30-31; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 61; Biyan, *Apartman Site*, 66; İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 116; Kömürçü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 115.

<sup>61</sup> Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 104; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri* (İstanbul, Der Yayınları, 2020), 149; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, 296.

<sup>62</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 71; Yar. 5. HD. E. 3613, K. 4339, 24.04.1972 Reisoğlu, *Uygulamada Kat Mülkiyeti*, 111; Yıldırım, *KMK'daki Yeni Düzenlemeler*, 92; Karahacıoğlu ve Ergin, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 800; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 770; Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 74; Biyan, *Apartman Site*, 66; İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 117; Hasan Said Şaz, "Kat Mülkiyeti Kanununda Yönetim Meselesi ve Yöneticinin Husumet Ehliyeti," *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 126 (2017); 113-121, 114; Kömürçü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 117.



için yapılan kat malikleri kurulu toplantısında olumlu oy kullanmamış olması gerekir.<sup>63</sup> Değişikliğin sırf beğenilmemiş olması gerekçesiyle iptali sağlanamaz.<sup>64</sup> Dava açılabilmesi bu değişikliğin kanuna, hakkaniyete veya dürüstlük kurallarına aykırı olması ya da davayı açan kat malikleri için katlanılmaz ve çekilmez olması gerekmektedir.<sup>65</sup> Bu davada hâkim iptal kararı verirse iptal edilen hüküm yerine yenisini koyamaz bu hak kat maliklerine aittir.<sup>66</sup>

Yönetici, yönetim planının değiştirilmesine yönelik kararın iptali davasını açamaz ve davada hasım da gösterilemez. Ancak aynı zamanda kat maliki de olan yönetici bu sıfatına dayanarak yönetim planı değişikliğine ilişkin olarak hâkimin müdahalesini talep edebilir.<sup>67</sup>

Yönetim planının değiştirilmesi konusunda açılacak olan davalarda yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesidir. Taraflar yönetim planı değişikliği için yetersayının sağlanamaması halinde, davacı değişikliğin yapılmasını isteyen kat malikleri davalı ise tüm kat malikleri iken yetersayı sağlanmasına rağmen değişikliği uygun bulmayan kat maliklerinin bulunması durumunda, davacı değişikliği uygun bulmayan kat maliki veya malikleri davalı ise tüm kat malikleri olacak şekilde açılmalıdır.<sup>68</sup> KMK m.38/2'de yer alan "*Kat malikleri kurulu, ada temsilciler kurulu veya toplu yapı temsilciler kurulu kararlarının iptaline ilişkin davalar, kat maliklerini temsilen yöneticiye, toplu yapılarda ise ada*

---

<sup>63</sup> Oy ve Oy, *Apartman/Site/Toplu Yapı Yönetimi*, 56; Yar. 18. HD. E. 2003/11977, K. 2003/ 118, 21.1.2003 Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 118.

<sup>64</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 71; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 64; Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 76; Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 119.

<sup>65</sup> Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 30; İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 113.

<sup>66</sup> İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 113.

<sup>67</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 70; Yar. 5. HD. E. 1025, K. 1993, 05.04.1968 Reisoğlu, *Uygulamada Kat Mülkiyeti*, 111; Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 77; aksi görüş için bkz. İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 116.

<sup>68</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 70; Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 26; İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 115; Kayaduman, *Kat Mülkiyeti Yönetim*, 13; Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 63; Yargıtay yönetim planının değiştirilmesine yönelik davada tüm kat maliklerinin hasım gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yar. 18. HD. E. 2008/10673, K. 2009/115, 19.01.2009, (<https://lib.kazanci.com.tr/>); "...davacıların aynı zamanda bu karara dayalı olarak yapılan yönetim planı değişikliğinin de iptalini talep etmiş olduğu anlaşılmakla, bu tür davalarda kurulacak hüküm tüm kat maliklerinin hukukunu ilgilendirdiğinden pasif husumetin tüm kat maliklerine yöneltilmesi zorunludur." Yar. 5. HD. E. 2022/5533, K. 2022/11993, 14.09.2022 (<https://lib.kazanci.com.tr/>).

*temsilciler kurulu veya toplu yapı temsilciler kurulunca seçilen yöneticiye husumet yöneltilmesi suretiyle açılabilir. Yönetici, açılan davayı bütün kat maliklerine ve ada veya toplu yapı temsilciler kuruluna duyurur. Kurul kararının iptali halinde bu konudaki yargılama giderleri ortak giderlerden karşılanır.” hükmü gereği yönetim planı değişikliğine ilişkin davanın yöneticiye husumet yöneltilmek suretiyle açılması mümkündür.<sup>69</sup>*

KMK m.42/5'te yer alan *“Isıtma sisteminin merkezi sistemden ferdi sisteme veya ferdi sistemden merkezi sisteme dönüştürülmesine karar verilmesi halinde, yönetim planının bu karara aykırı hükümleri değiştirilmiş sayılır.”* düzenlemesi ile yönetim planında ısıtma sistemine ilişkin düzenlemelerin değiştirilmesi için genel kuraldan vazgeçilmiştir.<sup>70</sup> KMK m.42/4'te yapılan değişiklik ile ısıtma sisteminin merkezi sistemden ferdi sisteme veya ferdi sistemden merkezi sisteme dönüştürülmesine ilişkin kararın yönetim planında aksine hüküm olsa bile çifte çoğunlukla alınabileceği düzenlenmiştir. Bunun istisnası da toplam inşaat alanı iki bin metrekare ve üzerinde olan yapılardır. Bu yapılarda yönetim planı değişikliği için KMK m.42/4 gereği oybirliği gerekmektedir.

Yönetim planında yapılacak değişikliklerin ve eklenecek hükümlerin emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve imkânsız olmaması aynı zamanda yönetime ilişkin hususları içermesi gerekmektedir.<sup>71</sup>

Yönetim planı ile kat maliklerine tanınan bazı hakların sonradan yapılan yönetim planı değişikliği ile ortadan kaldırılabilmesi için hak sahibi kat maliklerinin değişiklik konusunda rızalarının olması gerekmektedir.<sup>72</sup> Yönetim

<sup>69</sup> Bozkurt, *Yönetim Planı*, 62.

<sup>70</sup> Ayan, *Eşya Hukuku II*, 614-615.

<sup>71</sup> Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 101-102; Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 112.

<sup>72</sup> Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 112; bu konudaki eleştiri için bkz. Kat mülkiyeti genellikle bina tamamlanmadan önce tek yatırımcı tarafından kurulduğu ve bu noktada yönetmelik de tek kişi tarafından çıkarıldığı için hükmün tasarruf niteliği, yalnızca alıcı olarak gerçek kat maliklerinin keyfiliğe maruz kalmasına neden olacaktır. Wermelinger, *Das Stockwerkeigentum*, 656.

planına bazı kat malikleri lehine aynı hak tesisine yarayacak hükümler değişiklik yapılması suretiyle de eklenemez.<sup>73</sup>

Yönetim planında yapılan değişiklikler kat mülkiyetinin kuruluş belgeleri arasında sayılır. Bu durum yönetim planının kat mülkiyeti açısından oldukça önemli olmasının temel sonuçlarından birisidir. Bağımsız bölümün maliki değişse bile yeni kat maliki yönetim planındaki değişikliklerden haberdar olmadığını iddia edemeyecek ve yönetim planı ile bağlı olacaktır.<sup>74</sup>

#### D. İptali

Yönetim planının iptali konusunda KMK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay "...davacı, yönetim planının iptalini istediğinden yönetim planının üçüncü maddesi ve 634 sayılı Kanunun 33. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, yönetim planının kanunun emredici hükümlerine aykırı olması halinde kat malikleri tarafından bu maddelerin iptali için her zaman mahkemeye başvurulabileceği..." şeklindeki ifadesi ile yönetim planının iptalinin istenebileceğini kabul etmektedir.<sup>75</sup>

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından "Kat irtifakı ve Kat Mülkiyeti" konulu 2021/4 sayılı Genelge'nin 11 numaralı başlığı altında "...Yönetim planının içeriğinin kanunlara uygun olup olmadığı tapu müdürlüğüne denetlenmez. Yönetim planının hükümlerinin kanunlardaki emredici kurallara aykırı olması durumunda Kanunun 33 üncü maddesi gereğince iptali kat malikleri tarafından

---

<sup>73</sup> Pulak, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 423; Yar. 5. HD. E. 1186, K. 1458, 22.02.1982 Aybay ve Sanal, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 200; Yar. 18. HD. E. 1993/9866, K. 1993/10017, 27.09.1993 Karahacıoğlu ve Ergin, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 827-828; Kömürçü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 112.

<sup>74</sup> Reisoğlu, *Uygulamada Kat Mülkiyeti*, 112; Odyakmaz, *Kat Mülkiyeti Yasası*, 149; Kuru, *Apartman Yöneticisi*, 48; Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 55; İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 47; Öztürk Demir, Ortak Gider, 45; Kutlu Doğan, *Yönetim Planı*, 53; Kayaduman, *Kat Mülkiyeti Yönetim*, 8; Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 70.

<sup>75</sup> Yıldırım, *KMK'daki Yeni Düzenlemeler*, 24; Oy ve Oy, *Apartman/Site/Toplu Yapı Yönetimi*, 65; Yar. 20. HD. E. 2019/287, K. 2019/1688, 12.03.2019; Yar. 20. HD. E. 2017/3370, K. 2018/4005, 28.05.2018; Antalya BAM 6. HD, E. 2017/1220, K. 2018/74, 26.01.2018 (<https://www.lexpera.com.tr/>); Kömürçü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 120.

*mahkemeden istenir...*" ifadelerine yer verilerek yönetim planında yer alan emredici hükümlere aykırı hükümlerin iptalinin istenebileceği düzenlenmiştir.<sup>76</sup>

## II. YÖNETİM PLANININ İÇERİĞİ

KMK m.28/1'de "Yönetim planı yönetim tarzını, kullanma maksat ve şeklini yönetici ve denetçilerin alacakları ücreti ve yönetime ait diğer hususları düzenler..." hükmüne yer verilmiştir. Kanun koyucu yönetim planının içeriği konusunda yönetim tarzı, kullanma maksat ve şekli ile yönetici ve denetçilerin alacakları ücret ile ilgili düzenlemelerin yanı sıra yönetime ait diğer hususların da yer alacağı belirterek kat maliklerinin bu konuda sözleşme serbestisi içerisinde düzenleme yapabileceğini düzenlemiştir.<sup>77</sup> Yönetim planı ile kat maliklerine tanınan haklar şahsi hak niteliğindedir. Örneğin, ortak yerlerden tek bir bağımsız bölümün faydalanacağı şeklindeki verilen haklar yönetim planı beyanlar hanesine yazılmış olsa bile aynı değil şahsi hak niteliğindedir.<sup>78</sup>

Kat maliklerince sözleşme serbestisi kapsamında hazırlanacak olan yönetim planının içeriğinin emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olmaması gerekmektedir. Emredici hükümler, sadece KMK hükümleri değil yürürlükte bulunan tüm mevzuat hükümleridir.<sup>79</sup> Emredici hükümlere aykırı yönetim planı düzenlemeleri kat maliklerini bağlamayacak ve geçersiz olacaktır.<sup>80</sup> Ancak TBK m.27/2 hükmünün, kat mülkiyetine tabi yapılarda bulunması zorunlu olan yönetim planı hakkında uygulanması mümkün değildir. Yönetim planının içerdiği hükümlerden bir kısmının geçersiz olması sebebiyle bu

<sup>76</sup> Bkz. erişim tarihi Eylül 25, 2023, <https://www.tkgm.gov.tr/>.

<sup>77</sup> Donauer, Der Verwalter, 19; Üner Er, Kat Mülkiyetinde Yönetim, 32; Kömürcü, Toplu Yapılarda Yönetim Planı, 71; Kutlu Doğar, Yönetim Planı, 59.

<sup>78</sup> Beyanlar, TMK m.1012'de düzenlenmiş olup taşınmazlarla ilgili bazı hukuksal ve eylemli durumlara açıklık verilmesine yarar. Böylece taşınmazla ilgili hukuksal ya da eylemli durum, ilgililer için açık hale gelmektedir. Beyanların işlevi bundan ibarettir. Karahasan, "Yönetim Planının Niteliği ve İşlevi," 28-29.

<sup>79</sup> Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, 51; Kömürcü, Toplu Yapılarda Yönetim Planı, 71.

<sup>80</sup> Hatemi, Serozan ve Arpacı, *Eşya Hukuku*, 185; Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 50; Reisoğlu, *Uygulamada Kat Mülkiyeti*, 108; Kuru, *Apartman Yöneticisi*, 49; Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 61; Şaz, "Husumet Ehliyeti," 114; Öztürk Demir, *Ortak Gider*, 44; Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, 149; İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 105; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 515; Bekar, *Toplu Yapı*, 89; İpek, *Yöneticinin Hukuki Sorumluluğu*, 24; Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 60.

hükümler olmasaydı yönetim planının kat maliklerince yapılamayacağı anlaşılırsa yönetim planının tümünü geçersiz saymak yerine genel hükümler uygulanacaktır.<sup>81</sup> Yönetim planının zorunlu unsurları olan yönetim tarzı ile kullanma maksat ve şekline ilişkin hükümler geçersiz olursa yönetim planını oluşturacak yeterli unsur kalmayacağı için yönetim planının tamamını geçersiz saymak gerekecektir. Kat mülkiyetinin kurulması için sunulması gereken yönetim planında geçersizliğe sebep olacak hükümlerin bulunması durumunda, başvurunun yönetim planı düzeltilene kadar geri çevrilmesi yönetim planının geçersiz olmasının önüne geçecektir.<sup>82</sup> Kat malikleri emredici hükümlere aykırı kurallar içeren yönetim planının imzalanması için zorlanamaz.<sup>83</sup>

Yönetim planının sözleşme olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak, yönetim planının esaslı unsurlarını belirlemek gerekmektedir. Aksi halde herhangi bir esaslı unsur barındırmayan bir yönetim planının bulunmasını zorunlu kılmak çelişki oluşturacaktır.<sup>84</sup> Kanun koyucu yönetim planında; yönetim tarzı, kullanma maksat ve şekli ile yönetici ve denetçilerin alacakları ücret ile yönetime ait diğer hususların düzenleneceğini belirtmiştir. KMK m.40 ve 41'de yönetici ve denetçilerin alacakları ücretin belirlenmiş olmasının zorunlu olmadığı dolayısı ile yönetim planında bu konuda düzenleme yapılmasının esaslı unsur kabul edilemeyeceği açıktır.<sup>85</sup> Yönetim planının içeriği kat maliklerince belirlenecektir. Ancak yönetim planında yönetimin nasıl yürütüleceğini hangi esaslara dayanacağını, yönetim organının nasıl oluşumu ve seçimi gibi yönetim tarzına ilişkin hususlar ile anagayrimenkulün iş yeri, mesken gibi kullanma maksat ve şekline yönetim planında zorunlu unsur olarak yer verilmelidir.<sup>86</sup>

Yönetim tarzı esasen Kanunda düzenlenmiştir. Bununla birlikte yönetim planında yönetim tarzı kapsamında emredici hükümlere aykırı olmayan düzenlemelere yer verilmelidir. Kat malikleri kurulunun toplantı zamanı,

---

<sup>81</sup> Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, 52.

<sup>82</sup> Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, 54.

<sup>83</sup> Yar. 5. HD. E. 970/774, K. 1083, 02.03.1970 Odyakmaz, *Kat Mülkiyeti Yasası*, 154; Oğuzman, Selici ve Özdemir, *Eşya Hukuku*, 769; Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 61-62.

<sup>84</sup> Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, 54.

<sup>85</sup> Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, 53; Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 33.

<sup>86</sup> Bozkurt, *Yönetim Planı*, 27-28; Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 64.

toplantıya çağrı şekli, toplantının yönetimi, kararların duyurulma ve uygulama şekli, yöneticinin ve denetçinin nasıl seçileceği yetki ve sorumlulukları, yöneticinin hesap vermesi ve hesap verme zamanı gibi hususlar yönetim tarzı kapsamında düzenlenebilir.<sup>87</sup>

Bağımsız bölümlerin ve ortak alanların kullanma maksat ve şekli kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak ve mülkiyet hakkını zedelememek şartıyla yönetim planında düzenlenmelidir.<sup>88</sup> Kullanma maksat ve şekline ilişkin KMK m.24 hükmünün yönetim planı hazırlanırken dikkate alınması emredici nitelikte olan KMK m.24 hükmüne aykırı düzenlemelere yer verilmemesi gerekmektedir.<sup>89</sup> Mutlak ortak yerler dışında kalan ancak ortak kullanım ve faydalanma açısından zaruri nitelikte olan yerler yönetim planı ile ortak yer olarak belirlenebilir.<sup>90</sup> Ortak yerlere ilişkin kullanma maksat ve şekline ilişkin düzenlemelere yer verilebilir. Ortak yerlerin kullanımına ilişkin olarak mülkiyet hakkını zedeleyici şekilde ortak yerin kullanımını bir veya birkaç kat malikine bırakan hükümlere yer vermemeye özen gösterilmesi gerekmektedir.<sup>91</sup>

Yönetim planı ile yönetime ait diğer hususların düzenlenebileceği KMK m.28'de belirtilmiştir. Yönetim planında kat maliklerinin belli bir saatten sonra ses yapan bulaşık ve çamaşır makinalarını çalıştırmayacağı, çok küçük bile olsa balkonda kümes hayvanı beslenemeyeceği, merdiven boşluklarına ayakkabı ve çöp gibi koku yapacak şeylerin bırakılmayacağı, kat maliklerinin yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde uygulanacak yaptırım konuları gibi yönetime ait hususlar düzenlenebilir.<sup>92</sup> Yönetim planında yönetime ait diğer hususlar

---

<sup>87</sup> Aybay ve Sanal, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 194; Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 75.

<sup>88</sup> Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 32; Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 75; Kutlu Doğar, *Yönetim Planı*, 59.

<sup>89</sup> Karabay, *Kat Maliklerinin Hakları ve Borçları*, 101; Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 77.

<sup>90</sup> Oy ve Oy, *Apartment/Site/Toplu Yapı Yönetimi*, 74; Yıldırım, *KMK'daki Yeni Düzenlemeler*, 50; Sarı, *Toplu Yapılarda Yönetimi*, 22; Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 78.

<sup>91</sup> Kat maliklerinin mülkiyet hakkına zarar vermemesi hâlinde ortak yerlerin kullanımının bir veya birkaç kat malikine bırakılmasının mümkündür. Yar. HGK. E. 2002/18-551, K. 2002/568, 26.6.2002 Pulak, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 425; Kömürcü, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, 78-79.

<sup>92</sup> Öztürk Demir, *Ortak Gider*, 43; Kutlu Doğar, *Yönetim Planı*, 60.

düzenlenebilir ancak kat maliklerine ortak yerler üzerinde aynı hak bahşeden düzenleme yapılamaz.<sup>93</sup>

Yönetim planı oluşturulurken taraf sayısı ve tarafların sürekli değişebileceği hususları ile sonradan değiştirilmesinin zorluğu da göz önünde bulundurulmalı ve keskin ifadeler kullanmaktan kaçınılmalıdır.<sup>94</sup> Yönetim planı kat malikleri kurulunca dikkate alınmalı yönetim planına aykırı kararlar alınmamalıdır. Kat mülkiyetinin yönetimi açısından çok önemli bir işleve sahip olan yönetim planı her yapının kendine ve kat maliklerine özgü yapısı gereği özenle hazırlanmalı standart yönetim planı kullanılmamalı ileride anlaşmazlık konusu olabilecek hususlara ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmelidir.<sup>95</sup> Yönetim planının içeriği yönetime ilişkin hususlar olmalıdır. Yönetim planında yönetim ile ilgisi olmayan hususlara yer verildiyse, bunlar bağlayıcı ve geçerli değildir. Yargıtayda yönetim planında yönetimle ilgisi olmayan düzenlemelerin bağlayıcı ve geçerli olmadığını kabul etmektedir.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Karahasan, "Yönetim Planının Niteliği ve İşlevi," 29.

<sup>94</sup> Yönetim planında KMK'da yer alan yedek hüküm niteliğinde yer alan düzenlemeler aynen tekrar edilse bile yönetime ilişkin kuralların bütün halinde bulunması ve Kanunda sonradan yapılacak değişiklikler olsa bile bu konuda yönetim planı hükümleri uygulanacak olmasının sağladığı belirlilik sebebiyle bundan kaçınılmamalıdır. Yönetim planının değiştirilmesi için gerekli çoğunluğun sağlanması zorluğu karşısında keskin ifadeler kullanmaktan kaçınılmalıdır. Bkz. Öztrak, "Yönetim Planı," 113-114; Biyan, *Apartman Site*, 64.

<sup>95</sup> Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 50; Kat mülkiyetine tabi yapılarda karşılaşılabilecek sorunların tamamının önceden öngörülmesi mümkün olmadığı için yönetim planı hazırlanması zorunlu tutulmuştur. Öztrak, "Yönetim Planı," 113; Üner Er, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 32; Çeliker, *Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı*, 61; İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, 102; Şerafettin Gökalp, *Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat Yöneticinin El Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 20; Yıldırım, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 58.

<sup>96</sup> Tekinay, *Kat Mülkiyeti*, 102; Pulak, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, 423; Bozkurt, *Yönetim Planı*, 26; Bkz. Yar. HGK. E. 1993/417, K. 1993/514, 22.09.1993 "Kat Mülkiyeti Kanununun 28. maddesine göre; yönetim planı, anagayrimenkulün yönetim tarzını, kullanma maksat ve şeklini; yönetici ve denetçilerin alacakları ücreti ve yönetime ait diğer koşulları düzenleyen bir sözleşme hükmündedir. Yönetim planı bütün kat malikleri ile onların külli ve cüzi haleflerini bağlar. Yönetim planının bu niteliği, yani sözleşmeye taraf olmayan onu imzalamayan sonraki maliklerin de uymaları gereken bir belge oluşu, yasada tanımlanan kapsamının genişletilmesine izin vermez. Anagayrimenkulün yönetim tarzına, kullanma maksat ve şekline, yönetim ve denetçilerin alacakları ücrete ve genelde yönetime ait diğer konular dışında kalan hükümler, yönetim planında yer alamaz. Örneğin, herhangi bir kat malikine bir aynı hak bahşedemez: Ana

### III. KAT MALİKLERİNİN YÖNETİM HAKKINI ETKİLEYEN DURUMLAR

#### A. Kat Maliklerinin Yönetime Katılma Hakkı

KMK'da yönetim kavramı tanımlanmamakla birlikte yönetimin nasıl yürütüleceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Kat mülkiyetinde yönetim, anagayrimenkulün idaresi maksadıyla yapılması gereken iş ve işlemler olarak tanımlanabilir.<sup>97</sup> Kat mülkiyetinde yönetim anagayrimenkulün kullanılması, bakımı, korunması ve faydalanılması için yapılan iş ve işlemleri kapsamakta, anagayrimenkul üzerindeki tasarruf işlemleri ve bunlara yönelik konular ise yönetim kapsamı dışında kalmaktadır.

KMK'da anagayrimenkulün yönetimi hususunda kat malikleri kurulu, yönetici/yönetim kurulu ve denetçi/denetim kurulu olarak üç organ düzenlenmiştir. Bu organların en önemlisi tüm kat maliklerinin oluşturduğu kat malikleri kuruludur. Kat malikleri kurulu KMK'da karar ve yürütme organı olarak düzenlenmiştir. Yöneticinin yetkisi ikincil derecede olup kat malikleri kuruluna dayanmaktadır. Bağımsız bölüm sayısının sekizden az olduğu yapılarda yönetici

---

taşınmazın mimari projesine aykırı olarak ortak yerlerde inşaat yapmak ve özel temellük hakkı tanıyamaz. Taşınmazın ortak kullanıma tahsis edilmiş yerlerinin (kapıcı dairesi, kömürlük, çamaşırhane) belli bir kat maliki ya da maliklerince inhisari kullanımına terk edemez. Yasanın 19. maddesindeki tüm kat maliklerinin ortak rızasını ya da 44. maddeye göre oybirliği ile karar alınmasını gerekli kılan koşullarını bertaraf eden hükümler, yönetim planında yer alamaz. Buna rağmen yönetim planında yer verildiği takdirde, bunlar geçersiz olup kat maliklerini bağlamaz. Nitekim, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün teşkilata yayınladığı, Kat Mülkiyeti Kanununun Tapu Dairelerince uygulanan hükümlerinin açıklanmasına ilişkin 6.7.1983 gün ve 4-1-1-7/1454 sayılı genelgede, Yargıtay'ın bu konudaki uygulamalarından esinlenilmiş ve "yönetim planında sadece yapının ve bağımsız bölümlerin kullanım tarzına ait hususlara yer verilecektir. Kullanım dışında doğrudan hak doğurucu madde ve bölümler ilave edilmeyecektir. İbraz edilen yönetim planının Tapu Sicil Muhafızlıklarınca incelenerek yukarıda izah edilen hususlara aykırılık tespit edildiğinde mevzuata aykırı maddelerin yönetim planından çıkarılması istenecek, kabul edilmez ise mevzuata aykırı hususların geçersiz olduğu yönetim planının uygun bir yerine re'sen şerh verilecektir" talimatına yer verilmiştir." (<https://www.lexpera.com.tr/>); Çeliker, Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı, 57-61; Erman, Eşya Hukuku Dersleri, 149; Bkz. Yar. 18. HD. E. 3003, K. 4118, 01.05.1997 tarihli kararı; bu kayıtların sadece imza sahiplerini bağladığına ve yönetim planı ile mülkiyet hakkına ilişkin hükümler koyulamayacağına dair görüş için bkz. İlgezdi, Kat Mülkiyeti Hukuku, 105-106; Kutlu Doğan, Yönetim Planı, 60; Kayaduman, Kat Mülkiyeti Yönetim, 57; Kömürcü, Toplu Yapılarda Yönetim Planı, 72.

<sup>97</sup> Yıldırım, Kat Mülkiyetinde Yönetim, 47.



atanmadığı takdirde yönetime ilişkin işler kat malikleri kurulunca yürütülecektir.<sup>98</sup>

Kat maliki kendine ait bağımsız bölümünü üzerinde TMK'nın maliklere tanıdığı gibi kullanma, yararlanma ve tasarruf etme hakkına sahiptir.<sup>99</sup> Bunun sınırı KMK m.18 uyarınca bağımsız bölümünü dürüstlük kuralına uygun, diğer kat maliklerini rahatsız etmeden ve haklarını çiğnemenen, yönetim planında belirlenen kurallara uygun olarak kullanmaktır.<sup>100</sup> Kat mülkiyetinde bağımsız bölümler dışında kalan alanların tüm kat malikleri tarafından yönetilmesi gerekmektedir.

Kat maliklerinin sahip olduğu haklardan önemli bir kısmı anagayrimenkulün yönetimi ile ilgilidir. Kat mülkiyetinin yönetimi kat malikleri kurulunca gerçekleştirilecektir. Kat malikleri kurulu tüm kat maliklerinden oluşmaktadır. Kat malikleri kurulunun tüzel kişiliği yoktur. Dolayısı ile kurulu oluşturan her bir kat malikinin kat malikleri kurulunun iradesini yansıtan kararların alınmasında oy hakkı ve alınan kararlara ilişkin hâkimin müdahalesine başvurma hakkı vardır.<sup>101</sup> Kat malikleri kurulu kat mülkiyeti hukukunda yer alan emredici kurallara aykırı olmadığı sürece yönetimi serbestçe kararlaştırma hakkına sahiptir.<sup>102</sup>

Kat maliklerinin, kurul toplantılarına katılma, bazı konuların kurul gündemine alınmasını isteme, oy kullanma, kurul kararının iptalini isteyebilme gibi hakları bulunmaktadır. Bu haklardan en önemlisi anagayrimenkulün yönetimine katılımlarını sağlayan ve kurul kararı alınmasını sağlayan oy hakkıdır.<sup>103</sup>

Kanun koyucu KMK ile anagayrimenkulün yönetimini, kat malikleri kurulunda oy kullanma ve yönetim planı hazırlama/değiştirme hakları ile kat

---

<sup>98</sup> Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, 80.

<sup>99</sup> Oy ve Oy, *Apartman/Site/Toplu Yapı Yönetimi*, 38; Arzu Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti Cilt 1* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 637.

<sup>100</sup> Ayan, *Eşya Hukuku*, 576.

<sup>101</sup> Ayan, *Eşya Hukuku*, 575; Eren, *Mülkiyet*, 170-172.

<sup>102</sup> Eren, *Mülkiyet*, 168; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 425; Wermelinger, *Das Stockwerkeigentum*, 658.

<sup>103</sup> Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, 88; Genç Arıdemir, Kat Mülkiyeti, 638.

maliklerine vermiştir. Kat malikleri yönetim hakkını sekizden az bağımsız bölüme sahip olan yapılarda doğrudan kullanmakta iken sekizden fazla olan yapılarda yönetici eliyle kullanmaktadır. Bundan başka kat malikleri kat mülkiyetinin kurulması aşamasında veya kat irtifakı kurulurken hazırladıkları ve tapu memuruna sunulan yönetim planı ile yönetime katılmaktadırlar. Kat malikleri ayrıca var olan yönetim planında değişiklik yapma hakkına da sahiptirler.

Kat malikleri yönetime katılmalarını sağlayan oy hakkından önceden feragat edemeyeceği gibi bu hakkı devretmeleri de mümkün değildir.<sup>104</sup> Ancak kat maliklerinin yönetim hakkı çoğunlukla yönetim planı ile kısıtlanmaktadır.<sup>105</sup>

## B. Yükleniciye Yönetim Planı Düzenleme Hakkının Tanınması

15.02.2018 tarih ve 7099 sayılı Kanun ile KMK m.10'a eklenen fıkra ile kat mülkiyetinin yüklenicinin talebiyle kurulmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır.<sup>106</sup> Yüklenici tarafından kat mülkiyetinin kurulması için, yüklenici ile malikler arasında yapılan sözleşmede hak sahiplerine isabet eden bağımsız bölümler belirlenmiş olmalıdır.<sup>107</sup> 2021/4 sayılı Genelge'de "Bağımsız bölümlerin proje bazında bağımsız bölüm numaraları ile belirlenmiş olması veya bu hususta yapılacak sözleşmelerden paylaşımın tapu müdürlüğüne yoruma ihtiyaç duyulmaksızın belirlenebiliyor olması (örneğin; her katta bir bağımsız bölümün bulunması ve belirlemenin kat olarak yapılması veya tek katta iki bağımsız bölümün bulunması ve belirlemenin giriş sağ taraftaki bağımsız bölüm, giriş sol taraftaki bağımsız bölüm şeklinde yapılması vb.)

<sup>104</sup> Oy hakkının devrine imkân tanınması halinde kat maliki olmayan kişilerin anagayrimenkulün yönetiminde söz sahibi olmasına sebebiyet verecek ve KMK açısından istenmeyen sonuçlar doğuracaktır. Oy hakkının toplantılara katılmama gibi sebeplerle sınırlanması da mümkün değildir. Bu yönde yönetim planı hükümleri bulunması halinde bu hükümler de geçersiz olacaktır. Arpacı, *Kat Mülkiyetinde Yönetim*, 89-90; Ayan, *Eşya Hukuku*, 575; Ahmet Nar, "Kat Malikleri Kurulu," *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, (2018), 155-189, 168; Yar. 18. HD. E. 1993/2823, K. 1993/5703, 29.4.1993; Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 638-639.

<sup>105</sup> Fatih Güler, "Kentleşmenin Bireylerin Yönetim Hakkını Zedelemesi Açısından Kat Mülkiyeti Kanununun Bazı Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım," *Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi* 17, no. 1 (2021); 17-34, 26.

<sup>106</sup> 15.02.2018 tarih ve 7099 sayılı Kanun RG. 10.03.2018, S. 30356.

<sup>107</sup> Hak sahiplerine isabet edecek bağımsız bölümlerin belirlenmesi, kat mülkiyeti kütüğüne tescil edecek olan bağımsız bölümlerin belirlenmesi olarak anlaşılmalıdır. Bağımsız bölümlerin taksimine ilişkin noterlik sözleşmesi ise bağımsız bölümlerin paylaşımına ilişkindir. Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 281-282.

*gerekir. Aksi halde tüm maliklerin talebine istinaden resmi senet düzenlenmek suretiyle işlemlere yön verilir.” ifadelerine yer verilerek hak sahiplerine isabet eden bağımsız bölümden ne anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir.<sup>108</sup>*

Yüklenicinin kat irtifakı/kat mülkiyeti kurulması için talepte bulunabilmesi ve dolayısı ile kat maliklerinin imzasını taşımayan yönetim planını tapu idaresine sunabilmesi için taşınmaz maliki ile aralarında kanunun ifadesi ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi veya kat karşılığı temlik sözleşmesi bulunması gerekmektedir. Tarafları arsa maliki ve yüklenici olmayan bir sözleşmeye dayanılarak kat mülkiyetinin kurulması talep edilemez.<sup>109</sup>

Yüklenici tarafından kat mülkiyetinin kurulması için talepte bulunabilmenin bir diğer şartı arsa malikleri ile arasında bağımsız bölümlerin paylaşılmasına ilişkin sözleşme yapılmış olmasıdır. Sözleşmenin noterde yapılmış olması gerekmektedir. Bu sözleşme eşya hukukuna hâkim olan belirlilik ilkesi gereğince bağımsız bölümlere hangi kat maliklerinin sahip olacağını göstermektedir.<sup>110</sup> Örneğin, yedi numaralı bağımsız bölümün sahibinin A kat maliki, 10 numaralı bağımsız bölümün B kat maliki olacağı bu sözleşme ile belirlenmektedir.

Yüklenici tarafından kat mülkiyetinin kurulması için talepte bulunabilmenin bir diğer şartı yüklenicinin paydaş veya kat irtifakı sahibi olmasıdır. Kat irtifakının kurulabilmesi için arsa maliklerinin yükleniciye bir pay devri yapması gerekmektedir. Kat mülkiyetinin kurulabilmesi için ise, yüklenicinin kat irtifakı sahibi olması gerekmektedir. Aksi halde taşınmazda aynı hak sahibi olmayan yüklenicinin talepte bulunma hakkı olmayacaktır.<sup>111</sup>

Yüklenici tarafından kat mülkiyetinin kurulması için yapılacak talebe bağımsız bölüm taksimine ilişkin noterde düzenlenen sözleşme eklenmelidir. Bununla birlikte KMK m.12’de belirtilen belgelerin de yetkili kamu kurum ve kuruluşunca tapu müdürlüğüne elektronik ortamda gönderilmesi de gerekmektedir. Bu belgeler, onaylı mimari proje ile yönetim planıdır.<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> Bkz. erişim tarihi Eylül 25, 2023, <https://www.tkgm.gov.tr/>.

<sup>109</sup> Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 282.

<sup>110</sup> Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 285.

<sup>111</sup> Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 286-288.

<sup>112</sup> Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 289; 2021/4 sayılı Genelge’nin “3-Kat Mülkiyeti/Kat İrtifakının Kurulması” başlıklı bölümü Bkz. erişim tarihi Eylül 25, 2023, <https://www.tkgm.gov.tr/>.

KMK m.10/5'te yer alan "...Mimari proje ile yönetim planında malik imzası aranmaz." düzenlemesinden çıkan sonuca göre yüklenici tarafından talep edilen kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmasına ilişkin talebe eklenecek yönetim planında kat maliklerinin imzası aranmayacaktır. Bu değişiklik her ne kadar kat mülkiyeti kurma işlemlerinin kolaylaştırılması, bürokratik işlemlerin azaltılması ve inşaat sektörünün gelişmesine yönelik olumlu bir gelişme olsa da doktrinde eleştirilmiştir. Kat maliklerini onların külli ve cüz'i haleflerini bağlayıcı niteliğe sahip yönetim planında kat maliklerinin imzasının aranmıyor olması hem eşya hukuku hem de borçlar hukukumuzun ilkeleriyle bağdaşmaz.<sup>113</sup> Anayasa ve Medeni Hukuk ilkelerine aykırıdır.<sup>114</sup> Şöyle ki, hukuki niteliği konusunda kanunda açıkça sözleşme olduğu belirtilen yönetim planının tüm kat maliklerinin iradesi ile oluşması gerekirken yükleniciye kat maliklerinin yerine geçerek onları bağlayıcı bir yönetim planı hazırlama yetkisi verilmesi borçlar hukuku sistemimize aykırıdır. Sözleşmenin kurucu unsurlarından olan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı yüklenici tarafından tek taraflı olarak hazırlanan yönetim planında bulunmamaktadır. Kurucu unsurları bulunmayan bir sözleşme yokluk yaptırımına tabi olması gerekirken Kanunla bu konuda istisna tanınmış olmasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz.<sup>115</sup>

### C. Yönetim Planı ile Kat Maliklerinin Yönetim Hakkının Kısıtlanması

Kat mülkiyetine tabi yapıların inşası için çoğunlukla iki farklı yöntem benimsenmektedir. Bunlar; ya taşınmaz yüklenici tarafından satın alınarak yapı inşa edilir. Ya da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yapı inşa edilir. Taşınmazı satın alarak yapı inşa eden yüklenici kat irtifakını kurarken yönetim planını hazırlamaktadır. Yüklenici bu yöntemde taşınmazın tek maliki olduğu için yönetim planı tek malik olan yüklenici tarafından hazırlanmakta ve kat irtifakı aşamasında tapu idaresine sunulmaktadır. Yüklenici bu yöntemde değiştirilmesi oldukça zor olan ve yıllarca geçerli ve bağlayıcı olacak yönetim planını tek başına oluşturabilmektedir.<sup>116</sup> Yüklenici bu yönetim planı ile kendisi lehine hükümler

---

<sup>113</sup> Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 290.

<sup>114</sup> Kutlu Doğan, *Yönetim Planı*, 97.

<sup>115</sup> Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti*, 290.

<sup>116</sup> Wermelinger, *Das Stockwerkeigentum*, 1279.

koysa bile tapu memuru tarafından içerik denetimi yapılmadığı için kat maliklerinin yönetime ilişkin hakları kısıtlanabilmektedir.<sup>117</sup> Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de kat malikleri kat irtifakının kurulması işini yükleniciye bırakmakta ve dolayısı ile yönetim planı hazırlama yetkisini de yükleniciye bırakmaktadırlar. Bu durumda da yüklenici yönetim planına kendi lehine hükümler koyabilmektedir. Kanun'un emredici hükümlerine aykırı olmadığı sürece bu hükümlerin değiştirilmesi için yeterli çoğunluğun sağlanması da yükleniciye kalan bağımsız bölüm sayısına bağlıdır. Kendi lehine hükümler içeren yönetim planı değişikliğini cüz'i haleflerin de kabul etmeyeceği düşünüldüğünde yüklenici tarafından hazırlanan yönetim planı ile kat maliklerinin yönetim hakkının kısıtlanma ihtimali olduğunu söyleyebiliriz.

KMK m.10/5 uyarınca kurulacak kat mülkiyetine tabi yapılarda yükleniciye kat maliklerinin imzası olmaksızın hazırlanan yönetim planı ile sunma yetkisinin verilmiş olması yönetime ilişkin kuralların serbestçe belirlenebildiği yönetim planının yüklenici tarafından kendi lehine hükümler içerecek şekilde hazırlanarak kat maliklerinin yönetim hakkını kısıtlanmasına sebebiyet verecektir.

Yüklenici, hazırladığı yönetim planında, ortak kullanım ve faydalanma niteliklerine haiz bazı yer ve alanların kullanım koşulları ve ölçülerine ilişkin düzenlemeler ile kendi lehine hükümler koyabilir.<sup>118</sup> Örneğin, yüklenici, kendisine düşecek bağımsız bölümlerin zemin kat veya birinci katta olmasını bağımsız bölümlerin paylaşılmasına ilişkin sözleşme ile sağladığı takdirde asansör bakımı ve asansöre ilişkin diğer giderlere katılmayacağını yönetim planına ekleyerek diğer kat maliklerinin ortak giderlere daha fazla katlanmasına sebebiyet verebilir.

---

<sup>117</sup> Güler, "Eleştirel Yaklaşım," 26; "Yeni binalarda idare genellikle müteahhit veya satıcı tarafından bağımsız bölümler satılmadan önce kurulur. Yönetimin en başından itibaren halledilmesi açısından bu genellikle mantıklıdır. Ancak yüklenicinin veya satıcının yönetimi bizzat devralması veya ilişkili bir yönetim şirketine devretmesi sorun yaratabilir." Monika Sommer, "Stockwerkeigentum, - Die Verwaltung," Neue Zürcher Zeitung 67 (2007); 1; Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından "Kat irtifakı ve Kat Mülkiyeti" konulu 2021/4 sayılı Genelge'nin "11-Yönetim Planı ve Değişikliği" başlıklı bölümünde "Yönetim planının içeriğinin kanunlara uygun olup olmadığı tapu müdürlüğüne denetlenmez. Yönetim planının hükümlerinin kanunlardaki emredici kurallara aykırı olması durumunda Kanununun 33 üncü maddesi gereğince iptali kat malikleri tarafından mahkemeden istenir." Bkz. erişim tarihi Eylül 25, 2023 <https://www.tkgm.gov.tr/>.

<sup>118</sup> Karabay, Kat Maliklerinin Hakları ve Borçları, 29.

Benzer şekilde zemin katta yer alan bağımsız bölümlerin bahçe alanlarından diğer kat maliklerine göre daha fazla yararlanacağını yönetim planına ekleyerek ortak alan olan bahçe katının diğer kat maliklerince daha az veya hiç kullanılmamasına sebebiyet verebilir. Yönetici atanmasına ilişkin yöneticide aranacak kriterleri belirlerken kendi profesyonel yönetim şirketini işaret edecek düzenlemelere yer verip satışını yaptığı bağımsız bölümleri yönlendirerek yönetimi elinde tutabilir. Bu şekilde yüklenicinin düzenleyeceği yönetim planı ile kat maliklerinin yönetim hakkının kısıtlanmasına yönelik birçok örnek verilebilir.

Bir görüşe göre, tapu işlemlerini yürüten yüklenici, kat maliklerinin vekili sıfatıyla hareket eder. Vekil olarak kabul edilen yüklenici vekâlet veren konumundaki diğer kat maliklerinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle hareket etmekle yükümlü olduğundan yönetim planında lehine hükümler yer almakta ise bu vekâlet sözleşmesinin kötüye kullanılması niteliğinde sayılmalı ve bu tür hükümler kesin hükümsüz kabul edilmelidir.<sup>119</sup>

## SONUÇ

Yönetim Planı anagayrimenkulün yönetim tarzını, kullanma maksat ve şeklini, yönetici ve denetçilerin alacakları ücreti ve yönetime ait diğer hususları düzenleyen ve tüm kat maliklerini bağlayan sözleşme niteliğindedir. Yönetim plânı ve yönetim planı değişiklikleri, bütün kat malikleriyle onların külli ve cüzi haleflerini ve yönetici ve denetçileri bağlayıcı niteliktedir. Hukuk sistemimizde kat mülkiyetine tabi yapılarda yönetim planı hazırlanması zorunlu olup tapu memuru, yönetim planının olmaması veya tüm kat maliklerinin imzasını taşıyamaması halinde kat mülkiyetini kuran işlemi yapmayacaktır.

Yönetim planı tüm kat maliklerinin imzalarını taşınmalıdır. Taşınmazın tek malikinin bulunması halinde yönetim planının bu kişi tarafından imzalanması yeterlidir. Birden fazla kat malikinin bulunduğu durumlarda yönetim planının tüm kat maliklerince imzalanması gerekmektedir. Yönetim planında sonradan değişiklik yapılması mümkündür. Yönetim planının değiştirilmesi için kat maliklerinin 4/5'ünün oyu gerekmektedir.

---

<sup>119</sup> Kutlu Doğan, *Yönetim Planı*, 98.

Yönetim planının içeriğinde, yönetim tarzı, kullanma maksat ve şekli ile yönetici ve denetçilerin alacakları ücret ile ilgili düzenlemelerin yanı sıra yönetime ait diğer hususların da yer alacağı belirterek kat maliklerinin bu konuda sözleşme serbestisi içerisinde düzenleme yapabileceğini düzenlemiştir.

Hızlı nüfus artışına bağlı olarak insanların barınma ihtiyacının karşılanabilmesi için kat mülkiyetine tabi yapıların sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Kanun koyucu da kat mülkiyeti kurma işlemlerinin kolaylaştırılması, bürokratik işlemlerin azaltılması ve inşaat sektörünün gelişmesine yönelik gerekçelerle KMK'da bazı değişiklikler yaparak yükleniciye tek başına yönetim planı yapma hakkı tanımıştır.

Ülkemizde yapı inşa süreci genellikle yüklenicinin bir arsayı alarak yapı inşa etmesi ve kat mülkiyeti kurarak bağımsız bölümleri sonradan satması şeklinde veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılarak yüklenicinin arsa payına ortak olması ve yapı inşa ederek kat mülkiyetine geçişle birlikte bağımsız bölümleri satması şeklinde gerçekleşmektedir. Yüklenicinin tek malik olduğu durumda yönetim planı tek malik tarafından hazırlanmakta, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de Kanunda yükleniciye verilen hak ile birlikte yönetim planı yüklenici tarafından hazırlanmaktadır. Her iki halde de kat malikleri aleyhine hükümler koyulabilmesi ihtimali bulunmakta ve bu şekilde kat maliklerinin yönetim hakları kısıtlanmaktadır.

Yönetim planının değiştirilmesinin zorluğu karşısında tüm kat maliklerini külli ve cüz'i haleflerini bağlayan yönetim planının hazırlanması işinin tek malik yükleniciye veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı yükleniciye bırakılmasının zaman içerisinde sorunlara yol açacağı açıktır. Bu sorunlarla karşılaşmamak kat maliklerinin yönetime katılmak haklarını koruyabilmek için yönetim planının, kat mülkiyeti kurulurken sulh hukuk hakiminin denetiminden geçmesi yönünde düzenlemeler yapılabilir. Bundan başka yönetim planının değiştirilmesi için gerekli çoğunluk çifte çoğunluk olarak düzenlenebilir. Zorunlu olan yönetim planının kat mülkiyetinin kurulması için gerekli belgelerden çıkarılması da mümkündür.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author has not declared whether this work has received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---



## KAYNAKÇA

- Arpacı, Abdülkadir. *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*. İstanbul: Bedir Yayınevi, 1984.
- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku Cilt 2*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Ayar, Ahmet. *Kat Mülkiyetinden Doğan Borç İlişkileri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Aybay, Aydın ve Nezih Sanal. *Açıklamalı İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010.
- Bekar, Pınar Alkım. *634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu Kapsamında Toplu Yapılar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Biyar, Özgür. *Apartment Site ve İş Hanı Yönetimleri Hukuki ve Mali Rehber*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Bozkurt, Cemile. "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2010.
- Çeliker, Gönül. "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2012.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2021.
- Donauer, Daniel. *Der Verwalter im schweizerischen Stockwerkeigentumsrecht, herausgegeben Jurg Schmid* Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2018.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Genç Arıdemir, Arzu. *Kat Mülkiyeti Cilt 1*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Gökalp, Şerafettin. *Açıklama ve Örnekleri ile Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat Yöneticinin El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Güler, Fatih. "Kentleşmenin Bireylerin Yönetim Hakkını Zedelemesi Açısından Kat Mülkiyeti Kanununun Bazı Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım." *Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi* 17, no. 1 (2021): 17-34.

- Gürsoy, Kemal T., Eren Fikret ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984.
- Hatemi Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- İlgezdi, Ali Rıza. *Adım Adım Kat Mülkiyeti Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- İpek, Umut. "Kat Mülkiyetinde Yöneticinin Hukuki Sorumluluğu." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Mersin: Çağ Üniversitesi, 2022.
- Karahacıoğlu, Ali Haydar ve Ahmet Cengiz Ergin. *Açıklamalı-İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Karahasan, Mustafa Reşit. "Kat Mülkiyeti Kanununda Düzenlenen Yönetim Planının Niteliği ve İşlevi." *İstanbul Barosu Dergisi* 80, no. 1, (2006): 27-39.
- Kayaduman, Fatih. "Kat Mülkiyeti Hukuku Kapsamında Yönetim." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi, 2022.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Eşya Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Koru, Mehmet. *Kat Mülkiyeti Kanunu ve Apartman Yöneticisinin El Kitabı*. Ankara: Özkan Matbaacılık, 1991.
- Kömürcü, Fatma. "Toplu Yapılarda Yönetim Planı." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2020.
- Kutlu Doğan, Nurgül. "Toplu Yapılarda Yönetim Planı." Yayınlanmamış Doktora Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi, 2022.
- Nar, Ahmet. "Kat Malikleri Kurulu." *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22 (2018): 155-189.
- Nomer, Haluk Nami. "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planının Hukuki Niteliği." *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.
- Odyakmaz, A. Nevzad. *Kat Mülkiyeti Yasası*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1984.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe-Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Öztrak, İlhan. "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı." *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 22, no. 3, (1967): 113-138.

- Öztürk Demir, Ülkü. "Kat Mülkiyetinde Ortak Gider." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi, 2019.
- Pulak, T. Murat. *Kat Mülkiyeti Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012.
- Sarı Gündoğdu, Songül. *Toplu Konutlarda Yöneticinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Sirmen, A. Lâle. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Sommer, Monika, "Stockwerkeigentum, - Die Verwaltung," *Neue Zürcher Zeitung* 67, NZZ Nr. 39 (2007).
- Şaz, Hasan Said. "Kat Mülkiyeti Kanununda Yönetim Meselesi ve Yöneticinin Husumet Ehliyeti." *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 126 (2017): 113-121.
- Şengül, Mehmet. *Türk Medeni Kanununda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Tekinay Selahattin, Sulhi. *Kat Mülkiyeti*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Üner Er, Berna Canan. *Kat Mülkiyetinde Yönetim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Wermelinger Amédéo, "Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB." Zürich: Schulthess, 2019.
- Yıldırım, Abdulkerim. *Kat Mülkiyetinde Yönetim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Yıldırım, Neslihan. "Kat Mülkiyeti Kanunundaki Yeni Düzenlemeler." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2011.

### İnternet Kaynakları

- <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim tarihi Eylül 10, 2023.
- <https://lib.kazanci.com.tr>, Erişim tarihi Eylül 10, 2023.
- <https://www.tkgm.gov.tr>, Erişim tarihi Eylül 10, 2023.
- <https://www.jurix.com.tr/>, Erişim tarihi Eylül 10, 2023.
- <http://www.millikutuphane.gov.tr/>, Erişim tarihi Eylül 10, 2023.

# MODERN HUKUK SİSTEMLERİNDE AİLE ARABULUCULUĞU

## *Family Mediation in Modern Legal Systems*

**Mubin Burak ÇELİK\***

### Öz

İnsanlar arası etkileşim ile varlık ve anlam kazanan toplumsal yaşam, bu etkileşimin öznesi olan kişilerin kendine özgü karakterleri, ihtiyaçları ve beklentilerinden ötürü farklı şiddette ve ölçekte ihtilaflar üretmeye hazır bir yapı arz etmektedir. Bu bağlamda önemli olan, sosyal hayat anlamında kaçınılmaz olan uyuşmazlıkların mümkün olan en barışçıl ve iyileştirici yöntemlerle kalıcı bir çözüme kavuşturulmasıdır. İnsanlığın hikâyesinin başladığı ilk zamanlardan bugüne, toplumların ve devletlerin özü ve dayanağı olarak kabul edilen aile kurumuna ilişkin uyuşmazlıklar ise, tahrip edici yöntemlerden ziyade inşa edici araçlar kullanılarak çözülmesi elzem olan ihtilafların başında gelmektedir. Birçok medeniyette ve geleneksel hukuk düzeninde kadim bir tarihî arka plana sahip olsa da modern hukuk sistemlerindeki uygulama biçimine özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren kavuşan aile arabuluculuğu, etki ve uygulama alanı her geçen gün genişleyen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu çalışmada, aile arabuluculuğunun modern hukuk sistemlerindeki yeri ve işleyişi, üç ana hukuk sistemine dâhil on beş farklı ülkenin iç hukuku çerçevesinde incelenmiştir.

\* Doktora Öğrencisi (Uzman Arabulucu), Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, m.b.celik@hotmail.com, 0000-0003-2768-234X.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 06.10.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 17.11.2023.

**Atıf/Citation:** Çelik, Mubin Burak. "Modern Hukuk Sistemlerinde Aile Arabuluculuğu." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 1009-1057.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

**Anahtar Kelimeler:** Aile, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Arabuluculuk, Aile Arabuluculuğu, İslâm Hukuku

## Abstract

Social life, which gains existence and meaning through interaction between people, presents a structure that is ready to produce conflicts of different severity and scale due to the unique characters, needs and expectations of the people who are the subjects of this interaction. What is important in this context is to achieve a permanent solution to the conflicts that are inevitable in terms of social life, with the most peaceful and healing methods possible. Disputes regarding the institution of family, which has been accepted as the essence and basis of societies and states since the beginning of the human story, are among the most important conflicts that need to be resolved using constructive rather than destructive methods. Although it has an ancient historical background in many civilizations and traditional legal systems, family mediation, which has gained its application in modern legal systems especially since the second half of the twentieth century, is an alternative dispute resolution method whose impact and application area is expanding day by day. In this study, the place and functioning of family mediation in modern legal systems were examined within the framework of the domestic laws of fifteen different countries included in three main legal systems.

**Keywords:** Family, Alternative Dispute Resolution (ADR), Mediation, Family Mediation, Islamic Law

## GİRİŞ

Aile, tarih boyunca güçlü medeniyetlerin ve sağlıklı toplumların inşasında başat rol oynayan bir kurumdur. Nitelik olarak sui generis bir yapıya sahip olan aile ilişkileri ise<sup>1</sup>, muhataplarının karşılıklı bağımlılığından ötürü sürdürülebilir bir

---

<sup>1</sup> Nursen Karagözoğlu, "Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik," Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara, Başkent Üniversitesi, 2017), 57; Lisa Parkinson, *Aile Arabuluculuğu (Family Mediation)-Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi* (Bristol: Jordan Publishing, 2017), 20; Duygu Dağlıoğlu, "Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk," *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2020): 562; Marian Roberts, *Mediation in Family Disputes Principles of Practice* (Oxfordshire: Routledge, 2014), 4.

iletişim zorunlu kılmaktadır. Bu sebeptendir ki, aile müessesesini ilgilendiren (ve özellikle müşterek çocuklara sahip eşler arasında meydana gelen) ihtilafların devlet yargısına konu edilmeksizin (belirli şartları haiz tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla) kalıcı olarak çözüme kavuşturulması için yürütülen aile arabuluculuğu, uygulama alanı her geçen genişleyen bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.<sup>2</sup>

Bireycilik anlayışının hâkim olduğu ve kişisel özgürlük alanının giderek genişlediği çağımızda, artan boşanmaları ilgilendiren ihtilafların yanı sıra, ebeveyn-çocuk ilişkileri bağlamında ortaya çıkan uyuşmazlıklar, özellikle toplumsal barışın tesisi için dostâne çözümlerin ve sürdürülebilir taraf ilişkilerinin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk, çağımızın farklı hukuk sistemlerinde (uluslararası akitler ve iç hukuk düzenlemeleri ile hukukî zemine kavuşan) aile kurumunu ilgilendiren uyuşmazlıkların giderilmesine yönelik alternatif çözüm yöntemlerinin doğuşuna vesile olmuştur. Bu çerçevede, modern hukuk anlamında ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde "boşanma arabuluculuğu" temelinde uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, zaman içinde özellikle Avrupa Birliği direktifleri/tavsiye kararları ve Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ne dâhil ülkelerin iç hukuk düzenlemeleri ile daha kapsamlı bir çerçeveye kavuşmuş ve "aile arabuluculuğu" olarak hukuk sistemlerine yerleşmiştir.<sup>3</sup>

## I. AİLE ARABULUCULUĞUNUN TANIMI VE AMACI

Modern hukuk sistemlerinde giderek yaygınlaşan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk; hukuk kişilerinin, aralarındaki uyuşmazlığı, süreç yönetimi bağlamında emredici bir role sahip olmayan<sup>4</sup> tarafsız bir üçüncü

---

<sup>2</sup> Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 18; Erdem Şimşek, "Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü için Düzenlenmesi Gereken Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme/Evaluation of the Planned Law on Mediation in Family Law Disputes," iç. *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (Ankara 6-7 Aralık 2018)*, ed. Ersin Erdoğan (Ankara: Pozitif Matbaacılık, 2019), 74.

<sup>3</sup> Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 9.

<sup>4</sup> Joan G. Mowatt, "Alternative Dispute Resolution: Some Points to Ponder," *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 25, no. 1 (1992): 49-50.

kişinin katılımıyla çözüme kavuşturmaya çalıştıkları müzakere temelli faaliyet<sup>56</sup> olarak tanımlanabilir. Arabuluculuk yöntemi çerçevesinde bir ihtisas arabuluculuğu olarak gelişen aile arabuluculuğu ise, -doktrindeki çeşitli tespitler ve nitelendirmeler ışığında en yalın hâliyle- aile kurumunu ilgilendiren uyuşmazlıklar hususunda taraflara ortak bir çözüme ulaşmaları için başta hukuk ve psikoloji olmak üzere farklı uzmanlık alanlarının katkısıyla yardımcı olan taraf egemenliğiodaklı bir süreç yönetimini ifade eder.<sup>6</sup>

Aile arabuluculuğunu; kural olarak dostâne ve gönüllü bir yaklaşımı esas alan ve aile uyuşmazlıklarının çözüme kavuşturulması için ihtilafın tarafları arasındaki iletişimi iyileştirmek üzere yapılandırılmış olan bir işbirliği çabası olarak tanımlamak da mümkündür.<sup>7</sup> Bu çerçevede, doktrinde yapılan değerlendirmeler doğrultusunda daha ayrıntılı bir tanımlama yapmak gerekirse, aile arabuluculuğu; aile kurumunun doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendirdiği hukuk kişileri arasında meydana gelen uyuşmazlıkların (ebeveyn-çocukilişkilerine, boşanmanın mâlî ve hukukî sonuçlarına ve evlilik birliğinin tesisine/korunmasına ilişkin ihtilafların), tarafların çıkarlarına ve mümkün olduğunca hakkaniyete uygun bir şekilde çözüme kavuşturulması için tercih edilen, genel arabuluculuk faaliyetine kıyasla taraflar arasındaki iletişimin güçlü bir şekilde sürdürülmesine daha fazla odaklanan, alanında uzman (hukukçu, psikolog, pedagog vb.) ve tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla yürütülmekle birlikte süreç boyunca taraf egemenliğini esas alan, bu yönüyle özgür taraf iradesini ve güçlü bir iletişimi önceleyen, genel itibarı ile devlet yargısının kapsam alanı dışında icra edilen alternatif bir uyuşmazlık çözüm faaliyetidir.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Christopher H. Macturk, "Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions," *American Journal of Trial Advocacy* 19, no. 2 (1995): 413.

<sup>6</sup> Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'nde "aile arabuluculuğu" kavramından ziyade "boşanma arabuluculuğu" kavramı kullanılmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye'nin de dâhil olduğu Kara Avrupası Hukuku Sistemi'nde ise "aile arabuluculuğu" kavramı kullanılmaktadır. Bu çalışma kapsamında da nitelendirme olarak bu kavram tercih edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 8-11.

<sup>7</sup> Robert Emery, *Renegotiating Family Relationships Divorce, Child Custody and Mediation* (New York: Guilford Press, 2012), 2.

<sup>8</sup> Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 286; Hilal Yazıcı, "Bazı Hakların Korunması Açısından Boşanma Sürecinde Arabuluculuk: Beklenti, Endişe ve Öneriler," *Kadın Araştırmaları Dergisi* 4, no. 1 (2018): 1105-1106; Karagözoğlu, "Arabuluculuğa Elverişlilik," 57.

Aile arabuluculuğu faaliyetinin maksadının ne olduğu sorusuna doktrinde çeşitli cevaplar verilmiş olup söz konusu cevapların ortak noktalarından hareketle genel bir çıkarımda bulunmak gerekirse, aile arabuluculuğunun genel amacının; tarafları kalıcı bir çözüme ulaştırmak üzere aile içi çatışmaların kaynağını tespit etmekve mümkün olduğu ölçüde ortadan kaldırmak olduğunu belirtilebilir.<sup>9</sup>

Bununla birlikte, tarafların; beklentilerini, ihtiyaçlarını ve taleplerini herhangi bir baskı altında kalmaksızın ortaya koyabilecekleri güven telkin eden bir iletişim ortamı oluşturmak, çözüm için dengeli fedakârlık (özellikle müşterek çocukların varlığı hâlinde) temelinde işbirliği yapmalarını sağlamak<sup>10</sup>, aralarındaki uyuşmazlığa konu sorunlara (ve bu sorunlara benzer diğermuhtemel/müstakbel sorunlara) bakış açılarını değiştirmek<sup>11</sup> ve tarafları, kendileri ve muhatapları ile bir anlamda yüzleştirerek aile uyuşmazlıklarını yapıcı ve sürdürülebilir bir şekilde çözüme kavuşturmak<sup>12</sup> ise aile arabuluculuğu faaliyetinin özel amaçları olarak ifade edilebilir.

## II. AİLE ARABULUCULUĞUNUN KURAMSAL TEMELLERİ VE KARAKTERİSTİK ÖZELLİKLERİ

Aile arabuluculuğu, özgün bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak bazı kuramsal temeller üzerine inşa edilmiş olup kendine özgü birtakım özellikleri haizdir. Aile arabuluculuğunun beş temel kuramdan hareketle varlık ve anlam kazandığı kabul edilmektedir.

Bu kuramlardan ilkinine göre; insanlar sui generis varlıklar olarak farklı karakterlere, anlayışlara, ihtiyaçlara ve beklentilere sahiptir. Bu farklılıkları ile

<sup>9</sup> Cem Özcan, "Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 9, no. 5 (2017): 386.

<sup>10</sup> H. Reyhan Demircioğlu, "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği," *TAAD* 6, no. 23 (2015): 46.

<sup>11</sup> İbrahim Ercan, "Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi," iç. *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan* (İstanbul: Alkım Yayınevi, 2007), 91; Süha Tanrıver, *Türk Aile Mahkemeleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 84; Erdal Tercan, "Türk Aile Mahkemeleri," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 3 (2003): 48.

<sup>12</sup> Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku II* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 140; Bojana Jovin Hrastnik, "Alternatif Çözüm Yolları Yargılama Sürecini Nasıl Hızlandırır? Lubljana Mahkemesinden Örnekler," iç. *Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu* (Ankara: TAAD, 2006), 78.



toplumsal yaşamın parçası olan insanların bulunduğu her yerde, çatışma kaçınılmazdır. Çatışmalar ise, çözüme muhtaçtır.<sup>13</sup> Uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olan aile arabuluculuğu (diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle benzer şekilde), tarafsız üçüncü kişinin süreçten, tarafların ise sonuçtan mesul olduğu bir model aracılığı ile ihtilafın taraflarına; adalet anlayışlarına, kişisel çıkarlarına ve beklentilerine uygun çözümler üretmeleri için değerli bir alternatif sunar.<sup>14</sup>

Öte yandan, aile arabuluculuğu, uyuşmazlıkların çözümüne vesile olmasının yanı sıra, ihtilafın taraflarını, benzer uyuşmazlıklar yaşamamaları ve aralarındaki iletişimi sağlıklı bir şekilde sürdürmeleri konusunda yönlendirir. Ayrıca, tarafların kişiliklerini değil, yaklaşımlarını ve bakış açılarını yapıcı bir yolla değiştirmeye odaklanarak ortak bir çözüme ulaşılması çabasına katkı sağlar.<sup>15</sup>

Bu bağlamda son olarak ifade etmek gerekir ki; aile arabuluculuğu, çekişmeyi ve rekabeti değil uzlaşmayı ve uyumu önceler ve bu yönüyle toplumsal barışın tesisine ve devamına somut katkıda bulunur.<sup>16</sup>

Diğer taraftan, aile arabuluculuğunun genel arabuluculuk ile benzer olan özelliği; “iradilik”, “gizlilik”, “eşitlik” ve “tarafsızlık” ilkeleri ile işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasıdır. Bu ilkelerin doğal sonucu olarak; aile uyuşmazlıklarının tarafları, aile arabuluculuğu çerçevesinde herhangi bir sonuca zorlanamaz.<sup>17</sup> Aile arabuluculuğu faaliyetini ilgilendiren bilgiler ve belgeler, kural olarak üçüncü kişilerle paylaşılmaz.<sup>18</sup> Aile arabuluculuğu faaliyetinin tarafları eşittirler. Arabuluculuk sürecinde ortaya çıkması muhtemel bir güç dengesizliğinin olumsuz etkilerini en aza indirgeyecek tedbirler arabulucunun

---

<sup>14</sup> Şanal L. Görgün, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 384.

<sup>15</sup> Kâmil Yıldırım, “Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu,” iç. 75. *Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı* (Ankara: TBB Yayınları, 2004), 834-835; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 1231.

<sup>16</sup> Erdal Tercan, “Türk Aile Mahkemeleri,” 33.

<sup>17</sup> Mustafa Serdar Özbek, “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk,” iç. *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı Raporu* (Ankara: 2010), 138.

<sup>18</sup> Çiğdem Yazıcı Tıktık, “Arabuluculukta Gizliliğin Korunması,” *Yayımlanmamış Doktora Tezi* (İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi, 2010), 233.

şahsında Devlet otoritesi tarafından alınır.<sup>19</sup> Aile arabuluculuğu faaliyetine katılan tarafsız üçüncü kişi, uyuşmazlığın taraflarına eşit yakınlıktadır ve uyuşmazlık çözüm sürecine kendi kişisel yargılarını/değerlerini dâhil etmez.<sup>20</sup>

Öte yandan, aile arabuluculuğunun nevi şahsına münhasır bazı özellikleri de bulunmaktadır. Somutlaştırmak gerekirse; aile arabuluculuğu faaliyetine taraf olanlar, iradilik ilkesinin bir yansıması olarak katlanacakları her türlü sonucu bizzat belirlerler.<sup>21</sup> Aile arabuluculuğu, kişi güvenliği ilkesinin gereği olarak özellikle aile içi şiddet ve istismarın söz konusu olduğu hâllerde, belirtilen fiillerden etkilenen/etkilenmesi muhtemel olan kişileri koruyacak tedbirler çerçevesinde işlerlik kazanır.<sup>22</sup> Aile arabuluculuğu faaliyeti çerçevesinde (varsa) çocukların ihtiyaçlarına, haklarına ve beklentilerine odaklanılır.

### III. AİLE ARABULUCULUĞUNUN TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

Her medeniyet ve toplum, kendine özgü dinamikler çerçevesinde bir hukuk inşa eder. Aile arabuluculuğu da doğurduğu sonuçlardan ötürü hukuk alanını ilgilendiren bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir ve bu yönüyle de her hukuk sisteminin özgü yapısına göre bir tarihsel gelişim süreci geçirmiştir.

Genel anlamda arabuluculuğun özel anlamda ise aile arabuluculuğunun, ilk insan topluluklarından günümüze kadar uzanan binlerce yıllık kadim köklere sahip olduğu ifade edilebilir.<sup>23</sup> Öyle ki yazılı kaynaklar; Asur, Sümer, Babil ve

<sup>19</sup> Ali Yeşilirmak, Elif Kekeç Kısmet ve Ali Bulur, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (Ankara: Altan ÖzyurtMatbaacılık, 2017), 57.

<sup>20</sup> Süha Tanrıver, *Türk Aile Mahkemeleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 151; İbrahim Özbay, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri," *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 3-4 (2006): 466.

<sup>21</sup> Ann Milne ve Andrew Schepard, "Does Your Mediator Measure Up? Standards of Practice for Family and Divorce Mediation," *Family Advocate (American Bar Association)* 24, no. 4 (2002): 25; Nancy A. Welsh, "Reconciling Self-Determination, Coercion, and Settlement in Court-Connected Mediation," iç. *Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications*, ed. Ann L. Milne, Jay Folberg ve Peter Salem (New York: The Gulford Press, 2004), 420.

<sup>22</sup> Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 31.

<sup>23</sup> Vedat Ahsen Coşar, "Açılış Konuşması," iç. *Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı*, ed. Heyet (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011), 7.

Mısır medeniyetlerinin yanı sıra<sup>24</sup>, Antik Yunan, Roma ve Çin uygarlıklarında da geleneksel arabuluculuk uygulamalarının varlığına işaret etmektedir.<sup>25</sup>

Konfüçyüs öğretisinin de etkisiyle toplumsal uyum odaklı bir kişilik inşasına odaklanan Uzak Doğu Medeniyeti, modern hukuktaki aile arabuluculuğu uygulamalarına yakınsayan sulh temelli uyuşmazlık çözümlerini benimseyen ilk uygarlıklardandır.<sup>26</sup> Aile arabuluculuğu uygulaması, başta Çin ve Japon toplumları olmak üzere Uzak Doğu'da uyuşmazlık yaşayan kişilerin daha iyi bir iletişim kurma ve daha az ihtilafa taraf olma yönünde eğitildiği (salt mevcut uyuşmazlıkların çözümüne odaklanmayan) bir model olarak gelişim göstermiştir.<sup>27</sup> Günümüz hukuk sistemlerinde uyuşmazlık çözümünde yararlanılan dönüştürücü aile arabuluculuğu ve terapötik aile arabuluculuğu modelleri ile birçok açıdan benzerlikler taşıyan söz konusu yöntem çerçevesinde, çatışan tarafların toplumdaki bilge kişilerin desteğiyle kalıcı/barışçıl çözümlere ulaşmaları ve muhtemel benzer çatışmalara girmeme hususunda eğitilmeleri sağlanmıştır.

Hukuk tarihi anlamında öne çıkan bir diğer uygarlığı oluşturan Antik Yunan toplumlarında, genel uyuşmazlıkların yanı sıra, aile kurumunu ilgilendiren ihtilaflar bağlamında da tercih edilen iki çözüm yöntemi geliştirilmiştir. Bu yöntemlerden ilkinde; uyuşmazlık çerçevesinde tarafların yerine geçen ve onları çözüm odaklı kararlara güçlü bir şekilde yönlendiren tarafsız üçüncü kişilerin katılımıyla işlerlik kazanan (değerlendirici) bir model uygulanmıştır. İkinci yöntem kapsamında ise, yine üçüncü kişilerce uyuşmazlık yaşayan kişilere hırstan ve çatışmadan uzak durmanın telkin edildiği (önleyici ve eğitici) bir uyuşmazlık çözüm modeline işlerlik kazandırılmıştır.

---

<sup>24</sup> Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk-6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 32.

<sup>25</sup> Elif Kekeç Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 106; Hüseyin Güngör Şahin, *Arabuluculuk* (Ankara: Mentis Yayıncılık, 2008), 11.

<sup>26</sup> Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 17; Seda Özmumcu, "Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış," iç. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, ed. Yasemin Işıktaş (İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014), 33-34; Jerome T. Barrett ve Joseph P. Barrett, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement* (San Francisco: Jossey-Bass, 2004), 6.

<sup>27</sup> Barrett ve Barrett, *Alternative Dispute Resolution*, 6.

Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nin kuramsal ve yazılı temellerinin atılmasında büyük ölçüde belirleyici olan Roma hukukunda da aile arabuluculuğu bir çözüm yöntemi olarak tercih edilmiştir. Aile müessesesini devleti güçlü kılan kaynaklardan ve toplumu ayakta tutan temellerden birisi olarak gören ve bir aileye mensup olmayı vatandaş olmanın ön şartı olarak kabul eden Roma Medeniyetinde<sup>28</sup>, özellikle irade serbestisinin ve karşılıklı rızanın dikkate alındığı evlilik akdinin kurulması ve sona erdirilmesi kaynaklı uyuşmazlıkların<sup>29</sup> çözümü bağlamında "bonusvir tahkimi" adı verilen ve uygulama usulleri ve esasları ile günümüzde aile arabuluculuğuna yakınsayan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi geliştirilmiştir.<sup>30</sup> Roma hukukunda özellikle evlilik kurumunu ve boşanma işlemini ilgilendiren mâlî uyuşmazlıklar (aile mallarının tespiti, aile mallarının adil bir şekilde dağıtılması vb.), güvenilir bir Roma vatandaşının<sup>31</sup> katılımıyla arabulucu-hakemlik olarak nitelendirilebilecek bir model kullanılmak sûretiyle çözüme kavuşturulmuştur.<sup>32</sup>

Öte yandan, kadim bir tarihsel arka plan ve uygulama tecrübesi ile inşa edilen köklü bir medeniyete ve hukuk düzenine kaynaklık eden İslâm dini, uyuşmazlıkların (özellikle de aile kurumunu ilgilendiren uyuşmazlıkların) çözümünde sulh temelli arabuluculuğu överek teşvik etmiştir. İslâm Hukuku'nun aslî kaynağı olan Kur'ân-ı Kerim'de yer alan "Eğer müminlerden iki grup birbiriyle kavgaya tutuşursa hemen aralarını düzeltin..."<sup>33</sup> hükmü ve "Eğer karı ile kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar barıştırmak isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır."<sup>34</sup> ölçüsü çerçevesinde

<sup>28</sup> Selda Güneş Ceylan, *Roma Hukukunda Evlenme/Matrimonium* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 33.

<sup>29</sup> Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku Meseleleri* (İstanbul: Der Yayınları, 2005), 221; Şahin Akıncı, *Roma Hukuku Dersleri Tarihi-Giriş ve Kaynaklar Hukukun Genel Kavramları/Şahsın Hukuku-Aile Hukuku Hakların Korunması* (Konya: Sayram Yayınları, 2017), 243-244.

<sup>30</sup> Sevda İpek Söğüt, *Roma Hukukunda Tahkim* (İstanbul: Legal Kitabevi, 2011), 22.

<sup>31</sup> Söğüt, *Roma Hukukunda Tahkim*, 23.

<sup>32</sup> Söğüt, *Roma Hukukunda Tahkim*, 24ff.

<sup>33</sup> "Hucurât Suresi-9. Ayet Tefsiri," DİB, erişim tarihi Ekim 5, 2023, <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Hucur%C3%A2t-suresi/4621/9-ayet-tefsiri>.

<sup>34</sup> "Nisa Suresi-35. Ayet Tefsiri," DİB, erişim tarihi Ekim 5, 2023, <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Nis%C3%A2-suresi/528/35-ayet-tefsiri>.

gelişen yaklaşım ve uygulama ile, İslâm Hukuku'nun egemen olduğu toplumlarda ve ülkelerde, ailenin varlığının güçlendirerek korumaya yönelik sistemler geliştirilmiş, bu çerçevede aile arabuluculuğu, aile uyumsuzlukları bağlamında öncelikli olarak tercih edilen bir uyumsuzluk çözüm yöntemi olarak varlık ve gelişim göstermiştir.

İslâm Hukuku, Hz. Peygamber Efendimiz(asm)'in Sünnet-i Seniyyesi ve bu değerli örneği takip eden sahabe uygulamaları ışığında tüm insanlar için çekişmekten ziyade sulh olmayı/helalleşmeyi, rekabet etmek yerine uyumlu olmayı ve işbirliği yapmayı merkeze koyan bir sistem oluşturmuştur. İslâm Hukuku'nu büyük ölçüde uygulayan Osmanlı hukukunda da, aile arabuluculuğu müessesesi 19. yüzyılın son çeyreğine kadar İslâm Hukuku'nun aslî ve tâlî kaynakları (Kur'ân-ı Kerim, Sünnet-i Seniyye, Sahabe Uygulamaları, icmâ ve kıyas hükümleri, örf ve âdet, amme maslahatı, istihsân, istishâb, eski toplumların değiştirilmeyen belirli kaideleri, hukukun genel ilkeleri)<sup>35</sup> doğrultusunda ve İslâm Hukukçuları tarafından ilm-i fıkhnın "münâkehât" isimli bölümünde<sup>36</sup> ele alınan konularçerçevesinde sulh temelli bir yaklaşımla varlık ve işlerlik kazanmıştır.<sup>37</sup>

Dünyada, modern anlamdaki aile arabuluculuğu kurumuna da atlık teşkil etmek üzere geleneksel arabuluculuk yönteminden modern arabuluculuğa dönüşümü başlatan ilk hukukî adımlar ise, 1899 ve 1907 yıllarında imzalanan Lahey Sözleşmeleri ile atılmıştır.<sup>38</sup> Tarafların uyumsuzluk çözüm sürecine mutlak anlamda egemen olduğu ve arabulucunun taraflara kendiçözümlerini üretmeleri için yardımda bulunduğu günümüz aile arabuluculuğu modeline en yakın yaygın uygulama ise<sup>39</sup> ilk hâliyle "Amerikan Yurttaşlık Kanunu" ile birlikte 1960'lardan

<sup>35</sup> Halil Cin ve Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: OSV Yayınları, 2011), 160ff; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk* (İstanbul: Arı Sanat Yayıncılık, 2012), 106ff.

<sup>36</sup> Nikâh ile ilgili bahisler anlamına gelen "münâkehât", fıkhnın dört ana kısmından birisini oluşturmakta ve evlenme, boşanma, nafaka gibi hususları konu almaktadır (Kelime anlamı için bkz. "Osmanlıca-Türkçe Sözlük," Luggat, erişim tarihi 5 Ekim, 2023, <https://www.luggat.com/M%C3%BCnakehat/1/1>).

<sup>37</sup> Yusuf Şen, "İslâm Hukukunda Arabuluculuk," *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 11, no. 22 (2012): 117ff.

<sup>38</sup> Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, 13.

<sup>39</sup> Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyumsuzluk Çözümü* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 632; bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Michael McManus ve Brianna Silverstein, "Brief History of

itibaren Amerika Birleşik Devletleri'nde toplumsal hayatta görülmeye başlanmıştır.<sup>40</sup> Dünyadaki farklı ülkelerden hukukçuların katılımıyla gerçekleştirilen, günümüzdeki anlamıyla "alternatif uyuşmazlık çözümü"<sup>41</sup> teriminin ilk kez kullanıldığı ve devlet yargılamasına önemli eleştirilerin getirildiği 1976 tarihli Roscoe Pound Konferansı, modern aile arabuluculuğu kurumu bağlamında önemli bir eşik olmuştur.<sup>42</sup> Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'ni ilgilendiren söz konusu teorik gelişmeleri müteâkiben aile arabuluculuğuna ilişkin ilk pratik uygulamalar, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1970'li yıllarından itibaren kurulan semt adalet merkezleri<sup>43</sup> ile hayata geçirilmiş olup 1980'li yıllardan itibaren özel sektörcü kuruluşları ve Amerikan Barolar Birliği desteği ile yaygınlaşarak bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak hukuk düzeni içindeki yerini güçlendirmiştir.<sup>44</sup>

Türkiye'nin de hukuk düzeni anlamında dâhil olduğu Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nde ise; genel olarak arabuluculuğun (özelde aile arabuluculuğunun) gelişimi büyük ölçüde Anglo-Sakson Hukuk Sistemi ülkelerinden Birleşik Krallık'ta 1995-1996 yıllarında Lord Woolf tarafından hazırlanan "Adalet Erişim Raporları" ile başlamıştır.<sup>45</sup> Belirtilen raporlar, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini ilk kez devlet yargılamasının negatif yönlerini iyileştirmenin bir aracı olarak kayıt altına alması yönüyle önemlidir.<sup>46</sup> Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nin iki önemli ülkesi olan Almanya ve Fransa'da ise arabuluculuk (aile arabuluculuğu)

---

Alternative Dispute Resolution in the United States," *Cadmus, Promoting Leadership in Thought That Leads to Action* 1, no. 3 (2011): 100ff.

<sup>40</sup> Yazıcı Tıktık, "Arabuluculukta Gizliliğin Korunması," 15; Muzaffer Ercan Yılmaz, "Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci," *Kamu Hukuku Araştırmaları Dergisi* 9, no. 2 (2006): 97.

<sup>41</sup> Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, 33.

<sup>42</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, 14ff.

<sup>43</sup> Kekeç Kısmet, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, 31; Yılmaz, "Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk," 97.

<sup>44</sup> Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, 34; Yılmaz, "Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk," 97; Pervin Yıldız, "Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler/Developments in Turkish Law Regarding Family Mediation," iç. *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (Ankara 6-7 Aralık 2018)*, ed. Ersin Erdoğan (Ankara: Pozitif Matbaacılık, 2019), 35.

<sup>45</sup> Söz konusu rapora ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Serdar Özbek, "Sosyal Devletin Gereği: Adalet Erişim," *MİHDER* 2, no. 4 (2006): 926ff.

<sup>46</sup> Kekeç Kısmet, *Temel Aşamalar ve Taktikler*, 31-32.

1990'lı yıllardan itibaren yasal zemine kavuşmuştur.<sup>47</sup> Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin söz konusu hukuk sistemindeki gelişimi bakımından Avrupa Komisyonutarafından 19 Nisan 2002 tarihinde hazırlanan “Yeşil Kitap (Green Paper)” kayda değer bir dönüm noktası olmuştur. Bununla birlikte, Avrupa Birliği tarafından 1998 yılından itibaren çeşitli tarihlerde kabul edilen kararlar ile (Aile Arabuluculuğu Hakkında Tavsiye Kararı, Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Tavsiye Kararı, Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi) aile arabuluculuğunun gelişimine yönelik hukukî altyapı kuvvetlendirilmiştir.<sup>48</sup>

#### **IV. MODERN HUKUK SİSTEMLERİNDE AİLE ARABULUCULUĞU UYGULAMASI**

Modern hukuk sistemlerinde aile arabuluculuğuna ilişkin çeşitli uygulamalar bulunmaktadır. Bu bölümde söz konusu uygulamalara, sırasıyla Anglo-Sakson Hukuku, Kara Avrupası Hukuku ve İslâm Hukuku çerçevesinde aile arabuluculuğu bakımından öne çıkan on beş farklı ülke hukuku kapsamında yer verilmiştir. Bu çerçevede; Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Kanada, Avustralya, Güney Afrika, Almanya, Fransa, Norveç, İtalya, Türkiye, Malezya, Fas, Katar, Pakistan ve Suudi Arabistan iç hukukundaki aile arabuluculuğuna ilişkin mevcut durum ana hatlarıyla ele alınmıştır. Söz konusu ülkeler belirlenirken, üç büyük hukuk sisteminin çeşitli yönleriyle ikiyeşerli olarak birlikte uygulandığı ABD, Malezya, Pakistan, İtalya ve İngiltere'nin yanı sıra, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin güçlü bir şekilde uygulandığı İskandinav toplumlarını temsilen Norveç, mevzuat düzenlemeleri anlamında Türkiye'yi önemli ölçüde etkileyen Kara Avrupası ülkeleri ve Türkiye özellikle tercih edilmiştir.

##### **A. Anglo-Sakson Hukuku'nda Aile Arabuluculuğu**

Modern anlamdaki aile arabuluculuğunun ilk örneklerini oluşturan Anglo-Sakson Hukuk Sistemi bir içtihat hukuku olarak ilerler ve aile arabuluculuğu

<sup>47</sup> Kekeç Kısmet, Temel Aşamalar ve Taktikler, 33.

<sup>48</sup> Yazıcı Tıktık, “Arabuluculukta Gizliliğin Korunması,” 16ff.

anlamında yaygın ve yerleşik uygulamalar ihtiva eder.<sup>49</sup> Bu bölümde, günümüzde ağırlıklı olarak Anglo-Sakson Hukuku'nu uygulayan ülkelerde aile arabuluculuğunun mevcut durumu ve işleyişi incelenmiştir.

## 1. Amerika Birleşik Devletleri'nde Aile Arabuluculuğu

Modern anlamda aile arabuluculuğuna dair ilk uygulamaların gerçekleştirildiği Amerika Birleşik Devletleri'nde, söz konusu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, farklı eyaletlerde çeşitli kanunlar ve kurumlar aracılığıyla etkin bir şekilde kullanılmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde uzlaştırma kurumuna ilişkin ilk örneklerle rastlanan California'da<sup>50</sup> geçerli olan "California Aile Kanunu"nda, özellikle velayet ve çocukla ilişki kurulması konulu ihtilafların çözümü çerçevesinde zorunlu aile arabuluculuğu olarak nitelendirilebilecek uygulamalar bulunmaktadır.<sup>51</sup>

Aile arabuluculuğunun belirli koşullarda zorunlu bir yol olarak benimsendiği Florida eyaletinde, Florida mahkemelerinde görev yapan yargıçlara, "Florida Kanunu"nda yer alan hükümlerden hareketle boşanma davaları ve çocukları ilgilendiren aile uyuşmazlıkları çerçevesinde taraflara arabuluculuk yoluna başvurmayı emretme yetkisi verilmiştir.<sup>52</sup>

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki bir diğer eyalet olan Massachusetts'te, aile arabuluculuğu, ihtilafın tarafları arasında asgarî düzeyde bir güvenin söz konusu olduğu uyuşmazlıklar bağlamında tercihli olarak başvurulabilen bir yol olarak

---

<sup>49</sup> Hikmet Bilgin, "Anglo Sakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk," *Hukuk Gündemi Dergisi* 8, no.1 (2009): 17.

<sup>50</sup> Debra Berman ve James Alfini, "Lawyer Colonization of Family Mediation: Consequences and Implications," *Marquette Law Review* 95, no. 887 (2012): 888-889.

<sup>51</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Larry A. Ginsberg vd., "Family Law in the United States: California: Overview," *Thomson Reuters Practical Law*, [https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/9-614-4465?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/9-614-4465?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).

<sup>52</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Jorge M. Cestero ve Thomas J. Sasser, "Family Law in the United States: Florida: Overview," *Thomson Reuters Practical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-615-5426?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-615-5426?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).



benimsenmişken<sup>53</sup>, Güney Carolina eyaletinde ise, aile mahkemelerinde görülmekte olan davalar bağlamında, esasa ilişkin duruşmadan önce taraflarca tüketilmesi gereken (ve tarafsız üçüncü kişilerin katılımıyla resmî olmayan bir prosedür şeklinde icra edilen) bir hukukî yol olarak düzenlenmiştir.<sup>54</sup>

Amerika Birleşik Devletleri'nde aile arabuluculuğu uygulamaları kapsamında öne çıkan diğer üç eyaletten birisi olan Teksas'ta, "Teksas Aile Kanunu" düzenlemeleri ile; aile uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında taraflar; işbirliğine dayalı hukuk, tahkim, resmî olmayan uzlaşma toplantısı ve arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kullanmaya teşvik edilmektedir.<sup>55</sup> "Virginia Kanunu" kapsamında aile uyuşmazlıklarının çözümünde ihtiyarî olarak yararlanılabilecek bir çözüm yolu olarak yasalaştırılan aile arabuluculuğu<sup>56</sup>, Minnesota eyaletinde ise, aile içi şiddet ve istismar iddiası içeren uyuşmazlıklar hâricindeki tüm aile uyuşmazlıkları için zorunlu bir yöntem olarak yapılandırılmıştır. Minnesota'da, yargı bölgelerin büyük bir kısmında - boşanma davaları için- ilk vaka yönetimi toplantısı, erken tarafsız değerlendirme ve arabuluculuk faaliyetlerinden müteşekkil bir erken vaka yönetimi modeli uygulanmaktadır.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gerald L. Nissenbaum ve Hickey O. Wendy, "Family Law in the United States: Massachusetts: Overview," *Thomson Reuters Pratical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-611-0925?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-611-0925?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).

<sup>54</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. J. Benjamin Stevens, "Family Law in the United States: South Carolina: Overview," *Thomson Reuters Pratical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-011-1671?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-011-1671?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).

<sup>55</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. John A. Sebert, "Uniform Collaborative Law Act," *Hofstra Law Review* 38, no. 2 (2009): 425.

<sup>56</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Katharine W. Maddox ve Julie C. Gerock, "Family Law in the United States: Virginia: Overview," *Thomson Reuters Pratical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-569-6045?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-569-6045?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).

<sup>57</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nancy Zalusky Berg ve Ruta Johnsen, "Family law in the United States: Minnesota: Overview," *Thomson Reuters Pratical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-613-2225?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-613-2225?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).

## 2. İngiltere’de Aile Arabuluculuğu

Anglo-Sakson Hukuku Sistemi’nin ABD ile birlikte en güçlü oluşturucusu ve uygulayıcısı olan İngiltere’de arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin devlet yargısını yavaşlatacağına dair yerleşik (katı) bakış açısından ötürü ABD’ye kıyasla daha yavaş bir seyirle gelişim göstermiştir.<sup>58</sup>

İngiltere’de, Lord Harry Woolf tarafından yürütülen “Adalet Erişim Çalışmaları” ile hatırı sayılır bir ilerleme gösteren arabuluculuk, günümüzde birçok veçhesiyle (uyuşmazlığı alternatif çözümlerini kullanarak çözmek, açılmış bir davayı sülh ile sona erdirmek, dava açmamak vb.) teşvik edilmektedir.<sup>59</sup> Öte yandan, İngiltere’de 1974 yılında Morris Finer ve ekibi tarafından hazırlanan ve tek ebeveynli aileleri etkileyen sorunların tamamını (barınma, istihdam, eğitim, kişisel ve sosyal haklar vb.) birçok açıdan ayrıntılı olarak irdeleyen “Tek Ebeveynli Aileler Raporu (Finer Raporu)” isimli çalışma, merkezi hükümete sunduğu tavsiyeler ve yol haritası çerçevesinde, özelde İngiltere’de, genelde ise Birleşik Krallık ülkelerinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gelişim sürecine katkı sağlamıştır.<sup>60</sup>

Arabuluculuk müessesesinin hukukî yapısını güçlendiren en önemli düzenlemenin 1999 yılında yürürlüğe giren “İngiliz Hukuk Usulü Kuralları” olduğu İngiltere’de, mahkemelerin tarafları arabuluculuğa (uyuşmazlığın niteliğine göre aile arabuluculuğuna) yönlendirmek gibi bir görevi bulunmaktadır.<sup>61</sup> Bu bağlamda önemle ifade etmek gerekir ki, İngiltere Hukuku’nda özellikle yargılama masrafları bağlamında tarafların arabuluculuk sürecinde ortaya koydukları yaklaşım ve irade belirleyici olmaktadır.<sup>62</sup> Söz konusu hukuk düzeninde, mahkemenin tavsiyesine ve teşvikine rağmen arabuluculuk

<sup>58</sup> Muammer Erol, “Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması,” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: Sabahattin Zaim Üniversitesi, 2018), 31.

<sup>59</sup> Özümucu, Zorunlu Arabuluculuk, 816.

<sup>60</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. UK Parliament, *One-Parent Families (Finer Report)*, <https://api.parliament.uk/historic-hansard/written-answers/1974/jul/02/one-parent-families-finer-report>.

<sup>61</sup> Erol, “Türk Hukukunda Arabuluculuk,” 31.

<sup>62</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 366; Özümucu, Zorunlu Arabuluculuk, 816.

sürecine gitmeyi tercih etmeyen tarafın -haklı çıksa dahi- yargılamaya ilişkin masrafları yüklenmesine dair kararlar ve uygulamalar bulunmaktadır.<sup>63</sup>

İngiltere'de, günümüzde aile hukuku da dâhil olmak üzere medenî hukuka ilişkin uyuşmazlıkların yaklaşık %90'ı mahkeme içi ve mahkeme dışı arabuluculuk uygulamaları ile çözüme kavuşturulmaktadır.<sup>64</sup> Bir içtihat hukuku olan İngiltere'de, arabuluculuk faaliyetinin icra sürecine ilişkin müstakil bir yasa düzenlemesi bulunmamaktadır.

Aynı hukuk sisteminde yer alan ABD'dekine benzer bir şekilde, arabulucu (ve aile arabulucusu) olabilme için hukukçu olma şartının bulunmadığı İngiltere'de, özellikle mahkeme kararları ile zorunlu arabuluculuk süreci güçlü bir şekilde işletilmektedir.<sup>65</sup>

Aile uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin 1976 yılından bu yana kullanılmakta olduğu İngiltere'de aile arabuluculuğu, "Birleşik Krallık Aile Usul Kuralları" isimli düzenlemenin yanı sıra "Birleşik Krallık Çocuklar ve Aileler Kanunu"nda hukukî olarak düzenlenmiştir. İngiltere'de; Arabulucular Koleji, Aile Hukukunda İlk Çözüm ve Hukuk Topluluğu, Aile Arabulucuları Derneği ve Ulusal Aile Arabuluculuğu Kurumu isimli paydaşların bir araya gelmesi sonucu oluşturulmuş olan "Aile Arabuluculuğu Konseyi", aile arabuluculuğu bakımından önemli bir fonksiyon icra etmektedir.<sup>66</sup>

İngiltere Hukuku kapsamında Aile Arabuluculuğu Konseyi tarafından hazırlanan "Aile Arabulucularına Yönelik Uygulama Kuralları" isimli düzenlemede, İngiltere'deki (Birleşik Krallık'taki) aile arabulucularının yararlanmaları için; aile arabuluculuğunun amacı, temel prensipleri, kapsam alanı ve uygulama prosedürleri/prosesleri ayrıntılı bir şekilde ortaya koyulmuştur.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Özmemcu, Zorunlu Arabuluculuk, 816.

<sup>64</sup> Orhan Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 40.

<sup>65</sup> Dür, Arabuluculuk Faaliyeti, 177.

<sup>66</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Family Mediation Council, *Code of Practice and Guidance*, <https://www.familymediationcouncil.org.uk/us/code-practice/>.

<sup>67</sup> Parkinson, Aile Arabuluculuğu, 286ff.

İngiltere Hukuku'nda aile uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında aile içi şiddet ve istismar vakasının/iddiasının söz konusu olduğu ihtilaflar müstesna olmak üzere zorunlu arabuluculuk modeli uygulanmaktadır.

İngiltere'de aile arabuluculuğu uygulaması ile çeşitli yönlerden benzerlik gösteren bir model olarak uygulanmakta olan ve uygulamada "uzlaştırma (conciliation)" olarak nitelendirilen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi de bulunmaktadır. Modern hukuk sistemindeki değerlendirici arabuluculuk (ve hatta bazı açılardan arabulucu-hakemlik) yöntemine yakınsayan söz konusu çözüm yolunda, tarafsız üçüncü kişi, ihtilafın çözüm sürecinde arabulucuya kıyasla daha büyük bir yetki ile donatılmıştır.<sup>68</sup>

### 3. Kanada'da Aile Arabuluculuğu

Kanada'da ilk örneklerine Ottawa eyaletinde boşanma arabuluculuğu şeklinde rastlananaile arabuluculuğu, "Kanada Boşanma Kanunu" çerçevesinde uzlaştırma ve danışmanlık adı verilen özelleştirilmiş yöntemlerle işlerlik kazanan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.<sup>69</sup>

Kanada Hukuku'nda mahkeme bağlantılı aile arabuluculuğunun en kapsamlı şekilde uygulandığı eyalet olan (ve Aile Arabuluculuğu Derneği isimli kuruluş aracılığıyla aile arabulucularına rehberlik edilen) Ontario'da<sup>70</sup>, aile uyuşmazlığının taraflarına gönüllü ve yerinde arabuluculuk hizmeti sunulmaktadır. Söz konusu eyalette yürürlükte olan "Ontario Çocuk Hakkında Hukuk Reformu Kanunu" isimli düzenleme ile özellikle velayet ve çocuklailetişim kurulması konulu uyuşmazlıklar bağlamında aile arabuluculuğu yoğun olarak tercih edilen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Family Mediation&Counselling Services, *Is There a Difference Between Mediation and Conciliation*, <https://fmacs.org.uk/is-there-a-difference-between-mediation-and-conciliation/>.

<sup>69</sup> Michael Saini, Rachel Birnbaum ve Nicholas Bala, "Access to Justice in Ontario's Family Courts: The Parents' Perspective," *Windsor Review of Legal and Social Issues*, no. 37 (2016): 3.

<sup>70</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. "Family Mediation," Ontario Association for Family Mediation, erişim tarihi Eylül 9, 2023, <https://www.oafm.on.ca/>.

<sup>71</sup> Bu konuda ayrıca bkz. Lene Madsen, "Family Mediation Policy in Practice: A Review of Ontario's New Family Mediation Initiative I-II," *Canadian Family Law Quarterly* 32, no. 193/235 (2013): 2ff.

Kanada'da, aile arabuluculuğunun aile uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında sıklıkla tercih edildiği bir diğer eyalet olan British Columbia'da ise, söz konusu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, "British Columbia Aile Hukuku Kanunu" ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan tüzük ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.<sup>72</sup> British Columbia'da, aile uyuşmazlığının taraflarını arabuluculuğa hazırlık sürecinde ve hukukî bir anlaşma yapılmasından önce bağımsız tavsiye almaya teşvik eden bir sistem bulunmaktadır.

#### 4. Avustralya'da Aile Arabuluculuğu

Avustralya'da aile arabuluculuğu, "Avustralya Aile Hukuku Kanunu"nda "aile uyuşmazlık çözümü" şeklinde nitelendirilmiş olup, söz konusu yöntem; uyuşmazlık yaşayan kişilerin özellikle ayrılık ve/veya boşanmanın olumsuz sonuçlarından daha az etkilenmelerini sağlamak üzere işlerlik kazandırılmıştır.<sup>73</sup>

Avustralya'da ilk kez Melbourne Aile Mahkemesi'nde pilot olarak uygulanan aile arabuluculuğu yöntemi, günümüzde müşterek çocukların söz konusu olduğu uyuşmazlıklar ve eşler arasındaki mâlî konulu ihtilaflar bakımından gönüllülük esasına göre başvuru alan bir aile mahkemesi arabuluculuğu hizmeti<sup>74</sup> bulunmaktadır ve bu hizmet aile kurumunu ilgilendiren uyuşmazlıklar bağlamında sıklıkla tercih edilmektedir.<sup>75</sup>

Aile arabulucularını ilgilendiren hususların müstakil bir mevzuat düzenlemesi ile hukukî zemine kavuşturulmuş olduğu, aile uyuşmazlıkları çerçevesinde taraflarca başvurulabilecek alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin "Avustralya Aile Hukuku Kuralları" ve "Avustralya Aile Hukuku Tüzüğü" isimli düzenlemelerde ayrıntılı olarak belirlendiği, aile ilişkileri merkezi ve adli yardım komisyonu gibi oluşumlarla aile arabuluculuğunun devlet

---

<sup>72</sup> Bethany Knox, "A Consideration of a Mandatory Family Mediation Model under Section 9 of the British Columbia Family Law Act," Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (British Columbia: University of Victoria, 2014), 20.

<sup>73</sup> R. M. Field ve A. Lynch. "Hearing Parties' Voices in Coordinated Family Dispute Resolution (CFDR): An Australian Pilot of a Family Mediation Model Designed for Matters Involving a History of Domestic Violence," *Journal of Social Welfare & Family Law* 36, no. 4 (2014): 393.

<sup>74</sup> Madelene De Jong, "Divorce Mediation in Australia-Valuable Lessons for Family Law Reform in South Africa," *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 40, no. 2 (2007): 285.

<sup>75</sup> Field ve Lynch, "Family Dispute Resolution," 392.

tarafından pratikte de desteklendiği Avustralya iç hukukunda, aile içi şiddet ve istismar iddiasını içeren uyuşmazlıklar için zorunlu aile arabuluculuğu uygulaması söz konusu değildir.<sup>76</sup>

## 5. Güney Afrika'da Aile Arabuluculuğu

Güney Afrika'da, "Güney Afrika Belirli Boşanmalarda Arabuluculuk Kanunu" ile "Güney Afrika Çocuk Kanunu" isimli düzenlemelerden hareketle aile uyuşmazlıklarının taraflarını dosyaya bakan hâkimlerce arabuluculuğa teşvik eden bir uyuşmazlık çözüm sistemi bulunmaktadır.<sup>77</sup>

Evlilik birliğini ilgilendiren uyuşmazlıklar kapsamında tahkim yoluna gidilmesinin yasak olduğu, aile uyuşmazlıkları çerçevesinde kural olarak ihtiyarî arabuluculuğa işlerlik kazandırılmış olan Güney Afrika iç hukukunda, aile uyuşmazlıkları bağlamında müvekkillerini arabuluculuğa yönlendirme görevine yerine getirmeyen avukatlara, yargılama giderleri anlamında belirli külfetler yükleyen düzenlemeler vardır.<sup>78</sup>

## B. Kara Avrupası Hukuku'nda Aile Arabuluculuğu

Roma hukukunun etkisiyle oluşan<sup>79</sup> ve modern hukuk anlamında günümüz dünyasındaki en yaygın hukuk sistemi olan Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nde, aile arabuluculuğu, özellikle 1990'lı yıllardan itibaren Avrupa Konseyi tarafından yürütülen çalışmalar ile önemli ölçüde gelişme göstermiş olup ilgili hukuk sistemine dâhil ülkelerde; adalete erişimi kolaylaştırmak, devlet yargısı üzerindeki yükü hafifletmek, aile kurumunu korumak ve kişiler arasındaki ihtilafları dostâne ve kalıcı yöntemlerle çözüme kavuşturmak gibi gayeler ile dikkate değer bir şekilde tercih edilmektedir.<sup>80</sup> Bu bölümde, günümüzde ağırlıklı olarak Kara

<sup>76</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. "Family Relationships Online," An Australian Government Initiative, erişim tarihi Ekim 9, 2023, <https://www.familyrelationships.gov.au>.

<sup>77</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Amanda Catto, "Family Law in South Africa," *Thomson Reuters Practical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-566-4825?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-566-4825?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).

<sup>78</sup> Catto, "Family Law."

<sup>79</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Bursa: Ekin Yayınları, 2013), 132ff.

<sup>80</sup> Yıldız, "Aile Arabuluculuğu," 33.

Avrupalı Hukuku'nu uygulayan ülkelerde aile arabuluculuğunun mevcut durumu ve işleyişi incelenmiştir.

## 1. Almanya'da Aile Arabuluculuğu

Almanya Hukuku'nda modern arabuluculuk uygulamasının geçmişi, 2000 yılında "Alman Medeni Usul Kanunu'nun Yürürlüğü Hakkındaki Kanun (EGZPO)" m.15 ile getirilen dava şartı arabuluculuk düzenlemesinin de tahkim edici etkisiyle 1950 yılından itibaren varlığını sürdüren "Alman Medeni Kanunu (ZPO)" m.279 (zorunlu sülh) düzenlemesine kadar gitmektedir.<sup>81</sup> Öte yandan, Almanya iç hukukunda, aile arabuluculuğu bağlamında yapılan ilk çalışmalar, 1982 yılında başlamış olup, bu kapsamda alternatif aile uyuşmazlıkları kuralları gibi çeşitli düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.<sup>82</sup> Bu çerçevede önemle ifade etmek gerekir ki, Almanya'da aile uyuşmazlıkları konusunda arabuluculuk yönteminin kullanılmasına ilişkin ilk müstakil düzenleme 2009 yılında yürürlüğe giren "Aile Uyuşmazlıkları ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Kanun" isimli yasadır.<sup>83</sup>

Bununla birlikte, AB düzenlemelerinin de tesiriyle (2008/52/EC sayılı Direktif sonrasında)<sup>84</sup> yapılan ve Almanya'da arabuluculuğun etkin bir şekilde uygulanması çerçevesinde eşik olarak kabul edilen yasal düzenleme, 2012 yılında yürürlüğe girmiş olan "Alman Arabuluculuk Kanunu (Mediationsgesetz)" dur.<sup>85</sup> Arabuluculuğun tanımı, arabuluculara ilişkin hususlar, arabuluculuğun ilkeleri, arabuluculukta müzakere usûlleri ve esasları gibi birçok konuyu ayrıntılı olarak düzenleyen söz konusu kanun, arabuluculuğa elverişlilik bakımından herhangi bir sınırlama öngörmemiştir.<sup>86</sup>

---

<sup>81</sup> Erol, "Türk Hukukunda Arabuluculuk," 36.

<sup>82</sup> İsmet Mazlum, "Alman Hukuku'nda Aile Arabuluculuğu," ÇÜHFD 5, no. 2 (2020): 2369.

<sup>83</sup> Mazlum, "Aile Arabuluculuğu," 2371.

<sup>84</sup> Merve Uysal, "Alman ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Tanımı, Türleri ve Zorunlu Arabuluculuk," *MİHDER* 15, no. 44 (2019): 888.

<sup>85</sup> Bu konuda bkz. İbrahim Özbay ve Damla Özden Çelt, "Alman Arabuluculuk Kanunu (Mediationsgesetz; Mediation Act)," *EBYÜHFD* 22, no. 1-2 (2018): 147ff.

<sup>86</sup> Özlem Bora, "Arabuluculuk Sözleşmesi," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara: Atılım Üniversitesi, 2019), 35; Erol, "Türk Hukukunda Arabuluculuk," 36; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti, 150.

“Alman Medeni Usul Kanunu’nun Yürürlüğü Hakkındaki Kanun”un 15. maddesine göre, Almanya’da; özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar bakımından zorunlu arabuluculuk konusunda eyalet meclisleri yetkilendirilmiş olup<sup>87</sup>, aynı madde düzenlemesi gereğince; komşuluk hukukunu ilgilendiren ihtilaflar, parasal değeri 750 Euro’yu aşmayan uyuşmazlıklar, küçük düşürücü ve/veya onur kırıcı davranışlardan kaynaklanan (kişilik hakkı ihlâli içeren) tazminat davaları, sülh hukuk mahkemesinin görev alanı kapsamına giren uyuşmazlıklar, arabuluculuğun (ya da diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisinin) kullanılması zorunludur.<sup>88</sup>

Almanya’da aile arabuluculuğu uygulamasına dair usûllerin ve esasların belirlenmesi bağlamında, 1992 yılında kurulan “Almanya Aile Arabuluculuğu Federal Çalışma Topluluğu” belirleyici bir rol oynamaktadır. Söz konusu topluluk tarafından tayin edilen genel çerçeveye göre; Almanya iç hukukunda, taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek olan hukukî ve psikolojik temelli sorunların çözümünde aile arabuluculuğu yönteminin kullanılması mümkündür.<sup>89</sup> Aile arabuluculuğunun özellikle boşanmayı ilgilendiren ihtilafların (aile konutunun ve aileye ait eşyaların kime verileceği, belirli aile yakınlarının çocukla nasıl ilişki kurulacağı, ailenin mal varlığının nasıl taksim edileceği vb.) çözümünde kullanıldığı Almanya’da, eşlerin boşanması, evliliğin geçerliliğinin/geçersizliğinin tespiti ve evliliğin geçersiz kılınması gibi konular arabuluculuğa elverişli değildir.<sup>90</sup> Diğer bir ifadeyle; arabuluculuk kurumunun mahkeme içi ve mahkeme dışı iki model üzerinden ve kural olarak gönüllülük ilkesi çerçevesinde (eş arabuluculuk yönteminden de yararlanılmak sûretiyle) yürütüldüğü Almanya’da, şiddet iddiası içeren ihtilaflar müstesna olmak üzere, aile uyuşmazlıkları, aile arabuluculuğu açısından elverişli uyuşmazlıklar olarak kabul edilmektedir.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> Erol, “Türk Hukukunda Arabuluculuk,” 37.

<sup>88</sup> F. Yıldırım, Ombudsmanlık, 59; Bora, “Arabuluculuk Sözleşmesi,” 35; Erol, “Türk Hukukunda Arabuluculuk,” 38; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti, 160; Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, 48.

<sup>89</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. “Familien-Mediation,” Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation, erişim tarihi Kasım 14, 2023, <https://www.bafm-mediation.de>.

<sup>90</sup> Mazlum, “Aile Arabuluculuğu,” 2371.

<sup>91</sup> Abdülkadir Kutluk, *Almanya’da Mahkeme İçi Arabuluculuk-Yurtdışı Ziyaret Raporu* (Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Yayınları, 2017), 9ff.



Almanya’da arabulucu (aile arabulucusu) olabilmek için hukukçu olma koşulu aranmamakla birlikte, normal arabulucular ve sertifikalı arabulucular için “Alman Arabuluculuk Kanunu” ile birtakım düzenlemeler getirilmiştir.<sup>92</sup>

Aile mahkemelerinde görevli hâkimlere uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuk konulu bilgilendirme toplantılarına katılmaya yönelik emir verebilme ve bu çerçevede davayı erteleme yetkisi veren Almanya iç hukukunda<sup>93</sup>, aile arabuluculuğu mesleğinin kurumsal niteliğinin güçlendirilmesi amacıyla kurulmuş olan “Aile Arabulucuları Ulusal Birliği” tarafından aile arabulucuları için belirlenmiş standartlar bulunmaktadır.<sup>94</sup>

## 2. Fransa’da Aile Arabuluculuğu

Aile arabuluculuğunun Kanada’nın Quebec bölgesindeki uygulamaların da etkisiyle ilk kez 1980’li yıllarda gündeme geldiği Fransa’da<sup>95</sup>, söz konusu uyuşmazlık çözüm yönteminin yasal altyapısının oluşturulmasına yönelik ilk düzenlemeler, “Fransız Medeni Kanunu”na 2000’li yıllarda eklenmeye başlayan hükümler çerçevesinde yapılmıştır.<sup>96</sup>

Fransa iç hukukunda, -belirli istisnalarla- aile uyuşmazlıkları bağlamında dava yoluna gidilmesinden önce aile arabuluculuğu yoluna başvurmak zorunludur. Söz konusu zorunluluğun yerine getirilmediği hâllerde, taraflar için herhangi bir yaptırım uygulanmamakla birlikte, aile arabuluculuğu yöntemini atlayarak dava açmak, devlet yargılaması sürecinde tarafların durumunun değerlendirilmesini belirli ölçülerde olumsuz etkilemektedir.<sup>97</sup>

Aile arabulucusu olabilmek için hukuk mezunu olma şartının aranmadığı (600 saatlik bir eğitim sonucunda devlet diploması almış kişilerin aile arabulucusu

---

<sup>92</sup> Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti*, 153; Erol, “Türk Hukukunda Arabuluculuk,” 39.

<sup>93</sup> Parkinson, *Family Mediation*, 261; Thomas Trenczek ve Serge Loode, “Mediation ‘Made in Germany’-A Quality Product,” *Australasian Dispute Resolution Journal* (ADRJ) 23, no. 61 (2012): 67.

<sup>94</sup> Parkinson, *Family Mediation*, 261.

<sup>95</sup> Özcan, “Aile Arabuluculuğu,” 385.

<sup>96</sup> Özcan, “Aile Arabuluculuğu,” 387.

<sup>97</sup> Özcan, “Aile Arabuluculuğu,” 390.

olabildiği) Fransa’da<sup>98</sup>, aile arabuluculuğuna gönüllülük, eşitlik ve gizlilik ilkeleri çerçevesinde yaygın bir şekilde işlerlik kazandırılmıştır.

### 3. Norveç’te Aile Arabuluculuğu

Norveç iç hukukunda aile arabuluculuğu, “Norveç Evlilik Kanunu” ve “Norveç Çocuk Kanunu” isimli yasal düzenlemeler çerçevesinde<sup>99</sup>, müşterek çocukları ilgilendiren uyuşmazlıklar bağlamında zorunluluk esasıyla, eşler arasındaki diğer ihtilaflar açısından ise ihtiyarî olarak uygulanmakta olan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Norveç iç hukukunda, uyuşmazlık yaşayan tarafların avukatlarına; özellikle anne-baba (ebeveyn) sorumluluğu, milletler arası yer değiştirme, velayet ve çocukla ilişki kurulması gibi konuları ilgilendiren ihtilaflar bağlamında müvekkillerini arabuluculuk yöntemi konusunda bilgilendirme ve aydınlatma görevi yüklenmiştir.

### 4. İtalya’da Aile Arabuluculuğu

İtalya iç hukukunda modern anlamda aile arabuluculuğuna dair ilk uygulamalara “İtalyan Medeni Usul Kanunu” doğrultusunda 1990’lı yıllardan bugüne devam edilmektedir. İtalya’da, kamu kesimi ve özel sektör iş birliğinde yürütülen ve yasalarca belirlenmiş birçok özel şartı haiz tarafsız üçüncü kişilerin katılımıyla icra edilen aile arabuluculuğu; gönüllü aile arabuluculuğu, zorunlu aile arabuluculuğu ve yargısal aile arabuluculuğu olmak üzere üç farklı şekilde işlerlik kazanmıştır.<sup>100</sup>

“İtalyan Medeni Kanunu”nda yer alan düzenleme doğrultusunda, İtalya’da aile uyuşmazlıklarına bakan hâkimlerin yargılamanın başında tarafları aile arabuluculuğuna yönlendirme ve bu yönlendirmenin karşılık bulması hâlinde ise

---

<sup>98</sup> Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 257.

<sup>99</sup> Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti*, 211ff.

<sup>100</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 263.

tarafra aralarındaki ihtilafı barışçıl yollarla çözmeye konusunda yardımcı olma yetkisi verilmiştir.<sup>101</sup>

İtalya’da aile uyuşmazlıklarına bakmakla görevli hâkimlerin, “İtalyan Medeni Usul Kanunu”nda yer alan hükme istinaden, boşanma ve ayrılık konulu ihtilaflar çerçevesinde davanın esasına geçilmeden önce uyuşmazlığın tarafları ile özel görüşme yetkisi bulunmaktadır.<sup>102</sup>

## 5. Türkiye’de Aile Arabuluculuğu

Türk Özel Hukuku’nda aile arabuluculuğu da dâhil olmak üzere arabuluculuk müessesesi, genel olarak 6325 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmiş olup, aile uyuşmazlıklarının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri aracılığıyla çözüme kavuşturulabileceği alan nispeten sınırlıdır.<sup>103</sup> Mahkeme içi arabuluculuk uygulamalarını içermeyen ve arabuluculuğa elverişlilik anlamında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf<sup>104</sup> edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan uyuşmazlıklara atıf yapan HUAK, Türk Özel Hukuku’nda devletin müdahalesinin en yoğun olduğu hukuk alanı olan aile hukuku bağlamında arabuluculuktan istenen düzeyde yararlanılması imkânını azaltmıştır. Aile kurumunun anayasal düzeyde koruma altına alınmış olduğu Türk Aile Hukuku, büyük ölçüde emredici hukuk kuralları çerçevesinde işlerlik kazanmaktadır.<sup>105</sup>

HUAK’ın -arabuluculuğun elverişli olduğu kapsam alanını düzenleyen- 1. maddesi, HUAK Yönetmeliği’nin 18. ve 22. maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde; Türk Özel Hukuku’nda aile içi şiddetin söz konusu olmadığı uyuşmazlıklar bağlamında ihtiyarî olarak aile arabuluculuğu yoluna gidilmesinin

---

<sup>101</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Andrea Russo ve Benedetta Rossi, “Family Law in Italy,” *Thomson Reuters Practical Law*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-564-8565?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-564-8565?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).

<sup>102</sup> Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti*, 188.

<sup>103</sup> Alper Uyumaz ve Kemal Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları,” *DEÜHFD* 17, no. 1 (2015): 137; Dağlıoğlu, “Aile Hukuku,” 560; Tanrıver, *Arabuluculuğa Sosyolojik Bakış*, 173.

<sup>104</sup> Türk Medeni Muhâkeme Hukuku’na hâkim ilkelerden olan tasarruf ilkesi, HMK’nin 24. maddesinde; “hâkimin, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyememesi ve karara bağlayamaması” şeklinde tanımlanmış olup, söz konusu ilkeye göre hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya ve/veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.

<sup>105</sup> Demircioğlu, *Aile Hukuku*, 53-54.

mümkün olduğu ifade edilebilir.<sup>106</sup> Bununla birlikte, aile uyuşmazlıkları bağlamında daha ziyade mâlî uyuşmazlıkların (maddî-manevî tazminat, yoksulluk nafakası, mal rejimin tasfiyesi vb.) arabuluculuk için elverişli olduğu görülmektedir.<sup>107</sup> Hukukî sonucun doğumu için mahkeme kararı gerektiren aile uyuşmazlıkları (boşanma, evliliğin butlanı, tedbir nafakası, soybağı, velayet vb.) ise katı bir şekilde kamu düzeni içinde olduklarından arabuluculuk için elverişli değildir.<sup>108</sup> Öte yandan, evlilik birliği içinde yaşanan uyuşmazlıklar da (çocukların bakımı, gözetimi ve eğitimi, sadakat yükümlülüğünün ihlâli vb.) Türk Aile Hukuku'ndaki mer'î mevzuata göre arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklardandır.<sup>109</sup>

Bununla birlikte, doktrindeki birtakım görüşlerden ve yaygın uygulama deneyimlerinden de hareketle; taraflar arasında yüksek düzeyde gerilimin olduğu ihtilaflar, tarafların tıbbî tedaviye ihtiyaçları olduğunun anlaşıldığı uyuşmazlıklar, karmaşık finansal konuları içeren uyuşmazlıklar, taraflarda görme, duyma ve konuşma yönünden birtakım duyuşsal engellerin olduğu uyuşmazlıklar ve tarafların arabuluculuğu süreç uzatmak ve vakit kazanmak için bir araç olarak kullandığının tespit edildiği uyuşmazlıklar, aile arabuluculuğu açısından elverişli olarak değerlendirilmemektedir.<sup>110</sup>

Aile arabuluculuğuna ilişkin ilk yasal temellerin 2003 yılında yürürlüğe giren 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7. maddesinde yer alan "*Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sülh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder.*"

<sup>106</sup> Karagözoğlu, "Aile Uyuşmazlıkları," 85.

<sup>107</sup> Dağlıoğlu, "Aile Hukuku," 568-569; Uyumaz ve Erdoğan, "Alternatif Çözüm Yolları," 143, 153; Şükran Şıpka, "Türkiye'de Aile Arabuluculuğu Çalışmaları," iç. *İzmir Medeni Hukuk Günleri II- Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri*, 2018, 56ff.

<sup>108</sup> Uyumaz ve Erdoğan, "Alternatif Çözüm Yolları," 147; Dağlıoğlu, "Aile Hukuku," 568; Ebru Ceylan, "Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk," *Legal Hukuk Dergisi* 16, no. 190 (2018): 4573-4574; Beyhan Kaplan-Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk* (İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014), 114.

<sup>109</sup> Uyumaz ve Erdoğan, "Alternatif Çözüm Yolları," 158; Kaplan Güler, *Arabuluculuk*, 194.

<sup>110</sup> Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 62.

hükmü ile atılmış olduğu Türk Aile Hukuku'nda<sup>111</sup>, hâkime davanın esasına girmeden önce tarafları sülhe teşvik etme vazifesi yüklenmiştir. Bununla birlikte, söz konusu hukukî müesseseye uygulamada istenen düzeyde işleyiş kazandırılmamıştır.<sup>112</sup>

Diğer bütün hukuk uyuşmazlıklarından farklı olarak, taraflar arasındaki ilişkinin devamının gerekli olduğu aile uyuşmazlıkları bağlamında dostâne çözümlere olan gerçek ihtiyaç, Türk Özel Hukuku'nda aile arabuluculuğunun hukuk düzeni içindeki önemini ve değerini her geçen gün arttırmaktadır. Öte yandan, aile uyuşmazlıklarının arabuluculukta çözülmesi anlamında yetersiz kalan HUAK'ın farklı hukuk sistemlerindeki iyi uygulama örnekleri çerçevesinde özellikle elverişlilik bağlamında yeniden gözden geçirilmesi ve arabuluculuk açısından emredicilik içeren ancak evrensel hukuk ilkeleri ile aile arabuluculuğunun ayırt edici yönlerini de bütünüyle dikkate alan geniş perspektifli bir yaklaşımla yeniden yapılandırılması gerekmektedir.<sup>113</sup>

Türkiye'de, aile müessesesini ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümü çerçevesinde, aile arabuluculuğunu bir ihtisas arabuluculuğu olarak yapılandırmaya yönelik çalışmaların hâlihazırda devam ettiği ifade edilebilir. Bu kapsamda, Türkiye'deki ve Dünyadaki çok sayıda paydaşın (hukukçular, psikologlar, sivil toplum kuruluşu üyeleri, kamu kesimi ve özel sektör temsilcileri vb.) katılımıyla aile arabuluculuğu temalı çalıştaylar gerçekleştirilmiştir. Söz konusu çalıştayları müteâkiben "Aile Arabuluculuğu" ve "Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk" isimli iki önemli eser, arabuluculara ve uyuşmazlığın taraflarına rehberlik/kaynaklık etmek üzere T.C. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmıştır.

Türk Özel Hukuku'nda aile arabuluculuğu, -mevcut koşullarda- sicile kayıtlı arabulucular ve aile arabuluculuğu merkezleri tarafından "uyuşmazlık çözüm sürecinde taraflar arası iletişimi güçlendirmek ve onlara aralarındaki sorunlar bağlamında kendi çözümlerini üretmek konusunda yardımcı olmak" esasıyla

---

<sup>111</sup> Demircioğlu, *Aile Hukuku*, 54-55.

<sup>112</sup> Şimşek, "Aile Hukuku," 64; Karagözoğlu, "Aile Uyuşmazlıkları," 74.

<sup>113</sup> Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 5; Şimşek, "Aile Hukuku," 67ff.; Parkinson, *Family Mediation*, 23.

yürütülen kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli üzerinden işlerlik kazanmaktadır.<sup>114</sup> Bununla birlikte, özellikle arabuluculuk merkezleri vasıtasıyla yürütülen arabuluculuk faaliyetleri çerçevesinde; “değerlendirici arabuluculuk”, “dönüştürücü arabuluculuk” ve “yapılandırıcı arabuluculuk” modellerinden yararlanıldığı da bilinmektedir.

### C. İslâm Hukuku’nda Aile Arabuluculuğu

İslâm dini; insanlar arasında barışı tesis ederek içtimaî düzeni iyileştirmeyi ve sürdürülebilir kılmayı gaye edinen bir değerler bütünüdür. Kaynağını İslâm dininden alan İslâm Hukuku da söz konusu amaç doğrultusunda, insanlar arasındaki sorunları adalet temelinde sonlandırmayı hedefleyen barış odaklı bir ilkeler/kurallar bütünü olarak varlık kazanmıştır. Bu sebeptendir ki, aile arabuluculuğu ve benzeri alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, İslâm Hukuku’nun hâkim olduğu birçok ülkede ve toplumda geniş bir uygulama alanı bulmuştur. İslâm Hukuku Sistemi’ne dâhil olan ve günümüzde aile arabuluculuğunun uygulanmakta olduğu bazı ülkelere ilişkin güncel duruma aşağıda yer verilmiştir.

#### 1. Malezya’da Aile Arabuluculuğu

Malezya iç hukukunda aile arabuluculuğu, 1993 yürürlük tarihli “İslâm Hukuku Uygulama Kanunu” çerçevesinde boşanmanın gerçekleşmesinden önce ve sonra olmak üzere iki farklı süreçte işlerlik kazanmaktadır. Malezya, sulh temelli aile arabuluculuğunun -özellikle boşanmanın kesinleşmiş olduğu durumlarda-boşanmanın mâlî ve hukukî neticeleri çerçevesinde güçlü bir şekilde uygulanması yönüyle diğer birçok modern hukuk düzeninden ayrışır.<sup>115</sup>

Malezya’da aile arabuluculuğu; “özel sulh görüşmesi”, “uzlaştırıcı komite”, “aile uyuşmazlıkları bağlamında arabulucu-hakemlik” ve “sulh meclisi” uygulamaları çerçevesinde icra edilmektedir. Malezya’daki bütün eyaletlerde yararlanılan özel sulh görüşmesi uygulaması, aile uyuşmazlıklarının taraflarınca

<sup>114</sup> Pınar Çiftçi, “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları,” *DEÜHFD* 16, no. Özel Sayı (2014): 1808ff.

<sup>115</sup> Sa’odah Ahmad ve Nora Abdul Hak, “Sulh (Mediation) in the State of Selangor: An Analysis of Legal Provisions and Application,” *IJUM Law Journal* 18, no. 2 (2010): 221.

mahkemeye başvurulması durumunda, hâkimin tarafları dosyaya bakan mahkeme bünyesinde görev yapmakta olan bir sulh görevlisinin katılımıyla barışçıl bir çözüm için bir araya getirdiği uyuşmazlık çözüm aracıdır.<sup>116</sup>

Malezya'da; eşler arasında şiddetli geçimsizlik, muhâlea ve/veya eşlerden birisinin mahkemeye gelmek istememesi gibi konuları ilgilendiren aile uyuşmazlıklarının söz konusu olduğu hâllerde<sup>117</sup> dosyaya bakan hâkim; ihtilafı dostâne bir şekilde çözmek üzere eşleri temsilen seçilen birer kişiden (eşleri temsilen görevlendirilecek uygun nitelikli kişilerin yokluğu hâlinde uyuşmazlığın yaşandığı bölgedeki muteber kişilerden) ve resmî otoriteyi temsil eden bir din görevlisinden müteşekkil olmak üzere bir uzlaştırıcı komite tayin eder.<sup>118</sup> Uyuşmazlığın taraflarının zorunlu katılımıyla yürütülen ve kural olarak azamî altı ay devam eden<sup>119</sup> ıslah esaslı süreç kapsamında, uzlaştırma komitesi tarafından tespit edilen hususlar ve yapılan değerlendirmeler, komite başkanı tarafından yazılı olarak mahkemeye sunulur.<sup>120</sup> Söz konusu tespitler ve değerlendirmeler, hâkim tarafından hükme esas alınabilir. Uzlaştırma komitesi uygulaması çerçevesinde taraflarca anlaşılması hâlinde, uyuşmazlık konusu dava mahkeme kararı ile düşürülür. Sürecin sulh ile sonlandırılmadığı durumlarda ise, hâkim erkekten karısını bir talakla boşamasını ister, erkeğin bu isteği yerine getirmesi hâlinde ise boşanma gerçekleşmiş kabul edilerek nihaî durumun nüfus mercileri nezdinde tescili gerçekleştirilir.<sup>121</sup>

Malezya iç hukuku düzenlemelerine göre, uzlaştırma komitesi uygulaması sonucundasona erdirilemeyen uyuşmazlıklar bağlamında, dosyaya bakan hâkim

---

<sup>116</sup> Nor Fadzlina Nawi, "Family Mediation in Malaysian Muslim Society: Some Lessons for the Civil Family Law in Malaysia," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Victoria: La Trobe University, 2015), 6-7.

<sup>117</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Abdullahi A. An-Na'im, "Malaysia, State of," *Islamic Family Law* (Blog), erişim tarihi Haziran 21, 2023. <https://scholarblogs.emory.edu/islamic-family-law/home/research/legal-profiles/malaysia/>.

<sup>118</sup> Nora Abdul Hak, "Conciliatory Committee and Hakam (Arbitrator) Under the Islamic Family Law in Malaysia," *Shariah Law Reports* 2 (2008): 22.

<sup>119</sup> Nora Abdul Hak, "Islamic Arbitration (Tahkim) and Mediation in Resolving Family Disputes-A Comparative Study under Malaysian and English Law," Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Kuala Lumpur: International Islamic University Malaysia, 2012), 109.

<sup>120</sup> Abdul Hak, "Islamic Family Law," 24-25.

<sup>121</sup> Abdul Hak, "Islamic Arbitration (Tahkim)," 107-108.

tarafından aile uyuşmazlığının çözümünde görev yapmak ve -her bir taraf için mahkemenin yönlendirmelerini de dikkate almak sûretiyle- süreci şer'î hukuka göre yürütmek üzere birer arabulucu-hakem görevlendirmesi yapılır.<sup>122</sup> Görevlendirilecek arabulucu-hakemler bakımından, taraflara akraba olmaktan ziyade şer'î hukuka hâkimiyet, temel kriter olarak dikkate alınır.<sup>123</sup> Malezya iç hukuku kapsamında, uyuşmazlık çözüm sürecinde kural olarak herhangi bir süre ile bağlı olmaksızın görev yapan arabulucu-hakemler, esasen uzlaştırma komitesi uygulamasına benzer bir süreç yönetimi sergilerler. Uyuşmazlık çözümü süreci anlamında arabulucu-hakemler tarafından verilen kararlar -tefrik hususunda yetkilendirilmiş olmaları şartı ile- taraflar için bağlayıcı nitelik arz eder.<sup>124</sup>

Malezya'da, aile arabuluculuğu uygulaması kapsamında işlerlik kazandırılmış olan bir diğer ihtisas yöntemi ise, sulh meclisidir. Söz konusu yöntem görece; aile uyuşmazlığının çözümü için mahkemece belirli vasıflara sahip<sup>125</sup> tarafsız kişiler seçilmesi ile bu kişilerin riyâsetinde tarafların boşanmanın sonuçlarını herhangi bir baskı altında kalmaksızın (hür ve güvenli bir şekilde) tartışmaları ve aralarındaki ihtilafı barışçıl bir şekilde çözüme kavuşturmaları hedeflenir.<sup>126</sup> Sulh görevlileri, görevlerinin icrası çerçevesinde "Malezya Hukukunda Sulh Görevlisi Olanlar İçin Etik Kurallar" ve "Malezya Hukuku Bağlamında Sulh Kılavuzu" isimli rehberlerden yararlanır.<sup>127</sup>

## 2. Fas'ta Aile Arabuluculuğu

Fas'ta, aile hukuku konuları (evlilik, doğum, boşanma, ehliyet, veraset, vekâlet, vesayet vb.), ilk dönemlerde 1957'de kabul edilen ve Hz. İmam Mâlik'in içtihatları doğrultusunda şekillenen "el- Müdevvene" isimli medenî kanun düzenlemesi kapsamında ele alınmış olup<sup>128</sup>, 1990'lı yıllarda yapılan kadın hakları

<sup>122</sup> Abdul Hak, "Islamic Arbitration (Tahkim)," 119.

<sup>123</sup> Arifin, "The Role of Sulh," 175.

<sup>124</sup> Abdul Hak, "Islamic Arbitration (Tahkim)," 125.

<sup>125</sup> Ahmad ve Abdul Hak, "Sulh (Mediation)," 229.

<sup>126</sup> Ahmad ve Abdul Hak, "Sulh (Mediation)," 229.

<sup>127</sup> Ahmad ve Abdul Hak, "Sulh (Mediation)," 223.

<sup>128</sup> Fatima Harrak, "The History and Significance of the New Moroccan Family Code," *ISITA Working Paper Series* 9, no.2 (2009): 2, <https://www.almendron.com/tribuna/wp-content/uploads/2017/02/the-history-and-significance-of-the-new-moroccan-family-code.pdf>.



merkezli düzenlemeler doğrultusunda 2004 yılında yürürlüğe giren “Fas Medeni Kanunu (el Müdevvenetü'l-Üsrâ)”, hâlihazırda aile kurumunu ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümü bağlamındaki birincil kaynak olarak uygulamada kullanılmaktadır.<sup>129</sup>

Fas'taki iç hukuk düzenlemelerine göre; mahkemeye taşınan aile anlaşmazlıkları çerçevesinde davaya bakacak olan hâkim, esasa girmeden önce, ihtilafın tarafları (ve uygun görmesi hâlinde ihtilafın çözümüne katkı sağlayacak üçüncü kişiler) ile müşâvere odası isimli yerde görüşür. Hâkim, müşterek çocukların olduğu uyuşmazlık dosyalarında, taraflar ile otuz gün arayla en az iki görüşme gerçekleştirir.<sup>106</sup>

Fas'ta aile uyuşmazlıklarının intikal ettiği hâkim, taraflarla yapılan görüşmeyi müteâkiben uyuşmazlığın çözümü için aile fertlerinden ya da aile dışından en az iki arabulucu görevlendirebilir. Arabulucularca yürütülen faaliyetin sonucunda taraflarca bir anlaşmaya varılabilirse, ihtilafı sona erdiren anlaşma hâkime sunularak mahkemece tescil işlemi gerçekleştirilir.<sup>130</sup> Arabuluculuk süreci sonunda taraflarca anlaşmaya varılmaması durumunda ise, hâkim, erkek tarafından otuz gün içinde kadına ödenmek üzere bir ücret tayin ederek iki şahidin huzurunda tefrik işlemi yapar.<sup>131</sup>

“Fas Medeni Kanunu” düzenlemelerine göre, uyuşmazlığın çözümü için görevlendirilen her bir aile arabulucusu; uyuşmazlığın sebeplerini araştırmak, tarafları ve çözüme katkı sunabilecek üçüncü kişileri dinlemek, uyuşmazlığın çözümüne yönelik öneriler sunmak ve uyuşmazlık çözüm sürecine ilişkin durum raporu düzenleyerek mahkemeye takdim etmek gibi faaliyetlerin icrası sûretiyle uyuşmazlığın sulh yoluyla sona erdirilmesi için çaba gösterir.<sup>132</sup> Fas'ta aile arabulucusu olarak görev yapan kişilerin aslî vazifesi, tarafların arasını ıslah etmek olup söz konusu kişilerin tarafları boşama yetkisi bulunmamaktadır.

---

<sup>129</sup> Harrak, “Moroccan Family Code,” 6; Dawoud el-Alami ve Doreen Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World* (Londra: CIMEL Book Series, 1996), 81.

<sup>130</sup> Buhüş ve Şefik, *el'Müdevvenetü'l-Üsra*, m. 82.

<sup>131</sup> Buhüş ve Şefik, *el'Müdevvenetü'l-Üsra*, m. 82-87.

<sup>132</sup> Buhüş ve Şefik, *el'Müdevvenetü'l-Üsra*, m. 95.

Fas iç hukukuna göre, aile arabuluculuğu süreci, hâkim kararı doğrultusunda ek tahkikat ile uzatılabilmekte ise de her hâlükârda sorunun mahkemeye intikal ettiği tarihten itibaren altı aylık süre zarfında sonuçlandırılır.<sup>133</sup>

### 3. Katar'da Aile Arabuluculuğu

Anayasasının ilk maddesinde yer alan "*İslâm dini, devletin resmî dinidir. Şeriat, hukukî mevzuatın temel kaynağıdır.*"<sup>134</sup> hükmü doğrultusunda İslâm Hukuku'nu güçlü bir şekilde uygulayan Katar'da; aile uyuşmazlıkları, büyük ölçüde Hanbelî fikhî çerçevesinde şekillenen medenî hukuk mevzuatı çerçevesinde faaliyet gösteren sivil mahkemeler ve şeriat mahkemeleri koordinasyonunda çözüme kavuşturulmaktadır.<sup>135</sup>

Katar iç hukukunda, aile hukukunu ilgilendiren konularda ihtilafa düşen taraflar mahkemeye başvururlar ve söz konusu başvuruları çerçevesinde ilgili hâkim tarafından mahkeme nezdinde faaliyet gösteren aile danışmanlığı merkezine yönlendirilirler. Bu kapsamda aile danışmanlık merkezlerinde görev yapan aile danışmanları, tarafların arasını ıslah etmek için çaba sarf ederek uyuşmazlığın azamî kırk günlük süre içinde sulh ile sona erdirilmesini sağlamak üzere görev yaparlar.<sup>136</sup>

Aile uyuşmazlığının aile danışma merkezlerinin çabası sonucunda çözüme kavuşturulamaması hâlinde, ihtilafa bakan hâkim, bizzat kendisi tarafların arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmek için arabulucu gibi görev yapar veya aile arabulucusu görevlendirmesi gerçekleştirir. Katar'da, tarafların sulh olması yönünde büyük çaba sarf eden(en az iki, gerekli hâllerde üç kişiden oluşan) aile arabulucularının görevleri, "Katar Aile Hukuku Kanunu"nun 130. maddesinde açık bir şekilde düzenlendiği üzere; taraflar arasındaki geçimsizliğin ve ihtilafın nedenlerini tahkik etmek, tarafların arasını ıslah etmek üzere çaba sarf etmek ve

<sup>133</sup> Buhüş ve Şefik, *el'Müdevenetü'l-Üsra*, m. 95-96-97.

<sup>134</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Abdullahi A. An-Na'im, "Qatar, State of," *Islamic Family Law* (Blog), erişim tarihi Haziran 21, 2023. <https://scholarblogs.emory.edu/islamic-family-law/home/research/legal-profiles/qatar-state-of/>.

<sup>135</sup> An-Na'im, "Qatar, State of."

<sup>136</sup> An-Na'im, "Qatar, State of."

arabuluculuk faaliyetine ilişkin keyfiyeti/akıbeti görevlendirmeyi yapan mahkemenin hâkimine yazılı bir rapor ile bildirmektedir.<sup>137</sup>

Katar'da aile arabuluculuğu faaliyeti, aile arabulucularının görevlendirildiği tarihten itibaren en fazla altı ay içinde, olumlu veya olumsuz olarak sonuçlandırılmak zorundadır.<sup>138</sup> Aile arabulucuları tarafından uyuşmazlık çözüm süreci kapsamında gerçekleştirilen değerlendirmeler (tefrik kararı, cem kararı, geçimsizliğin kimden kaynaklandığı hususu vb.), görevlendirmeyi gerçekleştiren hâkim açısından bağlayıcı nitelik arz etmemekle birlikte mahkemece verilen kararlar bakımından dikkate alınabilir.<sup>139</sup>

Katar'da aile arabuluculuğu, başta eşler arası geçimsizlikten doğan uyuşmazlıklar olmak üzere, velayet, nafaka ve muhâlea gibi pek çok hususu ilgilendiren ihtilafların çözümü için devlet yargısı koordinasyonunda yoğun bir şekilde tercih edilen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.<sup>140</sup>

#### 4. Pakistan'da Aile Arabuluculuğu

İslâm Hukuku'nu anayasal bir sistematik içinde hayata geçirmeye çalışan Pakistan'da<sup>141</sup>, aile uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında esas alınan yasal düzenleme, "Müslüman Aile Hukuku Kanunu" isimli düzenlemedir.<sup>142</sup>

Aile müessesesini ilgilendiren uyuşmazlıkların daha hızlı ve etkin bir şekilde çözüme kavuşturulması amacıyla devlet erki tarafından yargılamaya ilişkin usul işlemlerinin birçoğundan muaf tutulmak sûretiyle yapılandırılmış ihtisas mahkemelerinin kurulmuş olduğu Pakistan'da<sup>143</sup> aile arabuluculuğuna -özellikle

---

<sup>137</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. "Legislations," Qatar Ministry of Justice, erişim tarihi Eylül 17, 2023, <https://www.almeezan.qa/AllLegislationsSearch.aspx>.

<sup>138</sup> Bkz. Qatar Ministry of Justice, "Legislations."

<sup>139</sup> Bkz. Qatar Ministry of Justice, "Legislations."

<sup>140</sup> Bkz. Qatar Ministry of Justice, "Legislations."

<sup>141</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Abdullahi A. An-Na'im, "Pakistan, State of," *Islamic Family Law* (Blog), erişim tarihi Haziran 21, 2023, <https://scholarblogs.emory.edu/islamic-family-law/home/research/legal-profiles/pakistan-islamic-republic-of/>.

<sup>142</sup> Nausheen Ahmad, *Family Law in Pakistan: Using the Secular to Influence the Religious* (Oxfordshire: Routledge, 2013), 72.

<sup>143</sup> Ahmad, *Family Law*, 72.

keyfi boşanmaların önüne geçilmesi amacıyla- zorunlu arabuluculuk (arabulucu-hakemlik) şeklinde işlerlik kazandırılmıştır.<sup>144</sup>

Pakistan iç hukukuna göre, boşanma konulu aile uyuşmazlıklarının çözümü sürecindedava açılmadan önce erkeğin boşanmaya ilişkin niyetini ilan etmesi ve keyfiyeti bir devlet kurumu olan Birlik Konseyi'ne bildirmesi gerekmektedir. Bu ilan ve bildirim doğrultusunda doksan günlük askı süresi işlemeye başlar. Doksan günlük askı süresi içinde, Birlik Konseyi tarafından ihtilafın sulh temelinde çözüme kavuşturulması amacıyla kadının ve erkeğinyakınları arasından seçilen iki kişiden bir arabuluculuk heyeti teşekkül ettirilir.<sup>145</sup> Söz konusu sülh çabasının sonuçsuz kalması ve doksan günlük askı süresinin sona ermesiyle birlikte boşanma süreci resmen başlamış kabul edilir.<sup>146</sup>

Boşanmanın ilanı ve bildirilmesi, bu çerçevede Birlik Konseyi tarafından gerçekleştirilen işlemler bağlamında farklı mahkeme içtihatlarının söz konusu olduğu Pakistan'da<sup>125</sup>, aile uyuşmazlıklarının çözümü için aile arabuluculuğu yönteminden devlet koordinasyonunda aktif bir şekilde yararlanılmaktadır.

## 5. Suudi Arabistan'da Aile Arabuluculuğu

İslâm Hukuku'nu uygulayan bir diğer ülke olan Suudi Arabistan'da, aile arabuluculuğu, ilk derece ihtisas mahkemesi olarak yapılandırılmış olan aile mahkemelerinin koordinasyonunda (gerekli hâllerde müftülerden görüş alabilen hâkimlerin yönetiminde)<sup>147</sup>, Hanbelî Mezhebi'nin fikhî içtihatları ve aslî

<sup>144</sup> Ahmad, *Family Law*, 72.

<sup>145</sup> Buhüş ve Şefik, *el'Müdevenetü'l-Üsra*, m.,7(2).

<sup>146</sup> David Pearl, *Three Decades of Executive, Legislative and Judicial Amendments to Islamic Family Law in Pakistan* (Londra: Graham&Trotman, 1990), 323; Lucy Carroll, "Quran 2/29: A Charter Granted to the Wife," *Islamic Law and Society* 3, no. 1 (1996): 91ff; Cherry Kristen, "Marriage and Divorce Law in Pakistan and Iran; The Problem of Recognition," *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 8, no. 2 (2001): 328.

<sup>147</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Abdullahi A. An-Na'im, "Saudi Arabia, Kingdom of," *Islamic Family Law* (Blog), erişim tarihi Haziran 21, 2023, <https://scholarblogs.emory.edu/islamic-family-law/home/research/legal-profiles/saudi-arabia-kingdom-of/>; Elisa Giunchi, "From Jurists' Ijtihad to Judicial Neo-Ijtihad Some Introductory Observations," *Adjudicating Family Law in Muslim Courts*, ed. Elisa Giunchi, Oxfordshire:

muhakeme kanunu olan “en-Nizâmü'l-Esâsî li'l Hûkm” isimli düzenleme çerçevesinde icra edilmektedir.<sup>148</sup>

Suudi Arabistan iç hukukuna göre, aile uyuşmazlığı nedeniyle (özellikle karı-koca arasındaki şiddetli geçimsizlikten ötürü) mahkemeye başvuran taraflar öncelikle ıslah ve irşad bürosu adındaki merkezlere yönlendirilir. Söz konusu merkezler aracılığıyla sulh temelinde ve gönüllülük esasıyla yürütülen sürecin başarılı olmaması hâlinde, ilgili uyuşmazlık dosyası yeniden mahkemeye gönderilir. Dosyanın gönderildiği hâkim, ilk olarak tarafların arasını ıslah etmeye çalışır, çabasının karşılık bulamaması durumunda ise, taraflardan akrabaları arasından olmak şartı ile birer arabulucu seçmelerini ister.<sup>149</sup> Uyuşmazlığın taraflarının akrabaları arasında arabuluculuk yapma ehliyetini<sup>150</sup> haiz bir kişinin olmaması hâlinde, hâkim tarafından gerekli şartları taşıyan üçüncü bir kişinin arabulucu olarak tayin edilmesi mümkündür.<sup>151</sup>

Suudi Arabistan'da, aile arabulucuları, görevlendirildikleri uyuşmazlığın çözümü bağlamında doksan günlük süre içinde<sup>152</sup> tarafların katılımı olsun ya da olmasın süreci yürütürler ve ihtilafı sulh ile giderme yönünde çaba sarf ederler.<sup>153</sup>

Suudi Arabistan iç hukukunda, aile arabulucuları tarafından verilen kararların bağlayıcılığı hususunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden birincisine göre; arabulucular hâkim gibidir ve bu sebeple de verdikleri kararlar taraflar için

---

Routledge, 2013, 13; Mehmet Ali Yargı, “Suudî Arabistan’da Evlenme İşlemleri,” *MÜİFD* 40, no. 1 (2011): 167ff; Rashed Aba-Namay, “The New Saudi Representative Assembly,” *Islamic Law and Society* 5, no.1 (1998): 235ff.

<sup>148</sup> Giunchi, “Some Introductory Observations,” 18; Neslihan Vural, “Suudi Arabistan Hukuk Sisteminde Aile Hukuku Uygulamaları,” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2019); Ayrıca bkz. An-Na'im, “Saudi Arabia, State of.”

<sup>149</sup> Mehmet Ali Yargı, “Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhâlele Uygulamaları: Suudî Arabistan’da Bir İnceleme,” *MÜİFD* 42, no. 1 (2012): 150.

<sup>150</sup> Abdullah b. Muhammed Âl-i Huneyn, et-Tahkîm fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye: et-Tahkîmü'l-Âm ve't-Tahkîm inde'ş-Şikâk ez-Zevcî (Riyad: Dâru'l-Hadâra, 1999), 180, 230.

<sup>151</sup> Âl-i Huneyn, et-Tahkîm, 215.

<sup>152</sup> Hamed b. Abdülazîz el-Hudayrî, “el-İcrâatü'l-Kazâiyye fi'l-Müşkilâti'z-Zevciyye,” *Mecelletü'l-Adl*, no. 45 (2009): 132.

<sup>153</sup> el-Hudayrî, el-İcrâatü'l-Kazâiyye, 132.

bağlayıcıdır. İkinci görüşe göre ise, arabulucular vekil gibidir ve verdikleri kararlar ancak tarafların rızası ile bağlayıcılık arz eder ve hukukî sonuç doğurur.<sup>154</sup>

Suudi Arabistan'da aile arabuluculuğu sürecine yönlendirilen tarafların, söz konusu süreçte anlaşmaya varmaları hâlinde, anlaşmaya ilişkin belge arabulucular tarafından mahkemeye sunulur ve hâkimin onayı ile hukuken geçerlilik kazanır. Bununla birlikte, tarafların devlet yargısına başvurmadan önce, doğrudan arabuluculuk yöntemine başvurarakbu çerçevede düzenlenen anlaşma belgesini hâkime tescil ettirmeleri de mümkündür.<sup>155</sup> Tarafların aile arabuluculuğu sürecinde anlaşmaya varamaması durumunda ise, dosyaya bakan hâkim, şer'î hukuk çerçevesinde bedelsiz veya bedelli olarak ayrılığa (tefrike) karar verir.<sup>156</sup> Hâkimin verdiği kararın taraflarca temyiz edilmesi mümkündür. Temyiz hakkının kullanılması hâlinde, hâkim tarafından verilen karar, temyiz sonucunda kesinleşerek hukukî geçerlilik kazanır.<sup>157</sup>

## V. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Modern hukuk sistemlerindeki aile arabuluculuğu uygulamasının, üç ana hukuk sistemindeki farklı ülke iç hukukları üzerinden ele alındığı bu çalışma kapsamında, karşılaştırmalı hukuk anlamında ulaşılan sonuçlara aşağıda yer verilmiştir.

Tarihî arka plan ve gelişim süreci açısından ele alındığında, aile arabuluculuğunun İslâm Hukuku ile Kara Avrupası Hukuku'ndaki uygulaması; İslâm Medeniyeti, Roma Medeniyeti ve Antik Yunan Medeniyetine dayanan yüzlerce yıllık kadim bir birikimle şekillenmiş olup geleneksel arabuluculuktan büyük ölçüde etkilenmiştir. İslâm Hukuku ve Kara Avrupası Hukuku sistemlerinin hâkim olduğu Asya ve Avrupa kıtalarından çok daha sonra keşfedilen Amerika kıtası üzerinde inşa edilen Anglo-Sakson Hukuku'nda ise; aile arabuluculuğu, başlangıç aşamasından itibaren modern hukuk ölçüleri çerçevesinde varlık, işlerlik ve kurumsallık kazanmıştır.

<sup>154</sup> Yargı, "Bedel Karşılığında Boşanma," 159.

<sup>155</sup> Âl-i Huneyn, *et-Tahkîm*, 172; el-Alami ve Hinchcliffe, *Islamic Marriage and Divorce*, 233.

<sup>156</sup> Âl-i Huneyn, *et-Tahkîm*, 363.

<sup>157</sup> Yargı, "Bedel Karşılığında Boşanma," 159.

Yasal düzenleme altyapısı açısından ele alındığında, aile arabuluculuğuna dair hukukî zemin; İslâm Hukuku ve Anglo-Sakson Hukuku bağlamında içtihat hukuku temelinde, Kara Avrupası Hukuku'nda ise mevzuat hukuku temelinde inşa edilmiştir. Her üç hukuk sisteminde de aile arabuluculuğu, genel ve özel medenî hukuk düzenlemeleri çerçevesinde yürütülmekle birlikte, Kara Avrupası Hukuku'nu benimseyen ülkelerin birçoğunda ise, arabuluculuğa (aile arabuluculuğuna) ilişkin müstakil kanun ve yönetmelik düzenlemeleri bulunmaktadır. Öte yandan, Kara Avrupası Hukuku'nda aile arabuluculuğunun yasal altyapısı, diğer modern hukuk sistemlerinden farklı olarak (AB'nin de etkisiyle) milletlerarası sözleşmeler çerçevesinde oluşturulmuştur.

Süreç yönetiminde aktif rol oynayan paydaşlar bakımından ele alındığında; İslâm Hukuku'nda ve Kara Avrupası Hukuku'nda devlet otoritesi güdümünde işlerlik kazandırılan aile arabuluculuğu; Anglo-Sakson Hukuku'nda ise, büyük ölçüde sivil toplum örgütleri ve özel sektör kuruluşları kontrolünde/paydaşlığında icrâ edilmektedir.

Model anlamında ele alındığında; her ne kadar her üç hukuk sisteminde de farklı arabuluculuk modellerine yakınsayan uygulamalar mevcut olsa da Anglo-Sakson Hukuku ile Kara Avrupası Hukuku'nda hâkim model, kolaylaştırıcı aile arabuluculuğu modeli iken; İslâm Hukuku'nda ise değerlendirici aile arabuluculuğu modelidir. Her üç hukuk sisteminde de zorunlu arabuluculuğa ilişkin farklı düzenlemeler olsa da kural olarak ihtiyarî arabuluculuk modeli uygulanmakta ve yine istisnaları bulunmakla birlikte mahkeme bağlantılı aile arabuluculuğu yürütülmektedir. Öte yandan, Kara Avrupası Hukuku'nda ve Anglo-Sakson Hukuku'nda tek arabuluculuk modeli uygulanmakta iken, İslâm Hukuku'nda ise eş arabuluculuk modeli uygulanmaktadır.

Arabuluculuğa elverişlilik bağlamında ele alındığında; Anglo-Sakson Hukuku ile İslâm Hukuku sistemlerine dâhil olan belirli federal devlet (eyalet) iç hukuklarındaki istisnaî uygulamalar müstesna olmak üzere, her üç hukuk sisteminde de aile içi şiddet ve aile içi istismar iddiası içeren uyuşmazlıklar arabuluculuk için elverişli kabul edilmemektedir. Her üç hukuk sisteminde de evlilik birliğinin kurulmasına ve devamına ilişkin konulardan kaynaklanan uyuşmazlıkların (mal rejimini ilgilendiren uyuşmazlıklar, eşlerin sorumluluklarına ilişkin uyuşmazlıklar, ebeveyn-çocuk ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar vb.) yanı sıra, özellikle boşanmanın hukukî ve mâlî sonuçlarını

ilgilendiren uyuşmazlıklar (nafaka, velayet, çocukla ilişki kurulması gibi konulardan doğan uyuşmazlıklar) arabuluculuğa elverişli kabul edilmektedir.

Arabuluculuk sürecine dâhil olan üçüncü kişilerin haiz olması gereken özellikler bakımından ele alındığında; her üç hukuk sisteminde de aile arabulucularının hukuk nosyonuna sahip olması (hukuk mezunu olmasalar dahi uyuşmazlıkla ilgili olarak asgarî hukuk müktesebâtına sahip olması) şartı aranmaktadır. Bununla birlikte, Anglo-Sakson Hukuku'nda ve Kara Avrupası Hukuku'nda kadınlar ve erkekler aile arabulucusu olarak görev yapabilmekte iken, İslâm Hukuku'nda ise kural olarak yalnızca erkekler aile arabulucusu olabilmektedir. Diğer taraftan, İslâm Hukuku'nda aile arabulucusu olabilmek için kural olarak uyuşmazlığın taraflarının akrabası olma şartı aranırken, Anglo-Sakson Hukuku ve Kara Avrupası Hukuku'nda ise aile arabulucularının tarafsız olması ve kural olarak uyuşmazlığın tarafları ile herhangi bir yakınlığa/bağa sahip olmaması gerekmektedir.

Arabulucular tarafından verilen kararların bağlayıcılığı bağlamında ele alındığında; İslâm Hukuku'nun uygulandığı ülkelerde, aile arabulucuları (özellikle özel yetkili aile arabulucuları) tarafından uyuşmazlığa ilişkin olarak yapılan değerlendirmeler, taraflar (ve belirli şartlarda hâkimler) açısından bağlayıcı nitelik taşır. Anglo-Sakson Hukuku ve Kara Avrupası Hukuku'nun geçerli olduğu ülkelerde ise aile arabulucularının yetkileri son derece kısıtlıdır ve söz konusu kişiler esas olarak uyuşmazlığın taraflarına kendi çözümlerini üretme noktasında yardımcı olmak amacıyla sürece dâhil olmaktadır.

Arabuluculuk süreci bağlamındaki temsil anlamında ele alındığında; her üç hukuk sisteminde de tarafların bir vekil aracılığıyla sürece katılımı mümkündür. Bununla birlikte, Anglo-Sakson Hukuku ve Kara Avrupası Hukuku ülkelerinde taraf vekillerine (avukatlara) müvekkillerini arabuluculuk konusunda aydınlatma (arabuluculuğa yönlendirme) temelinde bazı sorumluluklar ve hukukî külfetler yüklenmiştir.

Arabuluculuk sürecinin ilgilisi olan mahkemelerin (hâkimlerin) fonksiyonu bakımından ele alındığında; her üç hukuk sistemi de kural olarak hâkimlere tarafları sülhe yönlendirme yetkisi vermektedir. Bununla birlikte, özellikle İslâm Hukuku ve Anglo-Sakson Hukuku bağlamında tarafları sülhe yönlendirmeyi hâkimler için bir görev olarak yapılandırılan hukukî düzenlemeler bulunmaktadır.



Arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmanın hükmü bağlamında ele alındığında; her üç hukuk sisteminde de arabuluculuk faaliyeti kapsamında düzenlenen anlaşma belgesine kural olarak dosyanın ilgili olduğu hukuk mahkemesi tescili/tasdiki ile icrâ edilebilirlik (ilam niteliği) kazandırılabilir. İslâm Hukuku'nda aile arabuluculuğu anlaşma belgesinde düzenlenebilecek alanlar diğer iki hukuk sistemine kıyasla daha geniş olup, Anglo-Sakson Hukuku ise Kara Avrupası Hukuku'na kıyasla daha geniş bir anlaşma belgesi kapsam alanına sahiptir.

Arabuluculuk sürecine başvuru anlamında ele alındığında; her üç hukuk sisteminde de devlet yargılamasına başvurulmasından önce ve/veya sonra söz konusu yönetim başvurusu mümkündür. Bununla birlikte, İslâm Hukuku'nda ve Anglo-Sakson Hukuku'nda, devlet yargılaması kapsamında kesinleşmiş kararların verilmesini müteâkiben de ilgili kararları ilgilendiren konularda arabuluculuk müessesesinin işletilmesi imkân dâhilindedir.

Arabuluculuk faaliyeti ile ulaşılmak istenen amaç bakımından ele alındığında; İslâm Hukuku kapsamında yürütülen arabuluculuk faaliyetinde aile birliğinin sülh temelinde devamını sağlamak öncelikli amaç iken, Anglo-Sakson Hukuku ve Kara Avrupası Hukuku'nda ise söz konusu faaliyet ile uyuşmazlıkların çözümü için tarafların sağlıklı bir müzakere zemininde bir araya getirilmesi öncelikli amaçtır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olmadığını bildirmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author declared that this work has not received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

**KAYNAKÇA**

- Aba-Namay, Rashed. "The New Saudi Representative Assembly." *Islamic Law and Society* 5, no. 1 (1998): 235-265.
- Abdul Hak, Nora. "Conciliatory Committee and Hakam (Arbitrator) Under the Islamic Family Law in Malaysia." *Shariah Law Reports* 2 (2008): 17-36.
- Abdul Hak, Nora. "Islamic Arbitration (Tahkim) and Mediation in Resolving Family Disputes-A Comparative Study under Malaysian and English Law." Yayınlanmamış Doktora Tezi. Kuala Lumpur: International Islamic University Malaysia, 2012.
- Ahmad, Ibrahim. *The Malaysian Legal System (Second Edition)*. Kuala Lumpur: Dewan Bahasa dan Pustaka, 1995.
- Ahmad, Sa'odah/Abdul Hak, Nora, "Sulh (Mediation) in the State of Selangor: An Analysis of Legal Provisions and Application." *IIUM Law Journal*, 18 (2), 2010, 213-237.
- Akıncı, Şahin. *Roma Hukuku Dersleri Tarihi-Giriş ve Kaynaklar Hukukun Genel Kavramları (Şahsın Hukuku-Aile Hukuku Hakların Korunması)*. Konya: Sayram Yayınları, 2017.
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku II*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.
- Âl-i Huneyn, Abdullah b. Muhammed. *et-Tahkîm fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye, et-Tahkîmü'l-Âm ve't-Tahkîm inde'ş-Şikâk ez-Zevcî*. Riyad: Dâru'l-Hadâra, 1999.
- Âmin, Sayed Hassan. *Middle East Legal Systems*. Glasgow: Royston Limited, 1985.
- An-Na'im, Abdullahi A. "Malaysia, State of." *Islamic Family Law* (blog), Haziran 21, 2023. <https://scholarblogs.emory.edu/islamic-family-law/home/research/legal-profiles/malaysia/>.
- An-Na'im, Abdullahi A. "Morocco, State of." *Islamic Family Law* (blog), Haziran 21, 2023. <https://scholarblogs.emory.edu/islamic-family-law/home/research/legal-profiles/morocco-kingdom-of-western-sahara/>.
- An-Na'im, Abdullahi A. "Pakistan, State of." *Islamic Family Law* (blog), Haziran 21, 2023. <https://scholarblogs.emory.edu/islamic-family-law/home/research/legal-profiles/pakistan-islamic-republic-of/>.

- An-Na'im, Abdullahi A. "Qatar, State of." *Islamic Family Law* (blog), Haziran 21, 2023. <https://scholarblogs.emory.edu/islamic-family-law/home/research/legal-profiles/qatar-state-of/>.
- An-Na'im, Abdullahi A. "Saudi Arabia, State of." *Islamic Family Law* (blog), Haziran 21, 2023. <https://scholarblogs.emory.edu/islamic-family-law/home/research/legal-profiles/saudi-arabia-kingdom-of/>.
- Arifin, Mahamad. "The Role of Sulh Towards the Process of Reducing the Rate of Divorce in the Kadhis Courts in Zanzibar: Following the Malaysian Model." *Australian Journal of Basic and Applied Sciences* 6, no.11 (2012): 166-178.
- Barrett, Jerome T. ve Joseph P. Barrett. *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.
- Berg, Nancy Zalusky ve Ruta Johnsen, "Family law in the United States: Minnesota: Overview." *Thomson Reuters Practical Law*. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-613-2225?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-613-2225?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).
- Berman, Debra ve James Alfini, "Lawyer Colonization of Family Mediation: Consequences and Implications." *Marquette Law Review* 95, no. 887 (2012): 887-925.
- Bilgin, Hikmet. "Anglo Sakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk." *Hukuk Gündemi Dergisi* 8, no.1 (2009): 16-24.
- Bora, Özlem. "Arabuluculuk Sözleşmesi." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Buhüş, Abdüsselam ve Abdülmecid Şefik. *el'Müdevenetü'l-Üsra*. Rabat: Dârü'l Eman, 2003.
- Carroll, Lucy. "Quran 2/29: A Charter Granted to the Wife." *Islamic Law and Society* 3, no. 1 (1996): 91-126.
- Catto, Amanda. "Family Law in South Africa." *Thomson Reuters Practical Law*. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-566-4825?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-566-4825?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).
- Cestero Jorge M. ve Thomas J. Sasser. "Family Law in the United States: Florida: Overview." *Thomson Reuters Practical Law*.

- [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-615-5426?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-615-5426?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).
- Ceylan, Ebru. "Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk." *Legal Hukuk Dergisi* 16, no. 190 (2018): 4561-4588.
- Cherry, Kristen. "Marriage and Divorce Law in Pakistan and Iran; The Problem of Recognition." *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 8, no. 2 (2001): 319-354.  
<https://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1066&context=tjcil>
- Cin, Halil ve Ahmed Akgündüz. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: OSV Yayınları, 2011.
- Coşar Vedat Ahsen. "Açılış Konuşması." *Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, yayına hazırlayan Heyet*, 5-14. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2011.
- Çiftçi, Pınar. "Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları." *DEÜHFD* 16, no. Özel Sayı (2014): 1741-1821.
- Dağhoğlu, Duygu. "Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2020): 551-587.
- De Jong, Madelene. "Divorce Mediation in Australia-Valuable Lessons for Family Law Reform in South Africa." *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 40, no.2 (2007): 280-305.  
<https://journals.co.za/doi/abs/10.10520/EJC24646>
- Demircioğlu, Huriye Reyhan. "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği." *TAAD* 6, no. 23 (2015): 45-84.
- DİB. "Hucurât Suresi-9. Ayet Tefsiri." Erişim tarihi Ekim 5, 2023.  
<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Hucur%C3%A2t-suresi/4621/9-ayet-tefsiri>.
- DİB. "Nisa Suresi-35. Ayet Tefsiri." Erişim tarihi Ekim 5, 2023.  
<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Nis%C3%A2-suresi/528/35-ayet-tefsiri>.
- Dür, Orhan. *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*. İstanbul: Arı Sanat Yayıncılık 2012.

- el-Alami, Dawoud ve Doreen Hinchcliffe. *Islamic Marriage and Divorce Laws of the Arab World*. Londra: CIMEL Book Series, 1996.
- el-Hajjami, Aicha. "The Religious Arguments in the Debate on the Reform of the Moroccan Family Code." İç. *Gender and Equality in Muslim Family Law*. Ed. Lena Larsen, Ziba Mir-Hosseini, Christian Moe, Kari Vogt, 81-107. New York: Bloomsbury Publishing, 2017.
- el-Hudayrî, Hamed b. Abdülazîz. "el-İcrâatü'l-Kazâiyye fi'l-Müşkilâti'z-Zevciyye." *Mecelletü'l-Adl*, no. 45 (2009): 123-168.
- Emery, Robert E. *Renegotiating Family Relationships Divorce, Child Custody and Mediation*. New York: Guilford Press, 2012.
- Ercan, İbrahim. "Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi." İç. *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*. İstanbul: Alkım Yayınevi, 2007.
- Erol, Muammer. "Türk Hukukunda Arabuluculuk ve Teşkilatlanması." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Sabahattin Zaim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Family Mediation Council. *Code of Practice and Guidance*. <https://www.familymediationcouncil.org.uk/us/code-practice/>.
- Family Mediation&Counselling Services. *Is There a Difference Between Mediation and Conciliation*. <https://fmacs.org.uk/is-there-a-difference-between-mediation-and-conciliation/>.
- Field, R. M. ve A. Lynch. "Hearing Parties' Voices in Coordinated Family Dispute Resolution (CFDR): An Australian Pilot of a Family Mediation Model Designed for Matters Involving a History of Domestic Violence." *Journal of Social Welfare & Family Law* 36, no.4 (2014): 392-402. <https://doi.org/10.1080/09649069.2014.967988>
- Ginsberg, Larry A., Andrea Balian, Fahi Takesh Hallin, Evan Itzkowitz, Azita Mosbat, Dena J Kravitz, Randi Akasaki, Vazken Kazandjian, Nicole M Vafeades, Nitasha Khanna, Jack McMorro, T Michael Payne ve Barbara Exley. "Family Law in the United States: California: Overview." *Thomson Reuters Practical Law*. [https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/9-614-4465?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://ca.practicallaw.thomsonreuters.com/9-614-4465?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).

- Giunchi, Elisa. From Jurists' Ijtihad to Judicial Neo-Ijtihad Some Introductory Observations. Adjudicating Family Law in Muslim Courts. Ed. Elisa Giunchi. Oxfordshire: Routledge, 2013.
- Göksoy, İsmail Hakkı. "Malezya'da İslâmiyet." *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 2, no.2 (1995): 193-252.
- Görgün, L. Şanal. *Mederî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Yayınları, 2013.
- Güneş-Ceylan, Selda. *Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Harrak, Fatima, "The History and Significance of the New Moroccan Family Code." *ISITA Working Paper Series* 9, no: 2 (2009): 1-11. <https://www.almendron.com/tribuna/wp-content/uploads/2017/02/the-history-and-significance-of-the-new-moroccan-family-code.pdf>.
- Hrastnik, Bojana Jovin. "Alternatif Çözüm Yolları Yargılama Sürecini Nasıl Hızlandırır? Lublijana Mahkemesinden Örnekler." *Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu/Ankara: 3-5 Nisan 2006*. Ankara: TAAD, 2006.
- Kaplan-Güler, Beyhan. *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*. İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014.
- Karagözoğlu, Nursen. "Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Kekeç Kısmet, Elif. *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Knox, Bethany, "A Consideration of a Mandatory Family Mediation Model under Section9 of the British Columbia Family Law Act." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. British Columbia: University of Victoria, 2014.
- Kutluk, Abdülkadir. *Almanya'da Mahkeme İçi Arabuluculuk-Yurtdışı Ziyaret Raporu*. Ankara: T.C. Adalet Bakanlığı Yayınları, 2017.
- Macturk, Cristopher. H. "Confidentiality in Mediation: The Best Protection Has Exceptions." *American Journal of Trial Advocacy* 19, no.2 (1995): 411-434. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&id=page>.

- Maddox Katharine W. ve Julie C. Gerock, "Family Law in the United States: Virginia: Overview." Thomson Reuters Pratical Law. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-569-6045?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-569-6045?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).
- Madsen, Lene. "Family Mediation Policy in Practice: A Review of Ontario's New Family Mediation Initiative I-II." *Canadian Family Law Quarterly* 32, no. 193/235 (2013): 1-31. <https://www.canlii.org/en/commentary/journals/64/>
- Mazlum, İsmet. "Alman Hukuku'nda Aile Arabuluculuğu." *ÇÜHFD* 5, no. 2 (2020): 2359-2382.
- McManus, Michael ve Brianna Silverstein. "Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States." *Cadmus Journal* 1, no. 3 (2011): 100-105.
- Milne, Ann ve Andrew Schepard. "Does Your Mediator Measure Up? Standards of Practice for Family and Divorce Mediation." *Family Advocate (American Bar Association)* 24, no.4 (2002): 22-27. <https://www.jstor.org/stable/i25806326>
- Mowatt, Joan. G. "Alternative Dispute Resolution: Some Points to Ponder." *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 25, no.1 (1992): 44-58. <https://www.jstor.org/stable/i23248753>
- Nausheen, Ahmed. *Family Law in Pakistan: Using the Secular to Influence the Religious*. Oxfordshire: Routledge, 2013.
- Nawi, Nor Fadzlina. "Family Mediation in Malaysian Muslim Society: Some Lessons for the Civil Family Law in Malaysia." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Victoria: La Trobe University, 2015.
- Nissenbaum Gerald L. ve Hickey O. Wendy. "Family Law in the United States: Massachusetts: Overview." Thomson Reuters Pratical Law. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-611-0925?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-611-0925?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).
- Özbay, İbrahim ve Damla Özden Çelt, "Alman Arabuluculuk Kanunu (Mediationsgesetz; Mediation Act)." *EBYÜHFD* 22, no. 1-2 (2018): 147-153. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1835448>.
- Özbay, İbrahim. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri." *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 3-4 (2006): 459-475.



- Özbek, Mustafa Serdar. *Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargulamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk*. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı Raporu. Ankara: TBB Yayınları 2010.
- Özbek, Mustafa Serdar. "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim." *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 4, no. 2 (2006): 907-927.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Özcan, Cem. "Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 9,no. 5 (2017): 383-396.
- Özmumcu, Seda. "Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış." İç. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*. Ed. Yasemin Işıktaş, 33-42. İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Parkinson, Lisa. *Aile Arabuluculuğu (Family Mediation)-Yeni Aile Adalet Sistemine Dair Uygun Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi*. Bristol: Jordan Publishing, 2017.
- Pearl, David. *Three Decades of Executive, Legislative and Judicial Amendments to Islamic Family Law in Pakistan*. Londra: Graham&Trotman, 1990.
- Qatar Ministry of Justice. "Legislations." Erişim tarihi, Eylül 17, 2023. <https://www.almeezan.qa/AllLegislationsSearch.aspx>
- Roberts, Marian. *Mediation in Family Disputes Principles of Practice*. Oxfordshire: Routledge, 2014.
- Robinson, Francis. *The Cambridge Encyclopaedia of India, Pakistan, Bangladesh, Sri Lanka, Nepal, Bhutan and the Maldives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- Russo, Andrea ve Benedetta Rossi. "Family Law in Italy." *Thomson Reuters Pratical Law*. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-564-8565?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-564-8565?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).
- Saini, Michael, Rachel Birnbaum ve Nicholas Bala. "Access to Justice in Ontario's Family Courts: The Parents' Perspective." *Windsor Review of Legal and Social Issues*, no.37 (2016): 1-25.

- Sebert, John A. "Uniform Collaborative Law Act." *Hofstra Law Review* 38, no. 2/2 (2009): 421-493. <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol38/iss2/2/>
- Söğüt, İpek Sevda. *Roma Hukukunda Tahkim*. İstanbul: Legal Kitabevi, 2011.
- Stevens, J. Benjamin. "Family Law in the United States: South Carolina: Overview." *Thomson Reuters Pratical Law*. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-011-1671?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-011-1671?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).
- Şahin, Hüseyin Güngör. *Arabuluculuk*. Ankara: Mentis Yayıncılık, 2008.
- Şen, Yusuf. "İslâm Hukukunda Arabuluculuk." *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 11, no. 22 (2012): 105-135.
- Şimşek, Erdem. "Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü için Düzenlenmesi Gereken Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme/Evaluation of the Planned Law on Mediation in Family Law Disputes." İç. *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (Ankara 6-7 Aralık 2018)*. Ed. Ersin Erdoğan, 57-76. Ankara: Pozitif Matbaacılık, 2019.
- T.C. Adalet Bakanlığı. "Arabuluculuk." Erişim tarihi, Haziran 11, 2023. <https://arabuluculuk.adalet.gov.tr>.
- Tahiroğlu, Bülent ve Belgin Erdoğan. *Roma Hukuku Meseleleri*. İstanbul: Der Yayınları 2005.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1998.
- Tanrıver, Süha. *Türk Aile Mahkemeleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Taşpolat-Tuğsavul Melis. *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Tercan, Erdal. "Türk Aile Mahkemeleri." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, no. 3 (2003): 19-53.
- Trenczek, Thomas ve Serge Loode. "Mediation 'Made in Germany'-A Quality Product." *Australasian Dispute Resolution Journal (ADRJ)* 23, no. 61 (2012): 61-70.  
[https://www.researchgate.net/publication/228096531\\_Mediation\\_made\\_in\\_Germany\\_-\\_a\\_quality\\_product](https://www.researchgate.net/publication/228096531_Mediation_made_in_Germany_-_a_quality_product).

- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi. "Kararlar." Erişim tarihi, 23 Nisan, 2023. <https://anayasa.gov.tr>.
- UK Parliament. "One-Parent Families (Finer Report)." Erişim tarihi Kasım 14, 2023. <https://api.parliament.uk/historic-hansard/written-answers/1974/jul/02/one-parent-families-finer-report>.
- Uysal, Merve. "Alman ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Tanımı, Türleri ve Zorunlu Arabuluculuk." *MİHDER* 15, no. 44 (2019): 885-959.
- Uyumaz, Alper ve Kemal Erdoğan. "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları." *DEÜHFD* 17, no. 1 (2015): 119-169.
- Vural, Neslihan. "Suudi Arabistan Hukuk Sisteminde Aile Hukuku Uygulamaları." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2019.
- Wahed, Hanis. "Sulh: Its Application in Malaysia." *IOSR Journal of Humanities and Social Science* 20, no. 6 (2015): 1-9.
- Welsh, Nancy A. "Reconciling Self-Determination, Coercion, and Settlement in Court- Connected Mediation." İç. *Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications*. Ed. Ann L. Milne, Jay Folberg ve Peter Salem, 420-443. New York: The Guilford Press, 2004.
- Yalçın, İsmail. "Malezya'da İslam Hukuku Uygulamaları: Yeni Gelişmeler ve Problemler/1981-2003." Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2004.
- Yargı, Mehmet Ali. "Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhâlea Uygulamaları: Suudî Arabistan'da Bir İnceleme." *MÜİFD* 42, no. 1 (2012): 141-172.
- Yargı, Mehmet Ali. "Suudî Arabistan'da Evlenme İşlemleri." *MÜİFD* 40, no. 1 (2011): 167-186.
- Yazıcı, Hilal. "Bazı Hakların Korunması Açısından Boşanma Sürecinde Arabuluculuk: Beklenti, Endişe ve Öneriler." *Kadın ve Demokrasi Derneği Dergisi* 4, no. 1 (2018): 101-118.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem. "Arabuluculukta Gizliliğin Korunması." Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Kültür Üniversitesi, 2010.

- Yeşilirmak, Ali, Elif Kekeç-Kısmet ve Ali Bulur. *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*. Ankara: Altan Özyurt Matbaacılık, 2017.
- Yıldırım, Kâmil. "Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu." İç. 75. *Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, 833-842. Ankara: TBB Yayınları, 2004.
- Yıldız, Pervin. "Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler/Developments in Turkish Law Regarding Family Mediation." İç. *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu Kitabı*. Ed. Ersin Erdoğan, 57-76. Ankara: Pozitif Matbaacılık, 2019.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Yılmaz, Muzaffer Ercan. "Uyuşmazlık Çözümünde Arabuluculuk Süreci." *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi* 9, no. 2 (2006): 96-104.

# TÜRK CEZA HUKUKUNDA MÜSADERE

## *Confiscation in Turkish Criminal Law*

**Nurten Kübra ÖZDEN\***

### Öz

Mülkiyet hakkı insanoğlunun yaşamını idame ettirebilmesi için sahip olduğu temel haklardan birisidir. Bu hak malikine geniş yetkileri sağlamakla birlikte malikin bu yetkileri sınırsız bir şekilde kullanması düşünülemez. Toplum menfaatlerinin bireyin menfaatlerinden önce geldiği durumlarda kişilerin mülkiyet hakkına devlet tarafından müdahale edilebilmektedir. Örneğin müsadere yaptırımı toplumun menfaati sebebiyle kişilerin mülkiyet hakkına müdahale edildiği durumlardan birisidir.

Müsadere, bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen veya bizatihi varlığı suç teşkil eden eşyanın veya suçun işlenmesi neticesinde elde edilen kazancın veya malvarlığı değerinin mülkiyetinin kamuya geçirilmesi yaptırımıdır. Çalışmamızda genel olarak müsadere kavramının tanımı, müsaderenin hukuki niteliği ve müsadere çeşitleri olan eşya müsaderesi ve kazanç müsaderesi ile müsadere yaptırımının uygulanma koşulları kısaca ele alınmış ve müsadere yargılaması incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Mülkiyet Hakkı, Müsadere, Eşya Müsaderesi, Kazanç Müsaderesi, Müsadere Yargılaması

\* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans İkinci Öğretim Programı Öğrencisi, nurten.ozden@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-7033-5282.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 13.04.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 15.08.2023.

**Atıf/Citation:** Özden, Nurten Kübra. "Türk Ceza Hukukunda Müsadere." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 1058-1086.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

## Abstract

The right to property is one of the fundamental rights that human beings possess in order to sustain their lives. While this right provides broad powers to the owner, it cannot be exercised without limits. In situations where the interests of society come before the interests of the individual, the state may intervene in a person's property rights. For example, confiscation as a penalty is one such case where a person's property rights are interfered with for the sake of society's benefit.

Confiscation is the penalty of transferring the ownership of assets that were used in the commission of a crime, allocated to the commission of a crime, or obtained as a result of a crime, or assets that constitute a crime in themselves, to the public. In our study, we briefly discussed the definition of the concept of confiscation, its legal nature, and its types which include asset seizure and profit seizure, as well as the conditions of its application, and the confiscation trial has been examined.

**Keywords:** The Right of Property Ownership, Confiscation, Asset Seizure, Profit Seizure, Confiscation Trial

## GİRİŞ

Eski zamanlardan beri uygulanagelen ve bir ceza hukuku yaptırımı olan müsadere Arapça kökenli bir kelime olup Türk Dil Kurumu sözlüğünde zor alım<sup>1</sup> olarak tanımlanmıştır.<sup>2</sup>

Doktrinde ise müsadere için *“işlenen bir suç karşılığı olarak suçlunun mal varlığının tamamı veya bir kısmı üzerindeki mülkiyetinin ortadan kaldırılması ve bu mülkiyetin kamusal karakter gösteren bir kuruluşa devredilmesi”*<sup>3</sup>, *“bir şeyin mülkiyetinin*

---

<sup>1</sup> “Zor Alım,” TDK, erişim tarihi: Nisan 3, 2023, <https://sozluk.gov.tr>.

<sup>2</sup> Yargıtay uygulamalarında da zaman zaman müsadere yerine "zor alım" terimi kullanılmıştır. "5237 sayılı TCK'nin 54/1. maddesi uyarınca zor alım kararı verilebilmesi için zor alıma konu aracın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerektiği" YCGK, E. 8-778. K.1795, 02.10.2012, Yargıtay 7. CD, E. 2015/24667, K. 2019/36275, 24.10.2019, (Uyap).

<sup>3</sup> Sulhi Dönmezer ve Erman Sahir, *Nazari Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt II (İstanbul: Beta Yayınevi,1994), 709.

*devlete geçmesini sonuçlayan bir yaptırım*"<sup>4</sup>, *"bir malı sahibinin mülkiyetinden zorla çıkarıp, karşılıksız olarak devletin mülkü haline getirme"*<sup>5</sup>, şeklinde tanımlar yapılmıştır.

Müsadere, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun(TCK) "yaptırımlar" başlığını taşıyan üçüncü kısmının "güvenlik tedbirleri" başlığını taşıyan ikinci bölümünde, 54.maddede şöyle tanımlanmıştır; *"İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir."*

Bu tanımlardan ve madde metninden yola çıkılacak olursa müsadere, bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın veya suç neticesinde elde edilen kazancın veya bizzat varlığı suç teşkil eden eşyaların mülkiyetinin kamuya geçirilmesi yaptırımıdır. Örneğin kasten adam öldürme suçunun işlenmesinde kullanılan silah, taş, sopa, ıskata gibi eşyaların veya göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi için tahsis edilen teknenin veya suç neticesinde elde edilen maddi kazancın veya bizzat varlığı suç teşkil eden uyuşturucu madde, ruhsatsız silah gibi eşyaların mülkiyetinin kamuya geçirilmesi yaptırımına müsadere denir.

Müsadere yaptırımı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir. Ceza hukukunda ceza yaptırımının yanında güvenlik tedbirlerine yer verilmesinin amacı ceza hukukunun koruma amacına destek olmasıdır.<sup>6</sup> Müsadere yaptırımı Kanunda sayılan diğer güvenlik tedbirleri gibi geleceğe etkili olarak yeni suçların işlenmesini önleme amacını taşır. Ancak diğer güvenlik tedbirlerinden farklı olarak niteliği gereği sürekli devam eden bir tedbirdir.<sup>7</sup> Örneğin akıl hastalarına özgü uygulanan güvenlik tedbiri tedavi sürecinin bitimi ile veya çocuklara özgü uygulanan güvenlik tedbirleri çocuğun 18

<sup>4</sup> Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 462.

<sup>5</sup> Kamâti N. M., *El-Ukûbâtü'l-Maliyye beyne's-Şeria ve'l -Kanun* (Bingazi;1986), 83'den aktaran Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi,2018) 380.

<sup>6</sup> Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 576.

<sup>7</sup> Öykü Didem Aydın, "Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası'nda Müsadere," *AÜHFĐ* 43, no.1-4 (1993): 145.

yaşını doldurmasıyla sona erecekken kasten yaralama suçunun işlenmesi neticesinde suçun işlenmesinde kullanılan silahın müsadere karar verildikten sonra silahın sahibine geri iadesi artık söz konusu olamayacaktır.

Müsadere yaptırımı bazen asıl suçun cezasıyla birlikte uygulanırken bazen de tek başına uygulanmıştır.<sup>8</sup> Örneğin; ilk dönemlerde vatana ihanet gibi ölüm cezası gerektiren ağır suçlarda ölüm cezası ile birlikte genel müsadere yaptırımı uygulanarak failin tüm malları da müsadere edilirken daha sonra bu şekilde tek fiilden iki kez cezalandırma ve cezaların şahsiliği ilkesi gibi temel ilkelere aykırı olan bu uygulamadan vazgeçilerek yalnızca ölüm cezası verilmeye başlanmıştır.<sup>9</sup>

Günümüzde failin menkul veya gayrimenkul fark etmeksizin tüm malvarlığının mülkiyetinin devlete geçirilmesi yaptırımı olan genel müsadere çeşidi uygulanmamaktadır. Zira işlenen suçla herhangi bir bağlantısı olmayan,<sup>10</sup> mirasçılarının mülkiyet hakkını zedeleyen, kişinin ekonomik ve sosyal bakımdan mahvına neden olacak şekilde tüm malvarlığına elkonulması anlamına gelen bu müsadere çeşidi Anayasa'nın 38/9. maddesinde ''genel müsadere cezası verilemez'' şeklindeki düzenlemeyle yasaklanmıştır.<sup>11</sup>

Müsadere yaptırımının gerekliliği gün geçtikçe artmaktadır. Zira her geçen gün teknolojinin gelişimiyle toplumlarda işlenen suçlar ve bu suçlar neticesinde elde edilen haksız kazanç türleri gelişmekte ve artmaktadır. Örneğin; son zamanlarda artış gösteren sanal para dolandırıcılığı ile yüklü miktarlarda haksız kazanç sağlanan suçlar gibi internet üzerinden işlenen hırsızlık ve dolandırıcılık suçları artış göstermektedir.<sup>12</sup>

Bu suçların yanında kaçakçılık, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal veya ticareti, silah kaçakçılığı, insan kaçakçılığı gibi suçlarla mücadelede müsadere yaptırımı önemli bir yere sahiptir. Yine suç örgütlerinin ve başta terör örgütlerinin

<sup>8</sup> Sevgi Gül Akyılmaz, "Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması," Gazi Üniversitesi Dergisi 12, no.1-2 (2008): 391.

<sup>9</sup> G. Recai Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları: 1951) 69.

<sup>10</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022) 628.

<sup>11</sup> Erdal Yerdelen, *Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010) 30.

<sup>12</sup> Mualla Buket Soygüt Arslan, "Türk Hukukunda Müsadere," Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul, Galatasaray Üniversitesi SBE, 2014) 38.



güçlenmesinin önlenmesinde müsadere yaptırımının uygulanması kaçınılmazdır.<sup>13</sup> Zira suç örgütlerinin silah temini, örgüt için eleman temini, propaganda gibi işleri için gerekli finansmanı, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti, silah kaçakçılığı, insan ticareti gibi suçlardan elde edilen gelirlerle temin etmektedirler. Bu nedenle müsadere kurumu etkin bir şekilde yürütülebilirse, terör örgütlerinin ekonomik kaynakları kesilecek, lojistik ve insan desteği kırılacaktır.<sup>14</sup>

Bir müsadere türü olan eşya müsaderesi yaptırımı neticesinde eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesiyle, faili cezalandırmak, suç işlemekten caydırmak ve failin tekrar suç işlemesinin önüne geçmek gibi hususlar amaçlanmaktadır.<sup>15</sup> Örneğin; kaçakçılık suçunun işlenmesinde kullanılan sanığa ait arabanın mülkiyetinin devlete geçirilmesi yaptırımında sanık hem kaçakçılık suçu nedeniyle alacağı cezayı hem de suç işlerken kullandığı arabasının mülkiyetini kaybedeceğini düşünerek o suçu işlemekten geri duracaktır. Sanığın bu yaptırımı düşünerek suç işlemekten geri durması cezanın özel önleme amacına, üçüncü kişilerin bu yaptırımı düşünerek suç işlemekten geri durması ise cezanın genel önleme amacına hizmet edecektir.<sup>16</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi müsaderenin amacını şöyle açıklamıştır; *“Müsadereyle suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan meydana gelen eşyanın mahkumiyete rağmen suçlunun elinde bırakılmaması, suçtan gelir elde edilmemesi, ayrıca suçla ilgili veya bizzatı suç teşkil eden eşyanın ülke ekonomisi, kamu düzeni ve güvenliği ile toplum ve çevre sağlığı bakımından arz ettiği tehlikelerin önlenmesi amaçlanmıştır. Böylece suçla mücadelede caydırıcılığın sağlanması, yeni suçların işlenmesinin önüne geçilmesi ve suça konu tehlike arz eden mülkün kullanılmasının dolaşımının engellenmesi hedeflenmektedir.”*<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Hüseyin Acar, "Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu," Yayınlanmamış Doktora Tezi (Ankara Çankaya Üniversitesi SBE, 2019) 177; Soygüt Arslan, 38.

<sup>14</sup> Önder Yücebaş, "Suç Ekonomisi ve Terörün Finansmanı," Yayınlanmamış Doktora Tezi (Ankara Ankara Üniversitesi SBE, 2010) 269.

<sup>15</sup> Soygüt Arslan, 34.

<sup>16</sup> Doğan Gedik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016) 31.

<sup>17</sup> Fatma Çavuşoğlu ve Bilal Çavuşoğlu, B. No:2014/5167, 28.09.2016, (<https://hudoc.echr.coe.int/tur>).

Eşyanın müsadere edilebilmesi için öncelikle eşyanın zilyedinin tasarruf yetkisinin kaldırılması gerekir. Zilyedin rızası olmamasına rağmen tasarruf yetkisinin kaldırılmasına elkoyma denirken, şahıs eşyayı rızasıyla veriyorsa buna muhafaza altına alma denir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun(CMK) 123.maddesinde bu durum *"İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir."* şeklinde belirtilmiştir.

Müsadere ile elkoyma tedbiri karşılaştırılacak olursa; elkoyma CMK'da koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmişken müsadere TCK'da güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmiştir. Elkoyma tedbiri yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılması amacıyla geçici süreliğine<sup>18</sup> verilirken müsadere kararı sürekli. Elkoyma tedbirinde eşyanın mülkiyeti devlete geçmez bir süreliğine eşyanın zilyetliği devlete geçer oysa müsadere kararı verilmesi halinde eşyanın mülkiyeti devlete geçer.

Eşyanın müsadereğine yalnızca mahkeme veya sulh ceza hakimi karar verebilirken elkoyma tedbirine hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından da karar verilebilir. Müsadere kararı mahkeme veya hakim kararı olduğu için hükmün kesinleşmesinden sonra uygulanabilirken, elkoyma tedbiri soruşturma aşamasında verilebildiği için soruşturmanın başlamasından hükmün verilmesi aşamasına kadar uygulanabilir.<sup>19</sup>

## I. EŞYA MÜSADERESİ

Eşya 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) taşınır mülkiyeti ve taşınmaz mülkiyeti olarak sınıflandırılmıştır. Kalem, defter, altın, gümüş gibi eşyalar taşınır eşyaya; bina, arazi gibi eşyalar ise taşınmaz eşyalara örnek gösterilebilir.<sup>20</sup> Ekonomik değeri olan her şey eşya müsadere kapsamında

<sup>18</sup> İsmail Ercan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014) 250; Zekeriya Yılmaz, *Teori ve Uygulamada Müsadere*(Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003) 38.

<sup>19</sup> Gedik, 72-73.

<sup>20</sup> Kemal Oğuzman, Ömer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2020) 847.

müsadere edilebilecektir. Örneğin; kaçakçılık suçunun işlenmesinde kullanılan at, eşek; yaralama suçunda kullanılan çakı, bıçak veya insan vücudundan ayrılabilen ve maddi değeri olan takma bacak gibi eşyalar eşya müsaderesine konu olabilecektir.<sup>21</sup> Eşya müsaderesi ceza kanununda emredici bir hüküm olarak düzenlenmesiyle birlikte müsadere yaptırımına karar verebilmek için bazı koşulların sağlanması gerekmektedir.

## **A. Eşya Müsaderesine Karar Verebilmek İçin Gerekli Koşullar**

### **1. Kasıtlı Bir Suç İşlenmelidir**

Bir eşyanın müsadere edilebilmesi için öncelikle kasıtlı bir suçun işlenmesi gerekir. Suç doğrudan kastla işlenmiş olabileceği gibi olası kastla da işlenmiş olabilir ancak taksirli suçlarda eşyanın müsaderesi mümkün değildir zira taksirli suçlarda suçun işlenmesine ve neticenin oluşmasına yönelik bir irade söz konusu olmadığından eşyanın suçun işlenmesine tahsis edilmesi de mümkün olmayacaktır dolayısıyla eşyanın müsaderesine karar verilemeyecektir.<sup>22</sup>

Kasıtlı bir şekilde işlenen suçun icra hareketlerine başlanılmış olması müsadere kararı verilebilmesi için yeterlidir. Suçun tamamlanamamış veya teşebbüs aşamasında kalmış olması müsadere kararı verilmesine engel teşkil etmez.<sup>23</sup> Ancak eylem hazırlık aşamasında kalmış ise müsadere kararı verilemeyecektir zira kamu güvenliği, kamu sağlığı, genel ahlak açısından tehlikelilik arz eden veya bizzatihi varlığı suç teşkil eden eşyalar hariç olmak üzere hazırlık hareketleri müsadere yaptırımının uygulanabilmesi için yeterli değildir.<sup>24</sup>

Her ne kadar müsadere kararı verilebilmesi için kasıtlı bir suçun işlenmesi gerekse de bu suç nedeniyle mahkumiyet hükmü kurulmuş olması gerekmemektedir.<sup>25</sup> Örneğin; suçu icra eden kişi ceza ehliyeti olmayan küçük

---

<sup>21</sup> Mustafa Artuç, *Hüküm Kurma Sanatı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020) 647.

<sup>22</sup> Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022) 753; "Taksirli suçlarda suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmeyeceği gözetilmeden belgeye kayıtlı av tüfeğinin müsaderesine karar verilmesi" Yargıtay 3. CD. E. 2006/8717 K. 2007/4835, 13.06.2007, (Uyap).

<sup>23</sup> Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümleri TCK m. 1-75* (İstanbul: Beta Yayınları, 2021) 535.

<sup>24</sup> Berrin Akbulut, *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020) 380; Gedik, 108.

<sup>25</sup> Artuç, 655.

çocuk veya akıl hastası olması sebebiyle işledikleri suç nedeniyle CMK'nın 223/3-a maddesi gereği ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilse dahi suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsadereğine karar verilebilecektir.<sup>26</sup>

Müsadere için kural olarak kasten işlenmiş bir suç olması gerekir. Ancak TCK'nın 54.maddesinin 4.fıkrasındaki "üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya müsadere edilir." düzenleme gereği bizatihi varlığı suç teşkil eden eşyaların müsadere için kasıtlı bir suçun işlenmesine gerek olmaksızın bu eşyaların müsadereğine karar verilebilecektir. Örneğin bir kaleşnikofun müsadere edilebilmesi için kaleşnikofun bir suçun işlenmesinde kullanılmış olması zorunluluğu yoktur. Zira vahim nitelikteki bu silahın bulundurulması 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanununda suç olarak sayılmıştır. Dolayısıyla emredici bir hüküm olarak düzenlenen bu madde gereği kaleşnikof, ruhsatsız silah, uyuşturucu madde gibi eşyaların müsadereğine failin işlediği fiilden bağımsız olarak karar verilecektir.<sup>27</sup>

## 2. Müsadereye Konu Eşya Suçla Bağlantılı Olmalıdır

Eşya müsadereğine karar verebilmek için eşyanın ya suçun işlenmesinde bizzat kullanılmış olması veya suçun işlenmesi için tahsis edilmiş olması veya eşyanın suçtan meydana gelmiş olması veya da suçun işlenmesi için hazırlanmış olması gerekir. Örneğin adam öldürme suçunun işlenmesinde kullanılan silah, yaralama suçunun işlenmesinde kullanılan sopa, hırsızlık suçu için kullanılan maymuncuk, suçun işlenmesinde kullanılan eşyaya; kaçak eşya taşınması veya göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi için dizayn edilen taşıt, suçun işlenmesi için tahsis edilen eşyaya;<sup>28</sup> kurusıkı diye tabir edilen tabancanın teknik özelliklerinde değişiklik yaparak öldürmeye elverişli silah haline getirmek ise suçtan elde edilen eşyaya örnek olarak gösterilebilir.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Gedik, 188.

<sup>27</sup> Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 674.

<sup>28</sup> Artuç, 658.

<sup>29</sup> 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 13.maddesinin 5.fıkrası.

Eşya, suçun işlenmesinde bizzat kullanılıyorsa müsadere edilir bunun yanında suç mahallinde bulunsa dahi suçun işlenmesinde kullanılmayan eşyalar müsadere edilemeyecektir.<sup>30</sup> Örneğin fail arabası ile mağdura bilerek ve isteyerek çarpmak suretiyle mağdurun ölmesine veya yaralanmasına sebebiyet vermişse fiilin işlenmesinde kullanılan araba silah niteliğinde olduğundan müsaderesine karar verilecektir. Fakat fail suçun işlendiği yere motosikletiyle gidip tabanca kullanmak suretiyle kişiyi kasten yaralama suçunu işledikten sonra olay yerinden ayrılıyorsa artık motosiklet yalnızca ulaşım amacıyla kullanmış olup suçun işlenmesinde kullanılmadığı için motosikletin müsaderesine karar verilmeyip yalnızca tabancanın müsaderesine karar verilecektir.<sup>31</sup>

Bir başka örnek olarak bir kimse kasten adam öldürme suçunu 6136 sayılı kanuna uygun bir şekilde elde ettiği ruhsatlı silahı ile değil de yumruk atma suretiyle gerçekleştirmişse yani suçun işlenmesinde ruhsatlı silahını kullanmamış ise failin silahı müsadere edilemeyecektir.<sup>32</sup> Aynı şekilde hırsız maymuncuk ile kapının kilidini açmayı düşünerek yanına maymuncuk almasına rağmen eve açık olan pencereden girmesi ve maymuncuğu suçun işlenmesinde kullanmaması halinde maymuncuğun müsaderesine karar verilemeyecektir.<sup>33</sup>

Suç işlemek amacı ile kurulan suç örgütünün örgüt faaliyeti çerçevesinde amaçlanan suçları işlemek üzere tahsis ettiği eşyalar müsadere edilecektir. Eşyanın suçun işlenmesi için tahsis edilmiş olması yeterlidir, müsadere edilebilmesi için eşyanın icrai olarak suçun işlenmesinde kullanılmış olmasına gerek yoktur.<sup>34</sup>

Yargıtay suçun işlenmesinde kullanılan eşyayı “suçun icrasını kolaylaştıran ve suçun icrasını doğrudan ilgilendiren, suç teşkil eden fiillerin icrasında doğrudan

---

<sup>30</sup> Toroslu, 464; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020) 741.

<sup>31</sup> Mustafâ Artuç ve Hasan Tahsin Gökcan, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021) 1763.

<sup>32</sup> “Sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulmadığı halde, silah taşıma ruhsatının olması nedeniyle bulundurulması bizzat suç teşkil etmeyen tabanca ve şarjörünün sanığa iadesi yerine, suçta kullanıldığından bahisle TCK’nın 54.maddesi gereğince müsaderesine karar verilmesi...” Yargıtay 3.CD. E. 2017/7037, K.2018/2884, 21.02.2018, (Uyap).

<sup>33</sup> Artuç, 659.

<sup>34</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022) 661.

*kullanılan, suçu bizzat icra eden veya bu amaçla kendisinden yararlanılan her çeşit araç” olarak belirtmektedir.<sup>35</sup>*

Suçun işlenmesi amacıyla tahsis edilen eşya için ise Yargıtay eşyanın suça özgülenmesi terimini kullanmaktadır. Bu terim ile eşyanın, suçun icrası amacıyla sürekli olarak hazır bulundurulmasını kastetmektedir. Örneğin göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi amacıyla deniz botunun suça elverişli hale getirilmesi veya kaçak akaryakıt taşınması amacıyla tırın elverişli hale getirilmesi eşyanın suça özgülenmesine örnek olarak gösterilebilir.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında; suçun işlenmesinde kullanılan aracın malikin rızasıyla sanığa verilir verilmediğinin, suçun işlenebilmesi için aracın kullanılmasının zorunlu olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>36</sup>

### **3. Müsadereye Konu Eşya İyi Niyetli Üçüncü Kişilere Ait Olmamalıdır**

Bir suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsadereye karar verilebilmesi için TCK'nın 54/1.maddesinde belirtilen *“iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak”* şartının gerçekleşmesi gerekir. Örneğin bir araba kiralama şirketinden kiralanan arabayla işlenen kaçakçılık suçunda kiralama şirketinin suçun işleneceğini bilmediği ve gerekli dikkat ve özeni gösterse dahi bilebilecek durumda olmadığı kabul edilirse arabanın müsadereye karar verilemeyecektir. Dolayısıyla üçüncü kişi fiilin icrasına bizzat katılmamış, fiilin işleneceğini bilmiyor ve bilmesi gerekmiyorsa kendisine ait eşya ile suç işlense dahi eşyanın müsadereye karar verilemeyecektir. Dolayısıyla yalnızca suçu işleyen faile veya suça iştirak eden kişilere ait eşyalar müsadere edilebilecektir.<sup>37</sup> Doktrindeki bir görüşe göre üçüncü

<sup>35</sup> Yargıtay 6. CD, E. 2012/15478, K. 2013/25780, 24.12.2013,(Uyap).

<sup>36</sup> “suçun icra edilmesi amacı ile tahsis edilen eşyanın, suçun işlenmesi için sürekli bulundurulan ve suç işlenmesinde kullanılmasına özgülenen eşya olduğu belirtilmiştir. Hal böyle olunca; Sanık B.Ş.’in yakınan M.G.’e yönelik eylemlerden eşi adına kayıtlı ... plakalı araç ile gelip, yakınanı araca bindirip, zorla alıkoyduğu ve yağmaladığı, bu eylem dışında diğer eylemlerde aracın kullanılmadığı anlaşılmıştır. Bunun karşısında; öncelikle araç malikinin çağrılarak aracın kendisi tarafından sanığa verilir, verilmediği sorulmadan, olay mahalline ulaşım amacı ile bulundurulan arabanın hürriyetten yoksun kılma suçunun ve yağma suçunun icrası için kullanılması zorunlu olduğuna dair delillerin nelerden ibaret olduğunun karar yerinde denetime olanak verecek biçimde açıklanıp, tartışılmadan arabanın müsadereye şeklinde karar verilmesi bozma nedeni sayılmıştır”Yargıtay 6. CD. E. 2012/19177, K. 2013/18274, 23.09.2013,( Uyap).

<sup>37</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 971-975.

kişinin iyiniyetli olup olmadığının tespitinden önce suça iştirak edip etmediği tespit edilmelidir.<sup>38</sup> Örneğin; bir kimsenin arkadaşı olan sanığa kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyeceğini bilerek arabasını sanığa vermesi olayında arabanın maliki yardım eden kişi olarak suça iştirak etmiş olduğundan arabanın müsadere karar verilecektir.

Doktrinde bir görüş müsadere kararı için eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmama şartının yalnızca suçun işlenme anı ile sınırlı olmaması gerektiğini müsadere kararının verildiği andaki duruma göre belirlenmesi gerektiğini böylelikle üçüncü kişinin mülkiyet hakkının korunduğunu savunmuştur.<sup>39</sup> Buna karşıt görüş ise müsadere edilecek eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olmaması kuralının suç tarihine göre belirlenmesi gerektiğini savunur. Bu görüşe göre, suçun işlendiği anda eşya faille ait ama fail suçu işledikten sonra eşyayı iyiniyetli üçüncü kişiye devretmiş olabilir, devredilen eşyaya ulaşılabilirse eşyanın müsadere karar verilmelidir. Örneğin fail arabasıyla uyuşturucu kaçakçılığı suçunu işlemiş ve suçun işlenmesinden sonra arabayı iyiniyetli üçüncü kişiye devretmiş olması halinde bu arabanın müsadere karar verilmelidir iyiniyetli üçüncü kişinin zararı ise fail tarafından tazmin edilmelidir.<sup>40</sup>

Sonuç olarak suçun işlenmesinde kullanılan eşya veya suçla bağlantılı olan eşya faille veya suça iştirak eden şeriklere aitse, maddedeki diğer şartların da sağlanması halinde müsadere karar verilir. Fakat söz konusu eşya fail veya suça iştirak eden şerik dışında başka bir kişiye aitse<sup>41</sup> artık burada eşya sahibinin iyi niyetli olup olmadığı araştırılacaktır.<sup>42</sup>

Suçun işlenmesinde kullanılan ve dolayısıyla müsadereye tabi olan eşya, devletin mülkiyetine aitse bu eşya müsadere edilemez. Örneğin mülkiyeti devlete ait olan makam arabasıyla kaçakçılık suçunun işlenmesi halinde makam aracının müsadere edilmesi söz konusu olamayacaktır.

---

<sup>38</sup> Centel, Zafer ve Çakmut, 742.

<sup>39</sup> Aydın, 153.

<sup>40</sup> Artuç, 669.

<sup>41</sup> "Suça sürüklenen çocuğun suçta kullandığı tabancanın iyiniyetli üçüncü kişi konumunda bulunan suça sürüklenen çocuğun babasına ait ve ruhsatlı olduğu gözetilerek sahibine iadesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde müsadere karar verilmesi..." Yargıtay 1.CD, E. 2018/3164 K. 2018/4556, 07.11.2018 (Uyap).

<sup>42</sup> Gedik, 152.

Özel hukuk tüzel kişilerinin menfaatine işlenen suçlar nedeniyle tüzel kişiliğe ait eşyaların da müsadere edilebileceği TCK'nın 60/2. maddesinde düzenlenmiştir; *" Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır."* Suç neticesinde özel hukuk tüzel kişinin eşyalarının müsadere edilebilmesi için; tüzel kişiliğin faaliyetini kasıtlı olarak gerçekleştirmesi ve bunun yanında kamu kurumunun verdiği izne bağlı olarak yaptığı faaliyetinde yetkisini kötüye kullanıyor olması ve suçu tüzel kişinin temsilcilerinin ya bizzat işlemiş ya da suça iştirak etmiş olmaları gerekir.<sup>43</sup>

#### 4. Müsadere Kararı Verilirken Orantılılık İlkesi Gözetilmelidir

Eşya müsaderesinin düzenlendiği TCK'nın 54. maddesinin 3. fıkrasında *"Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir."* şeklinde düzenleme yapılarak orantılılık ve hakkaniyet ilkesi gereği eşya müsaderesine karar verilmesi sanık açısından ağır sonuçlar doğuracak olması hali hakim tarafından değerlendirilerek eşya müsaderesine karar verilmeyebileceği belirtilmiştir.

Orantılılık ilkesi TCK'nın 3/1. maddesinde *"Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu ilke işlenen suçun ortaya çıkardığı haksızlık ile uygulanan güvenlik tedbirinin dengeli olması amacına hizmet etmektedir. Örneğin ormandaki ağaçları izinsiz olarak kesip elde ettiği odunları traktörüyle taşıyan çiftçinin, tek gelir kaynağı olan traktörünün müsaderesine karar verilmesi halinde, suçun ortaya çıkardığı haksızlık ile suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin çiftçi açısından verilebilecek en ağır cezalardan biri olacağından fiil ile yaptırım arasında orantısızlık olacağı açıktır.<sup>44</sup> Bir başka örnek olarak değeri düşük olan kaçak eşyaların pahalı marka araçta taşınması olayında aracın müsadere edilmesi orantılılık ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Kanun koyucu hakime takdir yetkisi tanıyarak müsadere faili açısından oluşturacağı etkileri göz önünde bulundurarak müsadere kararı verip vermeme hususunu değerlendirme yetkisi vermiştir, böylece müsadere mecburiliği ilkesi

<sup>43</sup> Centel, Zafer ve Çakmut, 740; Gedik, 111.

<sup>44</sup> Özgenç, 974.



yumuşatılmıştır.<sup>45</sup> Ancak hakimi her ne karar verirse versin verdiği kararı gerekçelendirmekle yükümlü kılmıştır.

Anayasa Mahkemesi orantılılık ilkesinin aşılmasını hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağını şu ifadeleriyle belirtmiştir; *“Bireylerin hak ve özgürlüklerinin somut olayın koşullarının gerektirdiğinden fazla sınırlandırılması, kamu otoritelerine tanınan yetkinin aşılması anlamına geleceğinden hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaz.”*<sup>46</sup>

## B. Kaim Değer Müsaderesi

Kaim değer müsaderesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 54/2 maddesinde, *“Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir.”* denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile müsadereye konu eşyanın elden çıkarılması, parçalanması, yok edilmesi veya müsadereye konu kazancın elden çıkarılması gibi hallerde bu eşya veya maddi menfaatin parasal değeri kadar bedelin müsaderesine karar verilir. Örneğin; bir kimse kasıtlı olarak motosikletle bir kişiye çarparak ölümüne sebep olduktan sonra motosikleti parçalayıp elden çıkarması halinde motosikletin değeri bilirkişi marifetiyle hesaplanarak bu değerın sanıktan alınmasına karar verilir. Bununla birlikte kaim değerın müsaderesine karar verebilmek için eşyanın ele geçirilemiyor olması gerektiğine dikkat edilmesi gerekir.<sup>47</sup>

Mukayeseli hukukta da müsadere yaptırımının uygulanmasını engelleme amacına yönelik davranışlara karşı müsadereye konu eşya veya malvarlığı değerinin para karşılığının ödenmesine hükmedildiğine dair örnekler vardır. Örneğin Alman hukukunda müsadereye konu olan ve mülkiyeti fail veya şerike ait olan eşya veya malvarlığı değerinin kasıtlı bir şekilde imha edilmesi, elden çıkarılması, devredilmesi gibi hallerde eşya veya malvarlığı değerinin bedeli tespit edilerek sanık tarafından ödenmesine hükmedilmektedir.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Gedik, 104-105.

<sup>46</sup> AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13.11.2014.

<sup>47</sup> Artuç, 672-673.

<sup>48</sup> Gedik, 148.

## C. Müsadereyi Etkileyen Haller

### 1. Beraat Kararı Verilmesi Hâlinde Müsadere

Bir eşyanın müsaderesine karar verilebilmesi için işlenen suçtan ceza verilmesi şart olmamakla birlikte verilen kararın hangi gerekçeyle verildiği önem arz etmektedir.<sup>49</sup> Beraat kararı verilebilecek haller CMK'nın 223/2 maddesinde sayılmıştır; "(2) Beraat kararı;

- a) *Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,*
  - b) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,*
  - c) *Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,*
  - d) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,*
  - e) *Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,*
- Hallerinde verilir."*

Sanığın işlediği fiil kanunda sayılan suç tiplerine uymadığı veya işlenen eylemle ilgili sanığın kast veya taksirinin olmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi halinde veya fiil işlenmiş olmasına rağmen meşru savunma zorunluluk hali gibi hukuka uygunluk halinin olması durumunda eşyanın müsaderesine değil iadesine karar verilir.<sup>50</sup>

Sanığın üzerine atılı suçu işlemediği gerekçesi ile hakkında beraat kararı verilmesi hâlinde, sanığa ait eşyanın müsaderesine karar verilmeyecektir. Örneğin cebinde bıçak taşıyan ve kasten yaralama suçundan hakkında iddianame düzenlenen sanığın kasten yaralama suçunu işlemediği ispatlanırsa ve bıçağın bulundurulması suç teşkil etmiyorsa bıçağın müsaderesine karar verilmeyecektir.

Fakat bir suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın malikinin kim olduğuna ilişkin yeterli delil yoksa suç işlediği iddia edilen sanık hakkında beraat kararı verilmesine rağmen suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın malikinin araştırılması

<sup>49</sup> Gedik, 189; Şahin Altuğ, Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı (Ankara: Adalet Yayınevi 2017) 219.

<sup>50</sup> Gedik, 171-172.

ve soruşturma yapılması için Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunacaktır bu aşamada eşya yeni soruşturmanın konusu olacağından müsadere veya iadesine karar verilemeyecektir.<sup>51</sup>

## 2. Davanın Düşmesi Halinde Müsadere

Yargılama sırasında sanık ölürse TCK m.64 gereği davanın düşmesine karar verilir. Ancak sanığın ölümü nedeniyle davanın düşürülmüş olması müsadere kararı verilmesine engel teşkil etmez. Müsadere açısından yargılamaya devam olunarak eşyanın müsadere veya iadesine yönünde karar verilmesi gerekir<sup>52</sup> örneğin Yargıtay bir kararında bu durumu şöyle açıklamıştır; *“sanığın yargılama sırasında öldüğü anlaşılmasına göre sanığın mirasçıları tespit edilerek davaya dahil edilip yapılan yargılamanın sonucunda müsadere konusunda karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi”*<sup>53</sup>

Genel af ilanı kamu davasının düşmesine sebebiyet vererek davanın ve cezanın tüm neticelerini ortadan kaldırdığından genel af ilanının varlığı halinde varlığı suç teşkil eden eşyalar haricinde müsadere yaptırımı uygulanmayacaktır.<sup>54</sup> Özel af halinde ise davanın düşmesine karar verilmez, özel af yalnızca verilen cezanın infazını engeller dolayısıyla özel af müsadere yaptırımının uygulanmasını engellemeyecektir.<sup>55</sup>

Dava zamanaşımı süresinin dolmasıyla davanın düşmesine karar verilir dolayısıyla davaya devam edilemediğinden varlığı suç teşkil eden eşyalar hariç olmak üzere müsadere yaptırımı hakkında da karar verilemeyecektir. Ancak Yargıtay’ın dava zamanaşımı dolsa dahi müsadere açısından yargılamaya devam edilip hüküm kurulması gerektiği yönünde kararı mevcuttur; *“ceza davası zamanaşımına uğramış olsa bile yerinde bulundurulmaları nedeni ile işgal eyleminin devamına neden olan ve kesinleşmiş orman tahdit sınırları içerisinde kaldığı tespit edilen tesislerin müsadere karar verilmesi gerektiğinin nazara alınmaması”*<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Gedik, 190-191.

<sup>52</sup> Centel, Zafer ve Çakmut, 743-745.

<sup>53</sup> Yargıtay 3. CD, E. 2014/18235, K.1024/30450, 18.09.2014, (Uyap).

<sup>54</sup> Artuç, 678.

<sup>55</sup> Gedik, 224.

<sup>56</sup> Yargıtay 3.CD. E. 2014/17914, K. 2014/29242, 11.09.2014, (Uyap).

Şikayete tabi suçlarda yargılama aşamasında şikayetten vazgeçilmesi halinde davanın düşmesine karar verilir. Davanın düşmesi nedeniyle yargılama yapılamayacağından eylemin hukuka aykırılığı ispatlanamayacak olup müsadere yaptırımı hakkında da hüküm kurulamayacaktır.<sup>57</sup>

Önödeme kurumu; TCK'nın 75.maddesinde düzenlenen uzlaştırmaya tabi olan suçlar dışında yalnızca adli para cezasını veya üst sınırı altı ayı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlarda madde metninde belirtildiği üzere hesaplanan bedelin Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılan tebligat üzerine on gün içinde ödenmesi halinde kamu davasının açılmamasına veya açılan kamu davasının düşmesine sebebiyet veren bir kurumdur. Önödeme kurumunun uygulanması neticesinde kamu davasının açılmamasına veya açılan kamu davasının düşmesine karar verilse dahi TCK'nın 75.maddesinin 5.fıkrasındaki düzenleme gereği öndeme kurumu müsadere yaptırımının uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.<sup>58</sup>

Uzlaştırma; soruşturma veya kovuşturma aşamasında şüpheli/sanık ile suçtan zarar gören/mağdurun anlaşması neticesinde ceza davasının düşmesine karar verilen bir alternatif çözüm yoludur. Soruşturma aşamasında tarafların uzlaşmaya varmaları halinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir ve müsadere yaptırımı uygulanmaz. Kovuşturma aşamasında tarafların uzlaşmaya varması halinde ise ceza davası düşer ve dava tüm hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkar dolayısıyla bizatihi varlığı suç teşkil eden eşyalar hariç olmak üzere müsadere yaptırımına karar verilemez.<sup>59</sup>

### **3. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Varlığı Halinde Müsadere**

Hukuka uygunluk sebepleri, TCK'da "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlığı altında düzenlenen fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırıp eylemi baştan itibaren hukuka uygun hale getiren sebeplerdir.<sup>60</sup> Kanun hükmünü yerine getirme, amirin emrini icra, meşru savunma, zorunluluk hali, hakkın yerine getirilmesi ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebepleri olarak

---

<sup>57</sup> Gedik, 233.

<sup>58</sup> Artuç, 679.

<sup>59</sup> Gedik, 262.

<sup>60</sup> Dönmezer ve Erman, 54.

sayılmıştır.<sup>61</sup> Hukuka uygunluk nedeni söz konusu olduğunda, fail tarafından işlenmiş olan ve ceza kanununda suç olarak düzenlenmiş bir eylem olmasına rağmen suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden eylem suç olarak kabul edilmeyecek ve sanık hakkında beraat kararı verilecektir. Dolayısıyla TCK m. 54/4'te belirtilen bizatihi varlığı suç teşkil eden eşyalar hariç olmak üzere hukuka uygunluk sebebiyle beraat kararı verildiği durumlarda eylem suç teşkil etmediğinden müsadere kararı verilemeyecektir.<sup>62</sup>

Örneğin, kendisine saldıran kişiye karşı silahını kullanan sanık hakkında meşru savunma gereği beraat kararı verilmesi halinde sanığın eylemi hukuka uygunluk sınırları içinde kaldığından suç teşkil etmeyecektir dolayısıyla sanığın ruhsatlı silahının da müsaderesine karar verilemeyecektir.

Hukuka uygunluk nedeninde sınırın taksirle aşılması halinde eşyanın müsaderesine karar verilemeyecektir zira eylemin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse eylem hukuka aykırı eylem olarak kabul edilmediğinden bir suçun varlığından söz edilemeyecek<sup>63</sup> ve müsadere kararı verilemeyecektir. Eylemin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmiş olsa dahi müsadere yaptırımını taksirli suçlar açısından uygulanmadığından yine müsadere kararı verilemeyecektir.<sup>64</sup>

Hukuka uygunluk nedeninde sınırın kasten aşılması halinde örneğin kendisine yumrukla saldıran bir kişiyi havaya ateş etmek suretiyle defedebilecekken saldırgana ateş etme eylemi meşru savunma sınırları içerisinde değerlendirilemeyeceğinden eylemin hukuka uygunluğundan söz edilemeyecek dolayısıyla silahın müsaderesine karar verilecektir.<sup>65</sup> Sınırın heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılmış olması halinde ise öğretilde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre hukuka uygunluk sebebinin heyecan, korku veya telaş nedeniyle aşılmış olması halinde faile ceza verilmese dahi eylem hukuka aykırı olduğundan

---

<sup>61</sup> Centel, Zafer ve Çakmut, 303.

<sup>62</sup> Yargıtay 3.CD. E. 2017/7037, K. 2018/2848, 21.02.2018 (Uyap).

<sup>63</sup> Mehmet Emin Artuk ve Ahmet Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022) 560-564.

<sup>64</sup> Atruç, 679.

<sup>65</sup> Atruç ve Gökcan, 1776.

suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsadere edilmesi gerekir.<sup>66</sup> Diğer bir görüşe göre ise hukuka uygunluk sebebinin mazur görülebilir veya mücbir bir sebep nedeniyle heyecan, korku veya telaşla aşılmış olması halinde suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsadere edilmemesi gerekir.<sup>67</sup>

#### 4. Şahsi Cezasızlık Sebebi Etkin Pişmanlık ve Gönüllü Vazgeçme Hâllerinde Müsadere

Şahsi cezasızlık sebebi, sanığın işlediği eylem suç olmasına rağmen sanığın kişiliğinden kaynaklanan sebeplerden dolayı cezanın verilmediği durumdur.<sup>68</sup> Örneğin çocuğun, babasının cebinden para çalması eylemi hırsızlık suçunu oluşturur ancak TCK m.167/1-b gereği çocuk hakkında şahsi cezasızlık sebebinin varlığı nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir ancak bu karar müsadere kararı verilmesine engel teşkil etmeyecektir. Eğer suç neticesinde elde edilen para suçun mağduru olan babaya iade edilemezse paranın müsaderesine karar verilecektir.<sup>69</sup>

Etkin pişmanlık, suçu işledikten sonra failin pişman olup suç neticesinde meydana gelen hukuka aykırılıkları giderme çabasıdır. Etkin pişmanlık halinde suç tamamlanmış ve hukuka aykırı eylem gerçekleşmiştir o nedenle müsadere kararı verilmesine engel teşkil etmeyecektir. Örneğin sanık maymuncukla kapı kilidini açıp hırsızlık suçunu işledikten sonra etkin pişmanlık göstererek çaldığı eşyaları mağdura iade etse dahi suçun işlenmesinde kullanılan maymuncuğun müsaderesine karar verilecektir.<sup>70</sup>

Gönüllü vazgeçme halinde, sanığın vazgeçme anına kadarki işlediği eylem suç olarak kabul edilmekte ise suçta kullanılan eşyanın müsaderesine karar verilir. Ancak vazgeçme anına kadarki eylem suç teşkil etmiyorsa müsadere kararı verilemeyecektir zira ortada kasıtlı bir suçun varlığı söz konusu değildir.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Gedik, 184.

<sup>67</sup> Bakıcı, 1065.

<sup>68</sup> Gedik, 200 vd.

<sup>69</sup> Abdulkadir Certel, *Müsadere* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008) 66.

<sup>70</sup> Artuç, 679.

<sup>71</sup> Sedat Bakıcı, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri (Ankara: Adalet Yayınevi 2008) 1245.

## II. KAZANÇ MÜSADERESİ

Kazanç müsadereyi TCK'nin 55.maddesinde “Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadereyi karar verilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Kazanç müsadereyi düzenlenmesiyle sanığın suç işleyerek gelir etme ve geçimini bu şekilde idame ettirme düşüncesinin oluşmasını engellemek amaçlanmaktadır. Zira kazanç müsadereyiyle işlenen suç neticesinde yalnızca ceza verilmesiyle yetinilip elde edilen maddi kazançlar sanığın yanına kâr olarak kalırsa bu cezanın caydırıcılığından söz edilemeyecektir. Cezaya ek olarak edinilen maddi kazancın kazanç müsadereyi kapsamında müsadere edilmesi gerekir.<sup>72</sup>

Sanık suç işleyerek elde ettiği kazancı başkasına devretse dahi yine de kazancın müsadere edilmesini engelleyemeyecektir. Kazanç müsadereyi karar verilebilmesi için eşya müsadereyiinde olduğu gibi kanunda belirtilen şartların sağlanması gerekmektedir. Suçun kasıtlı bir şekilde işlenmiş olması, kazancın suç neticesinde elde edilmiş olması, kazancın suçun mağduruna iade edilemiyor olması gerekir.<sup>73</sup>

### A. Kazanç Müsadereyiine Karar Verebilmek İçin Gerekli Koşullar

#### 2. Kasıtlı Bir Suç İşlenmelidir

Eşya müsadereyiinde olduğu gibi kazanç müsadereyiinde de müsadere kararı verilebilmesi kasıtlı bir suçun işlenmesi gerekir zira taksirli suçlarda müsadere yaptırımını uygulanmamaktadır. Kasıtlı suçun varlığı gerekse de müsadere kararı verilebilmesi için mahkumiyet hükmü kurulması şart değildir.<sup>74</sup>

Suç neticesinde elde edilen kazancın sanığın yanına kâr kalmaması amaçlandığından yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı müsadere kararı verilmesine

---

<sup>72</sup> Özgenç, 975.

<sup>73</sup> Artuç ve Gökcan, 1860.

<sup>74</sup> Gedik, 218.

engel teşkil etmeyecektir. Örneğin ceza ehliyeti olmayan çocuğun işlediği hırsızlık suçundan elde ettiği gelir kazanç müsadere kapsamında müsadere edilecektir.<sup>75</sup>

Eşya müsadere sinin konusunu ekonomik değeri olan ve maddi varlığa sahip eşyalar oluştururken, kazanç müsadere sinin konusunu ekonomik değeri olan her çeşit menfaat oluşturabilir. Hatta kazanç müsadere sine konu olan malvarlığı değeri başka bir kazançla dönüştürüldüyse bu kazanç da müsadere ye konu olabilir.<sup>76</sup>

### 3. Kazanç Suça Bağlı Olarak Elde Edilmelidir

Suçun işlenmesi neticesinde elde edilen gelirler; suç işlenmeden önce elde olmayıp suç işlenmesi sayesinde elde geçirilen gelirlerdir örneğin; yurtdışından kaçak olarak getirilen eşyaları satmak suretiyle elde edilen gelirler veya uyuşturucu madde satmak suretiyle elde edilen gelirler veya göçmen kaçakçılığı suçu neticesinde elde edilen gelirler gibi. Bunun yanında suç neticesinde elde edilen gelirden yalnızca parasal gelirler anlaşılmalıdır örneğin silah kaçakçılığı suçu neticesinde elde edilen villa gibi taşınmazlar veya bono, poliçe çek gibi kambiyo senetleri, altın veya döviz gibi menkul kıymetler de kazanç müsadere si kapsamında müsadere edilebilecektir.<sup>77</sup>

Kanun maddesinde belirtilen suçun işlenmesi için sağlanan menfaat ifadesinden sanığa suç işleme si için üçüncü kişi tarafından sağlanan menfaatin anlaşılması gerekir.<sup>78</sup> Örneğin; seri katile adam öldürmesi için verilen menfaat gibi. Doktrindeki bir görüşe göre sanığın suç işleme düşüncesi yokken sağlanan maddi menfaat neticesinde sanığın suç işleme si halinde elde ettiği kazanç müsadere edilecektir. Aksi halde suç işlediği için sanığa ödül verilirse bu kazanç müsadere edilemeyecektir.<sup>79</sup>

Suçun işlenmesi ile elde edilen, suçun konusunu oluşturan, suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler değerlendirilerek gelir elde edilebildiği gibi başka bir eşyaya da dönüştürülebilmektedir. Kanun koyucu suçla bağlantılı ekonomik

---

<sup>75</sup> Artuç, 699.

<sup>76</sup> Gedik, 220.

<sup>77</sup> Soygüt Aslan, 78.

<sup>78</sup> Özgenç, 975.

<sup>79</sup> Artuç, 703.



kazançların müsadere edileceğini düzenleyerek, sanığın suç işlemek suretiyle zenginleşmesinin önüne geçmeyi ve sanığı suç işlemekten önceki ekonomik konumuna getirmeyi amaçlamaktadır.

Bir eşya veya kazanç meşru ya da gayri meşru yollarla değerlendirilebilir veya dönüştürülebilir. Örneğin, uyuşturucu ticaretinden elde edilen para ile alınan taşınmaz mal veya paranın banka faiziyle değerlendirilmesi veya tersi düşünülecek olursa rüşvet ile elde edilen otomobilin satılarak paraya dönüştürmesi gibi hâllerde failin geliştirdiği veya dönüştürdüğü eşya veya kazanç müsadere edilecektir. Sanığın uyuşturucu satarak elde ettiği gelire satın aldığı taşınmaz veya iki bin TL'yi değerlendirerek elde ettiği dört bin TL veya rüşvet suçu neticesinde elde ettiği arabayı satarak kazandığı iki milyon TL müsadere edilecektir.<sup>80</sup>

Müsadere için sanığın işlediği suç ile elde edilen kazancın bağlantısının kesin ve net bir şekilde ispatlanması gerekir örneğin Yargıtay verdiği bir kararında ele geçirilen 440 TL'nin tamamının uyuşturucu ticareti neticesinde elde edildiğine dair somut delil bulunmadığından suçtan elde edildiği tespit edilen 80 TL'nin müsaderesine geri kalan 360 TL'nin iadesine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>81</sup>

#### **4. Elde Edilen Kazancın İyiniyetli Üçüncü Kişiyeye Ait Olmaması veya Suçun Mağduruna İade Edilemiyor Olması Gerekir**

Elde edilen kazancın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olması iki durumda söz konusu olabilir. İlki iyiniyetli üçüncü kişiye ait olan örneğin taşınır veya taşınmaz bir değer suçu işlemesi için sanığa verilmesi halinde bu kazancın müsadere edilmemesi için üçüncü kişinin suça iştirak etmemiş veya bu menfaatin suçun işlenmesi için sağlandığını bilmiyor veya dikkat ve özen gösterse dahi

<sup>80</sup> Artuç ve Gökcan, 1869.

<sup>81</sup> "Adli emanetin ... sırasında kayıtlı 440 TL'nin uyuşturucu madde ticareti neticesinde elde edildiği gerekçesi ile TCK'nin 55/1. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi yerine, paranın tamamının uyuşturucu satışından elde edildiği dair delil bulunmadığından, uyuşturucu satışından elde edildiği tespit edilen 80 TL'nin müsaderesine, geriye kalan 360 TL'nin ise uyuşturucu satışından elde edildiğine dair yeterli delil elde edilemediğinden sanığa iadesine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir." Yargıtay 20. CD. E. 2016/685, K. 2016/5666, 28.11.2016, (Uyap).

bilemeyecek durumda olması gerekir. Örneğin bir kimse babasına ait 5 Bin TL'yi bir kimseyi kasten yaralaması için sanığa vermesi halinde bu durumda 5 Bin TL iyiniyetli üçüncü kişi olan babaya ait olduğundan suçun işlenmesi için sağlanmış olsa da müsadere karar verilemeyecektir.<sup>82</sup>

İkinci durum ise; suçun işlenmesi neticesinde elde edilen kazancın veya menfaatin iyiniyetli üçüncü kişinin eline geçmesi halidir. En çok karşılaşılan durum; rüşvet veya hırsızlık veya dolandırıcılık gibi suçlar neticesinde elde edilen kazancın eş, çocuk, akraba, arkadaş gibi kişilere devredilmek suretiyle kazancın müsadere edilmesinin engellenmeye çalışılmasıdır. Bu durumlarda üçüncü kişi iyiniyetliyse müsadere kararı verilemezken üçüncü kişi iyiniyetli değilse kazancın müsadere karar verilir. Örneğin; sanığın dolandırıcılık suçunu işleyerek elde edeceği para ile bir akıllı telefon satın alıp paranın telefoncu olan üçüncü kişinin hesabına aktarılmasını sağlaması olayında, dolandırıcılık suçu neticesinde elde edilen kazanç iyiniyetli üçüncü kişi olan telefoncunun hesabına geçmiştir. Olay neticesinde telefoncunun hesabındaki para değil dolandırıcılık suçunu işleyerek elde ettiği kazancı telefona dönüştüren failin telefonunun müsadere edilmesi gerekecektir.

Bir diğer örnek ise; sanığın rüşvet suçu neticesinde elde ettiği lüks aracını eşine devretmesi olayında, eşinin devlet memuru olup lüks araç alamayacağını bilen diğer eşin iyiniyetli olduğu düşünülemeyeceğinden aracın müsadere karar verilecektir.

Kazancın bir suçun işlenmesi neticesinde elde edildiği kesin olarak ispatlanmış olmasına rağmen bu malvarlığı veya kazancın müsadere edilebilmesi için suçun mağduruna iade edilemiyor olması gerekmektedir.<sup>83</sup> *“Sanıkların kolluğa teslim ettikleri araçlar bakımından mağdurunun belirlenme olanağı ve suçun mağduruna iade edilebilme imkânı bulunan hâllerde TCK'nin 55/1. maddesine göre kazanç müsadere kararına hükmedilemeyeceğinin gözetilmesi gerektiğine karar verilmiştir.”*<sup>84</sup>

### III. MÜSADERE YARGILAMASI

---

<sup>82</sup> Artuç, 708.

<sup>83</sup> Özgenç, 975; Soygüt Arslan, 414.

<sup>84</sup> Yargıtay 17. CD. E. 2019/2905, K. 2019/6863, 08.05.2019, (Uyap).

Müsadere usulü CMK'nın 256-259 maddelerinde "Müsadere Usulü" başlığı altında düzenlenmiştir. Kural olarak suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsaderesine usul hükümleri gereği asıl dava için hazırlanan iddianamede müsaderenin talep edilip asıl davanın görüldüğü mahkemede müsadere yargılamasının yapılmasıdır.<sup>85</sup> Eğer savcılık tarafından hazırlanan iddianamede eşyanın müsaderesi talep edilmemişse veyahut da müsadere talep edilmesine rağmen mahkeme tarafından müsadere hakkında ilgili hüküm kurulmamışsa Cumhuriyet savcısı veya katılan müsadere yaptırımı hakkında karar verilmesi için davayı gören mahkemeye başvurabilir. Müsadere kararı verilebilmesi için talep edilmesi şart olmasına rağmen iade kararı için talep şartı yoktur mahkeme resen veya ilgililerin istemi üzerine eşyanın iadesine karar verebilir.

Asıl davanın görüldüğü mahkemedeki müsadere yargılamaları duruşmalı olarak yapılır. Müsadere yargılamasına konu olan eşya veya malvarlığı üzerinde hakkı olan kişiler duruşmaya çağırılır, bu kişilerin duruşmaya iştirak etmemeleri CMK'nın 257/3. maddesi uyarınca yargılamaya devam edilip karar verilmesine engel teşkil etmez.

Mahkemeler tarafından verilen müsadere kararına karşı CMK'nın kanun yolu başlıklı 258. maddesine göre istinaf kanun yolu açıktır. Düzenlemeye göre Cumhuriyet savcısı veya katılan veya eşya ya da mal varlığı üzerinde hak sahibi olan kişiler, asıl davanın görüldüğü mahkemede verilen müsadere veya iade kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurabilecektir.

Bir suçun işlenmesinde kullanılmasına gerek olmaksızın bizatihi varlığı suç teşkil eden eşyaların müsaderesine CMK'nın 259. maddesindeki düzenlemeye göre sulh ceza hakimi tarafından karar verilecektir. Bu hüküm uyarınca örneğin ruhsatsız silah, uyuşturucu madde, kaçak eşya gibi eşyaların müsaderesine sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapmaksızın dosya üzerinden karar verilir. Bu müsadere usulünde eşya faille ait olabileceği gibi fail dışında herhangi bir üçüncü kişiye de ait olabilir ve suç işlenmesine gerek olmaksızın müsadere kararı verileceği için mahkumiyet kararı da aranmaz.<sup>86</sup> Sanık hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar, şahsi cezasızlık sebebiyle ceza verilmesine yer

---

<sup>85</sup> Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018) 221.

<sup>86</sup> Gedik, 209.

olmadığına dair karar, beraat, durma, düşme, zamanaşımı gibi kararlar bu eşyanın müsadere edilmesini engellemez. Bu karar mahkeme kararı değil hâkim kararı olduğundan itiraz kanun yoluna tabidir. İtiraz kanun yoluna ise Cumhuriyet savcısı, katılan veya eşya ya da mal varlığı üzerinde hak sahibi olan üçüncü kişiler başvurabilir.<sup>87</sup>

## SONUÇ

Çalışmamızda 5237 sayılı TCK'nın 54 ve 55.maddelerinde güvenlik tedbiri olarak düzenlenen müsadere yaptırımı ile 5271 sayılı CMK'nın 256-259. maddeleri arasında düzenlenen müsadere yargılamasını ele aldık. Müsadere, işlenen bir suçun karşılığı olarak kanunda gösterilen koşulların sağlanmasıyla bir eşyanın mülkiyetinin veya elde edilen kazancın mahkeme kararıyla maliklerin elinden alınarak mülkiyetinin kamuya geçirilmesi yaptırımıdır. Müsadere kararı kişinin malvarlığına yönelik bir kurumdur.

Doktrinde ve Yargıtay uygulamalarında müsadere yerine “zorallım” kelimesinin kullanıldığı da görülmektedir. Suçun işlenmesinde kullanılan eşyaların veya suç neticesinde elde edilen menfaatlerin devlet tarafından müsadere edilmesiyle, kanunda sayılan diğer güvenlik tedbirleri gibi geleceğe etkili olarak yeni suçların işlenmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Örneğin suç neticesinde elde edilen kazanç müsadere edilmezse, sanıkta suç işleyip kazanç elde ettikten sonra “hapse girsem dahi ailem malvarlığına sahip olur” düşüncesi hasıl olur, böylelikle suç oranları gün geçtikçe artar.

Hukukumuzda suçta kullanılan eşyanın veya suç neticesinde elde edilen kazancın müsadere kurumuna yer verilmekle birlikte 1982 Anayasa'sında genel müsadere yasaklanmıştır. Genel müsadere failin bütün mal varlığı üzerindeki mülkiyet haklarına son verilerek bu mallar üzerindeki mülkiyetin devlete geçirilmesi yaptırımıdır. Failin işlediği suçla ilgisi olmayan malvarlığını sonlandıran ve suçların ve cezaların şahsiliği ilkesinin aksine failin aile

---

<sup>87</sup> “Suç konusu olmayıp, suçta kullanılmayan ve sahibi hakkında ceza davası açılmayıp bulundurulması, taşınması izne tabi bulunan eşyaların müsadere ilişkisi CMK'nın 259.maddesi uyarınca verilen kararlar, duruşma yapılarak karar verilmesi yasa yolunu değiştirmeyeceğinden itiraza tabi olup...” Yargıtay 8. CD. E. 2017/13830 K. 2017/13542, 30.11.2017, (Uyap).

bireylerinin mülkiyet ve miras haklarını etkileyen, kişinin ekonomik ve sosyal bakımdan mahvına neden olacak şekilde tüm malvarlığının devlete geçirilmesi anlamına gelen bu müsadere çeşidi günümüzde uygulanmamaktadır.

Hukukumuzda müsadere, eşya müsaderesi ve kazanç müsaderesi olmak üzere iki tür olarak düzenlenmiştir. Bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suça tahsis edilen eşya, eşya müsaderesi kapsamında müsadere edilecekken, suçun işlenmesi neticesinde elde edilen maddi menfaatler ise kazanç müsaderesi kapsamında müsadere edilecektir.

Müsadere yaptırımının uygulanabilmesi için madde metninde sayılan şartların sağlanması gerekmektedir. Bunlar; işlenen suçun kasıtlı olması, eşyanın suçla bağlantılı olması, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması ve müsadere yaptırımının orantılı olmasıdır. Bu şartlar incelenecek olursa; yalnızca kasıtlı suçlar bakımından müsadere yaptırımının uygulanabilir olması taksirli suçlar için bu yaptırımın uygulanmaması anlamına gelmektedir. Örneğin motosikletle kasıtlı olarak bir kimsenin yaralanmasına sebep olunması halinde motosikletin müsaderesine karar verilebilecekken taksirli olarak motosikletle kişinin yaralanmasına sebebiyet verilmesi halinde motosikletin müsaderesine karar verilemeyecektir. Yine motosikleti kullanan kişinin silahı olmasına rağmen kişiyi silahıyla yaralamadığı için ruhsatlı silahın suçla bağlantısı olmadığından müsaderesine karar verilemeyecektir. Eğer sanık motosikleti suç işleyeceğinden haberi olmayan arkadaşından almış olsaydı eşya iyiniyetli üçüncü kişiye ait olduğundan motosikletin müsaderesine karar verilemeyecekti. Olay orantılık ilkesi açısından ele alınacak olursa mağdurun basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralanmış olduğu ve motosikletin müsadere edilmesinin sanığın mahvına neden olacak olması halinde mahkeme tarafından orantılılık ilkesi gereği eşyanın müsadere edilmemesi yönünde karar verilebilecektir.

Beraat kararı verilmesi halinde suçta kullanılan eşyanın müsaderesine karar verilip verilmeyeceğinin belirlenmesi açısından beraat kararının hangi gerekçe ile verildiği önemlidir. Örneğin kasten yaralama suçunun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olduğu hallerde beraat eden sanığa ait ruhsatlı silahın iadesine karar verilirken, silah ruhsatsız ise veya 6136 sayılı yasaya aykırı silah ise sanık hakkında yaralama suçundan beraat kararı verilmesine rağmen silahın müsaderesine karar verilecektir. Şahsi cezasızlık veya etkin pişmanlık hallerinde hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil mevcut olduğundan, hukuki niteliği güvenlik

tedbiri olan müsadereye hükmedilmesi yönünde bir engel bulunmamaktadır. Gönüllü vazgeçme halinde de eğer sanığın vazgeçme anına kadarki eylemi suç teşkil ediyorsa gönüllü vazgeçme, müsadere kararı verilmesini engellemeyecektir.

Son olarak müsadere yaptırımına asıl davanın görüldüğü mahkemede karar verilir. Eğer asıl davanın görüldüğü mahkeme tarafından müsadere hakkında hüküm kurulmazsa Cumhuriyet savcısı ya da katılan yetkili mahkemeye müracaat ederek müsadere davasını açabilirler. Mahkeme tarafından verilen müsadere kararına karşı istinaf kanun yoluna gidilebilir. Eğer ki varlığı suç teşkil eden eşya söz konusu ise bu durumda sulh ceza hakimliği tarafından duruşmasız bir şekilde dosya üzerinden eşyanın müsaderesine karar verilir. Bu karar mahkeme kararı değil hakim kararı olduğu için itiraz kanun yoluna tabidir.

---

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author has not declared whether this work has received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author has not declared whether ethics committee approval was required.

---

---

**KAYNAKÇA**

- Acar, Hüseyin. "Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu" Yayınlanmamış Doktora Tezi Ankara: Çankaya Üniversitesi SBE, 2019.
- Akbulut, Berrin. *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Akyılmaz, Sevgi Gül. "Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması." *Gazi Üniversitesi Dergisi* Cilt 12 no 1-2 (2008).
- Altuğ, Şahin. *Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Artuç, Mustafa ve Hasan Tahsin Gökcan. *Türk Ceza Kanunu Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Artuç, Mustafa. *Hüküm Kurma Sanatı*. Ankara: Türkiye Adalet Yayınevi, 2020.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Aydın, Öykü Didem. "Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası'nda Müsadere". *AÜHFD* 43, no.1-4 (1993).
- Bakıcı, Sedat. *5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Certel, Abdulkadir. *Müsadere*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Dönmezer, Sulhi ve Erman Sahir. *Nazari Tatbiki Ceza Hukuku*. Cilt II. İstanbul: Beta Yayınevi, 1994.
- Ercan, İsmail. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Gedik, Doğan. *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Müsadere*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Okandan, G. Recai. *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1951.

- Oğuzman, Kemal, Ömer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2020.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Soygüt Arslan, Mualla Buket. "Türk Hukukunda Müsadere," Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi SBE, 2014.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Cilt- II, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- TDK. "Zor Alım". erişim tarihi: Nisan 3, 2023, <https://sozluk.gov.tr>.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.
- Yerdelen, Erdal. *Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Yılmaz, Zekeriya. *Teori ve Uygulamada Müsadere*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Yücebaş, Önder. "Suç Ekonomisi ve Terörün Finansmanı." Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi SBE, 2010.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümleri TCK m. 1-75*. İstanbul: Beta Yayınları, 2022.



# “ÖNYARGISIZ” YARGILANMA HAKKI: DREYFUS DAVASI ÖRNEĞİ

*Right to be Tried “Without Prejudice” : Dreyfus Case Example*

**Musa BULU\***

## Öz

İnsan, biyolojik varlığı için suya ne kadar muhtaçsa, toplumsal varlığı için de adalete o kadar muhtaçtır. Adalete ulaşmak için çıkılan yol ise hassas ve meşakkatlidir. Adil bir karara ulaşmak için yargılamanın tabii olduğu ilke ve güvenceler vardır. Hakkı olana erişmek için herkes hak arama hürriyetine sahip olmalıdır. İstisnalar dışında yargılamalar aleni yürütülmelidir. Yargılama makul bir sürede sonuçlandırılmalıdır. Tabii hâkim güvencesinin bir sonucu olarak yargılamayı yürütecek olan mahkemenin önceden kanunla belirlenmiş olması gerekir. Tüm bu güvenceler sağlanmış olsa dahi bağımsız ve tarafsız bir yargılama olmadan adil bir yargılamadan da bahsedilemeyecektir. Bağımsızlık, tarafsızlık için bir önkoşuldur. Ancak bağımsızlığı güvence altında olan hâkimin içsel yönüyle ilgili olan tarafsızlığı da sağlaması gerekir. Tarafsızlık için hâkimin yargılamayı önyargılarının tesirinde kalmadan yürütmesi ve sonuçlandırması gerekir. Çalışmada, yargılamanın önyargısız yürütülmesinin adil bir yargılama bakımından önemi ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Önyargısız yargılama

\* Hâkim Adayı, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Kamu Hukuku/İnsan Hakları Doktora Öğrencisi, bulumusa@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1065-6965>.

**Makale Gönderim Tarihi/Received:** 18.08.2023.

**Makale Kabul Tarihi/Accepted:** 12.10.2023.

**Atıf/Citation:** Bulu, Musa. ““Önyargısız” Yargılama Hakkı: Dreyfus Davası Örneği.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2023): 1087-1127.

**“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.”** 

hakının önemi tarihin en büyük yargılama yanlışlarından olan Dreyfus davasıyla somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Önyargı, Adil Yargılanma Hakkı, Bağımsızlık, Tarafsızlık, Masumiyet Karinesi

## **Abstract**

Human needs justice for his social existence as much as he needs water for his biological existence. The way to reach justice is delicate and arduous. There are principles and guarantees that the trial is subject to in order to reach a fair decision. Everyone should have the freedom to seek justice in order to access what is right. Proceedings should be conducted in public, with exceptions. The trial must be concluded within a reasonable time. As a result of the guarantee of the natural judge, the court that will conduct the trial must be determined by law in advance. Even if all these guarantees are provided, a fair trial will not be possible without an independent and impartial trial. Independence is a prerequisite for impartiality. However, the judge, whose independence is guaranteed, must also ensure impartiality, which is related to his internal aspect. For impartiality, the judge must conduct and conclude the trial without being influenced by his prejudices. In this study, the importance of conducting the trial without prejudice in terms of a fair trial will be tried to be revealed. The importance of the right to be tried without prejudice will be tried to be embodied in the Dreyfus case, which is one of the biggest misjudgments in history.

**Key Words:** Prejudice, Right To A Fair Trial, Independence, Impartiality, Presumption of Innocence

## **GİRİŞ**

İnsanlık adalete, suya ihtiyaç duyduğu kadar ihtiyaç duyar. İnsanlık için böylesine önemli bir yer tutan adalet talebinin karşılanabilmesi için yargılama sürecinin adil yargılanma hakkının ilke ve güvencelerine uygun şekilde yürütülmesi gerekir. Adalete ihtiyaç duyan kişinin sahip olduğu haklara erişebilmesi için öncelikle hak arama hürriyetine sahip olması gerekir. Bu hürriyete sağlanması gereken güvencelerle birlikte kavuşan kişi hala adalete tam olarak erişmiş sayılmayacaktır. Adalete erişmesi için bir dizi başka güvencelerin

de sağlanmış olması gerekir. Yargılama istisnalar dışında herkese açık yürütülmelidir. Adalet ile sürati arasındaki ilişki sıkı olduğundan yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması gerekir. Tabii hâkim güvencesinin bir neticesi olarak davayı yürüten mahkemenin önceden ve kanunla belirlenmiş olması gerekir. Ancak tüm bu unsurlar sağlansa dahi adil bir yargılama, bağımsız ve tarafsız bir yargıya ihtiyaç duyar. Bağımsızlık, tarafsızlık için bir önkoşuldur. Bağımsızlık, yargının her türlü baskı ve etkilerden korunmasıdır. Bu öylesine bir korumadır ki yargı, uygulamış olduğu kanunların kaynağı olan yasama erkine karşı da bağımsızdır. Ancak dışsal olarak her türlü etki ve tesirden korunan hâkimin tarafsızlığı iç yönüyle ilgilidir. Hâkimin tarafsız kalabilmesi için davayı yürütürken ve kararını verirken önyargılarından sıyrılması gerekir.

Çalışmanın ilk bölümünde adil yargılanma hakkının unsurları üzerine incelemelerde bulunulacaktır. İkinci bölümde önyargısız yargılanma hakkının tanımı, önyargının bilimsel neden ve çeşitleri üzerine yapılan incelemeler sonrasında adil yargılanma hakkının unsurlarıyla ilişkilendirilerek açıklanmaya çalışılacaktır. Üçüncü bölümde önyargısız yargılanma hakkının önemi tarihin en büyük yargılama yanlışlarından olan Dreyfus davası örneğiyle somutlaştırılacaktır.

Çalışmanın amacı önyargısız bir yargılamanın önemini ortaya çıkarmaktır. Önyargısız bir yargılamanın öneminin ortaya çıkarılması için öncelikle adil yargılanma hakkının unsurları açıklanmaya çalışılmıştır. Önyargısız yargılanma hakkı bölümünde önyargının tanımlaması sosyal-psikoloji biliminden yararlanılarak yapılmıştır. Aynı bölümde adil yargılanma hakkının unsurlarıyla önyargısız bir yargılamanın ilişkisi ortaya koyulmuştur. Son bölümde ise Dreyfus davası örneği ile önyargısız yargılanma hakkının önemi somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Hemen belirtelim ki, tarafsızlığın hâkimin içsel yönüyle ilgili olması dolayısıyla birçok kez mahkeme ve hâkim kavramları yeknesak hâkim olarak kullanılmıştır.

## I. ADİL YARGILANMA HAKKI

İnsanlar arasında uyuşmazlıkların ortaya çıkması ve bunun çözümü için hâkime başvurulması insanlık tarihiyle eş zamanlı kabul edilebilecektir. İnsan haklarının henüz konuşulmadığı zamanlarda insanın hakkı olarak adil yargılanma hakkından bahsetmek mümkündür. Tüm unsurlarıyla birlikte yazılı

olarak insan hakları belgelerinde yer almadan önce adil yargılanma hakkının var olmadığını düşünmek büyük bir yanılğı olacaktır.

İncil de Mısır'dan Çıkış bölümünde davada çoğunluktan yana konuşarak ve yoksullara olumlu ya da olumsuz ayrımcılık yaparak, güçlüyü kayırarak adaletin saptırılmaması emredilmiştir. Aynı bölümde adalete tekrar tekrar vurgu yapılmıştır.<sup>1</sup> Kuran'da Hz. Davud'un bir davada hüküm verdikten sonra tövbe etmesinin anlatıldığı kıssada Hz. Davud'un tövbe etmesinin sebebi sadece bir tarafı dinleyerek karar vermesi olarak da yorumlanmıştır.<sup>2</sup> Aynı ayetlerde Hz. Davud'a adaletle hükmetmesi için çağrıda bulunulmuştur. M.Ö 2500'lü yıllarda Hammurabi Kanunlarının 5'inci maddesinde davaya bakan hâkimin kendi kusuruyla hatalı karar vermesi durumunda bir daha hâkimlik yapamayacağına yer verilmiştir.<sup>3</sup>

İnsan hakları belgeleriyle birlikte adil yargılanma hakkının bir tanıma kavuştuğu ve muhtevasının sistemli olarak genişletildiği gerçeğini ihmal etmemek gerekir. Ancak adil yargılanma hakkının kadim bir geçmişi vardır. Gerçekten de adil yargılanma hakkı insan hakkı olarak olmasa da insanın hakkı olarak insan hakları sözleşmeleri öncesi bir maziye sahiptir. Bu bölümde adil bir yargılamadan bahsedebilmek için gereken hak arama hürriyeti, aleni yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, tabîi hâkim güvencesi, hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi ilke ve güvencelere ilişkin incelemelerde bulunulacaktır.

## A. Adil Yargılanma Hakkının Sonuçları

### 1. Hak Arama Hürriyeti

Hak arama hürriyeti hukuk devletinin olmazsa olmazı olduğu kadar demokratik olsun ya da olmasın tüm devletlerin tanınması gereken bir insanlık

---

<sup>1</sup> Bursa Protestan Kilisesi, "Mısırdan Çıkış, *Kutsal Kitap*," erişim tarihi Ekim 25, 2023, <https://kutsalkitap.info.tr/?q=Çık.23>.

<sup>2</sup> Abdurrahman Ateş, "İsrailiyatın Odağındaki Peygamber: Hz. Davud -Sâd Suresi 21-25. Ayetler Bağlamında Yapılan Rivayetlere Eleştirel Bir Yaklaşım," *Marife Dini Araştırmalar Dergisi* 10, no. 1 (2010): 18.

<sup>3</sup> "Hammurabi Kanunları," Kazancı, erişim tarihi Haziran 18, 2023, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/mbb/files/ih-magna-1-hammurabikan.htm>; İhsan Berkhan, "Adil Yargılanma Hakkı," *İstanbul Barosu Dergisi* 97, no. 5 (2012): 319.

mirasıdır.<sup>4</sup> Bu zorunluluk aslında devletin var oluşuna kadar dayandırılabilir. Çünkü hak arama hürriyetinin bulunmadığı yerde ihkak-ı haktan söz edilecektir. Hak arama insanın doğası gereği ilişkilerinde ortaya koyduğu dinamik bir eylemdir.<sup>5</sup> Herkesin yetkili merciler dışında kendi mahkemesinin hem davacısı hem yargıcı olduğu toplum sözleşmesi öncesi durumda devletten de söz edilemeyecektir. Öyleyse söylenebilir ki hak arama hürriyeti demokratik devletten de öte devletin bir gereğidir. Devlet hak arama hürriyeti vasıtasıyla muhtemel ihlallerin düzeltilmesine de olanak sağlar.<sup>6</sup> Hak arama hürriyeti kişinin “adaleti bulma”, “hakkı olanı elde etme” ve uğramış olduğu haksızlıkları “giderme” amacına hizmet eder.<sup>7</sup>

Kişilerin uyuşmazlıkların çözülmesini isteme hakkının; kollektif yaşamının sonucu olarak belli haklara sahip olmaları nedeniyle bu hakların ihlali durumunda ihlalin ortadan kaldırılmasını isteme hakkı olduğu da ifade edilmiştir.<sup>8</sup> Hak arama hürriyeti geniş manada kullanılmakta menfaatleri ve hakları kapsamaktadır.<sup>9</sup>

Hukuk devletinde hak arama hürriyeti tüm enstrümanlarıyla faaldir. Hak arama hürriyetinin sağlanması için tüm imkanlar sağlandığı gibi ona engel olacak unsurların da kaldırılması sağlanır. Maddi imkansızlıklar nedeniyle kişinin hakkını arayamaması adli yardım müesseselerinin gelişmemesi hak arama hürriyetinin önünde büyük bir engeldir.<sup>10</sup> Kişi içerisinde bulunduğu uyuşmazlık karşısında her zaman yargıya başvurma imkanlarına sahip olmalıdır. Hak arama hürriyeti aynı zamanda yargı yolunda ulaştığı neticeyi istinaf ve temyiz aşamalarına taşımayı da kapsamalıdır.<sup>11</sup>

---

<sup>4</sup> Teoman Evren, “Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 1, no. 1 (1988): 5.

<sup>5</sup> Evren, “Hak Arama Özgürlüğü,” 6.

<sup>6</sup> Müslüm Akıncı, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman* (İstanbul: Beta Yayınları, 1999), 26.

<sup>7</sup> Akıncı, 26; İsmail Köküsarı, “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 1 (2011): 166.

<sup>8</sup> Cengiz Gül ve Fatih Birtek, “Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler,” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 1-2 (2007): 6.

<sup>9</sup> Köküsarı, “Hak Arama Özgürlüğü,” 165.

<sup>10</sup> Evren, “Hak Arama Özgürlüğü,” 7-11.

<sup>11</sup> Evren, “Hak Arama Özgürlüğü,” 11.

Hak arama hürriyetinin sağlamış olduğu mahkemeye erişim güvencelerinden yararlanmak için bir suç isnadının ya da medeni bir uyuşmazlığın söz konusu olması gerekmektedir.<sup>12</sup> Hak arama hürriyeti yalnızca yargı mercileri önünde kullanılacak bir hak değildir. İdari ve siyasi başvurular yoluyla da kullanılabilir.<sup>13</sup> Ancak adil yargılanma hakkı kapsamında ele aldığımız hak arama hürriyeti yargı mercilerine başvurma bakımından değerlendirilmelidir. Adil yargılanmadan bahsedebilmek için kuşkusuz bir yargılamadan bahsetmek gerekecektir.

Hak arama hürriyetinin koruyucu bir niteliği vardır. Hak arama hürriyeti için gerekli araçların sağlanmaması sadece hak arama hürriyetine konu olan hak için değil, diğer hak ve özgürlükler bakımından da hakların kullanılmasını engelleyebilir, sınırlandırabilir. Koruyuculuk özelliği tüm haklara sağlıklı erişimin sağlanmasını güvence altına alır.<sup>14</sup> Hak arama hürriyetinin amacının diğer insan haklarını da korumak<sup>15</sup> olduğu düşünüldüğünde koruyuculuk özelliği hak arama hürriyetinin aynı zamanda amacıdır.

Hak arama hürriyeti aynı zamanda kapsayıcıdır pozitif normlarda yer alıp almamasına bakılmaksızın tüm hakları kapsar.<sup>16</sup> Aynı zamanda herkes bakımından geçerli olmalıdır. Hak sahibi olduktan sonra vatandaş ya da yabancı olması fark etmeksizin herkesin hak arama hürriyetinden yararlandırılması gerekir.

Hak arama hürriyetinin bir diğer özelliği etkililiktir.<sup>17</sup> Verilen kararlardan netice alınamadığı, uygulanmadığı durumlarda hak arama hürriyeti etkililiğini yitirecektir. Hak arama hürriyeti yargı kararlarının sonucuna erişmeyi de güvence altına alır. Kesin nitelikteki kararların uygulanmaması yetkili merciler önünde

---

<sup>12</sup> Yunus Emre Yılmazoğlu, "Yürütmenin Durdurulması Kararının Uygulanmamasının Hak Arama Hürriyetine Etkisi," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 9 (2017): 538-39.

<sup>13</sup> Köküarı, "Hak Arama Özgürlüğü," 166.

<sup>14</sup> Köküarı, "Hak Arama Özgürlüğü," 179.

<sup>15</sup> Gül ve Birtek, "Hak Arama Özgürlüğü," 7.

<sup>16</sup> Köküarı, "Hak Arama Özgürlüğü," 179; Kaboğlu'na göre ise; hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların önkoşulu ve usulü güvencesidir; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku* (Ankara: İmge Kitabevi Yayıncılık, 2002), 162.

<sup>17</sup> Köküarı, "Hak Arama Özgürlüğü," 180.

hakkını arama hürriyetini işlevsiz kılmaktadır.<sup>18</sup> Hak arama hürriyeti her zaman yargılamadan olumlu sonuç alınacağı anlamına gelmemektedir. Kişinin sahip olduğunu, ihlal edildiğini düşündüğü haklarını araması için uygun şartların sağlanması ve adil bir yargılamanın yürütülmesi gerekli ve yeterlidir.<sup>19</sup>

## 2. Aleni Yargılanma Hakkı

Aleni yargılanma hakkı adil yargılanma hakkının iki biçimsel unsurundan birini oluşturmaktadır. Diğer ise makul sürede yargılanma hakkıdır.<sup>20</sup> Aleni yargılanma hakkı, en sade tanımıyla yargılamanın herkese açık şekilde yürütülmesidir.<sup>21</sup> Ancak buradan yargılamalara mutlaka halktan birilerinin katılması gerektiği çıkarılmamalıdır.<sup>22</sup> Aleni yargılanma hakkının sağlanması için yargılama halkın erişebileceği yerlerde yapılmalı, duruşma tutanakları halka açıklanabilmelidir. Tarihsel süreç içerisinde ceza muhakemesinin kapalı kapılar arkasında yapılmasının insan hakları açısından olumsuz sonuçları tecrübe edilmiştir.<sup>23</sup> Bu nedenle duruşmalara herkesin katılabilmesini sağlamanın yargılamanın sağlıklı yürütülmesi için büyük bir önemi vardır. Ceza muhakemesi bakımından alenilik ilkesi kovuşturma aşamasında geçerlidir. Soruşturma aşamasında ise lekelenmeme hakkı ve delillerin güvenliği için esas olan soruşturmanın gizli yürütülmesidir.<sup>24</sup>

Doktrinde Tosun, halkın yargılamaya katılma hakkının demokrasinin mantıksal bir sonucu olduğu ifade etmiştir. Buna göre halk için halk tarafından

---

<sup>18</sup> Yılmazoğlu, “Yürütmenin Durdurulması,” 537.

<sup>19</sup> Köküarı, “Hak Arama Özgürlüğü,” 180.

<sup>20</sup> Ayşe Özkan Duvar, “Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 68, no. 1 (2019): 289; Hüseyin Turan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 11 (2012): 48; Hüseyin Turan, “Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Aleni Yargılanma Hakkı,” *Ceza Hukuku Dergisi* 4, no. 9 (2009): 247.

<sup>21</sup> Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 84; Nesibe Kurt Konca, “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması,” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Mihir Özel Sayısı* 4, no. 2 (2014): 68.

<sup>22</sup> Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 84.

<sup>23</sup> Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, ed. Bahri Öztürk (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 136–37.

<sup>24</sup> Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* 137.

yönetim anlamına gelen demokrasilerde halkın yasama ve yürütmeye katılımı kadar yargılamalara katılması da halk egemenliğinin bir görünümüdür.<sup>25</sup> Burada Tosun, her ne kadar jüri müessesesi gibi doğrudan bir katılımdan bahsetmekte ise de duruşmaların aleni olması hakkının da egemenliğe dayandırılabilceğini düşünmekteyiz.

Aleni yargılanma hakkı yazılı yargılama ile yürütülen muhakemeler için geçerli değildir.<sup>26</sup> Aleni yargılanma hakkının önemi sadece ceza muhakemesi açısından değerlendirilmemelidir. Hukuk yargılamalarının da adil yürütülmesi aleni yürütülmesiyle paralel olarak önem arz etmektedir.

Aleni yargılanma hakkının iki yönü bulunmaktadır. Öncelikle herkesin yargılamayı izleme olanağına sahip olması gerekmektedir. İkinci yönü ise yargılama sonucunda verilen kararın aleni olarak açıklanmasıdır. Aleni yargılanma hakkı bu yönüyle adil yargılanma hakkının diğer unsurlarının yargılamada mevcut olup olmadığının değerlendirmesini yapma imkânı sağlayacaktır.<sup>27</sup> Fiziki koşulların müsaadesine göre fiziki olarak dinleyici olma hakkı tanıyan aleni yargılanma hakkı dinleyicilerin görüp duyduklarını duruşma salonu dışına aktarabilmesini de kapsar.<sup>28</sup>

Aleni yargılanma hakkı önemlidir çünkü adaletin gerçekleşmesi kadar tecelli ettiğinin taraflarca ve toplumca bilinmesi, başta davanın tarafları olmak üzere toplumda da adaletin gerçekleştiğine dair inancın oluşması gerekir.<sup>29</sup> Yargılamanın aleni yürütülmesi yargının halk tarafından denetimini ve böylece yargılamanın adil yürütülmesini bir başka deyişle yargılama üzerinde kamu denetimi sağlar,<sup>30</sup> bu denetimin halkın yargıya olan güvenini arttırma fonksiyonu

---

<sup>25</sup> Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981), 299-300.

<sup>26</sup> Turan, "Aleni Yargılanma Hakkı," 250.

<sup>27</sup> Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 67; Konca, "Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması," 68.

<sup>28</sup> Günce Artantaş, "Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71, no. 1 (2022): 416.

<sup>29</sup> Başar Başaran, "Aleni Yargılanma Hakkı," *Mevzuat Dergisi* 2, no. 15 (1999): 1.

<sup>30</sup> Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 141; Artantaş, "Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması," 414.



vardır.<sup>31</sup> Aleni yargılanma hakkı sadece davanın taraflarını da korumaz, yargılamayı yürüten hâkiminde her türlü şüpheden korunmasını sağlar. Çünkü gizlilik adaleti henüz kaynağında zehirlenmektedir.<sup>32</sup>

Yargılamanın aleni yürütülmesi bazen bireysel ve toplumsal değerlerle çatışabilir. Bilhassa yargılamanın taraflarının kişilik hakları nedeniyle aleniyet ilkesinin kimi zamanlar sınırlandırılması söz konusu olabilir. Kişilik haklarının güçlenmesiyle birlikte kişilik haklarıyla aleniyet hakkının çatışması durumunda kişilik hakları lehine sınırlandırma yoluna gidilebilmektedir.<sup>33</sup> Yargılamanın aleni yürütülmesi tanık, bilirkişi gibi muhakeme sürecine katılan diğer kişilerinde adaletin tecellisine dürüst katılımını mecbur kılar.<sup>34</sup>

### 3. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Adalet ile sürati arasında sıkı bir ilişki vardır.<sup>35</sup> Adaletle süratle ulaşmak öylesine önemlidir ki Herakleitos “*adaletsizliğin yangından daha çabuk söndürülmesi gerektiğini*”<sup>36</sup> ifade etmiştir. Adaletin geciktirilmemesi Magna Carta’dan beri dile getirilmektedir.<sup>37</sup> Adaletin gecikmesi meselesi sadece hukuk metinlerine yansımamıştır. Yargılamanın uzun sürmesinin açtığı yara sanata da yansımıştır. Abdurrahim Karakoç’a ait şu dizelerde uzun süren yargılamalara yönelik eleştiri getirilmiştir: “*Gene tehir etme üç ay öteye, Bu dava dedemden kaldı hâkim beğ, Otuz yıl*

<sup>31</sup> Konca, “Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması,” 69; Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, çev. Sami Selçuk (Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2015), 79.

<sup>32</sup> Artantaş, “Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması,” 415; Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku* (Ankara: Ajans-Türk Matbaacılık Sanayii, 1968), 240-41.

<sup>33</sup> Konca, “Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması,” 73.

<sup>34</sup> Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 240.

<sup>35</sup> Erol Cihan, “Hâkim Unsuru Açısından Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 45, no. 1-4 (1981): 876.

<sup>36</sup> Cihan “Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri,” 880; Herakleitos, *Kırık Taşlar*, çev. Erdal Alova (İstanbul: Bordo Siyah Klasik Yayınları, 2003) 156; hemen belirtelim ki Herakleitos’a ait Kırık Taşlar adlı eserde bu ifade: “ölçsüzlüğü söndürmek gerekir yangınlardan çok.” biçimde yer almaktadır. Ancak söz bir özlü söz olarak yukarıda yer verdiğimiz şekilde sıkça kullanılmaktadır.

<sup>37</sup> Özkan Duvan, “Makul Sürede Yargılanma Hakkı,” 289; Cihan, “Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri,” 877; Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku* (İstanbul: Der Kitabevi Yayınevi, 2017), 258; Cihangir Çakır, “Makul Sürede Yargılanma Hakkının Sınırları Nelerdir?,” *İstanbul Barosu Dergisi* 92, no. 5 (2018): 232.

da babam düştü ardına, Siz sağ olun, o da öldü hâkim beğ.”<sup>38</sup> Adaletle erişimin yavaşlığına Shakespeare’ın meşhur eseri Hamlet’te de bir eleştiri vardır: “Kim dayanabilir zamanın kırbacına? Zorbanın Kahrına, gururunun çiğnenmesine, Sevginin kepaze edilmesine, Kanunların bu kadar yavaş, Yüzsüzlüğün bu kadar çabuk yürütmesine.”<sup>39</sup> Senaryosu Umur Bugay tarafından yazılmış olan yönetmenliğini Zeki Ökten’in yaptığı “Davacı” Filmi 7 yıl süren bir yargılamanın hikayesini eleştirel bir bakış açısıyla ele almıştır.<sup>40</sup>

Adaletin makul bir süratte yerine getirilmesini talep hakkı makul sürede yargılanma hakkı olarak ifade edilmektedir. Makul sürede yargılanma hakkı yargılamanın sonucundan bağımsız olarak yargılamanın sonuçlandırılmasındaki gecikmenin neden olacağı mağduriyeti önleyen bir fonksiyonla koruyuculuk işlevi görür.<sup>41</sup> Mahkemelerin yargılamaları makul sürede sonuçlandırılması gerekliliği önemli bir insan hakkı haline gelmiştir. En klasik ifadesiyle geciken adalet, adalet değildir. Yargılamaların makul süreyi aşmasının çok büyük sakıncaları vardır.<sup>42</sup> Bunların başında dava konusu edilen hakkın zayı olması gelmektedir. Gerçekten de yargılamanın uzun sürmesi dava konusu olan hakkın kullanılmasını zayıflatabileceği gibi ortadan da kaldırabilir. Yargılamanın yavaş ilerlemesi toplumda yargıya olan güvenin zayıflamasına da neden olacaktır.<sup>43</sup>

Makul sürede yargılanma hakkı yargı kolu fark etmeksizin tüm yargılamalar bakımından geçerlidir.<sup>44</sup> Kendisine suç isnat edilen sanığın masum olduğunun en makul sürede ortaya çıkması da büyük önem taşır. Ceza davasının süratle

<sup>38</sup> Abdurrahim Karakoç, “Hakim Beğ,” Antoloji.com, erişim Haziran 5, 2023, <https://www.antoloji.com/hakim-beg-siiri/>; Cihan, “Hâkim Unsuru Açısından Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri,” 881.

<sup>39</sup> William Shakespeare, *Hamlet*, çev. Sabahattin Eyüboğlu (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2022), 72.

<sup>40</sup> “Davacı,” IMDB, erişim tarihi Ekim 24, 2023, [https://www.imdb.com/title/tt0252360/?ref\\_=nv\\_sr\\_srsrg\\_0\\_tt\\_5\\_nm\\_3\\_q\\_davac%25C4%25B1](https://www.imdb.com/title/tt0252360/?ref_=nv_sr_srsrg_0_tt_5_nm_3_q_davac%25C4%25B1)

<sup>41</sup> Özkan Duvan, “Makul Sürede Yargılanma Hakkı,” 290.

<sup>42</sup> Martin Kuijer, “The Right to a Fair Trial and the Council of Europe’s Efforts to Ensure Effective Remedies on a Domestic Level for Excessively Lengthy Proceedings,” *Human Rights Law Review* 13, no. 4 (2013): 777.

<sup>43</sup> Kuijer, 777.

<sup>44</sup> Özkan Duvan, “Makul Sürede Yargılanma Hakkı,” 289.

sonuçlandırılması sadece sanık bakımından önem arz etmez. Toplumun cezaların caydırıcılığı konusunda tatmin olması sanıkların makul bir süre içerisinde cezalandırılmasıyla doğru orantılıdır.<sup>45</sup> Haksız bir idari işleme muhatap olduğunu düşünen ve idari yargıdan iptalini isteyen kişi bakımından işlemin süratle iptali önem taşır. Ücretinin ödenmediğini iddia eden geçim kaynağı ücreti olan işçi bakımından kendisine hak ettiği ücretin olabildiğince çabuk ödenmesi geçimi için büyük önem arz eder.

Yargılamaların asıl amacı adalete ulaşmaktır. Bu nedenle adalete ulaşmak için çıkılan yolda adalet, yargılamanın süratine feda edilemez. Bir başka deyişle yargılamanın doğru ve güvenli bir şekilde yürütülmesi gerekmektedir.<sup>46</sup> Çabucak sonuca varmak için maddi gerçekten uzaklaşacak adımların atılmaması gerekir. Önemli olan iyi kötü davanın sonuçlandırılması değil, haklıyı haksızı, suçluyu suçsuzu bulmak adil bir sonuca ulaşmaktır.<sup>47</sup> Yargılama taşıdığı özelliklerin niteliğine göre makul bir sürede sonuçlandırılmalıdır. Makul sürenin tespitinde davanın niteliği, taraf ve tanık sayısı gibi unsurlar dikkate alınmalıdır.<sup>48</sup>

#### 4. Tabî Hâkim İlkesi

Tabî hâkim güvencesi, görevli ve yetkili mahkemenin uyuşmazlık öncesinde kanunla belirlenmiş olmasıdır.<sup>49</sup> Dar anlamda tabî hâkim güvencesi davaya bakacak hâkimin davaya konu olayların meydana gelmesinden önce kanunla belirlenmiş olmasıdır.<sup>50</sup> Tabî hâkim ilkesi olay ile mahkemenin kuruluşu arasında

---

<sup>45</sup> Kuijer, “The right to a fair trial,” 778.

<sup>46</sup> Turan, “Makul Sürede Yargılanma Hakkı,” 51.

<sup>47</sup> Cihan, “Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri,” 876; Özkan Duvar, “Makul Sürede Yargılanma Hakkı,” 290.

<sup>48</sup> Kuijer, “The right to a fair trial,” 781.

<sup>49</sup> Burak Taş, “Hukukun Genel Bir İlkesi Olarak Tabî Hakim İlkesi,” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 1763; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014) 135; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2016) 127-470; Süha Tanrıver, “Tabî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 11, no.104 (2013), 12.

<sup>50</sup> Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 77.

ilginin olmaması olarak da ifade edilir.<sup>51</sup> Buna geniş anlamda tabiî hâkim ilkesi de denilmiştir.<sup>52</sup> Olağanüstü mahkemelerin kurulmasının yasaklanması tabiî hâkim ilkesinin doğal sonucu olarak görülmüştür.<sup>53</sup> Tabiî hâkim ilkesini ihlal etmeyen bir olağanüstü mahkeme kurulmasının mantıken mümkün olmadığı ancak tabiî hâkim ilkesinin olağanüstü mahkeme kurma yasağından muhatapları yönünden ayrıldığı ifade edilmiştir.<sup>54</sup>

“Kanunilik” ve “öncedenlik” tabiî hâkim ilkesinin iki temel unsurunu oluşturmaktadır.<sup>55</sup> “Kanunilik” mahkemelerin ancak kanunla kurulabilmesini ifade etmektedir. Mahkemenin uyuşmazlık öncesinde kurulması gereği ise “öncedenlik” ilkesini ifade etmektedir.<sup>56</sup>

Tabiî hâkim güvencesiyle kişiye veya olaya özgü mahkeme kurulmasının önüne geçilmiştir. Bu şekilde davanın tarafları bakımından önemli bir güvence fonksiyonu tesis edilmiş olacaktır.<sup>57</sup> Kişiye ya da olaya özgü maksatlı atama yapılması bağımsızlığı ve tarafsızlığı gölgeleyecektir.<sup>58</sup>

Mahkemelerin kuruluşlarıyla kastedilen husus bir mahkeme türünün kanunla kabul edilmesidir. Kanunla kurulmuş olan bir mahkemeye sonradan hâkim tayin edilmesi mahkemenin kuruluşu olarak değerlendirilemeyecektir. Benzer şekilde daha önce kurulmuş bir mahkemeye kapatılan mahkemelerin dosyalarına bakma görev ve yetkisinin verilmesi de bu mahkemeleri olağanüstü mahkeme kılmayacaktır. İhtisas mahkemelerinin kurulması tabiî hâkim güvencesinin ihlaline yol açmayacaktır.<sup>59</sup> Ancak ihtisas mahkemesi adı altında maksatlı

---

<sup>51</sup> Gözler, *Hukuka Giriş*, 470; Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 1989), 145.

<sup>52</sup> Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 78.

<sup>53</sup> Gözler, *Hukuka Giriş*, 127-470; Taş, “Tabii Hakim İlkesi,” 1765.

<sup>54</sup> Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 83-84.

<sup>55</sup> Tanrıver, “Tabiî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı,” 13; Taş, “Tabii Hakim İlkesi,” 1766.

<sup>56</sup> Tanrıver, “Tabiî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı,” 13; Taş, “Tabii Hakim İlkesi,” 1766-70.

<sup>57</sup> Taş, “Tabii Hakim İlkesi,” 1765; Gözler, *Hukuka Giriş*, 127.

<sup>58</sup> Gözler, *Hukuka Giriş*, 127.

<sup>59</sup> Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 80-81.

mahkeme kurulamaz.<sup>60</sup> Usul hükümlerinin derhal uygulanması dolayısıyla görevli mahkemenin genel değişikliği tabii hâkim güvencesini ihlal etmeyecektir.<sup>61</sup>

Kanuni hâkim kavramı tabii hâkim kavramını karşılayacak şekilde kullanıldığı<sup>62</sup> gibi doktrinde kanuni hâkim ilkesi ile tabii hâkim güvencesinin birbirinden farklı olduğu görüşü de savunulmuştur.<sup>63</sup> Tabii hâkim güvencesinin kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin uygulamadaki bir görünümü olduğu ifade edilmiştir.<sup>64</sup>

## 5. Hâkimin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

### a. Bağımsızlık

“Bugünü yarına sarsıntısız götürecek tek kudret “bağımsız adalet”dir.<sup>65</sup> Yargı bağımsızlığı adil yargılanma hakkının olmazsa olmazı olduğu kadar hukuk devletinin de olmazsa olmazını oluşturur.<sup>66</sup> Hukuk devleti ile yargı bağımsızlığı arasındaki ilişki öylesine sıkıdır<sup>67</sup> ki bağımsız ve tarafsız yargı hukuk devleti ile eş anlamlı kabul edilmiştir.<sup>68</sup>

---

<sup>60</sup> Erem, Ceza Usulü Hukuku, 81.

<sup>61</sup> Erem, Ceza Usulü Hukuku, 82.

<sup>62</sup> Gözler, *Hukuka Giriş*, 127; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 135.

<sup>63</sup> Taş, “Tabii Hakim İlkesi,” 1783; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 111; Tanrıver, “Tabii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı,” 14.

<sup>64</sup> Muharrem Özen, “Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri,” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (2010): 38; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (İstanbul: Alfa Basım Yayım, 1996), 65.

<sup>65</sup> Erem, Ceza Usulü Hukuku, 73.

<sup>66</sup> İnanç İşten, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,” *Gaziantep University Journal of Social Sciences* 13, no. 2 (2014): 288; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 135; Birol Kırmaz, *Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 14; Metin Yüksel, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı,” *Anayasa Yargısı Dergisi* 26, no. 1 (2010): 220; Özen, “Yargı Bağımsızlığı,” 32.

<sup>67</sup> Mithat Sancar, “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,” *Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı* 1, no. 21 (1998): 590.

<sup>68</sup> Kırmaz, *Yargı Bağımsızlığı*, 14.

Adalet, “karşılıklı zıt yararlar arasında hakka uygun olan eşitlik veya dengedir.”<sup>69</sup> Adaletin sağlanması için bu dengeyi kuracak olan kişilerin yani hâkimlerin bağımsız olmaları kadar bağımsızlıklarını gölgeleyecek her türlü etkiden de varestede olmaları gerekir.<sup>70</sup> “Adalet mülkün temelidir” sözündeki “mülk” mal anlamında değil, devlet anlamında kullanılmıştır.<sup>71</sup> Görevi çıkan uyuşmazlıklar karşısında adaleti tesis etmek olan devletin bu adaletsizlikleri giderecek olan hâkimlerin bağımsızlığını teminat altına alması devletin temel gayesini gerçekleştirilmesi için önem arz etmektedir.<sup>72</sup>

Hukukun dışına çıkan iktidara dur deme kudretine sahip olan yargı; iktidarın sınırlandırılmasında kilit bir öneme sahiptir.<sup>73</sup> Hakkın ötesindeki iktidar kullanımı, iktidarın sahip olduğu yetkilerin ötesinde yani sahip olmadığını kullanmasıdır.<sup>74</sup> Bunun karşısındaki en güçlü teminat ise bağımsız ve tarafsız; hukuk için hukuka göre hareket eden yargıdır.

Yargı bağımsızlığı, yargının devletin üç erkenden yasama ve yürütme tarafından yapılması muhtemel müdahalelere karşı korunmasıdır.<sup>75</sup> Yargının bağımsızlığı sadece yasama ve yürütmeden gelebilecek müdahalelerle de sınırlı değildir. Yargı organları doğrudan ya da dolaylı hiçbir kısıtlama ve baskıya maruz bırakılamazlar.<sup>76</sup> Yargı bağımsızlığı yargının kanunlarla bağlı olmadığı anlamına gelmemektedir.<sup>77</sup> Aynı zamanda hâkimler yalnızca kanuna bağlı oldukları için bağımsızdırlar.<sup>78</sup>

<sup>69</sup> Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 30; Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 348.

<sup>70</sup> Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 347-49.

<sup>71</sup> Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 31.

<sup>72</sup> Özen, “Yargı Bağımsızlığı,” 31.

<sup>73</sup> Kırmaz, *Yargı Bağımsızlığı*, 16; Zühtü Arslan, “İnsan Hakları Yargı ve ‘Taşralı Adam’ın Dramı,” *Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı 1*, no. 21 (1998): 602.

<sup>74</sup> John Lock, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, çev. Fahri Bakırcı (Ankara: Serbest Kitaplar, 2021).

<sup>75</sup> İştin, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,” 287; Yüksel, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı,” 223; Mustafa Uluçakar ve Mehmet Fatih Çınar, “Türkiye’de Yargı ile Siyaset İlişisinin Kuvvetler Ayrılığı Perspektifinden Analizi,” *İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 7*, no. 1 (2020): 136.

<sup>76</sup> İştin, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,” 287.

<sup>77</sup> Yüksel, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı,” 219; Kırmaz, *Yargı Bağımsızlığı*, 18.

<sup>78</sup> Yüksel, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı,” 219.

Hâkimlerin somut uyuşmazlıklara uygulamış oldukları normlar yasama tarafından kabul edilmektedir. Ancak hâkimlerin kanunları kabul eden yasama organına karşı da bağımsızlıkları vardır. Yargı bağımsızlığı yasama ve yürütme erklerinin yargısal denetiminin adil yürütülmesi için zorunludur. Yasama ve yürütmeye karşı bağımsızlığını sağlayamamış yargıdan işlevini hukuk devletine uygun şekilde yerine getirmesi beklenemeyecektir.<sup>79</sup>

Hâkimlerin bağımsızlığının hâkimlere tanınmış olan kişisel bir ayrıcalık olarak değerlendirilmemesi gerektiği de ifade edilmiştir.<sup>80</sup> Buna göre yargı bağımsızlığı hâkimin davayı tarafsız ve dürüstçe karara bağlamasını engelleyecek etki, baskı ve tehditlerden korunmasıdır. Burada etki, baskı ve tehditlerden uzak olan hâkimin davayı dürüstçe, hukuka uygun olarak sonuçlandırması yüklediği bir sorumluluktur.<sup>81</sup>

Yargı bağımsızlığı somut olarak hâkimin bağımsızlığı anlamına gelir.<sup>82</sup> Hâkimlerin bağımsızlığı, uyuşmazlıklar karşısında kararlarını verirken hiçbir baskı altında kalmadan kimseden emir ve talimat almadan fikir ve vicdanlarına dayanarak karar vermeleridir.<sup>83</sup> Yargı bağımsızlığı ile hâkimlik teminatı arasında da önemli bir ilişki vardır. Nitekim hâkimlik teminatı hâkimlerin bağımsızlığının tam olarak sağlanması bakımından önemli bir güvencedir.<sup>84</sup>

## b. Tarafsızlık

Bağımsızlık ve tarafsızlık birbiriyle sıkı bir ilişki içerisindedir. Bağımsızlık tarafsızlığın ön koşulunu oluşturur.<sup>85</sup> Tarafsızlık, bağımsızlığın sağlanmasının ardından hâkimin önyargılardan, siyasi, ideolojik fikirlerinden, taraflar ya da

---

<sup>79</sup> Kırmaz, *Yargı Bağımsızlığı*, 14.

<sup>80</sup> Uluçakar ve Çınar, “Türkiye’de Yargı ile Siyaset,” 134; Yüksel, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı,” 221; Sibel İnceoğlu, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri* (İstanbul: Beta Yayınları, 2008), 16.

<sup>81</sup> İnceoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 16.

<sup>82</sup> Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 348; Özen, “Yargı Bağımsızlığı,” 33.

<sup>83</sup> İştin, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,” 288.

<sup>84</sup> Gözler, *Hukuka Giriş*, 128-29; İştin, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,” 297; Kırmaz, *Yargı Bağımsızlığı*, 16.

<sup>85</sup> İnceoğlu, *Yargı Bağımsızlığı*, 34; Fatih Özkul, “Yargının Bağımsızlığı,” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2016): 215.

konu karşısındaki duygularından sıyrılarak adalet ve hakkaniyet çerçevesinde karar vermesidir.<sup>86</sup> Tarafsızlık bağımsızlıktan farklı olarak hâkimin davanın tarafları ve dava konusu karşısındaki tutumu ile ilgilidir.<sup>87</sup>

Hâkimin tarafsızlığı öylesine önemlidir ki, İslam Hukukunun birincil kaynağı Kur'an'da bir topluma duyulan kinin adaletsizliğe sürüklememesi emredilmiştir.<sup>88</sup> İncil'de Elçilerin İşleri bölümünde kutsallık atfedilen en yüksek yargının yani Tanrının taraf tutmadığı ifade edilmiştir.<sup>89</sup> M.Ö 450-442 yıllarında kaleme alındığı düşünülen Sophokles'e ait tragedyada bir kimseye duyulan nefretin en üst yasalar olan Tanrının yasalarına aykırı davranmaya itmemesi gerektiği vurgulanmıştır: *"Dinle öyleyse! Tanrılar adına, bu adamın gömülmesini böyle acımasızca yasaklama sakın. Kızgınlığına teslim olarak nefretin adaleti çiğnemeye yöneltmesin seni."*<sup>90</sup>

Hâkimin tarafsızlığı öylesine önemlidir ki hâkimin tarafsız olmadığı durumda aslında bir hâkimden bahsedilemeyeceği dahi ifade edilmiştir. Çünkü tarafsızlık ve hâkimlik aslında bütünleşmiş iki kavramdır. Hâkim özü gereği tarafsızdır.<sup>91</sup> Hâkimin ahlak, özgürlük ve adalet sevgisine sahip olması tarafsızlığı koruyacak unsurlardandır.<sup>92</sup> Hâkimin karşısına gelen uyuşmazlıklarda dengeyi adalete uygun şekilde kurabilmesi için tarafsızlığını muhafaza etmesi gerekir.<sup>93</sup> Hâkimin tarafsız hareket etmesi için taraflara karşı objektif olması gerekir. Hâkimin tarafsızlığı söz konusu olduğunda tarafların farklı kişiler olması davanın sonucunu değiştirmeyecektir.<sup>94</sup> Hâkimin doğru karar vermesi ile taraflara yabancı

<sup>86</sup> Özkul, "Yargının Bağımsızlığı," 204.

<sup>87</sup> İnceoğlu, Yargı Bağımsızlığı, 17.

<sup>88</sup> "Maide Suresi 8. Ayet," Diyanet İşleri Başkanlığı, erişim tarihi Haziran 10, 2023, <https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Mâide-suresi/677/8-ayet-tefsiri>.

<sup>89</sup> Bursa Protestan Kilisesi, "Elçilerin İşleri, Kutsal Kitap," erişim tarihi Ekim 25, 2023, <https://kutsalkitap.info.tr/?q=Elç.10>; İnceoğlu, *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*, 33-34.

<sup>90</sup> Sophokles, *Aias* (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2022), 51.

<sup>91</sup> Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 81; Özkul, "Yargının Bağımsızlığı," 215.

<sup>92</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, *Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010) 161; Fendoğlu bu ifadeyi yargı bağımsızlığı için kullanmışsa da esasında yargı bağımsızlığı daha çok hâkim dışı aktörlerle ilgilidir.

<sup>93</sup> Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 356.

<sup>94</sup> Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 357.



olması arasında önemli bir ilişki vardır. Davanın taraflarından soyut olarak vakıayı değerlendiren hâkimin adil bir sonuca ulaşması daha kolay olacaktır.<sup>95</sup> Ancak buradan hâkimin tarafların durumlarını tamamen görmezden gelmesi anlaşılmalıdır. Örneğin basiretli tacir gibi davranması gereken bir kimsenin tacir olduğu ve basiretli hareket etmesi gerektiği görmezden gelinemeyecektir. Buradan anlaşılması gereken hâkimin davaya bakarken adil bir sonuca ulaşmasını engelleyecek yakınlıklardan uzak olmasıdır. Hâkim davaya bakarken kendi kişiliğinden de sıyrılmalıdır. Hâkimin kişisel görüş ve değerleri vereceği kararın yönünü değiştirmemelidir.<sup>96</sup> Nitekim tarafların statüsüne ve geçmişte yapmış oldukları eylemlere bakılmadan verilmiş olması tarafsız bir kararın önemli özellikleridir.<sup>97</sup>

Hâkimin tarafsızlığı davanın taraflarına karşı yan tutmasından daha geniş bir anlama gelmektedir. Hâkim uyuşmazlığı çözerken adil bir karara ulaşmasını engelleyecek bütün tesirlerden sıyrılmalıdır. Hâkimin duyguları, fikir ve inançları haklı olan tarafın hakkına ulaşmasını engelleyecek bir karara yol açmamalıdır.<sup>98</sup> Hâkimin tarafsız olabilmesi için uyuşmazlığın çözümünü etkileyecek önyargılarından bağımsız karar vermesi gerekir. Aynı zamanda hâkim taraflar leh ve aleyhinde herhangi bir duygu veya çıkara sahip olmamalıdır.<sup>99</sup>

Tarafsızlık, tarafılığın olduğu bir ortamda anlamlıdır.<sup>100</sup> Davanın taraflarını aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için hâkim karşısına getiren onların hâkimin tarafsızlığına olan inancıdır. Yani hâkimin yaptığı muhakemenin herhangi başka birinin yaptığı muhakemeden ayrılan özelliği onun tarafsız hareket edeceğine olan inançtır. Hâkimin tarafsız olması sadece uyuşmazlık konusunda verilecek karar bakımından değil, yargılama süreci bakımından da önemlidir.<sup>101</sup> Davanın taraflarının şekli anlamda da hâkim karşısında eşit bir şansa sahip olma ve eşit

---

<sup>95</sup> Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 357.

<sup>96</sup> Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 357; Arslan, “İnsan Hakları,” 602.

<sup>97</sup> William Lucy, “The Possibility of Impartiality,” *Oxford Journal of Legal Studies* 25, no. 1 (2005): 8.

<sup>98</sup> İştin, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,” 301.

<sup>99</sup> İştin, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,” 301.

<sup>100</sup> Lucy, “The Possibility of Impartiality,” 14.

<sup>101</sup> İştin, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,” 302.

muamele görme hakları vardır.<sup>102</sup> Hâkim adil olmak kadar adil görünmenin de bilincinde olmalıdır. Mahkemede veya dışarda ihsas-ı reyde bulunmaması gerektiği gibi davanın sonucunu etkileyecek yorumlardan da sakınmalıdır.<sup>103</sup> Hâkimin tarafsız kalamayacağı kabul edildiği hallerde tarafsızlık, yargılamama yükümlülüğü getirilerek sağlanmalıdır.<sup>104</sup> Adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi için iddia makamının da önyargısız hareket etmesi gerekir.<sup>105</sup> Savcı tarafsız hareket etmelidir. Çünkü aslında kamu adına hareket etmektedir ve devlet taraf tutmaz.<sup>106</sup>

## 6. Masumiyet Karinesi

Masumiyet karinesi kendisine suç isnat edilen kimsenin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar suçsuz yani masum sayılmasıdır.<sup>107</sup> Esasında karine “bilinen bir olgudan bilinmeyen bir sonucun çıkarılmasıdır.”<sup>108</sup> Ancak masumiyet karinesinde bu anlamda bir karine söz konusu değildir.<sup>109</sup> Çünkü bilinen bir olgudan ziyade bilinmeyen bir olgunun yüklediği yükümlülük vardır. Suç isnadı ile karşı karşıya olan kişinin gerçekten eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin bilgisizliği mevcuttur. Bu aşamada isnat altındaki kişiye suçlu muamelesinin yapılması ise ileride masum bir kişiye yapılan haksızlıklarla yüzleşilmesi sonucunu doğurabileceğinden bu aşamada suçlu dahi olsa hükmen sabit oluncaya kadar isnat altındaki kişinin masum sayılması gerekir.

<sup>102</sup> Özkul, “Yargının Bağımsızlığı,” 214; İbn Haldun, *Kadılığın Ahlaki Hükümleri*, çev. Selim Güzel (İstanbul: İber Yayınları, 2022), 51.

<sup>103</sup> İştin, “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,” 302.

<sup>104</sup> Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 357.

<sup>105</sup> Tuba Kelep Pekmez, “Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı,” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (2021): 282.

<sup>106</sup> Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 130-56.

<sup>107</sup> Akif Yıldırım, “Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 9 (2017): 492.

<sup>108</sup> Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 726.

<sup>109</sup> Gökhan Çayan, “Masumiyet Karinesi Doktrini,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1, no. 42 (2020): 53; Metin Feyzioğlu, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 48, no. 1 (1999): 139; İlhan Üzülmaz, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 18, no. 58 (2005): 43.

Suçluluğun hükmen sabit olduğundan bahsetmek çinse hukuka uygun bir mahkeme kararının mevcudiyeti gerekmektedir.<sup>110</sup> Hukuka uygun bir mahkeme kararının bulunmaması masumiyet karinesinin ihlaline neden olacaktır. Ayrıca hukuka aykırı delillerle suçun ispatlanmasının masumiyet karinesinin ihlalini doğurabileceği de savunulmuştur.<sup>111</sup>

Masumiyet karinesi suç isnadı altındaki kişiye isnadın yöneltildiği andan itibaren tüm aşamalarda geçerlidir. Karar kesinleşene kadar kanun yolu aşamalarında da yine masumiyet karinesine uygun hareket edilmesi gerekir.<sup>112</sup> Masumiyet karinesi sadece yargılama erkine sorumluluk yükleyen nitelikte değildir, yasa koyucunun masumiyet karinesine uygun düşecek şekilde şüphe suçu ihdas etmemesi gerekmektedir.<sup>113</sup>

Masumiyet karinesi her ne kadar sadece yargılama makamlarının soruşturma ve kovuşturma evrelerinde dikkat etmesi gereken bir nitelikteymiş gibi görünse de tüm resmi makamlar bakımından geçerlidir.<sup>114</sup> Dolayısıyla adli ve idari makamların hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmayan isnat altındaki kişiye karşı suçlu olduğuna dair her türlü ima ve kabul niteliğindeki hareketten kaçınması gerekir.<sup>115</sup> Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise kesinleşmiş bir mahkûmiyetten bahsediyor oluşumuzdur. Kesinleşme için tüm kanun yollarının tüketilmiş de olması gerekmektedir. Gerçekten yerel mahkemede ceza mahkûmiyeti alan sanığın kararı kanun yoluna taşıdığı süre içerisinde kesinleşmiş bir karardan söz edilemeyeceğinden masumiyet karinesi karar kesinleşene kadar geçerli olacaktır. Isnat altındaki kişinin suçluluğunun hükmen sabit oluncaya kadar masum sayılması, masum sayılan kişinin masumiyetini ispat etme

---

<sup>110</sup> Fatih Akıncı, “Lekelenmeme Hakkı,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 43 (2020): 182.

<sup>111</sup> Mehmet Günay ve Meryem Günay, AİHS'nin 6. Maddesi Kapsamında Ceza Davalarında Adil Yargılanma Hakkı ve İç Hukuk Uygulaması (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 132.

<sup>112</sup> Üzülmez, “Suçsuzluk Karinesi,” 47.

<sup>113</sup> Üzülmez, “Suçsuzluk Karinesi,” 68–69.

<sup>114</sup> Özen Atlıhan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel unsuru Olarak “Masumiyet Karinesi,” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 1–2 (2005): 309–11; Feyzioğlu, “Suçsuzluk Karinesi,” 141; Yıldırım, “Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi,” 495.

<sup>115</sup> Yıldırım, “Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi,” 495.

zorunluluğunun bulunmaması sonucunu da doğurmaktadır. İspat ile yükümlü olan taraf iddia makamıdır.<sup>116</sup>

Masumiyet karinesi ikili bir koruma sağlar, öncelikle suç isnadı altındaki kişiye karşı yargılama makamlarının önyargılı hareket etmesinden korur. İkincisi bu önyargı neticesinde haksız bir sonuca ulaşılmasından korumuş olur. Ayrıca masumiyet karinesinin gerekliliklerinin yerine getirilmesiyle suç isnadı altındaki kişinin toplum karşısında onur, şeref ve saygınlığının da korunması sağlanmış olur.<sup>117</sup> Masumiyet karinesiyle beraat eden kişilerde suçlu muamelesi görmekten korunur örneğin suçsuzluğu hükmen sabit olan kişiye yargılama masraflarının yükletilmesi masumiyet karinesinin ihlali niteliğinde olacaktır.<sup>118</sup>

## II. ÖNYARGISIZ YARGILANMA HAKKI

### A. Önyargı Kavramı ve Anlamı

Önyargı<sup>119</sup> Türk Dil Kurumu Sözlüğünde “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.”<sup>120</sup> şeklinde tanımlanır. Önyargı kavramını İngilizce de “Prejudice” kelimesi karşılamaktadır. “Pre-” eki İngilizce de bir şeyden öncesini ifade etmek için kullanılır.<sup>121</sup> “Judice” kelimesi ise yargı kavramını karşılamaktadır.<sup>122</sup> Kelimenin kökeni Latince “praejudicium”

<sup>116</sup> Atlıhan, “Masumiyet Karinesi,” 293; Önder Tozman, “Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları,” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 3-4 (2007): 319; A. Caner Yenidünya, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Masumiyet Karinesi,” *Güncel Hukuk Aylık Hukuk Dergisi*, no. 5 (2004): 20-21; Yıldırım, “Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi,” 496-97.

<sup>117</sup> Akıncı, “Lekelenmeme Hakkı,” 186.

<sup>118</sup> Tozman, “Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları,” 325.

<sup>119</sup> Türk Dil Kurumuna göre sözcük ayrı yazılır. Ancak biz alışla geldiği, literatürde kullanıldığı şekliyle birleşik kullanmayı tercih ettik.

<sup>120</sup> “Sözlük,” Türk Dil Kurumu, erişim tarihi Haziran 13, 2023, <https://sozluk.gov.tr/>.

<sup>121</sup> “Pre-,” Cambridge Dictionary, erişim tarihi Haziran 13, 2023, <https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce/pre>.

<sup>122</sup> “Judice,” Oxford Learners Dictionaries, erişim tarihi Haziran 13, 2023 <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/sub-judice?q=judice>.

dur.<sup>123</sup> Kavramsal içeriğinden yola çıkılarak söylenebilir ki, önyargının iki unsuru vardır: Bir kimse veya bir şeyle ilgili bir olgu ve bu olgudan kaynaklanan bir fikir.

Önyargıların çoğu zaman olumsuz olduğu düşünülürken “yeterli mesnet bulunmadan başkaları hakkında kötü düşünme” şeklinde bir kısa tanım yapılabilir.<sup>124</sup> Ancak bu tam anlamıyla önyargıyı karşılamaz. Çünkü önyargı olumlu düşüncelerle de olabilir. Önyargı için lehte veya aleyhte bir tutumun varlığı gerekir. Bu tutum ise genelleştirilmiş bir inanışa dayanmalıdır.<sup>125</sup> Önyargının eyleme geçmesi farklı şekillerde olabilir. Önyargı, önyargıya sahip olunan durum ve kişiler hakkında arkadan konuşma, uzak durma, ayrımcılık, fiziksel saldırı, ortadan kaldırma şeklinde eyleme geçebilir.<sup>126</sup> Önyargının davranışı da kapsadığı düşünülürken<sup>127</sup> gibi önyargının bir tutum, ayrımcılığın ise bir davranış olduğu da savunulmuştur.<sup>128</sup>

Önyargılı davranışların kökeninde insan beyninin kategorik düşünme özelliğinin yattığı düşünülmektedir.<sup>129</sup> İnsan zihni karşılaştığı olgular karşısında hızlı bir yargıya ulaşmak için daha öncesinde zihin dünyasında oluşturduğu kategorilere göre bir sınıflandırma yapmaktadır.<sup>130</sup> Bu kategoriler sayesinde kişi karşılaştığı durumlarda kategorilere başvurarak hızlı bir tanıma ulaşır. Her seferinde yeninden öğrenmek zorunda kalmaz.<sup>131</sup> Önyargılar insanın etrafındaki

<sup>123</sup> Gordon W. Allport, *Önyargının Doğası*, çev. Nur Nirven (Sakarya: Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, 2016), 34; “Prejudice”, Oxford Learners Dictionaries, erişim tarihi Haziran 13, 2023, [https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/prejudice\\_1?q=prejudice](https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/prejudice_1?q=prejudice); Nuri Bilgin, *Sosyal Psikoloji* (İzmir: Ege Üniversitesi Yayınları, 2011), 183.

<sup>124</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 35; Turgut Göksu, *Sosyal Psikoloji* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007), 100-101.

<sup>125</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 42.

<sup>126</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 44-45.

<sup>127</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 42-45; Göksu, *Sosyal Psikoloji*, 100.

<sup>128</sup> Bilgin, *Sosyal Psikoloji*, 184; Nuri Bilgin, *Sosyal Bilimlerin Kavşığında Kimlik Sorunu* (İzmir: Ege Yayıncılık, 1994), 172-73.

<sup>129</sup> Rıfat S. İlhan ve Abdulkadir Çevik, “Önyargıların Psikolojisi: Psikodinamik Bir Gözden Geçirme,” *Nesne Psikoloji Dergisi* 1, no. 1 (2013): 54; Allport, *Önyargının Doğası*, 37-59; İbrahim Gürses, “Önyargının Nedenleri,” *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 14, no. 1 (2005): 151; Bilgin, *Sosyal Bilimlerin Kavşığında Kimlik Sorunu*, 172-87.

<sup>130</sup> İlhan ve Çevik, “Önyargıların Psikolojisi,” 54; Bilgin, *Sosyal Psikoloji*, 178-80.

<sup>131</sup> Bilgin, *Sosyal Psikoloji*, 180.

insanlarla ilgili sahip olduğu şemalar yani kalıp yargıları<sup>132</sup> sonucu ortaya çıkardığı tutum ve davranışlardır.<sup>133</sup> Bu tutum ve davranışların bazılarının bilgilendirmeye düzeldiği bazılarının ise kişi ile duygusal bağlantısı nedeniyle her türlü bilgiye rağmen değişmediği ifade edilmiştir.<sup>134</sup>

İnsanlar sağladığı kolaylık nedeniyle gruplar halinde yaşama eğilimi gösterirler. Kendi grubunda hazırda kolay yaşam sürdürme olanağı olan birçok kişi varken diğer gruplara yönelmezler. Bu benzer insanlarla yaşamın daha rahat sürdürülmesi, kendi kültürüne duyulan gurur gibi sebeplere dayanır.<sup>135</sup> Bu nedenle gruplar diğer gruplardan ayrı kalma eğilimi gösterir.<sup>136</sup> Bu da aslında diğer gruptaki insanları grubun özelliklerine göre kategorileştirme eğilimini doğurur. Yani o gruba ait bir kişiyle karşılaşıldığında o kişiye o grubun özellikleriyle bakılmasına neden olur. Gruplaşmalar önyargılara da neden olur.<sup>137</sup> Bir grup hakkındaki önyargının genellikle ırksal kategorileştirmenin yapılmasının ardından başladığı görülmüştür.<sup>138</sup>

Önyargının ilk unsuru yani kişiyi bir yargıda bulunmaya yönelten olgular yeterli olmadığı için önyargıyı sadece olasılıklar kümesinin elemanı kılar.<sup>139</sup> Kategorilerin yardımıyla düşünen insan rasyonel kategoriler oluşturduğu kadar irrasyonel kategorilerde oluşturur.<sup>140</sup> Rasyonel bir kategoriye ulaşmak için aslında yeterli derecede kanıtın bulunması gerekir. Örneğin bütün İngilizlerin kötü insanlar olduğunu söyleyebilecek derecede kanıtın ulaşılması mümkün değildir. Dolayısıyla böyle bir yorum irrasyonel bir nitelik taşıyacaktır.<sup>141</sup> İrrasyonel

<sup>132</sup> Çiğdem Kağıtçıbaşı ve Zeynep Cemalcılar, *Dünyanın Bugüne İnsan ve İnsanlar Sosyal Psikolojiye Giriş* (İstanbul: Evrim Yayınevi, 2014), 7/124.

<sup>133</sup> İlhan ve Çevik, "Önyargıların Psikolojisi," 54; Çiğdem Kağıtçıbaşı, *Günümüzde İnsan ve İnsanlar Sosyal Psikolojiye Giriş* (İstanbul: Evrim Yayınevi, 2010), 273-75.

<sup>134</sup> İlhan ve Çevik, "Önyargıların Psikolojisi," 63.

<sup>135</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 47-49.

<sup>136</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 49.

<sup>137</sup> Bilgin, *Sosyal Psikoloji*, 197.

<sup>138</sup> Tiffany A. Ito ve Bruce D. Bartholow, "The Neural Correlates of Race," *Trends in Cognitive Sciences* 13, no. 12 (2009): 527.

<sup>139</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 36.

<sup>140</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 52.

<sup>141</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 52.

kategorilere karşı getirilen kuvvetli kanıtlara ise genelde istisnaların kaideyi bozmadığı savunması yapılır.<sup>142</sup>

Her kavram yanlıgısı önyargı olarak değerlendirilmemelidir.<sup>143</sup> Bir kişinin bir bölgedeki herkesin aynı dine sahip olduğu yanlıgısı o bölgedeki birinin başka bir inanca sahip olduğunu görmesiyle son bulabilir. Ancak kavram yanlıgısı olmaksızın o bölgede yaşayan bütün insanların kategorileştirilmesi durumunda önyargı ortaya çıkacaktır.

İnsanların sosyal kimlikleri (ırk, etnik köken, cinsiyet...) beyin tarafından kişinin yüzüne bakıldığı anda hızla tespit edilmeye başlanır.<sup>144</sup> Yani esasında insanı önyargıya ulaştırarak verilerin akışı bir durum ya da kişiyle karşılaşıldığı ilk andan itibaren başlar. İnsanlar, karşılaştıkları insanları hemen fiziksel özelliklerine ve dış görünüşüne göre değerlendirme eğilimindedir. “İnsanlar sizi giysilerinizle karşılar, sözlerinizle uğurlar.” sözü aslında bu noktaya işaret etmektedir. Ancak bu veriler yeterli olmadığı için tabîi olarak rasyonel bir çıkarımda bulunmaya yetmez.

## B. Önyargının Nedenleri ve Çeşitleri

İnsan davranışlarının nedensiz olması kabul edilemez.<sup>145</sup> Dolayısıyla insanın gerçekleştirdiği önyargılı davranışlarında nedenleri vardır. Önyargılı davranışların nedenlerinin anlamlandırılması için psikolojik faktörlere bakılması yeterli değildir. Psikolojik faktörlerin yanında sosyal ve kültürel faktörlerinde bu anlama sürecinde bir arada değerlendirilmesi gerekir. Gruplar halinde yaşama eğiliminde olan insanın davranışını anlamak onun davranışlarında güçlü bir faktör olan sosyal ve kültürel durumunu da göz önünde bulundurarak mümkündür.<sup>146</sup> Kişinin, önyargılı davranışının arkasındaki psikolojik nedenlerle bağı ne kadar zayıf görünürse görünsün kişilik, sosyalleşme, ulusal ve tarihsel

---

<sup>142</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 54.

<sup>143</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 37.

<sup>144</sup> Inga K. Rösler ve David M. Amodio, “Neural Basis of Prejudice and Prejudice Reduction,” *Biological Psychiatry: Cognitive Neuroscience and Neuroimaging* 7, no. 12 (2022): 1200.

<sup>145</sup> Gürses, “Önyargının Nedenleri,” 145.

<sup>146</sup> Gürses, “Önyargının Nedenleri,” 150; Allport, *Önyargının Doğası*, 251.

etkiler, ekonomik ve kültürel koşulların önyargının oluşumunda önemli bir yeri vardır.<sup>147</sup>

Allport tarafından önyargının kaynağına ilişkin çeşitli teoriler üzerinden çıkarımlarda bulunulmuştur: Tarihsel yaklaşım, tarihsel koşulların önyargının psikolojik nedenleri üzerinde etkili olduğunu savunur. Bu yaklaşıma göre tarih önyargıları anlamamız bakımından önemli bir katkı sunar.<sup>148</sup> Sosyokültürel yaklaşımda önyargılı tutumların içerisinde geliştiği sosyal bağlam dikkate alınır.<sup>149</sup> Tarihsel ve sosyokültürel yaklaşım birleştirildiğinde ise topluluk örüntüsü yani önyargı anlamada her grubun temel etnik merkezçiliği belirleyici rol oynar.<sup>150</sup> Durumsal yaklaşım tarihsel yaklaşımdan arındırılmış sosyokültürel yaklaşım olarak açıklanır. Burada kişinin maruz kaldığı etkenler belirleyicidir.<sup>151</sup> Psikodinamik yaklaşım önyargıyı insanın kavgacı ve düşmanca kişiliği ile ilişki kurarak psikolojik bir zeminde açıklar.<sup>152</sup> Fenomenolojik yaklaşım, önyargının nedenini kişinin önyargılı yaklaştığı durum ve kişileri algılayışıyla açıklar.<sup>153</sup> Uyarıcı obje yaklaşımı ise önyargıların nedenini hedef grupların özelliklerinden itibaren anlamaya çalışır.<sup>154</sup> Allport bu yaklaşımların hepsinin yararlı olduğunu ve önyargının nedenlerini anlamada ki öneminin kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur.<sup>155</sup>

Önyargılar, belirli bir ırk grubuna karşı ırkçı, farklı bir dine karşı dini ya da farklı bir cinsiyete karşı cinsiyetçi önyargılar olmak üzere hedef aldıkları sosyal grup ya da kategorilere göre sınıflandırılabilirler.<sup>156</sup> Önyargıların sınıfları bunlarla sınırlı değildir. Ancak ırkçı önyargı, dini önyargı ve cinsiyetçi önyargı yaygın önyargı türlerindedir.

---

<sup>147</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 251; Gürses, "Önyargının Nedenleri," 148.

<sup>148</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 251-54.

<sup>149</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 254-57.

<sup>150</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 256.

<sup>151</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 257; Bilgin, *Sosyal Psikoloji*, 185.

<sup>152</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 257-59.

<sup>153</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 260-61; Bilgin, *Sosyal Psikoloji*, 185.

<sup>154</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 261; Bilgin, *Sosyal Psikoloji*, 185.

<sup>155</sup> Allport, *Önyargının Doğası*, 262.

<sup>156</sup> Bilgin, *Sosyal Psikoloji*, 185.



### C. Bir Hak Olarak Önyargısız Yargılanma Hakkı

İnsan biyolojik ve moral bir varlıktır.<sup>157</sup> Tinsel bir yönü bulunan,<sup>158</sup> fizikötesi inançları olan insan; her zaman düşünce, karar ve eylemlerini objektif olarak gerçekleştiremez. İnsanın; duygu ve düşünceleri, kişisel değerleri, siyasal görüşleri kararlarını etkiler. İnsanın verdiği kararlarda, işlerini kolaylaştıran kategorizasyon özelliğinin bir neticesi olarak önyargılarda etkilidir. Ancak hâkim yargılanmanın en önemli süjesi olarak<sup>159</sup> tarafsız hareket etmelidir. Tarafsızlığı tam manasıyla gerçekleştirebilmesi için de hâkimin önyargılarından da sıyrılması gerekir. Önyargı, bir tıp hekiminin hastanın tedavisi için aldığı kararları dahi etkileyebilir.<sup>160</sup> Hastanın tedavisinin hekimin önyargıları doğrultusunda yönleneceği tedavinin sağlıklı yürümesini engelleyeceği gibi hâkimin önyargılarla hareket etmesi de yargılanmanın sonucunu etkileyecektir.

Adil bir karara varmak için çıkılan yolda adil yargılanma hakkının diğer tüm unsurları sağlansa dahi hâkimin içsel yönüyle ilgili olan önyargıları davanın adil bir sonuca ermesini engelleyebilir. Siyasal iktidara ve diğer tüm dış faktörlere karşı bağımsızlığı sağlanan hâkimin kendi önyargılarına karşı bağımsızlığının nasıl sağlanacağı önemli bir sorudur.<sup>161</sup> Hâkimin, kişisel değerlerinden, siyasi görüşlerinden ve önyargılarından arınması onun objektifliğe ulaşmasıyla ilgilidir. Bu durumda aslında “kişiliksizlik” kavramı ortaya çıkacaktır.<sup>162</sup> Objektiflik gerçekleşmesi son derece zor bir olaydır.<sup>163</sup> Ancak hâkim yargılanmanın Herkül’üdür.<sup>164</sup> Hâkimlerin önemli vasıflara sahip olmaları gerekir. Osmanlı’da özel hukuk hükümlerinin kanunlaştırma çalışmasının bir ürünü olan Mecelle’nin 1792’nci maddesine göre: “Hâkim; hakîm (bilgin), fehîm (zeki), müstakîm (doğru),

---

<sup>157</sup> Bahri Savcı, “‘Yaşam Hakkı’ Felsefe Açısından Pratiğe Doğru,” iç. *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, ed. İoanna Kuçuradi (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2016), 85–87.

<sup>158</sup> Vec di Aral, *İnsan Özgür Mü?* (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2004), 56.

<sup>159</sup> Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 92.

<sup>160</sup> Guang-Shing Cheng, “Prejudice,” *Hastings Center Report* 36, no. 5 (2006), 9.

<sup>161</sup> Arslan, “İnsan Hakları,” 602.

<sup>162</sup> Owen M. Fiss, “Objectivity and Interpretation,” *Stanford Law Review* 34, no. 4 (1982): 744.

<sup>163</sup> Fiss, “Objectivity and Interpretation,” 744; Arslan, “İnsan Hakları,” 602.

<sup>164</sup> Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, çev. Ertuğrul Uzun (İstanbul: Nora Kitap, 2018), 298–306; Arslan, “İnsan Hakları,” 603.

emîn (güvenilir), mekîn (temkinli) ve metîn (dayanıklı) olmalıdır.” Kuşkusuz bu özelliklerin hepsinin bir arada bulunması önemlidir. Ancak hâkim, metin olma özelliği dolayısıyla “metanet sahibi, güçlü, etki altında kalmayan, mehabetli, sabırlı” olmalıdır.<sup>165</sup> Hâkim metanet sahibi olma özelliğiyle iç ve dış etkiler altında kalmadan karar vermelidir. Hâkimin önyargısız hareket etmesi öylesine önemli görülmüştür ki, onun tarafsızlığının ferasetinden yani kavrayışından daha önemli olduğu ifade edilmiştir.<sup>166</sup>

Hâkimlerin yargılamalarda bir ön fikre sahip olmaları doğaldır. Ancak bu fikirlerin adil bir karara ulaşılmasını engellemesi doğal ve meşru kabul edilemeyecektir.<sup>167</sup> Tarafsızlıktan bahsedilemediği durumlarda bir hâkimden dahi bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir. Hâkim özü gereği tarafsızdır.<sup>168</sup> Devletin temeli olan adaletin tesisi için yargılamaların adil yürütülmesi gerekir. Adalet için hâkimin dış etkilerden korunması yani bağımsızlığının sağlanması yeterli değildir. Hâkimin tarafsızlığının da sağlanması gerekir. Tarafsızlık, hâkimin kendi içerisinde sağlaması gereken bir olgudur. Bunun için hâkim kişiliğinden sıyrılmalı, önyargılarını unutmaya bile ihmal etmelidir.

Hâkimin önyargılarıyla tarafsızlığı arasında önemli bir ilişki vardır. Tarafsızlık, hâkimin yargılamayı yürütürken ve karar verirken değer yargılarından, siyasi düşüncelerinden bağımsız hareket etmesi ve taraflara eşit mesafede olmasını ifade eder.<sup>169</sup> Hâkimin tarafsız olabilmesi için önyargılarından da uzak kalması gerekir. Gerçekten önyargılarla hareket eden bir hâkimin kararı da önyargılarıyla paralel olarak etkilenecektir. Tarafsızlık, davanın tarafları herhangi başka kişiler olsa dahi aynı sonuca ulaşılacağı zaman sağlanmıştır.<sup>170</sup>

Önyargı, ırk, din veya cinsiyet temelli olabilir. Bir kimsenin ırkı, dini veya cinsiyeti nedeniyle hâkimde oluşan önyargıların yargılamanın gidişini ve sonucunu etkilememesi gerekir. Söz gelimi aynı mahkemede aynı dava konusu

<sup>165</sup> Mustafa Avcı, “Mecelle’ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 27 (2016): 46-49,

<sup>166</sup> Avcı, “Mecelle’ye Göre Hâkimin Nitelikleri” 51.

<sup>167</sup> Sancar, “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı,” 594.

<sup>168</sup> Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 81; Özkul, “Yargının Bağımsızlığı,” 215.

<sup>169</sup> Arslan, “İnsan Hakları,” 602.

<sup>170</sup> Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 357.

için sanık sıfatıyla bulunan bir Suriyeli için verilecek karar ile bir Ukraynalı için ya da bir Türk için verilecek kararın (yasal gereklilik olmadığı müddetçe) farklı olmaması gerekir. Hâkim kendi önyargılarından sıyrıldığı gibi davanın taraflarını da kişiliksizleştirmelidir. Yani davanın taraflarının önyargıya sebebiyet verecek özellikleri bilinmiyormuşçasına hareket etmesi gerekir.

Önyargısız yargılanma hakkıyla masumiyet karinesi arasında da önemli bir ilişki vardır. Masumiyet karinesinin ihlali durumunda hâkimde önyargı oluşma ihtimali doğabileceği gibi önyargılı davranışlarda masumiyet karinesinin ihlaline neden olabilir. Hâkimin, sanığın suçlu olduğu önyargısıyla yargılamayı yürütmesi masumiyet karinesinin ihlaline neden olacaktır.<sup>171</sup> Çünkü hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığı müddetçe herkes masum sayılmalıdır. Yargılamanın sanık hakkında önyargılarla başlaması ve yürütülmesi durumunda ise hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmayan sanık suçlu muamelesiyle karşılaşmış olacaktır. Burada mahkemenin önyargısını eyleme dökmesi de gerekmez. Uyuşmazlığın taraflarının şekli anlamda da hâkim karşısında eşit bir şansa sahip olma ve eşit muamele görme hakları vardır.<sup>172</sup>

Masumiyet karinesinin ihlali durumunda yargılama makamında önyargıların meydana gelme ihtimali doğacak dolayısıyla önyargısız yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Henüz hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmayan sanık hakkında medya veya basın gibi dolaylı kanallar üzerinde suçlu nitelendirilmesi yapılması ve sanığın şahsına yönelik verilerin sunulması uyuşmazlığı çözecek olan hâkimin önyargı sahibi olmasına neden olabilir. Bu nedenle önyargısız bir yargılamanın yürütülmesi için masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi gerekir.

Önyargısız yargılanma hakkının, hâkimin tarafsızlığı ve masumiyet karinesi ile doğrudan ilgili olduğu görülmektedir. Burada her ne şart altında olursa olsun hâkimin tarafsızlığı sağlanması ve koruması gerekir. Yani önyargılar hâkimin taraflı davranmasını meşrulaştırmayacaktır. Hâkimlerin tarafsız davranmaları için adalet idesini özümsemeleri gerekir. Adalet idesini iyi özümsemiş bir hâkim bir kimseye duyduğu kin karşısında dahi tarafsızlığını koruyacaktır. Gerçek bir hâkim adaletin önüne hiçbir şahsi duygu, çıkar ve ihtirasını koymayacaktır. Adalet

---

<sup>171</sup> Çayan, “Masumiyet Karinesi Doktrini,” 79.

<sup>172</sup> Özkul, “Yargının Bağımsızlığı,” 214.

için kendi kişiliğinden sıyrılan hâkim, önyargılarını zihninden silemese bile kararını verirken dikkate almayacaktır.

### III. DREYFUS DAVASI

#### E. Yargılamanın Hikayesi

Almanya Büyükelçiliğinde temizlikçi olarak görev yapan bir Fransa casusunun, Alman Büyükelçiliğindeki Askeri Ateşe Maximilian von Schwartzkoppen'in çöp sepetinde bulduğu belge ile topçu bölüğünden birinin Almanlara bilgi sızdırdığı düşüncesi doğar. Bu düşünce üzerine yapılacak soruşturmada soruşturma görevi Yüzbaşı Sandherr'e verilir.<sup>173</sup> Sandherr, Yahudi düşmanı olduğunu açıklamaktan çekinmeyen bir Yahudi karşıtıdır.<sup>174</sup> O dönem Fransız basınında Yahudi karşıtı yayınlar kamuoyunu ve orduyu etkiler. Gözler Dreyfus'un üzerine çevrilmiştir çünkü soruşturma çok indirgemeci bir yaklaşımla yürütülür. Yalnızca kurmaylardan kuşku duyulur, dikkatler Genelkurmaydaki dört birim üzerinde yoğunlaşır. Bu çerçevede gözler Yahudi kökenli Yüzbaşı Alfred Dreyfus'a çevrilir.<sup>175</sup>

Olayın duyulmasının ardından Yahudi karşıtı Edouard Drumont<sup>176</sup> gazetesinde suçlunun Dreyfus değil, onu böyle önemli bir büroya görevlendiren yöneticilerin olduğunu yazar.<sup>177</sup> Benzer şekilde Drumont'un yönetici olduğu La Libre Parole gazetesinin 6 Kasım 1894 tarihli manşetinde "Dreyfus Yahudi'sinin ihaneti" başlığı atılır.<sup>178</sup>

Casus tarafından ele geçirilen belge ile Dreyfus'un önceki el yazıları karşılaştırılır. Bilirkişi Gobert, karşılaştırılan yazılar arasında benzerlik

<sup>173</sup> Sami Selçuk, *Dreyfus Davası Dünyaca Unutulamayan Yargılama Yanılgısı* (Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2019), 12-17.

<sup>174</sup> Selçuk, 14; Benjamin F. Martin, "Thinking Outside the Box About the Dreyfus Affair," *French Politics and Society* 16, no. 2 (1998): 53.

<sup>175</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 17-18.

<sup>176</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 15.

<sup>177</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 18; Martin, "Thinking Outside the Box About the Dreyfus Affair," 53.

<sup>178</sup> "La Trahison Du Juif Dreyfus," *Retronews*, erişim tarihi Eylül 20, 2023, <https://www.retronews.fr/journal/la-libre-parole/06-novembre-1894/691/1953807/1>.

bulunmadığını ifade eder.<sup>179</sup> Bir başka bilirkişiye başvurulur ancak bu sefer görevlendirilen bilirkişi Bertillon Yahudi karşıtıdır.<sup>180</sup> Bertillon, benzerlikler nedeniyle belgenin Dreyfus tarafından kaleme alındığını, benzemeyen yönlerin ise kendini soruşturmalara karşı korumak için kasıtlı olarak yazı değiştirme yoluna başvurulduğu sonucuna ulaşır.<sup>181</sup> Başvurulan diğer bilirkişiler de Bertillon’un görüşüne katılırlar.<sup>182</sup>

Dreyfus hakkındaki bütün suçlamaları reddeder. Evinde yapılan aramalarda hiçbir bulguya rastlanmaz.<sup>183</sup> Dreyfus zengin bir yaşam sürmekte, varlıklı bir hayat yaşamaktadır. Aslında casusluk yapmak için bir nedeni de yoktur.<sup>184</sup> La Patrie gazetesinde daha yargılama devam ederken Yahudi bir subayın gizli belgeleri sattığı, casusluk ve yurda ihanet suçunun kesin kanıtlarla ortaya çıktığı kamuoyuna duyurulur. Sonrasında bir başka gazete Dreyfus’un adını da vererek “yurt haini tutuklandı” ifadeleriyle haber yapar.<sup>185</sup> Henüz yargılama sona ermeden Savaş Bakanı tarafından yurda ihanet suçunun çürütülemez kanıtlarla belirlendiğine dair bir demeç verilir. Dreyfus hakkında açılan davanın duruşmasının gizli yürütülmesine karar verilerek kamuoyunda sorunların ve dedikoduların artmasına sebebiyet verilir.

Davanın sonucunun kendileri için kötü bitme olasılığına karşı General Mercier ve General Boisdeffre tarafından Du Paty de Clam’a gizli bir belge hazırlatılır. Du Paty de Clam belgeyi zarfa koyar ve Dreyfus davası ile ilgili olduğunu söyler. Zarf duruşmanın bitmesine yakın bir zamanda Mahkeme Başkanı Albay Maurel’e gizlice verilir. Dosya savunma makamından gizli tutulur.<sup>186</sup> Duruşmada dinlenen tanık Binbaşı Henry de Dreyfus’un suçlu

---

<sup>179</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 23; Mehmet Mazlum Çelik, “Adaletin dayanılmaz hafifliği ve Dreyfus Davası: Sizi itham ediyorum Bay Başkan (!),” *İndependent Türkçe*, erişim tarihi Haziran 18, 2023, <https://www.indytrk.com/node/337741/haber/adaletin-dayanilmaz-hafifligi-ve-dreyfus-davasasi-sizi-itham-ediyorum-bay-basbakan>.

<sup>180</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 23.

<sup>181</sup> Martin, “Thinking Outside the Box About the Dreyfus Affair,” 54.

<sup>182</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 23–25.

<sup>183</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 27.

<sup>184</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 20.

<sup>185</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 28–29.

<sup>186</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 31–33; Çelik, “Sizi itham ediyorum.”

olduğunu bunu yüksek düzeyde seçkin bir kişiden duyduğunu ifade eder.<sup>187</sup> Dreyfus 22 Aralık 1894 tarihinde ömür boyu hapis ve rütbenin geri alınması cezalarına çarptırılır.<sup>188</sup> Bunun üzerine başvurulanan temyiz yolunda da esastan ret kararı verilir.<sup>189</sup>

Dreyfus'un masum olduğu sonradan bir dizi olay sonrası ortaya çıkar. Dreyfus'un kardeşi Mathieu abisinin masumiyetine olan inancıyla gerçek suçluları bulmak için harekete geçer. Dreyfus ailesinin dostu olan yazar Bernard Lazare'in desteğini alır. Bernard Lazare ise Dreyfus destekçisi Baron Jacques'ın yeğeni ve damadı olan Joseph Reinach'ın desteğini kazanır. Bu destek Yahudi çevrelerinde etki uyandırır. Mathieu Dreyfus, duruşma sırasında yargıçlara verilen gizli bir dosyanın varlığını öğrenir. Bu dosyanın varlığı yargılamanın yenilenmesi için önemli bir gelişmedir.<sup>190</sup> Bu sırada İstatistik ve Haber Alma Dairesinde görev değişimi yaşanır. Albay Sandherr'in yerine Yarbay Picquart geçer. Albay Sandherr görevi devrederken Boisdeffre'in Dreyfus davasıyla uğraşmaktan vazgeçmediğini, kanıt istenirse Binbaşı Henry'e başvurulmasının ve yargıçlara verilen gizli dosyanın yeterli olacağını söyler. Durumdan kuşkulanan Picquart davayı yeni baştan ele almaya karar verir. Picquart'ın eline şüpheli bir belge geçer casusluk şüphesi uyandıran belgenin teslimat adresi Binbaşı Esterhazy'nin evidir. Picquart hemen harekete geçer ve Esterhazy hakkında araştırmalar yapar araştırmaları sonucunda Esterhazy'nin borç içinde olduğunu, topçuluk ve atış üzerine gizli bilgiler topladığını bunun için kendini atış okullarına çağırıldığını, gizli belgeleri kopyalattığını öğrenir.<sup>191</sup> Picquart'a susması için baskı uygulanır. Ancak Picquart kararlıdır.<sup>192</sup> 6 Kasım 1896'da Bernard Lazare yargılamanın kurallara aykırı yapıldığı kuşkusunu dile getirdiği "Yargısal Bir Yanılgı: Dreyfus Davasının Gerçek Yüzü" isimli bir kitapçık yayınlar. Lazare, basın çevrelerinin desteğini kazanmaya çalışır.<sup>193</sup> 10 Kasım 1896'da Le Matin gazetesi, Dreyfus

---

<sup>187</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 34-35.

<sup>188</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 35; Elizabeth Nix, "What was the Dreyfus affair?," History, erişim tarihi Haziran 18, 2023, <https://www.history.com/news/what-was-the-dreyfus-affair>.

<sup>189</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 36.

<sup>190</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 43.

<sup>191</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 43-46.

<sup>192</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 48.

<sup>193</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 48.

davasına konu bordronun aynısını yayınlar. Bu yanlışlığın anlaşılmasında önemli bir rol oynar.<sup>194</sup> Durumun gidişatından endişelenen Binbaşı Henry dosyaya Dreyfus’un casusluğunu delalet edecek sahte belgeler ekler.<sup>195</sup> Sahte belgelerden etkilenen General Boisdeffre rahatsızlık yaratan Picquart’dan kurtulmak ister ve Picquart Tunus’a yollar. Onun yerine ise uydurma belgeleri oluşturan Henry atanır.<sup>196</sup> Davaya konu bordro’nun ve dava sırasında savunma makamından gizlenen belgelerin olduğunun basında yayılmasıyla birlikte gerçek suçlunun Esterhazy olduğuna yönelik düşünce boy göstermeye başlar. Savaş Bakanı tarafından General de Pellieux soruşturma için görevlendirilir. General Pellieux’da soruşturma için Binbaşı Ravary’i görevlendirir. Ravary, savunma ve bilirkişi görüşlerine dayanarak Esterhazy’yi serbest bırakır. Ancak raporunda Albay Picquart’ı suçlar. Ancak Hükümet buna rağmen Esterhazy’nin yargılanması için harekete geçer. Yargılama sonucunda Esterhazy aklanır. Ancak Picquart hüküm giyer ve ceza evine koyulur.<sup>197</sup> Tam bu sıralarda Emile Zola, Dreyfus davasının ayrıntılarını öğrenir. L’Aurore gazetesinde bir yazı yayınlar: “Suçluyorum..!”<sup>198</sup> Zola, daha birçok yayın yapar. Yapmış olduğu yayınlar yüzünden hakkında dava açılır. Davalar neticesinde hapis ve para cezasına çarptırılır. Kendi yargılaması sırasında tarihsel savunmasını “*ant içerim ki Dreyfus suçsuzdur. Bu uğurda yaşamımı ortaya koyuyorum, şerefimi ortaya koyuyorum...*” diyerek, bitirir.<sup>199</sup> İşler hiçte yolunda gitmezken Dreyfus aleyhine düzenlenen gerçek belgeler ile düzmece belgeler arasındaki farklılıklar Yüzbaşı Cuignet tarafından fark edilir ve Savaş Bakanı Cavaignac’a bildirilir. Binbaşı Henry çağrılır ve ülkenin yararı ve kendi şerefi için sahte belge düzenlediğini itiraf eder.<sup>200</sup> Henry tutuklanır ve ertesini gün cezaevinde gırtlakını keserek intihar eder. Dreyfus’un eşi Başbakanı yargılamanın yenilenmesini talep eder. Hükümet “Yeniden İnceleme Yarkurulu”nu görevlendirir.<sup>201</sup> Yarkurulunun raporu üzerine

---

<sup>194</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 49.

<sup>195</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 50–51.

<sup>196</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 51.

<sup>197</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 57–60.

<sup>198</sup> Emile Zola, *Suçluyorum*, çev. Tahsin Yücel (İstanbul: Can Yayınları, 2017).

<sup>199</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 75–77.

<sup>200</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 82.

<sup>201</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 82–83.

oyçokluğuyla konunun yargıya götürülmesi kararı alınır ve davanın yenilenmesi için Yargıtay Ceza Dairesine başvurulur.<sup>202</sup> Muhakeme sürecinde 29 Mayıs 1899'da bordronun Dreyfus tarafından değil, Esterhazy tarafından yazıldığı sonucuna ulaşılır. Esterhazy suçunu itiraf eder. 3 Haziran 1899'da Yargıtay Dreyfus hakkında Askeri Mahkeme tarafından verilen kararı bozar ve Rennes Askeri Mahkemesinde yargılanmasına karar verir. Yargılamada Eski Savaş Bakanı General Mercier tanık olarak dinlenir ve geçmişteki tutumunu sürdürür. Daha da ileri giderek "suçlu ya o ya da benim der.". Diğer tanıkların dinlenilmesi ile birlikte Rennes Askeri Mahkemesinde Dreyfus on yıl hapis cezasına çarptırılır. Dreyfus, hükümet affı ile serbest bırakılır ardından rütbeleri iade edilir ve binbaşılığa yükseltilir.<sup>203</sup> Sonrasında Dreyfus'un hükümlülüğüne temel oluşturan bir belgenin, Dreyfus Savaş Bakanlığında göreve başlamadan kaleme alındığı anlaşılır. Dosya Yargıtay Savcısına yollanır. Her şey baştan ele alınır. Yargıtay Rennes Askeri Mahkemesinin kararını bozar.<sup>204</sup> Dreyfus'un resmi olarak temize çıkması nihai olarak 1906 yılında gerçekleşir.<sup>205</sup>

## F. Dreyfus Davasında Önyargısız Yargılanma Hakkının İhlali

Önyargı, hâkimin etkisinden kurtulamadığı durumlarda davanın gidişatını etkileyecek önemli bir olgudur. Dreyfus davası, soruşturma aşamasından davanın kesinleşme aşamasına kadar önyargılardan kaynaklanan büyük yanlışlara şahit olmuştur. Gerçekten de yargılamada meydana gelen birçok hukuka aykırılığın kaynağı Yahudi olmasından dolayı Dreyfus'a karşı duyulan önyargılardır. Dreyfus davasında aleni yargılanma hakkı, silahların eşitliği vb. birçok hukuka aykırılık yaşanmıştır. Bu hukuka aykırılıkların temel nedeni ise önyargılardan yola çıkılması, adil bir muhakemenin yürütülememesidir.

Dreyfus davası, Yahudi düşmanı bir soruşturmacının, Yahudi düşmanı bilirkişilerin ve Yahudi düşmanı basının kurbanı olmuştur. Henüz soruşturma ve

<sup>202</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 84.

<sup>203</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 88-90.

<sup>204</sup> Çelik, "Sizi itham ediyorum."

<sup>205</sup> "Dreyfus Affair: Topics in Chronicling America," Library of Congress, erişim tarihi Haziran 18, 2023, <https://guides.loc.gov/chronicling-america-dreyfus-affair>; Nix, "What was the Dreyfus affair?;" Martin, "Thinking Outside the Box About the Dreyfus Affair," 57.



kovuşturma devam ederken suç isnadı altındaki Dreyfus’un suçlu olduğuna yönelik yapılan yayınlar masumiyet karinesini ihlal etmiştir. Benzer şekilde devlet yetkililerinin de suçluluğu kesinleşmiş bir mahkeme kararıyla sabit olmayan Dreyfus’un suçlu olduğuna yönelik ifadeleri masumiyet karinesini ihlal ettiği gibi önyargılara sebep olması dolayısıyla yargılamanın tarafsızlığını da gölgelemiştir.

Dreyfus davasında da yargılamanın henüz başında bir önyargıyla hareket edilir. Bu önyargılara sebep olan en önemli sebep Dreyfus’un Yahudi olmasıdır.<sup>206</sup> Dreyfus davası önyargılarla zehirlenmiş bir ortamda başlayan soruşturmanın eseridir.<sup>207</sup> Dreyfus davasında, yayın yapan Yahudi karşıtı basın kamuoyunu önemli derecede etkilemiştir.

Hâkimin, önyargılarını ihmal etmesi tarafsız hareket etmesi için zorunludur. Hâkim davayı yürütürken ve kararını verirken önyargılarından sıyrılmalıdır. Dreyfus davasında hâkimlerin Dreyfus’a karşı önyargılı yaklaşıtlarına dair kesin bir çıkarımda bulunulmaması da soruşturmanın başından sonuna kadar oluşturulan kamuoyu baskısıyla Dreyfus’un suçlu olduğuna dair genel bir önyargı olduğu şüphe götürmeyecektir. Çünkü basın ve devlet yetkililerinin henüz dava sonuçlanmadan önce Dreyfus’un suçluluğunu ima eden beyanları vardır. Hâkimlerin tarafsız hareket etmesi için önyargılardan uzak kalmaları gerekir. Bu nedenle davayı yürüten hâkimde davanın taraflarına karşı önyargı oluşturacak eylemlerde bulunulmaması gerekir. Ancak bulunduğu durumlarda dahi hâkim davayı önyargısız ve tarafsız sonuçlandırmak zorundadır.

Tarafsızlık sadece davanın en önemli süjesi olan hâkim için bir zorunluluk değildir. Davanın çözülmesi için görev alan bilirkişiler de tarafsız hareket etmelidir. Aksi takdirde konuya ilişkin teknik bir bilgisi olmayan hâkim rapor doğrultusunda hareket edeceğinden dava yine önyargılara feda edilmiş olacaktır. Ancak hâkim, bilimsel ve teknik raporlardan yararlanırken açıkça mantık hatası içeren ya da tarafsız olmadığı belli olan raporlara güvenmemeli, bilirkişinin bilimsel ve teknik değerlendirmeler dışına çıkmasına müsaade etmemelidir.

Dreyfus davası, her şeyden önce önyargılarla hareket edildiği için tarafsızlığı tam anlamıyla sağlayamamıştır. Önyargıların iki kaynağı vardır. Dreyfus’un

---

<sup>206</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 19.

<sup>207</sup> Selçuk, *Dreyfus Davası*, 21.

Yahudi olması ve Yahudi karşıtı kişilerin Dreyfus'un suçlu olduğuna yönelik yayınlarda bulunması. Dreyfus'un Yahudi olması dolayısıyla önyargılı hareket edilmesi tarafsızlığı gölgelediği gibi Yahudi olduğu için önyargılardan yola çıkılarak yayınlarda bulunmasıyla masumiyet karinesinin ihlali de bu önyargıların büyümesine neden olmuştur. Davada hâkimlerin önyargılardan etkilenmesi muhtemel olsa da uydurma delillerin bulunması nedeniyle kararda bu delillerin etkili olduğu da görmezden gelinemeyecektir. Ancak hâkimler önyargısız hareket etmiş olsa dahi muhakeme önyargıların gölgesinde bırakılmıştır. Muhakemenin tarafsızlığını şüpheye düşürecek her türlü eylemden uzak kalınmalıdır. Aksi bir durum neticeden mücerret olarak adil yargılanma hakkının ihlaline yola açacaktır.

## SONUÇ

Önyargılar, bizi yaşıntımızda çoğu zaman irrasyonel yargılara yöneltir. Çünkü önyargılara doğası gereği yeterli kanıt olmadan ulaşılır. Asıl olan insanın yeterli verileri topladıktan sonra bir yargıya ulaşmasıdır. Ancak insan zihni bu şekilde çalışmaz. Sağladığı kolaylık nedeniyle kategorilerden yararlanır. Karşılaştığı ilk andan itibaren insanları ve durumları bir kategoriyle eşleştirmeye çalışır. Önyargılar, tamamen bilimsel bir düzlemde seyretmesi gereken bir tedaviyi dahi etkileyebilir. Aynı şekilde bir davanın kaderinde de önyargıların önemli rolü vardır. Önyargısız bir yargılama, adil bir yargılama için zorunludur. Öncelikle hâkimin tarafsız hareket etmesi için önyargılarından sıyrılması gerekir. Bu önyargısız bir yargılamanın ilk yönüdür. İkinci olarak ceza yargılamaları bakımından önyargılara sebebiyet verilmemesi için masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi gerekir.

Kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü yokken önyargılarla sanığa suçlu muamelesi yapılması masumiyet karinesini ihlal eder. Masumiyet karinesinin ihlali önyargılara sebep olabileceği gibi önyargılar da masumiyet karinesinin ihlaline neden olabilir. Önyargılara neden olan masumiyet karinesi ihlali hâkimin tarafsızlığını etkileyebilir. Ancak bu hâkimin taraflı davranmasına bir mazeret teşkil etmeyecektir. Hâkim yargılamanın Herkül'üdür. O özü gereği bağımsız ve tarafsız hareket etmeli, kararını bağımsız ve tarafsız bir şekilde vermelidir. Ancak önyargılara sebebiyet verildiğinde tarafsızlık gölgelenebilir. Yargılama adil olduğu kadar adil de görünmelidir.

Dreyfus davası, önyargılara kurban edilen bir yargılama örneğidir. Dreyfus’un Yahudi olması nedeniyle taraflı yürütülen bir soruşturma, taraflı hareket eden bir bilirkişi ve kamuoyunu taraflı şekilde yönlendiren basın önyargılarla hareket ettiği kadar önyargılara da sebep olmuştur. Yargılama hâkimler tarafından tarafsız sonuçlandırılmış olsa dahi muhakeme önyargıların gölgesinde bırakılmıştır. Masumiyet karinesinin ihlal edilmesi nedeniyle önyargılara sebebiyet verilmiş dolayısıyla önyargısız biçimde yargılanma hakkı ihlal edilmiştir. Herkes, yargılamanın neticesinden bağımsız olarak önyargısız biçimde yargılanma hakkına sahip olmalıdır. Adalet öylesine önemlidir ki, kendisine erişilecek yolların kaybolma, karışma ihtimali dahi söz konusu olmamalıdır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author has not declared whether this work has received any financial support.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

**KAYNAKÇA**

- Akad, Mehmet, Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut. *Genel Kamu Hukuku*. İstanbul: Der Kitabevi Yayınevi, 2017.
- Akıncı, Fatih. "Lekelenmeme Hakkı." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 43 (2020): 177–202.
- Akıncı, Müslüm. *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*. İstanbul: Beta Yayınları, 1999.
- Allport, Gordon W. *Önyargının Doğası*. Çeviren Nur Nirven. Sakarya: Sakarya Üniversitesi Kültür Yayınları, 2016.
- Aral, Vecdi. *İnsan Özgür Mü?*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2004.
- Arslan, Zühtü. "İnsan Hakları Yargı ve 'Taşralı Adam'ın Dramı." *Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı 1*, no. 21 (1998): 601–605.
- Artantaş, Günce. "Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71*, no. 1 (2022).
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Ateş, Abdurrahman. "İsrailiyatın Odağındaki Peygamber: Hz. Davud -Sâd Suresi 21-25. Ayetler Bağlamında Yapılan Rivayetlere Eleştirel Bir Yaklaşım." *Marife Dini Araştırmalar Dergisi 10*, no. 1 (2010): 9–27.
- Atlıhan, Özen. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsuru Olarak "Masumiyet Karinesi." *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11*, no. 1–2 (2005): 291–328.
- Avcı, Mustafa. "Mecelle'ye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 27 (2016): 33–58.
- Başaran, Başar. "Aleni Yargılanma Hakkı." *Mevzuat Dergisi 2*, no. 15 (1999): 1–11.
- Beccaria, Cesare. *Suçlar ve Cezalar Hakkında*. Çeviren Sami Selçuk. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2015.
- Berkhan, İhsan. "Adil Yargılanma Hakkı." *İstanbul Barosu Dergisi 97*, no. 5 (2012): 319–324.
- Bilgin, Nuri. *Sosyal Bilimlerin Kavşağında Kimlik Sorunu*. İzmir: Ege Yayıncılık, 1994.

- Bilgin, Nuri. *Sosyal Psikoloji*. İzmir: Ege Üniversitesi Yayınları, 2011.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Bursa Protestan Kilisesi. “Elçilerin İşleri, Kutsal Kitap.” Erişim tarihi Ekim 25, 2023. <https://kutsalkitap.info.tr/?q=Elç.10>.
- Bursa Protestan Kilisesi. “Mısırdan Çıkış, Kutsal Kitap.” Erişim tarihi Ekim 25, 2023. <https://kutsalkitap.info.tr/?q=Çık.23>.
- Çakır, Cihangir. “Makul Sürede Yargılanma Hakkının Sınırları Nelerdir?.” *İstanbul Barosu Dergisi* 92, no. 5 (2018): 232–243.
- Çayan, Gökhan. “Masumiyet Karinesi Doktrini.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1, no. 42 (2020): 49–88.
- Çelik, Mehmet Mazlum. “Adaletin Dayanılmaz Hafifliği ve Dreyfus Davası: Sizi itham ediyorum Bay Başkan (!).” *Independent Türkçe*. Erişim tarihi Haziran 18, 2023. <https://www.indyrturk.com/node/337741/haber/adaletin-dayanılmaz-hafifligi-ve-dreyfus-davası-sizi-itham-ediyorum-bay-başkan>.
- Cheng, Guang-Shing. “Prejudice.” *Hastings Center Report* 36, no. 5 (2006): 8-9.
- Cihan, Erol. “Hâkim Unsuru Açısından Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 45, no. 1–4 (1981): 873–96.
- Library of Congress. “Dreyfus Affair: Topics in Chronicling America.” Erişim tarihi Haziran 18, 2023. <https://guides.loc.gov/chronicling-america-dreyfus-affair>.
- Dworkin, Ronald. *Hukukun Hükümranlığı*. Çeviren Ertuğrul Uzun. İstanbul: Nora Kitap, 2018.
- Erem, Faruk. *Ceza Usulü Hukuku*. Ankara: Ajans-Türk Matbaacılık Sanayii, 1968.
- Evren, Teoman. “Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 1, no. 1 (1988): 5–15.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Feyzioğlu, Metin. “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 48, no. 1 (1999): 135–163.

- Fiss, Owen M. "Objectivity and Interpretation." *Stanford Law Review* 34, no. 4 (1982): 739–763.
- Göksu, Turgut. *Sosyal Psikoloji*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2016.
- Gül, Cengiz ve Fatih Birtek. "Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 1–2 (2007): 3–41.
- Günay, Mehmet ve Meryem Günay. *AİHS'nin 6. Maddesi Kapsamında Ceza Davalarında Adil Yargılanma Hakkı ve İç Hukuk Uygulaması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Gürses, İbrahim. "Önyargının Nedenleri." *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 14, no. 1 (2005): 143–161.
- Haldun, İbn. *Kadılığın Ahlaki Hükümleri*. Çeviren Selim Güzel. İstanbul: İber Yayınları, 2022.
- Kazancı. "Hammurabi Kanunları." Erişim tarihi Haziran 18, 2023. <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/mbb/files/ih-magna-1-hammurabikan.htm>.
- Herakleitos. *Kırk Taşlar*. Çeviren Alova. İstanbul: Bordo Siyah Klasik Yayınları, 2003.
- İlhan, Rıfat S. ve Abdulkadir Çevik. "Önyargıların Psikolojisi: Psikodinamik Bir Gözden Geçirme." *Nesne Psikoloji Dergisi* 1, no. 1 (2013): 52–67.
- İnceoğlu, Sibel. *Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2008.
- İşten, İnanç. "Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı." *Gaziantep University Journal of Social Sciences* 13, no. 2 (2014): 285–313.
- Ito, Tiffany A. ve Bruce D. Bartholow. "The Neural Correlates of Race." *Trends in Cognitive Sciences* 13, no. 12 (2009): 524–531.
- Oxford Learners Dictionaries. "Judice." Erişim tarihi Haziran 13, 2023. <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/sub-judice?q=judice>.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Özgürlükler Hukuku*. Ankara: İmge Kitabevi Yayıncılık, 2002.
- Kağıtçıbaşı, Çiğdem. *Günümüzde İnsan ve İnsanlar Sosyal Psikolojiye Giriş*. İstanbul: Evrim Yayınevi, 2010.

- Kağıtçıbaşı, Çiğdem ve Zeynep Cemalcılar. *Dünyanın Bugüne İnsan ve İnsanlar Sosyal Psikolojiye Giriş*. İstanbul: Evrim Yayınevi, 2014.
- Karakoç, Abdurrahim. “Hakim Beğ.” Antoloji.com. Erişim tarihi Haziran 05, 2023. <https://www.antoloji.com/hakim-beg-siiri/>.
- Kelep Pekmez, Tuba. “Ceza Muhakemesinde Objektif Bir Taraf Olarak Savcılık Makamı.” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (2021): 275–291.
- Kırmaz, Birol. *Avrupa Birliği Sürecinde Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Köküsarı, İsmail. “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 1 (2011): 163–208.
- Konca, Nesibe Kurt. “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması.” *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Mihir Özel Sayısı* 4, no. 2 (2014): 65–96.
- Kuijer, Martin. “The Right to a Fair Trial and the Council of Europe’s Efforts to Ensure Effective Remedies on a Domestic Level for Excessively Lengthy Proceedings.” *Human Rights Law Review* 13, no. 4 (2013): 777–794.
- Kunter, Nurullah. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 1989.
- Lock, John. *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*. Çeviren Fahri Bakırcı. Ankara: Serbest Kitaplar, 2021.
- Lucy, William. “The Possibility of Impartiality.” *Oxford Journal of Legal Studies* 25, no. 1 (2005): 3–31.
- Diyanet İşleri Başkanlığı. “Maide Suresi 8. Ayet.” Erişim tarihi Haziran 10, 2023. <https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Mâide-suresi/677/8-ayet-tefsiri>.
- Martin, Benjamin F. “Thinking Outside the Box About the Dreyfus Affair.” *French Politics and Society* 16, no. 2 (1998): 52–58.
- Nix, Elizabeth. “What was the Dreyfus affair?.” History. Erişim tarihi Haziran 18, 2023. <https://www.history.com/news/what-was-the-dreyfus-affair>.
- Retronews. “La Trahison Du Juif Dreyfus.” Erişim tarihi Eylül 20, 2023. <https://www.retronews.fr/journal/la-libre-parole/06-novembre-1894/691/1953807/1>.
- Türk Dil Kurumu. “Sözlük.” Erişim tarihi Haziran 13, 2023. <https://sozluk.gov.tr/>.

- Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Özdiker, Ünsal. "Adaletin Gerçek Yüzü ve Af." 5 Ocak Gazetesi. Erişim tarihi Haziran 05, 2023. <https://www.5ocakgazetesi.com/yazi/adaletin-gercek-yuzu-ve-af>.
- Özen, Muharrem. "Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme , Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (2010): 31–65.
- Özkan Duvan, Ayşe. "Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 68, no. 1 (2019): 287–336.
- Özkul, Fatih. "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2016): 201–263.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırt, Özdem Özyayın, Esra Alan Akcan ve Efser Erden. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Editör Bahri Öztürk. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Cambridge Dictionary. "Pre-." Erişim tarihi Haziran 13, 2023. <https://dictionary.cambridge.org/tr/sözlük/ingilizce/pre>.
- Oxford Learners Dictionaries. "Prejudice." Erişim tarihi Haziran 13, 2023. [https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/prejudice\\_1?q=prejudice](https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/prejudice_1?q=prejudice).
- Rösler, Inga K. ve David M. Amodio. "Neural Basis of Prejudice and Prejudice Reduction." *Biological Psychiatry: Cognitive Neuroscience and Neuroimaging* 7, no. 12 (2022): 1200–1208.
- Sancar, Mithat. "Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı." *Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı* 1, no. 21 (1998): 589–595.
- Savcı, Bahri. "'Yaşam Hakkı' 'Felsefe Açısından Pratiğe Doğru.'" İçinde *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*. Editör İoanna Kuçuradi, 83-92. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2016.
- Selçuk, Sami. *Dreyfus Davası Dünyaca Unutulamayan Yargılama Yanılgısı*. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2019.



- Shakespeare, William. *Hamlet*. Çeviren Sabahattin Eyüboğlu. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2022.
- Sophokles. *Aias*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2022.
- Tanrıver, Süha. “Tabî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 104 (2013): 11–36.
- Taş, Burak. “Hukukun Genel Bir İlkesi Olarak Tabii Hakim İlkesi.” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2021): 1763–1791.
- Tosun, Öztekin. *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.
- Tozman, Önder. “Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları.” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 3–4 (2007): 315–353.
- Turan, Hüseyin. “Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Aleni Yargılanma Hakkı.” *Ceza Hukuku Dergisi* 4, no. 9 (2009): 247–257.
- Turan, Hüseyin. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 11 (2012): 47–76.
- Uluçakar, Mustafa ve Mehmet Fatih Çınar. “Türkiye’de Yargı ile Siyaset İlişkinin Kuvvetler Ayrılığı Perspektifinden Analizi.” *İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no. 1 (2020): 126–141.
- Üzülmez, İlhan. “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 18, no. 58 (2005): 41–72.
- Yenidünya, A. Caner. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Masumiyet Karinesi.” *Güncel Hukuk Aylık Hukuk Dergisi*, no. 5 (2004): 20–21.
- Yıldırım, Akif. “Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 9 (2017): 491–517.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Yılmazoğlu, Yunus Emre. “Yürütmenin Durdurulması Kararının Uygulanmamasının Hak Arama Hürriyetine Etkisi.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 9 (2017): 519–547.
- Yüksel, Metin. “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri.” *Anayasa Yargısı Dergisi* 26, no. 1 (2010): 217–272.
- Yurtcan, Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*. İstanbul: Alfa Basım Yayım, 1996.
- Zola, Emile. *Suçluyorum*. Çeviren Tahsin Yücel. İstanbul: Can Yayınları, 2017.