



KIRIKKALE HUKUK MECMUASI



Cilt 4 Sayı 2 | Ekim 2024

Volume 4 Issue 2 | October 2024



e-ISSN : 2757-9964

KIRIKKALE LAW JOURNAL



KIRIKKALE HUKUK MECMUASI

Cilt 4 Sayı 2 | Ekim 2024

e-ISSN: 2757-9964



KIRIKKALE LAW JOURNAL

Volume 4 Issue 2 | October 2024

KHM,
2021 yılından (C.1 S.1) itibaren TR-DİZİN’de indekslenmektedir.
KHM,
Index to Legal Periodicals&Books, Index Copernicus ile AcarIndex tarafından
taranmakta,
Jurix Hukuk Dergileri ve İSAM Türk Tarih, Edebiyat, Kültür ve Sanat Tarihi
Makaleleri Veri Tabanlarında yer almaktadır.



KIRIKKALE HUKUK MECMUASI | KIRIKKALE LAW JOURNAL

Sahibi | Owner

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına
Dekan V.
Prof. Dr. Mustafa Avcı

Baş Editör | Editor-In-Chef

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu

Alan Editörleri | Editors

Doç. Dr. Yasemin Durak
Dr. Öğr. Üyesi Cengiz Arıkan

Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Yusuf Berat Baş
Arş. Gör. Şeyma Kurt

Dil Editörleri | Language Editors

Türkçe: Dr. Öğr. Üyesi Onur Altunsu
İngilizce: Öğr. Gör. Ergin Kesgin
Almanca: Öğr. Gör. Nurhayat Yalçın

Yayın Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Beşir Atalay Kampüsü
Ankara Karayolu 7. km. 71453
Yahşihan / Kırıkkale
hukukmecmuasi@kku.edu.tr
<https://khm.info.tr>
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/khm>

KIRIKKALE HUKUK MECMUASI, Nisan ve Ekim aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli elektronik bir dergidir.
Dergiye yapılan atıflarda KHM kısaltması kullanılmalıdır.

KIRIKKALE LAW JOURNAL is a peer-reviewed review published in electronic media and published two times a year in April, October.
KHM abbreviations shall be used in reference to the review.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşlerden ve bunlardan doğacak sorumluluk yazarlarına aittir. Fakültenin ve/veya Üniversitenin görüşü olarak değerlendirilemez.

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Abdurrahman Saygılı – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Arif Rıza – Prizren Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.
Prof. Dr. Barış Soyer – Swansea University Hillary Rodham School of Law, İngiltere.
Prof. Dr. Mustafa Özen – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye
Prof. Dr. Ozan Can – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye
Doç. Dr. H. Gökçe Zabunoğlu – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye
Doç. Dr. Yasemin Durak – Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Ali Akyıldız – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Ali Murat Özdemir – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Aydın Başbuğ – İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Bjorn Arp – American University, Washington Colloge of Law, Amerika.
Prof. Dr. Cenker Göker – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Cemal Oğuz – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Çağlar Manavgat – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Devrim Aydın – Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Doğan Soyaslan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Elif Uzun – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Erdal Onar – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Fatih Uşan – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Gökhan Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson – İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Hans Lilie – Martin-Luther Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.
Prof. Dr. Hayrettin Çağlar – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir – Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. İlhan Üzülmöz – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. İsmail Kırca – TOBB Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Korkut Özkorkut – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Kudret Güven – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Lale Sirmen – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mehmet Turhan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mertol Can – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Muharrem Özen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Muhittin Astarlı – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Murat Doğan – Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem – Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Nadi Günal – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Ryan Calo – Washington Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ABD.
Prof. Dr. Rifat Erten – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Samim Ünan – Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Şafak Narbay – Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal – TED Üniversitesi, Türkiye.
Prof. Dr. Talat Canbolat – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu – Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Zarife Şenocak – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Zeynel Kangal – Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Abdurrahman Savaş – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Ahmet Kılınç – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Ali İbrahim Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Ayhan Selçuk Özgen – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye
Doç. Dr. Berat Lale Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Doç. Dr. Burçak Yıldız – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Elvan Keçelioğlu – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Emel Badur – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Erhan Temel – Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.
Doç. Dr. Eşref Küçük – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Hakan Albayrak, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Adana, Türkiye.
Doç. Dr. Nilüfer Boran Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Turan Şahin, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye.
Doç. Dr. Sedat Sirmen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Şölen Külahçı – Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.
Doç. Dr. Turgay Akalın – Kıbrıs Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.
Doç. Dr. Sezercan Bektas, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Kodakoğlu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

YAYIN POLİTİKASI VE ETİK KURALLARI

- Dergi yayın tarihleri: Bahar sayısı (Nisan) 30 Nisan'da Güz Sayısı (Ekim) 30 Ekim'de elektronik ortamda yayımlanır.
- Makaleler, dergiye dergipark yoluyla gönderilir. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
- Her Ciltte bir yazarın sadece bir makalesi yayımlanabilir.
- Dergiye özel sayılar ve armağan sayıları hariç olmak üzere belli bir sayı için makale kabul edilmemektedir. Yazarlar istediği zaman makalesini gönderebilir. Değerlendirme süreci tamamlanan makaleler geliş tarihi, sayıdaki makalelerin konu ve alan ağırlıkları gibi hususlar dikkate alınarak hangi sayıda yayımlanacağına Editörlerce karar verilir. Makaleler için kesinlikle süre, sayı ve yayın garantisi verilmemektedir.
- Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez. Yazarlar, eserlerini gönderirken yazarlık ve telif hakkı devir formunu doldurarak makale ekinde göndermelidirler.
- Ayrıca, açık erişim sağlama politikaları kapsamında Kırıkkale Hukuk Mecmuası'nda editör ve/veya hakem değerlendirmesinden geçmiş bilimsel yayınlar "Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisans (CC BY-NC 4.0)" ile lisanslanmıştır.
- Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergimizde yayınlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.
- Dergi, Yayın Etiği Komitesinin (COPE) "Dergi Editörleri için Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama Rehber İlkeleri" ve "Dergi Yayıncıları için Davranış Kuralları" belgelerini takip etmektedir. COPE'nin belgeleri ile ilgili olarak bkz. <https://publicationethics.org>
- Makaleler, kaynakça hariç, dipnotlar dahil, en az 5.000 en çok 15.000 kelime olmalıdır. Tanıtım ve değerlendirme yazıları ise en az 1.500 kelime en çok 3.000 kelime olmalıdır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adreslerini, ORCID bilgileri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı, ORCID bilgileri ve e-posta adresi bildirilmelidir.
- Dergide Türkçe, Almanca ve İngilizce makalelere yer verilmektedir.
- Makalelerde -sırasıyla- Türkçe, İngilizce özetler bulunmalıdır.
- Ön inceleme aşamasında makaleler intihal tarama programında taranır. Azami %15 benzerlik oranını (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %1 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) aşan makaleler iade edilir.
- Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede

uygun bulunan yazılar, kör hakemlik ilkelerine uygun şekilde hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

- Tüm Hakem Raporları, ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Hukuk Veri Tabanı Komitesi tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.
- Dergide hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra çeviri makale, karar incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmaması Yayın Kurulunca kararlaştırılır.

YAZIM KURALLARI

- Dergiye gönderilecek yazılar, Chicago stiline (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) göre hazırlanmalıdır. (<http://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>)
- Makalede Garamond ya da Adobe Garamond Pro yazı karakteri esas alınmalıdır.
- Makaleler “doc” ya da “docx” formatında kaydedilmelidir. A4 boyutundaki beyaz kâğıtta hazırlanmalı, üst ve sol tarafta 4 cm, altta ve sağ tarafta 3 cm kenar boşluğu bırakılmalıdır.
- Metin kısmı 11 punto, 1,15 satır aralıklı, iki yana yaslı, ilk satırlar 1 cm girintili, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılmalıdır. Satır sonlarında kelimeleri heceye bölmek için “-“ işareti kullanılmaz. Bunun yerine MS Word’ün “Otomatik Heceleme” özelliği kullanılır.
- Blok alıntılar, 10 puntoda, ilk satır girintisiz, tırnak işareti kullanılmadan, düz biçimde, soldan 1.25, sağdan girintisiz ve 1,15 satır aralıklı olmalıdır.
- Makale Adı: 14 punto, önce ve sonra 12 nk boşluk, 1,15 satır aralıklı olmalıdır. Makale ortaya yaslı yazılmalı, boşluklarla beraber toplam 100 karakteri aşmamalıdır.
- Öz ve Anahtar Kelimeler: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, ilk satır 1 cm girintili, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Makalenin 150-300 kelimelik Türkçe ve İngilizce özetine konuyu tanımlayan en az 3 en fazla 5 Anahtar kelime (arada boşluk bırakmaksızın) eklenmelidir.
- Başlıklar: Tüm başlıklar, her sözcüğü büyük harfle başlatarak, metin gövdesi ile başlıklar arasında satır boşluğu bırakılmaksızın kalın yazı tipiyle yazılmalıdır.
- Makale alt başlıkları (Giriş, Alt başlıklar, Sonuç, Kaynakça) koyu biçimde 11 punto, paragraftan önce 6 nk, sonra 6 nk boşluk bırakılarak, soldan 1 cm girintili yazılmalıdır.
- Dipnotlar: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, 0,5 cm asılı (ilk satır diğerleriyle hizalı), iki yana yaslı, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Kaynakça: 9 punto, 1,0 (tek) satır aralıklı, 1 cm asılı, iki yana yaslı, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılır.

İÇİNDEKİLER

ELEKTRONİK TİCARETTE REKABET HUKUKU ÜZERİNDEN CEZALANDIRMA POLİTİKALARI VE AVRUPA BİRLİĞİ DİJİTAL PİYASALAR YASASI ÖRNEĞİ	433
PENAL POLICIES ON THE BASIS OF COMPETITION LAW RULES IN ELECTRONIC COMMERCE AND EUROPEAN UNION DIGITAL MARKETS LAW SAMPLE	
Aslıhan Kart	
TÜRKİYE ÇEVRE AJANSININ HUKUKİ YAPISI VE ÇEVRENİN KORUNMASINDAKİ ROLÜ	459
LEGAL STRUCTURE OF TURKISH ENVIRONMENTAL AGENCY AND ITS ROLE IN PROTECTING THE ENVIRONMENT	
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Nihal Aydınoglu Yalçın	
ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TMK M. 187 HÜKMÜNE İLİŞKİN İPTAL KARARINDAN SONRA EVLENEN KADININ SOYADI	493
THE MARRIED WOMAN'S SURNAME AFTER THE ANNULMENT DECISION OF THE ARTICLE 187 OF TURKISH CIVIL CODE BY THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT	
Dr. Öğr. Üyesi Seda Baş & Dr. Sezgin Baş	
CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNİN MERKEZDEN YÖNETİM ÜZERİNDE YANSIMALARI	527
PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM REFLECTIONS ON CENTRAL MANAGEMENT	
Dr. Öğr. Üyesi Veysel Görücü	
TÜRK, İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKUNDA ÖNALIM HAKKI SÜRELERİNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER	555
THE LEGAL REGULATIONS REGARDING THE PERIOD OF PRE-EMPTION RIGHT IN TURKISH, SWISS AND GERMAN LAW	
Dr. Öğr. Üyesi Harun Mirsad Günday	
KENDİ KADERİNİ TAYİN MESELESİ VE MİKRO-MİLLİYETÇİLİK	599
THE ISSUE OF SELF-DETERMINATION AND MICRO-NATIONALISM	
Tuncay Renk	
SAHTE FATURA YOLUYLA NİTELİKLİ DOLANDIRICILIK SUÇU	627
OFFENCE OF QUALIFIED FRAUD THROUGH FALSE INVOICE	
Doç. Dr. Elvan Keçelioğlu	

TİCARETTE YEŞİL DÖNÜŞÜM: ÇEVRE ETİKETİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME	651
GREEN TRANSITION IN TRADE: AN ANALYSIS ON THE ENVIRONMENTAL LABEL AND ITS LEGAL NATURE	
Dr. Öğr. Üyesi Ş. Esra Kiraz	
TOPLU YAPILARDA GEÇİCİ YÖNETİM	677
TEMPORARY MANAGEMENT IN MASS BUILDINGS	
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Doğar & Dr. Öğr. Üyesi Nurgül Kutlu Doğar	
DEVLETLERİN ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ İLE İŞ BİRLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN İHLALİ VE YAPTIRIM MEKANİZMALARI	703
VIOLATION OF COOPERATION OBLIGATIONS WITH THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND ENFORCEMENT MECHANISMS	
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Erhan Bulut	
ULUSLARARASI YAKLAŞIMLA YAPAY ZEKÂ VE YAPAY ZEKÂ MARİFETİYLE DELİLLERE ERİŞİM	739
ARTIFICIAL INTELLIGENCE FROM AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE AND ACCESS TO EVIDENCE THROUGH ARTIFICIAL INTELLIGENCE	
Doç. Dr. İslam Safa Kaya& Huzeyfe Karabay	
İSLÂM HUKUKUNA GÖRE TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER BAĞLAMINDA GÖÇMENLERİN İNANÇ HÜRRİYETİ	761
FREEDOM OF BELIEF OF IMMIGRANTS IN THE CONTEXT OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS ACCORDING TO ISLAMIC LAW	
Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Karayaka	
AİHM ESAS DENETİMİNDE KULLANILAN ÖZEL BİR METOT OLARAK “PİLOT KARAR USULÜ” VE TÜRK ANAYASA YARGISI ÖZELİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	785
THE "PILOT JUDGMENT PROCEDURE" AS A SPECIAL METHOD USED BY EHCR IN SUBSTANTIVE REVIEW AND ITS EVALUATION IN THE CONTEXT OF TURKISH CONSTITUTIONAL JURISDICTION	
Dr. Öğr. Üyesi Burcu Değirmencioğlu	
YÖNETİM KURULU TOPLANTI ÇAĞRISINDA YENİ DÜZEN: TTK M. 392/VII'YE BAKIŞ	829
NEW ORDER IN THE CONVENING OF BOARD OF DIRECTORS MEETING: OVERVIEW OF TCC ART. 392/VII	
Dr. Öğr. Üyesi Sinan Sarıkaya	
TÜRK İDARİ TEŞKİLATINDA YAPAY ZEKA ALANINDA DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUM İHTİYACI	869
THE REQUIREMENT FOR A REGULATORY AND SUPERVISORY INSTITUTION IN THE TURKISH ADMISINISTRATIVE ORGANIZATION IN THE FIELD OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE	
Elif Baydemir	

TÜRK HUKUKUNDA DENİZ KORUMA ALANLARI VE ÖZEL KORUMA ALANLARI PROTOKOLÜ'NDEN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLER	901
MARINE PROTECTED AREAS IN TURKISH LAW AND THE OBLIGATIONS ARISING FROM THE PROTOCOL ON SPECIALLY PROTECTED AREAS Dr. Öğr. Üyesi Beyza Özturanlı Şanda	
MEDENİ USUL HUKUKUNDA İSPAT KOLAYLIĞI KAVRAMI.....	933
THE CONCEPT OF EASE OF PROOF IN TERMS OF CIVIL PROCEDURAL LAW Doç. Dr. Hakan Albayrak	
SAĞLIK KURULU KARARLARINA KARŞI İTİRAZ YOLLARI	977
APPEALS AGAINST HEALTH COMMITTEE DECISIONS Abdurrahim Çınar	
İNTERNET BANKACILIĞI ARACILIĞIYLA BAŞKALARININ HESAPLARINDA USULSÜZ İŞLEMLER YAPILMASI SURETİYLE YARAR SAĞLANMASINDA SUÇUN MAĞDURU	1001
THE VICTIM OF THE CRIME IN PROVIDING UNLAWFUL BENEFIT BY PERFORMING IRREGULAR TRANSACTIONS IN THE ACCOUNTS OF OTHERS THROUGH INTERNET BANKING Dr. Öğr. Üyesi Muammer Ketizmen	

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

ELEKTRONİK TİCARETTE REKABET HUKUKU ÜZERİNDEN CEZALANDIRMA POLİTİKALARI VE AVRUPA BİRLİĞİ DİJİTAL PİYASALAR YASASI ÖRNEĞİ

PENAL POLICIES ON THE BASIS OF COMPETITION LAW RULES IN ELECTRONIC COMMERCE AND EUROPEAN UNION DIGITAL MARKETS LAW SAMPLE

Aslıhan Kart*

ÖZ

Elektronik ticaretin gelişimi ile ortaya çıkan kendine özgü sorunlar, rekabet hukuku açısından ulusal ve uluslararası düzenlemeler getirilmesini kaçınılmaz hale getirmiştir. Türk hukukunda da 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da 2022 yılında yapılan değişiklikler ile elektronik ticaret piyasası, rekabet hukuku alanında ele alınarak spesifik bir rekabet hukuku korumasına bir tabi kılınmıştır. Elektronik ticaret piyasasının büyük aktörlerinin, hâkim durumu kötüye kullanma ile rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar şeklinde işleyebilecekleri rekabete aykırı fiillerinin önlenmesi saikiyle birtakım kurallar getirilmektedir. Bu aktörler, kuruluşun piyasadaki payına bağlı lisans bedelleri, birtakım ticaret yasakları, kapsamı genişletilen ihlal eylemleri ve artırılan ceza miktarları gibi yollarla kontrol altında tutulmaya çalışılmaktadır. Neoliberal sistemin piyasanın korunması ve piyasa koşullarının devamı için piyasaya müdahale yöntemleri arasında piyasa koşullarına müdahale de yer almakta olup işbu çalışma kapsamında elektronik ticaret piyasasının piyasa koşullarına müdahale suretiyle düzenlenmeye ve denetlenmeye çalışıldığı iddiasından hareket edilmektedir ki sayılacak örnekler de bunu destekler niteliktedir. Konu, Avrupa Birliği açısından değerlendirildiğinde ise karşımıza Avrupa Birliği Dijital Piyasalar Yasası çıkmaktadır. Nitekim, Avrupa Birliği'nin bu yasa ile, esasen uluslararası sermayenin elinde olan ve özellikle ABD ve ABD'li büyük teknoloji şirketleri tarafından domine edilen dijital piyasalar bakımından kendi pazarını koruma güdüsüyle rekabet hukuku bazlı ağır düzenlemeler getirdiği değerlendirilmektedir. Bu nedenlerle çalışma kapsamında, elektronik ticaret piyasasının, piyasa koşullarına müdahale yoluyla rekabet hukuku kural ve uygulamaları üzerinden düzenlenmesi, piyasa konumlandırmasının ve kurallarının Rekabet Kurulu tarafından nasıl değerlendirildiği, bunun Türk hukuku düzenlemelerine nasıl yansıdığı ve Avrupa Birliği tarafında dijital piyasaların rekabet hukuku düzenlemesinin nasıl gerçekleştiği ele alınacaktır. En nihayetinde, elektronik ticaretin yarattığı hem bağımsız hem de aslında diğer tüm piyasalara hizmet eden piyasanın, rekabet hukuku ve cezalandırma politikaları ile doğrudan ilişkisi konusunda değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: elektronik ticaret, rekabet, dijital piyasalar, piyasa hakimiyeti, cezalandırma.

* Avukat. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi.

📞 0000-0002-9263-630X ✉ aslihankart@gmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

The fact that electronic commerce has developed, and its sui generis issues has made it inevitable to legislate national and international competition law regulations in this field. The electronic commerce market, which is currently handled in the field of competition law in Turkish law, has been subject to a specific competition law protection within the scope of the Law No. 6563 on the Regulation of Electronic Commerce, with the amendments made in 2022. In order to prevent the acts of the major actors of the electronic commerce market, which acts can be, in particular, in the form of abuse of dominant position, anticompetitive agreements, concerted practices and decisions are regulated in law. These actors are tried to be kept under control by means such as license fees due to the undertaking's share in the market, a set of trade bans, expanded violation definitions in scope and increased fines. Intervention in market conditions is among the methods of intervention in the market by the neoliberal system in order to protect the market and market conditions' progression. Within the scope of this study, it shall be claimed that the electronic commerce market is intended to be regulated and supervised by interfering with the market conditions, and the sample regulations and practices cited support writer's claims. In addition, when the issue is evaluated in the perspective of the European Union, we come across the European Union Digital Markets Act. As a matter of fact, it is understood that with this Act, EU has introduced heavy regulations which are based on competition law with the motive of protecting its own internal market in terms of digital markets, which are mainly in the hands of international capital and especially which is dominated by the USA and USA big-tech companies. Hence, within the scope of the study, it shall be evaluated that the regulation of the electronic commerce market through competition law, rules and practices by market conditions intervention, market positioning and the ways of evaluation of the rules by Competition Authority, how it is reflected in the Turkish legislation system and in the European side, by considering how the regulation of competition law of digital markets is realized. Finally, the direct relationship between the competition law, penalization policy and market created by electronic commerce, which is both independent and serving all other markets.

Keywords: electronic commerce, competition, digital markets, market domination, punishment.

GİRİŞ

Amerika Birleşik Devletleri (“ABD”) piyasasının ortaya çıkardığı büyük teknoloji şirketlerinin Avrupa pazarı üzerinde kurduğu hakimiyet ve şebeke etkisi Avrupa Birliği’ni (“AB”) uzun süredir kendi çözümlerini bulmaya ve bunları da çoğunlukla hukuk düzenlemeleri üzerinden yapmaya itmiştir. Kişisel verilerin korunması ile ilgili olarak yürürlüğe giren 2016/ 679 sayılı General Data Protection Regulation (“GDPR” – Genel Veri Koruma Tüzüğü) ve bilhassa veri transferi özelinde çıkarılan pek çok asli ve tali düzenleme bu kapsamda da değerlendirilebilir¹. Bu anlamda kişisel verinin, aslında piyasa rekabeti boyutunda bir etki getirdiği ve araçsallaştırılan unsurlardan biri olduğu düşünülmeyle birlikte mevcut mekanizmaların yetmediği noktada yeni araçlar da bulunmak zorunda kalmıştır.

Elektronik ticaret ve dijital piyasalarda yaşanan büyük gelişmeler ve büyümeler, bu alanlara yapılan veya yapılması muhtemel müdahaleleri de değiştirmektedir. Türkiye’den bir örnekle açıklayacak olursak elektronik ticari ileti hususu, başta kendi başına bağımsız bir sorun olarak gündeme gelmiş iken sonrasında bir kişisel veri sorunu olarak yeni bir boyut kazanmış ve kişisel veri tarafındaki uygulamalar yeterli görülmeyerek bu iletiler 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (“ETDHK”) ile bağımsız olarak işleme, izin, onay, vazgeçme ve silme süreçlerine tabi tutulmuştur. Türkiye’de elektronik ticari ileti ile başlayan dijital piyasa müdahalesi, 6563 sayılı ETDHK’de yapılan ve işbu çalışmada da tartışmaya konu edileceği üzere, rekabet hukuku temelli ve özünü cezalandırma politikalarının oluşturduğu düzenlemeler eliyle bir müdahaleye dönüşme sürecindedir².

Bu bağlamda AB düzeyinde de 2020 yılından itibaren yeni düzenleme çalışmalarına başlanmış, Dijital Piyasalar Yasası (*Digital Markets Act* “DMA”) çıkarılmıştır³. Yükümlülüklerin başlayacağı tarih olan Mart 2024’e kadar aslında bir geçiş süreci öngörülmüş olup bunun tarih olarak Türkiye’deki düzenlemelerin yürürlükleri ile de kesiştiği görülmektedir. Nitekim her iki metnin de piyasa hakimiyetine dayanıyor ve hâkim durumdaki dijital piyasa oyuncuları açısından ek yükümlülük ve sorumluluklar (faaliyet kısıtlamaları, piyasadaki konumuna göre ek/ artan lisans bedelleri, artan yaptırımlar gibi) getiriyor olmaları; ayrıca Türk hukukunda Rekabet Kurulu’nun teknoloji piyasaları ve e-pazar yerleri üzerine yaptığı çalışmalar da dikkate alındığında, piyasada yapılması öngörülen müdahalelerin ekonomi politik bir çerçevede içerisinde ve rekabet hukuku bağlamında cezalandırma politikası dikkate alınarak incelemeye tabi tutulmasını değerli kılmaktadır.

¹ “AB ve ötesindeki internet hukuku için GDPR benzeri bir anı temsil ettiği” Hk. Sebastian Felix Schwemer, “Digital Services Act: A Reform of the E-Commerce Directive and Much More”, *Research Handbook on EU Internet Law*, 11. Bölüm, 2022, (s. 232 - 252).

² 2014 yılından bu yana “unicorn” olan altı Türk girişimden dördünün² elektronik ticaret alanında faaliyet gösterdiği de dikkate alındığında, büyüyen dijital piyasalar ve elektronik ticaret bakımından Türkiye’de de birtakım piyasa düzenleyici önlemler alınması yoluna gidilmektedir. (“Unicorn”: Girişim sermayesi endüstrisinde bir milyar dolar değerlemenin üzerinde tanımlanan girişim şirketi. <https://www.investopedia.com/terms/u/unicorn.asp>)

³ Official Journal of the European Union, 12.10.2022, L265/1. DMA yürürlüğe girme tarihi, 01.11.2022; DMA uygulanma tarihi, 02.05.2023; geçit bekçisi platformların belirlenme tarihi, 06.09.2023 (en geç); Yükümlülüklerin başlama tarihi, Mart 2024’tür.

Bu çerçevede, işbu çalışma kapsamında, öncelikle elektronik ticaret kavramına değinilecek, sonrasında elektronik ticaret ve elektronik pazaryerleri üzerinden kanun koyucunun ve idarenin piyasa koşullarına müdahale suretiyle ve elektronik ticaret piyasası açısından rekabet hukuku düzenlemeleri yoluyla kontrol kurmaları incelenecektir. Rekabet Kurulu'nun yeni tarihli Kurul kararları ile sektör konusunda hazırlanmış olduğu E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu da bu müdahalenin rekabet hukuku eliyle gerçekleştirileceği fikrini destekler niteliktedir. 2022 yılında 6563 sayılı ETDHK'de yapılan değişiklikler de çalışma kapsamı ile sınırlı biçimde ele alınacak olup yapılmak istenen, bu değişikliklerden bazılarının, 6563 sayılı Kanun'u aslında dar kapsamlı özel bir rekabet ve ceza kanunu haline getirdiği iddiasının açıklanması ve bu savın sözü edilen kanundaki ceza düzenlemeleri ile örneklendirilmesidir. En nihayetinde, Türk hukukunda yapılan değişikliklerle de bağlantılı biçimde, bir AB düzenlemesi olarak çıkarılan DMA hükümlerine, yine çalışma kapsamında, elektronik ticaret piyasası ve bu piyasanın rekabet hukuku düzenlemeleri esas alınarak genel çerçevede cezalandırma üzerinden nasıl bir müdahaleye dönüştürüldüğünü anlatmak üzere yer verilecektir.

I. ELEKTRONİK TİCARET VE REKABET İLİŞKİSİ AÇISINDAN GENEL AÇIKLAMALAR

A. ELEKTRONİK TİCARET KAVRAMI

Elektronik ticaret, alım, satım, taşıma, ürün, hizmet veya veri ticareti gibi faaliyetlerde internet ve diğer ağların (örneğin intranet) kullanılması⁴; “genel olarak, işletmeler, haneler, bireyler veya özel kuruluşlar arasında, internet veya diğer bilgisayar aracılı (çevrimiçi iletişim) ağlar aracılığıyla gerçekleştirilen elektronik işlemler yoluyla mal veya hizmet alım satımı”⁵ biçimlerinde tanımlanmaktadır⁶. Elektronik ticaret kapsamında çevrimiçi bir konumlandırma olarak e-pazaryeri yaratılması ve bu pazaryeri üzerinden ticari işlemlerin gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu e-pazaryerleri satıcılara ve alıcılara, internet⁷ veya muadili olan bir *intranet* (iç ağ) veya *extranet* (dış ağ) aracılığıyla bağlantılı olabilecektir⁸. Türk hukukunda elektronik ticaret ETDHK md. 2/ 1 (a)'da “fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet” olarak tanımlanmaktadır. OECD'nin tanımı ise bunların tümünü kapsayacak şekilde geniştir. Buna göre elektronik ticaret, gerçek kişiler, kamu hukuku ve özel hukuk tüzel kişileri arasında (işletmeler arası – B2B, işletme tüketici arası – B2C, işletme devlet arası – B2G, tüketiciler arası – C2C gibi

⁴ Efraim Turban, - Jon Outland ve David King, *Electronic Commerce 2018, A Managerial and Social Networks Perspective*, Ninth Edition, Springer Texts in Business and Economics, 2018, s. 7; Efraim Turban, Judy Whiteside ve David King vd., *Introduction to Electronic Commerce and Social Commerce*, Fourth Edition, Springer Texts in Business and Economics, 2017, s. 6.

⁵ EUROSTAT Statistics Explained, Glossary: E-Commerce, [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:E-commerce#:~:text=E%2Dcommerce%20can%20be%20defined,mediated%20\(online%20communication\)%20networks](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:E-commerce#:~:text=E%2Dcommerce%20can%20be%20defined,mediated%20(online%20communication)%20networks)

⁶ Nahide Siller, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Web Sitesi Aracılığıyla Sözleşmelerin Kurulması*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019, s. 7.

⁷ Kayıhan İçel, *Kitle Haberleşme Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 2009, s. 471.

⁸ Turban – Outland – King, 2018, s. 8; Arslan, Merve, *Elektronik Ticaret ve Bu Kapsamda Akdedilen Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 28 – 29.

biçimlerde⁹), özellikle sipariş almak veya vermek amacıyla tasarlanmış yöntemlerle, elektronik veri alışverişini de içerecek pek çok yolla bilgisayar ağları üzerinden gerçekleştirilen mal ve hizmet alım satımına yönelik her türlü işlemi içermektedir¹⁰. Bu açıdan elektronik ticaretin yalnızca hukuki işlemleri değil, iktisadi ve ticari her türlü faaliyeti kapsamına aldığı da vurgulanmalıdır¹¹.

IT devriminin ayakları olarak görülen “Bilgi”¹² ve “Teknoloji”nin (*Informatics + Technology*) gelişimi ve yükselmesi¹³ ile birlikte artan dijitalleşme etkisiyle veyahut tam da bu amaca uygun olarak, elektronik ticaret asli (ulusal ve uluslararası) ticari faaliyet yollarından biri haline gelmiş, bilhassa perakende işlemler açısından, piyasasını oldukça genişletmiştir. Rekabet Kurulu da elektronik ticaret piyasasını incelediği, 2022 yılının Nisan ayında yayınladığı “E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu”nda (“E-Pazaryerleri Raporu”)¹⁴ perakende e-ticaretin gelişme nedenleri arasında genç yaştaki tüketicilerin nüfus ve demografik olarak artmasını¹⁵, internetin ve mobil cihaz üzerinden erişimin yaygınlaşması ile beraber daha çok sayıda kişinin internet penetrasyonunun, cihaz kullanımının ve internet kullanım yoğunluğunun artmasını ve kolaylaşmasını¹⁶, çevrim içi alışveriş alışkanlıklarının yerleşmesini¹⁷, finansal erişim açısından ödeme sistemlerinin gelişmesini¹⁸, dünya genelinde lojistik ağ gelişmişliğini¹⁹ saymaktadır. Tüm burada sayılan ve sayılmayan etkenler sonucunda elektronik ticaret, büyük bir sektör ve esasında tüm sektörleri içinde barındıran bir tür evrensel kümeye dönüşmüştür. Başka bir perspektiften bakıldığında da, tüm sektörlerle hizmet eden efektif bir araç olarak kendi bağımsız piyasasını yaratmış biçimde karşımızda durmaktadır. Böyle bir pozisyona geldiğinde ise piyasa kuralları ve rekabet koşulları ile karşılaşması kaçınılmazdır.

B. E-PAZAR YERLERİ VE REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ

1. Piyasanın, Piyasa Koşullarına Müdahale Suretiyle Düzenlenmesi

Elektronik ticaret piyasasında hâkim durumdaki teşebbüslerin ortaya çıkması ve bu hâkim durumun kötüye kullanılması, piyasa aktörlerinin uyumlu eylemlerde bulunmaları,

⁹ Ayla Yazıcı, “Elektronik Ticaretin Ekonomik Boyutu”, *Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 18/1 (2002), s. 91 vd.

¹⁰ Ayrıca Ödeme ve mal veya hizmetlerin nihai teslimatı çevrimiçi yollarla yapılmak zorunda değildir ve telefon görüşmeleri, faks veya elle yazılan postalar yoluyla yapılan siparişler de elektronik ticaret kapsamında sayılmayacaktır. OECD, *Directorate for Science, Technology and Industry Committee for Information, Computer and Communications Policy*, DSTI/ICCP/IE/IIS(2012)1/FINAL, 26.07.2013, s. 6.

¹¹ Ümit Gezder, “Elektronik Ticaret Hukuki İşlemlerinin Ayrımı-Dijital İçerik ve Hukuki Niteliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 22/3 (2016), s. 1121.

¹² Muammer Ketizmen ve Aslıhan Kart, “Kişisel Veri ve Rekabet Hukuku Kapsamında ‘Big Data’”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 1/1 (2019), s. 66.

¹³ Ferman Kaya, *E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 48 – 49.

¹⁴ Rekabet Kurumu, I. Denetim ve Uygulama Dairesi, E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu, Nisan 2022, Ankara. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sector-raporlari/e-pazaryeri-si-raporu-pdf-20220425105139595-pdf>

¹⁵ Ibid. s. 20 – 21.

¹⁶ Ibid., 2022, s. 21 – 29.

¹⁷ Ibid., 2022, s. 30 - 31.

¹⁸ Ibid., s. 32 – 34.

¹⁹ Ibid., s. 34 – 35.

marka bilinirliği, yaratılan doğrudan ve dolaylı şebeke etkileri, algoritmik rekabet mekanizmalarının kullanımı, veri toplama ve transferi gibi²⁰ hususlar bu piyasayı da rekabet düzenlenmesinin alanına dahil etmiştir. Bu anlamda, elektronik ticaret piyasasının düzenlenmesinde rekabetin korunması açısından yapılacak bir değerlendirme, neoliberalizm kapsamında piyasaya müdahale yöntemlerine de değinilmesi ihtiyacını doğuracaktır. Piyasa koşullarına müdahale, ulusal ve uluslararası kuruluş ve politikalarından kaynaklanan siyasi/ diplomatik müdahaleler ve hukuki araçlarla müdahale veyahut doğrudan hukuki araçlara müdahale bunlardandır. Elektronik ticaret piyasasının düzenlenmesine dair müdahaleler özellikle piyasa koşullarına müdahale (tebliğler, tarifeler, tavsiye kararları, kotalar, yasaklar, muafiyetler, lisanslar, izne tabi işlemler gibi usuller) kapsamında değerlendirilebilecektir.

Piyasa koşullarına müdahale konusu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("RKHK") ve Rekabet Kurulu ikincil düzenlemeleri bağlamında değerlendirildiğinde ve- rilebilecek bir örnek, Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4) md. 7'de, teknoloji teşebbüslerinin korunması için getirilen değişiklik olacaktır. OECD'nin de girişim şirketleri ("*startup*"lar) ile öldürücü devralmalar ve birleşme kontrolü konusunda çalışmalarını yoğunlaştırması söz konusudur²¹. Öldürücü devralmada, satın alanın satın alma amacı, rakip bir ürünü ve/ veya doğrudan rakibin kendisini piyasadan kaldırmaktır. Bunu da onla ilgili faaliyet gösteren, çoğunlukla nispeten küçük veya piyasada yeni olan rakip yapıyı devralarak kendi bünyesine katmak²² ve bu potansiyel rakibi "öldürmek" yoluyla gerçekleştirmektedir²³. Günümüzde bunun en yaygın örnekleri ise oyun ve elektronik ticaret yapılarının da arasında bulunduğu teknoloji girişimleri alanında görülmeye başlanmıştır²⁴.

RKHK md. 7 ile bazı birleşme ve devralma işlemlerinde Rekabet Kurulu'nun izninin aranacağı düzenlenmektedir. Bu hükmün amacı ise yine aynı hükmün metninde "*Bir ya da birden fazla teşebbüsün başta hâkim durum yaratılması ya da mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi olmak üzere ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır*"

²⁰ OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Implications of E-Commerce for Competition Policy – Background Note*, DAF/COMP(2018)3, 21.02.2019, s. 3, 30, 36.

²¹ OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Start-ups, killer acquisitions and merger control – Note by BEUC*, DAF/COMP/WD(2020)30, 11.06.2020.

²² Mats Holmström, Jorge Padilla, Robin Stitzing ve Pekka Sääskilahti, "Killer Acquisitions? The Debate on Merger Control for Digital Markets", *2018 Yearbook of the Finnish Competition Law Association*, 2019, s. 17, <https://ssrn.com/abstract=3465454>

²³ Colleen Cunningham, Florian Ederer ve Song Ma, "Killer Acquisitions", *Journal of Political Economy*. 129/3 (2021) s. 650.

²⁴ Bu konudaki bir vaka incelemesinin *Apple/Shazam, Microsoft/LinkedIn, Microsoft/Skype, Facebook/WhatsApp, Google/FitBit, Apple/Beats, Microsoft/Zenimax, Microsoft/GitHub, Activision/King, SAP/Sybase, Oracle/Micros ve Verizon/Yahoo* birleşmesi örnekleri üzerinden yapılabileceği Hk. Marc Ivaldi, Nicolas Petit, Selçukhan Ünekbaş, *Killer Acquisitions in Digital Markets May Be More Hype Than Reality*, VoxEU CEPR Columns, 15.09.2023, <https://cepr.org/voxeu/columns/killer-acquisitions-digital-markets-may-be-more-hype-reality>

denilerek ifade edilmiştir. Diğer bir ifade ile Rekabet Kurulu'nun incelemesi yoluyla, birleşme veya devralmalar ile bir hakim durum yaratılmasının ya da hakim durumun pekiştirilmesinin önüne geçmek istenmektedir. Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'na bildirilerek izin alınması gerektiği ise Rekabet Kurulu tarafından çıkarılacak tebliğlerle ilan edilmektedir (RKHK md. 7/ 2).

Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4) hükümleri uyarınca belirli birleşme ve devralma işlemleri, belirli ciro sınırları dikkate alınarak izne tabi kılınmıştır. Tebliğ'de 2022 yılının Mart ayında yapılan değişiklik ile (Tebliğ No. 2022/2) “*Dijital platformlar, yazılım ve oyun yazılımı, finansal teknolojiler, biyoteknoloji, farmakoloji, tarım kimyasalları ve sağlık teknolojileri alanlarında faaliyet gösteren teşebbüsleri veya bunlara ilişkin varlıkları*” şeklinde bir “teknoloji teşebbüsleri” tanımı getirilmiş; Tebliğ md. 7/ 2 ile “*Türkiye coğrafi pazarında faaliyet gösteren veya ar-ge faaliyeti olan ya da Türkiye'deki kullanıcılara hizmet sunan teknoloji teşebbüslerinin devralınmasına ilişkin işlemlerde*” ise ilgili ciro eşiklerinin aranmayacağı düzenlenmiştir²⁵. Buna göre artık yalnızca teknoloji alanında hâkim pazar gücüne sahip, belli bir cironun üzerindeki teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen birleşme ve devralma işlemleri değil, ciro baremi olmaksızın yeni kurulmuş girişim şirketleri (“*startup*”lar) de öldürücü birleşme ve devralmalara önlem olarak Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olacaklardır.

Bu örneğin kıymeti, elektronik ticaret alanının, ilerleyen bölümlerde anlatılacak olan Avrupa Birliği Dijital Piyasalar Yasası'nın amaçları ile birlikte yapılacak bir değerlendirmeden gelmektedir. Şöyle ki, Avrupa Birliği Dijital Piyasalar Yasası'nın en önemli amaçları arasında, büyük (“hakim durumdaki”) platformların “*piyasaya giriş engeli oluşturan, piyasadaki küçük dijital platform ve uygulamaların büyümelerini engelleyen davranışlarını düzenlemek*” sayılmaktadır²⁶. Ayata'ya göre, bu amaçtan hareketle yapılacak müdahaleler kat'i yasaklardan ziyade “*rekabet açısından zorunlu veya önemli olan verilerin erişilebilir ve kullanılabilir olması*”nı içerecektir²⁷. Böyle bir noktada da Rekabet Kurulu'nun Tebliğ değişikliği ile, birleşme ve devralmaların kapsamını tüm teknoloji teşebbüslerini (başkaca kriter gerekmeksizin) içine alacak şekilde genişletmesi daha anlaşılır hale gelmektedir.

Birer teknoloji teşebbüsü sayılabilecek olan elektronik ticaret teşebbüslerinin de bu hükümlere tabi olmalarının yanı sıra, elektronik ticarete piyasa koşullarına yapılan müdahaleler, doğrudan 6563 sayılı Kanun'da 2022 yılında yapılan değişiklikler ile birlikte bu kanunu, ceza hükümleri de içeren özel bir rekabet yasası haline getirmiştir. Bilhassa aracı hizmet sağlayıcıların (“AHS”) ancak belli oranlı piyasa hakimiyetlerinde artan lisans ve yenileme bedellerini karşıladıklarında piyasada faaliyet gösterebilmelerinin mümkün olabileceğine dair hükümler

²⁵ Yürürlüğü düzenleyen md. 7 gereğince bu düzenleme, yayımı tarihinden itibaren iki ay sonra yürürlüğe girmiş olup bu tarih 04.05.2022'dir. 04.03.2022 tarih ve 31768 sayılı Resmî Gazete. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/03/20220304-4.htm>

²⁶ Zeynep Ayata, (gazete söyleşi), “Dr. Zeynep Ayata anlatıyor: ‘Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun’da yapılan değişiklikler neler getiriyor, müdahalede ölçü ne olmalı?”, 19.07.2022, <https://t24.com.tr/haber/dr-zeynep-ayata-anlatiyor-elektronik-ticaretin-duzenlenmesi-hakkındaki-kanun-da-yapilan-degisiklikler-neler-getiriyor-mudahalede-olcu-ne-olmalı,1047055>

²⁷ Ayata, 2022.

getirilmiştir²⁸. Örneğin ETDHK Ek md. 4 ile AHS'nin almakla yükümlü tutulduğu "elektronik ticaret lisansı" düzenlenmiş, artan net işlem hacmi ile orantılı olarak lisans bedellerinin artacağı öngörülmüş ve aynı Kanun md. 12 ile ise lisans alma ve yenileme yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak idari para cezası, ihlalin devam etmesi halinde uygulanacak içeriğin çıkarılması ve erişim engelleme, ihlalin tekrarı düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu bedeller ödenmediğinde veyahut öngörülen uyum çalışmaları hayata geçirilmediğinde yine idari para cezaları veya ticari faaliyetlere ilişkin yasaklama, durdurma, lisans alamama, mevcut izinlerin iptal edilmesi, askıya alınması gibi yaptırımlar söz konusu olmaktadır.

Bu yaptırımların bir kısmı ETDHK md. 12/ 7 uyarınca Ticaret Bakanlığı eliyle uygulanırken büyük kısmının aslında rekabet kurumlarının karar ve uygulamaları üzerinden tesis edildiği görülmektedir. Öyleyse, elektronik ticaret ve rekabet hukuku ilişkisi bağlamında Rekabet Kurulu'nun konu ile ilgili rapor ve kararlarına değinilmesinde fayda bulunmaktadır.

2. Rekabet Kurulu'nun E-Pazar Yerleri Raporu ve Örnek Bazı Kararları

Rekabet Kurulu'nun E-Pazaryerleri Raporu'nda perakende e-ticaret ve e-pazaryerleri incelenmiş, Türkiye'deki çok kategorili e-pazaryeri platformları piyasası, örnekleri ile birlikte ele alınmış, e-pazaryeri platformlarının iktisadi özellikleri, davranıştan kaynaklı rekabet sorunları incelenmiş ve en nihayetinde politika önerileri geliştirilmiştir. Bu noktada, raporun her başlığındaki detaylar bu çalışma kapsamında değerlendirilmeyecek olup özellikle Rekabet Kurulu'nun e-pazaryeri platformlarına, bunların piyasasına ve geliştirilmesi öngörülen hukuk ve cezalandırma politikalarına bakışına değinilecektir.

Ulusal ve uluslararası platformlar arası rekabet açısından konu ele alındığında, temel sorunlardan birinin pazara girişte ve pazara girdikten sonra pazardaki büyümede yaşanan engeller olduğu görülmektedir. Bu engeller büyük ölçüde En Çok Kayrılan Müşteri Koşulu²⁹ (*Most Favored Nation/ Most Favored Customer* – "MFN"/ "MFC") ile bağlantılandırılmaktadır³⁰. Bu şartın geniş (veya bazı hallerde dar) olarak uygulanmasının, bir satıcının bir platformdaki alıcılarına sunduğu bir avantajı diğer platformlarda veya kendi satış kanallarında sunmasının mümkün olmayabileceği, bu sorunun komisyon oranlarından fiyat katılığının oluşmasına perakende fiyatlarının yükselmesinden pazara girişlerin zorlaşırken çıkışların kolaylaşmasına ve büyümenin engellenmesine kadar sonuçlar doğurabileceği ve en nihayetinde rekabet

²⁸ Yalnızca elektronik ticarete dair spesifik hükümler değil, yine bu alan ile bağlantılı olarak, kişisel verilerin korunması düzenlemeleri açısından da müdahaleler söz konusu olabilmektedir. Örneğin Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 27.02.2020 tarih ve 2020/ 173 sayılı kararında, Amazon Turkey, aleyhine idari para cezası tesis edilmiştir. Bu idari para cezasının, ETDHK ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ("KVKKn") hükümleri arasında doğan normlar çatışmasından hareketle ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun tercihini, sonraki genel kanun olan 6698 sayılı KVKKn hükümlerini uygulamaktan yana kullanması neticesinde, "bir KVKKn uyumunun gerçekleştirilmemesi nedeniyle" verildiği görülmektedir. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173>

²⁹ En çok kayrılan müşteri (EKM) (*Most Favored Nation/ Most Favored Customer* – "MFN"/ "MFC") koşulu, "sağlayıcı tarafından, diğer alıcılara önerilen daha uygun fiyat ve sözleşme koşullarının, kayrılan alıcıya da önerilmesi yükümlülüğünü ifade etmektedir". Rekabet Kurumu, *Terimler Listesi*, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?icerik=df6bc90d-cbae-46d0-afd1-1a65263e843a>

³⁰ Türleri ve detaylı açıklamalar Hk. Gönenç Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 231 vd.

piyasasında platformlar arasındaki eşit(siz)liği artıracığı ifade edilmektedir³¹. Nitekim RK'nin E-Pazaryerleri Raporu'nda, tüketicilerin elektronik ticaret yoluyla alışveriş yapmalarının birincil nedeni uygun fiyat iken ikinci sırada "pazaryerinin güvenilirliği ve bilinirliği" gelmektedir³². Bu bağlamda kanımızca pazara girişlerin zorluğunun altında yatan nedenler (ve sonuçlarından da) arasında, güvenilirlik ve bilinirlik bağlamında bir tür mecburi olarak oluştuğu söylenebilecek olan bir piyasa hakimiyetinin de bulunduğunu söylemek lazımdır.

Böyle olumsuz yöndeki gelişmeler, piyasada gerek hâkim durumun kötüye kullanılması gerekse rekabete aykırı iş birliklerinin kurulması, uyumlu eylemlerde bulunulması şeklindeki ihlallerin de önünü açacaktır.

Rekabet Kurulu'nun Yemek Sepeti (Yemek Sepeti Elektronik İletişim Tanıtım Pazarlama Gıda San. ve Tic. A.Ş) ile ilgili yaptığı bir soruşturmada Yemek Sepeti'nin "online yemek siparişi-servisi platform hizmetleri pazarında hakim durumda olduğu", "MFC uygulamaları ile rakip platformlarda daha iyi/ farklı koşullar (fiyat, indirim, promosyon, menü içeriği, ödeme şekli, gönderim bölgesi ve limiti gibi) sunulmasını önlemesinin ilgili pazarda dışlayıcı etkiler doğurduğu", bu nedenle Yemek Sepeti tarafından 4054 sayılı RKHK md. 6'nın ihlal edildiği hükme bağlanarak "Yemek Sepeti'nin, indirimlerin maliyetine kimin katlandığından bağımsız olarak rakip platformlarda daha iyi/ farklı koşullar sunulmasını engelleyen her türlü MFC uygulamasına son vermesi gerektiği", "ayrıca restoranların diğer online yemek siparişi-servisi platformlarında daha iyi/ farklı koşullar sunabileceği ve bu koşulları Yemek Sepeti'ne yansıtmak zorunda olmadığı açıkça ifade edilerek Yemek Sepeti'nin restoranlarla olan sözleşmelerini yeniden düzenlemesi" yönünde karar verilmiştir³³.

Diğer yandan, Rekabet Kurulu nezdinde, çok kategorili e-pazaryerleri piyasasında hakim durumda olduğu tespit edilen Trendyol'un (DSM Grup Danışmanlık İletişim A.Ş.) çevrim içi yemek siparişi ve servisi hizmetlerinin de verilmesi konusunda kişiler ile akdettiği münhasırlık ve geniş kapsamlı MFN içeren sözleşmelerine ilişkin olarak yapılan ön araştırmada, Trendyol'un bu faaliyetlerinin 2002/ 2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında olduğuna kanaat getirilmiştir³⁴. 2002/ 2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği³⁵, dikey anlaşmaların 4054 sayılı RKHK md. 4 ile düzenlenen rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarda grup olarak muaf tutulmasını temin etmekte ve pazar payı büyüklüğü, tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün olup olmaması, fikri haklarla ilgili sınırlamalar gibi birtakım hükümler ile muafiyeti belirlemektedir. Rekabet Kurulu'nun yukarıda yazılı Trendyol örneğinde ise Trendyol'un pazar payı ölçütlerini karşılamakla birlikte "yeniden satış fiyatının belirlenmesi, bazı istisnalar haricinde müşteri veya bölge sınırlaması getirilmesi, seçici dağıtım sistemlerindeki bazı yasaklamalar ve pasif satış yasağı" gibi uygulamalara

³¹ Rekabet Kurumu, *E-Pazaryerleri Raporu*, 2022, s. 200-202.

³² *Ibid.*, s. 213.

³³ Rekabet Kurulu'nun 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı Soruşturma Kararı. <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=0bd0157a-2b4d-43ce-85a3-2af821bb387b>

³⁴ Rekabet Kurulu'nun 18.05.2022 tarih ve 22-23/364-154 sayılı Ön Araştırma Kararı. <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=b6684eb6-1ca3-4551-945e-7487d0930393>

³⁵ [https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/tebligler/2002-2-sayili-teblig-\(2021-4-degisiklikleri-islenmis\)-20211108175938391-pdf](https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/tebligler/2002-2-sayili-teblig-(2021-4-degisiklikleri-islenmis)-20211108175938391-pdf)

denk düşen eylemlerde bulunmadığından bahisle³⁶ ilgili anlaşmanın 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nden faydalandığına karar kılınmıştır³⁷.

Platform içi rekabet özelinde ise öne çıkan kaygı elektronik ticaret düzenlemelerinin de temel değişikliklerinden olan haksız ticari uygulamalardan gelmektedir³⁸. Diğer bir deyişle, 6563 sayılı ETDHK'de getirilen haksız ticari uygulamalar ile ilgili düzenlemelerin rekabetin korunmasına ilişkin kaygılardan mühlhem olduğu söylenebilecektir. Haksız ticari uygulamalar, bilhassa çevrimiçi platformlar ile işletmeler ("business users" - "P2B") arasında söz konusu olmaktadır³⁹. Ancak platform ile işletmeler arasında gerçekleşen bir haksız ticari uygulamanın sınırlanması konusunda tüketiciye başvurulması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre aranacak şartlar; hizmetin engellenmesi/ yasaklanması durumunda potansiyel tüketici talebinin varlığı, platform piyasasında daha avantajlı konumdaki bir platformun gerek konumunun gerekse bu konumu nedeniyle verilere erişiminin daha elverişli olması, yalnızca kendi platformunun tercih edilmesine yönlendiren uygulamalar yaratılması⁴⁰ ve en nihayetinde tüm bu eylemlerin işletmeler açısından ciddi zararlar doğurması şeklinde öngörülmektedir⁴¹.

E-pazaryerleri piyasası denilebilecek alan sadece e-pazaryeri platformlarını ve bu platformlarla iş yapan işletmeleri ifade etmektedir. Bunlara ek olarak yalnızca çevrimiçi faaliyetleri değil, tüm üreticileri ve tüketicileri, her türlü tedarik zincirini ve ulaştırma lojistik faaliyetini de içermektedir. Bu yönüyle çevrimiçi olmayan piyasaları da doğrudan etkileyen çok daha geniş bir alandır. Bu anlamda e-pazaryerleri piyasası bakımından rekabete aykırılıklar gerek platformlar arasında gerek platform içi faaliyetlerde gerekse tüketiciler bakımından endişe

³⁶ Rekabet Kurulu'nun 18.05.2022 tarih ve 22-23/364-154 sayılı Ön Araştırma Kararı, prg. 103, s. 34. <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=b6684eb6-1ca3-4551-945e-7487d0930393>

³⁷ Grup muafiyeti hususunun ayrıca 4054 sayılı RKHK md. 5 ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği Hk. Kaya, 2021, s. 265 - 266.

³⁸ Rekabet Kurumu'nun E-Pazaryerleri Raporu'ndaki ifadesi ile, "*Haksız ticari koşullar; satıcılara uygulanan erişim ücretlerinin [komisyon ücreti, kargo bedeli, ilave ücretler (listeme bedeli, üyelik ücreti, mağaza açma bedeli, hizmet bedeli) vb.] artırılması şeklinde olabileceği gibi, pazaryerleri ile satıcı arasında akdedilen sözleşmede veya yürütülen anlaşmada fiyat dışı unsurların (hesabın kapatılması ve/veya askıya alınması, ödeme vadeleri gibi) riski ve maliyeti orantısız şekilde satıcı üzerinde bırakacak şekilde belirlenmesi ve pazaryeri ile satıcılar arasında söz konusu hususlara ilişkin şeffaflık eksikliği, eş deyişle haksız sözleşme/anlaşma koşullarının sunulması şeklinde de olabilmektedir*". Rekabet Kurumu, E-Pazaryerleri Raporu, 2022, s. 267.

³⁹ Inge Graf, "Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence", *Yearbook of European Law*, 38/1 (2019), s. 493.

⁴⁰ Türkiye'de Trendyol tarafından, kendi iç uygulaması olan Trendyolmilla üzerinden "*Perakendeci rolüyle satışa sunduğu ürünlerine avantaj sağlayacak şekilde algoritmaya müdahale ettiğine ve "ertesini gün teslim" imkanını yalnızca kendi ürünlerine sağladığını(dan), ii. Yine kendi perakende faaliyetine avantaj sağlayacak şekilde pazarlama/tasarım stratejisinin oluşturulmasında pazaryerinde satış yapan satıcıların verilerini kullandığını(dan), iii. Algoritmaya yapılan müdahaleler ve sponsorlu ürünlere yönelik şeffaflık eksikliği vasıtasıyla pazaryerinde satış yapan satıcılar arasında ayrımcılık yaptığını(dan)*" bahisle yapılan incelemede RK'nin 30.09.2021 tarih ve 21-46/669-334 Karar sayılı geçici tedbir kararı ile "*Pazaryeri faaliyeti kapsamında, kendi ekonomik bütünlüğü altında yer alan diğer ürün ve hizmetlerine yönelik, rakiplerine karşı avantaj sağlayacak nitelikte, algoritma ve kodlama aracılığıyla yapılan müdahaleler de dâhil olmak üzere her tür eylem davranış ve uygulamalarına; Pazaryeri faaliyetinden elde edilen ve üretilen her türlü verinin, kendi ekonomik bütünlüğü altında yer alan diğer ürün ve hizmetleri için paylaşımına ve kullanımına; Pazaryerinde satış yapan satıcılar arasında ayrımcılık doğuracak nitelikte algoritma ve kodlama aracılığıyla yapılan müdahaleler de dâhil olmak üzere her tür eylem davranış ve uygulamalarına son vermesi ve soruşturma sürecinin devamında da bu davranışlardan kaçınmasına*" karar verilmiştir. www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=db0cca8a-e6ca-4eab-970e-304741dc965b

⁴¹ GRAEF, 2019, s. 495.

yaratmakta, E-Pazaryerleri Raporu'na göre⁴² bunla ilgili geliştirilmesi gereken politikalar bulunmaktadır. Mezkûr politika önerilerinin⁴³ 4054 sayılı RKHK'nin ruhuna uygun olarak dijital piyasalardaki rekabeti öncül şekilde tesis edici ve koruyucu düzenlemelerin hayata geçirilmesinin elzem hale geldiğinden⁴⁴ hareketle dile getirildiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Tam da bu doğrultuda elektronik ticaret ile ilgili düzenlemelerin rekabetin korunması politikası, dolayısıyla rekabet hukuku ve cezalandırma siyaseti ile bağlantılı olarak geliştirildiği, elektronik ticaretin düzenlenmesi ile ilgili mevzuatta yapılan değişikliklerin de bu alanı özünde ceza hükümleri içeren bir rekabet düzenlemesi çemberine aldığı yönündeki görüşlerimiz ile pekişmektedir.

C. ELEKTRONİK TİCARETE REKABETİN KORUNMASI HEDEFİNE YÖNELİK KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ

2015 yılında yürürlüğe giren 6563 sayılı ETDHK'de işbu çalışmanın da konusunu oluşturan 2022 yılı değişiklikleri ile özellikle haksız ticari uygulamalar ve belirli oranları aşan piyasa hakimiyeti halinde artan lisans ve ceza bedelleri öngörülerek piyasanın daha yoğun piyasa dışı müdahale ile düzenlenmesi yönünde tercih yapılmış görünmektedir. Bu müdahaleler de doğrudan rekabet alanına etki eden surette ortaya çıkmaktadır. Nitekim diğer tüm ürün ve hizmet piyasalarında rekabetin sağlanması, devamlılığı, denetlenmesi ve ihlal halinde yaptırım uygulanması rekabet kanunlarının ve kurullarının yetkisindeyken, elektronik ticaretin düzenlenmesi ve denetlenmesi hususunda ayrıca 6563 sayılı ETDHK kapsamında dar ve özel kapsamlı bir rekabet düzenlemesi ile piyasa müdahalesi temin edilmektedir.

6563 sayılı ETDHK'nin genel değişiklik gerekçesinde, kanun koyucu müdahale yetkisini, diğer düzenleyici ve denetleyici üst kuruluşların da yetkilerinin temelini aldıkları, Anayasa'nın "Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi" başlığını taşıyan ve "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler*" hükmünü amir 167. maddesine dayandırmaktadır. Elektronik ticaretin mal ve hizmetlerin sunulması alanındaki en önemli kanallardan biri haline gelmesi ise devlete, Anayasa'ya dayanan düzenleme ve denetim yetkilerini kullanılmaktadır. Buna göre elektronik ticarete haksız rekabetin ve tekelleşmenin önüne geçilmesi hem pazara giriş yapacak olan yeni aktörlerin girişini kolaylaştıracak hem de piyasanın dengeli ve aktif büyümesini temin edecektir⁴⁵. Diğer bir deyişle, elektronik ticaretin de bir piyasa dışı müdahale kapsamında düzenlemeye (ve denetlemeye) tabi tutulması kaçınılmazdır.

ETDHK değişikliğinde tanımlardan hareketle ilk karşılaşılan değişiklik bir "ekonomik bütünlük" kavramının getirilmiş olmasıdır (ETDHK md. 2/ 1 (j)). Buna göre belirli pay

⁴² Bkz. Platformlar Arası Rekabet Bakımından Temel Endişeler; Platform İçi Rekabet Bakımından Temel Endişeler; Tüketiciler Bakımından Temel Endişeler, Rekabet Kurumu, E-Pazaryerleri Raporu, 2022, s. 340 – 343.

⁴³ Mevzuat değişiklikleri, ikincil mevzuatın güçlendirilmesi, platform davranış kodlarının oluşturulması gibi öneriler yer almaktadır. Rekabet Kurumu, *E-Pazaryerleri Raporu*, 2022, s.372 vd.

⁴⁴ Rekabet Kurumu, *E-Pazaryerleri Raporu*, 2022, s. 376.

⁴⁵ 7416 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Genel Gereğe; <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkunurlarno=319280&cpkanunnumarasi=7416>

sahiplikleri ve sahip olunan veyahut kılınan öncelikli birtakım şirket içi veya şirketler arası haklardan hareketle kanunda sayılan şartların varlığı halinde bu kuruluşlar ekonomik bütünlük teşkil edecektir⁴⁶. Madde gerekçesinde kanun koyucu, “ekonomik bütünlüğün” kapsayıcılığının hem dikey hem de yatay ilişkiler açısından getirildiğini vurgulamaktadır⁴⁷.

Ekonomik bütünlük tanımının getirilmesi ve özellikle bu şekilde geniş bir kapsam ile belirlenmesi ise bir piyasa müdahalesi olarak tanımlanabilecek olan lisans düzenlemeleri açısından önem taşıyacaktır. ETDHK Ek Md. 4 ile elektronik ticaret lisansı düzenlenmiştir. Buna göre, bir takvim yılında gerçekleşen net işlem hacmine göre kademelendirilen AHS’ler ancak, önemli bir yekûn oluşturan lisans bedellerini ödemek suretiyle faaliyetlerine devam edebilecek⁴⁸, bunun için de Ticaret Bakanlığı’ndan lisans almak ve mevcut lisanslarını lisansını yenilemek zorunda olacaklardır⁴⁹. Bununla birlikte müdahalenin yalnızca yüksek bir lisans bedeli ödemekle sınırlı bırakıldığı da eklenmelidir. Nitekim ETDHK Ek Md. 4/ 2’de “*lisans ücretinin ödendiğine dair belgenin lisans alma veya yenileme başvurusu sırasında ibraz edilmesi hâlinde başka bir şart aranmaksızın lisans verileceği veya yenileneceği*” de açıkça düzenlenen hususlar arasındadır.

Diğer yandan liberal söylem içerisinde yüceltilen serbest piyasa içerisinde AHS’lerin bazı ticari faaliyetlerinde de yine neo-liberal söylem içerisinde piyasanın varlık ve devam koşullarının sağlanması adına, piyasaya ve piyasa için müdahale etmesi talep edilen devletin, piyasa dışı bir aktör olarak müdahalesi de sınırlandırılmakta⁵⁰ ve yasaklanmaktadır. Örneğin ETDHK Ek Md. 2 uyarınca AHS, aracılık hizmeti sunduğu e-pazar yerlerinde, kendisinin veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilerin markasını taşıyan ya da marka kullanım hakkını haiz olduğu malları satışa sunamayacak ve hatta bu malların satışına aracılık da edemeyecektir. Dolayısıyla yine sahip olduğu hâkim durumu AHS’nin kendi markaları lehine davranarak kötüye

⁴⁶ 6563 sayılı ETDHK md. 2/ 1 (j);

“*Ekonomik bütünlük: Bir kişinin, bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak paylarının en az yüzde yirmi beşine ya da oy haklarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek payına sahip olmasını, şirket sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyeyi seçme hakkını haiz olmasını, kendi oy haklarının yanında bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleriyle birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturmasını, bir ticaret şirketini sözleşmeye bağlı olarak hâkimiyeti altında bulundurmasını veya bu hâllere bağlı olarak bu kişiyle bağlantılı tüm ticaret şirketleri ve bu kişiye ait işletmeler arasındaki ilişkiyi ya da pay sahibi olup olmadıklarına bakılmaksızın birden fazla ticaret şirketinin aynı kişi veya kişiler tarafından yönetilmesini*”.

⁴⁷ 7416 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, md. 2 Gerekçesi; <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkunlarno=319280&cpkanunnumarasi=7416>

⁴⁸ ETDHK Ek Madde 4/ 4 uyarınca, tabi olunacak lisans bedeliyle ilgili eşiklerin belirlenmesinde ekonomik bütünlük içinde bulunan AHS’lerin net işlem hacimleri ve işlem sayıları dikkate alınacaktır.

⁴⁹ Bu düzenlemenin piyasadaki büyümeyi frenleyeceği görüşleri Hk. Vahap Munyar, “Yıllık 6 Milyar Lirayı Aşan Lisans Bedeli, E-ticarette Büyümeyi Frenlemez mi?”, *Dünya Gazetesi*, 13.07.2022, <https://www.ekonomim.com/kose-yazisi/yillik-6-milyar-lirayi-asan-lisans-bedeli-e-ticarette-buyumeyi-frenlemez-mi/663458>

⁵⁰ 6563 sayılı ETDHK ile ilgili olmasa da 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve haksız fiyat değerlendirme mevzuatında yapılan düzenlemeler ile piyasadaki fiyat oluşumuna, fahiş fiyatların önüne geçilmesi amacıyla müdahale edilmesi de piyasa koşullarına sınırlama yoluyla müdahaleye doğru bir örnektir. Rauf Karasu ve Semih Sırrı Özdemir, “Fahiş Fiyata İlişkin Sınırlamalar ve Aykırılığın Ticaret Hukuku Açısından Sonuçları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26/3 (2018), (s. 3 - 28).

kullanmasının önüne geçme isteğine, ticari faaliyetin yasaklanması suretiyle karşılık verilmektedir.

Kontrol ve müdahalenin bir başka örneği olarak ise AHS'lerin sorumluluklarında değişikliğe gidilmesi verilebilir. Buna göre ETDHK md. 9'un mülga metninde AHS'ler içerik nedeniyle sorumlu tutulmazken maddede yapılan değişiklik uyarınca AHS yine sorumlu olmakla birlikte içeriğin hukuka aykırı olduğunu (herhangi bir surette) öğrenmesi halinde bu içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırmakla, sonrasında durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirmekle yükümlü kılınmıştır. Ayrıca fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması konusunda da AHS'ye aktif görev verilmiş, ihlale konu içeriği kaldırmak, bilgi ve belgeye dayanan bir itiraz gelmesi halinde yeniden yayına almak gibi etkin görevler atanmıştır (ETDHK md. 9/ 2 ve 3)⁵¹.

Tüm bunların yanında, doğrudan hukuki müdahale olarak adlandırılacak olan cezai hükümlerdeki değişikliklerde de ihlal teşkil edecek eylemlerin ayrıntılı olarak düzenlendiği, maktu idari para cezalarının yanı sıra nispi idari para cezaları da getirildiği, ceza miktarlarının yükseltildiği, para cezası içeren yaptırımların belirli vadelere ödenmek suretiyle ifa edilmemesi halinde katlanarak artırıldığı görülmektedir (ETDHK md. 12). İdari cezalar üzerinden getirilen bu değişiklikler de idarenin düzenlemenin yanında denetleme görev ve yetkisi kapsamındaki piyasanın işleyişine bu sefer cezai müdahaleler yoluyla müdahale ettiğine ve piyasaları bu şekilde organize etmeye çalıştığına dair bir kabulü gündeme getirebilecektir. Bu noktada, ETDHK'de öngörülen ceza hükümlerine de değinilerek piyasaya hukuki araçlar yoluyla müdahale edildiği savının örneklendirilmesi yapılmalıdır.

II. ETDHK'DE ÖNGÖRÜLEN İDARİ CEZALAR

6563 sayılı ETDHK'de hizmet sağlayıcılar ("HS") ve AHS'ler için birtakım idari cezalar öngörülmüştür. ETDHK md. 2 uyarınca AHS'ler "*Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri*" ifade etmekte iken "Hizmet sağlayıcılar", "*Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişiler*"dir. Buna göre öncelikle yaptırımların yalnızca AHS'lere değil, aslında elektronik ticaret faaliyetinde bulunan "herkes"e uygulanmak üzere geniş bir kapsamla düzenlendiği görülmektedir.

ETDHK md. 12 ile ilk olarak yoğun bir idari para cezası yaptırımı getirilmektedir. Kanun ile öngörülen bilgi verme yükümlülüğüne (md. 3), siparişle ilgili şartlara (md. 4), ticari iletişime ilişkin esasların açıklığına (md. 5), ticari elektronik ileti gönderme konusundaki onaylara, iletilerin içeriklerine ve alıcının ticari elektronik iletiyi reddetme hakkının kullanılmasına (md. 6, 7 ve 8), hukuka aykırı içerikle ilgili olarak kural olarak sorumlu tutulmamakla birlikte bundan haberdar olduğu noktada içeriği yayımdan kaldırma, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirme yükümlülüklerine (md. 9) aykırılık hallerinde Ticaret Bakanlığı'na farklı aralıklarda idari para cezaları verme; bu minvalde uygulanan idari para cezalarına rağmen

⁵¹ Bu sorumluluğa ilişkin hususların 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümleri ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Kaya, 2021, s. 158 vd.

“Bakanlıkça verilen süre içinde aykırılığın sonlandırılmaması veya aynı aykırılığın ceza tebliğatının yapıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde tekrarı hâlinde” bir önceki cezanın iki katı idari para cezası uygulama (md. 12/ 4) yetkilerine yer verilmiştir.

Kanun’da “haksız uygulama” olarak da bazı eylemler belirlenmiş, elektronik ticarete haksız uygulamada bulunulması yasaklanmıştır (Ek md. 1). Buna göre AHS’nin “*aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret hizmet sağlayıcının ticari faaliyetlerini önemli ölçüde bozan, makul karar verme yeteneğini azaltan veya belirli bir kararı almaya zorlayarak normal şartlarda taraf olmayacağı bir ticari ilişkinin tarafı olmasına sebep olan uygulamalar*” haksız kabul edilecektir. Yukarıda da ifade edildiği üzere hizmet sağlayıcılar, elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişiler idi. Diğer bir deyişle, tüketiciden tedarikçisine lojistik sağlayıcısından diğer servis sunuculara kadar herkese karşı bu haksız uygulamaların gerçekleştirilmesi mümkün olabilecektir. Söz konusu haksız uygulamaların ise gerek genel tanımından gerekse ETDHK Ek md. 1/ 2’de karineten her durumda haksız uygulama oldukları kabul edilen beş bent halinde sayılan⁵² hallerden hareketle, esas olarak kişilerin iradelerine etki eden durumlar olarak kabul edildikleri anlaşılmaktadır⁵³. Benzer hükümler Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nde de öngörülmüştür⁵⁴. Dolayısıyla haksız uygulamalar açısından koruma odağından ilerleyerek piyasa koşulları kontrolde tutulmaya çalışılmakta, bu hükümlere aykırı hareket eden AHS’ler ise yine idari para cezası ile tecziye edilmektedir (ETDHK md. 12/ 1 (ğ), (h), (ı), (i), (j)).

Piyasa koşullarına müdahalenin türlü yollarla yapılabileceği ifade edilmiş idi. Bunlar arasında hem siyasi müdahaleler hem de hukuki araçlarla yapılan müdahaleler yer almaktadır. Hukuki araçlarla yapılan müdahaleler ise yalnızca yaptırım düzenlemeleri eliyle değil, piyasanın düzenlenmesine ilişkin getirilen tebliğler, tarifeler, tavsiye kararları, kotalar, yasaklar, muafiyetler, lisanslar, izne tabi işlemler gibi usuller ile de olmaktadır. Bu unsurların tümünün devletin tahakküm stratejisinde hem ideolojik hem de baskı aygıtı olarak yer alan cezalandırma

⁵² ETDHK Ek md. 1/ 2: “Aşağıdaki uygulamalar her durumda haksız ticari uygulama sayılır:

- a) Mal veya hizmet satışı karşılığında elektronik ticaret hizmet sağlayıcıya yapılması gereken ödemenin, en geç satış bedelinin elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının tasarrufuna girdiği ve siparişin alıcıya ulaştığı tarihten itibaren beş iş günü içinde eksiksiz yapılmaması.
- b) Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı tarafından satış fiyatında tek taraflı değişiklik yapılması dâhil olmak üzere, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının kampanyalı mal veya hizmet satışına zorlanması.
- c) Elektronik ticaret hizmet sağlayıcıyla olan ticari ilişkinin koşullarının, yazılı şekilde veya elektronik ortamda yapılan aracılık sözleşmesiyle belirlenmemesi ya da bu sözleşmenin açık, anlaşılır ve elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından kolay erişilebilir olmasının sağlanmaması.
- ç) Elektronik ticaret hizmet sağlayıcının aleyhine olacak şekilde aracılık sözleşmesi hükümlerinde geçmişe yönelik veya tek taraflı değişiklik yapılması ya da buna imkân sağlayan herhangi bir hükme aracılık sözleşmesinde yer verilmesi.
- d) Herhangi bir hizmet verilmediği veya verilen hizmetin türü ve hizmet bedelinin tutar ya da oranı aracılık sözleşmesinde belirtilmediği hâlde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıdan bedel alınması.
- e) Aracılık sözleşmesinde herhangi bir nesnel ölçüte yer verilmediği hâlde ya da kamu kurumlarına veya adli mercilere başvuruda bulunulduğu gerekçesiyle elektronik ticaret hizmet sağlayıcının sıralama ya da tavsiye sisteminde geriye düşürülmesi, elektronik ticaret hizmet sağlayıcıya sunulan hizmetin kısıtlanması, askıya alınması veya sonlandırılması”.

⁵³ Bu açıdan ticari faaliyetlerin önemli ölçüde bozulduğuna ilişkin ispat yükünün hizmet sağlayıcıda olacağı Hk. Damla Gül Tarhan, “Elektronik Ticaret Sektöründe Kurallar Değişti”, *Lexpera Blog*, 26.01.2023, <https://blog.lexpera.com.tr/elektronik-ticaret-sektorunde-kurallar-degisti/>

⁵⁴ 10.01.2015 tarih ve 29232 sayılı Resmi Gazete.

yetkisinin getirdiği çoklu yapının sonucu olduğunu söylemek mümkündür. İdeolojik, siyasi ve ekonomik müdahaleler cezayı şekillendirmekte ve bir politika olarak belirlemekte⁵⁵; *Garland* a göre, diğer sosyal politikalar ile birlikte var olan cezalandırma, daha geniş yönetim stratejilerinin içine yerleştirilmekte⁵⁶ ve ceza hukukunu bir stratejik konumlandırma ile dar bir yaptırım hukukunun dışına çıkararak genişletmektedir.

Sözü edilen, “geniş alan” a çıkmanın bir örneğini ETDHK md. 4 ile zorunlu tutulan lisans alma ve md. 12/ 3 ile getirilen idari para cezası karşılamaktadır. Aynı Kanun Ek md. 4/ 1 uyarınca “*bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, faaliyetine devam edebilmek için Bakanlıktan lisans almak ve lisansını yenilemek zorunda*”dır. Bu hüküm ile, AHS’ye ve HS’ye, piyasada faaliyet gösterebilmesi için ilk baştan bir lisans bedeli ödeyerek lisans alma ve eğer lisansı varsa belirli aralıklarla lisansını yenileme yükümü getirilmektedir. ETDHK md. 12/ 3 uyarınca ise bu lisans alma yükümlülüğünün ihlali halinde idari para cezası uygulanacak ve bunu düzeltmesi, daha açık bir deyişle lisans bedelini ödeyerek lisans alması veya yenilemesi için altmış gün süre tanınacaktır. Aykırılık altmış gün içinde giderilmezse yeni bir idari para cezası ve bu kez aykırılığın düzeltilmesi için otuz gün süre verilecek; aykırılık bu sefer de giderilmezse yeni bir idari para cezası ve on beş gün süre ve yine düzeltilmezse (lisans alınmazsa veya yenilenmezse) Ticaret Bakanlığı tarafından, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı⁵⁷ verilebilecektir. Bir yandan lisanslama yoluyla piyasaya idari bir müdahalede bulunulurken diğer yandan bu idari zorunluluğun yerine getirilmemesi tekrarlayan biçimde “kabahat” kabul edilmekte ve idari para cezası ile cezalandırılmakta; süreç en nihayetinde erişim engellemeye varmaktadır.

III. AVRUPA BİRLİĞİ DİJİTAL PİYASALAR YASASI

AB bünyesinde çalışmaları yapılan ve 2022 yılının Kasım ayı itibariyle yürürlüğe giren DMA, rekabet hukuku açısından platform odaklı⁵⁸ bir sektöre özel düzenleme⁵⁹ olarak tabir edilebilecektir. DMA ile dijital sektörde⁶⁰ piyasalarda faaliyet gösteren platformların ve diğer aktörlerin faaliyetleri ile piyasaya yapılacak müdahaleler düzenlenmektedir. Düzenlemenin amacının büyük aktörler (“*gatekeeper*” geçit bekçisi) olarak tanımlananlar ve

⁵⁵ David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order Contemporary Society*, Oxford, 2002, s. 152.

⁵⁶ Garland, 2002, s. 153-154.

⁵⁷ Erişim engellenmenin yaptırım, koruma tedbiri ve idari tedbir olarak farklı başlıklarda ele alındığı Hk. Ferhat Tuna Emin, *Ceza Hukuku Açısından İnternet Yayıncılığı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

⁵⁸ Pınar Akman, “Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act”, *European Law Review*, 85/47 (2022), s. 25.

⁵⁹ Nicolas Petit, “The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 12/7 (2021), s. 529 - 531.

⁶⁰ DMA md. 2/ (4); “*digital sector*’ means the sector of products and services provided by means of, or through, information society services”.

tanımlanmayanlar)⁶¹, işletmeler (“*business user*”⁶²) ve son kullanıcılar (“*end user*”⁶³) açısından, AB genelindeki tüm işletmeler için dijital piyasalarda rekabetçi ve adil pazarlar yaratabilmek için uyumlaştırılmış kurallar ortaya konulması ve AB iç pazarının düzgün işleyişine katkıda bulunulması olduğu görülmektedir (DMA md. 1). Temel platform hizmetleri çevrimiçi aracılık hizmetleri, çevrimiçi arama motorları, çevrimiçi sosyal ağ hizmetleri, video paylaşım platformu hizmetleri, numaradan bağımsız kişilerarası iletişim hizmetleri, işletim sistemleri, internet tarayıcılar, sanal asistanlar, bulut bilişim hizmetleri, çevrimiçi reklamcılık hizmetleri olmak üzere oldukça geniş tutulmuştur (DMA md. 3/ (2)).

Düzenlemede pek çok başlıkta kişi ve grup sayılsa da baz alınması gerekenin büyük aktörler olduğu değerlendirilmektedir. Bu büyük aktörlerden “*işletmeler ile son kullanıcılar, tüketiciler arasında önemli bir ağ geçidi sağlayan, büyüklükleri ve konumları nedeniyle piyasada özel bir kural koyucu olarak hareket etme gücü veren ve böylece dijital ekonomide bir darboğaz yaratan dijital platformlar*”⁶⁴ kapsamında kabul edilecek olanlar “geçit bekçisi” olarak belirlenecektir. Geçit Bekçisi niteliğini almak için platformun, iç pazarda önemli bir etkiye sahip olması, aradaki önemli bir ağ geçidi olan çekirdek platform hizmeti sağlaması⁶⁵ ve faaliyetlerinde köklü ve kalıcı bir konuma sahip olması veyahut yakın gelecekte piyasada böyle bir konuma sahip olacağına öngörülmesi gerekmektedir (DMA md. 3/ (1)).

Belirleme üzerine getirilen yasaklamaların ise özellikle (kişisel olan ve olmayan) veriler hakkında olduğu görülmektedir. Buna göre, “geçit bekçisi” olarak belirlenen büyük platformun, çevrimiçi reklamcılık hizmetleri sağlamak amacıyla⁶⁶, geçit bekçisi platformun çekirdek platform hizmetlerinden yararlanan üçüncü şahısların hizmetlerini kullanan son kullanıcıların kişisel verilerini işlemesi; ilgili çekirdek platform hizmetinden alınan kişisel verileri, diğer çekirdek platform hizmetlerinden veya geçit bekçisi platform tarafından sağlanan diğer hizmetlerden alınan kişisel verilerle veya üçüncü taraf hizmetlerden alınan kişisel verilerle birleştirmesi; ilgili çekirdek platform hizmetinden alınan kişisel verilerin, diğer çekirdek platform hizmetleri dahil olmak üzere geçit bekçisi platform tarafından ayrı olarak sağlanan diğer

⁶¹ Bu platformları bekçi (ve aslında “sözde” bekçi) yapan şey Akman tarafından şöyle açıklanmaktadır: DMA’ya göre platform hizmet piyasalarının yapısal özellikleri ile hizmet sağlayıcıların haksız davranışları birleştiğinde sonuç, temel platform hizmetlerinin sunulmasında rekabet edilebilirliğin baltalanması olabilecektir. Bunun etkisi ise hizmet sağlayıcılar ile işletmeler ve bireysel son kullanıcılar arasında adaletsizlik doğuracak, ayrıca son kullanıcılar açısından daha az seçenek bulmaya yol açacak ve bu hizmet sağlayıcıları “sözde” geçit bekçileri yapacaktır. Akman, 2022, s. 6. Ve bu platformların “*gatekeeper*” olmanın yanında işletmeler ile bireysel son kullanıcılar için aynı zamanda bir “*gateway*” giriş yeri” de olarak adlandırılabilenliği Hk. Filomena Chirico, “Digital Markets Act: A Regulatory Perspective”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, No. 7, 2021, s. 494.

⁶² DMA md. 2/(21); “‘business user’ means any natural or legal person acting in a commercial or professional capacity using core platform services for the purpose of or in the course of providing goods or services to end users”.

⁶³ DMA md. 2/ (20); “‘end user’ means any natural or legal person using core platform services other than as a business user”.

⁶⁴ European Commission, *Press Release, Digital Markets Act: rules for digital gatekeepers to ensure open markets enter into force*, 31.10.2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_6423

⁶⁵ Chirico, 2021, s. 494.

⁶⁶ Platformlar piyasa hakimiyetinin artırdıkça bu güç çevrim içi reklamcılıkta da kendini daha kuvvetli gösterecektir. Luis Cabral, Justus Haucaj ve Geoffrey Parker vd., *The EU Digital Markets Act – A Report from a Panel of Economic Experts*, Joint Research Center European Union, 2021, s. 15.

hizmetlerde çapraz kullanılması⁶⁷ ve tam aksi; kişisel verileri birleştirmek için son kullanıcıların geçit beklisi platformun diğer hizmetlerinde oturum açması, son kullanıcıya özel bir seçim sunulmadıkça ve AB 2016/ 679 sayılı GDPR md. 4/ (11) ve md. 7 uyarınca rıza temin edilmedikçe yasak kapsamındadır.

Bunların yanı sıra veri taşınabilirliğine, çevrimiçi reklamcılık konusundaki bilgi paylaşımına, yazılım uygulamaları ile ilgili yapılacaklara, teknik ve idari tedbirlere, çocukların korunmasına, verilere erişmeye, anonimleştirmeye, güncelleme yükümlülüklerine, yoğunlaşma halinde kontrol hisselerinin elde edilmesi konusunda bildirimlerin yapılmasına (DMA md. 5 ve devamı⁶⁸), Avrupa Komisyonu'nun DMA kapsamındaki yükümlülüklerin ve sistematik uyumların takibi, tespiti ve denetlenmesi için pazar araştırması yapma hak ve yetkilerine (DMA md. 18 ve devamı), soruşturma ve denetim yetkileri ile uygulayabileceği para cezalarına (DMA md. 30 ve devamı)⁶⁹ kadar pek çok hüküm öngörülmüş olup işbu çalışma kapsamında bu hükümlerin detaylarına girilmeyecektir. Ancak bu hükümler bir arada değerlendirildiğinde bölgesel olarak AB nezdinde bütüncül bir piyasa müdahalesinde bulunmanın temellerinin düzenleme ve denetleme taraflarıyla oluşturulduğu sonucuna varılabilecektir.

DMA'nın, özellikle rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi gereken başlıklarından biri, ulusal hukuklarda mevcut rekabet kurumları ve rekabet kurallarını uygulayacak olan diğer makamlar ile birlikte çalışmayı öngörmesidir (DMA md. 38). Söz konusu birlikte çalışmanın bir uygulama birliği oluşturmaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır⁷⁰. Zira Avrupa Komisyonu ve üye devletlerin ulusal yetkili makamları, Avrupa Rekabet Ağı (*European Competition Network* "ECN") aracılığıyla ilgili uygulama eylemleri hakkında birbirlerini bilgilendirecekler, gizli bilgiler de dahil olmak üzere, bir gerçek veya hukuka ilişkin her türlü bilgiyi birbirlerine sağlama yetkisine sahip olacaklardır. Ayrıca gerektiğinde pazar araştırmalarının desteklenmesi gerekmekte olup platform hakkında ulusal düzeyde varsa, soruşturma aşamaları, hakkında bir geçici tedbir olup olmadığı, verilmiş başkaca bir karar olup olmadığı veyahut olup olmayacağı hususları da paylaşım kapsamı dahilinde sayılmıştır.

İfade edildiği üzere, tek tek madde analizi yapmaktan ziyade değerlendirmelerimiz, düzenlemenin temel saikleri, ekonomi politik süreç ve cezalandırma politikaları içerisindeki

⁶⁷ Chirico, 2021, s. 495.

⁶⁸ Ekonomi uzmanlarından oluşan grubun hazırladığı taslak görüşünde, platformlar açısından bir "kara" ve "gri" liste hazırlanması önerisi getirilmiştir. Buna göre md. 5 ve 6'ya ilişkin ihlaller ve aykırılıklar *per se* hukuka aykırılık kabul edilecek ve bunlar kara listede gruplandırılıyor olacaktır. Gri liste ise rekabete aykırı sayılabilecek bazı davranışların daha yumuşatılmış veyahut düzenleyicinin takdirine açık bir surette değerlendirilmesi ile oluşacaktır. Gri listedeki bazı davranışların, düzenleyicinin değerlendirmesine göre uygulamada rekabeti artırıcı kabul edilmesi de mümkündür. Cabral, Haucap ve Parker, 2021, s. 10. Ancak mevcut düzenleme bünyesinde DMA böyle bir gri liste sunmamaktadır.

⁶⁹ DMA'nın kamu gücü dayanaklı bir yaptırım getirdiği ve bunların komisyon tarafından Komisyonun tazminat, para cezası ve periyodik ceza ödemeleri gibi uygulayabileceği belirtilmektedir. Konstantina Bania, "Fitting the Digital Markets Act in the Existing Legal Framework: The Myth of the "Without Prejudice" Clause", *European Competition Journal*, 19/1 (2023), s. 127; Petit, 2021, s. 538.

⁷⁰ DMA'nın iç hukuk yollarının uyumlanması atıflarının, AB tarafından, adil ve rekabetçi pazarlar sağlama hedefleri aracılığıyla oyun alanını eşitlemek için yalnızca cezalandırma ve caydırıcılık üzerinden gitmeye değil, birbirine uyumlu düzenlemeler yoluyla da uyumsuzluğun giderilmesi istenmesine yönelik olduğu ifade edilmektedir. Tone Knapstad, "Breakups of Digital Gatekeepers under the Digital Markets Act: Three Strikes and You're Out?", *Journal of European Competition Law & Practice*, 14/7 (2023), s. 399.

konumlandırılması ve bunun AB ve Türkiye düzeyindeki yansımaları üzerine gelişmektedir. Bu anlamda, DMA maddeleri ile getirilen normatif şart ve hükümlerin ötesinde yasanın teklif ve tasarı aşamalarında Avrupa Komisyonu tarafından yapılan ve kamuoyu ile de paylaşılan etki değerlendirmesi raporlarındaki ifade ve kabuller incelenmeye değerdir⁷¹. Raporlarda sorun belirlemeleri, başarılmak istenenin ne olduğu, nasıl hayata geçirilebileceği, bunun özellikle küçük ve orta büyüklükteki işletmeler (*SME/ "KOBİ"*) açısından etkilerinin neler olabileceği, tüm bunlar dolayısıyla aslında piyasaya gerçekleştirilecek müdahalelerin kapsamı, içeriği ve etki alanları açıklanmaktadır.

Bu düzenlemeler ve pratik gereklilikleri açısından, sorun tespiti bilhassa önemlidir. Buna göre, dijital piyasalarda, çoğunlukla kendi ekosistemlerine gömülü olan birkaç çevrimiçi platform, tüketiciler ve işletmeler arasındaki işlemlerde aracılık etmektedirler ve fakat bu aracılık "aslan payı" nı alarak gerçekleştirilmektedir. Bu konumlanma, bu platformları günümüzün dijital ekonomisinin temel yapılandırıcı unsurları haline getirmektedir. Dijital piyasalara erişim, ilgili piyasalarda hâkim durumdaki bu platformlarca kontrol edilmektedir⁷². Hâkim duruma kavuşmaları ise aslında adillik, şeffaflık ve piyasa bozulmaları üçgenindeki nedenlerden kaynaklanmış ve yine aynı üçgenindeki sonuçları doğurmuştur⁷³. Bu açıdan platform piyasalarındaki zayıf rekabetçilik, kullanıcılara karşı (işletme ve tüketici) haksız ticari uygulamalar ve bu piyasalarda faaliyet gösteren piyasa oyuncularının parçalı biçimde düzenlenmesi ve gözetimi hususları⁷⁴, DMA'nın temelindeki sorun başlıkları olarak sunulmuştur⁷⁵.

Söz konusu platformların faaliyet gösterdikleri piyasalarda giriş engelleri ortaya çıkmakta, KOBİ düzeyindeki işletmeler açısından piyasaya girilse dahi piyasada var olmak ve sürdürülebilir bir varlık göstermek mümkün olamamaktadır. Son kullanıcı tarafında ise tüketicilerin belirli hizmet koşullarına mecbur bırakılmaları, dengesiz pazarlık güçleri ile başa çıkmak zorunda kalmaları, kimi zaman daha yüksek fiyatlara daha düşük kalite, daha az seçenek olması gibi sorunlar doğmaktadır⁷⁶. Avrupa Komisyonu, sorunların büyüklüğünün, artık kendilerini "yeni bir politika aracı ile"⁷⁷ spesifik bir düzenleme yapmaya ittiğini söylemektedir⁷⁸. Böyle bir düzenleme ile murat edilen ise dijital piyasalarda etkin rekabeti ve özellikle adil, çekişmeli,

⁷¹ European Commission, Regulatory Scrutiny Board Opinion, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), 10.12.2020, *SEC(2020)437*.

European Commission, Commission Staff Working Document Impact Assessment Report, 15.12.2020, *SWD(2020)363 final*, Part 1/2-Part 2/2.

European Commission, Commission Staff Working Document Executive Summary of the Impact Assessment Report, 15.12.2020, *SWD(2020)364 final*.

Tümü için; <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-digital-markets-act>

⁷² European Commission, *SWD(2020)364 final*, s. 1.

⁷³ European Commission, *SWD(2020)363 final*, Part 1/2, s. 7-8.

⁷⁴ Düzenlemenin en temel dayanağının ise AB'nin işleyişini baltayabilecek parçalanmaları önlemek amacıyla kuralların Birlik düzeyinde uyumlandırılmasını temin eden Treaty on the Functioning of the European Union ("TFEU") md. 114 oluşturmaktadır. AKMAN, 2022, s. 2 ve s.2 dipnot 4.

⁷⁵ European Commission, *SWD(2020)363 final*, Part 1/2, s. 8-14.

⁷⁶ European Commission, *SWD(2020)364 final*, s. 1.

⁷⁷ Cabral, Haucap ve Parker, 2021, s. 6.

⁷⁸ European Commission, *SWD(2020)363 final*, Part 1/2, s. 15.

rekabetçi bir çevrimiçi platform ortamını teşvik ederek iç pazarın⁷⁹ düzgün işlemlerini sağlamaktadır⁸⁰.

Söz konusu düzenleme ihtiyacı Birlik düzeyindeki bir düzenleme olarak DMA ile çözülmeye çalışılsa da aslında, AB'nin, dijital piyasalara müdahale ihtiyacının yalnızca Birlik genelinde olmadığı, ulusal olarak her bir AB üyesi devlet nezdinde de bu ihtiyacın gittikçe büyüdüğü ve bunun, üye devletleri daha fazla ulusal önlem almaya yönelttiği görülmektedir. Avrupa Komisyonu'na göre, bu biçimde yasama açısından gelişecek bir parçalanma, girişim ("startup") şirketlerinin ve daha küçük işletmelerin ölçeklenmesini ve dijital pazarlarda rekabet etme yeteneklerini riske atacaktır⁸¹. Nitekim bu surette oyun kurallarının ve alanının eşitlenmesi, yalnızca girişim ("startup") şirketleri açısından değil, tüm KOBİ düzeyi için de genişlemenin önüne açabilecek, tüketicileri de koruyan bir veçheye kavuşacaktır. Ancak, kanımızca, asıl sağlanmak istenen etkinin gerek DMA metninde gerekse diğer belgelerde de vurgulandığı üzere AB iç piyasasını ("internal market") diğer piyasalara karşı korumak olduğudur. Nitekim Akman'a göre DMA, AB'nin tek dijital pazar stratejisinin temel bileşenidir⁸².

Günümüzde dijital piyasaların esasında uluslararası sermayenin elinde olduğu ve özellikle piyasayı domine eden tarafın ABD ve ABD'li *big-tech*/büyük teknoloji şirketleri olduğu bilinmektedir. Avrupa'nın özellikle yüksek teknolojinin gelişimi açısından ABD piyasasının gerisinde⁸³ ve bugün itibarıyla, yaratmış olduğu Avrupa menşeli dijital piyasa aktörlerinin, piyasadaki ABD hakimiyeti ve rekabet hukuku anlamında gelişen (kullanıcı ve işletme) şebeke etkisi karşısında güçsüz ve bunlarla rekabet edemez konumda kalmış olması, AB'yi kendi iç piyasasını korumak için "elinden geleni yapma" yoluna itmektir. Diğer bir deyişle, teknolojik gelişimin ve dijitalleşmenin gereğini vakitlice yerine getiremeyen ve ABD'ye göre geride kalan Avrupa, hukuki düzenlemeler, idari süreçler ve cezalandırma politikaları yoluyla geliştirdiği müdahale yöntemleri ile ABD piyasasından korunmaya çalışmaktadır.

AB'de esasında GDPR'dan önce başlamakla birlikte, GDPR'ın yürürlüğü ile pekişerek artan bu korunma çabası kişisel veri ve veri aktarımı hususları üzerinden işletilmiştir⁸⁴. DMA ile öngörülen müdahalelerin temeline de yine kişisel verinin alındığını söylemek yanlış olmayacaktır. Düzenleme ile geçit bekçisi platformlara getirilen yükümlülüklerin ve

⁷⁹ Broadbent de bu yasa çalışmalarını ABD teknoloji şirketlerini engellemeye yönelik Avrupa girişimleri olarak adlandırmaktadır. Geleneksel Avrupa şirketlerinin ve sanayiinin, ABD ve Çin'in büyük çevrimiçi platformlarıyla rekabet etmekte sorun yaşadığını, geleneksel rekabet politikasının, çevrimiçi platformlar ve dijital pazarlara ilişkin olarak rekabet edilebilirlik, adalet ve yenilikçilikle ilgili konuları ele alacak donanıma sahip olmadığını, buna ilişkin endişelerin ise Avrupa'yı bu düzenlemelere götürdüğünü ifade etmektedir. Meredith Broadbent, *The Digital Services Act, The Digital Markets Act, and the New Competition Tool*, CSIS Center for Strategic & International Studies European Initiatives to Hobble U.S. Tech Companies, 10.11.2020, (<https://www.csis.org/analysis/digital-services-act-digital-markets-act-and-new-competition-tool>)

⁸⁰ European Commission, *SWD(2020)364 final*, s. 1.

⁸¹ European Commission, *SWD(2020)364 final*, s. 1.

⁸² Akman, 2022, s. 4.

⁸³ Avrupa'nın, piyasa olarak ABD'nin gerisinde kalmasının nedenleri arasında telekom altyapısındaki yetersizlikler, ücretlendirme politikalarındaki sorunlar, farklı diller ve farklı para birimlerinin hakim olması olduğu da ifade edilmektedir. Mustafa Z. Tunca ve Ahmet Hasköse, "Global Elektronik Ticaret", *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 18 (2002), s. 153.

⁸⁴ Ayrıntılı inceleme için Bkz. Ketizmen ve Kart, 2019.

sınırlandırmaların önemli bir kısmı kişisel verilerin işlenmesi faaliyetlerine dairdir. Her ne kadar Komisyon, geçit bekçisi platformların tabi kılındığı kuralları dijital pazarlarda faaliyet gösteren tanımlanmış bir dizi teşebbüse “sınırlı bir yük” getirerek⁸⁵ çözeceklerini ifade etmiş olsa da kanımızca, teknik, hukuki ve idari olarak veri işlenmesi ve aktarımı üzerine kurulu bir uluslararası dijital piyasa düzeninde bu konuda getirilecek sınırlandırmaların “sınırlı bir yük” kalamayacağı bellidir. Özellikle AB piyasasına dışarıdan (bilhassa ABD’den) giren oyuncuların bu “sınırlı” (olmayan) yük ile kısıtlanmak istendiği, bunun için de rekabet hukuku temelinden yine piyasaya cezai yaptırımların da söz konusu olduğu düzenlemeler ile piyasa dışı müdahale suretiyle çözümler bulunmaya çalışıldığı değerlendirilmektedir⁸⁶.

SONUÇ

Küresel ticaretin günümüze en güncel ve etkin yansıması elektronik ticaret ile olmuştur. Elektronik ticaret denildiğinde akla gelmesi gereken aslında multidisipliner bir süreçtir. Şöyle ki, bir yanda teknolojik gelişmeler ve yazılım süreçlerine ilişkin geliştirmeler bulunurken, diğer yanda elektronik ticaretin küreselleşmesi ve yerel pazarların bu yolla küresel pazarlara eklemlenmesi, tedarik zincirinin sınırlarının değişmesi, bunların yeni müşterek kuralları gerektirmesi akışı yer almaktadır. Küresel ticaret aktörlerinin ulusal pazarlara girişiyle veyahut ulusal pazarları küresel pazarın bünyesinde eritmeleriyle birlikte katı kurallara bağlanmış bir ulusal pazar koruması yerine ulusal aktörlerin serbest piyasa koşulları içerisinde rekabet ve yaptırım kurallarıyla yeni düzene uyumlanmaya ve karşılık vermeye çalışmaları söz konusu olmaktadır. Bunların tümünün üzerinde hala ve yine, ulusal hukuk ve ticaret sistemleri kendi varlıklarını da korumak, en azından bölgesel birtakım sınırları çizmeye çalışmaktadırlar. Ancak bu sınırlar yine piyasa ilişkilerini de bozmayacak şekilde çizilmektedir.

Bu sınırların çizilmesinin nasıl gerçekleştiğine gelindiğinde ise akla gelen en kapsayıcı yanıt, rekabet hukukunun düzenleyiciliği ve rekabet hukuku kuralları üzerinden cezalandırma politikası olarak bir arada gerçekleştiği şeklindedir. Türk hukukunda 6563 sayılı ETDHK ve bu kanunda 2022 yılında yapılan değişiklikler ile elektronik ticarete ilişkin düzenlemeler açıkça bir rekabet hukuku korumasına tabi kılınırken Avrupa Birliği’nde benzer düzenlemelerin Avrupa Birliği Dijital Piyasalar Yasası üzerinden getirildiğine şahit olunmaktadır.

Bu tip düzenlemeler, sistemin piyasaya müdahale tercihlerini de göstermektedir. Rekabet hukukunun başat ihlallerinden olan hâkim durumun kötüye kullanılması ve rekabeti sınırlayıcı aykırı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların önlenmesi, önlenemediği noktada ise cezalandırma yoluyla piyasadaki etkilerinin ortadan kaldırılması için lisans bedelleri, yasaklar, idari cezalar, faaliyet duraklatmalar veya durdurmalar uygulanmakta, piyasanın zarar görmemesi için kontrol sağlanmaya çalışılmaktadır.

⁸⁵ European Commission, *SWD (2020)364 final*, s. 2.

⁸⁶ DMA aynı zamanda Komisyon'a aşağıdaki konularda pazar araştırmaları yürütme ve kuralların uygulanmasını temin etme yetkisi vermektedir: (i) şirketleri niteliksel açıdan eşik denetleyicileri olarak belirlemek; (ii) gerektiğinde geçit bekçisi/ *gatekeeper* platformların yükümlülüklerini güncellemek; (iii) DMA kurallarının sistematik ihlalleriyle mücadele etmek için çözümler tasarlamak. European Commission, *Press Release, Digital Markets Act: Commission Designates Six Gatekeepers*, 06.09.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_4328

Bir yönüyle de bu uluslararasılaşmaya karşılık mümkün olduğunca daraltılmış sınırlar, olabildiğince bölgesel ve/veya ulusal düzenlemeler ile uluslararası piyasanın özellikle ABD merkezli küresel şirketlerin diğerlerini piyasa dışına atan ve rekabeti ihlal eden zarar verici etkilerinden korunma çabası yer bulmaktadır. Bu çabanın en etkin yüzünü ise yine ceza hukuku oluşturmaktadır. Her ne kadar süreç düzenleme ve denetleme yetkisi adı ile (“regülasyon”) idari bir süreçmişçesine görünmekte ise de özünde işleyen, bir cezalandırma politikası ve bu sayede özellikle ABD merkezli sermayenin hâkim durumda olduğu uluslararası piyasadan daha küçük ölçekteki piyasaların korunması amacı olduğunu değiştirmemektedir.

KAYNAKÇA

- Akman, Pınar, "Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act", *European Law Review*, 85/47 (2022), ss. 1-30.
- Arslan, Merve, *Elektronik Ticaret ve Bu Kapsamda Akdedilen Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ayata, Zeynep, (gazete söyleşi), "Dr. Zeynep Ayata anlatıyor: 'Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun'da yapılan değişiklikler neler getiriyor, müdahalede ölçü ne olmalı?", 19.07.2022, <https://t24.com.tr/haber/dr-zeynep-ayata-anlatiyor-elektronik-ticaretin-duzenlenmesi-hakkindaki-kanun-da-yapilan-degisiklikler-neler-getiriyor-mudahalede-olcu-ne-olmalı,1047055>
- Bania, Konstantina, F"itting the Digital Markets Act in the Existing Legal Framework: The Myth of the "Without Prejudice" Clause", *European Competition Journal*, 19/1 (2023), ss. 116–149.
- Broadbent, Meredith, *The Digital Services Act, The Digital Markets Act, and the New Competition Tool*, CSIS Center for Strategic & International Studies European Initiatives to Hobble U.S. Tech Companies, 10.11.2020, (<https://www.csis.org/analysis/digital-services-act-digital-markets-act-and-new-competition-tool>)
- Cabral, Luis / Haucap, Justus / Parker, Geoffrey vd., *The EU Digital Markets Act – A Report from a Panel of Economic Experts*, Joint Research Center European Union, 2021.
- Chirico, Filomena, "Digital Markets Act: A Regulatory Perspective", *Journal of European Competition Law & Practice*, 12/7 (2021), ss. 493 – 499.
- Cunningham, Colleen – Ederer, Florian – MA, Song, "Killer Acquisitions", *Journal of Political Economy*, 1293, (2021), ss. 649–702.
- Emin, Ferhat Tuna, *Ceza Hukuku Açısından İnternet Yayıncılığı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- European Commission, Regulatory Scrutiny Board Opinion, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), 10.12.2020, SEC(2020)437, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-digital-markets-act>
- European Commission, Commission Staff Working Document Impact Assessment Report, 15.12.2020, SWD(2020)363 final, Part 1/2-Part 2/2, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-digital-markets-act>
- European Commission, Commission Staff Working Document Executive Summary of the Impact Assessment Report, 15.12.2020, SWD(2020)364 final, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-digital-markets-act>
- European Commission, Press Release, Digital Markets Act: rules for digital gatekeepers to ensure open markets enter into force, 31.10.2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_6423
- EUROSTAT Statistics Explained, Glossary: E-Commerce, [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:E-commerce#:~:text=E%2Dcommerce%20can%20be%20defined,mediated%20\(online%20communication\)%20networks](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:E-commerce#:~:text=E%2Dcommerce%20can%20be%20defined,mediated%20(online%20communication)%20networks)
- Garland, David, *The Culture of Control: Crime and Social Order Contemporary Society*, Oxford, 2002.
- Gezder, Ümit, "Elektronik Ticaret Hukuki İşlemlerinin Ayrımı-Dijital İçerik ve Hukuki Niteliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 22/3 (2016), ss. 1119 – 1132.
- Gürkaynak, Gönenç, *Rekabet Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

- Graef, Inge, "Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence," *Yearbook of European Law*, 38/1 (2019), ss. 448–499.
- Holmström, Mats - Padilla, Jorge – Stitzing, Robin – Saaskilathi, Pekka, "Killer Acquisitions? The Debate on Merger Control for Digital Markets", *2018 Yearbook of the Finnish Competition Law Association*, 2019.
- İçel, Kayıhan, *Kitle Haberleşme Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 2009.
- Karasu, Rauf – Özdemir, Semih Sırrı, "Fahiş Fiyata İlişkin Sınırlamalar ve Aykırılığın Ticaret Hukuku Açısından Sonuçları", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26/3 (2018), ss. 3 - 28.
- Kaya, Ferman, *E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ketizmen, Muammer – Kart, Aslıhan, "Kişisel Veri ve Rekabet Hukuku Kapsamında 'Big Data'", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 1/1 (2019), ss. 64 - 76.
- Knapstad, Tone, "Breakups of Digital Gatekeepers under the Digital Markets Act: Three Strikes and You're Out?", *Journal of European Competition Law & Practice*, 14/7 (2023), ss. 394 – 409.
- Munyar, Vahap, Yıllık 6 Milyar Lirayı Aşan Lisans Bedeli, E-ticarete Büyümeyi Frenlemez mi?, *Dünya Gazetesi*, 13.07.2022, <https://www.ekonomim.com/kose-yazisi/yillik-6-milyar-lirayi-asan-lisans-bedeli-e-ticarete-buyumeyi-frenlemez-mi/663458>
- OECD, Directorate for Science, Technology and Industry Committee for Information, Computer and Communications Policy, DSTI/ICCP/IE/IIS(2012)1/FINAL, 26.07.2013.
- OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, Implications of E-Commerce for Competition Policy – Background Note, DAF/COMP(2018)3, 21.02.2019.
- OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, Start-ups, killer acquisitions and merger control – Note by BEUC, DAF/COMP/WD(2020)30, 11.06.2020.
- Petit, Nicolas, The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, No. 7, 2021, ss. 529 – 541.
- Rekabet Kurumu, I. Denetim ve Uygulama Dairesi, E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu, Nisan 2022, Ankara. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/e-pazaryeri-si-raporu-pdf-20220425105139595-pdf>
- Schwemer, Sebastian Felix, "Digital Services Act: A Reform of the E-Commerce Directive and Much More", *Research Handbook on EU Internet Law*, 2022, ss. 232 - 252.
- Siller, Nahide, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Web Sitesi Aracılığıyla Sözleşmelerin Kurulması*, İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019.
- Tarhan, Damla Gül, "Elektronik Ticaret Sektöründe Kurallar Değişti", *Lexpera Blog*, 26.01.2023, <https://blog.lexpera.com.tr/elektronik-ticaret-sektorunde-kurallar-degistil/>
- Tunca, Mustafa Z. - Hasköse, Ahmet, "Global Elektronik Ticaret", *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 18 (2002), ss. 145 – 157.
- Turban, Efraim – Whiteside, Judy – King, David vd., *Introduction to Electronic Commerce and Social Commerce*, Fourth Edition, Springer Texts in Business and Economics, 2017.
- Turban, Efraim - Outland, Jon - King, David vd., *Electronic Commerce 2018, A Managerial and Social Networks Perspective*, Ninth Edition, Springer Texts in Business and Economics, 2018.
- Yazıcı, Ayla, "Elektronik Ticaretin Ekonomik Boyutu", *Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 18/1 (2002), ss. 85 – 103.

EXTENDED SUMMARY

PENAL POLICIES ON THE BASIS OF COMPETITION LAW RULES IN ELECTRONIC COMMERCE AND EUROPEAN UNION DIGITAL MARKETS LAW SAMPLE

Aslıhan Kart, Attorney at Law
aslihankart@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9263-630X>

The fact that electronic commerce has developed and become a sui generis independent market both in domestic and international parts, has made it inevitable to legislate national and international competition law regulations in this field, not only in the scope of commercial law and contractual relationship.

The electronic commerce market, which is currently handled in the field of competition law in Turkish law, has been subject to a specific competition law protection within the scope of the Law No. 6563 on the Regulation of Electronic Commerce, with the amendments made in 2022. In addition, the secondary legislations, the investigations, applied penalties and the rulemaking decisions in order to regulate the markets which are based on Competition Authority's view and mentality, are directly affecting the electronic commerce actions. In this respect, Turkish Competition Authority published a report about e-commerce platforms. In this report Turkish e-commerce platforms market discussed in detail and it indicates that the offers concerning the politics and strategies arise on the base of competition law and the related penalizing policies of the state. Furthermore the investigations which were conducted about the Turkish big e-commerce platforms (such as Trendyol, Yemek Sepeti) proved that "Most Favored Nation/Most Favored Customer" criteria becomes a fundamental element for detecting the breach and executing the penalizing policies, mentioned above, for the market actors.

There are many market intervention methods which are followed with the purpose of the continuity of the markets and market conditions. Intervention of the market conditions is one of these methods. Within the scope of this study, it shall be claimed that the electronic commerce market is intended to be regulated and supervised by interfering with the market conditions, and the sample regulations and practices cited support writer's claims. Intervention in market conditions, political/diplomatic interventions arising from national and international institutions and policies, and interventions with legal instruments/legal instruments are among them. Interventions regarding the regulation of the electronic commerce market can be evaluated within the scope of intervention to market conditions. For example, with procedures such as communiqués, tariffs, recommendations, quotas, prohibitions, exemptions, transactions subject to permission.

In order to prevent the acts of the major actors of the electronic commerce market, which acts can be, in particular, in the form of abuse of dominant position, anti-competitive agreements, concerted practices and decisions, these undertakings are tried

to be kept under control by means such as license fees due to the undertaking's share in the market, a set of trade bans, expanded violation definitions in scope and increased fines.

When the issue is evaluated in the side of the European Union, we come across the European Union Digital Markets Act. As a matter of fact, it is understood that with this Act, Europe has introduced heavy, national and regional regulations and prohibitions, which are based on competition law with the motive of protecting its own internal market in terms of digital markets, which are mainly in the hands of international capital and especially which is dominated by the USA and USA big-tech companies. Act have many clauses related with the "gatekeeper platforms" which are defined as an undertaking providing core platform services, designated pursuant to Art. 3 and Art. 3 says that an undertaking shall be designated as a gatekeeper if: (a) it has a significant impact on the internal market; (b) it provides a core platform service which is an important gateway for business users to reach end users; and (c) it enjoys an entrenched and durable position, in its operations, or it is foreseeable that it will enjoy such a position in the near future. DMA answers the purpose of "combat-ting" with the weak competitiveness in platform markets, unfair commercial practices against users (business and consumer), and fragmented regulation and surveillance of market players operating in these markets. Because, when the European SME's (small - medium sized enterprises) protection in the international area becomes the main motivation, this condenses the more penalizing and regulating legislations and practices.

Hence, within the scope of the study, it shall be evaluated that the regulation of the electronic commerce market through competition law, rules and practices by market conditions intervention, market positioning and the ways of evaluation of the rules by Competition Authority, how it is reflected in the Turkish legislation system and in the European side, by considering how the regulation of competition law of digital markets is realized, the direct relationship between the competition law, penalization policy and market created by electronic commerce, which is both independent and actually serving all markets.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

TÜRKİYE ÇEVRE AJANSININ HUKUKİ YAPISI VE ÇEVRENİN KORUNMASINDAKİ ROLÜ

LEGAL STRUCTURE OF TURKISH ENVIRONMENTAL AGENCY AND ITS ROLE IN PROTECTING THE ENVIRONMENT

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Nihal Aydınoglu Yalçın*

ÖZ

Küresel ısınma başta olmak üzere çevresel sorunlarla ekonomik küçülme olmaksızın baş edebilmenin etkili yollarından biri, sürdürülebilir ekonomik bir model oluşturmaktır. Bu kapsamda yeni kaynak tüketimi yerine kullanılan kaynakların yeniden üretim sürecine katılabilmesi gerekmekte ve depozito uygulamaları bu amaca ulaşmak bakımından büyük önem taşımaktadır. Ülkemizde de son yıllarda sürdürülebilir ve döngüsel bir ekonomik modele geçmek konusunda önemli adımlar atıldığı görülmektedir. Bu adımlardan biri, depozito yönetim sistemi uygulayıcısı olarak Türkiye Çevre Ajansının kurulmasıdır. Bu çalışmada Türkiye Çevre Ajansının hukuki yapısıyla birlikte görev ve yetkileri incelenerek çevrenin korunmasındaki rolü değerlendirilmiştir. Kamu hizmeti ifa ettiği ve kamu tüzel kişiliği bulunduğu sonucuna ulaşılan Ajansın, hem yapısal hem de fonksiyonel olarak birtakım değişiklikler geçirmesi gerekmektedir. Özellikle bütçesel bağımsızlık ve düzenleme yapma yetkileri açısından Ajansın Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı karşısındaki özerkliğinin güçlendirilmesi, yetkilendirme ve yükümlülük getirme şeklindeki görevlerinin açıkça kanunla düzenlenmesi, ihalelerde uygulanacak usul ve esasların yasa düzeyinde yeniden düzenlenmesi, uluslararası çevre hukuku ilkelerine daha uygun bir çalışma modeli getirilerek, depozito kapsamındaki ürünlerin genişletilmesi ve tüketiciler açısından şeffaflığın teminine ilişkin bir mevzuat dönüşümünde fayda olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Döngüsel Ekonomi, Sürdürülebilirlik, Depozito Yönetimi, Türkiye Çevre Ajansı, Kamu Tüzel Kişiliği Ölçütleri, Kamu Hizmeti, Çevrenin Korunması

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0002-7939-8458 zeynepaydinoglu@kku.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

One of the most effective ways to cope with environmental issues, including global warming, without economic contraction is to establish a sustainable economic model. In this context, it is essential for used resources to be reintegrated into the production process rather than relying on new resource consumption, and deposit systems are of great importance in achieving this goal. In recent years, significant steps have been taken in our country to transition to a sustainable and cyclical economic model. The Turkish Environmental Agency plays a crucial role as the implementer of the deposit management system within this framework. In this study, it is concluded that the Agency, which performs public service and has a public legal entity from the evaluation of its public power privileges, even though it is not explicitly stated in its founding law, should undergo some structural and functional changes. Specifically, strengthening the Agency's autonomy in relation to the ministry in terms of budgetary independence and regulatory powers, clearly regulating its tasks in terms of authorization and obligations through law, restructuring the procedures and principles to be applied in tenders at the legislative level, and bringing about a legislative transformation regarding the expansion of products under the deposit system and ensuring transparency for consumers in terms of deposit coverage are seen as beneficial conclusions, in line with the principles of international environmental law.

Keywords: Circular Economy, Sustainability, Deposit Management, Turkish Environment Agency, Public Legal Entity Criteria, Public Service, Environmental Protection.

GİRİŞ

Küresel iklim krizi başta olmak üzere, dünyanın içerisinde bulunduğu çevresel açmazlar doğal kaynakların yönetiminde yeni ekonomik model arayışlarına neden olmuştur. Halihazır-
daki tüketim modeli, doğal kaynakların sürekli bir biçimde kullanımını gerektirmekte; yer kü-
renin ise bu hızdaki bir tüketimi karşılayacak sonsuz rezervi bulunmamaktadır. Bu durumu
engellemek üzere geliştirilen döngüsel ekonomi anlayışının merkezinde ise geri dönüşüm ol-
gusu bulunmaktadır.

En yalın haliyle yeni kaynak kullanımı olmaksızın tüketim sonucunda açığa çıkan kay-
nakların yeniden üretim sürecine katılmasını ifade eden geri dönüşüm, üretim ve tüketim sü-
recindeki tüm aktörlerin katılımını gerektirmektedir. Bu katılımı mümkün kılacak en elverişli
araçlardan biri kuşkusuz depozito sistemidir. Depozitolu olarak piyasaya sürülen tüketim mad-
deleri için ödenen depozito bedeli, sistem içerisinde paydaşlar arasında el değiştirmekte ve böy-
lelikle gelişen geniş katılım sonucunda geri dönüşüme elverişli maddelerin yeniden üretime
katılması mümkün kılınmaktadır.

Türkiye bakımından söz konusu sürece devletin müdahalesi, salt genel normların ko-
nulmasından ibaret olmayıp süreci yürütecek bir idari makamın kurulması şeklinde de tezahür
etmiştir. Bu amaçla 7261 sayılı Kanunla Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın
ilgili kurumu olarak Türkiye Çevre Ajansı¹ kurulmuştur. Ajansın kendisinden beklenen fayda-
ları gerçekleştirmeye elverişli bir kurum olup olmadığının tespiti için kurumun organik ve
fonksiyonel özelliklerinin ele alınması gerekmektedir.

Bu çalışmada, öncelikle devletin çevrenin korunmasındaki rolü araştırılmış ve arkasın-
dan Türkiye Çevre Ajansının kamu tüzel kişiliği niteliği ve sahip olduğu kamu gücü ayrıcalık-
ları incelenmiştir. Ajansın kamu tüzel kişiliğine sahip olmasının sonuçları değerlendirildikten
sonra, kurumun görev ve yetkileri döngüsel ekonomi ve sürdürülebilirlik kavramlarıyla birlikte
ele alınmış; son olarak çevrenin korunmasındaki etkinliği değerlendirilmeye çalışılmıştır.

I. DEVLETİN ÇEVRENİN KORUNMASINDAKİ ROLÜ

Devlet, çevre hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlayan yükümlülerin başında
gelmektedir.² Çevre hakkının korunmasına ilişkin uluslararası metinlerde de ağırlıkla, çevrenin
korunması konusunda devletin muhatap kılındığı görülmektedir.³ Öte yandan sosyal devlet
ilkesi gereği isteme hakları olarak da ifade edilen ekonomik ve sosyal haklar ve ödevler konu-
sunda devlet, pozitif edim yüklenicisi konumundadır.⁴

¹ Makalede bundan sonra, kısaltması kullanılarak "TÜÇA" veya Ajans olarak anılacaktır.

² E. Yasemin Özdek, *İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1993, s. 113.

³ İbrahim Kaboğlu, *Çevre Hakkı*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992, s. 65. Bu kapsamda Ekim 2021'de Birleşmiş
Milletler tarafından alınan temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevrede yaşamının temel bir insan hakkı olduğuna
dair kararıyla devletler, bu hakkın kullanılmasına elverişli politikalar oluşturmak bakımından teşvik edilmektedir-
ler. Bu konuda bkz. Süheyla Suzan Gökalp, "Çevre Sorunları, Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve İdarenin Sorum-
luluğu", *Memleket Siyaset Yönetim (MSY)*, Cilt 17, Sayı 38, Aralık 2022, s. 272.

⁴ Gökalp, *Çevre Sorunları*, s. 274 – 275.

Çevresel kirliliklerin önlenmesi ve bozulmaların telafisi için kamu gücü kullanımına ve devlet örgütlenmesine ihtiyaç vardır.⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesinin de devletin çevrenin korunması konusundaki yükümlülüğünü, bu konuda maddi kurallar ihdas etmek ve bu kuralları uygulayacak teşkilatı oluşturmak bağlamında ele aldığı görülmektedir.⁶ Ayrıca çevre kirliliği ile mücadeleci yaklaşımın etkisiyle, yatırım faaliyetleri bakımından kısıtlayıcı düzenlemeler getirilebilmektedir.⁷ Bu kapsamda yasaklama, izin, yükümlülük ve standart getirme, koruma alanı oluşturma ve çevresel etki değerlendirmesi⁸ konularında işlem ve eylemde bulunabilmek için şiddet tekeline sahip bir yapının – devletin - varlığı bir zorunluluktur. Devletin bu *zorlayıcı yönü*, söz konusu halde çevrenin korunmasındaki kamu yararı ile meşruiyet kazanmaktadır.⁹

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 56. maddesinde, "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir*" düzenlemesi yer almaktadır. Anayasa çevrenin korunmasını devlete ve vatandaşlara bir ödev olarak yüklemiştir. Bu ödevin üç temel esası geliştirme, koruma ve önlemedir.¹⁰ Bu esaslar bakımından doktrinde en tartışmalı husus, Anayasa'nın "*Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları*" başlıklı 65. maddesinde yer alan "*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*" düzenlemesinin, devletin çevresel ödevlerine bir sınır getirip getirmediğidir. Öğretide çevre hakkının yaşam hakkı ile ilişkisi dolayısıyla Anayasa'nın 65. maddesinin bu alanda bir sınır teşkil etmeyeceği ileri sürülmüştür.¹¹ Başka bir görüşe göre ise böyle bir sınır söz konusu olacaksa da bu ancak devletin çevreyi geliştirme yükümlülüğü bakımından söz konusu olabilir. Çevrenin korunması ve çevresel zararların önlenmesini bu kapsamda değerlendirmeye olanak yoktur.¹² Öte yandan Anayasa'nın 65. maddesinin sosyal devlet ilkesinin gerekleriyle ve temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran tüm düzenlemeler gibi dar yoruma tabi olarak ele alınması gerektiği de ileri sürülmektedir.¹³ Anayasa Mahkemesi de bir kararında, Anayasa'nın 65. maddesinin, "*tek başına ele alınıp, devletin Anayasa ile verilmiş görevlerden aşama aşama çekilmesine gerekçe olacak biçimde*"¹⁴ yorumlanamayacağı görüşüne varmıştır. Yüksek mahkeme aynı zamanda, devletin çevre konusundaki edim yükümlülüklerinden ekonomik, bürokratik ve fiili yükümlülüklerle yol açacağı ve üretim faaliyetlerini etkileyeceğini gerekçe göstererek

⁵ Özdek, s. 114.

⁶ Anayasa Mahkemesi, E.2011/106, K.2012/192, KT: 29/11/2012.

⁷ Nükhet Yılmaz Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, İmaj Yayınları, Ankara, 2012, s. 67.

⁸ Çevre hukukunun düzenleyici araçları konusunda bkz. Ahmet Güneş, *Çevre Hukuku*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 105 – 116. (Güneş, Çevre Hukuku)

⁹ Kamu gücü kullanımını kamu yararı kavramı ile açıklayan görüş için bkz. Günday, s. 16.

¹⁰ Yılmaz Turgut, s. 56 – 57.

¹¹ Yılmaz Turgut, s. 79.

¹² Kaboğlu, s. 19, 26.

¹³ Yasemin Semiz, "Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi", *Hacettepe HFD*, 4(2) 2014, s. 15.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 1996/56, K. 1997/58, KT: 24.6.1997. Anayasa Mahkemesinin bir başka kararında Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısında, 65. maddede yer alan mali kaynakların yeterliliği sınırlamasının, sosyal devlet ilkesinin özüne zarar vermeyecek şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Karar için bkz. E. 2010/46, K. 2011/60, KT: 30.03.2011.

vazgeçemeyeceğini de belirtmektedir.¹⁵ Özellikle ikinci karardaki üretim faaliyetleri vurgusu, yüksek mahkemenin devletin çevre konusundaki yükümlülüklerini yerine getirirken kendi mali olanakları dışında, bu yükümlülüklerin özel sermaye üzerindeki etkilerinden de bağımsız bir şekilde davranması gerekliliğini belirtmesi yönünden önemlidir. Bu çerçevede özel ekonomik menfaatlerin söz konusu olduğu kararların alımı süreçlerinde, menfaatler dengesi anlayışı devreye girmelidir.¹⁶ Devletin çevresel konularda karar alırken, bu karardan etkilenecek tüm menfaatleri değerlendirmesini gerektiren bu anlayışın pratiğe aktarılışının kolay olmadığı aşıkardır. Yine de bir *ideal* olarak belirtmek gerekir ki, ekonomik büyüme/gelişme ile çevrenin korunması arasındaki gerilim alanında, otomatik olarak gelişen şekilde ekonomik menfaatin üstünlüğü sonucu ortaya çıkmamalıdır.¹⁷

Merkezi idare içerisinde söz konusu menfaatler dengesini gözeterek çevresel kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve çevre kolluğu faaliyetini üstlenen temel idari makam Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlıdır.¹⁸ Ayrıca Çevre Kanununun 3/b maddesi gereğince Bakanlıkla birlikte mahalli idarelerin de çevrenin korunması, bozulmasının önlenmesi, kirliliğin giderilmesi alanlarında faaliyette bulunacağı ve gerekli hallerde bu kurumların meslek odaları, birlikler ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği yapacağı belirtilmiştir. Çevrenin korunması ve etkili bir çevre yönetimi için çevre mevzuatını uygulama yetkisi bulunan devlet örgütlenmesi içerisindeki tüm kurum ve kuruluşların, yapısal özellikleri ve fonksiyonlarının doğru olarak kurnalsallaştırılması ve bu kuralların uygulanması büyük önem taşımaktadır.¹⁹

Mahalli idarelere ilişkin düzenlemelerde, atık yönetimi de dahil olmak üzere çevre ve kentsel alt yapı hizmetlerine ilişkin geniş çaplı yetki ve görevler tanındığı görülmektedir.²⁰ Mahalli idarelere tanınan bu görev ve yetkiler sonucunda, çevresel hizmetlerden yararlananların

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E.2011/110, K.2012/79, KT: 24/05/2012. Mehmet Kurt [GK], B. No: 2013/2552, 25/2/2016, § 52.

¹⁶ Devletin çevresel düzenlemelerde özel menfaatleri de göz önünde tutmasına ilişkin olarak bkz. Wolfgang Kahl, “İklimin Korunması ve Temel Haklar (Klimaschutz und Grundrechte)”, Çev. Zeynep N. Aydınoglu Yalçın, *Doğuz Eylöl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2, 2023, s. 1127.

¹⁷ Çevre politikalarının oluşturulmasında sürdürülebilir kalkınma ilkesinin böyle bir dengenin tesisine hizmet ettiği belirtilmelidir. Bu anlayışın temel ekseninde ekonomik ve ekolojik talepler arasında uzlaşma yer almaktadır. (Güneş, *Çevre Hukuku*, s. 69 – 839). Buna rağmen sürdürülebilir kalkınma anlayışının kendi içerisinde ciddi açmazları olduğu gerçeği unutulmamalıdır. Nitekim mevcut piyasa ekonomisi kavram ve kurumlarında herhangi bir dönüşüm olmaksızın sürdürülebilir kalkınma anlayışının benimsenmesi, söz konusu ilkenin uygulanması ve ilke-den beklenen faydanın gerçekleşmesi sürecini tıkamaktadır. Halen pek çok kapitalist ekonomide ekonominin üstün değer olarak algılanması, bu alanı görece zayıflatacak veya kontrol altına alacak duygusu yaratan herhangi bir politikanın oluşturulmasına ket vurmaktadır. (Selim Kılıç, “Sürdürülebilir Kalkınma Anlayışının Ekonomik Boyutuna Ekolojik Bir Yaklaşım”, *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No:47, (Ekim 2012), s. 205, 208).

¹⁸ Benzer yönde Süheyla Suzan Alica, *Kent Çevre Hukuk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 117 – 131. Yazar aynı zamanda, şehircilik ve çevrenin aynı Bakanlık bünyesinde bulunmasını da eleştirmektedir. Yazara göre şehirciliğin pek çok gerekliliği, çevre ile çatışma halindedir.

¹⁹ Alica, *Kent Çevre Hukuk*, s. 99.

²⁰ Bkz. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun Büyükşehir ve İlçe Belediyelerinin Görev ve Sorumlulukları başlıklı 7/1-i maddesi: “Sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak (...); büyükşehir katı atık yönetim plânını yapmak, yapmak; katı atıkların kaynaktan toplanması ve aktarma istasyonuna kadar taşınması hariç katı atıkların ve hafriyatın yeniden değerlendirilmesi, depolanması ve bertaraf edilmesine ilişkin hizmetleri yerine getirmek, bu amaçla tesisler kurmak, kurdurmak, işletmek veya işlettmek; sanayi ve tıbbi atıklara ilişkin hizmetleri yürütmek, bunun için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek veya işlettmek; deniz araçlarının atıklarını toplamak, toplatmak, arıtmak ve bununla ilgili gerekli düzenlemeleri yapmak”

ihtiyaçları, onlara coğrafi bakımdan en yakın idari birimden karşılanabilmektedir. Öte yandan mahalli idareler, bölgesel ihtiyaçları tespit etmek ve buna ilişkin kararlar almak konusunda da merkezi idareye nazaran daha etkin olabilmektedirler.²¹ Ancak bu idarelerin mali imkansızlıkları, çevre sorunlarının giderilmesi bakımından yetersiz kalmaları sonucunu doğurabilmektedir.²² Öte yandan bu idari birimlerin görev ve yetki alanları, belirli bir coğrafi alanla sınırlıdır. Oysa, çevrenin korunması konusunda yurt genelinde uygulanması gereken düzenlemeler tesis edilmesi ve bu düzenlemeleri uygulayacak idari birimlerin oluşturulması gerekmektedir. Bu çerçevede Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ve Bakanlığın bağlı ve ilgili kuruluşlarının yapısal ve fonksiyonel özellikleri, çevrenin korunması bağlamında özel öneme sahiptir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının ilgili kuruluşu olan Türkiye Çevre Ajansı'nın bu kapsamda ele alınması gerekmektedir. Ancak Ajansın organik ve fonksiyonel özellikleri belirtilmeden önce, kurulma gerekçesine değinmekte fayda vardır.

II. TÜRKİYE ÇEVRE AJANSININ KURULUŞU VE YAPISAL ÖZELLİKLERİ

Türkiye Çevre Ajansı 7261 sayılı Kanunla²³ kurulmuştur. Kanunlaşma aşamasında çeşitli tartışmalara yol açan Kanun'un²⁴ 1. maddesinde bu kanunun amacı ve Ajansın kurulma sebebi, “*çevre kirliliğini önlemek ve yeşil alanların korunmasına, iyileştirilmesine ve geliştirilmesine katkı sağlamak, döngüsel ekonomi ve sıfır atık yaklaşımı doğrultusunda kaynak verimliliğini artırmak ile ulusal ölçekte depozito yönetim sistemi kurulmasına, işletilmesine, izlenmesine ve denetimine yönelik faaliyetlerde bulunmak*” olarak ifade edilmiştir. İlgili hükümde yer verilen, döngüsel ekonomi, sıfır atık ve özellikle ulusal ölçekte depozito yönetim sistemi kurulması amaçları, Ajansı çevrenin korunması alanında faaliyet gösteren merkezi idare içerisindeki diğer kamu kurum ve kuruluşlardan ayırmaktadır. Kanun'un genel gerekçesinde de, çevrenin korunması ve kaynak verimliliğinin sağlanması amaçları doğrultusunda, depozito yönetim sisteminin bir an önce uygulanmasına geçilmesi için idare tarafından hızlı ve etkin adımların atılması gerektiğinin altı çizilmiştir.²⁵ Tabiatıyla bu hükümde bahsi geçen hızlı ve etkin adımlar atması gereken idare, Türkiye Çevre Ajansıdır. Aşağıda açıklandığı üzere, Ajansın faaliyet alanı bu amaç çerçevesinde şekillenmiştir.

Öte yandan Kanunda Ajansın tüzel kişiliğe sahip bir ilgili kurum²⁶ olduğu; 7261 sayılı Kanunda belirtilenler dışında *özel hukuk hükümlerine göre* faaliyet göstereceği belirtilmiştir.

²¹ Ali D. Ulusoy, *İdare Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 163.

²² Alica, *Kent Çevre Hukuk*, s. 136.

²³ Kanun, 30.12.2020 tarih ve 31350 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁴ Çevre Komisyonundaki görüşmeler sırasında Türkiye Çevre Ajansı, kurumun kamu tüzel kişiliği ve özel hukuk tüzel kişiliği niteliğinin kanunda açıkça belirtilmemiş olması, belediyelere ait olan görev alanının daraltılması, çevresel yetkilerin merkezileştirilmesi, personelin statüsü konusunda belirsizlik bulunması, Kamu İhale Kanunu dışında tutulması sebepleriyle eleştirilmiştir. Bkz.

https://www5.tbmm.gov.tr//develop/owa/komisyon_tutanaklari.mv_goruntule?pTutanakId=36834, Erişim Tarihi: 03.04.2023.

²⁵ Genel gerekçe ve madde gerekçeleri için bkz.

https://www5.tbmm.gov.tr//develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=280546, Erişim Tarihi: 09.04.2023.

²⁶ Ajans, 29 Ekim 2021 tarihli ve 31643 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle adı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı olarak değiştirilen Bakanlığın ilgili kurumudur.

(m.3) Madde gerekçesinde ise, TÜÇA'nın özellikle depozito yönetim sistemi kurulması ve işletilmesi faaliyetlerini, *etkin ve hızlı bir biçimde* gerçekleştirebilmesi için tüzel kişiliği haiz olarak kurulduğu ifade edilmektedir.²⁷

Anayasa Mahkemesi, 2021/27 E, 2023/26 K. sayı ve 16.02.2023 tarihli kararı ile Türkiye Çevre Ajansının bir kamu tüzel kişisi olduğunu tespit etmiştir. Gerçekten Ajansın kanunla kurulması ve sahip olduğu yetkilerin değerlendirilmesinden kamu tüzel kişiliği bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Ancak öğretide ileri sürüldüğü üzere bir tüzel kişiliğin kamu tüzel kişiliği olarak nitelendirilmesi, kendiliğinden bu tüzel kişiliğin bütün kamu gücü ayrıcalık ve yetkilerine sahip olduğu çıkarımına yol açmamaktadır.²⁸ Bu nedenle Ajansın kuruluş kanununda belirtilen amaçları gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığının tespiti için, Ajansın kamu tüzel kişiliği niteliğinin kaynaklarını ve bu kapsamda ona tanınan kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüklerinin neler olduğunun incelenmesi gerekmektedir.

A. TÜRKİYE ÇEVRE AJANSININ KAMU TÜZEL KİŞİLİĞİ NİTELİĞİ

Anayasa uyarınca bir kamu tüzel kişisi kurulmasını sağlayan irade ya yasama organı tarafından bir kanun aracılığıyla ya da Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle ortaya konmalıdır. (m.123/3) Ancak bu irade kurduğu tüzel kişiliğin niteliği konusunda her zaman açık bir tutum sergilememekte; bu durum ise ayrıca kamu gücü ayrıcalıkları ve/veya kamusal yükümlülüklerin mevcudiyetinin araştırılmasını gerektirmektedir.²⁹

7261 sayılı Kanunda Ajansın, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın *ilgili kuruluşu* olduğu ve tüzel kişiliğini haiz olduğu belirtilmekle beraber, tüzel kişiliğin niteliği konusunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Öte yandan 4 sayılı, Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde (CBK)³⁰, ilgili kurumlara ilişkin genel bir tanım da bulunmamaktadır. Bu bakımdan ilgili kuruluş olmanın başlı başına ve kesin bir biçimde belli türde bir idare olmaya işaret etmediği ileri sürülebilir.³¹ Buna karşılık öğretide ilgili kuruluşların, *“çoğunlukla bilimsel, teknik, kültürel ve iktisadi alanda faaliyet gösteren, özel bir hukuki, mali ve idari statüye tabi, belli bir özerkliğe sahip, tüzel kişiliği haiz hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları”*³², veya çoğunlukla ekonomik nedenlerle ilgili buldukları bakanlığın görev alanı içerisinde; ancak belli bir alanda uzmanlaşmış olarak faaliyet gösteren, özerk birimler olarak tanımlandıkları görülmektedir.³³ Benzer şekilde kategorik olarak ilgili kuruluşların tanımının kamu tüzel kişiliğini haiz olduklarını ifade eden görüşlere de rastlanmaktadır.³⁴

²⁷ Vurgu, tarafıma aittir.

²⁸ Kemal Gözler, “Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yapar?”, Prof. Dr. Metin Günday'a Armağan (Ed. Burak Öztürk et al.), *Ankara Atılım Üniversitesi Yayınları*, 2020, C.1, s. 489. (Gözler, Kamu Tüzel Kişiliği).

²⁹ Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, Bursa, 2022, s. 100.

³⁰ Resmî Gazete Tarihi: 15/7/2018, Sayısı: 30479.

³¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 221.

³² Gözler/ Kaplan, s. 159 - 160.

³³ Onur Karahanoğulları, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 178. Ulusoy, s. 189. Yazar ilgili kuruluşların geleneksel ayırmda hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları arasında yer almalarına rağmen, uygulamada bakanlıkların ana hizmet birimlerinden farklılıklarının bulunmadığı görüşündedir.

³⁴ Gözler/Kaplan, s. 160.

Anayasa Mahkemesi ise Ajansın kamu tüzel kişiliği bulunduğuna, detaylı açıklamalara girişmeksizin “*Kanunla kurulduğu, görev ve yetkileri, bunları kullanmasındaki usul ve esaslar, ayrıcalıkları, gelirleri, merkezi idare ile bağlantıları*” gerekçeleriyle varmıştır.³⁵ Aşağıda açıklanacağı üzere mahkemenin iptaline karar verdiği düzenlemeler açısından bu tespit, kilit rol oynamaktadır. Öte yandan Ajansa kamu tüzel kişiliği kazandıran ve mahkemece işaret edilen ayrıcalıklar, onun çevrenin korunması bağlamında etki gücüne de işaret etmektedir. Nitekim *egemenliğin* idare hukukundaki karşılığı olarak ifade edilen kamu gücü³⁶, idarenin temsil ettiği kamu yararını tesis edebilmek için kullanılmaktadır. Türkiye Çevre Ajansı özelinde bu yarar, çevrenin korunmasıdır.

Öte yandan Türkiye Çevre Ajansının kuruluş kanunu olan 7261 sayılı Kanunda, Ajansın bu kanunda belirtilen hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir. (m.3) Kanunda Ajansın kuruluşu, faaliyet alanı, organları, personeli, gelirleri, bütçesi ve Ajansın muaf olduğu hususlar yer almaktadır. Kanunda belirtilen bu hususlar, kamu hukuku ekserinde oluşmaktadır. Ajansın bu haller haricinde özel hukuk hükümlerine tabi olacak olması ise onu kendiliğinden “idare” olmaktan çıkarmamaktadır.³⁷ Nitekim bir tüzel kişiliğe özel hukuk hükümlerinin uygulanması, onun kamu tüzel kişiliğini etkilememektedir. Ayrıca bu kamu tüzel kişisine idare hukukunun uygulanacağı bir alanın da mutlaka bulunması gerekmektedir.³⁸ Anayasa Mahkemesi ise bu hukuki rejimler arasında bir hiyerarşi gözeterek, özel hukuk hükümlerinin uygulandığı bir kamu tüzel kişisi söz konusu olduğunda bile, bu tüzel kişiliğin asıl tabi olduğu hukuki rejimin kamu hukuku diğer bir ifadeyle idare hukuku olduğunu belirtmektedir.³⁹ Yüksek mahkemenin kamu iktisadi teşebbüslerinin hukuki niteliğine yönelik söz konusu kararında, karlılık ve verimlilik esasları, ticari ilke ve kuralların bu kuruluşların dış ilişkileri bakımından söz konusu olacağı, iç yapıları yönünden ise, idare hukuku ilke ve kurallarına bağlı olduğu belirtilmektedir.⁴⁰ Benzer bir yorum Türkiye Çevre Ajansı için de yapılabilir. 7261 sayılı Kanunda ağırlıklı Ajansın iç yapısı düzenlenmiştir. Ajans, dış ilişkilerinde özel hukuk hükümlerine tabi olsa bile, iç yapısı için kamu hukuku rejimi geçerli olacak ve bu durum Ajansın kamu tüzel kişiliğine olumsuz bir etki yaratmayacaktır.

³⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2021/27, K. 2023/26, KT: 16.02.2023. Yüksek mahkeme oldukça yakın tarihli bir bireysel başvuru kararında, kamu tüzel kişiliği kavramı yerine, *kamuyla bağlantılı tüzel kişilik* kavramını kullanmıştır. Kararda, kamuyla bağlantılı tüzel kişilik bağlamında o tüzel kişiliğin “1) yürüttüğü hizmetin niteliği, (2) kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılıp donatılmadığı (kamu gücünün kullanımına katılıp katılmadığı), (3) idari ve fiili yönden kamu otoritelerinden bağımsızlığının derecesi” temel kriterler olarak ifade edilmiştir. Mahkeme aynı zamanda yürütülen faaliyetin niteliğinden hareketle, tek olma veya rekabete açıklık ile kazanç gütmeye amacının da değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. (Aydın İmar Sanayi ve Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2018/10972, 28/7/2022, § 37).

³⁶ Erdoğan Bülbül, *Kamu İştirakleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 55.

³⁷ İl Han Özyay, “Futbolda “Özelleştirme”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 11 (1-3), 1990, İstanbul, s. 33.

³⁸ Gözler, *Kamu Tüzel Kişiliği*, s. 489.

³⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/70, K. 1994/65-2, KT: 22.12.1994.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/70, K. 1994/65-2, KT: 22.12.1994.

B. TÜRKİYE ÇEVRE AJANSININ KAMU GÜCÜ AYRICALIK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. İdari İşlem Tesis Edebilme⁴¹

Bir kurumun kamu gücü kullanımının en belirgin göstergelerinden biri, idari işlem tesis etme yetisine sahip olup olmadığıdır. Nitekim kamu gücü “Devletin emretme, bu tek yanlı iradesini ilgililere kabul ettirme ve gerektiğinde zor kullanarak yerine getirme hak ve yeteneği” olarak tanımlanmaktadır.⁴² Bu kapsamda kamu gücü kullanımının tezahürü olan tek yanlı idari işlem tesis edebilme, tek başına kamu tüzel kişiliğinin tespiti için yeterli bir ölçüt olmasa da⁴³; diğer kriterlerle birlikte yapılacak bir değerlendirmede anlamlı bir unsur olacağı tartışmasıdır.

“Hukuki sonuç doğurmaya yönelik, kamu gücü ayrıcalıklarına dayanan irade açıklamaları”⁴⁴ olarak tanımlanan idari işlemlerin önemli bir bölümü, karşı tarafın rızası bulunmaksızın, onun hukuki durumuna etki etmektedir.⁴⁵ İdari işlemlerin tek yanlılık ve icrailik özelliği olarak ifade edilen bu durumda yasalar tarafında yetkilendirilmiş olan idarenin irade açıklaması, yönelmiş kişi veya durum üzerinde doğrudan sonuç doğurabilmektedir.⁴⁶

7261 sayılı Kanuna göre Türkiye Çevre Ajansının görevleri arasında depozito yönetim sistemi kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek; ilgili tarafların depozito yönetim sistemine dahil olmalarını sağlamak ve bunların yükümlülüklerini belirlemek ile Bakanlıkça belirlenen depozito bedeli, ücret ve teminatları almak ve iade etmek bulunmaktadır. (m.4/a) Dayanak kanunları arasında 7261 sayılı Kanun da bulunan, Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği’nde⁴⁷, Ajansın, “depozito sistem yöneticisi olarak depozito yönetim sisteminin kurulmasına ve işletilmesine, sistemde yer alan tüm paydaşların ve bunların yükümlülüklerinin belirlenmesine; izin, onay ve yetki verme işlemlerine; sistemin takip ve kontrolünün sağlanmasına ilişkin idari, mali ve teknik hususları düzenlemekle ve yönetilmesini sağlamakla görevli ve yetkili” olduğu düzenlenmiştir. (m.8) Öte yandan Kanunda Ajansın, depozito yönetim sistemine dahil olan kişilere yönelik yükümlülükler belirleyebileceğinin yer alması, kurumun kamu gücü kullanabileceğinin açık bir göstergesidir. Ayrıca izin, onay ve yetki verme de Ajansın ayrı ayrı tek yanlı idari işlem tesis edebileceğine işaret etmektedir. Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği⁴⁸ gereğince ambalaj üreticileri, Ajansa kaydolmak, Ajans tarafından belirtilen standartlara uygun bir şekilde faaliyette bulunmak, Ajansa gerekli bildirim ve beyanları yapmakla yükümlü kılınmışlardır. (m. 9) Söz konusu düzenlemeler TÜÇA’nın çok sayıda icrai işlem tesis etme yetkisiyle donatılan bir kurum olduğunu göstermektedir. 7261 sayılı Kanunda Ajansın ihtiyaç olması durumunda, yerine getirmesi gereken faaliyetleri özel hukuk tüzel kişiliğini haiz şirketler

⁴¹ Bu çalışma bağlamında Ajansın özellikle depozito yönetim sistemi konusundaki görev ve yetkileri üzerinden değerlendirme yapılacaktır.

⁴² Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 23.

⁴³ Bazı özel kişilerin de idari işlem tesis edebilecekleri kabul edilmektedir. Öğretide kamu hizmeti ile görevlendirilen bazı özel kişilerin yaptıkları işlemlerin idari işlem niteliğini haiz oldukları kabul edilmektedir. Bu konuda verilen tipik örnek, özel eğitim kurumlarının yaptıkları not verme işlemidir. Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2020, s. 225.

⁴⁴ Gözler/Kaplan, s. 237.

⁴⁵ Günday, s. 124.

⁴⁶ Karahanoğulları, s. 44.

⁴⁷ Resmî Gazete Tarihi: 26.06.2021 Resmî Gazete Sayısı: 31523.

⁴⁸ Resmî Gazete Tarihi: 26.06.2021 Resmî Gazete Sayısı: 31523.

kurarak da gerçekleştirilebileceğinin belirtilmesinin de bu durumu etkilediğinden söz edilemez. (m. 4)

Ancak bu noktadan gözden kaçırılmaması gereken husus, idarenin kanuniliği ilkesinin bir boyutunu oluşturan kanuna dayanma ilkesi uyarınca idarenin bireysel idari işlemlerinin mutlaka kanuna dayanması gerekliliğidir.⁴⁹ Bu çerçevede Yönetmelikte yer alan Ajansın izin, onay ve yetki verme şeklindeki işlemlerinin açıkça Kanunda belirtilmiş olması gerektiği savunulabilir.

Öte yandan Anayasanın yönetmelik niteliğinde düzenleyici işlem tesis etme yetkisini kamu tüzel kişileriyle birlikte maddede tahdidi olarak sayılan idarelere tanımış olması sebebiyle (m. 124), bir kuruma yönetmelik çıkarma yetkisi tanınıp tanınmadığı da kamu tüzel kişiliğine işaret eden önemli kamu gücü ayrıcalıklarından biridir. Nitekim Danıştay, kamu tüzel kişiliği bulunmayan Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından çıkarılan yönetmeliği iptal etmiştir.⁵⁰ Buna karşılık kuruma bu yetkinin verilmemiş olması da her zaman kamu tüzel kişiliğinin bulunmadığı sonucunu doğurmamaktadır. Yönetmelik çıkarma yetkisi tanınmamış; ancak kamu tüzel kişiliği bulunan kurumlar bulunabileceği kabul edilmektedir.⁵¹ Bu yaklaşım kamu gücü ayrıcalıklarının kamu tüzel kişiliğinin sonucu değil; sebebi olduğu görüşüyle de örtüşmektedir.⁵² Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği'nde⁵³ Ajansın idari, mali ve teknik konulara ilişkin düzenlemeler yapabilecek olduğunun belirtilmesi, Ajansın düzenleme yetkisi konusuna belli ölçüde açıklık getirmektedir.⁵⁴ Bu düzenlemeden yola çıkarak söz konusu konularda Ajansın düzenleyici işlem tesis edebileceği bilgisi esas alındığında ise kamu tüzel kişiliği açısından net bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Nitekim öğretide tartışmalı olmakla birlikte⁵⁵ takdir yetkisi bulunan ve icrai işlem yapabilen idarelerin adsız düzenleyici işlem yapabileceklerini ileri süren görüşlere rastlanmaktadır.⁵⁶ Öte yandan 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı

⁴⁹ Bu konuda bkz. D. Çiğdem Sever, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 95. (Sever, Kanuna Dayanma İlkesi)

⁵⁰ Danıştay 5. Dairesi, E.1986/1938, K.1988/2866, KT: 6.12.1988.

⁵¹ Bülbül, s. 85 – 86. Benzer bir yorum kamulaştırma yetkisi açısından da yapılabilir. Danıştay'ın Anayasa gereğince kamu tüzel kişiliği bulunan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamulaştırma yetkisinin bulunmadığına dair kararı da bu savı desteklemektedir. (Danıştay 6. Dairesi, E. 1986/212, K. 1986/321, KT: 26.03.1986. (Karar için bkz. Bülbül, s. 84) Benzer şekilde vakıf yükseköğretim kurumları kamu tüzel kişiliğini haiz olmalarına rağmen, 2547 sayılı Kanun gereğince kamulaştırma yoluyla taşınmaz elde edememektedirler. (Ek m.7) Kamulaştırma yetkisinin, kamu tüzel kişiliğini haiz olmanın vazgeçilmez koşulu olarak nitelendirilemeyeceği hakkında bkz. D. Çiğdem Sever, Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 14, S.158, 2016, s. 1185.

⁵² Bu konuda bkz. Gözler, Kamu Tüzel Kişiliği, s. 486 – 488.

⁵³ Resmî Gazete Tarihi: 26.06.2021, Resmî Gazete Sayısı: 31523.

⁵⁴ Bu noktada, burada da kanuni bir dayanak aranmasının gerekli olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir. Öğretide düzenleyici işlemler kanunu uygulama yetkisinden kaynaklandıklarından bu konuda ayrıca kanuni dayanak aranmasına gerek olmadığı ileri sürülmektedir. (Burak Öztürk, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 95 – 96. Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 67. Sever, Kanuna Dayanma İlkesi, s. 95, 110).

⁵⁵ Aksi yönde, Duran, s. 473.

⁵⁶ Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s. 187. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 60. Kamu tüzel kişiliği niteliğinden bağımsız olarak adsız düzenleyici işlem kategorisinin kabul edilmesinin Anayasa'ya aykırı olmakla birlikte, yargı yerleri tarafından kabul edilmesi sebebiyle hukuk sistemi içerisindeki bu türden işlemlerin varlıklarının kabulünün gerekliliği hakkında bkz.

Kararnamesinde⁵⁷, “*Bağlı, ilgili, ilişkili ve diğer kurum ve kuruluşları, görev, yetki ve sorumluluk alanına giren konularda idarî düzenlemeler yapabilir*” düzenlemesi, bu kurumların düzenleyici işlem yapabileceklerine işaret etmektedir.

Anayasa Mahkemesinin son kararında ve Ajansa tanınan diğer kamu gücü ayrıcalıklarının incelenmesiyle bu çalışmada Ajansın kamu tüzel kişiliği bulunduğu sonucuna ulaşıldığından nihai olarak Ajansın yönetmelik ve adsız düzenleyici işlem niteliğinde düzenlemeler yapma yetkisini haiz olduğu sonucuna ulaşılabılır. Ancak 7261 sayılı Kanun 10. maddesinde bu Kanun’un uygulanmasıyla ilgili usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmiş olması, Ajansın yönetmelik niteliğinde düzenleyici işlem tesis etme yetkisi bulunmayan bir idare olduğu şeklinde bir izlenime yol açmaktadır. Kanunda bu düzenlemeden başka, Ajans organları ile hizmet birimlerinin görev ve yetkileri, üyelerinin atanması, teşkilat yapısı ile çalışmasına; ayrıca Ajansın bütçesine ilişkin usul ve esasların da Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. (m.5, m. 8) Katıldığımız görüşe göre bu husus başlı başına kamu tüzel kişiliği kimliğini ortadan kaldırmamaktadır.⁵⁸ Yukarıda belirtildiği üzere kamu tüzel kişiliğine sahip olabilmek için bütün kamu gücü ayrıcalıklarının tanınması gerekmemektedir.⁵⁹ Ancak yine de söz konusu hüküm,7261 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmeliklerin sadece Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından tesis edilebileceği şeklinde yorumlarsa, son derece önemli icrai karar alma yetkisi bulunan ve kamu tüzel kişiliğine sahip bu kurumun kendi görev alanını yönetmelikle düzenleyemeyecek olması eleştirilmeye müsait olacaktır.⁶⁰

2. Kolluk Yetkileri Kullanma

“*İdarenin kamu düzenini koruma faaliyeti*”⁶¹ olan kolluk faaliyetleri, klasik anlamda kamu düzeninin unsurlarını⁶² korumayı hedef almış olanlar - *genel idari kolluk - ile belli, spesifik bir alanın korunmasını amaçlayanlar - özel idari kolluk -* olarak ikili bir ayrımla ele alınmaktadır.⁶³ Çevre kolluğu, çevresel/ekolojik kamu düzeninin tesis edilmesi amacıyla bağlantılı olarak bir özel idari kolluk faaliyetidir.⁶⁴ Nitekim çevre sorunlarının küresel bir biçimde görülmesi, devletlerin çevrenin korunması konusunda yükümlü kılınması sonucunu doğurmuş ve

Karahanogulları, s. 60. İl İdaresi Kanunu m. 9/Ç hükmü uyarınca valilere kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve diğer mevzuatın verdiği yetkiyi kullanmak ve yürütmekle yükümlü oldukları ödevleri yerine getirmek amacıyla Genel Emir çıkarma yetkisi tanınması da bu savı desteklemektedir.

⁵⁷ Resmî Gazete Tarihi: 15.07.2018, Resmî Gazete Sayısı: 30479.

⁵⁸ Bülbül tarafından da belirtildiği üzere, Türk hukukunda kamulaştırma ve yönetmelik çıkarma gibi birtakım üstün ve ayrıcalıklı yetkilerden mahrum kılınmış kamu tüzel kişilerinin varlığı mümkün olup bu durum yargı yerlerinde de kabul edilmektedir. (Bülbül, s. 87). Yazar geçmişte Seyahat Acentaları Birliği, Vakıflar Genel Müdürlüğü ve Türk Patent Enstitüsü’ne ilişkin kanunlarda Türkiye Çevre Ajansında olduğu gibi yönetmelik çıkarma yetkisinin bağlı veya ilgili kıldıkları bakanlıklara tanınmış; kendilerine ise yönetmelik tesis etme yetkisinin verilmemiş olmasını, bu kurumların kamu tüzel kişiliğine sahip olarak nitelendirilmelerine engel olmadığını ifade etmiştir. (Bülbül, s. 84 – 87) Bugün bu çıkarımın Türkiye Çevre Ajansı için de yapılması mümkündür.

⁵⁹ Bülbül, s. 92. Gözler, Kamu Tüzel Kişiliği, s. 484.

⁶⁰ Ancak bu durum, Ajansın adsız düzenleyici işlemler yapmasına engel teşkil etmemektedir. Düzenleme yetkisinin, özü itibarıyla kanunların yürütülmesi işleviyle açıklanması sonucu olarak Ajans ilgili kanunun yürütülmesi çerçevesinde düzenleme yapabilecektir. (Düzenleme yetkisinin kanunların yürütülmesi işlevine bağlanmasının sonuçlarıyla ilgili olarak bkz. Öztürk, s. 93)

⁶¹ Ulusoy, s. 562.

⁶² Bu unsurlar, genel güvenlik, genel sağlık, dirlik ve esenlik olarak ifade edilmektedir. Günday, s. 289 vd. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 621 vd. Ulusoy, s. 562.

⁶³ Günday, s. 296 vd. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 631 vd.

⁶⁴ Gözler/Kaplan, s. 532.

bu kapsamda alınan önlemler ile çevresel kamu düzeni kavramı ortaya çıkmıştır.⁶⁵ Bu çerçevede idare, insan ve çevresinin uyum ve bütünlük içerisinde bulunabilmesi için gereken tedbirleri almakla yükümlü kılınmaktadır.⁶⁶ Bu yükümlülüğün hayata geçirilebilmesi için ise, özel tedbirler alınması gerekli olup genel kolluk önlemleriyle yeterli bir biçimde koruma sağlanamamaktadır.⁶⁷ Bu türden faaliyetler sonucunda, kamu düzeninin çevresel sorunlar sonucunda bozulması önlenmeye çalışılmakta;⁶⁸ hatta herhangi bir zarar ortaya çıkmasa bile, kamu düzeni açısından tehlike doğurabilecek faaliyetler engellenmekte ve kimi durumlarda yaptırıma bağlanabilmektedir.⁶⁹

Anayasa'nın 56. maddesinin çevre kolluğu faaliyetleri açısından da dayanak teşkil ettiği ileri sürülebilir.⁷⁰ Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevrenin kirlenmesinin önlemek amacıyla idare, kişi ve kurumlara belli kurallar doğrultusunda hareket etmelerini emreden düzenleyici işlemler yapabileceği gibi; izin, ruhsat, ruhsatın geri alınması, yasaklama vb nitelikte birel idari işlemler de yapabilmektedir.⁷¹

Geri dönüşüm ve depozito sisteminin işleyişine yönelik alınan önlemlerin çevre kolluğu faaliyeti çerçevesinde değerlendirilebileceği konusunda duraksama bulunmamaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere Türkiye Çevre Ajansı, depozito yönetim sisteminin yöneticisidir. Bu kapsamda sisteme dahil olan aktörler üzerinde sistemin işleyişine yönelik denetim yetkisi bulunmaktadır. Gerçekten 7261 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, Ajansın *ulusal ölçekte depozito yönetim sistemi kurulmasına, işletilmesine, izlenmesine ve denetimine yönelik faaliyetlerde bulunmak*" amacıyla kurulduğu belirtilmiştir. Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği'ne⁷² göre de Ajans, sistem içerisindeki paydaşlara yükümlülükler getirebilmektedir. (m.8) Bu yükümlülüklerin, Ajansın faaliyet alanı dahilindeki kamu düzenini sağlamaya yönelik olduğu düşünülebilir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, kanunda sadece yükümlülüklerden söz edilmiş; bu yükümlülüklerin neler olduğu açıkça zikredilmemiştir. Yükümlülük kavramı mahiyeti itibariyle bir şey yapmaya veya yapmamaya yönelik zorlanmayı ifade etmektedir.⁷³ Bu yükümlülüklerin birtakım temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu doğurması ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 13. maddesi gereğince, temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir olduğundan, bu haklara müdahale sonucunu doğurabilecek yükümlülüklerin neler olduğunun açıkça belirtilmek suretiyle kanunda yer alması gerekmektedir.

⁶⁵ Güneş, *Çevre Hukuku*, s. 245.

⁶⁶ Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 162. Bu noktada belirtmek gerekir ki yazar, klasik kamu düzeni kavramı dışında, farklı isimlerle anılan kamu düzeni kavramlarına ihtiyatla yaklaşmakta; bunların yerine kamu düzeninin klasik unsurlarının daha geniş bir kapsamla ele alınmasını önermektedir. (Okay Tekinsoy, s. 167).

⁶⁷ Gözler/Kaplan, s. 532.

⁶⁸ Güneş, *Çevre Hukuku*, s. 245.

⁶⁹ Düzenleyici kolluk işlemlerinin zarar ortaya çıkmasa bile potansiyel bir tehlikeyi bertaraf amacı için bkz. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 633.

⁷⁰ Benzer yönde Okay Tekinsoy, s. 166.

⁷¹ Güneş, *Çevre Hukuku*, s. 247.

⁷² Resmi Gazete Tarihi: 26.06.2021 Resmi Gazete Sayısı: 31523.

⁷³ Güncel Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde de yükümlülük, "yapılması zorunlu olan iş veya bir işi yapma zorunluluğu, mecburiyet" olarak tanımlanmaktadır. (<https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 22.06.2023)

Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliğinde⁷⁴ Ajansın, sistemin *kontrolünü sağlamak üzere* idari, mali ve teknik hususları düzenleyeceği de hüküm altına alınmıştır. (m. 8/1) Bu hükümden yola çıkarak Ajansın, düzenleyici nitelikte kolluk işlemleri tesis edebileceği sonucuna ulaşılabilir. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere Ajansın adsız düzenleyici işlem tesis edilebileceği düşünülmektedir. Öte yandan Çevre Kanunu uyarınca, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın bu kanun hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme konusundaki yetkisini devredebileceği kurumlar arasında, Türkiye Çevre Ajansı da bulunmaktadır. (m.12) Türkiye Çevre Ajansı, bu türden bir yetki devrinin gerçekleşmesi halinde, denetimsel bağlamda Bakanlık tarafından yürütülen çevre kolluğu faaliyetini de üstlenmiş olacaktır. Ayrıca bu maddede belirtilen kurumlara denetim yetkisiyle beraber, yaptırım uygulama yetkisinin de devredildiği ifade edilmektedir.⁷⁵

Bu bilgilerin değerlendirilmesinden, Türkiye Çevre Ajansının önemli kolluk yetkilerinin bulunduğu görülmektedir. Devletin şiddet tekelinin en belirgin örneği olarak kabul edilen bu faaliyetlerin⁷⁶ kamu gücü kullanma yetisine sahip merciler eliyle yürütülmeleri gereği açıktır. Ne var ki bu faaliyet alanının özel kişilere bütünüyle kapalı olduğunu da söylemek mümkün değildir. Başta özel güvenlik olmak üzere yasal düzenlemelerle özel kişilerin kolluk faaliyetinde bulunmalarına olanak sağlandığı görülmektedir.⁷⁷ Ancak özellikle özel idari kolluk faaliyetleri açısından Anayasa Mahkemesinin bu türden düzenlemelere yaklaşımı, özel kişilerin kolluk faaliyeti kapsamında yaptıkları işlemlerin, yalnızca asıl işleme dayanak teşkil eden, icrai olmayan, hazırlık işlemi niteliğinde olmaları kaydıyla Anayasa'ya aykırı sayılmayacakları yönündedir.⁷⁸ Gerek Anayasa Mahkemesi kararı⁷⁹ gerekse Ajansın kuruluşu ve sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıkları sebebiyle bu çalışmada kamu tüzel kişiliğinin bulunduğu sonucuna ulaşıldığından, kolluk yetkileri açısından Ajans bu tartışmadan bağımsız sayılabilir. Aksi halde kamu tüzel kişiliği bulunmadığı kabul edilirse, Anayasa Mahkemesinin bugüne kadarki tutumuyla birlikte düşünüldüğünde yukarıda belirtilen yetkiler açısından Anayasa'ya aykırılık sonucunun doğması ihtimali söz konusu olacaktır.

3. Kamu İhale Kanunu'na Tabi Olma

Kamu tüzel kişileri kural olarak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na; mal ve hizmet satımları, kiraya verme, mülkiyetten gayri ayni hak tesis

⁷⁴ Resmî Gazete Tarihi: 26.06.2021, Resmî Gazete Sayısı: 31523.

⁷⁵ Güneş, s. 249. Devredilemeyecek yetkiler konusunda bkz. Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 365 – 366.

⁷⁶ Karahanoğulları, s. 373.

⁷⁷ Elvin Evrim Dalkılıç “İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 2, 2013, s.116. Karahanoğulları, s. 447.

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, imar kolluğu niteliğinde sayılabilecek faaliyetler yürüten yapı denetim kuruluşlarının özel kişi olmalarına karşın idari işlem yapma yetkisiyle donatılmayıp; rapor, görüş ve bilgi vermekle görevli olmaları dolayısıyla, Devletin genel idari esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler kapsamında faaliyet göstermediklerinden Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir. (Anayasa Mahkemesi, E. 2001/377, K. 2002/59, KT: 26.06.2002). Benzer yönde fahri trafik müfettişlerine ilişkin kararda yüksek mahkeme, fahri trafik müfettişleri tarafından tutulan tutanakların hazırlık işlemi olmaları dolayısıyla düzenlenen kişinin hukuki durumunu etkilemediğini belirterek Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. (Anayasa Mahkemesi, E. 2013/43, K. 2013/168, KT: 26.12.2013).

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2021/27, K. 2023/26, KT: 16.02.2023.

etme, trampa işlerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre faaliyette bulunurlar. Ancak 4734 sayılı Kanun kapsamı dışında tutulan ve neredeyse genel kuralı istisna kılacak kadar çok sayıda, özel düzenlemeler doğrultusunda kamu ihalesi yürüten kamu kurumu mevcuttur. Türkiye Çevre Ajansı da 4734 sayılı Kanunun kapsamı dışında tutulan idareler arasındadır. 7261 sayılı Kanun'un 28. Maddesiyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "İstisnalar" başlıklı 3. maddesinin j bendine, "depozito yönetim sisteminin kurulması ve işletilmesi faaliyetlerine ilişkin olarak Türkiye Çevre Ajansının yapacağı mal ve hizmet alımları" ifadesi eklenmiştir. Buna karşılık Ajansın yapacağı mal ve hizmet alımlarının hangi usulde yapılacağına ilişkin Kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu istisnalar, 4734 sayılı Kanundan bağımsız tutulan kamu kurumlarının yapacağı ihalelerin kuralı dışılaştırılması sonucuna yol açmamalıdır. Bu idarelerin kendi yürüttükleri faaliyet alanına uygun, keyfiliğe yol açmayacak şekilde açıkça düzenlenmiş ihale kurallarına tabi olmaları gerekmektedir.⁸⁰ Öte yandan kamu ihalelerinde geçerli olan ilkeler her ne kadar 4734 sayılı Kanunda düzenlense de bütün kamu ihalelerinde geçerli ilkeler olarak kabul edilmektedir.⁸¹

Türkiye Çevre Ajansını 4734 sayılı Kanun kapsamı dışında bırakan düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Yüksek mahkeme, denetime açık, şeffaf bir mali düzen kurmanın demokratik devlet ilkesinin bir gereği olduğunu vurguladıktan sonra kamu ihalelerinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun uygulanmasını zorunlu kılan bir anayasal düzenleme olmaması, Ajansın faaliyet alanının rekabet gücünün yüksek olması ve hızlı hareket etme zorunluluğu bulunması sebepleriyle farkı düzenleme yapılmasının anlaşılabilir olduğunu belirtmiş ancak; "... Ajansın söz konusu mal ve hizmet alımlarında hangi usul ve esaslar çerçevesinde ihale yapacağı, mal ve hizmet alımlarında hangi kanuni hükümlere bağlı olacağı belli değildir. Bu durumda istisna getirilen alana ilişkin ihalelerde saydamlık, hesap verebilirlik, fırsat eşitliği ve öngörülebilirlik ilkelerinin güvenceye alındığından söz edilemez"⁸² gerekçesiyle söz konusu düzenlemeyi Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulmuştur.

Bu noktada 3834 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararıyla yürürlüğe giren "Türkiye Çevre Ajansı Tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nu 3. Maddesinin (j) Bendi Kapsamında Depozito Yönetim Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi Faaliyetlerine İlişkin Olarak Yapılacak Mal ve Hizmet Alımlarına Dair Usul ve Esaslar"⁸³ in hukuki akıbeti de tartışılmalıdır. Nitekim söz konusu düzenleyici işlem, 4734 sayılı Kamu İhale 3. maddesinin birinci fıkrasının Kanunu'nun iptal edilen (j) bendine dayanmaktadır. Dayanak kanununun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi neticesinde, ilgili düzenleme de hukuka aykırı hale gelmektedir.⁸⁴ Hatta

⁸⁰ Aynı yönde bkz. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 534 – 535.

⁸¹ Danıştay 10. Dairesi, E. 1996/4274, K. 1998/5478, KT: 28.10.1998.

⁸² Anayasa Mahkemesi, E. 2021/27, K. 2023/26, KT: 16.02.2023.

⁸³ Resmi Gazete Tarihi: 30/4/2021, Resmi Gazete Sayısı Sayısı: 31470.

⁸⁴ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 3. Bası, Asil Yayınları, Ankara, 2004, s. 149.

bu durumda ilgili düzenlemenin kendiliğinden yürürlükten kalkacağı da ifade edilmektedir.⁸⁵ Bu durumda söz konusu Usul ve Esaslar'ın da uygulama kabiliyeti kalmadığı savunulabilir.

4. Bütçesel Özerklik

Kamu tüzel kişileri, bu sıfatı taşımayan idarelerden farklı olarak bütçesel özerkliği haizdirler. Diğer bir ifadeyle bütçesel özerklik, bir kamu tüzel kişisinin sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarından biridir.⁸⁶

7261 sayılı Kanunda Ajansın bütçesiyle ilgili olarak, “Ajansın yıllık program ve faaliyetleri dikkate alınarak Başkanlık tarafından bir yıllık olarak hazırlanır ve her yıl Ağustos ayı sonuna kadar Yönetim Kurulu'na sunulur. Yönetim Kurulu tarafından incelendikten sonra uygun bulunan bütçe Bakan onayı ile yürürlüğe girer. ... bütçe dışı harcama yapılamaz” hükmü yer almaktadır. Öte yandan Kanunun 8. maddesinde, Ajans bütçesiyle ilgili usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceğine hükmedilmiştir.

Türkiye Çevre Ajansının bütçesel bağlamda ayrıksı olduğu nokta; 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 12. maddesinin 4. fıkrasında, bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşları özel bütçeli idareler olarak tanımlanmasına ve bu idareler Kanuna ekli II sayılı cetvelde sayılmış olmasına rağmen ilgili kurum olan Türkiye Çevre Ajansının ekte sayılan idareler arasında yer almamasıdır. 5018 sayılı Kanun'a ekli II sayılı cetvelde belirtilen diğer ilgili ve bağlı kuruluşlara ilişkin kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin “Kuruluş” başlıklı maddelerinde özel bütçeli oldukları da ayrıca belirtilmiştir.⁸⁷ Buna karşılık Türkiye Çevre Ajansının kuruluş kanunu olan 7261 sayılı Kanunda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öte yandan Türkiye Çevre Ajansı, 5018 sayılı Kanun'a ekli I sayılı cetveldeki genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri arasında da bulunmamaktadır.

Yerinden yönetim ilkesini kabul etmiş devletlerde, bazı idari birimlerin devletten ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olarak kurulmalarının temel sebebi, merkezi idareden ayrı bir bütçeye ve mala sahip olarak faaliyette buldukları kamu hizmetini daha etkin bir biçimde yürütebilmelerine olanak sağlamaktır.⁸⁸ Türkiye Çevre Ajansının ayrı kamu tüzel kişiliği bulunan bir kurum olarak bu imkândan mahrum bırakılmış olmasını açıklayacak bir sebep bulunmamaktadır. Depozito yönetim sisteminin kurulması ve yönetilmesi faaliyeti merkezi idareye bu kadar bağımlı kılınacaksa neden ayrı kamu tüzel kişiliğine sahip bir örgütlenmeye ihtiyaç duyulduğu sorusu da ayrıca cevaplanmaya muhtaçtır.

5. Bir Vesayet Makamının Denetimine Tabi Olma ve Denetimin Kapsamı

İdarenin bütünlüğü ilkesinin kural olarak merkezi idare ve yerinden yönetim kuruluşları arasında sağlanmasına hizmet eden idari vesayet ilkesi, vesayete tabi olan makamın kamu tüzel kişiliği konusunda önemli bir ölçüttür. Danıştay da, Türkiye Kalkınma Bankası hakkında

⁸⁵ Ülkü Azrak, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, *Anayasa Yargısı*, C. 1, 1984, s. 167 – 168.

⁸⁶ Bu konuda bkz. Günay, s. 534. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 246.

⁸⁷ Bkz. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu. İlgili kuruluş olan Uludağ Alan Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.

⁸⁸ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 240.

verdiği bir kararında, “*merkezi otoritenin denetimine tabi kılınmayı*” bu bağlamda bir kriter olarak kullanmıştır.⁸⁹

Ajansın kamu tüzel kişiliği kimliğinden dolayı ilgili olduğu Bakanlığın hiyerarşik denetime tabi olmayıp; Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ancak kanunun tanıdığı sınırlar içerisinde, vesayet makamı olarak Ajans üzerinde yetki kullanabilecektir. Böylece emir ve talimat vermek suretiyle Ajansın yürütmüş olduğu hizmetleri yönetme ve yönlendirme olanağı bulunmasa bile⁹⁰ kanunla sınırlanmış şekilde Ajansın faaliyet sahasına etki edecek işlemler tesis edebilecektir.

1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 503. maddesinde yer alan, “*Bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiri olup, bakanlık icraatından ve emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden sorumlu, bakanlık merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir*” hükmü⁹¹ ilgili kurumlar üzerinde bakanın sahip olduğu vesayet yetkisinin sınırları belirtilmiştir.⁹² Bu kapsamda somut olarak Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’nın Türkiye Çevre Ajansının organları ve işlemleri üzerinde sahip olduğu vesayet yetkisi ele alınmalıdır.

7261 sayılı Kanun’un 7. maddesi incelendiğinde Bakanın Ajansın organları üzerinde oldukça etkili bir konumda bulunduğu görülmektedir. İlgili hükme göre Ajansın karar organı olan Yönetim Kurulu’nun üyeleri üç yıl için Bakan tarafından atanmakta ve gerektiğinde görev süresi dolmadan görevden alınabilmektedir. Ajansın yürütme organı olan Başkanlık ise başkan, yardımcılar ve hizmet birimlerinden oluşmakta olup başkan ve başkan yardımcılar Yönetim Kurulu tarafından atanmaktadır. Bu çerçevede Bakanın dolaylı olarak Başkanlık üzerinde de etkili olduğundan söz etmek yanlış olmayacaktır. Danışma Kurulu ise Ajansa tavsiyelerde

⁸⁹ Danıştay 5. Dairesi, E. 1995/2050, K. 1996/2871, KT: 26.09.1996.

⁹⁰ Hiyerarşik denetimin hizmeti yönetme ve yönlendirme boyutu hakkında bkz. Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Yayınları, Ankara, 2023, s. 161 – 164.

⁹¹ Bu düzenleme belirli ve somut bir vesayet yetkisini içermemesi sebebiyle de eleştirilmektedir. Bu konuda bkz. Gözler/Kaplan, s. 223.

⁹² Söz konusu düzenleme aynı zamanda, idari vesayet yetkisinin kanun yanında Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle verilebileceği gibi bir sonucu da beraberinde getirmektedir. Ancak Anayasa’nın 127. maddesinde merkezi idarenin “*kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde*” idari vesayet yetkisine sahip olduğu açıkça ifade edilmiştir. Her ne kadar Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrasında “*kamu tüzel kişisi ancak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*” hükmü yer alsada, iki hükmün birlikte değerlendirilmesinden Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurulsada bile, vesayet yetkisinin mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Buna karşılık öğretide, 2017 Anayasa değişikliğiyle birlikte, bakanlıkların görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenebileceğinin belirtilmesi karşısında, Anayasa’da açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen vesayet ilişkileri – m. 127, 130, 135 - dışındakilerin Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenebileceği şeklinde görüşlere rastlanmaktadır. (Bkz. Sever, Kanuna Dayanma İlkesi, s. 186) Ancak Anayasa’nın 127. maddesinde sadece mahalli idarelerden bahsedilmesine karşılık gerek öğreti gerek Anayasa Mahkemesinin bu konuya yaklaşımı, ilgili düzenlemenin hizmet yerinden yönetim kuruluşlarını da kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği yönündedir. (Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2011/142, K. 2013/53, KT: 03.04.2013. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 218) Bu halde 127. madde hem mahalli idareler hem de kamu kurumları üzerindeki vesayet yetkisini düzenlemekte ve tüm vesayet ilişkileri bakımından bir sınır teşkil etmektedir. Dolayısıyla Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasında “*Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda*” Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleme yapılamayacağı belirtilmesi karşısında idari vesayet yetkisi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu nedenle idari vesayet somut ve belirli bir biçimde ve *kanunla* düzenlenmesi gerekmekte olup söz konusu düzenleme bu yönüyle eleştirilmeye müsaittir. Aynı yönde bkz. Ulusoy, s. 156. Bkz. Karahanoğulları, s. 163.

bulunmak ve danışmanlık etmek üzere faaliyette bulunmaktadır. Diğer organlardan farklı olarak icrai yetkileri bulunmayan bu Kurulun üyeleri de Bakan tarafından atanıp gerektiğinde görev süreleri dolmadan görevlerine son verilebilmektedir.

7261 sayılı Kanun'un 7. Maddesinde ayrıca Bakanlığın, organlar ve hizmet birimlerinin görev ve yetkileri, üyelerinin atanması, teşkilat yapısı ve çalışmasına dair usul ve esasları da çıkaracağı Yönetmelikle belirleneceği belirtilmiştir; ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, Ajans personeli yönetim ve danışma kurumu üyelerinin asli ve sürekli bir kamu görevi yerine getirdiklerinden bahisle, Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında "*diğer kamu görevlileri*" niteliğinde bulduklarını; hizmet birimleri ve organlarının, görev ve yetkileri, üyelerinin atanması, teşkilat yapısı ve çalışma esasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirlenmesini, Anayasa'nın 7. maddesi bağlamında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak değerlendirerek, iptal etmiştir.⁹³ Ancak söz konusu iptal kararı, Resmi Gazete'de yayım tarihi olan 21.07.2023 tarihinden itibaren 9 ay sonra yürürlüğe girecektir.⁹⁴

İşlemler üzerinde vesayet yetkisinin tipik örnekleri arasında, denetim, izin, görüş bildirme, onama, iptal, bozma, iade, tekrar görüşülmesini isteme sayılmaktadır.⁹⁵ 7261 sayılı Kanunda Bakanlığa bu türden işlemler yapma konusunda bir yetki verildiği görülmektedir. Ancak Ajansın temel faaliyet alanı olan depozito yönetim sistemi içerisinde, depozito bedeli, ücret ve teminatların Bakanlık tarafından belirleneceği belirtilmiştir. (m. 4/a) Anayasa Mahkemesi, meslek kuruluşlarının ücret tarifelerinin vesayet makamı tarafından belirlenmesi veya bu makamın onayına tabi kılınmasını Anayasa'ya aykırı bulmamaktadır. Yüksek mahkeme bu kararında her ne kadar kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının özerkliği üzerinden vesayet yetkisini değerlendirmişse de, dayandığı gerekçelerin *ilgili kurumlar* açısından da anlam ifade edeceği açıktır. Kararda ücret tarifelerinin belirlenmesinin birden çok menfaati etkilediği ve hizmetten yararlananların menfaatlerinin korunması gerekçesiyle ücret tarifeleri konusunda merkezi idareye tanınan yetkilerin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmedilmiştir.⁹⁶ Bu bakımdan depozito bedeli ve diğer ücretlerin Bakanlık tarafından belirlenecek olmasının doğrudan vesayet yetkisine aykırılık oluşturduğu söylenemez. Ancak Ambalaj Atıklarının Kontrolü

⁹³ Anayasa Mahkemesi, E. 2021/27, K. 2023/26, 16.02.2023 tarihli, RGT: 21.07.2023. Aynı kararda Anayasa Mahkemesi, "*Ajans başkanına, yardımcılara ve personeline mali ve sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün ayni ve nakdi ödemelerin bir aylık toplam net tutarı; 27.06.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 11. Maddesi uyarınca belirlenen emsali personele mali ve sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarını geçmemek üzere Cumhurbaşkanı veya yetkilendireceği makam tarafından belirlenir*" hükmünü de, kamu görevlisi olan başkan ve yardımcılarının mali haklarının kanunla düzenlenmemesi sebebiyle Anayasa'nın 128. maddesi sebebiyle kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Mahkeme aynı zamanda Ajansın işçi statüsünde de personel çalıştırabileceğini ve söz konusu düzenlemenin bu kişilerin sendika ve toplu iş sözleşmesi hakkına da sınırlama getirdiğini, toplu iş sözleşmesinde işçi ve işveren arasında yapılacak görüşmeler neticesinde belirlenecek mali hakların tamamının Cumhurbaşkanı veya onu yetkilendireceği makamın takdirine bırakılmış olmasının, toplu iş sözleşmesinde işçiler lehine olan hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yarattığı belirsizlik nedeniyle Anayasa'nın 13, 49, 53, 55. maddelerine aykırılık teşkil ettiği sonucuna varmıştır.

⁹⁴ Bu makalenin yazıldığı tarihte henüz iptal kararının yürürlüğe gireceği süre başlamamış ve Yasama Organı tarafından söz konusu boşluğu giderecek yasal bir düzenleme de yapılmamıştır.

⁹⁵ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 224.

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi, E.2011/150, K.2013/30, 14/02/2013.

Yönetmeliği'nde⁹⁷ Ajansın yapacağı tüm faaliyetlerle ilgili usul ve esasların Bakanlık tarafından belirleneceği ve Ajansın internet sayfasında duyurulacağı belirtilmesi (m.8/3), Ajansa kendi görev alanına ilişkin çok sınırlı, neredeyse sadece piyasada faaliyet gösterenlerle ilgili bireysel işlemlerden ibaret bir hareket alanı tanıdığı izlenimi yaratmaktadır.

Bakanlığın Ajans üzerinde sahip olduğu bu yetkiler sebebiyle ne ölçüde özerk olduğu tartışılabilir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi tarafından da belirtildiği üzere kamu kurumlarının özerkliğinin hangi unsurları içerdiğini belirleyen ve kanun koyucuyu sınırlandıran, her kurum için ve her durumda uygulanabilecek bir norm bulunmamaktadır.⁹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin karar organlarının tamamı veya bir kısmının siyasi irade tarafından belirlenmesinin özerkliğe aykırı düşmeyeceğini vurguladığı görülmektedir.⁹⁹ Bu çerçevede tartışılmalı olan nokta, yukarıda belirtildiği üzere Ajansın faaliyet alanını düzenleyen kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin Bakanlık tarafından çıkarılabilecek olması ve Ajansın bütçesel özerkliğinin bulunmamasıdır. Bu eksiklikler kamu tüzel kişiliğinin zorunlu unsuru olarak nitelendirilmeler bile, Ajansın özerkliğini zedeledikleri savunulabilir.

C. TÜRKİYE ÇEVRE AJANSININ KAMU TÜZEL KİŞİLİĞİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

Ajansın Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın ilgili kurumu ve kamu tüzel kişiliğini haiz olmasının, kurumun kuruluş amaçları ile ya da daha geniş bir perspektiften ifade edecek olursak bu çalışmanın da temelini oluşturan çevrenin korunması hedefine ne ölçüde katkı sağladığı sorusu cevaplanmaya ihtiyaç göstermektedir. Bu soru iki yönlü olarak; kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın sonuçları ve bu sifattan bağımsız olarak sahip olunan kamu gücü ayrıcalıklarının kurumun amaçlarını gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı bağlamında ele alınmalıdır.

Ajans, kuruluş kanununda yer alan konular bakımından kamu hukuku rejimine tabidir. Ancak kanunda yer almayan kimi konular açısından da Ajansın kamu tüzel kişiliğine sahip olmasına birtakım sonuçlar bağlanabilmektedir. Akdedilen sözleşmeler, mal ve personel rejimi ve Ajansın yaptığı eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin gerçekleştirileceği yargı kolunun belirlenmesi bu sonuçlar arasında sayılabilir.¹⁰⁰ Örneğin Ajans sistem yöneticisi olarak tek yanlı işlemlerin yanında bir sözleşme akdettiğinde, diğer koşullar da varsa bu sözleşme bir idari sözleşme sayılarak, idari sözleşmelerin tabi olduğu hukuki rejime tabi olacaktır. Ne var ki bu pratik sonuçların dışında, bugün artık kamu tüzel kişiliğine sahip olan ve olmayan idareler arasında merkezi idarenin kullandığı yetkiler bakımından bir farkın kalmamış olması ve bu nedenle

⁹⁷ Resmî Gazete Tarihi: 26.06.2021 Resmî Gazete Sayısı: 31523.

⁹⁸ Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.2011/142, K.2013/52, 03/04/2013. Anayasa Mahkemesi, E.2008/88, K.2011/85, 02/06/2011. Yüksek mahkeme, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarını, idari vesayet ve özerklik anlamında ayırmaktadır. Buna göre kanun koyucunun bu kurumlar üzerinde idari vesayet yetkisini düzenlerken, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda özerkliği daha az sınırlandıran araçların mevcudiyeti araştırılmaktadır. (Anayasa Mahkemesi, E. 2022/96, K. 2023/174, KT: 11.10.2023)

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi, E.2008/88, K.2011/85, 02/06/2011. Anayasa Mahkemesinin idari vesayete yaklaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. F. Ebru Gündüz, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 33, Yıl: 2015, s. 63 – 89.

¹⁰⁰ Gözler, Kamu Tüzel Kişiliği, s. 491.

kamu tüzel kişiliği sıfatının önemini yitirmesi eleştirilmektedir.¹⁰¹ Öte yandan her ne kadar Ajansın yönetmelik çıkarma yetkisi tartışmalı olsa da, diğer düzenleyici işlemler yönünden de geçerli olan 10 Sayılı Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde¹⁰², kamu kurumları tarafından Resmi Gazete'de yayımlanmak üzere gönderilen düzenlemelerin “Anayasa, kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, genel hukuk kurallarına, Cumhurbaşkanlığı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygunluğu” yönlerinden Cumhurbaşkanlığınca inceleneceği belirtilmiştir. Bir tür vesayet yetkisi olarak ifade edilen¹⁰³ bu yetkinin de kamu kurumlarının özerkliği açısından tartışılabilir yönleri bulunmaktadır.

Türkiye Çevre Ajansının kamu tüzel kişiliğinin bulunmasının çevrenin korunmasına olan katkıları ise ayrıca değerlendirilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Ajans özellikle görev alanının düzenlenmesi konusunda ilgi kurulan Bakanlığa son derece bağımlı kılınmıştır. Bu durum ayrı bir tüzel kişilik, hatta kamu tüzel kişiliği olarak kurulma tercihinin de sorgulanabilir kılmaştır. Diğer yandan çevrenin korunması perspektifinden bakıldığında, mutlaka bir kamu tüzel kişiliği olan kurumun varlığının zorunlu olduğunu savunmak da güçtür. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu konuda merkezi idareden ayrı kamu tüzel kişiliği bulunan bir kurumun varlığını zorunlu bir unsur olarak aramamaktadır. Gerçekten yüksek mahkemeye, “Çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirlenmesinin önlenmesine; tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasına yönelik her türlü tedbiri almak Devletin temel ödevlerindedir. (...) Kanun koyucu bu görevlerin merkezi idare teşkilatı içerisinde yer alan bir kamu kurumu tarafından yerine getirileceği gibi; bu görevi merkezi idare dışında özerk bir kamu kurumuna da tevdi edebilir”¹⁰⁴ gerekçesiyle ayrı kamu tüzel kişiliğini haiz kurum ile çevrenin etkin bir şekilde korunması arasında mecburi bir bağ bulunmadığına hükmetmiştir. Bu yaklaşımdan hareketle depozito sistemini yönetecek olan Ajansın kamu tüzel kişiliği niteliğinden çok zorlayıcılık içeren karar alma gücü, çevresel korumanın etkililiği bağlamında daha anlamlı kabul edilmelidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere depozito yönetim sisteminin işleyişi ve genel kuralları Bakanlık tarafından belirlenmektedir. Düzenleme yetkisi açısından bulunan eksiklikler bir yana bırakılırsa, 7261 sayılı Kanun uyarınca Ajansın izin, onay işlemleri yapmak, idari düzenlemeleri ve tedbirleri uygulamak şeklinde önemli yetkileri bulunduğu göz önüne alınarak (m. 4/1-b), Ajansın çevrenin korunması konusunda etkili bir idare olabileceği çıkarımı yapılabilir.

III. TÜRKİYE ÇEVRE AJANSININ GÖREV VE YETKİLERİ

Çevre Kanunu'na 2018 yılında eklenen ek madde 12'de, bakanlığın belirleyeceği ambalaj ve ürünler için depozito uygulaması zorunluluğu getirildiği belirtilmiştir. Bunun için belirli bir tarih de öngörülmüş ve 01.01.2022 tarihinden itibaren bu uygulamaya geçileceği ifade edilmiştir. Öte yandan aynı Kanun'un *İlkeler* başlıklı 3. maddesinde depozito uygulaması

¹⁰¹ Ulusoy, s. 152 – 152. Kamu tüzel kişiliğinin önemini zayıflatan mevzuat eleştirisi için bkz. Mutlu Kağıtçıoğlu, “Kamu Tüzel Kişiliği Kurma İhtiyacını Sorgulamak: Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu Üzerinden Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 2, 2021, s. 901.

¹⁰² Resmi Gazete Yayın Tarihi: 15/7/2018, Resmi Gazete Sayısı: 30479.

¹⁰³ Gözler/Kaplan, s. 128 – 129. Ancak verilen yetkinin vesayet denetiminin niteliğiyle bağdaşmayacak ölçüde genel olması da eleştirilmektedir. (Gözler/Kaplan, s. 409)

¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, E.2011/106, K.2012/192, KT: 29/11/2012.

çevrenin korunması, iyileştirilmesi ve kirliliğin önlenmesi kapsamındaki genel ilkeler arasında yer almaktadır. Ayrıca Çevre Kanunda depozito uygulamasına uymakla yükümlü olan piyasadaki aktörler de belirtilmiştir. Buna göre, zorunlu depozito uygulamasına tabi tutulan ürünlerin üreticileri, ithalatçıları, piyasaya sürenleri ile bu ürünleri tüketicilere veya kullanıcılara sunan toptan veya perakende satış birimleri idari, mali ve teknik yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlü olup (ek m. 12); buna aykırı davranışlar hakkında idari para cezaları uygulanacağı ifade edilmiştir. (m. 20)

Türkiye Çevre Ajansı da depozito uygulamalarını yürütecek idare misyonu ile kurulmuştur. Gerçekten 7261 sayılı Kanun'un 1. maddesinde Ajansın, "...ulusal ölçekte depozito yönetim sistemi kurulmasına, işletilmesine, izlenmesine ve denetimine yönelik faaliyetlerde bulunmak" amaçlarını gerçekleştirmek üzere kurulduğu belirtilmiştir. Ajansın temel görevi olan depozito yönetim sistemini ise Bakanlık, "Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca belirlenen ve belirli bir depozito bedeli alınarak piyasaya sürülen ürünlerin tüketilmesi/kullanılması sonrasında iade alınması ve depozito bedelinin geri ödenmesine dayalı bir sistem" olarak tanımlamıştır.¹⁰⁵ Ajans bu sistem içerisinde "yönetici" pozisyonunda konumlandırılmış olup; insani tüketim amacıyla piyasaya sürülen içeceklerin tek kullanımlık olan ve plastik, alüminyum, cam gibi maddelerden üretilen satış ambalajlarından depozito bedeli alınması sürecindeki düzenleme ve değerlendirmeleri yapan merci olarak ifade edilmiştir.¹⁰⁶ Böylelikle depozitolu ambalajların temiz bir şekilde toplanıp ham madde üretmek amacıyla geri dönüşüme gönderilmesinin alt yapısı da kurulmuş olacaktır.¹⁰⁷

Bu sistemin temel katkıları arasında, tasarruf ve emisyon azaltımı, istihdam olanakları, toplumun atık ayırma ve toplama sürecine doğrudan dahil olmalarının sağlanması ve Türkiye'nin sürdürülebilir kalkınma planlarının düzenlenmesi sayılmaktadır.¹⁰⁸ Sistemin işleyişinin ve katkılarının tam olarak anlaşılabilmesi için sürdürülebilir kalkınma ve döngüsel ekonomi kavramlarının ve Türkiye'nin bu yöndeki temel adımlarının açıklanmasında fayda vardır.

A. DÖNGÜSEL EKONOMİ VE SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA ANLAYIŞI ÇERÇEVESİNDE ATIK YÖNETİMİ VE DEPOZİTO UYGULAMASININ ÖNEMİ

Sanayileşme, kentleşme, tüketimdeki artış gibi nedenlerle ortaya çıkan atık yoğunluğu, günümüzün çevresel sorunlarının başında gelmektedir.¹⁰⁹ Daha fazla kalkınma ve daha fazla tüketim sonucunda¹¹⁰, açığa çıkan değişik türdeki atıkların çevrenin kendi kendini yenileme hızından daha süratli bir şekilde artması, atık kaynaklı çevre sorununu da beraberinde getirmektedir.¹¹¹ Bu çerçevede atıkların çevreci yöntemlerle ekonomiye kazandırılmasına yönelik politikalar geliştirilmesi gerekmektedir;¹¹² sanayileşerek kalkınmanın ise bu sorunu çözmek yerine

¹⁰⁵ Bkz. <https://www.dbys.gov.tr/#nedir>, Erişim Tarihi: 07.07.2023.

¹⁰⁶ <https://www.tuca.gov.tr/sayfa/turkiye-cevre-ajansi-baskanliginin-sistemdeki-rolu>, Erişim Tarihi: 24.11.2023.

¹⁰⁷ <https://www.tuca.gov.tr/sayfa/sistemin-getirileri>, Erişim Tarihi: 24.11.2023.

¹⁰⁸ <https://www.tuca.gov.tr/sayfa/sistemin-getirileri>, Erişim Tarihi: 24.11.2023.

¹⁰⁹ Hamit Palabıyık, "Çevre Sorunu Olarak Kentsel Katı Atıklar (Çöpler) ve Entegre Katı Atık Yönetimi", *Türk İdare Dergisi*, Yıl 70, Sayı: 420, Ankara, 1998, s. 62. (Palabıyık, Kentsel Katı Atıklar (Çöpler))

¹¹⁰ Hamit Palabıyık, "Kentsel Katı Atıkların Yönetimi: Geri Kazanım ve Sürdürülebilirlik Konusunda Perspektifler", *Türk İdare Dergisi*, Yıl 71, Sayı: 422, Ankara, 1999, s. 69. (Palabıyık, Geri Kazanım ve Sürdürülebilirlik)

¹¹¹ Hüseyin Önder, "Sürdürülebilir Kalkınma Anlayışında Yeni Bir Kavram: Döngüsel Ekonomi", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 57, 2018, s. 197.

¹¹² Palabıyık, Kentsel Katı Atıklar (Çöpler), s. 62.

ağırlaştırmasının anlaşılması neticesinde ise sürdürülebilir kalkınma anlayışı bir çözüm olarak ortaya atılmaktadır.¹¹³

Üzerinde uzlaşmış bir tanım bulunmamakla birlikte sürdürülebilir kalkınma ile, çevre ile uyumlu bir kalkınma modelinin hayata geçirilmesi ve şimdiki kuşakların ihtiyaçları karşılanırken gelecek kuşakların gereksinim ve beklentilerinin tehlikeye atılmaması amaçlanmaktadır.¹¹⁴ Sürdürülebilir kalkınma ilkesi kapsamında, çevresel varlıklar ve doğal kaynakların, gelecek kuşakların çıkarlarını da gözeterek, savurganlığa yer verilmeyen, akılcı bir kullanımı söz konusu olmaktadır. Böylece bir yandan da çevre ve ekonomi arasındaki gerilim dengelenmektedir.¹¹⁵ Bu bağlamda ekolojik ilkeleri gözetilen bir büyüme anlayışını ifade eden sürdürülebilir kalkınma, sosyal ve kültürel unsurları da kapsayan, salt sayısal değil; niteliksel verileri de esas alan bir anlayışı ifade etmektedir.¹¹⁶

Sürdürülebilir kalkınma anlayışının halihazırda bulunan ekonomik sistem çerçevesinde hayata geçirilemeyeceğinin anlaşılması, yeni bir ekonomik model arayışına sebep olmuş ve bu arayış sonucunda döngüsel ekonomi kavramı ortaya çıkmıştır.¹¹⁷ Oldukça kapsamlı bir tanıma göre döngüsel ekonomi, “ürün ve malzemelerin değerinin uzun süre korunduğu, üretimde zararlı madde kullanımı ile karbon dahil sınırlı kaynakların kullanımının en aza indirildiği, israfın ve atık oluşumunun önlenildiği, ürünlerin kullanım ömrünün sonunda çevre ve insan sağlığı için sürdürülebilir ve güvenli bir şekilde yeniden kullanımının sağlandığı, ürünlere daha fazla değer katan, karbonsuzlaşmayı destekleyen üretim ve tüketim yaklaşımı”dır.¹¹⁸ Bu yaklaşım temelde ekonomide al, yap, kullan, at sürecini içeren doğrusal ekonominin terk edilerek, ham madde ihtiyacının azaltılması, daha azla daha fazla yapmak olarak ifade edilen kaynak verimliliğinin artırılması, yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanılması başlıklarını içermektedir.¹¹⁹ Öte yandan doğrusal ekonomide salt tüketim sonucu değil; üretim aşaması da atık oluşumuna yol açmaktadır.¹²⁰ Bu nedenle üretim sırasında geri dönüştürülmüş malzeme kullanımının sağlanması ile birlikte, üretimden tüketime tüm süreçlerde olabilecek en az atık çıkarılması döngüsel ekonomi ve sıfır atık anlayışının merkezinde bulunmaktadır.¹²¹ Döngüsel ekonomi bu özellikleriyle sadece çevresel değil; aynı zamanda ekonomik açıdan da önemli kazanımlar doğurma potansiyeli bulunan bir sistemi ifade etmektedir.¹²²

¹¹³ Sürdürülebilir kalkınma anlayışı ilk olarak 1992 Rio Zirvesi’yle evrensel düzeyde gündeme gelmekle birlikte; bu konudaki ilk adımların 1972 Stockholm Bildirgesinde atıldığı ifade edilmektedir. (Bkz. Yılmaz Turgut, s. 94)

¹¹⁴ Güneş, *Çevre Hukuku*, s. 71.

¹¹⁵ Güneş, *Çevre Hukuku*, s. 71.

¹¹⁶ Yılmaz Turgut, s. 95.

¹¹⁷ Önder, s. 197.

¹¹⁸ Bkz. <https://dongusel.csb.gov.tr/hakkinda-i-105778>, Erişim Tarihi: 22.10.2023.

¹¹⁹ Sapmaz Veral, Yiğitbaşoğlu, s. 2.

¹²⁰ Önder, s. 198.

¹²¹ Aybike Mısır, Osman Atilla Arıkan, “Avrupa ve Türkiye’de Sıfır Atık Yönetimi ve Döngüsel Ekonomi”, *Çevre, İklim ve Sürdürülebilirlik*, 1(1), s. 70.

¹²² Döngüsel ekonominin 2025 yılına kadar Avrupa’ya 320 milyar Euro yatırım fırsatı sunabileceği hakkında kapsamlı bir rapor için bkz. SYSTEMIQ and Ellen MacArthur Foundation, Archivieng “growth within” (2017).

Atık yönetimi, Avrupa Birliği çevre politikası açısından da en önemli başlıklardan biri olup, aynı zamanda ilk düzenleme yapılan alanlardan biri olmuştur.¹²³ Avrupa Birliği mevzuatında atık yönetimi konusunda ilk etapta atıkların yol açtığı çevresel felaketlerin önlenmesi amaçlanmışsa da, zaman içerisinde “atık hiyerarşisi” “kirleten öder”, “öncelikli atık türleri” kavramları doğrultusunda stratejiler geliştirilmiştir.¹²⁴ Atık hiyerarşisinin anlamı, “önleme, yeniden kullanım, geri dönüşüm, enerji ederek yeniden kazanma, son olarak bertaraf etme” sıralamasında uygun bir şekilde atık yönetiminin oluşturulmasıdır.¹²⁵ Bu yaklaşım aynı zamanda sürdürülebilir atık yönetiminin dört aşaması olarak da ifade edilmektedir.¹²⁶

Yakın tarihli ve Avrupa Birliği açısından yeni bir ekonomik strateji ve iklimin korunması açısından bir yol haritası niteliğinde olan Avrupa Yeşil Mutabakatında¹²⁷ 2050 yılına kadar iklim nötr olmak hedeflenmektedir. “Avrupa’nın bugüne kadarki en büyük karbonsuzlaştırma taahhüdü” olarak nitelendirilen¹²⁸ Mutabakattaki temel başlıklardan biri temiz ve dögüsel ekonomidir. Bu çerçevede Avrupa Yeşil Mutabakatından kısa bir süre sonra “2020 Avrupa Komisyonu Dögüsel Ekonomi Eylem Planı” kabul edilmiştir.¹²⁹ Bu Plan’a göre, sera gazı emisyonunun yarısı, biyolojik çeşitlilik kaybının %90’ından fazlası ve su kıtlığı; kaynakların çıkarılması ve işlenmesi sonucu meydana gelmiş olup Avrupa Yeşil Mutabakatı ile iklim nötr, kaynak verimli ve rekabetçi bir ekonomik model oluşturma çabasına başlanmıştır.¹³⁰ Nitekim kaynak verimliliğinin artırılması kapsamında atık da önemli bir kaynak olarak değerlendirilmektedir.¹³¹ Avrupa Birliği’nin bu amaçlara ulaşabilmesi için, yenilenebilir bir büyüme inşa ederek gezegenden aldığından daha fazlasını ona geri vermesi ve bu kapsamda kaynak tüketiminin gezegensel sınırlar içerisinde tutulması, tüketimden kaynaklı karbon ayak izinin düşürülmesi ve önümüzdeki 10 yıl içerisinde dögüsel materyal kullanımının iki katına çıkarılması gerekmektedir.¹³² Bu kapsamda Avrupa Komisyonu Dögüsel Ekonomi Eylem Planı’nın temel başlıkları arasında sürdürülebilir ürün dizaynı ve bireysel tüketiciler ile kamu alımlarının dögüsel ekonomik anlamda güçlendirilmesi bulunmaktadır. Komisyon, bu başlık altında

¹²³ Evren Sapmaz Veral, Hakan Yiğitbaşoğlu, “Avrupa Birliği Atık Politikasında Atık Yönetiminden Kaynak Yönetimi Yaklaşımına Geçiş Yönelimleri ve Dögüsel Ekonomi Modeli”, *Ankara Üniversitesi Çevre Bilimleri Dergisi*, 6(1), Ankara, 2018, s. 3.

¹²⁴ Sapmaz Veral, Yiğitbaşoğlu, s. 4.

¹²⁵ Sapmaz Veral, Yiğitbaşoğlu, s. 5

¹²⁶ Palabıyık, Kentsel Katı Atıklar (Çöpler), s. 54.

¹²⁷ Bkz. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en, Erişim Tarihi: 30.10.2023. Avrupa Yeşil Mutabakatı’nın esnek bir hukuki norm olmasına karşın yeni bir büyüme modeli ortaya koyması ve bağlayıcı kuralların öncülü olması yönüyle pratik önemi haiz olduğu yolunda bkz. Kamile Türkoğlu Üstün, “Yeni Bir Dönemin Başlangıcı: Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türk Çevre Hukuku ve Politikalarına Etkileri”, *Memleket Siyaset Yönetim (MSY)*, Cilt 16, Sayı 36, Aralık 2021, s. 332.

¹²⁸ Kübra Ecer, Oğuz Güner, Murat Çetin, “Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türkiye Ekonomisinin Uyum Politikaları”, *İşletme ve İktisat Çalışmaları Dergisi*, 9(2), s. 128.

¹²⁹ Avrupa Komisyonu, COM (2020) 98 final. Eylem planı için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A98%3AFIN>, Erişim Tarihi: 28.10.2023.

¹³⁰ COM (2020) 98 final.

¹³¹ Sapmaz Veral, Yiğitbaşoğlu, s. 17.

¹³² COM (2020) 98 final.

depozito yönetimini vurgulaması da tüketicilerin finansal bakımdan avantajlı olacakları bir sistem kurmanın, sürdürülebilir ürün politikasında kilit öneme sahip olduğunun altını çizmiştir.¹³³

Türkiye Ekim 2021’de Paris Anlaşması’nı onaylamış¹³⁴ ve yine 2021 yılında Avrupa Yeşil Mütabakatına uygun politika geliştirebilmek için 2021/15 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesiyle¹³⁵ Yeşil Mutabakat Eylem Planını¹³⁶ açıklamıştır. Planda, Yeşil ve Döngüsel Ekonomi ayrı bir başlık altında düzenlenmiş ve bu kapsamda Döngüsel Ekonomi Eylem Planı’na ilişkin çalışmalara başlanacağı duyurulmuştur.¹³⁷ Öte yandan son yıllarda döngüsel ekonominin önemli bir unsuru olan atık yönetimi konusunda ciddi adımlar atıldığı ve çevre mevzuatında bu doğrultuda güncellemeler yapıldığı gözlenmektedir.¹³⁸ Çevre Kanununun İlkeler başlıklı 3. maddesinin incelenmesinden kanun koyucunun atık yönetimindeki temel amaçlarının atıkların kaynağa azaltılması, sıfır atık amacının yaygınlaşması ve atıkların geri dönüşümünün sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan Kanun uyarınca *sıfır atık, döngüsel ekonomi, atıkların geri kazanımı, geri kazanım katılma payı, plastik içerikli poşet, veya ambalaj ve tek kullanımlık materyallerin kullanımının azaltılması, depozito uygulaması* uygulamalarının da Türkiye çevre politikasının temelleri arasında olduğu ifade edilmelidir.

Kirlilikle mücadelenin¹³⁹, bu kapsamda atık yönetiminin en önemli aşamalarından birini oluşturan geri kazanım, en yalın haliyle artık kullanım dışı kalmış olan atığın yeni bir ürüne dönüştürülmesi anlamına gelmektedir.¹⁴⁰ Böylelikle atık, ikincil bir hammadde olarak yeniden üretim sürecinin bir parçası haline gelmektedir.¹⁴¹ Geri kazanımı simgeleyen üç ok işareti de, toplama, işleme ve yeniden kullanımı ifade etmektedir.¹⁴² Geri dönüşümü uygulanabilir kılan en önemli araçlardan biri, depozito uygulamasının geliştirilmesidir. Nitekim tüm çevresel

¹³³ Tüketiciler bakımından Komisyon özellikle Avrupa Birliği tüketici hukukunun revize edilerek tüketicilerin ürünlerle ilgili doğru ve önemli bilgileri satın alma aşamasında edinebildikleri, ürünlerin kullanım ömrü boyunca geçerli onarım servisi, yedek parça ve manual tamir servislerine erişim konularında düzenleme önerisinde bulunmaktadır. Öte yandan Komisyon, kamu alımlarının sürdürülebilir ürün talebi konusunda ciddi bir güce sahip olduğunu belirterek, bu potansiyelin asgari zorunlu bir biçimde, Yeşil Kamu İhaleleri yoluyla kullanılması gerektiğine işaret etmektedir. (COM (2020) 98 final)

¹³⁴ 7335 sayılı Paris Anlaşması’nın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, 07.10.2021 tarih ve 31621 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹³⁵ Resmi Gazete Tarihi: 16.07.2021, Resmi Gazete Sayısı: 31543.

¹³⁶ Bkz. <https://ticaret.gov.tr/data/640f220d13b8761b449ccb42/YESIL%20MUTABAKAT%20Eylem%20Planı.pdf>, Erişim Tarihi: 30.10.2023.

¹³⁷ Döngüsel ekonomi kapsamında ayrıca, Yeşil Organize Sanayi Bölgeleri, Yeşil Endüstri Bölgesi sertifikasyonu, Ulusal Yaşam Döngüsü Değerlendirilmesi için veri tabanı oluşturulmasına yönelik çalışmalar yapılacağı da belirtilmiştir.

¹³⁸ Plastik poşetlerin ücretlendirilmesi, Sıfır Atık Mavi Projesi, Sıfır Atık Yönetmeliği’nin tesisi, Sıfır Atık Yönetim Sistemleri Uygulama Kılavuzlarının yayımlanması bu konudaki temel örnekleri oluşturmaktadır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Mısırlı/Arıkan, s. 73) Öte yandan Avrupa Birliği IPA fonlarıyla desteklenen Türkiye’nin Döngüsel Ekonomiye Geçiş Potansiyelinin Değerlendirilmesi İçin Teknik Destek Projesi yürütülmektedir. <https://cygm.csb.gov.tr/turkiyenin-dongusel-ekonomiye-gecis-potansiyelinin-degerlendirilmesi-icin-teknik-yar-dim-projesi-acilis-etkinligi-gerceklestirildi.-haber-271428>, Erişim Tarihi: 31.10.2023.

¹³⁹ Geri kazanımın kirlilikle mücadele yöntemi olmasına ilişkin bkz. Yılmaz Turgut, s. 252.

¹⁴⁰ Palabıyık, Kentsel Katı Atıklar (Çöpler), s. 56.

¹⁴¹ Sevcan Güleç Solak, Şerife Pekküçükşen, “Türkiye’de Kentsel Katı Atık Yönetimi: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 7, S.3, Bışkek, 2018, s. 657.

¹⁴² Palabıyık, Kentsel Katı Atıklar (Çöpler), s. 56.

önlemlerde olduğu gibi atık yönetiminde de amaç teorik olanı uygulanabilir hale getirmektir.¹⁴³ Bireylerin yüksek düzeyde katılımı olmaksızın atık yönetiminin tam anlamıyla başarıya ulaşması mümkün görünmemektedir.¹⁴⁴ Bu bakımdan geri kazanımın üç temel aşaması olan toplama, işleme ve yeniden kullanım döngüsünün ve bu döngünün bir parçasını oluşturan depozito yönetim sisteminin merkezi idarenin denetimi ve gözetimi altında yürütülmesi gerekmektedir. Türkiye Çevre Ajansı da bu ihtiyacı karşılamak üzere kurulmuştur.

B. AJANSIN FAALİYET ALANININ NİTELİĞİ

Ajansın yönetici olduğu depozito yönetim süreci, depozitolu olarak piyasaya çıkan bir ambalajın Ajansın belirlediği kriterlere uygun olarak piyasaya arz edilmesiyle başlayıp; boş ambalajın depolarda toplandıktan sonra geri dönüşüme gönderilmesiyle sonlanmaktadır. Bu süreç içerisinde depozitolu olarak piyasaya sürülen ürünlerin tüketilmesi veya kullanılması sırasında Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından belirlenen depozito bedeli de iade edilmektedir.¹⁴⁵

Bu bağlamda Ajansın ilk olarak görevi, tüm sürecin takibinin yapılacağı, depozito bilgi yönetim sistemi adında bir veri ağı oluşturmaktır.¹⁴⁶ Nitekim bu süreç içerisinde faaliyette bulunan tüm aktörler, bu veri ağına kaydolmak ve sürecin parçası oldukları aşamada gerçekleştirdikleri her etkinlik için bu ağı veri girişi yapmak zorundadırlar.¹⁴⁷

Ayrıca Ajansın depozitolu ambalajların standardını belirlemek, piyasaya depozitolu ambalaj süren firmaların ambalajlarının onayını yapmak, sistemde yer alan tüm paydaşları belirlemek, bu paydaşları yetkilendirmek,¹⁴⁸ yükümlülükleri belirlemek, diğer izin ve onay işlemlerini gerçekleştirmek gibi önemli görevleri de bulunmaktadır.¹⁴⁹ Öte yandan Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliğinde Ajansın, ambalaj üreticileri, tedarikçiler ve piyasaya süren işletmelerin, diğer bir ifadeyle piyasadaki aktörlerin sorumluluk ve yükümlülüklerinin devrini alabileceği de belirtilmiştir. (m. 8/2) Bu hüküm doğrultusunda Ajansın depozito yöneticisi olarak sadece hakem pozisyonunda sistemi regüle etmeyip; aynı zamanda doğrudan faaliyetin yürütücüsü olma yetkisi bulunduğu sonucuna da ulaşılmaktadır.

Ajansın depozito yönetimi sürecindeki diğer bir önemli görevi de, depozito bedeli ödeme – *yansıtma* - trafiğini de yürütecek olmasıdır.¹⁵⁰ Şöyle ki ilk olarak, bir ürünün

¹⁴³ Benzer yönde, Palabıyık, Geri Kazanım ve Sürdürülebilirlik, s. 71.

¹⁴⁴ Palabıyık, Geri Kazanım ve Sürdürülebilirlik, s. 72.

¹⁴⁵ Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği m. 4, m. 6/ğ). (Resmî Gazete Tarihi: 26.06.2021 Resmî Gazete Sayısı: 31523).

¹⁴⁶ Zorunlu Depozito Yönetim Sistemi Uygulamalarına İlişkin Usul ve Esaslar, m. 2/e.

¹⁴⁷ <https://www.tuca.gov.tr/sayfa/depozito-yonetim-sisteminde-surec-nasil-isleyecek>, Erişim Tarihi: 24.11.2023.

¹⁴⁸ 7261 sayılı Kanunda veya Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği'nde açık bir düzenleme olmamakla birlikte, bu yetkilendirmenin bir tür lisans/ruhsat olduğu düşünülebilir. Ruhsat, "bir etkinliğin yerine getirilmesi bakımından yetkili makamlar aracılığıyla bu etkinliği yürütecek olanlara izin verilmesini ve bunun koşullarının belirlenmesini içeren bir idari işlem" olarak tanımlanmaktadır. (Sedat Çal, *Türk İdare Hukukunda Ruhsat*, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2012, s. 70.) Bu bakımdan Ajans depozito sistemi içerisinde faaliyette bulunanlara tek taraflı bir idari işlemle faaliyet izni, lisans verme yetkisiyle donatılmıştır.

¹⁴⁹ Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği m. 9, m. 10, m. 11. (Resmî Gazete Tarihi: 26.06.2021 Resmî Gazete Sayısı: 31523).

¹⁵⁰ Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği, m. 17/4. Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği m. 10/4. <https://www.tuca.gov.tr/sayfa/depozito-yonetim-sisteminde-surec-nasil-isleyecek>, Erişim Tarihi: 24.11.2023.

ambalajlanarak piyasada ilk defa yer alması faaliyeti sırasında, piyasaya süren firmalar tarafından depozito bedeli Ajansa ödenmektedir.¹⁵¹ Bu firmalar sisteme aktardıkları depozito bedelini, satış noktalarına ürünün satışı anında geri almaktadırlar. Satış noktaları ise ödedikleri depozito bedelini satış sırasında tüketicilerden almakta ve satış belgesinde ayrıca göstermektedirler. Tüketiciler ise depozito bedeli ödeyerek satın aldıkları ürünleri kullanıldıktan sonra boş olarak iade merkezlerine ilettiklerinde ödemiş oldukları depozito bedelini geri almaktadırlar. İade noktalarına depozito bedeli Ajans tarafından verilmektedir.¹⁵²

Ajansın bu görev ve yetkilerinden hareketle, ilk olarak yürütülen faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığı belirlenmelidir. Gerçekten kurumun kamu hizmeti ifa ettiği kabul edilirse, kamu hizmeti ilkelerine uygun şekilde yürütme yükümlülüğü de doğacaktır. Anayasa Mahkemesine göre Ajansın faaliyetleri kamu hizmeti niteliğindedir. Yüksek mahkemeye göre, “*Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen çevrenin korunması ve iyileştirilmesi hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti*”dir.¹⁵³ Bu tespitteki ilk dikkat çekici taraf, yüksek mahkemenin faaliyetin kamu hizmeti olduğuna, kamu hizmeti ilkelerinden süreklilik ve düzenlilik ilkeleri uyarınca ulaşılmış olmasıdır. Nitekim öğretide de kamu hizmetlerini özel faaliyetlerden ayıran temel ilkenin süreklilik ilkesi olduğu yolunda görüşlere rastlanmaktadır.¹⁵⁴ Diğer yandan depozito yönetiminin ayrıntılı olarak düzenlendiği Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği’nde¹⁵⁵, Ajansın piyasada faaliyet gösteren temel paydaşların sorumluluk ve yükümlülüklerinin devrini alabileceğinin belirtilmesi de, bu faaliyetin kesintisiz, sürekli ve düzenli yürütülmesine yönelik iradenin, idare tarafından ortaya konulması olarak kabul edilebilir. (m. 8/2) İkinci olarak Anayasa Mahkemesi bu kararında “niteliği gereği kamu hizmeti” anlayışını sürdürmekte olduğu görülmektedir.

Niteliği gereği kamu hizmeti anlayışı, kamu hizmetinin maddi bir anlayışla tanımlanması esasına dayanmaktadır. Buna göre, bir faaliyetin yerine getirilmesinde kamu yararı varsa bu faaliyet kamu hizmeti olarak nitelendirilmelidir.¹⁵⁶ Anayasa Mahkemesi uzun yıllar kamu hizmetine bu anlayış ekseninde yaklaşmıştır.¹⁵⁷ Buna karşılık sübjektif ya da göreceli kamu hizmeti anlayışına göre kamu hizmetini belirleyen yegâne “ölçüt, yasa koyucunun bu konuda bir tespitte bulunup bulunmamasıdır”.¹⁵⁸ Ancak sübjektif kamu hizmeti anlayışının kabulü halinde, yasa koyucunun böyle bir saptaması bulunmuyorsa kamu hizmetinin nasıl belirleneceği sorusu cevaplanmaya ihtiyaç göstermektedir. Böyle bir durumda “*niteliği*” bir kriter olarak görmeyip, yine kanun koyucunun faaliyet alanıyla ilgili özel faaliyetlerden farklı bir hukuki

¹⁵¹ Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği m. 10/4. <https://www.tuca.gov.tr/sayfa/depozito-yonetim-sisteminde-surec-nasil-isleyecek>, Erişim Tarihi: 24.11.2023. Bundan başka piyasaya sürenlerin geri kazanım katılma payını da ödemekle yükümlü kılınmışlardır. Bu konuda bkz. Geri Kazanım Katılma Payına İlişkin Yönetmelik (Resmî Gazete Tarihi: 31.12.2019 Resmî Gazete Sayısı: 30995 (4.Mükerrer))

¹⁵² <https://www.tuca.gov.tr/sayfa/depozito-yonetim-sisteminde-surec-nasil-isleyecek>, Erişim Tarihi: 24.11.2023.

¹⁵³ Anayasa Mahkemesi, E. 2021/27, K. 2023/26, KT: 16.02.2023.

¹⁵⁴ Ulusoy, s. 536.

¹⁵⁵ Resmî Gazete Tarihi: 26.06.2021 Resmî Gazete Sayısı: 31523.

¹⁵⁶ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 13.

¹⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/71, K. 1995/23, KT: 18.06.1996.

¹⁵⁸ Ulusoy, s. 502.

rejim öngörüp öngörmediği, kamu hizmetini ayırt etmek bakımından elverişli bir ölçüt olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁹

Maddi ölçütten yola çıkarak Ajansın kamu yararına faaliyette bulunduğu ve bu nedenle kamu hizmeti ifa ettiği belirtilebilir. Yukarıda da açıklandığı üzere, atık yönetiminin en önemli aşamalarından birini oluşturan geri dönüşüm ve geri dönüşümü uygulanabilir kılan en elverişli araçlardan biri olan depozito sisteminin çevrenin korunmasındaki önem; bu alanın kamu yararına olduğunu göstermektedir. Buna karşılık bugün kabul edilen kamu hizmeti tanımının¹⁶⁰ içeriğindeki esaslı nokta, *siyasal organların* bir faaliyeti kamu yararına olarak nitelendirmeleri olduğundan, bu konuda kanun koyucunun iradesi belirleyici olmaktadır.¹⁶¹ 7261 sayılı Kanunda kamu hizmeti niteliğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanunda kamu hizmeti niteliğine yönelik bir açıklık bulunmaması halinde, faaliyeti yürüten merciin sahip olduğu yetkilere bakılarak birtakım çıkarımlar yapılmalıdır.¹⁶²

İlgili Kanun gereğince Ajansın temel faaliyet alanı depozito yönetim sistemi oluşturmaktır. Anayasa Mahkemesinin kararında¹⁶³ Ajansın çevrenin korunmasına yönelik bir faaliyette bulunması üzerinden kamu hizmeti tespiti yapılmıştır. Ancak Ajansın yürütmekle yükümlü olduğu asıl faaliyet daha özel bir biçimde depozito yönetim sistemi oluşturmak olup bu hizmeti yürütmek için yukarıda açıklanmış olan kamusal yetkilerle donatılmış olduğu görülmektedir. Bu kapsamda Ajans eliyle yürütülen depozito yönetimi faaliyeti çerçevesinde özel kişiler yetkilendirilmekte, onlara yükümlülük yüklemekte, gerekirse onların yürütmekle yükümlü olduğu faaliyetler bizzat üstlenilmektedir. İdarenin sahip olduğu bu üstün ve ayrıcalıklı yetkilerden yola çıkarak depozito yönetiminde, özel faaliyet alanından farklı bir hukuki rejimin söz konusu olduğunu ve bu sistemin yürütülmesinin bir kamu hizmeti olarak kurgulandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu tespite ilaveten hangi türde kamu hizmeti olduğunun belirlenmelidir. Bir kamu hizmeti alanının iktisadi mi yoksa idari mi olduğu, kamu hukuku rejiminin ağırlığının ne olması gerektiğine de belli ölçülerde yanıt vermektedir. Özellikle hizmetin fiyatlandırılması noktasında iktisadilik veya idarilik özelliği anlamlı olmaktadır.¹⁶⁴

7261 sayılı Kanunda Ajansın bu Kanun dışında özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede Ajans; organları, personeli, mali haklar, gelir ve bütçe konularında kamu hukukuna tabi olurken; piyasa ilişkileri bakımından özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunacaktır. İç ilişkilerde kamu hukuku, dış ilişkilerinde ise özel hukuk rejiminin uygulanıyor olması, söz konusu faaliyet alanının iktisadi kamu hizmeti olarak

¹⁵⁹ Ulusoy, s. 506.

¹⁶⁰ Bugün üzerinde hemen hemen uzlaşa olduğunu söyleyebileceğimiz şekilde kamu hizmeti, “*yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen idare ya da onun denetimi ve gözetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, toplumun ortak ve genel ihtiyaçları için yapılan faaliyete verilen isim*” olarak tanımlanmaktadır. (Ak-yılmaz, Sezginer, Kaya, s. 586).

¹⁶¹ Günday, s. 332.

¹⁶² Günday, s. 333.

¹⁶³ Anayasa Mahkemesi, E. 2021/27, K. 2023/26, KT: 16.02.2023.

¹⁶⁴ Ulusoy, s. 513. İktisadi kamu hizmetleri, idari kamu hizmetlerinden farklı olarak ekonomik niteliği ağır basan, kar elde etme temel amaç olmasa bile fiyat unsurunun önemli bir yer işgal ettiği, kısmen kamu hukuku kısmen özel hukukun uyguladığı kamu hizmetleridir. (Günday, s. 339. Ulusoy, s. 513).

düzenlendiğine dair kuvvetli bir gösterge olarak nitelendirilebilir.¹⁶⁵ Ajansın depozito yönetimindeki para akışının kontrolüne ilişkin görevi de faaliyetin iktisadilik boyutuna işaret etmektedir. Sonuç itibarıyla Türkiye Çevre Ajansı; kanunla kurulan, faaliyet alanı kanunla belirlenen ve iktisadi kamu hizmeti yürüten bir kamu tüzel kişiliğidir.

Faaliyet alanının kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinin önemli bir sonucu da, bu faaliyetlerin yürütülmesinde kamu hizmeti ilkelerinin esas alınacak olmasıdır. Buna göre söz konusu faaliyetin, sürekli, eşit, yeniliklere adapte edilerek ve makul bir bedel alınarak yürütülmesi gerekmektedir.¹⁶⁶ Yukarıda belirtildiği üzere ilgili Yönetmelikte piyasadaki bazı aktörlerin sorumluluk ve yükümlülüklerinin Ajans tarafından üstlenilebileceğinin belirtilmesi de, bu faaliyetin kesintisiz bir şekilde yürütülmesi anlamında bir tür güvence olarak nitelendirilebilir.¹⁶⁷

C. GÖREV VE YETKİLERİ AÇISINDAN TÜRKİYE ÇEVRE AJANSININ ÇEVRENİN KORUNMASI BAĞLAMINDA ETKİLİLİĞİ

Türkiye Çevre Ajansının depozito sisteminin yöneticisi olarak sahip olduğu görev ve yetkilerin çevresel koruma bağlamında etkililiğinin değerlendirilmesinde, çevre hukuku ilkesine uygunluk, bir hareket noktası olabilir. Nitekim bu ilkeler, çevrenin etkin bir şekilde korunmasının genel çerçevesini oluşturmaktadırlar.¹⁶⁸ Ajansı düzenleyen mevzuatta genişletilmiş üretici sorumluluğu, sıfır atık, kirleten öder ilkeleri bu kapsamda kendilerine yer bulmaktadır. Ancak bu ilkeler, hukuki metinlerde salt ismen var olarak çok soyut kalmakta ve onları hayata geçirecek uygulamadaki karşılıklarının da somut olarak düzenlenmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Ancak bu şekilde hukuki bir etkiye/bağlayıcılığa sahip olacakları da bir gerçektir.¹⁶⁹

Her ne kadar mevzuatta yer almasa da etkili bir depozito yönetimiyle kirlilik hiç oluşmadan bertaraf edileceği için bu yolla önleme ilkesinin gerçekleştirileceği söylenebilir. Çevre hukuku ilkelerinden önleme ilkesi, çevresel bozulma ortaya çıkmadan önlem alınmasını ifade etmektedir.¹⁷⁰ Kuşkusuz Ajansın ambalaj atıklarının geri dönüşümündeki fonksiyonu, bu çerçevede değerlendirilebilir; ancak ambalaj sınıfları ve kapasite hacimleri geliştirilerek bu fonksiyonu güçlendirileceği de ifade edilmelidir.¹⁷¹

Bu konudaki bir başka değerlendirme de, üretici sorumluluğunun genişletilmesi, ayrıca bu kapsamda faaliyette bulunanlara birtakım mali sorumluluklar yüklenmesidir. Genişletilmiş üretici sorumluluğu; ürünlerin kullanım ömrü boyunca onarım, yeniden kullanım, parçalama ve geri dönüştürme konusundaki yükümlülüğü ifade etmektedir.¹⁷² Bu sorumluluk beraberinde tüketiciler açısından da onarım hakkının doğmasını sağlamakta ve Amerika Birleşik

¹⁶⁵ Hizmetin günlük işleyişinde özel hukuk kurallarının; hizmetin bütününe yönelik genel kararlarda, kamu görevlilerinin özlük işlerinde kamu hukuku rejiminin uygulanmasının iktisadi kamu hizmetinin ayırt edici özellikleri arasında gösteren görüş için bkz. Ulusoy, s. 514.

¹⁶⁶ Ulusoy, s. 535.

¹⁶⁷ Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği, m. 8/2.

¹⁶⁸ Güneş, *Çevre Hukuku*, s. 37.

¹⁶⁹ Güneş, *Çevre Hukuku*, s. 38.

¹⁷⁰ Yılmaz Turgut, s. 111.

¹⁷¹ Kapsam için bkz. Zorunlu Depozito Yönetim Sistemi Uygulamalarına İlişkin Usul ve Esaslar, Ek 1.

¹⁷² Atık Yönetimi Yönetmeliği, m. 4/y. (Resmî Gazete Tarihi: 02.04.2015 Resmî Gazete Sayısı: 29314).

Devletleri ve Avrupa Birliği genelinde bu kapsamda adımlar atıldığı görülmektedir.¹⁷³ Ayrıca 2872 sayılı Kanun gereğince plastik poşet başta olmak üzere çok sayıda üründen geri kazanım katılım payı alınmaktadır. (Ek m. 11) Geri kazanım katılma payı, depozito yönetim sistemi kapsamındaki ürünler açısından uygulanmamaktadır.¹⁷⁴ Her iki yükümlülük de, esasen “*kirleten öder ilkesinin*” atık yönetimi açısından karşılığı olarak düşünülebilir.¹⁷⁵

Son olarak belirtmek gerekir ki, depozito yönetimi yapısal olarak tüketicileri de içeren bir sistem olduğundan, çevrenin korunması açısından katılım ilkesinin bir uzantısı olarak görmek mümkündür. Katılım ilkesi sayesinde bireyler, çevresel konuları yönlendirebilecek süjeler olarak konumlandırılmaktadırlar.¹⁷⁶ Bireyler burada depozitolu ürünleri satın alıp tükettikten sonra, fazla ödedikleri bedeli/depozito bedelini geri almak suretiyle ekonomik bir modelin parçası haline gelseler de, sürecin esas unsuru oldukları gerçeği değişmemektedir. Modelin işlevselliği, tüketicilerin katılımıyla mümkün olmaktadır. Ancak katılım ilkesinin tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesi için, bilgi edinme hakkı, karar alım süreçlerine katılım gibi koşulların¹⁷⁷ depozito sistemi içerisinde de var olması gerektiği ifade edilmelidir.

SONUÇ

Çevresel sorunlarla baş edebilmek amacıyla paradigma değişimi geçiren çağa ayak uydurmak ve uluslararası alanda yerine getirmeyi taahhüt ettiği amaçlara ulaşabilmek için Türkiye'nin çevresel hedeflerini gündeminin merkezine alması gerekmektedir. Akılcı bir kaynak ve atık yönetimi de bu sürecin önemli bir unsuru olmakta; Türkiye Çevre Ajansının bu kapsamda üstlendiği rol; onu bu sürecin önemli aktörlerinden biri haline getirmektedir.

Bu çalışmada Türkiye Çevre Ajansının bir kamu tüzel kişisi olduğu ve iç işleyişi bakımından ağırlıklı kamu hukukuna, dış ilişkileri açısından ise özel hukuka tabi kılındığı sonucuna ulaşılmıştır. Ayrı kamu tüzel kişiliği bulunmasına rağmen Ajans, pek çok konuda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına bağlı kılınmıştır. Esasen çevrenin korunması bakımından merkezi idareden ayrı kamu tüzel kişiliği şeklinde kurulan bir örgütün varlığı konusunda herhangi bir zorunluluktan söz edilemeye de; Ajansın depozito yönetiminin yürütücüsü olması; ama alanı düzenleyen genel kuralları belirleme imkanından büyük ölçüde mahrum kılınması ve bütçesel özerkliğinin bulunmaması eleştirilebilir olmaktadır.

Ajansın görev yaptığı alan üzerindeki etkisi, ağırlıklı birel işlemler aracılığıyla tezühür etmektedir. Ancak Ajansın yetkilendirme ve yükümlülük belirleme konularındaki bu yetkileri kanunla, daha açık ve belirli şekilde düzenlenmelidir. Bir tür lisans usulü olarak ifade edilebilecek olan yetkilendirme koşullarının yasal ve ona uygun yasa altı düzenlemelerle somutlaştırılması gerekmektedir. Bu haliyle hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleri bağlamında sorun yaratabilecek ölçüde belirsiz bir durum yaratıldığı görülmektedir. Öte yandan Ajans, çevresel

¹⁷³ <https://gazeteoksijen.com/surdurulebilir-yasam/onarim-hakki-kavgasi-daha-yeni-basliyor-195325>, Erişim Tarihi: 02.12.2023.

¹⁷⁴ Geri Kazanım Katılma Payına İlişkin Yönetmelik m. 2/3. Resmî Gazete Tarihi: 31.12.2019 Resmî Gazete Sayısı: 30995 (4.Mükerrer).

¹⁷⁵ Handan Yokuş Seviük, *Çevre Hukuku*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 166.

¹⁷⁶ Yılmaz Turgut, s. 153.

¹⁷⁷ Yılmaz Turgut, s. 154 vd.

kolluk faaliyetleri de yürütmektedir. Ajansın kamu tüzel kişiliğine sahip olduğunun tespiti, kamu gücü kullanılan bu faaliyetler konusundaki anayasal tartışmaların dışında bırakılması bakımından da önem taşımaktadır.

Öte yandan kamu ihaleleri konusunda tesis edilen, “Türkiye Çevre Ajansı Tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3. Maddesinin (j) Bendi Kapsamında Depozito Yönetim Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi Faaliyetlerine İlişkin Olarak Yapılacak Mal ve Hizmet Alımlarına Dair Usul ve Esasların”, dayandığı kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi dolayısıyla uygulama kabiliyetinin bulunmadığı düşünülmektedir. Bu bakımdan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun uygulama alanının dışına çıkılmak isteniyorsa, Ajansa özel ihale koşullarının yer aldığı yasal bir düzenleme yapılmalıdır.

Bu çalışmada Ajansın iktisadi kamu hizmeti ifa eden bir kurum olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda Türkiye Çevre Ajansının kamu hizmeti ilkelerine uygun bir şekilde faaliyette bulunması gerekmektedir. Ayrıca uluslararası çevre hukuku ilkelerinin merkeze alınması da kurumun çevresel etkinliğine katkı sağlayacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Ajansın kurulma amaçlarını gerçekleştirebilmesi için, düzenleme yetkisi konusunda kuruma alan açabilecek bir mevzuat dönüşümünde yarar olacağı düşünülmektedir. Bunun yanı sıra depozito sisteminin bir an önce uygulamaya geçirilmesi ve kapsamının genişletilmesinin çevresel korumanın etkinleştirilmesine; tüketiciler açısından şeffaflığı sağlayacak önlemlerin alınmasının da demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine daha uygun olacağına kuşku yoktur.

KAYNAKÇA

- Akbulut Emre, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara, 2020.
- Alica Süheyla Suzan, *Kent Çevre Hukuk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Atay Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Yayınları, Ankara, 2023.
- Azrak Ülkü, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, *Anayasa Yargısı*, C. 1, 1984, s. 151 – 168.
- Bülbül Erdoğan, *Kamu İştirakleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- Çal Sedat, *Türk İdare Hukukunda Ruhsat*, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2012.
- Çağlayan Ramazan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 3. Bası, Asil Yayınları, Ankara, 2004.
- Çağlayan Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Dalkılıç Elvin Evrim, “İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013-2, 2013, s. 105 – 123.
- Duran Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Ecer Kübra, Güner Oğuz, Çetin Murat, “Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türkiye Ekonomisinin Uyum Politikaları”, *İşletme ve İktisat Çalışmaları Dergisi*, 9(2), s. 125 – 144.
- Gökalg Süheyla Suzan, “Çevre Sorunları, Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluğu”, *Memleket Siyaset Yönetim (MSY)*, 17(38), 2022, s. 267 – 300.
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku*, C I, Ekin Yayınları, Bursa, 2019.
- Gözler Kemal, “Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar?”, Prof. Dr. Metin Günday’a Armağan, (Ed. Burak Öztürk et al.), *Ankara Atılım Üniversitesi Yayınları*, 2020, C.I, s. s. 477 – 500. (Gözler, Kamu Tüzel Kişiliği)
- Gözler Kemal / Kaplan Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, Bursa, 2021.
- Güleç Solak Sevcan, Peküçükşwn Şerife, “Türkiye’de Kentsel Katı Atık Yönetimi: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 7(3), Bişkek, 2018, s. 653 – 683.
- Güneş Ahmet, *Çevre Hukuku*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015. (Güneş, Çevre Hukuku)
- Güneş Turan, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965.
- Kaboğlu İbrahim, *Çevre Hakkı*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1992.
- Kağıtçioğlu Mutlu, “Kamu Tüzel Kişiliği Kurma İhtiyacını Sorgulamak: Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu Üzerinden Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23(2), 2021, s. 873 – 904.
- Kahl Wolfgang, “İklimin Korunması ve Temel Haklar (Klimaschutz und Grundrechte)”, Çev. Zeynep N. Aydınoglu Yalçın, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(2), 2023, s. 1103 – 1129.
- Kaplan Gürsel, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2020.
- Karahanoğulları Onur, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Kılıç Selim, “Sürdürülebilir Kalkınma Anlayışının Ekonomik Boyutuna Ekolojik Bir Yaklaşım”, *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 47, 2012, s. 201 – 226.
- Okay Tekinsoy Özge, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

- Onar Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. I, İsmail AKGÜN Matbaası, İstanbul, 1966.
- Önder Hüseyin, “Sürdürülebilir Kalkınma Anlayışında Yeni Bir Kavram: Döngüsel Ekonomi”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 57, 2018, s. 196 – 204.
- Özay İl Han, “Futbolda “Özelleştirme”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 11 (1-3), 1990, İstanbul, s. 31- 37.
- Özdek E. Yasemin, *İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1993.
- Öztürk Burak, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Palabıyık Hamit, “Çevre Sorunu Olarak Kentsel Katı Atıklar (Çöpler) ve Entegre Katı Atık Yönetimi”, *Türk İdare Dergisi*, 70(420), Ankara, 1998, s. 45 – 64. (Palabıyık, Kentsel Katı Atıklar (Çöpler))
- Palabıyık Hamit, “Kentsel Katı Atıkların Yönetimi: Geri Kazanım ve Sürdürülebilirlik Konusunda Perspektifler”, *Türk İdare Dergisi*, 71(422), Ankara, 1999, s. 67 – 91. (Palabıyık, Geri Kazanım ve Sürdürülebilirlik)
- Sancakdar Oğuz, Önüt Lale Burcu, Us Doğan Eser, Kasapoğlu Turhan Mine, Serkan Seyhan, *İdare Hukuku*, Seçkin Yayınları, 10. Bası, 2021.
- Sapmaz Veral Evren, Yiğitbaşıoğlu Hakan, “Avrupa Birliği Atık Politikasında Atık Yönetiminden Kaynak Yönetimi Yaklaşımına Geçiş Yönelimleri ve Döngüsel Ekonomi Modeli”, *Ankara Üniversitesi Çevre Bilimleri Dergisi*, 6(1), Ankara, 2018, s. 1 - 19.
- Semiz Yasemin, “Anayasa Mahkemesi’nin Çevre Hakkı Perspektifi”, *Hacettepe HFD*, 4(2) 2014, s. 9-46.
- Sever D. Çiğdem, Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü, *Legal Hukuk Dergisi*, 14(158), 2016, s. 1175 - 1226.
- Sever D. Çiğdem, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021. (Sever, Kanuna Dayanma İlkesi)
- SYSTEMIQ and Ellen MacArthur Foundation, Archivieng “growth within” (2017).
- Türkoğlu Üstün Kamile, “Yeni Bir Dönemin Başlangıcı: Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türk Çevre Hukuku ve Politikalarına Etkileri”, *Memleket Siyaset Yönetim (MSY)*, 16(36), 2021, s. 329 – 366.
- Ulusoy Ali D., *Türk İdare Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Yılmaz Turgut Nükhet, *Çevre Politikası ve Hukuku*, İmaj Yayınları, Ankara, 2012.
- Yokuş Sevük Handan, *Çevre Hukuku*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

EXTENDED SUMMARY

LEGAL STRUCTURE OF TURKISH ENVIRONMENTAL AGENCY AND ITS ROLE IN PROTECTING THE ENVIRONMENT

Zeynep Nihal Aydınoglu Yalçın, Assoc. Prof.

zeynepaydinoglu@kku.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-7939-8458>

In the current era, environmental issues, especially global warming, have necessitated a paradigm shift in the economic approaches adopted by developed countries. In this context, a sustainable and cyclical economic understanding should prevail instead of a linear economy based on disposable practices.

In Turkey, efforts are being made to adopt a sustainable model in waste management to reach the environmental goals committed internationally. In order to implement this model, the existence of the state in both organizational and functional context is required. In this context, in order to establish a deposit management system, which is one of the most important elements of the circular economy, the Turkish Environment Agency was established by Law No. 7261, which is an administration solely responsible for this issue. Although the Law states that the Agency has a legal personality, there is no clarity about the nature of this legal personality. Furthermore, it is stated that the Agency will operate under private law provisions outside the relevant Law. Although this ambiguous situation regarding the legal personality of the Agency was resolved by the Constitutional Court's decision dated February 16, 2023 (2021/27 M, 2023/26 D), and it was stated that the Agency has a public legal entity, it is beneficial to evaluate the privileges derived from the public power that grants the Agency the status of a public legal entity. As a matter of fact, these privileges and obligations also point to the Agency's sphere of influence on the protection of the environment.

One of the main privileges of the Turkish Environment Agency arising from its public power is that it is equipped with the ability to establish unilateral, executive administrative actions. The permissions and obligations of the actors in the system are determined by the Agency. Moreover, although it is doubtful that the Agency can issue regulatory acts in the form of bylaw, it should be accepted that the Agency can issue unnamed regulatory acts for the implementation of the laws related to its field of duty. In addition, the Agency may also carry out activities for the supervision of the deposit system on a national scale in accordance with its founding law. These activities, which are special administrative law enforcement activities, are undoubtedly an important indicator of the use of public power.

In terms of being subject to the provisions of the Public Procurement Law, which can be characterized as an obligation of public power, the Agency was initially immunized from these provisions; however, since the Constitutional Court annulled the relevant provision and the Procedures and Principles to be applied in the tenders to be held by the Agency based on the annulled provision are no longer applicable, there is a need for

a legal arrangement in this regard. On the other hand, unlike other related institutions, the Agency is not regulated as having a special budget in Law No. 5018 and does not have budgetary autonomy, which is one of the consequences of having a public legal entity. Furthermore, it is observed that the Ministry to which the Agency is affiliated has significant supervisory powers over the Agency's personnel. Since the fundamental regulations regarding its field of activity will be determined by the Ministry, the Turkey Environmental Agency seems to have a very limited range of action, almost confined to individual administrative acts in running the deposit system.

The main tasks of the Turkish Environment Agency are to establish, operate, monitor and supervise the deposit system on a national scale. In this respect, the Agency is an administration within the state organization in line with the European Commission's Circular Economy Action Plan, the European Union's climate neutrality targets and Turkey's commitments in this regard.

According to the Constitutional Court, the activity carried out by the Agency is a public service. Although Law No. 7261 does not contain any statement regarding the nature of public service, it can be concluded that it is a public service from the combination of the fact that a legal regime different from the private field of activity is adopted in terms of deposit management and that the activity is in the public interest, and that it is an administration that performs economic public service due to the predominance of its economic nature. The most important consequence of this determination is that the Turkish Environment Agency has to operate in accordance with the principles of public service. Additionally, the effectiveness of the Agency in the environmental context is directly related to its establishment of a working model consistent with international environmental law principles. Ensuring transparency for consumers will contribute to the implementation of the participation principle

Finally, it should be noted that in order to increase the effectiveness of the Agency in the environmental context, it would be beneficial to increase its autonomy against the Ministry of Environment, Urbanization and Climate Change as soon as possible, as well as a legislative transformation that would expand the scope of the deposit practice and create space for consumer participation.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TMK M. 187 HÜKMÜNE İLİŞKİN İPTAL KARARINDAN SONRA EVLENEN KADININ SOYADI

THE MARRIED WOMAN'S SURNAME AFTER THE ANNULMENT DECISION
OF THE ARTICLE 187 OF TURKISH CIVIL CODE BY THE DECISION OF THE
CONSTITUTIONAL COURT

Dr. Öğr. Üyesi Seda Baş*

Dr. Sezgin Baş*

ÖZ

Evlenen kadının kocasının soyadını alacağını öngören TMK m. 187 hükmü, 22 Şubat 2023 tarihinde Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. 28 Nisan 2023'te Resmi Gazete'de yayımlanan iptal kararı, 9 ay sonra yürürlüğe girmiştir. İptal kararı yürürlüğe girdikten sonra TMK m. 187 hükmü uygulanamaz. Kanun koyucu, 9 aylık süre içerisinde evlenmenin kadının soyadına etkisini düzenleyen yeni bir hüküm ihdas etmemiştir. Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği m. 22'de, TMK m. 187 ile aynı içerikte bir düzenlemeye yer verilmiştir. İptal kararının yönetmelik hükmüne etkisi de ayrıca incelenmelidir. Bu sebeple TMK m. 187 hükmüne ilişkin iptal kararından sonra evlenen kadının soyadı meselesinin anayasal perspektiften incelenmesi ihtiyacı hasıl olmuştur. Bu inceleme yapılırken Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve iptal kararından sonra bir kanun boşluğu oluşup oluşmadığı hususlarının tartışılması gerekir. Uygulamaya bakıldığında 28 Ocak 2024'ten sonra, iptal kararı yürürlüğe girmesine rağmen, evlenen kadınların kocalarının soyadını almak zorunda kaldıkları görülmüştür. Kanuni bir dayanağı kalmamasına rağmen TMK m. 187, iptal kararı yokmuşçasına, uygulanmaya devam edilmektedir. Bu fiili durum, hak ihlallerine neden olmakta ve evlenen kadının soyadı konusunda yeni bir düzenleme beklentisi haklı olarak varlığını sürdürmektedir.

Anahtar Kelimeler: Soyadı, Kadının Soyadı, Aile Soyadı, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, Kanun Boşluğu.

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

ORCID: 0000-0001-5382-2663 | E-posta: seda.bas@inonu.edu.tr

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı.

ORCID: 0000-0002-6368-7263 | E-posta: szgnbas@gmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

Article 187 of the TCC which stipulated that the married woman would take her husband's surname, was annulled by the Constitutional Court on 22 February 2023. The annulment decision, published in the Official Gazette on 28 April 2023, entered into force nine months later according to the Court decision. After the annulment decision comes into force, Article 187 of the TCC has now become unenforceable. In addition, the legislator has not generated a new provision regulating the effect of marriage on a woman's surname within nine months. Art. 22 of the Execution Regulation of Population Services contains a regulation with the same regulation as the art. 187 of the TCC. However, the annulment decision came into force, the provision of the regulation was not abolished. Therefore, these situations necessitated the examination of the surname issue of the woman, who married after the Constitutional Court's annulment decision, from a constitutional perspective. When we look at the practice, it is seen that woman who marry after 28 January 2024 have to take their husband's surname. Although it has no legal basis, art. 187 of the TCC continues to be implemented as if there was no annulment decision. This de facto situation causes rights violations and the expectation of a new regulation regarding the surname of the married woman continues to rightfully exist.

Keywords: Surname, Surname of Woman, Family Surname, The Binding of Decisions of the Constitutional Court, Gap in Law.

GİRİŞ

Soyadı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir kişilik hakkıdır. Kişilerin toplum içerisinde birbirinden ayırt edilmesi ve düzenin sağlanması amacıyla adın değişmezliği ilkesi kabul edilmiştir. Ne var ki kadının soyadı, evlendikten sonra, evlilik devam ederken haklı bir sebebin varlığı durumunda kocanın soyadını değiştirmesine bağlı olarak ve evliliğin sonra ermesi halinde değişikliklere uğramıştır. Nitekim TMK m. 187’te evlenen kadının kocasının soyadını alacağı düzenlenirken; TMK m. 173’te, boşanmanın kişisel durumlara etkisi sadece kadın yönünden ele alınmıştır¹. TMK m. 173/I, c. 1’e göre, “*Boşanma halinde kadın, evlenmeye kazandığı kişisel durumunu korur; ancak evlenmeden önceki soyadını yeniden alır*”. Anılan düzenleme sebebiyle evlenerek kocasının soyadını alan böylece adı değişen kadın, boşandıktan sonra da kural olarak önceki soyadına dönmek zorundadır.

Anayasa Mahkemesi, önceleri TMK m. 187’nin iptali talebiyle açılan davaları kamu düzeni gerekçesiyle reddediyordu. Kamu düzeninin sağlanması ya da korunması, soyadının sürekli değişmesi ile mi sağlanacaktır? Kadının soyadının çeşitli sebeplerle sürekli değişikliğe konu olması, beraberinde birçok kamusal zorluğu da getirmektedir². Bu zorluklar kadın açısından hem zaman kaybı hem para kaybı olarak kendisini gösterebilmektedir. Öğretide isabetli olarak ifade edildiği şekliyle, “*Fakat zaman ve para harçayarak da düzeltilemeyecek şeyler vardır. Örneğin boşanmış bir akademisyen kadın, salt tezini/makalesini/monografisini yayınladığı sırada evli olduğu için, çalışmasına yapılan her atıfta boşandığı kocasının soyadıyla anılmak zorunda bırakılmaktadır.*”³ Bu sebeple kadının sürekli değiştirilmek zorunda kalan soyadı, kamu düzenini başlı başına bozan bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

TMK m. 187 hükmü, 22 Şubat 2023 tarihinde Anayasa Mahkemesince Anayasa’nın 10. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İptal kararı 28 Nisan 2023’te Resmi Gazete’de yayımlanmış ve kararın yürürlüğe girmesi 9 ay ertelenmiştir. Böylece TMK m. 187’ye ilişkin iptal kararı, 28 Ocak 2024’te yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten sonra hükmün uygulanması mümkün değildir. Ancak, kanun koyucunun 9 aylık süre içerisinde evlenmenin kadının soyadına etkisini düzenleyen yeni bir hüküm ihdas etmemesi, uygulamada iptal edilen hüküm yürürlükteymişçesine idarenin işlemler yapması hak ihlallerine neden olmaya başlamıştır.

Bu çalışmada öncelikle soyadı kavramı ve soyadının önemi üzerinde durularak evlenen kadının soyadı konusundaki düzenlemeler konusunda karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda kısa bir inceleme yapılacaktır. Daha sonra Anayasa Mahkemesi’nin TMK m. 187 hükmüne ilişkin iptal kararı, esas bakımından ve şekli bakımdan irdelenecektir. İptal kararının şekli hukuk düzenine etkisi özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, iptal kararı

¹ TMK m. 173/I, c. 1’in boşanan erkeği de kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği yönünde bkz., Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s. 141.

² Ebru Ceylan, “Yeni Türk Medeni Kanunu’na Göre Kadının Hukuki Durumu”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2/1 (2016), s. 95; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 2022, s. 127, 171; Murat Oruç, “Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 27 (2016), s. 454; Ayşe Havutçu ve Yasemin Kalkancı, “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (2020), s. 167.

³ Oruç, “Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi”, s. 454.

sonrası bir kanun boşluğunun bulunup bulunmadığı ve normun iptalinin dolaylı etkileri meseleleri çerçevesinde tartışılacaktır. Daha sonra öğretide TMK m. 187 hükmüne yöneltilen eleştiriler ve hükme ilişkin düzenleme önerilerine yer verilecektir. Son olarak bu eleştiriler ve düzenleme önerileri çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak evlenen kadının soyadına ilişkin getirilebilecek hükme ilişkin kanaatimiz açıklanacaktır.

I. SOYADI KAVRAMI VE SOYADININ ÖNEMİ

A. SOYADI KAVRAMI

Ad, kişinin diğerlerinden ayrılmasını ve toplum içerisinde bireysel bir varlık olarak tanınmasını sağlayan araçtır⁴. Ad temel olarak öz ad ve soyadın birleşiminden oluşur⁵. Öz ad, özellikle aynı soyadını taşıyan kişileri birbirinden ayıran ve doğumla birlikte ana baba tarafından verilen isimken; soyad, aynı soydan gelen kişileri diğer ailelerden ayırmaya ve aynı nesilden gelenleri birbirine bağlamaya yarayan ad olarak tanımlanabilir⁶.

Öz ad ve soyadı konusunda kavramsal bir birliğin bulunduğunu söylemek güçtür. Öz adın “ön ad” şeklinde ifade edildiğine rastlanmakla birlikte, günlük hayatta sadece ad denildiğinde öz adın kastedildiği görülmektedir. Soyadı konusunda ise “soy isim”, “aile adı/ismi”, “evlilik adı/soyadı” terimleri karşımıza çıkmaktadır. Alman hukukunda evlilikle birlikte kullanılan ortak soyadı anlamına gelen “*Ehename*” terimi⁷, Türk-İsviçre hukuk terminolojisine yabancı bir kavramdır⁸. Ancak İsviçre hukukunda bu anlamda “*Familienname*” terimi kullanılmaktadır⁹.

⁴ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s. 118; Yıldız Abik, *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 31; Esra Dursun, *Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 5.

⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, s. 119; Abik, *Kadının Soyadı*, s. 31; Dursun, *Kadın ve Çocuğun Soyadı*, s. 6.

⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, s. 119, 120.

⁷ Gediz Kocabaş, *Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2022, s. 72.

⁸ Fritz Sturm, “Künftiges Schweizer Namensrecht”, *Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul*, 32/49 (2000), s. 25; Abik, *Kadının Soyadı*, s. 32. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde “aile ismi” kavramına yer verilen çeşitli hükümler bulunmaktaydı. Bu hükümlere örnek olarak MK m. 26, 94, 126, 141, 153 gösterilebilir. MK m. 153, “*Karı, kocasına ait aile ismini taşır*” hükmünü ihtiva etmekteydi.

⁹ Sturm, “Künftiges Schweizer Namensrecht”, s. 25 vd. “*Name*” kenar başlığını taşıyan ZGB Art. 160 hükmünde madde metninde “*Familienname*” ibaresi kullanılmıştır.

Soyadı, kişilik hakkını oluşturan değerlerden biridir¹⁰. Kişiliğin bir parçası oluşu sebebiyle soyadı, kişilik hakkını koruyan hükümler çerçevesinde koruma altındadır¹¹. Soyadı üzerindeki hak, bu hususta farklı görüşler mevcut olsa da¹², bir kişilik hakkıdır¹³. Bu sebeple soyadı üzerindeki hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı¹⁴ ve mutlak bir haktır; zamanaşımına uğramaz, devredilemez, vazgeçilemez¹⁵ ve değiştirilemez¹⁶. Ad, bireyi toplum içerisindeki diğer kişilerden ayırdığından toplum yararı ve sosyal düzen göz önünde bulundurularak adın değişmezliği kuralı¹⁷ kabul edilmiştir. Bu kapsamda soyadının değiştirilmemesi kural, değişmesi istisnadır¹⁸.

¹⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, s. 118; Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2001, s. 74; Abik, *Kadının Soyadı*, s. 38; Fatma Tülay Karakaş, *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 101; İhsan Erdoğan, “Şahsiyeti İncitici Soyadı Meselesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6/1-2 (1998), s. 706; Serkan Ayan, “Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVI/4 (2012), s. 20; Serap Helvacı ve Gediz Kocabaş, “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, 21/2 (2015), s. 615, 616; Özge Erbek Odabaşı, “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/1 (2017), s. 46.

¹¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, s. 141; Helvacı, *Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, s. 74; Helvacı ve Kocabaş, “Kadının Soyadı”, s. 616; Hayrunnisa Özdemir, “Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (3) 2008, s. 582; Saibe Oktay-Özdemir, “Soyadı ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması”, *MÜHF-HAD*, 22/3 (2016), Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 2019; Erbek Odabaşı, “Evli Kadının Soyadı”, s. 46; Dursun, *Kadın ve Çocuğun Soyadı*, s. 14.

¹² Ad üzerindeki hakkın niteliği hususundaki görüşler için bkz., Abik, *Kadının Soyadı*, s. 38, dn. 37; Özdemir, “Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, s. 583; Dursun, *Kadın ve Çocuğun Soyadı*, s. 13-14.

¹³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, s. 118; Helvacı, *Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, s. 74; Abik, *Kadının Soyadı*, s. 38; Oktay-Özdemir, “Soyadı”, s. 2019; Dursun, *Kadın ve Çocuğun Soyadı*, s. 14.

¹⁴ Abik, *Kadının Soyadı*, s. 38. Ad üzerindeki hakkın nisbi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu yönünde bkz., Karakaş, *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar*, s. 101-102 ve ayrıca s. 67-68.

¹⁵ Kadının soyadının çeşitli sebeplerle sürekli değişikliğe konu olması, soyadının kadın açısından adeta “vazgeçilebilir kişilik hakkı” olarak nitelendirilmesine neden olmaktadır. Bu yöndeki haklı eleştiri ve değerlendirmeler için bkz., Nevin Ünal Özkorkut, “Kadının Vazgeçilebilir Kişilik Hakkı: Soyadı – Kadının Soyadı Üzerindeki Hakkının Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi”, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 23 vd. Soyadının kişilik hakkının tüm özelliklerini taşıması, “kadınlar” açısından geçerli olmayıp erkek bireyler bakımından bir anlam ifade etmektedir. Bu yönde bir eleştiri için bkz., Nazan Moroğlu, “Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 99 (2012), s. 246-247. Aynı yönde, Abik, *Kadının Soyadı*, s. 48; Özgün Çelebi, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı ve Soyadının Çocuğa Aktarımı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019/2, s. 554. Ad üzerindeki hakkın erkek bakımından mutlak biçimde, kadın bakımından nisbi biçimde korunduğu yönünde bkz., Ece Göztepe, “Anayasal Eşitlik Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 54/2 (1999), s. 115; Bahar Öcal Apaydın, “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6/2 (2015), s. 437.

¹⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, s. 119; Abik, *Kadının Soyadı*, s. 39.

¹⁷ Adın değişmezliği kuralı hakkında bkz., Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, s. 133; Abik, *Kadının Soyadı*, s. 41; Erdoğan, “Soyadı”, s. 708.

¹⁸ Adın değiştirilmesi istisna olmakla birlikte, bu hususta sıkı kanuni şartların varlığı aranmaktadır. Bu şartlar, haklı sebebin varlığı ve kesinleşmiş mahkeme hükmüdür. Bu hususta bkz., Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, s. 133-140; Abik, *Kadının Soyadı*, s. 41 vd. Ancak Nüfus Hizmetleri Kanunu'da yapılan bazı değişikliklerle mahkeme kararı aranmaksızın adın değiştirilmesi mümkün kılınmıştır. Bu değişiklikler hakkında ayrıntılı bir inceleme ve değerlendirmeler için bkz., Reyhan Tuhan Boz, “Mahkeme Kararı Aranmaksızın Adın Değiştirilmesi ve Düzeltilmesine Dair Bazı Meseleler”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/2 (2022), s. 440 vd. Haklı nedenin varlığı durumunda evli kadının adını değiştirebileceği tartışmasız kabul edilmekle birlikte,

Soyadının kazanılması, genellikle doğum yoluyla olur. Ancak evlenme, evlat edinilme, idari karar, mahkeme kararı ve seçme yoluyla da soyadının kazanılması mümkündür¹⁹. Soyadının evlenme ile kazanılmasını düzenleyen TMK m. 187, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına kadar, kadın açısından anlam ifade eden bir düzenleme idi. Nitekim emredici nitelikteki bu hükümle kanun koyucu kadına, kocasının soyadını taşıma yükümlülüğü getirmiştir. Kadının kocasının soyadının önünde, önceki soyadını kullanma hakkı mevcut olsa da, evlenen kadının kocasının soyadını taşıması bir zorunluluktur²⁰.

B. SOYADININ ÖNEMİ

Soyadı, kişilerin ve ailelerin birbirinden ayırt edilmesini sağlayan, toplumsal gerekçeler ve kamu düzeni gibi nedenlerle kullanılması zorunlu kılınan bir işarettir. Soyadına atfedilen bu önem, soyadının belli bazı fonksiyonları da taşıması nedeniyledir. Bu fonksiyonlar sayesinde soyadı, toplumsal düzenin sağlanması amacıyla gerekli olan işlevleri yerine getirir. Soyadının işlevleri genel olarak, kişiyi belirtme, statü işareti olma²¹, düzen ve aidiyet olarak sıralanabilir²². Evlenen kadının soyadı meselesinde, arz ettiği önem dolayısıyla soyadının özellikle düzen ve aidiyet işlevleri üzerinde durulacaktır.

Soyadı, genellikle doğumla birlikte kazanılan ve kişinin ailesiyle kurduğu önemli bir bağıdır²³. Bu bağ, toplum içerisinde kişinin hangi aileye, soya ait olduğunu gösterir. Bu sebeple soyadının belki de en önemli işlevi, aidiyettir²⁴. Kişinin ait olduğu ailenin soyadını taşıması, soyağacının anlaşılması, alt ve üst soyların bilinmesi bakımından da önem taşımaktadır. Soyadı, böylece bir topluluğu temsil eder²⁵. Sadece babanın veya sadece annenin soyadını taşıyan çocuklar bakımından aidiyet fonksiyonunun, işlevini tam anlamıyla yerine getiremeyeceği düşünülmektedir²⁶. Nitekim bu durumda büyük ailenin belirlenmesinde çeşitli zorluklarla karşılaşabilmektedir.

Soyadı, kamusal alanlarda ortaya çıkabilecek düzensizlikleri önleme fonksiyonuna da sahiptir. Ancak, soyadının kamu düzenini sağlama fonksiyonunu tam olarak yerine getirebilmesi için adın sürekliliği sağlanmalıdır. Bu anlamda adın değişmezliği ilkesinin tatbik

TMK m. 187 hükmü nedeniyle evlenince aldığı kocasının soyadını değiştiremeyeceği ileri sürülmektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz., Abik, Kadının Soyadı, s. 43-46. Evli kadının haklı neden varsa soyadının değiştirilmesini isteyebileceği yönündeki görüş için bkz., Abik, Kadının Soyadı, s. 46. Kişiliğe zarar veren, kişiyi utandıran, gülünç soyadları haklı neden sayılabilir. Bu kapsamda evli kadının soyadını değiştirmesi hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz., Erdoğan, "Soyadı", s. 709-711.

¹⁹ Soyadının kazanılması hakkında bkz., Abik, Kadının Soyadı, s. 54-62; Dursun, Kadın ve Çocuğun Soyadı, s. 15-19.

²⁰ Erdoğan, "Soyadı", s. 710; Abik, Kadının Soyadı, s. 57; Dursun, Kadın ve Çocuğun Soyadı, s. 29.

²¹ Evli kadınların statülerinin belirlenmesinde adın önemine ve 4721 sayılı TMK'da değişiklik yapılmadan önce, MK m. 153 hükmü nedeniyle, kadının statüsünün tespitinin daha kolay olduğu yönünde bir değerlendirme için bkz., Özdemir, "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", s. 565. Kadınların ad üzerindeki hakkın statü olarak korunduğu hususunda bkz., Göztepe, "Evlilikte Kadınların Soyadı", s. 115.

²² Soyadının fonksiyonları/işlevleri hakkında ayrıntılar için bkz., Abik, Kadının Soyadı, s. 47-53; Dursun, Kadın ve Çocuğun Soyadı, s. 19-22.

²³ Ünal Özkorkut, "Kadının Vazgeçilebilir Kişilik Hakkı", s. 30.

²⁴ Abik, Kadının Soyadı, s. 50; Moroğlu, "Kadının Soyadı", s. 247; Dursun, Kadın ve Çocuğun Soyadı, s. 21.

²⁵ Abik, Kadının Soyadı, s. 50.

²⁶ Dursun, Kadın ve Çocuğun Soyadı, s. 21

edilmesinin arz ettiği önem ortadadır²⁷. Evlenen kadının evlenme, boşanma gibi nedenlerle haklı neden olarak telakki edilerek sürekli soyadına değişikliğine maruz bırakılması, kamu düzenini bozan başlıca mesele olarak ortaya çıkmaktadır.

II. EVLENEN KADININ SOYADI

A. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EVLENEN KADININ SOYADI

1. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda, tarihsel süreç içerisinde evlenen kadının soyadı çeşitli değişikliklere konu olmuştur. İsviçre'de evlenen kadının soyadı konusundaki düzenlemeler, 2011 tarihli değişiklikten önce ve sonra olmak üzere ayrıca incelenmelidir. Nitekim 2011 tarihli değişiklik öncesi, İsviçre'de aile soyadında birlik ilkesi geçerliydi²⁸. İsviçre hukukunda evlenen kadının soyadı konusunda daha önce de önemli gelişmeler yaşanmıştı. Bu gelişmeleri, 1988 tarihli değişiklik öncesi ve sonrası olmak üzere iki ayrı dönemde incelemek gerekir. 1988 tarihli değişiklikten önce ZGB Art. 161'de evli kadının kocasının aile ismini alacağı yönünde bir düzenleme mevcuttu. 1988 tarihli değişiklikten sonra "*Familienname*" kenar başlığını taşıyan ZGB Art. 160'a erkeğin soyadının aile soyadı olduğu ve evlenen kadının bu soyadının önünde önceki soyadını taşıyabileceği yönünde bir düzenleme getirildi²⁹. Çift soyadı denilen bu tercihle birlikte, evlenen kadının mecburi soyadı değişikliği yumuşatılmaya çalışılmıştır. Kadın, kocasının soyadının önünde önceki soyadını taşımak istiyorsa, bunu evlendirme memuruna yapacağı bir beyanla gerçekleştirebilir³⁰. Bir başka önemli değişiklik, ZGB Art. 30'da yer almaktadır. 1988 yılında yürürlüğe giren ZGB Art. 30/2'ye³¹ göre, haklı, önemli bir sebebin (*achtenswerte Gründe*) varlığı halinde kadın eşin soyadı da aile soyadı olarak alınabilir³².

²⁷ Abik, Kadının Soyadı, s. 47; Dursun, Kadın ve Çocuğun Soyadı, s. 20.

²⁸ Verena Bräm und Franz Hasenböhler, Zürcher Kommentar Band/Nr. II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Zürich: Schulthess Verlag, 1998, Art. 160, s. 86, N. 9; Heinz Hausheer, Ruth Reusser und Thomas Geiser, Berner Kommentar Band II, Nr. 1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Bern: Stämpfli Verlag, 1999, Art. 160, s. 98, N. 12.

²⁹ Art. 160- Familiennamen: "1 Der Name des Ehemannes ist der Familienname der Ehegatten. 2 Die Braut kann jedoch gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, Sie wolle ihren bisherigen Namen dem Familiennamen voranstellen. 3 Trägt sie bereits einen solchen Doppelnamen, so kann sie lediglich den ersten Namen voranstellen.", https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de, Erişim: 10.02.2024.

³⁰ Hausheer, Reusser und Geiser, Art. 160, s. 101, N. 16; Bräm und Hasenböhler, Art. 160, s. 97, N. 33

³¹ Bu hüküm, 1 Ocak 2013'ten itibaren geçerli olacak şekilde 30 Eylül 2011 tarihli "İsim ve Vatandaşlık Hakkında Kanun"la yürürlükten kaldırılmıştır.

³² Bräm und Hasenböhler, Art. 160, s. 81, N. 4 ve özellikle s. 88, N. 12 vd. Türk hukukunda da kadının soyadının, İsviçre hukukunda olduğu gibi, adın değiştirilmesine ilişkin hükümden yararlanılarak aile soyadı olarak belirlenebileceği ifade edilmektedir. Bu hususta bkz., Murat Doğan, "Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52 (4) 2003, s. 126.

1 Ocak 2013'ten beri yürürlükte olan ZGB Art. 160'ta, adın değişmezliği temel ilkesinden hareket edilerek yeni bir düzenleme getirilmiştir³³. ZGB Art. 160³⁴ "1. Her eş kendi soyadını³⁵ muhafaza eder. 2. Evlenen çift (gelin ve damat) ortak aile soyadı olarak kadının bekarlık soyadını veya erkeğin soyadını kullanmak istediklerini nüfus memuruna beyan edebilirler. 3. Evlenen çift, kendi soyadlarını muhafaza etmişlerse, çocuklarına hangi tarafın bekarlık soyadının verilmesi gerektiğine karar verirler. Nüfus memuru, haklı sebeplerin varlığı durumunda evlenen çifti bu yükümlülükten muaf tutabilir." hükmünü içermektedir. Bu düzenlemenin ilk sonucu, -erkeğin soyadı olan- evlenme sonrası ortak aile soyadı birliğinin terk edilmesidir³⁶. Bu değişiklik, kadın-erkek eşitliğini tam olarak hayata geçirmeye yönelik önemli adımlardan biridir. Nitekim kanun koyucu, eşlerin ortak bir aile soyadı kullanma zorunluluğu bulunmadığını, aksine bu konuda bir serbestiye sahip olduklarını vurgulamaktadır³⁷. Evlenen çiftin ayrı ayrı kendi soyadlarını kullanma ve içlerinden birisine ait soyadını aile soyadı olarak belirleme yönündeki serbest seçim hakları, evlenme anına kadar geçerlidir³⁸. Seçim hakkı kullanılırken

³³ Alexandra Zeiter, Handkommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 159 - 169 und 270 ZGB, Art. 43 - 65 IPRG und zum PauRG, in: Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2012, Art. 160, s. 504, N. 1; Michael Schlumpf und Christian Fraefel, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht, Art. 1-456 ZGB, Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2023, Art. 160, s. 547, N. 1; Wilhelm Felder und Heinz Hausheer, Familienrecht für Einsteiger - Familienrecht verständlich beschrieben, Stämpfli Verlag, 2021, s. 105; Fleur Weibel, "Kein gemeinsamer Name mehr?", FamPra.ch, 2018, s. 960; Kudret Güven, İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler, Ankara: Savaş Yayınevi, 2023, s. 244.

³⁴ Name: "1. Jeder Ehegatte behält seinen Namen. 2. Die Brautleute können aber gegenüber der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten erklären, dass sie den Ledignamen der Braut oder des Bräutigams als gemeinsamen Familiennamen tragen wollen. 3. Behalten die Brautleute ihren Namen, so bestimmen sie, welchen ihrer Ledignamen ihre Kinder tragen sollen. In begründeten Fällen kann die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte die Brautleute von dieser Pflicht befreien.", <https://lawbrary.ch/law/art/ZGB-v2022.01-de-art-160/>, Erişim: 08.02.2024.

³⁵ "Kendi soyadı" ifadesiyle eşlerin "bekarlık" soyadı kastedilmektedir. Bu soyadı, doğum, evlat edinme veya ZGB Art. 30 çerçevesinde "geçerli" nedenin bulunması nedeniyle soyadı değişikliği yoluyla kazanılır. Dolayısıyla hükümde "Ledigname" ile kastedilen, evlenmeden önce kullanılan soyadını değil, aksine ilk evlilikten önce kullanılan soyadıdır. Bu hususta bkz., Felder und Hausheer, s. 106; Regine E. Aebi-Müller, "Das neue Familiennamensrecht - eine erste Übersicht", SJZ, 108 (2012), s. 450, 455; Helvacı ve Kocabaş, Kadının Soyadı", s. 629; Güven, İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler, s. 244. Evlilikten önce taşınan soyadı, "Allianzname" olarak ifade edilmektedir. Bu hususta bkz., Bräm und Hasenböhler, Art. 160, s. 98, N. 37; Aebi-Müller, "Das neue Familiennamensrecht", s. 451. Aile soyadı olarak, hangi yolla elde edildiğine bakılmaksızın, evlenme anında eşlerin sahip oldukları soyadının seçilebileceği yönünde bkz., Zeiter, Art. 160, s. 505, N. 3; Kocabaş, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi, s. 126. Bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı yönünde, Ayan, "Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik", s. 45, dn. 112. Bu düzenlemede eşlerin fiilen taşıdıkları soyadının değil, bekarlık soyadının alınmasına izin verilmesi öğretide eleştirilmektedir. İsviçre kanun koyucusu, soyadının hangi şekilde kazanıldığına bakılmaksızın kişiye ait ve vazgeçilmez bir kişilik hakkı olduğunu dikkate almamıştır. Bu hususta bkz., Oktay-Özdemir, "Soyadı", s. 2021.

³⁶ Schlumpf und Fraefel, Handkommentar, Art. 160, s. 548, N. 1; Aebi-Müller, "Das neue Familiennamensrecht", s. 450; Ayan, "Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik", s. 20.

³⁷ Aebi-Müller, "Das neue Familiennamensrecht", s. 450; Helvacı ve Kocabaş, "Kadının Soyadı", s. 628; Güven, İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler, s. 245. Ortak bir aile soyadı kullanma zorunluluğu Hollanda, İspanya ve Yunanistan'da bulunmamaktadır. Bu hukuk düzenleri hakkında bir inceleme için bkz., Beşir Acabey, "Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 19/Özel Sayı (2017), s. 506 vd.

³⁸ Aebi-Müller, "Das neue Familiennamensrecht", s. 450; Helvacı ve Kocabaş, "Kadının Soyadı", s. 632; Kocabaş, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi, s. 135.

herhangi bir gerekçe gösterilmesi gerekmez; önemli olan tarafların ortak iradeleridir³⁹. Tek seçenekli oluşu nedeniyle daha basit ve kolay bir soyadının kullanımının amaçlandığı bu düzenlemeyle, çift soyadı taşınması uygulamasına da son verilmiştir⁴⁰.

2. Alman Hukukunda

Alman hukukunda aile soyadı konusundaki temel norm, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 1355'tir⁴¹. Bu hüküm, eşlerin evlilikle birlikte kullanmaya hak kazandıkları ortak aile soyadı anlamına gelen "Ehename" kenar başlığını taşımaktadır. Aile adında birlik ilkesinden hareketle⁴² kaleme alınan bu hükümde, "eşlerin ortak bir aile adı belirlemeleri gerektiği" düzenlenmiştir. Ancak bu bir zorunluluk olmayıp, ortak aile adının seçimi konusunda eşlere bir yükümlülük yüklenmemiştir⁴³. Bir başka deyişle kanun koyucunun burada temel amacı, ortak aile adının seçimi hususunda eşleri teşvik etmektir. Ortak aile adı seçimi bir zorunluluk olmadığı için eşler bu yönde bir seçim yapmazlarsa, evlenme sırasında sahip oldukları soyadını taşırlar (BGB § 1355 Abs. 1 S. 3). Seçim hakkı kullanıldıktan sonra bundan dönülmesi mümkün değildir⁴⁴.

Aile adının belirlenmesinde eşlere iki seçenek öngörülmüştür. Aile adı olarak eşlerden birinin doğumla kazandığı ya da evlenme başvurusu sırasında sahip olduğu soyadı seçilebilir⁴⁵. Bunun dışında eşlerin soyadlarının birleştirilmesi yoluyla⁴⁶ elde edilen karma bir soyadı ya da tamamen yabancı bir soyadının seçilmesi söz konusu olamaz. Aile soyadı olarak seçilecek ad, kadına ya da erkeğe ait olabilir; ancak uygulamada çoğunlukla erkeğin soyadı ortak aile adı olarak tercih edilmektedir⁴⁷.

Evlilik adı olarak nitelenen ortak aile soyadı evlenme sırasında seçilmelidir (BGB § 1355 Abs. 3). Ancak seçim hakkı, zaman yönünden sınırlandırılmayarak evlendikten sonra da ortak aile adının seçilebilmesine olanak tanımıştır⁴⁸. Ortak aile adının seçimi konusunda zamansal farklılık, ad seçilirken uyulması gereken şekil şartlarında etkisini gösterir. Evlenme sırasında ortak aile adının seçilmesi herhangi bir şekle bağlı değildir. Evlendikten sonra ortak aile adının seçilmesi durumunda ise resmi şekle uymak gerekir (BGB § 1355 Abs. 3 S. 2). Kendi soyadı aile adı olarak seçilmeyen eş, nüfus müdürlüğüne beyanda bulunarak doğum adını ya da evlenme anında sahip olduğu soyadını ortak aile adının önüne veya arkasına ekleyebilir (BGB §

³⁹ Helvacı ve Kocabaş, "Kadının Soyadı", s. 628, 629.

⁴⁰ Bu hususta ayrıntılı bir inceleme için bkz., Weibel, s. 962-966; Kocabaş, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi, s. 132-134.

⁴¹ Kathrin Kroll-Ludwigs, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Köln: Otto Schmidt Verlag, 2023, § 1355, s. 4937, N. 5.

⁴² Gerd Brudermüller, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, München: C. H. Beck, 2018, § 1355, s. 1823, N. 2; Kroll-Ludwigs, § 1355, s. 4937, N. 5; Helvacı ve Kocabaş, "Kadının Soyadı", s. 621; Kocabaş, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi, s. 83.

⁴³ Brudermüller, § 1355, s. 1823, N. 2; Kroll-Ludwigs, § 1355, s. 4937, N. 5; Helvacı ve Kocabaş, "Kadının Soyadı", s. 621; Kocabaş, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi, s. 83.

⁴⁴ Kroll-Ludwigs, § 1355, s. 4938, N. 12

⁴⁵ Brudermüller, § 1355, s. 1823, N. 4; Kroll-Ludwigs, § 1355, s. 4937, N. 7, 8; Helvacı ve Kocabaş, "Kadının Soyadı", s. 622, 623; Kocabaş, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi, s. 86, 87.

⁴⁶ Kocabaş, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi, s. 89.

⁴⁷ Kroll-Ludwigs, § 1355, s. 4937, N. 5.

⁴⁸ Brudermüller, § 1355, s. 1823, N. 6

1355 Abs. 4 S. 1). Eklemeli soyadı ya da eşlik eden ad kullanma hakkı, sadece soyadı aile adı olarak seçilmeyen eşe aittir⁴⁹.

3. Avusturya ve Fransız Hukukunda

Avusturya hukukunda aile soyadında birlik ilkesi benimsenmiştir. Kanun koyucu bu genel ilkeyi Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) § 93⁵⁰ ile “eşler, seçtikleri ortak aile adını kullanırlar” şeklinde ortaya koymuştur. Hükümün devamında ortak aile seçilmemesi halinde eşlerin kendi soyadlarını koruyacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Böylece evlenmeye rağmen adın korunması ilkesinden de vazgeçilmeyerek karma bir yapı ortaya koyulmuştur⁵¹. Ortak aile adının belirlenmesi hususunda temel norm, ABGB §93 Abs. 2’dir. Buna göre ortak aile adı ya eşlerin soyadları arasından ya da eşlerin soyadlarının bir araya getirilmesi suretiyle oluşturulan çift unsurlu bir soyadı yaratılması suretiyle seçilir. Çift unsurlu aile adı yaratılması durumunda eşlerin soyadlarının hangi sırayla kullanılacağına da kararlaştırılması gerekir. İki eşin soyadından oluşan çift unsurlu aile adı, soyadları arasına kısa çizgi eklenmek suretiyle kullanılır. Bu tercih, birlik ilkesini destekler niteliktedir⁵².

Fransız hukukunda ise eşlerin soyadı, Code Civil (CC) Article 225-1’de düzenlenmiştir. Fransız hukukunda kadının kocasının soyadını kullanma mecburiyeti yoktur, aksine kullanma hakkı mevcuttur⁵³. 2022-301 sayılı ve 2 Mart 2022 tarihli Kanun’la anılan hükümde değişiklik yapılmıştır. 1 Temmuz 2022’de yürürlüğe giren CC Article 225-1’e⁵⁴ göre, eşler, diğer eşin soyadını seçebileceği gibi bu soyadını kendi belirleyeceği sıraya göre kendi soyadına da ekleyebilir. Diğer eşin soyadını alma hakkı, hukuki niteliği itibarıyla basit bir kullanma hakkıdır⁵⁵.

⁴⁹ Brudermüller, § 1355, s. 1824, N. 7; Kroll-Ludwigs, § 1355, s. 4938, N. 11; Kocabaş, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi, s. 91.

⁵⁰ “ (1) Die Ehegatten führen den von ihnen bestimmten gemeinsamen Familiennamen. Mangels einer solchen Bestimmung behalten sie ihre bisherigen Familiennamen bei. (2) Zum gemeinsamen Familiennamen können die Verlobten oder Ehegatten einen ihrer Namen bestimmen. Wird hierfür ein aus mehreren voneinander getrennten oder durch einen Bindestrich verbundenen Teilen bestehender Name herangezogen, so können der gesamte Name oder dessen Teile verwendet werden. Sie können auch einen aus den Familiennamen beider gebildeten Doppelnamen zum gemeinsamen Familiennamen bestimmen; dabei dürfen sie insgesamt zwei Teile dieser Namen verwenden. (3) Derjenige Ehegatte, dessen Familienname nicht gemeinsamer Familienname ist, kann auch schon vor Eheschließung bestimmen, dass er einen aus dem gemeinsamen Familiennamen und seinem Familienamen gebildeten Doppelnamen führt, sofern nicht der gemeinsame Familienname bereits aus mehreren Teilen besteht; auch darf der Ehegatte, dessen Familienname aus mehreren Teilen besteht, nur einen dieser Teile verwenden. (4) Ein Doppelname ist durch einen Bindestrich zwischen dessen einzelnen Teilen zu trennen.”, <https://www.ris.bka.gv.at/eli/jgs/1811/946/P93/NOR40146690#:text=Paragraph%2093%2C,Ehegatten%20einen%20ihrer%20Namen%20bestimmen.>, Erişim: 14.02.2024.

⁵¹ Kocabaş, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi, s. 100.

⁵² Kocabaş, Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi, s. 100.

⁵³ Helvacı ve Kocabaş, “Kadının Soyadı”, s. 617

⁵⁴ “Jeder Ehegatte kann zu üblichen Zwecken den Namen des anderen Ehegatten verwenden, indem er seinen eigenen Namen in der von ihm gewählten Reihenfolge ersetzt oder ergänzt, wobei für jeden von ihnen ein Familienname begrenzt ist”. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136137/?anchor=LEGIARTI000045291300#LEGIARTI000045291300, Erişim: 14.02.2024.

⁵⁵ Helvacı ve Kocabaş, “Kadının Soyadı”, s. 618.

B. TÜRK HUKUKUNDA EVLENEN KADININ SOYADI

1. Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187'ye İlişkin İptal Kararından Önce

1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi m. 153 hükmü “*kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*” düzenlemesini ihtiva etmekteydi. Bu hükümde 1997 yılında değişiklik⁵⁶ yapılarak “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir*” hükmü getirilmiştir. Bu hüküm, 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine “*Kadının Soyadı*” kenar başlığıyla aynen alınmıştır.

Türk hukukunda TMK m. 187 gereğince kadın, eşinin soyadını almak zorundadır. Boşanma durumunda ise TMK m. 173, soyadını bırakma mecburiyeti getirmektedir. Her iki hüküm de emredici niteliktedir. Bu hükümler nedeniyle evlenme ve boşanma, kadın açısından adın değiştirilmesini gerektiren haklı nedenler arasında görülmektedir. Buna bağlı olarak kadının soyadının değişmesi, adın değişmezliği ilkesinin istisnalarından biri olarak değerlendirilmektedir⁵⁷. Diğer yandan TMK'ya hâkim olan eşler arasındaki eşitlik ilkesi, kadının soyadı hususunda göz ardı edilmiştir⁵⁸. Bu bakımdan Türk hukukunda ailede soyadında birlik ilkesinin benimsendiğini söylemek gerekir⁵⁹. Ancak kanun koyucu, aile adının belirlenmesinde kocanın soyadına üstünlük tanımıştır⁶⁰.

Kadının evlenmeyle kocasının soyadını taşıması hem bir hak hem bir yükümlülüktür⁶¹. TMK m. 187'ye göre evlenen kadın tek başına kendi soyadını kullanmaz. Bu yönüyle kadının kocasının soyadını taşıması bir yükümlülüktür. Düzenlemeyle kadının isterse kocasının soyadı

⁵⁶ Bu değişiklik, 4248 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 153. Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun ile yapılmıştır.

⁵⁷ Bu hususta bkz., Helvacı ve Kocabaş, “Kadının Soyadı”, s. 626, 627; Oktay-Özdemir, “Soyadı”, s. 2020.

⁵⁸ TMK'nın “Aile Hukuku” kitabında eşler arası eşitlik ilkesine aykırı olan tek düzenlemenin (TMK m. 187 ve 173) “kadının soyadı”na ilişkin olduğu yönünde bkz., Moroğlu, “Kadının Soyadı”, s. 255. Benzer yönde, Seda İrem Çakırca, “Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXX/2 (2012), s. 145; Sera Reyhani Yüksel, “Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVIII/2 (2014), s. 183; Ceylan, “Kadının Hukuki Durumu”, s. 95, 105; Oruç, “Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi”, s. 452. Eşitlik ilkesinden kadının soyadı konusunda bir sapma gösterildiği hususunda bkz., Süleyman Mortaş, “Evlenen Kadın ile Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde “Kocanın Soyadı” Parametresi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XX (2) 2016, s. 344. TMK m. 173 ve 187 düzenlemeleri nedeniyle Türk kadını için soyadının “bir çile haline” getirildiği yönünde bkz., Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, “Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, s. 581 vd. Bu düzenlemelerin “çağın gerisinde kaldığı söylenebilecek kurallar” olduğu hususunda bkz., Ümit Gezder ve Maja Holmlund, “Evlenen ve Boşanan Kadının Soyadı Meselesi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, VI/10 (2021), s. 244.

⁵⁹ Ayan, “Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik”, s. 20; Süleyman Yılmaz ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Soyadı Üzerine Güncel Hukuki Sorunlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXIV/1 (2020), s. 23; Havutçu ve Kalkancı, “Kadının Soyadı”, s. 144.

⁶⁰ Helvacı ve Kocabaş, “Kadının Soyadı”, s. 633; Serap Helvacı, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı”, Public and Private International Law Bulletin, 35/1 (2015), s. 158; Nurten İnce, “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı”, International Journal of Political Studies, 3/2 (2017), s. 40.

⁶¹ Helvacı, “Evli Kadının Soyadı”, s. 158; İnce, “Kadının Soyadı”, s. 40.

yanında önceki soyadını⁶² da taşımasına imkân sağlanmıştır. Bunun için ayrıca bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur; ancak evlendirme memuru ya da nüfus müdürlüğünden talepte bulunulması gerekir. Kadının kocasının soyadını taşıması diğer yönüyle bir haktır; kadının bu haktan yararlanmasına koca da evliliğin devamı süresince katlanmak zorundadır. Türk hukukunda kadının önceki soyadının nasıl ekleneceği hususunda bir düzenleme ise mevcut değildir⁶³.

Evlenen kadının soyadı meselesi, sık sık yargı kararlarına da konu olmuştur. Bu mesele öncelikle AİHM'in önüne gelmiştir. AİHM, TMK m. 187 hükmü nedeniyle Türkiye hakkında ilk olarak 2004 tarihli Ünal Tekeli dosyasında ihlal kararı vermiştir⁶⁴. Bu ve diğer dosyalarda AİHM, söz konusu düzenlemenin m. 8 (özel ve aile hayatına saygı) ve m. 14'ü (ayrım-cılık yasağı) ihlal ettiğine hükmetmiştir.

AİHM'in aksine Anayasa Mahkemesi, 1998 ve 2011 yıllarında verdiği iki karar ile TMK m. 187 hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir⁶⁵. Mahkeme bu kararları verirken sosyal gerçeklere, ailenin birlik ve bütünlüğüne, kamu düzeni ve kamu yararı gibi gerekçelere dayanmıştır. AYM'nin somut norm denetimi kapsamında verdiği 2011 tarihli ret kararı ile soyadı uyuşmazlığı 10 yıl daha ötelenmiştir. Ancak, bu esnada, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı (2023) öncesi durumda, kadınların sadece kendi soyadlarını kullanabilmelerinin yolu Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ile açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında verdiği ihlal kararları ile hem TMK m. 187 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu belirtmiş hem Anayasa'nın 17'nci maddesindeki maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Ancak, bireysel başvuru yolu ile kanun normu ortadan kaldırılamayacağından TMK m. 187 varlığını korumuştur.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarından sonra birçok yerel mahkeme, ihlal kararlarını dikkate alarak sadece kendi soyadını kullanmak isteyen evli kadınların taleplerini kabul etmiştir. Bu taleplerin reddedildiği yerel mahkeme kararlarına karşı ise Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak suretiyle ihlal kararı alınarak kadına sadece kendi soyadını kullanabilme hakkı veriliyordu⁶⁶. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru dosyalarında, Anayasa'nın 17. maddesinin (kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı) ihlal edildiğine hükmediyordu. Ancak, aşağıda görüleceği üzere, somut norm denetimi

⁶² Önceki soyadı, bekarlık soyadı olmak zorunda değildir. Bu tabirle kadının evlenme anında taşıdığı soyadı anlaşılmalıdır. Bu soyadı, bekarlık soyadığı olabileceği gibi önceki kocasının soyadı, evlat edinme nedeniyle edindiği soyadı ya da hakkı sebebe dayanarak kazandığı soyadı da olabilir. Bu hususta bkz., Helvacı, "Evli Kadının Soyadı", s. 160. Bu imkan, sadece kadına tanınmıştır. Erkeğin, eşinin soyadını taşıyabilmek için açacağı isim değişikliği davası dahi, TMK m. 187 karşısında kanuna karşı hile oluşturur. Bu hususta bkz., Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 169. Aynı yönde, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Aile Hukuku, İstanbul: Beta Basım, 2021, s. 117.

⁶³ Türk hukukunda, Avusturya hukukunda tercih edilen soyadları arasına kısa çizgi eklemek gibi bir yöntem belirlenmemiştir. Ancak bu usulün hayata geçirilmesi düşünülebilir. Böylece kadının kullandığı ikinci soyadının önceki soyadı mı ikinci ad mı olduğu hususunda bir tereddüdün oluşması da engellenmiş olur. Bu görüş için bkz. Hatice Selin Pürselim Arning, Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Ad, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 81.

⁶⁴ AİHM, Ünal Tekeli v. Türkiye, Başvuru No: 29865/96, K.T. 16 Kasım 2004.

⁶⁵ Bu kararlar hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Hakan Atasoy, "Evli Kadının Soyadı Sorunu: 'Anayasal mı? 'Bireysel' mi?", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 5 (2015), s. 149-154.

⁶⁶ Ebru Karaman, "Türk Hukukunda Evli Kadının Soyadı", Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl 5, Sayı 49 (2017), s. 56-58.

kapsamında verdiği ihlal kararında (2023) soyadı meselesini Anayasa m. 20 kapsamında değerlendirerek AİHM'in değerlendirmesini benimsemiştir.

2. Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187'ye İlişkin İptal Kararından Sonra

Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187'ye ilişkin iptal kararı, 28 Ocak 2024'te yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten itibaren TMK m. 187 yürürlükte değildir ve uygulanamaz. Kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nce kendisine verilen 9 aylık süre içerisinde evlenen kadının soyadına ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Bu durumda soyadının değişmezliği genel ilkesinden hareketle evlenen eşlerin kendi soyadlarını taşımaya devam edeceği düşünülebilir. Dolayısıyla bu tarihten itibaren eşlerin soyadının belirsizliği gibi bir mesele esasen ortaya çıkmaz⁶⁷. Bir başka ifadeyle, böyle bir ihtimalde beklenti, evlenen kimselerin evlilikten önceki soyadlarını taşımaya devam etmesidir⁶⁸. Teorik açıdan isabetli bir şekilde ifade edilen bu kural, uygulamada TMK m. 187'ye ilişkin iptal kararına rağmen alt düzenlemeler gerekçe gösterilerek ihlal edilmektedir. Evlendirme memurlukları, 28 Ocak 2024'ten sonra dahi evlenen kadının kocasının soyadını almak zorunda bırakan işlemler yapmaktadır. Helvacı bu durumu adeta “*Kadının hala soyadı yok*” ifadesiyle özetlemektedir⁶⁹. TMK m. 187'ye ilişkin iptal kararı yürürlüğe girmesine rağmen uygulamada iptal kararı yokmuşçasına evlenen kadının kocasının soyadını almak zorunda bırakılması, kanuni dayanaktan yoksundur. Bu sebeple evlenen kadının soyadı hususunda yeni bir düzenleme yapılması beklenmektedir⁷⁰. Burada mevcut durumun kısaca tespiti yapılmakla yetinilmiş olup ayrıntılı değerlendirmeye aşağıda yer verilecektir.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TMK M. 187'YE İLİŞKİN İPTAL KARARI

Bu bölümde Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187'ye ilişkin iptali kararı ve beraberinde getirdiği hukuki durum anayasal perspektiften ele alınacaktır. Anayasa Mahkemesi 22/2/2023 tarih ve E.2022/155, K.2023/38 sayılı dosyada, Türk Medeni Kanunu'nun 187'nci maddesinin birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiş ve kuralın iptaline karar vermiştir. Bu iptalin gerekli kılması nedeniyle maddenin ikinci cümlesi de iptal edilmiştir. Bu karar 28.04.2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır; ancak, iptal kararının yürürlüğü yayımdan itibaren 9 ay sonrasına ertelenmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğünü ertelediği durumlarda, yasama organına aynı konuda düzenleme yapma imkânı verilmek suretiyle kanun boşluğunun önüne geçilmesi amaçlanmaktadır⁷¹. Aşağıda Anayasa Mahkemesi üyelerinin çoğunluğu ile verilen iptal kararı esas bakımından değerlendirildikten sonra iptal

⁶⁷ Damla Özden Çelt, “TMK m. 187'nin İptali Kararının Çocuğun Soyadına Olası Etkileri ve Olması Gereken Hukuk Bağlamında Bir Öneri”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13/2 (2023), s. 1078.

⁶⁸ Çelt, “Çocuğun Soyadı”, s. 1068.

⁶⁹ Helvacı, “Evli Kadının Soyadı”, s. 167.

⁷⁰ Bu düzenlemenin 8. Yargı Paketi'nde yer alması bekleniyordu. 8. Yargı Paketi olarak anılan kanun teklifinde evlenen kadının soyadına ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Kanun teklifinin tam metni için bkz., <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/6e8b6477-2942-49d1-acf1-cfa13bcac252.pdf>, Erişim: 17.02.2024.

⁷¹ Osman Korkut Kanadoğlu ve Ahmet Mert Duygun, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 480.

kararının yasama organına ve hukuk düzenine etkilerinin yol açtığı hukuki sorunlar irdelenecektir.

A. İPTAL KARARININ ESAS BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesi somut norm denetiminde Anayasa'ya aykırı görmediği normu, bireysel başvuru kararları ile Anayasa'daki özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlali olarak görmüştür. Ancak, bu kararlar, bireysel etki gösterdiğinden sadece başvuru kadının hakkında geçerli olmuştur. Başvurusu kabul edilen kadın, sadece kendi soyadını kullanma hakkına sahip olmuştur. En nihayetinde somut norm denetimi neticesinde söz konusu normun Anayasa'ya aykırı olduğuna 6'ya karşı 9 üyenin oyu ile kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 2023 tarihli iptal kararında ad ve soyadı, kişinin mutlak olarak kişiye bağlı hakları kapsamında görülerek m. 20 (özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı) kapsamında değerlendirilmiştir (§ 30). Ancak, yukarıda değinildiği gibi, Anayasa Mahkemesi iptal kararı öncesindeki bireysel başvuru yolunda TMK m. 187 hükmünü Anayasa m. 17 (kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı) kapsamında değerlendiriyordu. Böylece Anayasa Mahkemesi, AİHM'in m. 8 (Özel ve aile hayatına saygı hakkı) ve beraberinde m. 14 (ayrımcılık yasağı) kapsamında yaptığı değerlendirmeyi aynı şekilde benimsemiştir. Mahkeme, eşler arasındaki eşitliğin önemine vurgu yaparak kanun koyucunun bu eşitliğin bozulmasında takdir yetkisi kullanımının daraldığını belirtmiştir (§ 43). Kuralla öngörülen eşler arasında farklı muamelenin makul ve nesnel bir temelini bulunmadığını ifade etmiştir (§ 48). Dolayısıyla Mahkeme için ne aile bağlarının korunup güçlendirilmesi ne nüfus kayıtlarının düzeninin sağlanması yeterli ve makul bir gerekçe olarak kabul edilmiştir (§ 44-47). Anayasa Mahkemesi, gerekçelerini daha fazla ayrıntılandırmadan söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.

Çoğunluk görüşe katılmayarak karşı oy yazıları yazan Mahkeme üyelerine göre erkeğin soyadının alınması zorunluluğu eşitlik ilkesinin ihlali değildir. Gerçekten de toplumsal pratikler açısından erkeğin evlilik öncesi ve sonrası maddi olarak birçok yükümlülük altında girmesi, ayrıca geleneksel ve dini inançların varlığı, böyle bir düzenlemenin varlık sebebi olarak ileri sürülebilir. Dolayısıyla tarihi, kültürel ve dini saiklerin dikkate alınarak erkeğin soyadı zorunluluğu, doğrudan eşitlik ilkesine aykırı görülemez. İslam hukukunda kadının soyadının doğrudan düzenlediği bir hüküm bulunmamaktadır. Buradan hareketle İslam hukukunda kadının evlenmekle soyadını taşımaya devam edeceği rahatlıkla savunulabilir. İslam hukuku kadının kendi soyadını kullanmasına karşı çıkmamaktadır. Nitekim kural olan şey bir şeyin aslının devam etmesidir. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesinin TMK m. 187 kuralının Anayasa'daki eşitlik ilkesini ihlal ettiği kanaatine katılmıyoruz.

Kadın kendi soyadını kullanmak istiyorsa temel bir hak olarak bunu kullanabilmelidir. Aynı şekilde kadın önceki soyadını değil, evlendikten sonra sadece kocasının soyadını kullanmak istiyorsa buna da izin verilmelidir. Kanaatimizce evlenen kadının kocasının soyadını alması kuralı, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında belirttiği üzere kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi hakkını, ayrıca özel hayata saygı hakkını ihlal etmektedir. Kadının doğum ile kazandığı soyadı, kişiliğinin maddi ve manevi bir unsuru,

dahası özel yaşamının ayrılmaz bir parçasıdır. Bundan vazgeçilebilmesi için önemli nedenlerin varlığı gereklidir. Aslında ilk evlilik açısından kocanın soyadının kadının soyadına eklenmesi herhangi önemli bir soruna yol açmamaktadır. Asıl problem, kadının boşanması ile meydana gelmektedir. Kadının kişisel, mesleki, ailevi ve idari açıdan soyadını değiştirmek zorunda kalması gerek kamusal düzenin gerek kadının aleyhine olacak şekilde bazı yük ve problemleri de beraberinde getirmektedir. Bu problem ve yüklerin etkileri genişlemektedir. Çünkü, ne yazık ki, toplumumuzda özellikle sekülerleşme ve modernleşme üst başlığı altında sıralanabilecek birçok nedenden dolayı boşanmaların sayısı artmıştır. Diğer yandan, sonraki evliliklerin sayısının da arttığı dikkate alındığında kadının kendi soyadını daimî olarak kullanması, psikolojik ve sosyolojik bakımdan daha isabetli görünmektedir⁷². Böylece kişinin yaşayacağı kimlik ve aidiyet sorununun önüne en azından şeklen geçmek mümkün olabilir⁷³. Kadının evlendikten sonra da kendi soyadını taşımaya devam etmesi, mesleki tanınmasının önündeki engellerin veya yaşayacağı problemlerin de azalmasını sağlar⁷⁴. Kadının boşandığı gerekçesiyle kocasının soyadını kaybetmesi ve soyadını değiştirmek zorunda kalması, boşanma olgusunun başkalarına öğrenilmesinin istenmediği durumlarda özel hayatının gizliliğinin ihlali anlamına gelir. Bu durum açıkça Anayasa'nın 20'nci maddesinin ihlal edildiğini gösterir. Yukarıda belirtilen mağduriyetlerin yaşanması aynı zamanda maddi ve manevi gelişimini de olumsuz yönde etkilediğinden Anayasa'nın 17'nci maddesinin de ihlal edildiğini söylemek gerekir. Kadının kocasının soyadını alması eşlerin dayanışma, güven ve birbirlerine olan sevgilerinin artması bakımından elzem bir düzenleme olarak görülemeyeceği gibi bu iki şey arasında doğrudan bir ilişki de söz konusu değildir. Kadınların kocalarının soyadını almalarıyla kamunun elde edeceği fayda ile bu durumun kadına olan etkisi birlikte değerlendirildiğinde, kadınların haklarına yapılan müdahalenin gerekli ve orantılı olduğu söylenemez.

B. İPTAL KARARININ HUKUK DÜZENİNE ETKİLERİ

Bu başlık altında Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararının yasama organı açısından bağlayıcılığı, iptal kararının yürürlüğü ve mevcut hukuk düzeni açısından etkileri irdelenecektir.

1. İptal Kararının Yasama Organı Açısından Bağlayıcılığı

1982 Anayasası'nın 153'üncü maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kararları devlet organları ve kişiler bakımından bağlayıcıdır. Öğretide Anayasa Mahkemesinin kararlarının hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğu hususunda bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak Mahkeme kararlarının gerekçelerinin yasama organını bağlayıp bağlamadığı tartışmalıdır. Öğretinin bir kısmı iptal kararlarının sadece hüküm fıkrasının bağlayıcı olduğu ileri sürerken, diğer bir kısmı yasama organının iptal kararında ortaya konulan gerekçelerle de bağlı olduğunu savunmaktadır.

⁷² Bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz., Nuray Sakallı, Heyyem Hürriyetoğlu ve Fulya Şat, "Evlilikte ve Boşanmada Kadınların Soyadı Değişimi Üzerine Sosyal Psikolojik Bir Derleme", Nesne Piskoloji Dergisi, 9/22 (2021), s. 884 vd.

⁷³ Karaman, "Türk Hukukunda Evli Kadının Soyadı", s. 63.

⁷⁴ Karaman, "Türk Hukukunda Evli Kadının Soyadı", s. 63.

Anayasa Mahkemesinin evlenen kadının kocanın soyadını almasını öngören TMK m. 187'ye ilişkin iptali kararının hüküm bölümünde ilgili kuralın sadece Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verildiği belirtilmiştir. Mahkeme, açık bir şekilde ilgili kuralın Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırı olması nedeniyle iptal kararı verdiğini, hatta diğer anayasa maddeleri bakımından bir değerlendirme yapılmasının gerekli olmadığını ifade etmiştir. Sadece hüküm fıkrasının yasama organı tarafından dikkate alınacağını söylemek yani kuralın hukuk düzeninden ortadan kaldırılması ile iktifa edilmesi Anayasa'nın 153'üncü maddesinin amacına hizmet etmeyecektir. Anayasa Mahkemesinin kararlarının gerekçe kısmının bağlayıcılığına ilişkin yukarıda ifade edilen iki uç görüş yerine, gerekçe kısmında dikkate alınması gerekli zorunlu unsurların bağlayıcı olduğu savunulabilir⁷⁵. Mahkeme kararlarında argümantasyonun bir parçası olarak yapılan değerlendirme ve ölçütlerin bağlayıcı olmadığı, Mahkeme kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu savunanlar tarafından dahi vurgulanmaktadır⁷⁶. O halde iptal kararında belirtilen Anayasa'ya aykırılık gerekçesi hiç değilse ilkel düzeyde bağlayıcıdır. Aksi takdirde, iptal kararlarının bağlayıcılığı anlamını yitirebilir ve dolayısıyla anayasa yargısı işlevsiz kılınabilir⁷⁷. Diğer taraftan, yasama organı, ihlal kararının değerlendirme kısmında belirtilen gerekçeler ile bağlı değildir. Aksi durumun kabulü, Mahkeme kararı ile yasama organının aşırı derecede sınırlandırılması riskini beraberinde getirir.

Sonuç olarak yasama organı, ilgili kuralın Anayasa'nın eşitlik ilkesini ihlal ettiği değerlendirmesi ile bağlıdır. Diğer bir deyişle, savunduğumuz görüş çerçevesinde yasama organı, ihlaline karar verilen kanun hükmü yerine yeni bir kural ihdas ederken eşitlik ilkesini Mahkemenin yorumladığı şekilde dikkate almak zorundadır. İptal kararı bakımından bağlayıcılık ifade eden kısım burasıdır. Bu çerçevede yasama organının taraflardan herhangi birisinin soyadını zorunlu olarak diğerinin de alması gerektiği yönünde bir düzenleme yapmama yükümlülüğü söz konusudur. Ancak, taraflardan herhangi birinin soyadının özgür iradeleriyle seçilebileceğine dair bir düzenleme eşitlik ilkesine aykırı görülemez.

Yasama organı, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir kanun hükmünün aynısını veya bir benzerini yeniden yasalaştırmak isterse, bu mümkün olabilir mi? Öncelikle, böyle bir düzenleme, Anayasa Mahkemesinin eşitlik açısından ihlal kararının gereklerini yerine getiren bir düzenleme olarak kabul edilemeyeceği için Anayasa'nın 153'üncü maddesinde düzenlenen "mahkeme kararlarının bağlayıcılığı" hükmü ile bağdaşmaz.

Peki, yasama organı tarafından eski düzenlemeye yeniden hayat verildiği takdirde Anayasa Mahkemesi ne gibi bir yaptırım uygulayacaktır. Mahkeme, bu durumda yokluk kararı verebilir mi? Öğretide Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı verip veremeyeceği tartışmalıdır. Ancak öğretideki çoğunluk görüşü ve Anayasa Mahkemesinin içtihatları kural olarak yokluk kararı verilebileceğini kabul etmektedir⁷⁸. Ancak yokluk kararının hangi durumlarda verilebileceğine dair bir kesinlik söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi 2018 yılında verdiği bir

⁷⁵ Yüksel Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yayıncılık, 2008, s. 195-196.

⁷⁶ Bkz. Kanadoğlu ve Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 486.

⁷⁷ Ulaş Karan, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 146; Özen Ülgen, *Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 185-186.

⁷⁸ Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 1072.

kararında yokluk yaptırımını, sadece yasama organının iradesinin bulunmaması durumlarına hasretmiştir⁷⁹. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi, bir mahkeme olarak kabul edildiği için diğer mahkemelerin (ör. Danıştay) verebildiği yokluk veya yürütmeyi durdurma gibi kararları verebilir⁸⁰. Anayasa Mahkemesinin 2018 yılında verdiği bir kararda belirttiği yokluk yaptırımını ile ilgili açıklamalar dikkate alındığında, eski kanuni düzenlemenin aynısının kanunlaştırılması durumunda, parlamentonun geçerli iradesinin bulunması ve yeni kuralın usulüne uygun şekilde yürürlüğe girmesi nedeniyle yokluk kararı verilemez. Böyle bir durumda bir yetki gaspı veya fonksiyon gaspı da söz konusu değildir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin iptal kararı bir yargı kararıdır ve parlamento da yasama yetkisinin genelliği ilkesine dayanarak kanun çıkarmaktadır. Norm geçerli olarak hukuk düzeninde mevcut bulunduğundan Anayasa Mahkemesi artık ya ret ya da iptal kararı verebilir⁸¹. Mahkemenin bu durumda, yine Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırılıktan değil, bu kez Anayasa'nın 153'üncü maddesine aykırılıktan dolayı ihlal kararı verebileceği yönünde görüşler mevcuttur⁸². Ancak, Kemal Gözler'e göre Anayasa'nın 153'üncü maddesi, iptal kararının sonuçları ile ilgili olduğu için bir referans norm olarak dikkate alınamaz. Bu sebeple Gözler Mahkemenin 153'üncü maddeye aykırılıktan değil, 10'uncu maddeye aykırılıktan dolayı iptal kararı vermesi gerektiğini savunmaktadır⁸³. Kanaatimizce de Mahkeme bu durumlarda iptal kararı verebilir. Son olarak, şu hususu da belirtmek gerekir ki; parlamentonun eski düzenlemenin aynısını veya benzerini kanunlaştırmak istemesi halinde önünde bir engel bulunmakta mıdır? Fiili olarak bunu engelleyecek bir mekanizma 1982 Anayasası'nda öngörülmemiştir⁸⁴. Yukarıda belirtildiği gibi Mahkeme resen değil, ancak başvuru yapılması halinde yürürlüğe giren yeni hükmü iptal edebilir.

2. İptal Kararının Yürürlüğe Girdiği Tarihe Kadar Hukuki Durum

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlük tarihini ertelediği durumlarda ihlalin Resmî Gazete'de yayımlandığı tarih ile iptal kararının yürürlüğe gireceği tarih arasında söz konusu normun uygulanıp uygulanmayacağı bazı görüşler açısından tartışmalıdır. Bu durumda, ihlaline karar verilen norm ile ilgili mahkemelerde görülmekte olan bir dava söz konusu ise davaya bakan mahkemenin önünde iki ihtimal bulunmaktadır: Ya davayı iptal kararı yürürlüğe girinceye kadar bekletmek ya da ihlaline karar verilen normu uygulamak. Birinci çözüm daha mantıklı görünmektedir. İkinci çözümde anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti açısından kabul edilebilir sonuçlar ortaya çıkmaz⁸⁵. Ancak, Özen Ülgen'e göre parlamentonun iptal edilen normun yerine aynı veya benzer bir düzenleme getirmesinin olası olduğu durumlarda, yasama organına verilen süre içinde iptal edilen ama yürürlüğü ertelenen norm uygulanmaya devam edilmelidir⁸⁶. Dolayısıyla soyadı uyuşmazlığında böyle bir durumun söz konusu olması nedeniyle Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği normun kural olarak iptal kararının yürürlüğe gireceği

⁷⁹ Karan, Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi, s. 158.

⁸⁰ Aynı yönde bkz. Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 1074.

⁸¹ Aynı yönde bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2020, s. 1202; Ülgen, Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri, s. 186-187

⁸² Ülgen, Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri, s. 187-188.

⁸³ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 1201.

⁸⁴ Ülgen, Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri, s. 186-187.

⁸⁵ Bkz. Ülgen, Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri, s. 59.

⁸⁶ Ülgen, Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri, s. 67.

tarihe kadar uygulanacağı kabul edilmektedir. Nitekim norm hukuk düzeninde varlığını devam ettirmektedir.

3. Parlamentonun Belirtilen Süre İçerisinde İhlaline Karar Verilen Konu Hakkında Düzenleme Yapmaması Halinde Hukuki Durumun Tespiti

Anayasa Mahkemesi, evli kadının soyadına ilişkin iptal kararında kuralın iptali ile ortaya çıkacak hukuk boşluğunun kamu yararını ihlal edeceğinin öngörülmesi nedeniyle normun iptalinin yürürlüğe girmesini kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren dokuz ay ertelenmiştir. Bu süre dolmasına rağmen parlamento, ihlaline karar verilen normun yerine yeni bir düzenleme ihdas etmemiştir. Ancak, yakın bir zamanda bu düzenlemeyi yapacağı da aşıkardır. Diğer bir deyişle, parlamento, sıklıkla yaşadığı üzere, bu görevini geç yerine getirecektir.

Burada tartışılması gereken mesele, Anayasa Mahkemesinin parlamentoya verdiği dokuz aylık süre dolmasına rağmen iptal edilen norm yerine başka bir kuralın düzenlenmemesi halinde bir kanuni boşluk durumunun ortaya çıkıp çıkmayacağıdır. Bu durumda kadının soyadına ilişkin bir kanun boşluğunun varlığı düşünülebilse de kanaatimizce böyle bir boşluk söz konusu değildir. Dolayısıyla bir yasal boşluk ortaya çıkmamaktadır. Kanun boşluğunun oluşması için kanunda düzenlenmesi gerekli olan bir konu veya meselenin düzenlenmemiş olması gerekir⁸⁷. Ayrıca, kanunun planında söz konusu meselenin düzenlenmesi gerekliliği, kişisel istek ve niyetler bakımından değil, objektiflik bakımından değerlendirilmelidir⁸⁸. Evlenmenin kadının soyadına etkisi, objektif olarak bakıldığında düzenlenmesi gerekli bir zorunluluk olarak görülemez. Parlamento yeni bir kanuni düzenleme yapana kadar şu anda evlenen kadınlar, kendi soyadlarını taşımaya devam ederler. Nitekim kişinin statüsünün bir kanuni düzenleme olmadıkça aynı kalması veya değişmemesi genel bir hukuk ilkesidir. Nasıl ki evlenmenin erkeğin soyadına etkisini düzenleyen bir hükmün bulunmaması bir kanun boşluğu olarak nitelendirilmiyorsa, kadının evlenmesi halinde soyadına ilişkin bir düzenleme bulunmaması da bir kanun boşluğu değildir⁸⁹. Parlamentonun düzenlemek istediği ve hatta düzenlediği bir alanın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek ortadan kaldırılması, parlamento düzenlemek istediği alan için bir kanun boşluğu oluştursa da objektif açıdan gerekli düzenlemenin yapılmaması kriteri bakımından bir değerlendirme yapıldığında kanun boşluğu doğmaz. Nitekim adın değişmezliği ilkesi ve kişilik hakkı değerlerinden biri olması sebebiyle adın korunması ilkeleri birlikte yorumlandığında, evlenen kadının soyadının değişmeyeceği yönünde bir sonuca ulaşılabilir. Kadının doğumla birlikte kazandığı soyadı, sıfat-ı asliye olarak nitelendirilebilir. Soyadının değişmesi ise sıfatı arıza, yani istisnaidir. Sıfat-ı arızanın yani istisnai olanın düzenlenmiş olması gerekir⁹⁰.

⁸⁷ Sururi Aktaş, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIV/1-2 (2010), s. 18; Hasan Pulaşlı ve Ömer Korkut, Temel Hukuk Bilgisi, Adana: Karahan Kitabevi, 2021, s. 47.

⁸⁸ Boşluğun şartları hususunda bkz., Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, s. 222.

⁸⁹ Aynı yönde Çelt, “Çocuğun Soyadı”, s. 1078.

⁹⁰ Sıfat-ı asliyye ve sıfat-ı ariziyye kavramları hakkında ayrıntılı malumat için bkz. Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 13. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi, 2016, s. 310-315.

Medeni kanunda kişilerin evlenmesi halinde aile soyadı veya taraflardan birinin diğerinin soyadını kullanması yönünde bir düzenlemenin ihdas edilmesi zorunluluk değildir. Böyle bir düzenleme yapma zorunluluğu söz konusu olmadığı için kanun boşluğundan bahsedilemez. Birçok devletin medeni kanunlarında böyle bir hükmün bulunması, mevcut hukuki durumu değiştirmez. Bu yönde bir hükmün bulunmaması, kişilerin evlilikleri boyunca kendi soyadlarını taşımaya devam edecekleri anlamına gelir. Evliliğin tarafların statüsünde bir değişikliğe yol açması isteniyorsa bunun açıkça kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Bu boşluk aslında olması gereken boşluk veya hukuk politikasında boşluk yani kanun koyucunun istediği takdirde dolduracağı bir boşluktur⁹¹. Diğer taraftan, evlenmenin çiftlerin soyadlarına etkisinin düzenlenmemesi ne bireylerin ne de yasama organının istediği bir husustur. Bu bakımdan mevcut hukuki durumun yeterli ve tatminkâr olmadığı aşikardır.

Yeni bir kanuni düzenleme yapıncaya kadar hukuk düzeninde böyle bir norm mevcut olmadığına göre bu dönemde evlenen kadının soyadında bir değişiklik yapılmaması gerekir. Böyle bir durumda kadının, kocasının soyadını almak istemesi halinde mahkemeye başvurmaktan başka bir yol bulunmamaktadır. Diğer taraftan, parlamentonun bu düzenlemeyi zamanında yapmakla elde edeceği kamu yararı zedelenecektir. Şunu da belirtmek gerekir ki parlamento yapacağı yeni düzenlemenin yürürlüğünü geçmişe etkili kılarak bu dönemde evlenen çiftlerin sonradan ihdas edilen kanuni düzenlemeye tabi olmalarını öngörebilir⁹².

Peki, gerçekten de öğretilerde bazı yazarların ve hatta Anayasa Mahkemesinin iddia ettiği gibi ortada bir kanun veya hukuk boşluğu bulunmaktaysa, bu boşluk yeni bir norm ihdas edilene kadar nasıl doldurulacaktır? Eski norm uygulanmaya devam mı edilecektir? Yoksa Türk Medeni Kanunu m. 1 uyarınca hâkimin hukuk yaratması mı gerekecektir? Diğer yandan, TMK m. 187 iptal edilmesine rağmen 8 Mayıs 2020 tarihli Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nin 24'üncü maddesinde evlenen kadının soyadına ilişkin düzenleme varlığını korumaktadır. Bu Yönetmelik'te yer alan evlenen kadının kocasının soyadını alacağına dair hüküm bu aşamada uygulama alanı bulabilir mi?

Öncelikle Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nin 24'üncü maddesinde yer alan hükmün uygulanamayacağını belirtmek gerekir. Yürütme (idare), bu Yönetmelik'teki ilgili maddeyi kendisi yürürlükten kaldırmalıdır. Bu hükmün kaldırılmaması halinde, idare bu hükmün uygulanmasını, Anayasa'ya aykırılık ve kanuni dayanağın kalmadığı gerekçeleriyle ihmal etmelidir. Diğer bir deyişle, Anayasa ile yönetmelik hükmünün çatışması halinde *lex superior* esasına göre Anayasa hükmü uygulanır⁹³. Bu aslında Anayasa Mahkemesinin kararlarının

⁹¹ Olan hukukta ve olması gereken hukukta boşluk ayrımı için bkz. Çiğdem Kırcı, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 50/1 (2001), s. 93.

⁹² Anayasa Mahkemesi, geçmişe etkili şekilde yürütülen kanun hükümleri ile ilgili olarak, somut olayın koşullarını dikkate alarak normun Anayasa'ya aykırı olup olmadığına karar verir. Özellikle ceza hukuku ve sosyal güvenlik hukuku ile ilgili konularda lehe hükmün uygulanması ilkesi geçerli olduğundan bu alanlarda aleyhe geçmişe etkililik devletine ilkesine aykırı görülerek Anayasa'nın ihlaline karar verilmektedir. Bkz. Ülgen, Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri, s. 162-166. Olayımızda ise yeni normun yürürlüğe gireceği dönemde işlem yapılanlar ile sonraki dönemdekiler arasında bir farklılık olmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesi muhtemelen geçmişe etkililik bakımından Anayasa'ya uygunluk kararı verecektir.

⁹³ Gözler, Hukuka Giriş, s. 194.

yasama, yürütme, yargı organları, gerçek ve tüzel kişiler açısından bağlayıcı olmasının bir gereğidir. Ancak, idari personel kanun ile yönetmelik hükümlerinin çelişmesi durumunda yönetmelik hükmünün uygulanmasını ihmal edemez⁹⁴. Bu ihmali idari yargı hâkimi yapabilir⁹⁵. Bu doğrultuda, idarenin Yönetmelik'i ihmal etmemesi halinde nasıl ki kanuna aykırı yönetmelikler idare mahkemelerinde iptal edilebiliyorsa Anayasa'ya aykırı yönetmelikler de iptal edilebilir⁹⁶.

Peki idare (Belediye -Nikah Hizmetleri- ve Nüfus Müdürlükleri), yeni kanun yürürlük kazanıncaya kadarki süreçte nasıl bir tutum sergilemektedir? 8. Yargı Paketinin yakın zamanda çıkacağı düşünüldüğünde idarenin eski düzenlemeleri uygulamaya devam edeceği düşünülebilir⁹⁷. Nitekim uygulama da düşündüğümüz gibi işleyişine devam etmektedir. Uygulamada, Nüfus İdaresi evli bir kadının kendisine yaptığı sadece soyadını kullanma talebini reddetmiştir⁹⁸. Aynı şekilde Bursa ili Nilüfer İlçesi'nde bulunan Nikah Evi'nde yetkili görevlilere nasıl bir uygulama yaptıkları sorulduğunda herhangi bir kanun hükmünün bulunmadığı, bu sürede evlenen çiftler hakkında eski kuralı uyguladıklarını belirtmişlerdir. Dolayısıyla uygulamada yeni kanun hükmü yürürlüğe girdikten ve resmi yazı ilgili idari birimlere ulaştırıldıktan sonra yeni düzenlemeye göre işlem yapılabilecektir. Hâkim, kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmesi halinde TMK m. 1 uyarınca bir kanun koyucu gibi hareket ederek önüne gelen uyumsuzluğu çözmekle yükümlüdür. Ancak, idarenin aksine yargı, uyumsuzluğu çözümlenmek için yeni düzenlemenin çıkmasını bekleme imkanına sahiptir.

IV. EVLENEN KADININ SOYADI DÜZENLEMESİNİN DİĞER HÜKÜMLERLE İLİŞKİSİ VE ÖĞRETİDE DİLE GETİRİLEN ELEŞTİRİLER ÇERÇEVESİNDE YENİ DÜZENLEME ÖNERİLERİ

A. TMK M. 187'NİN İPTALİ NEDENİYLE YENİDEN ELE ALINMASI GEREKEN ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER

TMK m. 187'nin iptali, bu hükümlerle bağlantılı diğer hükümleri de etkiler. Özellikle evlenen kadının soyadı ile ilgili yeni bir düzenleme yapılması durumunda, bağlantılı hükümlerin de yeniden ele alınarak düzenlenmesi gerekir⁹⁹. Aksi takdirde söz konusu hükümler arasında çatışmalar ortaya çıkabilir. Bu durumda uygulamada belirsizliklerin meydana gelmesi kaçınılmazdır.

TMK m. 187'nin iptal edilmesi nedeniyle yeniden ele alınması gereken hükümlerin başında TMK m. 173 gelmektedir. “Boşanan kadının kişisel durumu” başlığını taşıyan bu hükümle, boşanma halinde kadının evlenmeden önceki soyadını yeniden alacağı

⁹⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 47.

⁹⁵ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 47.

⁹⁶ Yahya Berkol Gülgeç, Normlar Hiyerarşisi, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 298.

⁹⁷ 8. Yargı Paketi olarak adlandırılan kanun teklifinde kadının soyadına ilişkin düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu konuda yakın zamanda düzenleme yapılması beklenmektedir.

⁹⁸ <https://www.milliyet.com.tr/gundem/nufusta-evlilik-öncesi-soyadina-ret-7071973>, Erişim: 20.02.2024.

⁹⁹ Çelt, “Çocuğun Soyadı”, s. 1069.

öngörülmektedir. Ancak kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağını emreden TMK m. 187 hükmü iptal edildiği için, TMK m. 173 de uygulanamaz hale gelmiştir.

TMK m. 187'nin iptali nedeniyle yeniden düzenlenmesi gereken bir diğer hüküm, çocuğun soyadına ilişkin TMK m. 321'dir. TMK m. 187 evlenen kadının kocasının soyadını alacağını emrettiğinden aile soyadı olarak erkeğin soyadı kabul edilmiştir. Ancak TMK m. 187'nin iptaliyle birlikte kadının kocasının soyadını alma zorunluluğu ortadan kalktığı için artık ortak bir aile adından da bahsetmek mümkün olmaz. Eşlerin ortak soyadını taşımadığı böyle bir durumda, çocuğun soyadının ne olacağı ayrı bir tartışma konusu olarak ortaya çıkar¹⁰⁰. Türk hukukunda çocuğun soyadı, velayete değil, soybağına bağlı olarak düzenlenmiştir¹⁰¹. Adın değişmezliği ilkesi de dikkate alındığında, çocuğun soyadı hususunda velayet hakkının değil soybağının esas alınması isabetli bir yaklaşımdır¹⁰².

“Evlenen kadının soyadı” başlıklı Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği m. 24 ile iptal edilen TMK m. 187 hükmü aynı içeriğe sahiptir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere, Yönetmelik m. 24 hükmü de uygulanamaz hale gelmiştir¹⁰³.

B. EVLENEN KADININ SOYADI DÜZENLEMESİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER VE YENİ DÜZENLEME ÖNERİLERİ

1. Öğretide TMK m. 187 Hükümüne Getirilen Eleştiriler

TMK m. 187 hükmü, öğretide çeşitli yönlerden sürekli eleştiri konusu olmuştur. Bu hükme yöneltilen eleştirilerin başında Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesinin ihlal edildiği, TMK'da öngörülen eşler arasındaki eşitliğe aykırılık¹⁰⁴ olma ve kişilik haklarına aykırılık¹⁰⁵ yer almıştır. TMK m. 187'nin medeni hal değişikliğinin soyadına etkisi bağlamında kapsayıcı bir düzenleme içermemesi¹⁰⁶ de ayrı bir eleştiri konusuydu. Nitekim TMK m. 187 hükmüyle evlenmenin yarattığı medeni hal değişikliğinin soyadı bakımından sonucu sadece kadın yönünden ele alınmıştır.

TMK m. 187'de öngörülen kadının evlenmeyle kocasının soyadını alması gerektiği hükmüne, nüfus kayıtlarının tutulmasında kolaylık sağlama ve karışıklıkları önleme gibi işlevler atfedilmekteydi. Bu noktada nüfus kayıtlarındaki belirsizliğin ortadan kaldırılması iddiası

¹⁰⁰ TMK m. 187 hükmünün iptalinin çocuğun soyadına etkileri ve bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme için bkz., Çelt, “Çocuğun Soyadı”, s. 1070 vd. Karşılaştırmalı hukuk perspektifinden bir inceleme ve TMK m. 321 hakkında değişiklik önerisi için bkz., Acabey, “Aile Adı”, s. 511, 512.

¹⁰¹ Tuba Birinci Uzun, “Aile Soyadı Çıkmazı”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, s. 105; Başak Başoğlu, “Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/1 (2017), s. 358. Çocuğun soyadı, velayete değil soybağına bağlı olarak düzenlendiğinden, evlilik sona erdiğinde velayet kendisine bırakılan kadın çocuğa soyadını veremez. Bu hususta bkz., Oktay-Özdemir, “Soyadı”, s. 2032; Birinci Uzun, “Aile Soyadı Çıkmazı”, s. 113. Aksi yönde bir görüş için bkz., Çelebi, “Kadının Soyadı”, s. 603-606; İnce, “Kadının Soyadı”, s. 52.

¹⁰² Başoğlu, “Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi”, s. 360.

¹⁰³ Bkz. III, B, 3.

¹⁰⁴ Helvacı, “Evli Kadının Soyadı”, s. 165; Çakırca, “Evli Kadının Soyadı”, s. 145; İnce, “Kadının Soyadı”, s. 52; Ceylan, “Kadının Hukuki Durumu”, s. 119; Havutçu ve Kalkancı, “Kadının Soyadı”, s. 169; Erbek Odabaşı, “Evli Kadının Soyadı”, s. 63.

¹⁰⁵ Helvacı, “Evli Kadının Soyadı”, s. 165; Erbek Odabaşı, “Evli Kadının Soyadı”, s. 63.

¹⁰⁶ Çelebi, “Kadının Soyadı”, s. 602.

ayrıca eleştiri konusudur. Belirsizliğin ortadan kaldırılması şöyle dursun; iddia edildiğinin aksine evlenme ve boşanma gibi her durum değişikliğinde kadının soyadının değişmesi karışıklıklara neden olmaktadır¹⁰⁷. Nüfus kayıtlarındaki düzen, kadının kişilik haklarını yok sayacak bir düzenlemeyle değil, devletin nüfus işlerini düzenli ve yaygın hala getiren bir altyapı hazırlayarak bunu yürütebilmesi suretiyle gerçekleştirilebilir¹⁰⁸. Günümüzdeki teknolojik gelişmeler dikkate alındığında, bu istikrarı sağlamak zor olmasa gerektir.

TMK m. 187'ye rağmen kadının dava açarak bekarlık soyadını taşıyabilmesini mümkün gören bir görüş de mevcuttur. Bu görüş fiili durum ile pozitif hukuk arasında bir uyumsuzluk söz konusu olduğunu ve çocuğun soyadı meselesinin de titizlikle dikkate alınarak yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁹.

2. Evlenen Kadının Soyadına İlişkin Düzenleme Önerileri

Evlenmenin kadının soyadına etkisine ilişkin düzenleme önerileri, beraberinde başka soruları da getirmiştir. Bu soruların başında evlenen kadının soyadı konusunda düzenleme yapılması gerekip gerekmediği gelmektedir. Diğer yandan ailenin ortak bir soyadı seçerek aile üyelerinin bu soyadını taşıması gerekip gerekmediği tartışmasına da ayrıca değinmek gerekir.

Evlenen kadının soyadı konusunda mutlaka bir düzenleme yapılacaksa, bu düzenleme yapılırken hangi kıstaslar dikkate alınmalıdır? Öğretide evlenmenin kadının soyadına etkisi düzenlenirken bu düzenlemenin eşitliğe uygun şekilde olması gerektiği çoğunluk görüş tarafından şiddetli bir biçimde savunulmaktadır¹¹⁰.

Eşlerin evlenmekle ortak bir aile soyadı seçmek istemeleri de ihtimal dahilinde olabilir. Ailede birlik ilkesi esas alınarak ortak bir aile adı belirlenecekse, öğretide eşlerden her birine eşit hak tanınması gerektiği dile getirilmektedir¹¹¹. Böylece eşlerden her birinin soyadı, ortak aile adı olarak taşınabilmelidir¹¹². Bu durumda ortak aile soyadının belirlenmesi konusunda, kadının soyadının da ortak soyadı olarak kullanılmasına imkân verecek şekilde eşlere serbesti tanınması¹¹³ ve eşlerin evlenmeden önceki soyadlarını tek başlarına kullanmasına imkân veren¹¹⁴ bir düzenlemenin hayata geçirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu kapsamda sadece

¹⁰⁷ İnce, "Kadının Soyadı", s. 52.

¹⁰⁸ Göztepe, "Evlilikte Kadınların Soyadı", s. 129, 130.

¹⁰⁹ Oruç, "Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi", s. 464.

¹¹⁰ Göztepe, "Evlilikte Kadınların Soyadı", s. 129; Helvacı, "Evli Kadının Soyadı", s. 165; Ayan, "Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik", s. 81. Reyhani Yüksel, "Kadın-Erkek Eşitliği", s. 186; İnce, "Kadının Soyadı", s. 55; Havutçu ve Kalkancı, "Kadının Soyadı", s. 170; Acabey, "Aile Adı", s. 510; Öcal Apaydın, "Kadının Soyadı Meselesi", s. 457; Erbek Odabaşı, "Evli Kadının Soyadı", s. 102; Çelt, "Çocuğun Soyadı", s. 1087.

¹¹¹ Havutçu ve Kalkancı, "Kadının Soyadı", s. 145; Çelebi, "Kadının Soyadı", s. 602; İnce, "Kadının Soyadı", s. 55; Yılmaz ve Çavuşoğlu, "Soyadı", s. 25.

¹¹² Havutçu ve Kalkancı, "Kadının Soyadı", s. 145.

¹¹³ Çelebi, "Kadının Soyadı", s. 602; İnce, "Kadının Soyadı", s. 55. Bu yönde bir düzenleme önerisi olarak; "Eşler dilerse, ortak bir soyadı seçebilir. Ancak ortak soyadı, zorunlu olmaktan çıkarılmalıdır. Her iki eşin de doğumla kazandıkları soyadları ortak soyadı olarak seçilebilmelidir. Bu olanak yalnızca kocanın soyadıyla sınırlandırılmamalıdır. Eşlerin ikisinin soyadından oluşan ikili bir soyadı da ortak soyadı olarak seçilebilmelidir." gösterilebilir. Yer verilen bu düzenleme önerisi için bkz., Göztepe, "Evlilikte Kadınların Soyadı", s. 129.

¹¹⁴ Gülce Gümüşlü Tunçağıl, "Evlenmede Eşlerin Farklı Vatandaşlığa Sahip Olmasının Aile Soyadı Üzerindeki Etkisine İlişkin Bazı AİHM Kararlarının Değerlendirilmesi", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1 (2024), s. 33.

kocasının soyadını taşımak isteyen kadınlara da bu hakkın tanınması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁵. Böylece irade serbestisi ve eşitlik ilkelerinden ödün vermeksizin ortak aile adı tercih edilmesi bir gereklilik olarak ortaya konmaktadır¹¹⁶.

Yukarıdaki esaslar çerçevesinde “*Aile Adı*” kenar başlığıyla TMK m. 187’ye yeni bir düzenleme önerisi getiren Acabey’e göre hüküm şu şekilde değiştirilmelidir:

“Eşler, erkek veya kadının soyadını, aile adı olarak seçebilir. Bu seçim, evlenecek olan kadın ve erkeğin evlilikten önce evlendirme memuruna, evlendikten sonra nüfus müdürlüğüne birlikte yapacakları yazılı başvuruyla yapılır. Aile adı olarak kendi soyadı seçilmemiş olan eş, aile adının önüne önceki soyadını ekleme hakkına sahiptir. Daha önce iki soyadı kullanan eş, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.

Yukarıdaki hükme göre aile adı konusunda bir seçim yapılmamışsa, eşlerden her biri, evlenmeden önce kullandığı soyadını, evlilikten sonra da kullanmaya devam eder.”¹¹⁷

Buna karşılık Hatemi, asırlardır devam eden anlayışa uygun olarak ve toplum içinde düzen sağlaması bakımından aile soyadı olarak erkek eşin soyadının alınmasının uygun olduğunu savunmaktadır¹¹⁸. Yazara göre bu esasın benimsenmemesi durumunda, kadının soyadının aile soyadı olarak belirlenmesi yerine kadının “*kızlık soyadını tek olarak taşıyabilme*” imkanına sahip olması gerekir¹¹⁹. Hatemi, kadının soyadının aile soyadı olarak seçilmesinin nüfus kayıtlarını daha da karıştıracaklarını ileri sürmektedir. Yazara göre bu hususta yapılacak şey, ya kadın eşe TMK m. 187’de olduğu gibi kocasının soyadının önünde önceki soyadını taşıma imkânı verilmesi ya da kadın eşin kocasının soyadını almaksızın tek başına kendi soyadını kullanabilmesidir¹²⁰.

Öğretide evlenmenin eşlerin soyadına etkisi konusunda en uygun çözümün; “*evlenen kadın ile erkeğin bekarlık soyadlarını kanunen kullanmaya devam edip, ancak talep etmeleri halinde eşlerden birinin ya da ortaklaşa seçilecek başka bir soyadının, haklı bir nedene dahi dayanmaksızın ortak soyadı olarak kullanılabilmesinin düzenlenmesi*” olduğu da ifade edilmektedir¹²¹. Bu görüş ayrıca, kendi soyadı aile soyadı olarak seçilmeyen tarafın kendi soyadını ortak soyadın önünde kullanmayı tek başına talep edebilmesi gerektiğini de belirtmektedir¹²².

Yukarıdaki görüşlere ilaveten öğretide aile soyadı hususunda bir düzenlemenin yapılması gerektiği ve bu konuda ZGB hükümlerinin dikkate alınabileceği ifade edilmektedir¹²³. Bir başka görüşe göre ise; İsviçre hukukundaki düzenleme, soyadı aile adı olarak seçilmemiş eşe önceki soyadını kullanma imkânı vermediğinden, Alman hukukundaki düzenleme daha

¹¹⁵ Göztepe, “Evlilikte Kadınların Soyadı”, s. 129; Çakırca, “Evli Kadının Soyadı”, s. 164.

¹¹⁶ Deniz Ergene, “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun’da Değişiklik Önerisi”, Public and Private International Law Bulletin, 21/2 (2011), s. 165, 166.

¹¹⁷ Acabey, “Aile Adı”, s. 510.

¹¹⁸ Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 87.

¹¹⁹ Hatemi, Aile Hukuku, s. 87.

¹²⁰ Hatemi, Aile Hukuku, s. 87. Aynı görüşü paylaşan bir değişiklik önerisi için bkz., Merve Yılmaz, “Evli Kadının Soyadı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 10 (2012), s. 149.

¹²¹ Havutçu ve Kalkancı, “Kadının Soyadı”, s. 170. Aynı yönde bkz., Mortaş, “Kocanın Soyadı Parametresi”, s. 358.

¹²² Havutçu ve Kalkancı, “Kadının Soyadı”, s. 170. Aynı yönde bir değişiklik önerisi için bkz., Kübra Kamelya Efedayioğlu, “Evli Kadının Soyadı Problemi”, Ankara Barosu Dergisi, 2019/4, s. 31. Benzer yönde bir öneri için bkz., Başoğlu, “Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi”, s. 373.

¹²³ Birinci Uzun, “Aile Soyadı Çıkmazı”, s. 119, 123.

isabetlidir¹²⁴. Türk hukuku bakımından en ideal çözüme BGB § 1355'in daha liberal hale getirilmesiyle ulaşılacağını ifade eden Gören'in düzenleme önerisi ise şu şekildedir:

"Eşler ortak bir evlilik adı taşırlar. Evli çiftler evlendirme memuruna yapacakları bir açıklama ile evlilik adı olarak erkeğin doğum adını mı, kadınınkini mi istediklerini seçim hakkına sahiptirler. Evlilik akdinin bağıtlanması sırasında herhangi bir açıklamada bulunmazlarsa her iki eşin doğum adlarının birleşmesinden oluşan ad evlilik adı olacaktır"¹²⁵.

3. Değerlendirmeler ve Düzenleme Önerimiz

Evlenmenin eşlerin soyadına etkisi konusunda tek ve ideal bir doğrudan söz edilemez¹²⁶. Bu konuda her ülke, kendi milli ve ahlaki değerlerine göre, ait olduğu hukuk çevresi ve hukuk tarihi çerçevesinde düzenleme getirebilir.

TMK m. 187 hükmü en başta eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle sık sık eleştirilere konu olmuştur. Bunun yanı sıra öğretilerde bu hükümlerle ilgili değişiklik önerileri de sıklıkla dile getirilmekteydi. Bu konudaki değişiklik önerilerini değerlendirmek suretiyle yeni bir düzenleme önerisi sunabilmek için öncelikle cevaplanması gereken bazı sorular vardır. Evliliğin kadının soyadına etkisinin TMK'da ayrıca düzenlenmesinin gerekip gerekmediği, düzenlenecekse ortak bir aile soyadı seçilmesi hususunda bir zorunluluk öngörölüp öngörülemezceği meselelerinden hareket edilerek bir değerlendirme yapılması isabetli bir tercih olabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187'ye ilişkin iptal kararı yürürlüğe girmesine rağmen uygulamada evlenen kadınlar, kocalarının soyadını almak zorunda bırakılmaktadır. Oysa TMK m. 187'ye ilişkin iptal kararının yürürlüğe girdiği tarih olan 28 Ocak 2024'ten sonra bu yönde bir zorunluluğun bulunmaması gerekirdi. Uygulamada ortaya çıkan bu çelişkili durum nedeniyle evlenmenin kadının soyadına etkisinin açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yönde bir beklenti de haklı olarak mevcuttur. Bu sebeple ilk olarak TMK'da evlenmenin kadının soyadına etkisinin ayrıca düzenlenmesi gerektiğini söylememiz gerekir.

Bu tespitten sonra belirlenmesi gereken esasen tek bir mesele vardır: Kanun koyucu, evlenmenin kadının soyadına etkisini düzenlerken hükmün merkezine aile adında birlik ilkesi gereğince aile soyadı kavramını mı yoksa adın değişmezliği ilkesini mi almalıdır?

Aile soyadı, bir aileye aidiyeti göstermesinden dolayı aile birliğini güçlendiren sembollerden biri olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple kanun koyucunun tercihini aile soyadını ortadan kaldırmadan yapması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁷. Ancak evlenmenin eşlerin ve özellikle kadının soyadına etkisini düzenlemek amacıyla bir aile soyadı seçiminin benimsenmesi durumunda, kanun koyucu bu seçimi bir zorunluluk olarak öngörmemelidir. Kanun koyucu burada, Alman hukukunda olduğu gibi, eşleri ortak bir aile soyadı kullanmaya teşvik edici bir

¹²⁴ Erbek Odabaşı, "Evli Kadının Soyadı", s. 64.

¹²⁵ Zafer Gören, Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1998, s. 103. Aynı yönde bkz., Abik, Kadının Soyadı, s. 268. Öğretilerde bu düzenleme önerisi, biçimsel bir eşitlik yaratacağı ve yeni anlaşmazlıklar ve hukuki sorunlar doğuracağı gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Bu hususta bkz., Doğan, "Yenilikler", s. 127.

¹²⁶ Göztepe, "Evlilikte Kadınların Soyadı", s. 128.

¹²⁷ Mürşide Şimşek, "Aile Birliğinin ve Kişilik Hakkının Korunması Bağlamında Evlenen Kadının Soyadı", Yasama Dergisi, 48 (2023), s. 107, 108.

düzenleme yapma yoluna gitmelidir. Bir başka ifadeyle, aile soyadının seçimi bir zorunluluk olarak düzenlenmemeli, eşlere ortak bir aile soyadı seçip seçmeme hususunda bir serbesti tanınmalıdır. Nitekim, Alman hukukunda olduğu gibi, İslam hukukunda da böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Öğretide bu serbestinin hangi eşin soyadının aile soyadı olarak seçileceği hususunda da devam ettirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹²⁸.

Aile soyadının seçilmesinde eşlere sunulan alternatif ise, soyadının aidiyet fonksiyonu dikkate alınarak sınırlandırılmalıdır. Şöyle ki, yapılacak düzenlemede aile soyadı olarak eşlerden birinin soyadının tercih edilebileceği kabul edilmelidir. Bu esasın benimsenmesi, aile birliğinin güçlendirilmesine hizmet edeceği gibi soyadının fonksiyonlarını yerine getirebilmesi açısından da işlevsel sonuçlar doğuracaktır. Aile soyadı olarak eşlerden birinin soyadının tercih edilmesi durumunda, kanunda açıkça bir taraf lehine düzenleme getirilmeli midir? Yoksa eşlerden birinin soyadının aile soyadı olarak seçilmesi esası mı kabul edilmelidir? Kanun'da eşlerden birinin soyadının aile soyadı olarak seçilebileceğinin öngörülmesi suretiyle bir serbesti yaratılması durumunda, bu seçim yüzünden çıkabilecek anlaşmazlıkları da göz ardı etmemek gerekir. Bu ihtimalde eşlerden birisi kendi soyadını terk etmek zorunda kalacağı için tam anlamda eşitliğin hayata geçirildiğinden de bahsedilemeyecektir¹²⁹. Dolayısıyla Türk toplumunun ahlaki ve milli değerleri esas alındığında, aile soyadının belirlenmesi hususunda eşlerden biri lehine tercihte bulunulabilir.

Bu hususta evlenen çiftlerin her ikisinin soyadının birleşiminden oluşan bir aile soyadının tercih edilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim bu tercih, aile soyadını karmaşık bir hale getirerek sadelikten uzaklaştıracaktır. Diğer yandan her iki eşin soyadının birleşiminden oluşan bir aile soyadı yaratılması durumunda, hangi eşin soyadının önce kullanılacağı da uygulamada ihtilaf yaratan yeni bir durum olarak karşımıza çıkabilecektir¹³⁰. Havutçu ve Kalkancı tarafından savunulan eşlerin “ortaklaşa seçeceği başka bir soyadını” aile soyadı olarak kullanabilecekleri yönündeki öneriye de katılmamız mümkün görünmemektedir. Bu görüş, soyadının aidiyet fonksiyonunu göz ardı etmekte ve soyadına yapay bir çerçeve çizmektedir. Oysa soyadı, bir kimsenin ailesiyle olan bağını gösteren güçlü bir işarettir. Eşler tarafından ortak bir aile soyadı seçilmesi yönünde bir düzenleme getirilmesi durumunda, soyadının seçimi evlenmeden önce gerçekleştirilmeli ve kendi soyadı aile soyadı olarak seçilmeyen eşe, aile soyadının önünde kendi soyadını taşıma yetkisi de verilmelidir¹³¹.

Öğretide adın değişmezliği ilkesi esas alınarak oluşturulmuş ve “*ilk bakışta ayakları yere basan*”¹³² çözüm önerisi olarak nitelenebilecek bir görüş yer almaktadır. Moroğlu tarafından “*Aile Adı*” başlığıyla ifade edilen düzenleme önerisi şu şekildedir:

“Eşler, her biri evlilik öncesi soyadını kullanmaya devam etmek istemedikleri takdirde, evlendirme memuruna yapacakları yazılı bildirim ile ortak aile adı olarak erkeğin ya da kadının doğumla aldığı soyadını seçebilirler. Soyadı aile adı olarak seçilmeyen eş doğumla kazandığı soyadını aile adının önünde

¹²⁸ Aynı yönde bkz., Yılmaz ve Çavuşoğlu, “Soyadı”, s. 25.

¹²⁹ Doğan, “Yenilikler”, s. 127.

¹³⁰ Doğan, “Yenilikler”, s. 127.

¹³¹ Ayan, “Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik”, s. 75.

¹³² Abik, Kadının Soyadı, s. 267.

taşıyabilir. Eşler böyle bir seçimde bulunmamışlarsa kadın evlenmekle kocasının soyadını alır ve doğumla aldığı soyadını kocasının soyadının önünde taşır”¹³³.

Bu öneride hem kadın hem erkek eşin soyadının aile soyadı olarak seçilmesi ve eşlerin kendi soyadlarını taşımalarına imkân tanınması oldukça isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. Ne var ki eşlerin bir seçimde bulunmamaları durumunda, kadının kocasının soyadını alacağı hususundaki emredici ifade ediş tarzı, TMK m. 187 hükmüne geri dönüş anlamına gelmektedir¹³⁴.

Kanaatimizce, evlenmenin eşlerin soyadına etkisi düzenlenirken esas alınacak kavram, adın değişmezliği ilkesi olmalıdır. Ancak bu, aile soyadının ortadan kaldırılması anlamına da gelmemelidir¹³⁵. Kural eşlerin kendi soyadını taşımaya devam etmesi olmakla birlikte, aile soyadının seçilmesi bir tercih olarak eşlere sunulmalıdır. Eşlere kendi soyadlarını taşımaya devam etme ve aile soyadının seçimi arasında bir tercih hakkının verilmesi gerekmektedir. Bu Şekilde bir serbesti tanındıktan sonra kanun koyucunun aile soyadı olarak eşlerden birinin soyadı lehine bir düzenleme getirmesinde hiçbir sakınca yoktur. Bu sayede aile adında birlik ilkesinin uygulanması hususunda eşleri zorlayıcı değil, aksine teşvik edici bir düzenleme yapılmış olacaktır. Doğacak çocukların soyadının belirlenmesi de ayrı bir mesele olarak karşımıza çıkacağından erkek eşin soyadının aile soyadı olarak benimsenmesi isabetli olabilir. Diğer yandan kanun koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadı yönünde bir tercihte bulunması, kadının soyadının hiçbir Şekilde aile soyadı olarak seçilemeyeceği anlamına gelmez. Nitekim hukuk düzenimizde haklı sebeple adın değiştirilmesine her zaman izin verilmektedir. “Adın değiştirilmesi” başlığını taşıyan TMK m. 27/I’e göre, “Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hkimden istenebilir”. TMK m. 27 gereğince koca dilerse, hâkime başvurarak soyadının değiştirilmesini ve eşinin soyadının aile soyadı olarak kabul edilmesini talep edebilir. Burada TMK m. 27 gereğince kadının soyadının aile soyadı olarak seçilebilmesi için dava açılması, eşitlik ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmemelidir. Aksine TMK m. 27, kadının soyadının aile soyadı olarak seçilmesi hususunda eşlerin yararlanabileceği alternatiflerden biri olarak görülmelidir. Bu kapsamda önerimizi Şöyle ifade etmek gerekir:

“TMK m. 187- Evlenmenin Eşlerin Soyadına Etkisi

Evlenmekle her eş, doğumla birlikte kazandıkları soyadını taşımaya devam ederler. Eşler dilerse, kocanın soyadını aile soyadı olarak kullanabilirler. Aile soyadının tercih edilmesi durumunda kadın, kocasının soyadının önünde doğumla birlikte kazandığı soyadını da kullanabilir. Bu yöndeki beyanın en geç evlenme anında evlendirme memuruna veya evlenme sonrasında nüfus memurluğuna bildirilmesi gerekir.”

Yukarıdaki düzenleme önerisinin başlığı seçilirken, eşleri kapsayıcı nitelikte olmasına özellikle dikkat edilmiştir. Kural, adın değişmezliği ilkesidir ve bunun bir yansıması olarak evlenmekle her eşin kendi soyadını taşımaya devam edeceği esasının vurgulanması

¹³³ Moroğlu, “Kadının Soyadı”, s. 268.

¹³⁴ Aynı yönde bir değerlendirme için bkz., Abik, Kadının Soyadı, s. 267.

¹³⁵ Aile soyadı kavramını esas olarak sunulmuş bir düzenleme nerisi için bkz., Zeynep Güler zer, “Anayasa Mahkemesinin TMK m. 187’nin İptaline İlişkin Kararının Analizi ve Düzenleme nerisi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 14/55 (2023), s. 540.

amaçlanmaktadır. Ancak Türk toplumunun ahlaki ve milli değerlerinin korunması amacıyla aile adında birlik ilkesi dışlanmamış, aile soyadının kullanımını teşvik eder nitelikte bir öneride bulunulmuştur.

SONUÇ

Bu araştırmada TMK m. 187'nin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonraki süreçte oluşan hukuki durum ve evlenen kadının soyadına ilişkin yeni bir düzenleme önerisi getirilmesi amaçlanmıştır.

TMK m. 187'ye ilişkin iptal kararının yürürlüğe girmesinden sonra hükmün uygulanması mümkün değildir. Kanun koyucu iptal kararının yürürlüğe gireceği zamana kadar geçen süreçte yeni bir düzenleme yapmamıştır. Ancak, Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği m. 22'de TMK m. 187 ile aynı içerikte bir hüküm mevcuttur. Uygulamada 28 Ocak 2024'ten sonra gerçekleştirilen evliliklerde, Yönetmelik m. 22 nedeniyle evlenen kadının hala kocasının soyadını almak zorunda olduğu tespit edilmiştir. Bu sebeple, uygulamada hukuki ve fiili durumun çatışmasından kaynaklı bir hukuka aykırılık söz konusudur. TMK m. 187 hükmünün iptaline dair karar yürürlüğe girdikten sonra, kanun koyucunun meseleye ilişkin yeni bir düzenleme getirmemiş olması nedeniyle kanun boşluğunun oluşup oluşmadığı sorusu akla gelebilir. Parlamentonun düzenlediği bir kuralın artık yürürlükte bulunmaması anlamında bir kanun boşluğundan bahsedilebilir. Ancak, kanun boşluğu için objektif bir düzenleme yapma gerekliliğinin olmaması, terminolojik anlamda bir kanun boşluğunun bulunmadığı anlamına gelir. Daha açık bir anlatımla, soyadının değişmezliği ilkesi, kadının kendi soyadı ile devam etmesini gerektirmektedir. Diğer yandan, kanun koyucunun yeni bir düzenleme ihdas ederken iptal edilen hükümlerle aynı içerikte bir düzenleme getirip getiremeyeceği de ayrı bir tartışma konusudur. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçe kısmında dikkate alınması gerekli zorunlu unsurların, parlamento açısından bağlayıcı olduğu savunulabilir. Dolayısıyla yasama organı, ilgili kuralın Anayasa'nın eşitlik ilkesini ihlal ettiği değerlendirmesi ile bağlıdır. Diğer bir deyişle, yasama organı, ihlaline karar verilen kanun hükmü yerine yeni bir kural ihdas ederken eşitlik ilkesini Mahkemenin yorumladığı şekliyle dikkate almak zorundadır. İptal kararı bakımından bağlayıcılık ifade eden kısım burasıdır. Bu çerçevede yasama organının taraflardan herhangi birisinin soyadını zorunlu olarak diğerinin de alması gerektiği yönünde bir düzenleme yapmama yükümlülüğü söz konusudur.

Karşılaştırmalı hukuktaki hükümler incelendiğinde, evlenmenin eşlerin soyadına etkisi iki kavram esas alınarak düzenlenmiştir. Bu kavramlardan ilki, aile soyadı; diğeri ise, adın değişmezliği ilkesidir. Soyadı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup adın değişmezliği ilkesi gereğince bir kimsenin hayatı boyunca taşımaya hak kazandığı ve bir aileye aidiyetini gösteren güçlü bir işarettir. Evlenmenin soyadına etkisi düzenlenirken, bir eşin soyadının aile soyadı olarak belirlenmesi yönündeki zorlayıcı tercih, bazı kamusal zorlukları beraberinde getirmektedir. Diğer yandan soyadının düzen sağlayıcı fonksiyonu zarar görmekte, kamu düzeni sağlanamamaktadır. Nitekim, mesele TMK m. 187 hükmünün iptalinden önceki dönem çerçevesinde ele alındığında, kadının evlenme, boşanma gibi sebeplerle sürekli değişen soyadı nedeniyle kamu düzeni zedelenmektedir. Sürekli değişen soyadı nedeniyle kadın emek ve para kaybı

gibi maddi manevi birçok zorluk yaşamaktadır. Ne var ki, kadının emek ve para harcıyarak düzeltemediği, onu eski eşinin soyadıyla anılmak zorunda bırakan ve hayatı boyunca etkileyen durumlar da söz konusu olabilir. Görülmektedir ki, adın değişmezliği ilkesi esas alınmak suretiyle oluşturulacak yeni bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Diğer yandan adın değişmezliği ilkesinin temel kural olarak benimsenmesi, eşlerin ortak bir aile adı tercih etmesine engel değildir. Bu konuda eşlere, evlenmeden önceki soyadlarını taşımaya devam etme ve ortak bir aile adının seçimi hususunda tam bir serbesti tanınmalıdır. Bu serbestinin tanınmasından sonra eşlerden birinin soyadının kanun koyucu tarafından aile soyadı olarak belirlenmesinde bir sakınca yoktur. Çocuğın soyadının belirlenmesi hususu da dikkate alındığında, aile soyadı olarak kocanın soyadının tercih edilmesi isabetli olabilir. Burada kadının sadece kocasının soyadını taşımak istemesi arzusu da korunmaya layık görülerek bir düzenleme getirilmelidir. Böylece evlendikten sonra aile soyadı kullanmayı tercih eden kadın, dilerse kendi soyadını da eşinin soyadının önüne ekleyebilmelidir.

Adın değişmezliği ilkesi esas alınarak getirilen öneri, ailede birlik ilkesinin bir gereği olarak sahip olduğu önem dolayısıyla aile soyadı kavramını dışlamamaktadır. Kocanın soyadının aile soyadı olarak kanunda açıkça öngörülmesi, bir zorunluluk olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim evlenen eşlerin doğumla birlikte kazandıkları soyadını korumaları kural olarak belirlenmiştir. Eşler ancak dilerse, serbest iradeleriyle bir aile soyadı seçebilirler. İlke olarak adın değişmezliğinden hareket ederek aile soyadının seçimi hususunda bir serbesti tanındıktan sonra eşlerden birinin soyadı, örneğin düzenleme önerimizdeki kocanın soyadı, lehine kanun koyucunun bir tercihte bulunması eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmez. Nitekim burada temel ilke, adın değişmezliğidir. Eşler evlenmekle kendi soyadlarını muhafaza edeceklerdir. Aile soyadının seçimi eşlerin tercihine bırakılmaktadır. Getirilen düzenleme önerisinde, adın değişmezliği ilkesi yerine aile soyadı kavramı esas alınsaydı, ancak bu takdirde eşlerden biri lehine bir tercihte bulunulmasının eşitlik ilkesine aykırılığı tartışma konusu olabilirdi. Evlenen kadının soyadı konusunda zorlayıcı bir tercihe yer verilmemesi nedeniyle eşitlik ilkesinin ihlali söz konusu olmaz.

Bu çalışmada evlenmenin eşlerin soyadına etkisi konusunda getirmeye çalıştığımız yeni düzenleme önerisi, öğretide ileri sürülen görüşlerin değerlendirilmesi ve karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerinin etraflıca incelenmesinden sonra oluşturulmuştur. Bu sebeple evlenen kadının soyadı hususunda kanun koyucu tarafından getirilecek yeni düzenlemeye ışık tutması ve öğretiye katkı sunması hedeflenmektedir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız. Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Acabey, Beşir. "Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan. 19/Özel Sayı (2017): s. 493-512.
- Aebi-Müller, Regine E. "Das neue Familiennamensrecht - eine erste Übersicht". SJZ, 108 (2012): s. 449-457.
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. Aile Hukuku. İstanbul: Beta Basım, 2021.
- Aktaş, Sururi. "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı". Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. XIV/1-2 (2010): s. 1-28.
- Akılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. Türk İdare Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Atasoy, Hakan. "Evli Kadının Soyadı Sorunu: 'Anayasal' mı? 'Bireysel' mi?". Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. Sayı 5, (2015): s. 131-170.
- Ayan, Serkan. "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVI/4 (2012): s. 19-90.
- Başoğlu, Başak. "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 8/1 (2017): s. 351-378.
- Birinci Uzun, Tuba. "Aile Soyadı Çıkmazı". Ankara Barosu Dergisi, 4 (2016): s. 97-137.
- Bräm, Verena und Franz Hasenböhler. Zürcher Kommentar Band/Nr. II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB). Zürich: Schulthess Verlag, 1998.
- Brudermüller, Gerd. Palandt Bürgerliches Gesetzbuch. München: C. H. Beck, 2018.
- Ceylan, Ebru. "Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Kadının Hukuki Durumu", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2/1 (2016): s. 75-125.
- Çakırca, Seda İrem. "Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. LXX/2 (2012): s. 145-164.
- Çelebi, Özgün. "Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Bağlamında Kadının Soyadı ve Soyadının Çocuğa Aktarımı". Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2 (2019): s. 537-614.
- Çelt, Dalma Özden. "TMK m. 187'nin İptali Kararının Çocuğun Soyadına Olası Etkileri ve Olması Gereken Hukuk Bağlamında Bir Öneri". Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 13/2 (2023): s. 1065-1095.
- Doğan, Murat. "Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 52 (4) 2003: s. 93-129.
- Dural, Mustafa, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş. Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Dursun, Esra. Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Erbek Odabaşı, Özge. "Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Evli Kadının Soyadı". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 18/1 (2017): s. 43-109.
- Erdoğan, İhsan. "Şahsiyeti İncitici Soyadı Meselesi". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6/1-2 (1998): s. 705-712.
- Eren, Abdurrahman. Anayasa Hukuku Dersleri. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

- Ergene, Deniz. "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi". *Public and Private International Law Bulletin*. 21/2 (2011): s. 123-176.
- Felder, Wilhelm und Heinz Hausheer. *Familienrecht für Einsteiger - Familienrecht verständlich beschrieben*. Stämpfli Verlag, 2021.
- Gezder, Ümit ve Maja Holmlund. "Evlenen ve Boşanan Kadının Soyadı Meselesi". *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. VI/10 (2021): s. 233-247.
- Gören, Zafer. *Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1998.
- Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Kitabevi, 2016.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2020.
- Göztepe, Ece. "Anayasal Eşitlik Açışından Evlilikte Kadınların Soyadı". *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*. 54/2 (1999): s. 101-130.
- Güler Özer, Zeynep. "Anayasa Mahkemesinin TMK m. 187'nin İptaline İlişkin Kararının Analizi ve Düzenleme Önerisi". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 14/55 (2023): s. 523-556.
- Gülgeç, Yahya Berkol. *Normlar Hiyerarşisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Gümüşlü Tunçağıl, Gülce. "Evlenmede Eşlerin Farklı Vatandaşlığa Sahip Olmasının Aile Soyadı Üzerindeki Etkisine İlişkin Bazı AİHM Kararlarının Değerlendirilmesi". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 10/1 (2024): s. 19-34.
- Güven, Kudret. *İsviçre Medeni Kanunu'ndaki Son Gelişmeler*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2023.
- Hausheer, Heinz, Ruth Reusser und Thomas Geiser. *Berner Kommentar Band II, Nr. 1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht*. Bern: Stämpfli Verlag, 1999.
- Havutçu, Ayşe ve Yasemin Kalkancı. "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı". *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2020): s. 135-180.
- Helvacı, Serap. *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2001.
- Helvacı, Serap. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı". *Public and Private International Law Bulletin*. 35/1 (2015): s. 157-169.
- Helvacı, Serap ve Gediz Kocabaş. "Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Mehmet Akif Aydın'a Armağan. 21/2 (2015): s. 615-644.
- İşıktaç, Yasemin ve Sevtap Metin. *Hukuk Metodolojisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- İnce, Nurten. "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı". *International Journal of Political Studies*. 3/2 (2017): s. 37-58.
- Kamelya Efedayıoğlu, Kübra. "Evli Kadının Soyadı Problemi". *Ankara Barosu Dergisi*. 4 (2019): s. 1-36.
- Kanadoğlu, Osman Korkut ve Ahmet Mert Duygun. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Karakaş, Fatma Tülay. *Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Karaman, Ebru. "Türk Hukukunda Evli Kadının Soyadı". *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*. Yıl 5, Sayı 49 (2017): s. 42-66.

- Karan, Ulaş. Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. Aile Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru. "Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu". Ankara Barosu Dergisi. 4 (2014): s. 579-592.
- Kırca, Çiğdem. "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 50/1 (2001): s. 91-119.
- Kocabaş, Gediz. Evlenmenin Kadının Soyadına Etkisi. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2022.
- Kroll-Ludwigs, Kathrin. Erman Bürgerliches Gesetzbuch. Köln: Otto Schmidt Verlag, 2023.
- Metin, Yüksel. Anayasanın Yorumlanması. Ankara: Asil Yayıncılık, 2008.
- Moroğlu, Nazan. "Kadının Kimlik Sorunu 'Kadının Soyadı'". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 99 (2012): s. 245-268.
- Mortaş, Süleyman. "Evlenen Kadın ile Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. XX (2) 2016: s. 311-369.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Oktay-Özdemir, Saibe. "Soyadı ile İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler ile Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması". MÜHF-HAD, Cevdet Yavuz'a Armağan. 22/3 (2016): s. 2017-2032.
- Oruç, Murat. "Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi". Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 27 (2016): s. 451-465.
- Öcal Apaydın, Bahar. "Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 6/2 (2015): s. 425-458.
- Özdemir, Hayrunnisa. "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 57 (3) 2008: s. 561-598.
- Pulaşlı, Hasan ve Ömer Korkut. Temel Hukuk Bilgisi. Adana: Karahan Kitabevi, 2021.
- Pürselim Arning, Hatice Selin. Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Ad. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Reyhani Yüksel, Sera. "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. XVIII/2 (2014): s. 175-200.
- Sakallı, Nuray, Heyyem Hürriyetoğlu ve Fulya Şat. "Evlilikte ve Boşanmada Kadınların Soyadı Değişimi Üzerine Sosyal Psikolojik Bir Derleme". Nesne Piskoloji Dergisi. 9/22 (2021): s. 884-903.
- Schlumpf, Michael und Christian Fraefel. Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht, Art. 1-456 ZGB. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2023.
- Sturm, Fritz. "Künftiges Schweizer Namensrecht", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 32/49 (2000): s. 25-45.
- Şimşek, Mürşide. "Aile Birliğinin ve Kişilik Hakkının Korunması Bağlamında Evlenen Kadının Soyadı". Yasama Dergisi. 48 (2023): s. 48-79.
- Tuhan Boz, Reyhan. "Mahkeme Kararı Aranmaksızın Adın Değiştirilmesi ve Düzeltmesine Dair Bazı Meseleler". Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 10/2 (2022): s. 437-454.
- Ülgen, Özen. Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.


- Ünal Özkorkut, Nevin. “Kadının Vazgeçilebilir Kişilik Hakkı: Soyadı – Kadının Soyadı Üzerindeki Hakkının Türkiye’deki Tarihsel Gelişimi”. I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 21-30.
- Weibel, Fleur. “Kein gemeinsamer Name mehr?”. FamPra.ch. 2018: s. 959-978.
- Yılmaz, Merve. “Evli Kadının Soyadı”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 10 (2012): s. 129-151.
- Yılmaz, Süleyman ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu. “Soyadı Üzerine Güncel Hukuki Sorunlar”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. XXIV/1 (2020): s. 3-30.
- Zeiter, Alexandra. Handkommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 159 - 169 und 270 ZGB, Art. 43 - 65 IPRG und zum PauRG, in: Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder (Hrsg.). Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2012.

EXTENDED SUMMARY

THE MARRIED WOMAN'S SURNAME AFTER THE ANNULMENT DECISION OF THE ARTICLE 187 OF TURKISH CIVIL CODE BY THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT


Seda Baş, Assist. Prof.

seda.bas@inonu.edu.tr

 <https://orcid.org/0000-0002-7939-8458>

Sezgin Baş, RA. Dr.

szgnbas@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-7939-8458>

The study aims to explain the legal status after the annulment of article 187 of Turkish Civil Code (TCC) No. 4721 by the decision of the Constitutional Court and put forward a nor-mative evaluation about the new regulation that the legislative branch will make for the sur-name of the married couple. On the one hand, this study takes over the explanatory method in terms of the effort to reveal the effects on the legal order by the annulment decision of the Constitutional Court, on the other hand, it can be seen as a normative study from the point of containing normative evaluations regarding married couple surnames.

Article 187 of the TCC which stipulated that the married woman would take her husband's surname, was annulled by the Constitutional Court on 22 February 2023. The annulment decision, published in the Official Gazette on 28 April 2023, entered into force nine months later according to the Court decision. After the annulment decision comes into force, Article 187 of the TCC has now become unenforceable. In addition, the legislator has not generated a new provision regulating the effect of marriage on a woman's surname within nine months. Art. 22 of the Population Services Regulation contains a regulation with the same regulation as the art. 187 of the TCC. However, the annulment decision came into force, the provision of the regulation was not abolished. Therefore, these situations necessitated the examination of the surname issue of the woman, who married after the Constitutional Court's annulment decision, from a constitutional perspective. In this context, the following questions may arise: Can the Parliament introduce the same or a similar regulation that the Constitutional Court annulled? What is the legal situation if the Parliament does not make a regulation on the relevant issue within the period given to it by the Constitutional Court?

In our opinion, instead of the two extreme views that the justification part of the Constitutional Court's decisions is completely binding and not binding at all, it can be argued that the mandatory elements that must be taken into account in the justification part are binding. In this context, the legislative branch has an obligation not to make a regulation that requires one of the parties to take the surname of the other party. However, a regulation stating that the surname of either party can be chosen with their

free will cannot be seen as contrary to the principle of equality. Another issue that needs to be discussed is whether a legal vacuum situation will arise if another rule is not issued instead of the annuled norm after the nine-month period given by the Constitutional Court to the parliament has ex-pired.

In this case, although it may be thought that there is a legal gap regarding the woman's surname, in our opinion, such a gap does not exist. Therefore, no legal gap arises. For a gap in the law to occur, a subject or issue that needs to be regulated in the law must not be regulated. The effect of marriage on a woman's surname cannot be seen as an obligation that needs to be regulated when viewed objectively. However, when we look at the practice, it is seen that woman who marry after 28 January 2024 have to take their husband's surname. Although it has no legal basis, art. 187 of the TCC continues to be implemented as if there was no annulment decision.

Moreover, in the annulment decision of the Constitutional Court, nine members decided against six members for violation, making the annulment decision controversial in terms of content. While evaluating the constitutionality of the provision of art. 187 of the TCC, the Court evaluated the violation only in terms of Article 10 of the Constitution. The lack of consensus on the constitutionality of the provision in question necessitated an evaluation of this provision in terms of its fundamental rights dimension. In our opinion, the obligation of a woman to take her husband's surname upon marriage is a violation of the right to protect and develop the material and spiritual existence of the person regulated in art. 17 of the Constitution and the right to respect for private life regulated in art. 20.

When regulating the effect of marriage on a woman's surname, should the legislator place the concept of family surname or the principle of immutability of the name at the center of the rule? In our opinion, the principle to be taken as the basis when regulating the effect of marriage on married couple's surnames should be the principle of immutability of the name. However, this should not mean the elimination of the family surname. Although the rule is that couples continue to bear their surname, choosing the family surname should be presented to couples as a choice.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNİN MERKEZDEN YÖNETİM ÜZERİNDE YANSIMALARI

PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM REFLECTIONS ON CENTRAL MANAGEMENT

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Görücü*

ÖZ

16 Nisan 2017 tarihinde Türkiye’de yapılan referandum sonrasında hükümet sisteminde değişme yaşanmış ve 24 Haziran 2018 Cumhurbaşkanlığı seçimleriyle de yeni hükümet sistemi modeli olan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi modeli özellikle, parlamenter hükümet sisteminin yarattığı aksaklıkların giderilmesi, siyasal kriz aşımı ve yönetimde istikrar sağlanması açılarından düşünülmüştür. Yeni sistemle birlikte yürütme organı, bu organın işleyişi ve içerisindeki idari teşkilat yapısında büyük değişiklikler meydana gelmiştir. Yürütme organı ve yürütme organı içerisinde yer alan idari teşkilat üzerinde yeni sistemle birlikte etkin bir değişimin meydana geldiğini söylememiz mümkündür. Özellikle 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği kapsamında yeni modelin çerçevesi, anayasal görünümü ve Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri kapsamında merkezi yönetimde ortaya çıkan son durum ve meydana gelen son değişiklikler ile oluşan yansımalar çalışmamızın ana temasını oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Türkiye Cumhuriyeti İdari Teşkilatı, Merkezden Yönetim Teşkilatına Yansımalar.

*Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı.

☎ 0000-0002-3578-7646 ✉ veysel.gorucu@hku.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

After the referendum held in Turkey on April 16, 2017, there was a change in the government system, and with the Presidential elections of June 24, 2018, the new government system model, the Presidential government system, was introduced. The Presidential government system model was especially considered in terms of eliminating the problems caused by the parliamentary government system, overcoming the political crisis and ensuring stability in the administration. With the new system, major changes have occurred in the executive body, the functioning of this body and the administrative organization structure within it. It is possible to say that there has been an effective change in the executive body and the administrative organization within the executive body with the new system. Especially within the scope of the Constitutional amendment made in 2017, the framework of the new model, its constitutional view and the latest situation in the central government within the scope of the duties and powers of the President and the reflections caused by the latest changes constitute the main theme of our study.

Keywords: Presidential Government System, Administrative Organization of The Republic of Turkey, Reflections on the Central Government Organization.

GİRİŞ

9 Temmuz 2018’de yürürlüğe giren Anayasa değişikliği ile “parlamentar sistemden Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi modeline” geçilmiştir. 2017 yılı Anayasa değişikliği öncesi parlamentar sistemde yürütme, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundan oluşmaktaydı. 2017 yılı Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle yürütme ve idare alanında olduğu gibi idari teşkilatta birçok değişiklikler yapılmıştır¹. Bu sistem değişikliğiyle Bakanlar Kurulu ile Başbakanlık² kaldırılmış ve yürütmeye ilişkin yetkiler Cumhurbaşkanlığına geçmiştir.

Yeni sistem ile genel idarenin Cumhurbaşkanlığından oluştuğunu söylememiz mümkündür. Nitekim genel idare içindeki Bakanlar Kurulu ile Başbakanlık kurumları kaldırılmıştır. Bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatı korunmakla birlikte, bakanların eski konumlarından farklı olarak hukuken Cumhurbaşkanının astı konumuna indirildiği ve bakanlıkların cumhurbaşkanlığının hizmet birimleri konumuna getirildiğini söyleyebiliriz. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde (CBK) bakanlıklar, cumhurbaşkanlığı teşkilatı birimleri olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) içinde düzenlenmiştir.

Genel idare kapsamında devlet tüzel kişiliği içerisinde yeni sistemle birlikte idari teşkilat içerisinde yer alan kurumları Cumhurbaşkanlığından ayrı olarak düşünmek artık doğru olmayacaktır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminden önce, kamu tüzel kişiliği ancak kanunla verilebilirdi. Ancak yeni sistemde kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulacak şekilde düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığının düzenleyici işlemleriyle veya diğer isimlerle özerk idarelere talimat vermesi ve bağlayıcı nitelikte kurallar koyulması veya bunlar üzerinde kanunla öngörülme-yen idari denetim yetkileri kullanılması konusunda bu tür işlemlerin hukuka uygun olabilmesi için kanunda bu konuda açık yetki verilmiş olması gerekir. Zira genel/ merkezi idare adına cumhurbaşkanlığının özerk idareler üzerinde kullanabileceği denetim yetkisi ancak idari vesayet denetimi olabilir ki bunun içinde açık yasal izin gereklidir. Buna karşın kamu tüzel kişiliğine sahip olmakla birlikte genel idare içinde görülen hizmet yerinden yönetim kuruluşları (1 ve 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi CBK ile veya özel kanunlarıyla düzenlenen ve cumhurbaşkanlığının veya bakanlıklara bağlı ilgili ilişkili kuruluşlar) üzerinde cumhurbaşkanlığı ve/ veya bakanlıklar yeni sistemde sadece facto değil de jure de hiyerarşik denetim uygulayabildiklerinden bunlara genelge veya diğer idari işlemler ile emir ve talimat verebilirler³. Çalışmamız yeni sistemde merkezden yönetim teşkilatının yeni sistem içerisindeki yansımalarını ele almaktadır.

¹ Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 142.

² 17.02.2006 tarihli ve 26083 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe giren Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, “Başbakanlık bakanlıklar, bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanacak kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, Bakanlar Kurulu kararı eki kararlar ve diğer düzenleyici işlemlerin taslak metinlerinin hazırlanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek” (m. 1) amacıyla çıkarılmış olmakla birlikte Cumhurbaşkanlığı Hükümet sistemi ile birlikte uygulama alanı daralmıştır. Kaldı ki Yönetmelik hükümleri idare için daha çok yönetmelik hazırlamada uyulacak usul ve esaslara ilişkin hükümler içermektedir.(Erişim Tarihi: 01.02.2024)

³ Ali Dursun Ulusoy, Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.191.

I. CUMHURBAŞKANLIĞI TEŞKİLATI

Anayasanın 104. Maddesine göre “Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ile Bakanları atar ve görevlerine son verir. Üst kademe bürokratları atar⁴, görevlerine son verir⁵ ve üst kademe bürokratların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.” Cumhurbaşkanlığı teşkilatı merkezden yönetimin yürütülmesi bakımından önem arz etmektedir.

6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun aracılığıyla yeni sistem uygulamaya geçirilmiştir. Anayasa değişikliği ile “Bakanlar Kurulu ve Başkanlık kurumları kaldırılmış ve bu iki kuruma ait yetkiler Cumhurbaşkanına” verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterlik makamı kaldırılarak bu makama ilişkin düzenlenmiş olan Anayasa'nın 107. maddesi mülga edilmiştir. Anayasa değişikliğinin ardından çıkarılan ve 9 Temmuz 2018 tarihinde yayımlanan KHK ile Cumhurbaşkanı ile idari teşkilat arasındaki ilişkilerin durumu, belirlenmiş ve devamında yürürlüğe koyulan 1 nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile çerçeve genişletilerek temel düzenlemeler oluşturulmuştur.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile (CBK) “bakanlıkların teşkilatları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde (CBK)” düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı teşkilatının, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile düzenleneceği hususu Anayasada açıkça belirtilmemiştir. Ayrıca Anayasa m.123/1 uyarınca “idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi zorunlu olduğundan” ve Anayasa m.104/17 uyarınca “Anayasa da kanunla düzenleneceği belirtilen konularda. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile düzenleme yapılması yasaklandığından,” Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı teşkilatının düzenlenemeyeceği hususu gündeme gelmiştir. Bu konuda doktrinde de tartışma bulunmaktadır.

Ulusoy'a göre “1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK), cumhurbaşkanlığı teşkilatını düzenleyen hükümleri anayasaya aykırı değildir. Zira her ne kadar bakanlıklar ve DDK için öngörülmesi gibi Cumhurbaşkanlığı teşkilatının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile düzenlenebileceği açıkça öngörülmesi de yürütme erki içinde genel idareyi oluşturan cumhurbaşkanlığı ile bakanlıkları birbirinden ayırıştırmanın teknik açıdan mümkün olmaması ve bakanlıkların sistemde doğrudan cumhurbaşkanlığına bağlı olması ve Cumhurbaşkanlığı hiyerarşisinin bir parçası olmaları düşünüldüğünde (aynı durum devlet denetleme kurulu için de geçerlidir.) bakanlıklar ve DDK'nin CBK ile düzenlenebileceğini öngören anayasanın

⁴ Bkz. AYM, E: 2018/120, K: 2023/171, KT:11.10.2023, Resmi Gazete Sayısı: 32386, RG: 01.12.2023, 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan (3) numaralı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin; “Bu itibarla dava konusu CBK kuralının olmaması durumunda (3) numaralı CBK'ya ekli (II) Sayılı Cetvel'de yer alan kadro, pozisyon ve görevler arasında yer alan spor müşavirlerini atamaya yetkili merci ve atama usulü bakımından 3289 sayılı Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükmün uygulanacağı açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın spor müşavirleri yönünden kanunun açıkça düzenlediği bir konuya ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.” İptaline karar verilmiştir. (Erişim Tarihi : 03.02.2024)

⁵ Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 669.

evleviyetle. (a priori) Cumhurbaşkanlığı teşkilatının da CBK ile düzenlenebilmesine imkân taniyacağı” şeklinde yorumlamaktadır.⁶

Bu noktada Anayasanın m. 106/son hükmünü cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ve bunlara bağlı ve ilgili/ilişkili kuruluşlarından oluşan ve özerk idareler dışında kalan tüm genel idareyi kapsayacak şekilde anlamak gerekir. Böylece özerk idareler, ayrık tutulmak kaydıyla genel idarenin kuruluş ve görevlerinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile düzenlenebilmesinin yeni Anayasal sistem açısından bir tutarsızlık doğurması da söz konusu olmayacaktır⁷. Bu konuda emsal olarak önceki sistemde Anayasada (m.124) yönetmelik çıkarabilecek olan idari makamlar arasında bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin sayılması ancak Bakanlar Kurulu sayılmamasına rağmen Anayasa Mahkemesi kararıyla bakanlıklara verilen bu yetkinin evleviyetle Bakanlar Kuruluna da verilmiş olması gösterilebilmektedir⁸.”

Bakanlıkların, kuruluş ve görevleri yanında cumhurbaşkanlığı teşkilatının kuruluş ve görevlerinin de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile düzenlemenin idarenin kanuniliği ilkesinin Anayasal istisnası olarak kabul etmek mümkündür. İkinci istisnaya göre, kamu tüzel kişilerinin yine kanun dışında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile kurulabilmesidir (AY m.123/3). Bu hususa örnek olarak Türkiye uzay ajansının kurulmasına dair 23 nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) gösterilebilir⁹. Üçüncü istisna ise, Devlet Denetleme Kurulu'nun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile kurulup düzenlenebilmesi hususudur (AY m.108 /son). Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş sürecinde 2017'de Anayasa'da yapılan bu değişiklikle DDK'nın denetim alanı silahlı kuvvetleri de içine alacak şekilde genişletilmiş; ayrıca denetim kapsamındaki bütün idareler ve özel hukuk tüzel kişilerine de "*idari soruşturma yapma*" yetkisiyle donatılmıştır¹⁰.

Anayasa değişikliği sonrasında yeni sistemde Cumhurbaşkanı seçilebilmek için “40 yaşını doldurmuş olmak, Yükseköğrenim yapmış olmak şartı ve Milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmak” şartları varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Milletvekili seçilme yeterliliği Anayasanın 76'ncı maddesinde belirlenmiş olup, buna göre “kısıtlı olanlar, askerlik ile ilişkili olanlar, kamu hizmetlerinden yasaklı olanlar, bir yıl veya daha fazla hapis cezasıyla mahkûm olanlar ve daha kısa süreli olsa da affa uğramış olsalar bile yüz kızartıcı suçlar veya terör suçlarından mahkûm olanlar, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmadıkları değerlendirilmesinden hareketle Cumhurbaşkanı da seçilemeyeceklerdir.”

Anayasa'da belirlenmiş olan yükseköğrenim yapmış olmak ifadesiyle en az 4 yıllık bir lisans diplomasının mı yoksa lise eğitimi üzerine yapılan (2 yıllık ve üzeri) her tür yüksek öğrenim diplomasının mı kastedildiği açık değildir. Bu konuda tartışmalar bulunmaktadır. Anayasanın anılan hükmünde en az 4 yıllık şeklinde bir belirleme yapılmadığına göre¹¹ Türk eğitim sisteminde iki yıllık ön lisans ile 4 yıllık lisans ve lisansüstü olmak üzere lise eğitimi üzerine

⁶ Ulusoy, Türk İdare Hukuku, s. 129.

⁷ Ulusoy, Türk İdare Hukuku, s.129.

⁸ Bkz. AYM 23-25.10.1969 E.1967/41 RG. 12.3.1971-13776 (Erişim Tarihi: 04.02.2024)

⁹ Bkz. RG 13.12.2018-30624. (Ei)

¹⁰ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2023, s. 253

¹¹ Böyle bir belirleme Anayasa m.101 hükmünün ilk orijinal halinde de bulunmamaktadır.

yapılan eğitimin ortak adı olarak yükseköğrenim terimi kullanıldığından kanaatimizce Anayasa yapıcı iktidarın iradesinin de bu yönde olduğunu varsaysak bile Cumhurbaşkanlığı makamı için 4 yıllık lisans eğitimi olarak bu hususun anlaşılmasında kamu yararı bulunmaktadır. Öte yandan, Anayasa ve AİHS ile güvence altına alınan seçilme hakkı düşünüldüğünde, böyle bir temel hak ve özgürlüğün kullanımı için Anayasa'nın lafzının ötesinde kısıtlayıcı yorumlanması da doğru olmayacaktır. İlgili mevzuatta açık ve bariz sınırlamalar bulunmadıkça temel hak ve özgürlüklerin kullanımını kısıtlayıcı değil, genişletici nitelikte yorum yapılması modern hukuk devleti ve insan hakları yaklaşımının gereğidir. Ayrıca cumhurbaşkanının görev süresi 5 yıl olup bir kimse en fazla iki defa cumhurbaşkanı seçilebilir (AY m.101/2) hükmü de yeni sistemde cumhurbaşkanının görev süresi ve sınırını çizmektedir.

Milletvekili genel seçimlerinin TBMM tarafından yenilenmesine karar verildiği takdirde¹² cumhurbaşkanlığı seçimleri de yenileneceğinden, ikinci döneminde bulunan cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir (AY m.116/3). Aynı durumun bir defadan fazla tekrarlanması durumunda sürekli aynı kişinin Cumhurbaşkanı seçilebilmesi şeklinde bu durumun anlaşılması kanaatimizce mümkün görünmemektedir. Anayasadaki bu durum için anlaşılacak ifade oldukça açık olup, kural sadece iki dönem cumhurbaşkanlığı yapılabilmesi olduğuna göre buna istisna getiren hükmünde istisnai biçimde en fazla bir dönem daha adaylığa izin verildiği şeklinde anlaşılması gerekir.

1 sayılı CBK, sadece cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı birimlerini değil aynı zamanda tüm bakanlıkları ve ayrıca cumhurbaşkanlığına bağlı kuruluşlarını da (kamu tüzel kişiliğine sahip olsalar bile) doğrudan cumhurbaşkanlığı teşkilatı bünyesine almaktadır ve böylece cumhurbaşkanının tüm bu kuruluşlar nezdinde ki hiyerarşik pozisyonunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda kamu tüzel kişiliğine sahip olan ve 4 sayılı CBK de düzenlenmiş bulunan ve bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların dahi cumhurbaşkanlığı teşkilatı ve dolayısıyla genel idare içinde görüldüğü söylenebilir. Bu kuruluşlara bakıldığında da tamamının idari, iktisadi ve sosyal kamu kurumları oldukları görülmektedir¹³.

II. CUMHURBAŞKANLIĞI MERKEZ TEŞKİLATINA YANSIMALARI

Merkezden yönetime (devlet tüzel kişiliği), “merkezi idare” ya da “genel idare” yahut Devlet idaresi adı da verilmektedir¹⁴. Parlamenter sistemden cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle ve 9 Temmuz 2018 tarihinde bütünüyle yürürlüğe giren anayasa değişiklikleri sonrasında Cumhurbaşkanlığı teşkilatı yeniden düzenlenmiştir. T.C. idari teşkilatında yeni sistemle uyumlaştırmak adına merkezi idarenin de bütünüyle yeniden dizayn edilmesi gerekmektedir. Bu kapsam da çıkarılan 1 sayılı¹⁵ Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) genel olarak tüm cumhurbaşkanlığı teşkilatını ve Bakanlıkların teşkilatını (merkez ve taşra teşkilatı dâhil)

¹² Bunun için TBMM de en az 3/5 çoğunluk gerekmektedir.

¹³ Ulusoy, Türk İdare Hukuku, s. 170.

¹⁴ Bkz. Daha ayrıntılı bilgi için Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara, 2022., A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar, C.1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

¹⁵ Bkz. RG.10.07.2018.

düzenlemiştir. 4 sayılı¹⁶ CBK ise bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlarını ayrıca düzenlemiştir.

Genel idare teşkilatını düzenleyen en önemli pozitif hukuk metinleri olarak 1 ve 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK) gösterilebilir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemiyle önemli değişikliklerin yapıldığı kamu yönetimi alanı idari teşkilatın bütünü bağlamında düşünüldüğünde, merkez teşkilatı olmuştur. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile Türkiye'nin kendine özgü siyasal birikimini ve stratejik hedeflerini ve kendine özgü yönetim yapısını yansıtan bir teşkilat yapılanmasına gidilmiştir¹⁷.

Cumhurbaşkanlığı Merkez Birimleri: 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine (CBK) göre Cumhurbaşkanlığı Merkez Teşkilatı; Cumhurbaşkanının özel sekreteryası (özel kalem müdürlüğü, başdanışmanlar, danışmanlar, özel temsilcileri), Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, Cumhurbaşkanlığı Ofisleri (ayrı tüzel kişilikleri vardır) şeklinde doğrudan Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşlardan oluşmaktadır.

Cumhurbaşkanının özel sekreteryası, Cumhurbaşkanının gündelik faaliyetlerini ve programını organize eden özel kalem müdürlüğü; kendisine doğrudan özel danışmanlık hizmeti veren başdanışmanlar, danışmanlar ve özel temsilcilerinden oluşur ve bunlar doğrudan Cumhurbaşkanınca atanır¹⁸. Cumhurbaşkanı, 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesine göre, “kendisine danışmanlık ve verdiği diğer görevleri yapmak üzere Cumhurbaşkanı başdanışmanı ve Cumhurbaşkanı danışmanı” atayabilmektedir. Başdanışmanlar, danışmanlar ve özel temsilcilerin sayılarının belirsiz olması, nitelikleri itibariyle tercihin tamamıyla cumhurbaşkanının kişisel tercihinin bırakılmış olması nedenleriyle hukuk devletinde belirlilik ilkesi açısından kanaatimizce doğru değildir.

Üst kademe kamu yöneticilerinin atanması, görevlerine son verilmesi ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esaslarının belirlenmesi; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına ilişkin esaslar; Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri; Devlet Denetleme Kurulunun¹⁹ işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri Anayasamıza göre Cumhurbaşkanlığı

¹⁶ Bkz. RG.15.07.2018.

¹⁷ Ferdanur Akman, Nematollah A. Fanid, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin İdari Teşkilatlanma Üzerine Etkisi” *Medeniyet Araştırmaları Dergisi*, 6(2) 2021, s. 33.

¹⁸ Bkz. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) m.2, 3, 4, 12.

¹⁹ DDK, Cumhurbaşkanlığına bağlı olup bir başkan ve sekiz üye olmak üzere toplam dokuz kişiden müteşkil bir üst denetleme organıdır. DDK başkan ve üyeleri Cumhurbaşkanına karşı sorumludur. (CBK sy 5, m. 3). Kurul başkanı ve üyeleri, yükseköğrenimlerini bitirdikten sonra en az on iki yıl devlet hizmetinde başarıyla çalışmış ve temayüz etmiş olan kişiler arasından Cumhurbaşkanınca atanır. (CBK sy 5, m. 10). DDK başkan ve üyelerinin görev süresi atandıkları tarihte görevde bulunan Cumhurbaşkanının görev süresi kadardır. Yeniden atanmaları mümkündür. Görev süresi dolmadan da Cumhurbaşkanınca görevden alınabilirler. (CBK sy 3, m. 4).

Kararnamesiyle²⁰ düzenlenecektir. Cumhurbaşkanına verilen bu yetki “sınırlı” ve “özel” bir yetkidir²¹.

Kararnamenin 2. maddesine göre, Cumhurbaşkanı Özel Kalem Müdürlüğü, Cumhurbaşkanı makamına ilişkin hizmetleri yürütmek; Cumhurbaşkanının resmi ve özel yazışmalarını yürütmek; Cumhurbaşkanının tören, yurtiçi ve yurtdışı gezi işlerini düzenlemek ve yürütmek; Cumhurbaşkanlığı makamının protokol, halkla ilişkiler ve kurumsal iletişim hizmetlerini bünyesindeki birimler aracılığıyla yürütmek; Cumhurbaşkanının Milli Saraylar ve Devlet Arşivlerine ilişkin talimat, iş ve işlemlerini yürütmek ve Cumhurbaşkanı tarafından verilen diğer görevleri yapmakla yetkili ve görevlidir. Özel kalem müdürü doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır.

A. CUMHURBAŞKANI YARDIMCILARI

Anayasanın 106. maddesine göre, Cumhurbaşkanı, seçildikten sonra bir veya daha fazla Cumhurbaşkanı yardımcısı atayabilir. Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanına vekalet etmektedir. Bu süre zarfında Cumhurbaşkanı yardımcısı, Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanabilmektedir²². Cumhurbaşkanı tarafından atanan Cumhurbaşkanı yardımcılarının milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmaları zorunludur. Anayasa göre bir veya birden fazla cumhurbaşkanı yardımcısı atanması mümkündür. Anayasada cumhurbaşkanı yardımcılarının sayılarının net olarak belirlenmemesi kanaatimizce yine hukuk devletinde belirlilik ilkesine aykırı bir durum oluşturmaktadır.

Cumhurbaşkanı yardımcılarının temsil ve vekâlet görevleri ile birlikte icrai bir görev yerine getirebilmeleri için cumhurbaşkanı tarafından kendilerine yetki devri yapılması gerekmektedir²³. Yeni sistemde Cumhurbaşkanına yokluğunda TBMM başkanının vekalet etmesi uygulamasına son verilmiş olup; Anayasada Cumhurbaşkanına “hastalık ve yurt dışına çıkma gibi geçici görevde olması gibi durumda bu geçici süre için veya ölüm gibi nedenlerle makamın bütünüyle boşaltılması halinde yerine 45 gün içinde yenisi seçilinceye kadar, cumhurbaşkanı yardımcısının vekalet edeceği öngörülmüştür (m.106).”

Cumhurbaşkanınca birden fazla cumhurbaşkanı yardımcısı atanması halinde hangi yardımcının cumhurbaşkanına vekalet edeceği hususu anayasada belirsiz bırakılmıştır. Bu konudaki düzenleme boşluğu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile doldurulmaya çalışılmıştır. Cumhurbaşkanlığı makamının sürekli boşalması halinde (yenisi seçilinceye kadar) en yaşlı Cumhurbaşkanı yardımcısının geçici biçimde görevde bulunmama halinde ise cumhurbaşkanının önceden açıkça belirlediği Cumhurbaşkanı yardımcısının kendisine vekâlet edeceği

²⁰ Anayasaya göre kanunda açıkça düzenlenen konularda, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmayacağı gibi; Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde: yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez

²¹ Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 46.

²² Fendoğlu, s. 683.

²³ Turan Yıldırım, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, İstanbul Onikilevha Yayınları 8. bs. 2020, s. 84.

kararnamede belirtilmiştir²⁴. Kanaatimizce, bu konunun doğrudan Anayasada düzenlenmesi ve konunun kararname ile doldurulmaya çalışılmaması daha isabetli olurdu.

B. CUMHURBAŞKANLIĞI İDARI İŞLER BAŞKANLIĞI

Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatının her türlü idari işleri, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı tarafından yürütülmektedir. Parlamenter sistemde cumhurbaşkanlığı kurumu içerisinde yer alan ve teşkilatı düzenleyen en önemli kurum rolündeki Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği yeni sistemle birlikte kaldırılmıştır. Sekreteryaya görevlerini yürütmek üzere merkez teşkilatında Cumhurbaşkanı Özel Kalem Müdürlüğü ve Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı²⁵ kurulmuştur. Cumhurbaşkanlığı teşkilatının yeni sistemdeki etkinliği, rolünün ağırlığı düşünüldüğünde, bu yükü kaldırmak üzere oluşturulan kapsamlı cumhurbaşkanlığı kurumları kanaatimizce isabetlidir. Uygulamada da bu kurumların sistemin yükünü kaldırabilmek adına önemli rol oynadıkları görülmektedir.

Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, parlamenter sistemdeki Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği kurumu ile başbakanlık müsteşarlığının görevlerinin birleşimi benzeri bir fonksiyon icra etmektedir. Bu itibarla yeni sistemde tüm idare içindeki en yüksek devlet memuru Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanıdır ve doğrudan cumhurbaşkanınca atanmaktadır²⁶. Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanına, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatında bütün birimlerin faaliyetlerini işlemlerini ve hesaplarını denetlemek görevi verilmesi de önemlidir (1 sayılı CBK m.5/3). Cumhurbaşkanlığı teşkilatı personeli, kadrolu personel (kadrosu diğer kamu ve kuruluşlarda olup 3 yıl için kadroları geçici biçimde cumhurbaşkanlığına aktarılan) kadroya bağlı süreli personel, kadroya bağlı olmayan süreli personel, kısmi zamanlı personel ve sözleşmeli personel kategorilerinden oluşmaktadır²⁷.

Anayasanın 128/2 hükmünde tüm kamu görevlilerinin atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi zorunlu tutulurken ve m.104/9 hükmünde tüm kamu görevlilerinin değil sadece üst düzey kamu yöneticilerinin atanmasının usul ve esaslarının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile düzenlenebilmesi öngörülmüştür. Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatındaki personelden sadece üst düzey kamu yöneticileri konumunda olanların usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile düzenlenebilecek ve bunlar dışındaki personelin atanma ve diğer özlük hakları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile değil ancak kanunla düzenlenecektir. Nitekim genel olarak Cumhurbaşkanlığı personelinin 657 sayılı kanuna tabi olacağı

²⁴ 1 sayılı CBK m.18.

²⁵ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği’nin yerini İdari İşler Başkanlığı” almıştır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile birlikte “Başbakanlık kurumuna bağlı Başbakanlık Müsteşarlığı” makamı da ilga olmuş ve müsteşarlığın yetkileri “Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı”na devredilmiştir.

²⁶ Bkz. 1 sayılı CBK m.5 vd. “İdari İşler Başkanlığı, mevzuat ve Cumhurbaşkanı tarafından verilen görevleri yapmakla mükelleftir ve İdari İşler Başkanı direkt olarak Cumhurbaşkanıya karşı sorumludur.”

²⁷ 1 sayılı CBK m.12. “Kadrolu personel istisnai memuriyet statüsünde olup bir kısmı cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanmaktadır ve bu şekilde atanarlardan önceden emekli olmuş olanların emekli aylıkları kesilmez. Cumhurbaşkanlığı personeli kural olarak 657 sayılı devlet memurları kanununa tabi olmakla birlikte herhangi bir görev güvenceleri bulunmamaktadır. Bunlar istenildiğinde diğer kamu kurum ve kuruluşlarına naklen atanabilirler.”

öngörüldüğünden ve 657 sayılı kanuna tabi personelin özlük hakları ayrıntılı biçimde bu kanunda düzenlendiğine göre Anayasa m.104/17 hükmü uyarınca kanunla düzenlenmiş olan konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) çıkartılması da zaten mümkün değildir.

Anayasanın 104.maddesi, üst düzey kamu yöneticilerinin atanma usûllerinin CBK ile düzenleneceğini hükme bağlamaktadır. Bu hükme göre, CBK ile üst düzey kamu yöneticilerinin atanma usulleri düzenlenebilir. Bu kapsamda olmayan kamu görevlilerinin atanma usulleri, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmelidir. Çünkü bunların CBK ile düzenlenmesi Anayasaya aykırı olur. Anayasanın 104. maddesinde "üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm üst kademe kamu yöneticilerinin atanması ve görevlerine son verilmesi yetkisini münhasıran Cumhurbaşkanına vermektedir. Bir görüşe göre; Cumhurbaşkanının bu yetkisini başka mercilerle paylaşması, başka mercilerin teklifi (önerisi) üzerine "onaylama" şeklinde bu yetkiyi kullanması, anayasa hükmüne aykırılık teşkil edecektir²⁸. Oysa, bizatihi Cumhurbaşkanının kendisinin böyle bir usul öngörmesinin Anayasayla verilen yetkisini kullanma usulünü belirlemekten ibaret olacağı, böylesi bir CBK düzenlemesinin Anayasaya aykırılık taşıdığına söylenemeyeceğini değerlendirmekteyiz.

C. CUMHURBAŞKANLIĞI POLİTİKA KURULLARI

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile belirlenen dokuz temel konuda çalışmalar yapmak üzere kurulan politika kuralları, doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta olup, en az 3 üyeden oluşmaktadır. Her bir kurulun başkanı Cumhurbaşkanıdır ve her bir kurul için ayrıca Cumhurbaşkanı tarafından bir başkan vekili seçilir. (m.20 vd.)²⁹

Cumhurbaşkanının yürütme yetkisini kullanırken ülke politikalarının oluşturulması ve politika uygulayıcısı Bakanlıkların, belirlenen politikaları etkin bir şekilde hayata geçirip geçirmedikleri hususunda denetim yapacak yardımcı bir birimin bulunması gerekir. Bundan dolayıdır ki Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçiş öncesi dönemde politika oluşturma ve

²⁸ Ramazan Çağlayan, "Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atanmasına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine" <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3575873>, s.35-36, ET:27.02.2024.Bkz. Anayasa Mahkemesi kararı Anayasa Mahkemesi, E.2018/120, K.2023/171, T.11.10.2023. "Dava konusu kural ile CBK'ya ekli (II) Sayılı Cetvel'de yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı onayı ile atama yapılması öngörülmektedir. Kurala göre (II) Sayılı Cetvel'de yer alan kadro, pozisyon ve görevlere doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atama yapılamayacak ancak yetkili merciin teklifi üzerine Cumhurbaşkanı onayı ile atama işlemi gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla (II) Sayılı Cetvel'de yer alan herhangi bir kadro, pozisyon ve göreve Cumhurbaşkanı'nın onayı ile atama yapılması, öncesinde bu onay işlemine ilişkin bir atama teklifinin bulunmasını zorunlu kılmaktadır" (p.43). "Daha önce açıklandığı üzere (3) numaralı CBK'ya ekli (II) Sayılı Cetvel'de yer alan kadro, pozisyon ve görevleri üstlenenlerin bir kısmının üst kademe kamu yöneticisi olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu kadro, pozisyon ve görevlere atamanın Cumhurbaşkanı kararıyla değil, onayıyla yapılmasını düzenleyen dava konusu kurala göre üst kademe kamu yöneticisi olarak yapılacak atama için Cumhurbaşkanı'nın iradesi yeterli olmayıp birden fazla iradenin aynı sonuca yönelik biçimde açıklanması gerekmektedir" (p.44). "Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanacağı belirtilerek bu konuda Cumhurbaşkanı tek başına yetkili kılınmıştır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın üst kademe yöneticilerini atama yetkisi bir başka makamın onayına tabi tutulamayacağı gibi bir başka makamın teklifine de bağlı tutulamaz. Bu itibarla kuralla (II) Sayılı Cetvel'de yer alan kadro, pozisyon ve görevlerden üst kademe yöneticisi olanların atanmasının Cumhurbaşkanı onayı ile yapılmasının öngörülmesi Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir" (p.45).

²⁹ Bunlar "bilim teknoloji ve yenilik politikaları kurulu, güvenlik ve dış politikalar kurulu, eğitim öğretim politikaları kurulu, hukuk politikaları kurulu, kültür ve sanat politikalar kurulu, sağlık ve gıda politikalar kurulu, sosyal politikalar kurulu, yerel yönetim kuruludur."

üst düzey kararların alınmasında görevli olan bakanlıkların bu yetki ve görevleri idari teşkilat şemasında yerini alan ve yeni bir yapı olan Politika Kurullarına bırakılmıştır. Bu yönüyle Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nin bir numaralı karar organının Politika Kurullarının olduğunu söylemek mümkündür³⁰.

Bakanlıkların politikaları uygulama sürecinden önce politika kurulları, yürütme yetkisini kullanmakla yetkili cumhurbaşkanının benimsediği politikalar ekseninde politika ve strateji tavsiyelerini geliştirip biçimlendirir. Oluşturulan politikalar Cumhurbaşkanının emir veya talimatları doğrultusunda Bakanlıklar tarafından uygulanır ve uygulanan politikalar ayrıca Politika Kurulları tarafından denetim altında tutulur. Politikaları değerlendirme ve ilgili raporları Cumhurbaşkanına sunma görevi de yine bu Kurullara aittir³¹.

Görevleri; kendi aralarında öneriler geliştirmek ve cumhurbaşkanına sunmak; bu önerilerden cumhurbaşkanınca uygun görünenlerin uygulanması için gerekli çalışmaları yapmak ve bakanlıkların ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının uygulamalarını ve faaliyetlerini izlemek ve cumhurbaşkanlığına raporlamaktır (m.22). Politika kurulları, “ayrıca Bakanlıklar dâhil her tür kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi ve belge isteyebilir ve uzman çağırabilir (m.33).” Politika kurullarınca, Bakan vekilleri ile o alanda ilgili makam ve üst yöneticiler arasında koordinasyon toplantıları yapılması öngörülmüş olup, bu toplantılara Cumhurbaşkanının yokluğunda, Cumhurbaşkanın görevlendireceği politika kurul başkanvekili veya Bakan başkanlık edecektir (m.32). Bu hususta net bir prensip belirlenmemesi ve adeta kararsız kalındığı izlenimi verilmesi isabetli değildir. Cumhurbaşkanının bazı koordinasyon toplantıları için ilgili bakanı, bazıları için ise ilgili bakan dururken politika kurulları başkanvekillerini başkanlık yapmak üzere belirlemesi devletin üst yönetimin de ahengi bozabilecektir.

Türk idari teşkilatlarında tamamen yeni bir oluşum olan politika kurullarına ilişkin olarak uygulamada önemli sorunlar çıkma potansiyeli bulunmaktadır. En ciddi sorun ise kurulların bakanlıklarla görev çatışması riskidir. Politika kurullarının oluşturulmuş olan temel alanların her birinin bir veya bazen birden çok bakanlığın yetki alanı ile doğrudan çatışması, bu kurulların görev alanları ile bakanlıkların görev alanlarının kesişmesini kaçınılmaz kılmaktadır. Bu sakıncaya karşı savunma olarak politika kurulunun icra fonksiyonu bulunmadığı ve salt o alanda politika önerileri belirleme yani danışmanlık görevi bulunduğunun ifade edilmesi mümkündür. Ne var ki politika kurullarına bakanlıkların faaliyetlerini izlemek ve raporlamak ve ayrıca belirlenen politikaların yaşama geçirilmesi için çalışmalar yapmak görevlerinin de verilmiş olması, bu kurullarının fonksiyonlarının sadece istişari nitelikte olmadığını da göstermektedir.

1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile oluşturulan önemli bir kurumda Yüksek İstişare Kurulu'dur³². Üyelerinin tamamının Cumhurbaşkanı tarafından belirlendiği bu kurulun kurulmasıyla, kararnameye göre, “*millete ve devlete hizmeti geçmiş, bilgi ve birikim sahibi*

³⁰ Akman ve Fanıd, a.g.e. s.37.

³¹ Abdulkadir, Özdemir, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Türkiye Cumhuriyeti İdari Teşkilatına Getirdiği Yenilikler”, *Journal of Academic Value Studies* 7(3) (2021) 284-297. https://javstudies.com/files/javstudies_makaleler/871c88ca-9cda-45ed-ba6b-d90c9cad3400.pdf ET:19.12.2023

³² <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180710>

kişilerin bu kazanımlarından istifade edilebilmesi" amaçlanmıştır³³. Anayasa Mahkemesi'ne göre Yüksek İstişare Kurulu, icrai bir karar alma ve bunu uygulama yetkisi bulunmayan, istişari nitelikte bir birimdir. Kurul üyeleri ancak kurul halinde çalışmakta olup tek başlarına hizmet yapmamaktadırlar. Kurul üyelerinin yaptıkları görev Anayasa'nın 128. Maddesi kapsamında kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli bir görev niteliğinde değildir³⁴.

D. CUMHURBAŞKANLIĞI OFİSLERİ

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile kurulmuş olan Cumhurbaşkanlığı ofisleri, tüm ülke düzeyinde dört ayrı konuda proje geliştirme, raporlama, izleme ve analiz görevleriyle donatılmıştır. Diğer bir ifadeyle görevleri, sadece cumhurbaşkanlığı teşkilatı ile sınırlı olmayıp bütün ülke düzeyindedir. Ofislerin de kamu tüzel kişilikleri bulunmakta olup, idari, mali özerkliğe ve özel bütçeye sahip olmaları da bu kurumları ayrıcalıklı kılan ayrı özelliklerdir. Bu özerk yapılarıyla birlikte cumhurbaşkanlığına doğrudan bağlı oldukları ve cumhurbaşkanlığı tarafından verilen emir ve direktiflere uymakla yükümlü oldukları ayrıca vurgulanmıştır (m.533). Bu durumda, kurumların özerk yapıda olduklarının düzenlenmesi anlamsızlaşmakta, aslında doğrudan hiyerarşi ilişkisine tabi tutulmuş olmaktadır.

Aslında özerk bir kuruluş üzerinde merkezi idarenin ancak idarenin bütünlüğünün sağlanması bağlamında vesayet yetkisine sahip olması gerekir. İdari vesayet yetkisi bağlamında kullanılacak yetkilerin kesin bir biçimde sayılması mümkün değildir. Zira üzerinde vesayet kullanılan idarenin özerklik derecesine göre kanunla şu ana kadar kullanılan yetkilerden farklı bir yetki de öngörülebilir³⁵. Ancak kanunlarda ve uygulamada sık karşılaşılan vesayet yetkileri: "Vesayete tabi makamın kararını kaldırma yetkisi, onama yetkisi, kararı iade yetkisi, vesayete tabi makamın kararına karşı dava açma yetkisi, vesayete tabi makamın bazı hallerde işlem den önce vesayet makamından izin alması, mahalli idari organlarının ve meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının geçici olarak görevden uzaklaştırılma yetkisi" şeklinde olabilmektedir³⁶.

Ofislerin ayrı kamu tüzel kişiliklerinin bulunması ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanına Ofisler üzerinde tanınan yetkiler birlikte söz konusu olduğundan durumun idari vesayet ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gündeme gelmektedir. Bu husus birçok akademik çalışmaya konu olmuş, doktrinde sıkça tartışılan bir konu haline gelmiştir. Kamu tüzel kişiliğini haiz bu yapıya devlet tüzel kişiliğini temsil eden Cumhurbaşkanı tarafından emir ve talimat verilebilmesinin kamu tüzel kişiliğine sahip bir kurum üzerinde idari vesayet yetkisini aşarak hiyerarşik denetime dönüştüğü de söylenebilmektedir³⁷.

Bu ofislere ayrı kamu tüzel kişiliği tanınmasının tanımsız ve gereksiz olduğu konusunda da öğretilerde görüşler bulunmaktadır³⁸. Kanaatimizce bu husus idari yerindelik ve siyasi tercih kapsamına girmekle birlikte asıl fonksiyonları proje geliştirme, raporlama, izleme ve analiz

³³ Özdemir, a.g.e. s.284-297.

³⁴ Bkz. daha ayrıntılı bilgi için, AYMK, 23/01/2020 Tarih, E.2019/78-K.2020/6.

³⁵ Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 123.

³⁶ Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri Temel Bilgiler, s. 69.

³⁷ Gözler-Kaplan, s.129.

³⁸ Bkz. Daha ayrıntılı bilgi için Gözler ve Kaplan, İdare Hukuku Dersleri kitabı.

olarak belirlenmiş olan bu ofislere ayrı kamu tüzel kişiliği tanınmasının, bu ofislerin rahat çalışmaları bakımından yararlı olduğu söylenebilir.

Değerlendirme yapısı, işleyişi, görev ve yetkileri bakımından ofisleri idari teşkilat içinde ayrı bir kategori olarak değerlendirmek olasıdır. Ayrı tüzel kişiliğine sahip buldukları için, devlet tüzel kişiliği dışında oldukları açıktır. Ancak devlet tüzel kişiliğini temsil eden Cumhurbaşkanlığına bağlı ve Cumhurbaşkanının emir ve talimatlarına göre faaliyette bulunmaları, diğer kamu kurumlarından da farklı olduklarını göstermektedir³⁹.

Bu ofislere ayrı kamu tüzel kişiliği tanınmakla birlikte bu organa devlet tüzel kişiliğinin temsilcisi tarafından emir ve talimat verebileceğinin de öngörülmesi, böylece kamu tüzel kişiliği tanınmış kurumlar üzerine idari vesayet denetimini bütünüyle aşan biçimde hiyerarşik denetim öngörülmesi idare hukukunun temel kavramlarıyla açıkça çelişmektedir. Bu itibarla durumların temel idare hukuku normlarına uygun hale getirilebilmesi için ofislerin ya kamu tüzel kişiliklerinin kaldırılması veya tüzel kişilikler kaldırılmıyorsa üzerlerindeki idari denetim yetkisinin, hiyerarşik denetimden idari vesayet denetimine indirgenmesi düşünülmelidir. Bu ofislerin benzer fonksiyona sahip politika kurulları ile aynı konuma alınması önerilebilir.

E. CUMHURBAŞKANLIĞINA DOĞRUDAN BAĞLI KURUM VE KURULUŞLAR

Bazı kurum ve kuruluşlar özel önemleri nedeniyle bakanlıklara değil doğrudan Cumhurbaşkanlığına bağlanmış olup, asıl olarak istişari değil icracı bir fonksiyon icra ettiklerinden politika kurullarından sayılmamışlardır. Bunlardan bazıları kendi özel kanunları ile düzenlenirken (MİT başkanlığı, diyanet işleri başkanlığı gibi) bazıları ise CBK'lar ile düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığına bağlı bu kurum ve kuruluşların bazılarında açıkça kamu tüzel kişiliği tanınmıştır. Bazılarına ise kamu tüzel kişiliği tanınmamıştır. Ancak bu kurumlara mevzuatla kamu tüzel kişilerinin kullanabileceği türden yetkiler tanındığı için dolaylıda olsa bir bakıma kamu tüzel kişilerine benzer bir konuma sahip olduklarını söyleyebiliriz. Yani kamu tüzel kişiliği şeklen bulunmasa da esasında var olduğunu söylememiz mümkündür. Diğer bazı kurumların ise kamu tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Hatta bu kurumlardan Diyanet İşleri Başkanlığı⁴⁰ için devlet tüzel kişiliği dışında ayrı kamu tüzel kişiliği tanınması anayasa tarafından açıkça yasaklanmıştır (AY m.136.)

Cumhurbaşkanlığına bağlı olan Strateji ve Bütçe Başkanlığının, Hazine ve Maliye Bakanlığına bağlamak yerine doğrudan Cumhurbaşkanlığına bağlı bir birim olmasının bazı nedenleri bulunmakla birlikte hizmet gerekleri ve objektif ölçüler açısından doğrudan Cumhurbaşkanlığına bağlı olması isabetli görünmemektedir. Bu nedenle kanaatimizce bu birimin Hazine ve Maliye Bakanlığı bünyesinde ana hizmet birimi veya bağlı/ilgili kuruluş olarak örgütlenmesi daha uygun olacaktır.

³⁹ Çağlayan, age., s.61.

⁴⁰ Daha önce Başbakanlığa bağlı olan Diyanet İşleri Başkanlığı da yeni sistemde Cumhurbaşkanlığına bağlandı. Yeni hükümet sistemine geçişin ardından Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın görev ve yetkilerini de içeren yeni düzenlemeler yapıldı.

Devlet Denetleme Kurulu⁴¹, Anayasa (m.108) uyarınca idarenin hukuku uygunluğunun idari faaliyetlerin düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulur. DDK cumhurbaşkanının isteği üzerine tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluştaki, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her düzeyde işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle, vakıflarda her türlü idari soruşturma ve denetleme yapmakla görevlidir. DDK⁴²'nin yaptığı bu denetimler üzerine bağlayıcı karar alma yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. 2017 yılı Anayasa değişikliği öncesinde DDK'nın askeri makamlar üzerinde denetim yetkisi bulunmamaktaydı. Devletin en üst düzey denetim biriminin askeri makamları da yeni sistemde denetim kapsamına alması isabetlidir. Yargı mercileri üzerinde denetim yetkisinin olamaması ise kuvvetler ayrılığı kapsamında doğrudur⁴³.

2017 yılı Anayasa değişikliği sonrasında yeni sistemde yürürlüğe konulan bağlayıcı düzenlemelere göre gerek cumhurbaşkanlığı teşkilatı gerek bakanlıklara bağlı. veya ilgili kamu tüzel kişiliğine sahip idari, iktisadi ve sosyal kamu kurumları ile kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan diğer idari birimler arasında merkezi idarenin/hükümetin hiyerarşisine tabi olmak konusunda hiçbir fark görülmemiştir⁴⁴.

III. BAŞKENT TEŞKİLATI VE BAKANLIKLARA YANSIMALAR

Türkiye'de uygulanan parlamenter sistemde başkent teşkilatı; cumhurbaşkanı, başbakan, başbakan yardımcısı, bakanlar kurulu, bakanlıklar ve merkezdeki yardımcı kuruluşlardan oluşmaktaydı⁴⁵. Bakanlar kurulu, başbakan ve bakanlardan oluşmaktaydı⁴⁶. Başbakan, bakanlar kurulunun başkanı olarak hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden sorumluydu⁴⁷. Başbakan yardımcısı başbakana yardımcı olmaktaydı. Parlamenter sistemde başbakanlığa

⁴¹ Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş sürecinde 2017'de Anayasa'da yapılan bu değişiklikle "DDK'nın denetim alanı silahlı kuvvetleri de içine alacak şekilde genişletilmiş; ayrıca denetimi kapsamındaki bütün idareler ve özel hukuk tüzel kişilerinde "idari soruşturma yapmak" yetkisiyle" donatılmıştır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için Bkz. Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku kitabı.

⁴² Kuruluşu ile görev yetkileri 5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile düzenlenmiştir.

⁴³ Yeni düzenlemeyle eskiden Cumhurbaşkanlığı, "Devlet Denetleme Kurulunun üyelerini ve üyeleri içinde başkanını, kanunla belirlenen nitelikteki kişiler arasından atarken, Başkan ve üyeleri Cumhurbaşkanlığı bizzat kendi takdiri ve iradesiyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle atayacaktır." 1982 Anayasasının başından itibaren Devlet Denetleme Kurulu'nun denetimine tabi olmayan Silahlı Kuvvetler kurulunun denetimine tabi olmuştur. Devlet Denetleme Kurulu'na ilk defa idari soruşturma yapma yetkisi tanınmıştır. "Devlet Denetleme Kurulu'na ilk defa idari soruşturma yapma yetkisi verilmiştir. Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin kanun yerine Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmesi hükme bağlanmıştır."

⁴⁴ Ulusoy, s. 169.

⁴⁵ Kübra Öztürk, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Uygulamada Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Doktora Tezi, Kültür ve Tanıtım Bakanlığı Kültür Varlıklarını Koruma Kurulunun Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2022 s. 196.

⁴⁶ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar, s.209.

⁴⁷ Mustafa Oğuzhan Bölükbaşı, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bakanlıkların Statüsü (Önceki Hükümet Sistemiyle Mukayeseli Olarak)", Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(1-4), ss.41-69, 2020, s. 46.

bağlı olan kurum ve kuruluşlardan daha stratejik olduğu değerlendirilenlerin bir kısmı doğrudan başbakana, diğerleri ise görev alanlarına göre başbakan yardımcılarında bağlanmıştır⁴⁸.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile birlikte Başkent teşkilatı, merkezi idare içerisinde Cumhurbaşkanlığı idari teşkilatın ve Bakanlıkların faaliyetlerinin organize edildiği ve yönetildiği merkez noktayı yani tek noktadan ve tek elden yönetimi ifade etmektedir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK), "Bakanlıkların temel kuruluşları ve hiyerarşik kademeler" başlıklı 509. maddesine göre Bakanlık merkez, taşra teşkilatları ile bağlı ve ilgili kuruluşların hiyerarşik kademeleri; "hizmetin özelliklerinden kaynaklanan farklılıklar dikkate alınmak kaydıyla;"

-Bakanlık merkez teşkilatında: "Bakan Yardımcılığı, Bakan Yardımcılığına bağlı Genel Müdürlük, Kurul Başkanlığı veya Daire Başkanlığı, Genel Müdürlük veya Kurul Başkanlığına bağlı Daire Başkanlığı",

-Bağlı kuruluşlarda: "Genel Müdürlük, Daire Başkanlığı, İhtiyaca göre kurulacak Şube Müdürlüğü",

-Taşra teşkilatı il kuruluşlarında: "Vali, İl Müdürlüğü, Şube Müdürlüğü, Şeflik",

-Taşra teşkilatı ilçe kuruluşlarında ise "Kaymakam, İlçe Müdürlüğü, İhtiyaç bulunan ilçelerde Şube Müdürlüğü, Şeflik" şeklindeki kademelerden oluşacaktır⁴⁹ şeklindedir.

Başkent teşkilatı: Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı, bakanlıkların merkez teşkilatı ve başkentteki yardımcı kuruluşlardan oluşmaktadır. Anayasada yapılan 2017 yılı değişikliği ile parlamenter hükümet sisteminden, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine (başkanlık) geçildi. Bu sistem değişikliği ile bakanlar kurulu kaldırılmış, bakanlıkların yapısında ve bakanların hukukî statüsünde de değişiklikler gerçekleşmiştir⁵⁰.

Yeni sistem ile yetkilerin Cumhurbaşkanlığı makamında toplandığını görmekteyiz. Cumhurbaşkanlığı makamı altında yetkilerin birleştiği dikkate alındığında, Cumhurbaşkanlığı makamı ve teşkilatı yanında bakanlıkların ve taşra teşkilatının da tek başına herhangi bir hukuk öznese olma kapasiteleri ve özellikleri bulunmamaktadır. Bu itibarla yeni sistemde genel idare ile Cumhurbaşkanlığı arasında matematiksel bir denklemin kurulması mümkündür⁵¹.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile değişiklik yapılan konulardan biri de bakanların atanması ve görevden alınmasına dair usullerdir. Anayasa'nın 104 ve 106.maddelerinde yapılan değişiklik ile birlikte yeni sistemde bakanların cumhurbaşkanı tarafından atanması ve aynı şekilde görevden alınması, bakanların cumhurbaşkanına karşı sorumlu olmaları, milletvekili olma zorunluluklarının kaldırılmış olması hususları değerlendirildiğinde bu noktada bakanların siyasi kimliklerinin sona erdiğini söylememiz mümkündür. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş öncesinde parlamentonun elinde bulunan bakanların göreve devam etmelerine veya görevden

⁴⁸ Tahsin Güler, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Kamu Yönetimine Etkileri", Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 21(39), ss.299-322.2018, s.314.

⁴⁹ Akyılmaz- Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 210.

⁵⁰ Çağlayan, s.142.

⁵¹ Ulusoy, a.g.e. s.177.

alınmalarına ilişkin “güvenoyu” ve “gensoru” müesseseleri de ortadan kalkmıştır. Bundan dolayı parlamento ile bakanlar arasında etkin hukuksal bir bağ kalmadığını söylemek mümkündür⁵².

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde merkezi yönetimde yer alan bakanlıklar konusunda önemli değişiklikler yaşanmıştır. Parlamenter sistemde, bakanların ikili bir fonksiyonu bulunmaktaydı. Bakanlar hem siyasi kimliğiyle yasama organında yer alıp, yasama faaliyetlerine katılmakta hem de idari kimliğiyle yürütme organında yer alıp yönetsel faaliyetlere katılabilmekteydi⁵³. Nacak’ın da ifade ettiği üzere yeni sistemle birlikte bakanların ikili fonksiyonu son bulmuş ve bakanlar, siyasi kimliğiyle yasama organında yer alamamakta yalnızca idari kimliğiyle yönetsel alanda yer alabilmektedir. Parlamenter sistemde, bakanlar hem bireysel olarak hem de bakanlar kurulu olarak kolektif bir biçimde yasama organına karşı sorumlu olmaktadır⁵⁴. Parlamenter sistemde bakanlar, doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından görevden alınmaktayken⁵⁵, yeni sistemle cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanmakta ve görevden alınabilmektedir⁵⁶. Ayrıca yine yeni sistemde bakanların sorumluluğu Cumhurbaşkanına karşıdır⁵⁷.

Parlamenter sistemde bakanların, hem siyasi hem idari kimlikleri bir arada bulunmaktadır. Nitekim anılan siyasi kimlikleri gereği (her ne kadar başbakan önerisi ve cumhurbaşkanının onayı ile göreve başlasalar bile) göreve devam etmeleri ancak parlamento tarafından güvenoyu verilmesiyle mümkün olabilmekteydi. Ayrıca Parlamento tarafından gensoru ile de görevden alınabilme kurumu işletilebilmekteydi. Aynı şekilde hükümetin ve yürütme erkinin asli karar organı olan Bakanlar Kurulu üyesi olarak ve Bakanlar Kurulu kararları oy birliği ile alındığı için bakanlar siyaseten uygun bulmadıkları bir kararı imzalamadıkları sürece kararlar yürürlüğe giremiyordu. Hatta başbakanın bakanlar karşısında eşitler arasında birinci değerlendirmesi söz konusuydu. Bütün bunlar bakanların idari makam olmaları yanında önemli birer siyasi figür olmalarının da kanıtları olduğunun göstergesidir⁵⁸. Başkanlık sistemlerinde bakanlara siyasi kimlikleri bulunmaması nedeniyle ve başkan ile aralarındaki hiyerarşik bağa dikkat çekmek için bakan sıfatı yerine genellikle devlet sekreteri sıfatı verildiğine tanık olunmaktadır. Yeni sistemle bu modelle benzerlik gösterse de tam olarak Başkanlık sistemindeki bir kimliğin yeni sistemimizde olduğunu söylemek de güç olacaktır.

⁵² Ulusoy, a.g.e., s.184.

⁵³ Akyılmaz, 2018, s.202; Eryılmaz, 2014, s.142-143’den aktaran Nacak, Osman, “Parlamenter ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemlerinden Hareketle Bakan ve Bakanlıkların Karşılaştırmalı Analizi”, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, 18(1), ss.138-157 2020, s.148.

⁵⁴ Nacak, s.148.

⁵⁵ Hamza Ateş ve Soner Ünal, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bakanlıklar” E.Akman (Ed) Farklı Boyutlarıyla Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Nobel Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2021, s. 162.

⁵⁶ Haluk Alkan, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Siyaset Süreci:Potansiyel ve Olasılıklara Yönelik Bir değerlendirme” E.Akman (Ed.) Farklı Boyutlarıyla Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Nobel Yayıncılık, 1. Baskı Ankara, 2021 s.39.

⁵⁷ Ozan Zengin, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve İdari Yapıya Etkisi”, Emek Araştırma Dergisi, 10(15), 2019, s. 4.

⁵⁸ Ulusoy, s. 192-193.

Yeni sistemde⁵⁹ gerek Bakanlıkların hukuksal kimliklerinde gerekse de Bakanlıkların teşkilatlanma usul ve esaslarında çok önemli değişiklikler olmuştur. Zira yeni sistemde Bakanlar doğrudan Cumhurbaşkanınca atanıp yine Cumhurbaşkanınca görevden alınabilmektedirler. Parlamentonun artık Bakanların göreve devamında veya görevden alınmalarında hiçbir dâhili ve yetkisi kalmamıştır. Yeni sistemde güvenoyu, gensoru gibi parlamentonun hükümeti/yürütme-yi denetimi için parlamenter sisteme özgü denetim yolları ortadan kalkmıştır. Yasama ve yürütme erkleri arasındaki bağ çok büyük ölçüde koparıldığı için bakanlar ile parlamento arasında da etkin hukuksal bir bağ kalmamıştır⁶⁰. Ancak Anayasa 108.maddesi uyarınca Yazılı soru, “yazılı olarak en geç on beş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir.” hükmü gereğince TBMM ile Bakanların bağının kurulması ancak bu yolla devam etmektedir. Bu da oldukça zayıf bir bağdır ve uygulamada etkisiz kalmaktadır. Bakanlar yeni sistemde sadece Cumhurbaşkanıya karşı sorumludurlar.

Bakanların, Bakanlar Kurulu üyesi olma ve hükümetin ve yürütmenin asli karar alma mekanizması olan Bakanlar Kurulu kararlarını imzalama/imzalamama yetkileri de son bulmuştur. Dolayısıyla bakanların kendi bakanlıkları içerisindeki idari işler dışında, yürütme erkinin ve hükümetin⁶¹ geneline yönelik konularda herhangi bir bağlayıcı karar alma, kararlara katılma veya buna yönelik konularda herhangi bir bağlayıcı karar alma veya buna yönelik icrai yetkileri kalmamıştır. Yeni sistemde uygulamada adına kabine⁶² ismi verilen cumhurbaşkanlığının başkanlığında bakanların, zaman zaman toplandığına tanık olunmaktadır. Ancak yeni sistemdeki bu kabine toplantılarının hukuken sadece Cumhurbaşkanının istişare niteliğindeki toplantıları olarak algılanması gerekir. İcrai ve bağlayıcı karar alma noktasında yeni sistemde yetkinin tek başına Cumhurbaşkanının da olduğu kuşkusuzdur. Ülkeyi yönetme konusunda sorumluluğun tek başına cumhurbaşkanında olması da bu modelin tartışılması gereken önemli noktalarından birisidir.

Bakanlıkların idari teşkilatlanmasının usul ve esasları açısından da yeni sistemde anayasanın m.106 son hükmüne göre; Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile

⁵⁹ Önceki sistemde bakanlıkların idari teşkilatlanması ise anayasa gereği kanunla yapılmaktaydı. Bu kapsamda öncelikle kısa bir çerçeve kanunla bakanlıkların teşkilatlanmalarının usul ve esasları belirlenmiş (Bkz. Mülga3046 sayılı bakanlıkların kuruluş ve görev esasları hakkındaki kanun) sonrasında her bir bakanlığın teşkilatlanması ayrı kanunlarla (veya KHK'lerle) ayrıntılı olarak düzenlenmişti. Anılan çerçeve kanuna göre “Bakanlıklar merkez teşkilatı taşra ve/veya yurtdışı teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlardan oluşmaktaydı (m.5).” “Merkez teşkilatı ise her bir bakanlığın merkezdeki asli faaliyetlerini yerine getiren ana hizmet birimleri teftiş kurulları ve hukuk müşavirlikleri gibi danışma ve denetim birimleri veya daire başkanlıkları gibi yardımcı birimlerden meydana gelmekteydi. Bakanlık merkez teşkilatının hiyerarşik kademelerinde ise müsteşar, müsteşar yardımcılarını genel müdürler, genel müdür yardımcılarını daire başkanları şube müdürleri ve şefler bulunuyordu.”

⁶⁰ Her ne kadar yeni sistemde cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar için meclis soruşturması öngörülmüş olsa da bunun etkili ve hukuksal yaptırımını bulan bir yol olduğunu söylemek mümkün değildir.

⁶¹ “Hükümet terimi Türkiye de genellikle yürütmenin siyasi kanadını ifade etmek için ve eski sistemde bakanlar kuruluna eş anlamlı olarak kullanılmasına karşın bu terimin İngilizce karşılığı olan Government (Fr: Gouvernement) terimi bu anlamın yanında daha genel olarak Türkçedeki devlet terimini de karşılamaktadır.”

⁶² Aslında “kabine” terimi teknik olarak parlamenter sisteme özgü bir terim olup Bakanlar Kurulu ve hatta hükümet terimiyle eş anlamlıdır. Burada cumhurbaşkanının başkanlığında tüm Bakanların toplanmasını karşılayan başka bir terim bulunmadığı için kabine teriminin kullanıldığı tahmin edilmektedir.

düzenlenmektedir. Bu çerçevede Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile düzenlemeye yer açmak için 3046 sayılı kanunla ayrıca tüm bakanlıkların kuruluş ve görevleri ile idari teşkilatlanması hakkında daha önce çıkarılmış olan kanunlar, 703 sayılı KHK ile neredeyse tamamen yürürlükten kaldırılmış ve sonrasında tüm bakanlıkların teşkilatı ile görev ve yetkileri 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı teşkilatı hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK)⁶³ ile düzenlenmiştir⁶⁴. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde her bir bakanlığın idari teşkilatını ayrı ayrı düzenlediğini görmekteyiz.

Çağlayan'a göre Bakanlar yürütme organını tek başına oluşturan Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta ve görevden alınmaktadır. Söz konusu atama ve görevden alma işlemleri, idare hukuku bakımından basit idari işlem⁶⁵ niteliğindedir. Bakanların, Cumhurbaşkanıya bağlılıkları sadece siyasi değil, idari yönden de söz konusudur. Cumhurbaşkanı ile bakanlar arasındaki ilişki, normal devlet memurları bakımından geçerli olan hiyerarşik ilişkisi gibi de değildir. Buradaki hiyerarşik ilişkinin, kendine özgü bir yapısı olduğu ifade edilmektedir⁶⁶.

Bakanlıklarda yapılan değişikliklerle, müsteşarlıklar kaldırılmış müsteşarlık görevleri bakan yardımcılara verilmiştir. Bakan yardımcılarını bakana karşı sorumludur ve teftiş kurulu hariç bakanlık kuruluşlarına gereken emirleri verir ve bunların uygulanmasını gözetir ve sağlar. 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde bakan yardımcılarını, 1 sayılı cetvelde yer almaktadır. İlgili kararnameye göre atamaları Cumhurbaşkanı kararıyla yapılmaktadır. Görev süreleri atandıkları tarihte görevde bulunan Cumhurbaşkanının görev süresini geçmemekle birlikte bakan yardımcılarının sözleşmeli olarak çalıştırılabilecekleri de ilgili kararnamenin 5. Maddesinde ifade edilmektedir. Görev sürelerinin atandıkları tarihte görevde bulunan cumhurbaşkanının görev süresini geçmemesi kuralı devletin devamlılığı açısından tartışılabilir, tek oyun kurucu konumunda bulunan cumhurbaşkanının kendi yönetim ekibini kurabilmesi ve kendi ekibiyle görevi sona erdiğinde ayrılması itibarıyla da doğru olduğunu ifade etmek mümkündür.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile idari teşkilatımızda yeniden yapılan düzenleme sonrasında artık "bağlı kuruluş", "ilgili kuruluş" ve "ilişkili kuruluş" kavramları yerine "bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluş" kavramını kullanmak daha uygun olacaktır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, öncesinde 3046 sayılı Kanunun 703 sayılı KHK ile mülga 10. maddesinde bağlı kuruluşlar, "bakanlığın hizmet ve görev alanına giren ana hizmetleri yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlar" olarak; ilgili kuruluşları ise mülga 11. maddede "özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, malî ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları şeklinde düzenlenir" şeklinde tanımlamıştı. Diğer taraftan ilgili kuruluş kavramı ise

⁶³ RG. 10.07.2018-30474

⁶⁴ Anayasa m.106/son hükmüne ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine (CBK) rağmen "Bakanlıkların teşkilatlanması ile kuruluş ve görevlerinin yeni bir kanunla düzenlenip düzenlenmeyeceği diğer bir ifade ile Bakanlıkların düzenlenmesi konusundaki CBK ile düzenleme yetkisinin münhasır olup olmadığı ve bu konuda kanunla düzenlenmeye anayasal engel bulunup bulunmadığı hususunda" bkz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi

⁶⁵ Tek bir kamu görevlisinin iradesiyle yapılan işlem (amirin memuruna uyarma cezası vermesi gibi) basit işlemdir.

⁶⁶ Çağlayan, s.91.

233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ekinde Bakanlık ya da Bakanlıklarla bağılıkları belirtilen kamu tüzel kişiliğine sahip KİT'ler için kullanılmaktaydı. İlişkili kurum kavramı ise hepsi kamu tüzel kişiliğine sahip düzenleyici ve denetleyici kurumlar için tercih edilmekteydi⁶⁷.

1, 4, 7, 11, 12, 13, 23, 34, 38, 47, 95 ve 117 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile 2018/1 ve 2018/2 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgelerine bakıldığında bakanlık "*bağlı*", "*ilgili*" ve "*ilişkili*" kurum ve kuruluşu sayılan idarelerin 3046 sayılı Kanun'da yer alan tanımlar ile tam olarak örtüşmediği ve bunları birbirinden ayıran kesin ve belirli bir ölçüt belirlenmediği görülecektir⁶⁸. 4 sayılı "*Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*"⁶⁹ ile bir dizi bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluş kurulmuş, teşkilatları ile görev ve yetkileri belirlenmiştir." 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile gösterilen bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlardan "*bağlı kuruluş*" olarak nitelendirilenlerin bir kısmı tüzel kişiliğe sahip değildir. Buna karşılık ilgili ve ilişkili kuruluşlar tüzel kişiliği haizdir. 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde (CBK) bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bir kısmı için sadece "*tüzel kişiliği*" haiz olduğu ifade edilmişken, bazıları için açıkça "*kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu*" vurgulanmıştır⁷⁰.

Bağlı kuruluş, Devlet tüzel kişiliği içinde yer alıyorsa ayrı kamu tüzel kişiliğine sahip değildir. Bağlı kuruluş, Devlet tüzel kişiliği dışında ise ayrı kamu tüzel kişisidir. Bu nedenle, her bağlı kuruluşun "zorunlu olarak kamu tüzel kişiliğine sahip olmadığı" şeklinde bir sonuca da gitmemek gerekir. Devlet tüzel kişiliği dışında yer almasına rağmen bağlı kuruluş olarak yapılandırılan idareler dışındaki diğer kamu idareleri ilgili kuruluş olarak adlandırılmaktadır. İlişkili kuruluşlar ise genel olarak düzenleyici ve denetleyici kurumlar için kullanılmaktadır⁷¹. Kamu tüzel kişiliğinin Anayasal dayanağını, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle, kamu tüzel kişiliği kurabileceğini öngören Anayasanın 123.maddesinin 3. Fıkrası oluşturur⁷². Bu bağlamda önceki sistemde kamu tüzel kişiliği kurabilme yetkisi, yasama organına (TBMM'ye) verilmişken 2017 Anayasa değişikliği sonrasında yeni sistemde, TBMM bu yetkisini doğrudan kendisi kanunla kullanabileceği gibi kamu tüzel kişiliğinin doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile de kurulabilmesinin yolu açılmıştır.

Yeni sistemde, TBMM kamu tüzel kişiliği kurma konusunda tek yetkisine, yani mutlak imtiyaza sahip değildir. Cumhurbaşkanı da (Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi CBK) ile herhangi bir kanuna dayanmadan bu yetkiyi doğrudan kullanabilir⁷³. Bununla birlikte kanunla kurulmuş ve kazanılmış kamu tüzel kişiliği statüsünü kaldırmak konusunda cumhurbaşkanı doğrudan yetkili değildir. Yani kanunla kurulmuş kamu tüzel kişiliği Cumhurbaşkanlığı

⁶⁷ Akyılmaz-Sezginer-Kaya, s. 258-259.

⁶⁸ Bu kuruluşların kendi kuruluş kanunlarında ve ilgili mevzuatta hukuki statülerinin nasıl düzenlendiğine bakılmalıdır.

⁶⁹ RG. 15.07.2018, sy. 30479.

⁷⁰ Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 257.

⁷¹ Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak, İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.309-310.

⁷² Ulusoy, s. 144.

⁷³ Ulusoy, s. 146.

Kararnamesi (CBK) ile kaldırılamaz. Zira Anayasa m.104 /17 uyarlanamayacağı gibi kanunla düzenlenen konularda zaten Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) de çıkaramaz. Buna karşın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile kurulmuş kamu tüzel kişiliği elbette kanunla kaldırılabilir. Zira Anayasa (m.104/17) kanunların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinden (CBK) mutlak üstünlüğü prensibini benimsemiştir⁷⁴.

IV. MERKEZDE YARDIMCI KURULUŞLARA YANSIMALAR

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile birlikte merkezde yardımcı kuruluşlar üzerinde de bazı değişikliklere gidilmiştir. Bu kuruluşlardan MGK, 2945 sayılı MGK ve MGK Genel Sekreterliği Kanunu yürürlükten kaldırılarak 6 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle MGK yeniden düzenlenmiştir. Yeni sistemle MGK üyeleri arasında cumhurbaşkanı yardımcılarını da eklenmiştir. Başbakanlık ve başbakan yardımcılığı kaldırdığı için MGK üyeleri arasından da çıkartılmışlardır. Parlamenter sistemde, MGK toplantılarına cumhurbaşkanının katılmadığı zamanlarda toplantıya başbakan başkanlık ederken yeni sistemle birlikte cumhurbaşkanının toplantılara katılmadığı zamanlarda MGK toplantıları cumhurbaşkanı yardımcısının başkanlığında toplanmaktadır⁷⁵.

Parlamenter sistemde MGK genel sekreteri, başbakanın önerisi üzerine cumhurbaşkanının onayı ile atanmaktaydı. Cumhurbaşkanlığı sisteminde MGK genel sekreterinin atanma usulü değişmiştir. MGK genel sekreteri, 1 sayılı cetvelde yer almaktadır. Dolayısıyla da yeni sistemle Cumhurbaşkanlığı genel sekreteri, doğrudan cumhurbaşkanı kararıyla atanmaktadır⁷⁶.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde Danıştay'da da bazı değişiklikler yapılmıştır. Danıştay'ın hükümetle ilgili olan işleri başbakan aracılığıyla değil artık cumhurbaşkanı aracılığıyla yürütülmektedir. "Hükümetle ilgili" ifadesi de "yürütmeye" şeklinde değiştirilmiştir⁷⁷. Cumhurbaşkanlığı sisteminde Danıştay üyeliğine seçilebilecek olanlar arasında cumhurbaşkanı yardımcılığı makamını da eklenmiştir.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde, Danıştayın görevlerinde bazı değişiklikler yapılmıştır. Danıştay idari dairesinin, başbakanlık ya da bakanlar kurulu tarafından gönderilen kanun tasarı ve teklifleri, başbakanlıktan gönderilen tüzük tasarıları, başbakanlık tarafından gönderilen idari makamlar arasında görev ve yetkiden doğan anlaşmazlıklar da Danıştayın görüşünün ve incelemesinin istenmesi, başbakanlıktan gönderilen işlerin incelenip görüş bildirme ve karara bağlama gibi yetkileri kaldırılmıştır⁷⁸. Bu değişiklikler özellikle bürokratik süreçlerin kaldırılması gibi görünmekle birlikte idari konularda hem yüksek mahkeme hem merkeze yardımcı kuruluş olan Danıştay'ın bu fonksiyonlarının devre dışı kalması yönüyle eleştirmek mümkündür.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde, Sayıştay konusunda da bazı değişiklikler yapılmıştır. Sayıştayın denetim alanına sermayesine doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak kamu

⁷⁴ Ulusoy, s. 146.

⁷⁵ Nacak, s. 376-377.

⁷⁶ Nacak, s.382.

⁷⁷ Bkz. 2575 sayılı kanun, madde 2.

⁷⁸ Öztürk, s.217.

payı olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan anonim ortaklıklar ve diğer kamu idareleri (kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları hariç) de eklenmiştir⁷⁹. Bu değişiklikler özellikle şeffaflık ve hesap verilebilirlik noktasında denetim açısından isabetli olmuştur.

Yeni sistemle birlikte Sayıştay başsavcı ve savcılarının nitelikleri ve atanma yönteminde de değişiklikler yapılmıştır. Sayıştay başkanının görüşü alınmak suretiyle Hazine ve Maliye Bakanlığınca yapılan teklif üzerine ortak kararname ile atanan Sayıştay başsavcı ve savcılarını yeni sistemde üst kademe kamu yöneticileri ile kamu kurum ve kuruluşlarında atama usullerine dair Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle atanmaktadır. Sayıştay başsavcı ve savcılarının nitelikleri Sayıştay kanunundan çıkarılarak söz konusu nitelikler üst kademe kamu yöneticileri ile kamu kurum ve kuruluşlarında atama usullerine dair Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle belirlenmiştir⁸⁰. Yüksek mahkeme niteliğinde olmasa da hesap yargısı olarak devletin kurumlarını denetleyen Sayıştayın hesap denetimi yönünde atanma usullerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle belirlenmiş olması da tartışılan diğer bir konudur. Devletin başı sıfatına haiz Cumhurbaşkanlığı makamının parlamenter sistemde de yüksek mahkemelere yaptığı önemli atamalar düşünüldüğünde, Sayıştay için yapacağı atamaların yadsınmaması gerekir. Bu yanlıgı, özellikle yeni hükümet sistemi ile Cumhurbaşkanlığı sisteminin birleşmesinden kaynaklandığını söylememiz mümkündür.

V. TAŞRA TEŞKİLATINA YANSIMALAR

Merkezi yönetimin taşra teşkilatı, il, ilçe ve bölge idarelerinden oluşmaktadır⁸¹. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemiyle birlikte merkezi yönetimin taşra teşkilatında yer alan il ve ilçe idaresinde de değişikliklere gidilmiştir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK),⁸² Cumhurbaşkanlığı teşkilatını ve bakanlıkların teşkilatını (taşra teşkilatı dâhil) düzenlemiştir. 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK)⁸³ ise bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlarını ayrıca düzenlemiştir. Valilerin⁸⁴ ilde Cumhurbaşkanının temsilcisi olarak siyasi iktidara yardımcı olma misyonu, parlamenter sistemde hem Cumhurbaşkanının hem de hükümetin ayrı ayrı temsilcisi olma görevi ve rolünü yeni sistemde Cumhurbaşkanı üzerinden devam ettirdiğini söylememiz mümkündür.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde il genel idaresinin başı olan valilerin atanma usulünde değişikliğe gidilmiştir⁸⁵. Parlamenter sistemde valiler, İçişleri Bakanlığı'nın önerisi, bakanlar

⁷⁹ Bkz. 6085 sayılı kanun, md. 4

⁸⁰ Öztürk, s. 22.

⁸¹ Gözler ve Kaplan, s. 82.

⁸² Bkz. RG.10.07.2018.

⁸³ Bkz. RG 15.07.2018.

⁸⁴ Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmeden önce İl İdaresi Kanunu'nun 9/1. maddesinde, "Valilerin ilde Devletin ve Hükümetin temsilcisi ve ayrı ayrı her Bakanın mümessili ve bunların idari ve siyasi yürütme vasıtası olduğu" yazmaktaydı. Ancak Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçildikten sonra, 09.07.2018 tarihi itibarıyla, Kanunun 9/1. maddesi "Valilerin ilde Cumhurbaşkanının temsilcisi ve idari yürütme vasıtası olduğu" şeklinde değişmiştir. 28.07.2018 tarihli Resmi Gazete'de İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan Valilik ve Kaymakamlık Birimleri Teşkilat, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile Valilik ve Kaymakamlık Birimleri Teşkilat, Görev ve Çalışma Yönetmeliğine 72 nci maddeden sonra gelmek üzere 72/A maddesi eklenmiştir: "Vali ilde **Devletin** ve Cumhurbaşkanının temsilcisi ve idari yürütme vasıtası; kaymakam ilçede Cumhurbaşkanının temsilcisi ve idari yürütme vasıtasıdır".

⁸⁵ Gözler ve Kaplan, s.76.

kurulunun kararı ve cumhurbaşkanının onayı ile atanmaktaydı⁸⁶. Vali, ilde cumhurbaşkanının temsilcisi ve idari yürütme vasıtasıdır. Yeni sistemde Valilerin atanma usulü Cumhurbaşkanlığı Kararı ile atanmaktadır⁸⁷. Valilerin görev süresi atandıkları tarihte görevde bulunan Cumhurbaşkanının görev süresini geçmemesi düzenlemesi kanaatimizce isabetli olmamıştır. Özellikle yine devlette devamlılık açısından cumhurbaşkanı değişse bile cumhurbaşkanının hangi valilerle yola devam edip etmeyeceği veya değiştirip değiştiremeyeceği hususları yeni cumhurbaşkanının takdirinde olan bir husus olarak kalmalıdır.

İl İdaresi Kanununa göre “İl genel idaresinin başı ve mercii validir. Bakanlıkların kuruluş mevzuatına göre illerde lüzumu kadar teşkilât bulunur” (m. 4). Bu düzenlemeler çerçevesinde 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde bazı bakanlıkların il müdürlükleri kurulmuştur. Kararname ile bazı bakanlıkların taşra teşkilâtları doğrudan kurulurken bazı bakanlıklar açısından ise (yine bakanlıklara) yetki verilmiştir. Kararnameye göre bazı bakanlıklılar, idari işlem ile kendi taşra teşkilâtlarını kurabileceklerdir. Ancak bu düzenlemeler, bakanlıkların kuruluşunun kararnameler ile düzenleneceğini öngören Anayasa m. 106/son ile uyumlu değildir. Anayasa m. 106/son ‘a göre “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilât yapısı ile merkez ve taşra teşkilâtlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenir”. Kararname ile sadece bakanlıklara yetki verilmesi ile bu teşkilatların bakanlıklarca kurulması “kararname ile düzenlenme” şartının yerine getirildiğini söylemek açısından doğru olmayacaktır⁸⁸. Ayrıca kararname ile bakanlık bölge teşkilâtlarının kurulmasının mümkün olduğunu da ifade etmek gerekir.

Parlamente sistemde Vali; kanun, tüzük, yönetmelik ve hükümet kararlarının neşir ve ilanını ve uygulanmasını sağlamak ve bakanlıkların talimat ve emirlerini yürütmekle ödevliydi⁸⁹. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Vali, kanun, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve diğer mevzuatın neşir ve ilanını ve uygulanmasını sağlamak, talimat ve emirleri yürütmekle ödevlidir⁹⁰. Valiler, yeni sistemle 5442 sayılı kanunda yapılan değişiklikle yalnızca cumhurbaşkanının temsilcisi olarak konumlandırılmış ve idari yürütmenin vasıtası olarak nitelendirilmiştir. Vali, yeni sistemde artık kanun, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, diğer mevzuatın verdiği yetkiyi kullanmak ve bunların yüklediği ödevleri yerine getirmek için genel emirler çıkarıp ilan edeceği hususu hüküm altına alınarak tüzük ve hükümet kararları ibarelerinin kanundan kaldırıldığını görmekteyiz.

Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar, görevlere ait işleri için valilere re'sen emir ve talimat verebilmektedirler. Bakanlıklar ve tüzel kişiliğe haiz genel müdürlükler, il genel idare teşkilâtına ait bütün işleri doğrudan doğruya valiliklere yazarlar (5442 s. Kanun, m. 9). Gözler

⁸⁶ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitapevi 2009, s.253.

⁸⁷ Emin Koç, “*Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Taşra Yansımaları*”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1688201>, s. 44. SDÜHFD 11(1), 2021 erişim tarihi:10.01.2024, s.247.

⁸⁸ Bkz. Daha ayrıntılı bilgi için Emin Koç, “*Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Taşra Yansımaları*”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1688201>, s. 44. SDÜHFD, 11/1, 2021 erişim tarihi:10.01.2024.

⁸⁹ 5442 sayılı kanun, md.9/C)

⁹⁰ Yusuf Durani Dinç ve Vedat Yılmaz, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Yasama, Yürütme, Yargı Organları ile Taşra ve Yerel Yönetimlere Etkilerinin Değerlendirilmesi”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, 16, 2022, s. 201.

ve Kaplan'a göre bu düzenleme ile bakanlıklar, cumhurbaşkanlığının aracılığına ihtiyaç duymadan bakanlık görev alanına giren konularda doğrudan vali ile yazışabilirler, emir ve talimat verebilirler⁹¹. Bu durum aslında bakanlıkların tümüyle cumhurbaşkanlığına bağlı birimler haline gelmediğinin de önemli göstergesidir.

İlçeler açısından yeni sisteme bakıldığında 2018 yılı 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine göre kaymakamlar Cumhurbaşkanlığı onayı ile atanmaktadırlar. Parlamenter sistemde kaymakamlar, İçişleri Bakanlığı Müdürler Encümeninin intihabı ve bakanın tasvibi ile müşterek karar ve cumhurbaşkanının tasdiğiyle atanmaktaydı. Yeni sistemle birlikte Cumhurbaşkanı onay makamıyken karar makamı İçişleri Bakanı olmuştur⁹². Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle birlikte 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 27. Maddesinde değişiklik yapılarak kaymakamın ilçede idari yürütme vasıtası olduğu belirtilerek, eski düzenlemedeki ilçede kaymakamın hükümetin temsilcisi olduğu ibaresi kaldırılmıştır. Kanaatimizce kaymakamların yeni sistemde ve yeni model kapsamında cumhurbaşkanının temsilci olması hususu da mevzuatta yer almalıydı.

Yeni sistemde, bakanlıkların taşra teşkilatlanmasında bölge müdürlükleri modeli ile 5442 sayılı il idaresi kanunundaki taşra teşkilatlanmasının dizaynı arasında gereken koordinasyon oluşturulmadığından, idare hukuku teorisi yönünden uygulamada ciddi sorunların ortaya çıkabilmesi mümkündür. Bu koordinasyon ise iki şekilde sağlanabilecektir. Ya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile öngörülen model kanuna uydurulacak ve bu durumda 1 ve 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde (CBK) değişiklik yaparak bakanlıkların bölge teşkilatları kaldırılacaktır. Bu noktada kanun Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine (CBK) uyarlanacak ve 5442 sayılı il idaresi kanununda köklü bir değişiklik yapılarak merkezi/genel idarenin taşra teşkilatı birimi olarak ilçe ve il idareleri üzerinde bölge idareleri ve bölge valilikleri ihdas edilecektir. Sonuçta bu iki çözümden biri benimsendiği sürece 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK) bakanlıklar için bölge müdürlükleri kurulmasına yönelik hükümleri anayasaya aykırı olacaktır. Zira yukarıda açıklandığı üzere Cumhurbaşkanlığı Kararnamesindeki (CBK) bu hükümler 5442 sayılı kanun ile çelişmektedir. Anayasaya göre (m.104/17) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) kanuna aykırı olamayacağı gibi kanunla düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) de çıkarılmayacaktır⁹³.

İdari teşkilatlanmada kalkınma ajansları ve kalkınma idareleri örneklerinde görüldüğü gibi bölgesel kamu hizmeti odaklı bölge teşkilatları bulunmaktadır. Anayasa gereği Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurulabilmesinin (m. 123/3) bir sonucu olarak bölgesel idari birimlerin (hizmetse kuruluşların) kararname ile de kurulabileceğini ifade etmek gerekir⁹⁴. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde (CBK) bakanlıkların taşra teşkilatı bölge kuruluşlarında "bölge müdürlükleri" kurulabileceği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde (CBK) Ticaret Bakanlığının bölge müdürlüklerinden bahsedilmiş (m. 458/2) ve on sekiz (18) ilimizde "Gümrükler ve Dış Ticaret Bölge Müdürlükleri" kurulmuştur. Yine 1

⁹¹ Gözler-Kaplan, s. 171.

⁹² Koç, s.60.

⁹³ Ulusoy, s. 199.

⁹⁴ Koç, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Taşra Yansımaları", s. 42.

sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK) Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığına ait kısmında (1) sayılı cetvel ile bu bakanlıkta on üç (13) bölge müdürlüğü kurulmuştur.

Ayrıca 4 sayılı CBK ile bakanlıklara bağlı bazı idarelerin taşra teşkilatında bölge müdürlükleri kurulmuştur. Örneğin Tarım ve Orman Bakanlığının "bağlı kuruluşu" olan "Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün (m. 122) (26 adet); Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının "bağlı kuruluşu" olan "Karayolları Genel Müdürlüğü'nün (m. 212) (18 adet); Milli Savunma Bakanlığının "bağlı kuruluşu" olan "Milli Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı'nın (m. 321) (2 adet); Tarım ve Orman Bakanlığının "bağlı kuruluşu" olan "Orman Genel Müdürlüğü'nün (m. 339) (28 adet); Çevre ve Şehircilik Bakanlığının "bağlı kuruluşu" olan "Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün (m. 483/3) (24 adet); Hazine ve Maliye Bakanlığının "bağlı kuruluşu" olan "Türkiye İstatistik Kurumu'nun (m. 608) (26 adet); Kültür ve Turizm Bakanlığının "bağlı kuruluşu" olan "Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün (m. 719) (25 adet); Kültür ve Turizm Bakanlığının "bağlı kuruluşu" olan "Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı'nın (m. 724/4) (3 adet) taşrada bölge müdürlükleri bulunmaktadır⁹⁵.

Merkezi yönetim teşkilatına ilişkin 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine (CBK) göre bakanlıklar ilçelerde taşra teşkilatı kurabileceklerdir. İl İdaresi Kanunu bunlara (m.37 ve m.38) "ilçe idare şube başkanları" deyimini kullanmaktadır⁹⁶. Kararnameler ile bu yolun açılmış olmasını idarenin kanuniliği prensibinin istisnai bir durumu olarak yeni sistemin yansımaları olarak değerlendirmek mümkündür.

SONUÇ

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, en başta yürütme organı üzerinde etkili olmakla birlikte, yürütme organı içerisinde yer alan idari teşkilatı ve merkezden yönetimi de önemli ölçüde etkilemiştir. Yeni sistemin beraberinde getirdiği düzenlemeler sonucunda, yürütme organındaki yapısal ve fonksiyonel değişikliklerin doğal bir sonucu olarak merkezden yönetimin başkent ve taşra teşkilatında da önemli değişimler meydana gelmiştir.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde, özellikle başkent teşkilatında önemli ve köklü değişiklikler yaşanmış, taşra teşkilatında ise kısmi değişiklikler yapılmıştır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile Türk idari teşkilatında daha önce yer almayan ancak yeni düzenlemeler ile birlikte, güçlü yetkilerle donatılmış yeni kurumlar hayata geçirilmiştir. Cumhurbaşkanlığı teşkilatının yeni sistemin yükünü kaldırabilmesi için dizayn edilmesi ve kapsamlı değişikliklerin yapılması yeni sistemin yerleşmesi açısından önemli yansımalar olarak kabul edilebilir.

Yürütme içerisinde yer alan idari teşkilat kurumları yeni modeldeki değişikliklerden ciddi oranda etkilenmiştir. Yeni sistemle yürütmenin dolayısıyla idari teşkilatın düzenlenmesi hukuki bir zorunluluğun da yansımaları olarak ele alınabilir. Daha önceki sistemde yer almayan

⁹⁵ Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s.295-296.

⁹⁶ Çağlayan, s.103.

politikalar kurulu, Cumhurbaşkanlığı ofisleri⁹⁷, Cumhurbaşkanı yardımcılığı gibi yeni birim ve makamların oluşturulduğu, başbakanlık ve bakanlar kurulu gibi parlamenter sistemde çok büyük öneme sahip kurumların kaldırıldığı ve yetkilerin yürütmenin başı olan cumhurbaşkanında birleştiği yeni sistem, Türk idari teşkilatı yapısını da bu değişimlere uygun şekilde yapılandırmaya devam ettirmektedir. Yürütmenin tek kişide toplanılması, bu gücün hukuki niteliği, yetkilerin kapsamı ve denetlenebilirliği konusundaki olumsuz değerlendirmeler de yapılmakla birlikte yönetimde istikrar ve bürokrasinin daraltılması anlamında yeni sistemin olumlu yönlerini de vurgulamak mümkündür. Aynı şekilde yürütmenin yasamaya karşı sorumlu olmaması ve güvenoyuna ihtiyaç duymamasının, yürütme organını ciddi oranda güçlendirdiğini söylememiz mümkündür.

Diğer bir önemli konu ise bu yetkilerin kullanımı amacıyla normlar hiyerarşisinde yerini alan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesidir. Cumhurbaşkanı, Anayasal yürütme yetkisini Cumhurbaşkanı Kararnamesi ile kullanabilir. Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen ve Cumhurbaşkanının kararname çıkararak kullanabildiği, yürütme ve idare için ciddi önem arz eden hukuki araç olan CBK yeni sistemin önemli değişikliklerindedir. 2017 Anayasa değişikliği ile yürütme erkinin tümüyle Cumhurbaşkanı tarafından temsil edilmesi, genel idareler dışında yerinden yönetim niteliğinde özerk idarelerin ve özellikle yerel idareler üzerinde Cumhurbaşkanının hiyerarşik üst konumuna geldiği anlamı elbette taşımamaktadır. Anayasal dayanakları olan özerk idareler üzerinde Cumhurbaşkanı; kanunilik ilkesi çerçevesinde idari vesayet denetim yetkilerini kullanmaya devam etmektedir. Kararnameler ile bakanlıkların ve taşra teşkilatlarının ve merkezi yapının oluşturulabilmesi karşısında idarenin kanuniliği prensibi kapsamında bu ilkenin Anayasa Mahkemesi kararları da dikkate alınarak ihlal edilmemeye özen gösterilmesi gerekliliği de ortadadır.

Yeni sistemle birlikte değişiklikler yapılırken, parlamenter sistemde yürütmedeki çift başlı yapının doğurduğu zaafiyetlerin ve sistemsel eksikliklerin giderilmesinin amaçlandığı ve süreçlerde daha hızlı kararlar alınıp, bu kararların uygulanması açısından, süreçlerdeki tıkanıkların giderilmek istendiğini söylememiz mümkündür. Cumhurbaşkanının hem siyaseten hem de bürokratik açıdan yeni sistemle hiyerarşik yapının tam anlamıyla başı haline geldiğini söylememiz yanlış olmayacaktır. Elbette güçlü merkezi tek yapı sisteminin işlemlerini zorlaştıran taraflarının olması da kaçınılmazdır. Sistemin tek merkez etrafında toplanması ve merkeziyetçi yapının oldukça artmasının yönetim anlamında birtakım zorlukları da beraberinde getireceği şüphesizdir. Zaman içerisinde Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi modelinin de güncel gelişmeler doğrultusunda daha etkili ve verimli hale gelmesi için gelişmeler göstereceği belki de yeniden dizayn edilerek sistemin idari teşkilata uyarlanması devam edeceğini bekleyebiliriz.

⁹⁷ 1 sayılı CBK uyarınca cumhurbaşkanlığı ofisleri cumhurbaşkanı tarafından verilecek emir ve direktiflere göre yönetilir.(m.533) cumhurbaşkanı tarafından belirlenen amaç politika ile bağlı olup cumhurbaşkanına karşı sorumludurlar(m.528).7 sayılı CBK ya göre savunma sanayi başkanı başkanlık hizmetlerinin yürütülmesinden cumhurbaşkanına karşı sorumludur (m.4).

KAYNAKÇA


- Akman, Ferdanur, Nematollah A. Fanıd, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin İdari Teşkilatlanma Üzerine Etkisi* Medeniyet Araştırmaları Dergisi, 6(2), Ekim 2021.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat, Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Alkan, Haluk, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Siyaset Süreci: Potansiyel ve Olasılıklara Yönelik Bir Değerlendirme* E.Akman (Ed.) *Farklı Boyutlarıyla Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi*. Ankara: Nobel Yayıncılık, 1. Baskı, 2021.
- Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitapevi, 2009.
- Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Ankara: Turhan Kitapevi 2022.
- Ateş, Hamza ve Ünal, Soner, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bakanlıklar* E.Akman (Ed) *Farklı Boyutlarıyla Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi*, Ankara: Nobel Yayıncılık, 2021.
- Bölükbaşı, Mustafa Oğuzhan, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bakanlıkların Statüsü (Önceki Hükümet Sistemiyle Mukayeseli Olarak)*, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(1-4), 2020, s.41-69.
- Çağlayan, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri Temel Bilgiler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Diñç, Yusuf Durani ve Yılmaz, Vedat, *Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Yasama, Yürütme, Yargı Organları ile Taşra ve Yerel Yönetimlere Etkilerinin Değerlendirilmesi*, Ombudsman Akademik Dergisi, 16, 2022, s.167-213.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Gözübüyük, A. Şeref, Tan, Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C.1, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Gözler, Kemal, Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayıncılık, 2018.
- Güler, Tahsin, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Kamu Yönetimine Etkileri*, Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 21(39), 2018, s. 299-322.
- Koç, Emin, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Taşra Yansımaları*, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1688201>, SDÜHFD, 11(1), 2021.
- Nacak, Osman, *Parlamentar ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemlerinden Hareketle Bakan ve Bakanlıkların Karşılaştırmalı Analizi*, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, 18(1), 2020, s.138-157
- Odyakmaz, Zehra, Kaymak, Ümit, *İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022,
- Özdemir, Abdulkadir, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Türkiye Cumhuriyeti İdari Teşkilatına Getirdiği Yenilikler* Journal of Academic Value Studies 7(3) 2021.
- Öztürk, Kübra, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Uygulamada Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Doktora Tezi, Kütahya Dumlupınar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2022 s.196
- Yıldırım, Turan, *Türkiye’nin İdari Teşkilatı*, İstanbul: Onikilevha Yayınları 8. bs. 2020.
- Ulusoy, Ali Dursun, *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 6.bs, 2023.
- Zengin, Ozan, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve İdari Yapıya Etkisi*, Emek Araştırma Dergisi, 10(15), 2019, s.1-24.

EXTENDED SUMMARY

PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM REFLECTIONS ON CENTRAL MANAGEMENT

Veysel Görücü, Assist. Prof.

veysel.gorucu@hku.edu.tr

 <https://orcid.org/0000-0002-3578-7646>

With the comprehensive constitutional amendment made in 2017 and fully entered into force on July 9, 2018, a transition was made from the parliamentary system to the presidential system. It can be said that this system change means the same thing, where the general administration and the presidential office intersect both in theory and practice, as a result of the abolition of the council of ministers and the prime ministry and the unification of the entire executive presidential office. In this context, considering that the chairmanship of the council of ministers in the previous system has now melted and dissolved under the presidency in the new system, these three authorities are a single body, that is, merged, within the general administration/central administration. In addition to the Presidency, the provincial organization of the central administration and its ministries do not have the capacity or characteristics to be a legal subject on their own. In this respect, it is quite possible to establish a mathematical equation in the form of general administration and presidency in the new system.

As of July 9, 2018, the Presidential government system was introduced and the organizational structure of the Turkish public administration has changed and continues to change. In order to examine the organizational structure of public administration in Turkey, it is possible to group the organizational structure or public institutions and organizations under three headings: The first is central administration (central administration, general administration) and consists of capital and provincial organizations. The second is decentralization and consists of local governments, functional (service) decentralization organizations and professional organizations that are public institutions. Thirdly, other structures other than central and decentralized management organizations (such as independent administrative authorities and Development Agencies). Centralized management means that administrative services are carried out by the center and organizations within the hierarchical structure of the center. With the swearing-in of the President in the Turkish Grand National Assembly on July 9, 2018, Turkey moved from the parliamentary system to the Presidential government system. As a result of this radical change, there was a radical change in the administrative structure of the state, especially in the capital organization.

The presidential organization was reorganized after the 2017 constitutional amendment, which transitioned from the parliamentary system to the presidential

system and came into full force on July 9, 2018. Because with the transition to the new system, with the development of the council of ministers and the prime ministry, the executive power is represented by the president alone. In its administrative organization, the general administration and the central administration had to be completely redesigned. CBK No. 1 (OG.10.07.2018) issued in this context generally regulated the entire presidential organization (including affiliated and related institutions and organizations) and the organization of all separate ministries (including central and provincial organizations). CBK No. 4 (OG 15.07.2018) regulates the relevant and related institutions and organizations affiliated with the ministries separately. In this respect, it can be said that in the new system, the general administration consists of the presidency, both de facto and de jure. As a matter of fact, when considered in the context of the state legal entity within the general administration, the fact that the council of ministers and the prime ministry were abolished and merged with the presidency, as well as the ministries and the central and provincial organization of the ministries were preserved, but unlike their former positions, the political identities of the ministers ended and they were legally reduced to the position of hierarchical subordinates and highest-level bureaucrats of the president and It is seen that the ministries have become the main service units of the presidency.

As a matter of fact, in CBK No. 1, all organizations of all ministries are organized in the format of sub-units of the presidential organization and within the same CBK. In this respect, it would no longer be correct to think of ministries as administrative units that are separate and distinct from the presidential organization. In this context, if it is possible to see the central auxiliary institutions in the new system (such as the Council of State, Court of Accounts, HSK, Board of Information, Board of Public Ethics, etc.) in the general administration as separate from the presidency, this detail and exception does not seem to be at a level that would prevent us from assuming that the general administration consists of the president anymore. On the other hand, as explained above, although having separate public legal entities, administrative, economic and social public institutions (service decentralization organizations), which were considered to be relevant or related organizations affiliated with the presidency or ministries, were ultimately subjected to the hierarchy of the president both de facto and de jure. For this reason, in the final analysis, it is not possible to see them as separate from the presidency. In this context, the main theme of our study is to discuss and interpret the consequences of the new system on centralized management and the reflections of the changes in the administrative organization. The study is especially important in terms of examining the changes that the new system has brought about in the current situation.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

TÜRK, İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKUNDA ÖNALIM HAKKI SÜRELERİNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER

THE LEGAL REGULATIONS REGARDING THE PERIOD OF PRE-EMPTION RIGHT IN TURKISH, SWISS AND GERMAN LAW

Dr. Öğr. Üyesi Harun Mirsad Günday*

ÖZ

Türk-İsviçre hukukunda önalım hakkı satış ilişkisi doğuran haklardan ve taşınmaz mülkiyetinin kısıtlanması hallerinden biri oluşturmaktadır. Alman hukukunda ise satış sözleşmesinin özel türü olarak düzenlenmiştir. Önalım hakkı, hakkın kanundan doğduğu haller istisna olmak kaydıyla, ancak belirli bir süreyle kurulabilir. Türk-İsviçre hukukunda bu süreler açık bir şekilde düzenlenmiş iken; Alman hukukunda bu konuda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Önalım hakkının süre bakımından tabi olduğu sınırlama hakkın kullanımı yönünden de söz konusudur. Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemleri önalım hakkının kullanımına ilişkin farklı sürelerle yer vermiştir. Bu farklılık, hakkın kaynağı ve ayrıca konusunu oluşturan şeyin niteliğine göre ele alınmalıdır. Önalım hakkına ilişkin sürelerin başlangıcının tayininde hakkı tesis eden sözleşmenin kurulma ve önalım olayının gerçekleşme anı büyük öneme sahiptir. Aynı durum, hak sahibinin bilgilendirilme anı ve şekli bakımından da söz konusudur. Bu noktada, tapu memuru tarafından yapılan bilgilendirmenin sürelerin başlaması sonucunu doğurup doğurmayacağı tartışmalıdır. Önalım hakkının kullanım sürelerinde özellik arz eden durumlar söz konusu olabilir. Hakkın ihtiyatı kullanımını, tamamlayıcı unsurların gerekli olduğu haller bunlardan bazılarıdır. Son olarak, taraflarca önalım hakkı sürelerine ilişkin yapılan düzenlemelerin geçerliliği ele alınması gereken bir diğer sorundur.

Anahtar Kelimeler Satış İlişkisi Doğuran Haklar, Önalım Hakkı, Önalım Olayı, Yenilik Doğuran Hak, Hak Düşürücü Süre

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

☎ 0000-0001-9429-393X ✉ mirsad.gunday@gmail.com



ABSTRACT

In Turkish and Swiss law, the right of pre-emption is one of the rights that create a sales relationship and one of the restrictions on real estate ownership. In German law, it is regulated as a special type of sale contract. The right of pre-emption can only be established for a certain period of time, with the exception of cases where the right arises from the law. While these periods are clearly regulated in Turkish and Swiss law, there is no regulation on this subject in German law. The limitation that the right of pre-emption is subject to in terms of duration also applies to the use of the right. In this context, Turkish, Swiss, and German legal systems provide different periods for the use of the right of pre-emption. This difference should be considered according to the source of the right and also the nature of what constitutes its subject. In determining the beginning of the periods regarding the pre-emption right, the moment of establishment of the contract establishing the right and the moment of the pre-emption event are of great importance. The same applies to the moment and manner in which the right holder is informed. At this point, it is debatable whether the notification made by the land registry officer will result in the start of the period. There may be special circumstances during the exercise period of the pre-emption right. Precautionary use of the right and situations where complementary procedures are required are some of these. Finally, the validity of the arrangements made by the parties regarding the pre-emption right periods is another problem that needs to be addressed.

Keywords Sales Relationship Establishing Rights, Right of Pre-emption, Preemption Event, Formative Right, Period of Prescription

ABSTRAKT

Im türkischen und schweizerischen Recht ist das Vorkaufsrecht eines der Rechte, die ein Verkaufsverhältnis begründen und eine der Beschränkungen des Immobilieneigentums. Im deutschen Recht ist er als besondere Art des Kaufs geregelt. Das Vorkaufsrecht kann nur für einen bestimmten Zeitraum begründet werden, mit Ausnahme der Fälle, in denen sich das Recht aus dem Gesetz ergibt. Während diese Fristen im türkischen und schweizerischen Recht klar geregelt sind, gibt es im deutschen Recht keine diesbezügliche Regelung. Die zeitliche Beschränkung des Vorkaufsrechts gilt auch für die Ausübung des Vorkaufsrechts. Dabei sehen die türkischen, schweizerischen und deutschen Rechtsordnungen unterschiedliche Fristen für die Ausübung des Vorkaufsrechts vor. Dieser Unterschied sollte je nach der Quelle des Rechts und auch der Art dessen, was seinen Gegenstand ausmacht, berücksichtigt werden. Für die Bestimmung des Beginns der Vorkaufsfristen sind der Zeitpunkt des Zustandekommens des Vorkaufsrechtsvertrages und der Zeitpunkt des Vorkaufsfalles von großer Bedeutung. Gleiches gilt für den Zeitpunkt und die Art und Weise der Anzeige des Rechteinhabers. Es ist an dieser Stelle fraglich, ob die Mitteilung des Grundbuchamts zum Beginn der Frist führt. Während der Ausübungsfrist des Vorkaufsrechts können besondere Umstände eintreten. Dazu gehören unter anderem der vorsorgliche Gebrauch des Rechts und Situationen, in denen ergänzende Verfahren erforderlich sind. Schließlich ist die Gültigkeit der von den Parteien getroffenen Vereinbarungen über die Vorkaufsfristen ein weiteres Problem, das angegangen werden muss.

Schlagwörter Kaufsbegründende Rechte, Vorkaufrecht, Vorkausfall, Gestaltungsrecht, Verwirkungsfrist

GİRİŞ

Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde, önalım hakkı, hak sahibine güçlü bir pozisyon bahşetmektedir. Bu sebeple de, Alman hukuku istisna olmak kaydıyla, kural olarak belirli bir süreyle kurulabilir. Hakkın tabi olduğu bu sınırlama aynı şekilde hakkın kullanımı bakımından da söz konusudur. Nitekim üç hukuk sisteminde de hakkın kullanımı belirli sürelerle sınırlandırılmıştır.

Türk, İsviçre ve Alman kanun koyucularının süreye ilişkin düzenlemelere yer vermiş olması tek başına yeterli değildir. Zira önalım hakkında; sürelerin başlangıç ve sona erme anları, her üç hukuk sisteminde öğreti ve uygulamadaki tartışmalarda kendine önemli bir yer bulmuştur. Bu tartışmaların odağında hem hakkın tabi olduğu süreler hem de hakkın kullanım süreleri yer almaktadır. Öte yandan, hak sahibinin bilgilendirilmesi hususunda birbirinden farklı düzenlemeler öngören Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinin bu noktada ayrıca ele alınarak incelenmesi gerekmektedir.

Türk, İsviçre ve Alman hukukunda önalım hakkı sürelerini düzenleyen hükümlerin mahiyeti ele alınması gereken bir diğer konudur. Gerçekten de uygulamada taraflarca hakkın tabi olduğu ya da kullanımına ilişkin sürelerle yönelik özel düzenlemelere yer verilmemiş olabilmektedir. Böyle bir durumda, işbu düzenlemelerin geçerli olup olmayacağı sorusu ile karşılaşılmaktadır. Bu noktada, Türk-İsviçre kanun koyucularının süreleri düzenleyen hükümlerde, sürelerin niteliğine ilişkin açık bir lafza yer veremeyişi gözden kaçırılmamalıdır.

Bu çalışmada, önalım hakkı sürelerine ilişkin düzenlemeler, yalnızca hakkın tabi olduğu ve kullanımına ilişkin süreleri ele alan düzenlemelerle sınırlı olarak incelenmiştir. Bu yapılırken de Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemleri ele alınarak mukayeseli bir çalışma yapılmıştır. Türk-İsviçre hukukundaki incelemeye, kullanım sürelerini öngören düzenlemelerin sistematığı sebebiyle, yasal önalım hakkı da dahil edilmiştir. Alman hukukunda ise kapsam yalnızca sözleşmeden doğan önalım hakkı ile sınırlı tutulmuştur. Bunun dışında, şerh sürelerine ilişkin düzenlemelere, çalışmanın kapsamını genişletmemek amacıyla yer verilmemiştir.

I. ÖNALIM HAKKININ TANIMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

Önalım hakkı sürelerine ilişkin düzenlemeleri ele alan bir çalışmada önalım hakkının kavram olarak ortaya konulması ve hukukî niteliğinin tespiti zorunluluk arz eder. Zira, bir hukukî müesseseye ilişkin sürenin niteliği, işlevi ve fonksiyonu bağlı bulunduğu müessese ile çok yakından ilişkilidir.

Önalım hakkı; az veya çok farklı olmakla birlikte, hak sahibine, önalım olayının varlığı halinde, hakkın konusu şeyi konu alan bir satış sözleşmesini tek taraflı olarak kurmak suretiyle onun mülkiyetinin devrini talep etme yetkisi veren bir hak olarak tanımlanmaktadır¹.

¹ Türk Hukukunda benzer tanımlar için bkz.: M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, Güncellenmiş ve Eklmeler Yapılmış 24. Baskı, 2022, Kn. 1915; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Şufla Hakkı*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1959, s. 5; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 10. Baskı, 2022, s. 463; Fahrettin Aral ve Ahmet Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara:

Önalım hakkının hukukî niteliği konusunda Türk, İsviçre ve Alman hukuk öğretilerinde birçok farklı görüş ortaya atılmıştır. Bu görüşleri kurma (yenilik doğuran hak), önsözleşme, öneri, koşul ve yetki teorileri olarak sıralamak mümkündür². Her bir görüşün açıklanması bu çalışmanın kapsamını oldukça genişletmesinden ötürü, burada, hakkın niteliğini en isabetli şekilde ortaya koyduğunu düşündüğümüz kurma teorisi açıklanmıştır.

Kurma teorisi, önalım hakkını kurucu yenilik doğuran hak olarak ele alır³. Hukukî işlemden doğan önalım hakkı bakımından ise hakkı kuran sözleşmeyi bir suî generis sözleşme

Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, 2022, s. 254; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Baskı, 2019, s. 198; Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/2 (2017), s. 111; İsmail Atamulu, “Önalım Hakkı Vasiyeti”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30/3 (2022), s. 1483; Mahmut Kızır, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22/3 (2016), s. 1776; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, 2023, s. 609; Direnç Akbay, “Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77/2, (2019), s. 705; Yargıtay HGK., T.18.10.2023, E.2022/7-1200, K.2023/984 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). İsviçre hukukunda benzer tanımlar için bkz.: Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar, zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband: Grundeigentum II (ZGB Art. 680- 701)*, Bern: Stämpfli&Cie AG Verlag, 1975, *ZGB Art.681*, Kn.19; Roland Pfäffli ve Daniela Byland, “Vorkaufsrecht, Kaufsrecht, Rückkaufsrecht An Grundstücken”, *Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes*, 6/7 (2013), s. 289; Damian Fischer, *Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 281)*, Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 1. Auflage, 2009, s. 62; Erike Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien*, Zürich: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 1970, s. 10; Hans Peter Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1934, s. 6 vd.; Robert Haab vd., *Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1977, *ZGB Art.681/682*, Kn. 1. Alman hukukunda benzer tanımlar için bkz.: Ingo Saenger, *Nomos Handkommentar – Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse (Herausgegeben von Schulze/Dörner/Ebert u.a.)*. Baden: Nomos Verlag, 12. Auflage, 2024, *BGB § 463*, Kn. 1; Annegerd Alpmann-Pieper, *Juris Praxiskommentar BGB, Band I: Allgemeiner Teil §§1-240 (Verfasserangabe: Klaus Vieweg)*, (Gesamtherausgeber: Prof. Dr. Maximilian Herberger/Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek M.C.J./Helmut Rüßmann/Prof. Dr. Stephan Weth), Saabrücken: juris GmbH, 5. Auflage, 2010, *BGB § 463*, Kn. 1.

² Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Harun Mirsad Günday, *Alım Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 171 vd.; Vedat Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 151 vd. Bunlar dışında, öğretilerde ayrıca aynı hak görüşü de ileri sürülmüştür. Ancak bu görüş, yalnızca yasal önalım hakkının niteliğini açıklamak için ortaya konulmuştur. Bu yönde bkz.: Atamulu, “Önalım Hakkı”, s. 1484-1485.

³ Barbara Grunewald, *Erman BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BVersTG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhaftG, VbVG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht*, (Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann/Prof. Dr. Barbara Grunewald/Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer), Koeln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 17., neu bearbeitete Auflage, 2023, *BGB § 463*, Kn. 3; Christian Berger, *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO (Herausgegeben von Prof. Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner)*, München: C.H.Beck Verlag, 19. Auflage, 2023, *BGB § 463*, Kn. 13; M. Tahir Sebük, *Türk Medeni Kanununda Şüf’a, Vefa ve İştirak Hakları – Nazariyat ve Tatbikat*, İstanbul: Kader Basımevi, 1951, s. 35 vd.; Ebru Tüzemen Atik, *Anonim Şirket Payları Üzerinde Kurulan Önalım Hakkı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023, s. 61-62; Kızır, “Satış İlişkisi”, s. 1775-1776; Atamulu, “Önalım Hakkı”, s. 1485 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 201; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 254; Akbay, “Anonim Ortaklık”, s. 705; Fikret Eren, “Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/1-2 (2008), s. 106-107; Yargıtay İ.B.K., T.20.06.1951, E.1949/13, K.1951/5 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Türk hukukunda bazı yazarlar, önalım hakkının bir alacak hakkı olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşün gerekçesini ise hakkın

olarak nitelendirir⁴. Yine bu teoriye göre, önalım hakkını kuran ve hakkın kullanılması ile birlikte kurulacak olan iki farklı sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, önalım hakkını kuran sözleşmeyi karşılar iken; ikincisini önalım hakkının kullanılması neticesinde kurulan satış sözleşmesi oluşturur⁵. Bu çerçevede de önalım hakkı, hak sahibinin, hakkın konusu şeye ilişkin bir satış sözleşmesi kurma yetkisi veren bir yenilik doğuran hak olarak ifade edilir⁶.

II. ÖNALIM HAKKI SÜRELERİNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU

1. Türk Hukuku

a. Genel Olarak

Türk hukukunda önalım hakkı sürelerine ilişkin düzenlemeler TBK md.238⁷, TBK md.242⁸ ve TMK md.733/IV⁹ te⁹ yer almaktadır. TBK md.238 hükmü önalım hakkı ile şerhin

yalnızca sözleşmenin tarafları arasında ileri sürülebilmesi olarak açıklamaktadır. Hatta bu sonuca ulaşan kimi yazarlar hakkın aynı zamanda yenilik doğuran hak olduğunu söylemektedir. Oysa hakkın bu iki niteliğe aynı anda sahip olması mümkün değildir. Dolayısıyla önalım hakkı ya alacak hakkı ya da yenilik doğuran haktır. Zaten bu konuda yanılığa düşen yazarların da aslında ifade etmek istedikleri husus önalım hakkının nisbi niteliğe sahip olmasıdır. Alacak hakkı da bir nisbi hak olduğundan bu yönde bir kullanıma yer verildiği düşünülmektedir. Ancak, hakkın belirli kişilere karşı ileri sürülebilirliği onun nisbi olma niteliğini ilgilendirir iken; en genel ifade ile borçludan edimi talep etme yetkisi verebilmesi onun bir alacak hakkı olması ile ilgili bir durumdur. Oysa önalım hakkında bir edimin ifasını talep etme söz konusu değildir. Türk hukukunda meseleyi alacak hakkı kapsamında ele alan yazarlar için bkz.: Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 255; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 202; Feride Demirbaş, “Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65/2 (2016), s. 252.

⁴ Günday, *Alım Hakkı*, s. 236; Buz, *Yenilik Doğuran*, s. 154; Feyzioğlu, *Şuf'a Hakkı*, s. 15 ve 18 vd.; Şükran Taman Şıpka, *Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK. m. 659) Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları*, İstanbul: Alfa Basım Yayım, 1994, s. 31 vd.; Salzgeber-Dürig, *Das Vorkaufsrecht*, s. 12; Haab vd., *ZGB Art.681-682*, Kn. 2 ve 9.

⁵ Bu doğrultuda bkz.: BeckOGK/Daum, *BGB § 463*, Kn. 20.2; Jauernig/Berger, *BGB § 463*, Kn. 13; Philipp Meier Schleich, *Option und Optionsvertrag Vertragsherbeiführende Optionsrechte aus schuldrechtlicher Sicht, ZStP – Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 289*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2018, s. 100 vd.; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 255; Burak Demirsatan, “Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/145-146 (2016), s. 908.

⁶ Sebük, *Şuf'a*, s. 35 vd.; Buz, *Yenilik Doğuran*, s. 153; Atamulu, “Önalım Hakkı”, s. 1485. “Ön alım hakkının kullanılmasıyla bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur.” Yargıtay 7.H.D., T.12.06.2023, E.2023/2499, K.2023/3261 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷ TBK md.238'e göre, “Önalım, geri alım ve alım hakları en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir ve kanunlarda belirlenen süreyle tapu siciline şerh edilebilir.”

⁸ TBK md.242'ye göre, “Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır.”

⁹ TMK md.734/IV'e göre, “Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer.”

tabi olduğu süreleri düzenler iken¹⁰; TMK md.733 hükmünde hakkın kullanım sürelerine yer verilmiştir.

b. Önalım Hakkının Tabi Olduğu Süre

TBK md.238'e göre, önalım hakkı en fazla on yıllık süre ile kurulabilir. Türk hukukunda bir görüş burada, hak düşürücü süreden ziyade, süreye bağlı hakkın bulunduğunu ileri sürmektedir¹¹. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise ilgili hükümde yer alan on yıllık süre niteliği itibariyle bir hak düşürücü süredir¹². Böylelikle, benzer müesseseyi düzenleyen İsviçre ve Alman hukuku ile de uyum sağlanmış olmaktadır¹³. Ancak belirtmek gerekir ki, bu ayırım, bize göre tamamen teori olup pratik anlamda bir öneme sahip değildir¹⁴.

İlgili hükmün uygulama alanını sözleşmeden doğan önalım hakkı oluşturduğundan on yıllık süre yasal önalım hakkında uygulanmaz. Yasal önalım hakkının paylı mülkiyet ilişkisi devam ettiği müddetçe sona ermeyeceği TMK md.732 hükmünden zaten anlaşılmaktadır.

TBK md.238'de öngörülen on yıllık süre taşınmazlar üzerinde kurulan önalım hakkı için getirilmiştir. Bunun dışında, taşınırları konu alan önalım hakkının da azami on yıllık süreye tabi olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bu noktada, TBK md.27 ve TMK md.23 hükümlerinin öngördüğü genel sınırlamaların taşınırları konu alan önalım hakkı için uygulanabileceği akla gelebilir. Ancak kanaatimizce, TBK md.238'de öngörülen on yıllık süreyi kıyasen taşınırları konu alan sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulamak daha makul bir çözüm yoludur. Taşınmaz satışında sebebe bağlılık ilkesinin kıyasen taşınır satışları için de uygulandığı Türk hukukunda bu yönde bir yorum bize göre daha isabetlidir. Bunun gibi, her somut olayda TBK md.27 ve TMK md.23 hükümleri kapsamında somut olay adaletini sağlama çabasına girmeye de gerek yoktur. TBK md.238'de öngörülen on yıllık sürenin, Türk kanun koyucusunun, önalım hakkı müessesesine yönelik azami bağlılık süresine yönelik genel düşüncesini yansıttığını kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Türk kanun koyucusunun, Mehaz İsviçre

¹⁰ Günday, *Alım Hakkı*, s. 366; Cem Baygın, "Yeni Borçlar Kanununun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genel Bir Bakış", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 0/79-80 (2011), s. 12 vd.; Jonas Rüegg, *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken*, Basel: Schulthess Verlag, 2014, Kn. 328.

¹¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Kn. 1930; Demirsatan, "Önalım Hakkı", s. 933. Süreye bağlı hakta, hak, ilgili süre boyunca varlığını korur ve sürenin dolmasıyla birlikte de kendiliğinden sona erer. Hak sahibinin bir davranış ya da beyanda bulunmak suretiyle bu sonucu engellemesi mümkün değildir. Oysa hak düşürücü sürede hakkın sona ermesi hak sahibi tarafından kullanılmaması yahut gerekli bir işlemin yapılmaması sebebine dayanır. Bu hususta bkz.: M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk – Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 27. Baskı, 2021, Kn. 795 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı) – Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem – Sözleşme*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010 Tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası, 2014, § 5 Kn. 10 vd.

¹² Günday, *Alım Hakkı*, s. 370. Türk hukukunda süreye bağlı hak görüşünü savunan bazı yazarların da dahil olduğu bir görüş, on yıllık sürenin, iki ay ve üç yıllık kullanım sürelerinin de üst sınırını oluşturduğunu söylemektedir. Oysa bu yazarlara göre, hak düşürücü sürede hakkın sona ermesi sebebi, hak sahibi tarafından hakkın kullanılmaması yahut gerekli bir işlemin yapılmamasından ibarettir. Sürenin böyle bir fonksiyonu da, bu tanıma göre, onun hak düşürücü süre niteliğine sahip olması ile mümkündür. Bu görüş için bkz.: İleride dipnot 166 ve aynı dipnotu karşılayan cümle.

¹³ Alman hukukunda önalım hakkına ilişkin azami bir süreye yer verilmemiş olsa da geri alım hakkı için azami süreleri düzenleyen BGB § 462 hükmünde öngörülen sürelerin hak düşürücü süre olduğu kabul edilmektedir.

¹⁴ Nitekim süreye bağlı hak ve hak düşürücü süreler arasındaki farkı açıklayan gerekçeler de öğretilde elbirliği ile kabul edilmemektedir. İlgili tartışmalar için bkz.: Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, § 5 Kn. 12, dpn. 31'de yer alan tartışmalar.

Borçlar Kanunu'nda yirmi beş yıl olan süreyi Türk hukukunda on yıl olarak düzenlemesi bu yönde özel bir tercih olduğunun da kanaatimizce açık bir göstergesidir.

c. Önalım Hakkı Kullanımının Tabi Olduğu Süre

TMK md.733/IV'e göre, yasal önalım hakkı, önalım olayının hak sahibine bildirilmesinden itibaren üç ay ve her halükârda önalım olayından itibaren iki yıl içerisinde hak sahibi tarafından kullanılmalıdır. Bunun gibi, sözleşmeden doğan önalım hakkı da TBK md.242 gereği aynı süreler içerisinde ileri sürülmelidir. Bu yönüyle Türk kanun koyucusu, yasal ve sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanımına ilişkin sürelerde, İsviçre hukukundan farklı olarak, yeknesak bir çözüm yolu benimsemiştir. Bununla birlikte, hakkın kullanımına ilişkin getirilmiş bu süreler, hakkın bir yenilik doğuran hak olması sebebiyle¹⁵, niteliği itibarıyla hak düşürücü sürelerdir¹⁶.

2. İsviçre Hukuku

a. Genel Olarak

İsviçre hukukunda önalım hakkı sürelerine ilişkin düzenlemelere OR Art.216a¹⁷, OR Art.216e¹⁸ ve ZGB Art.681a/II¹⁹ hükümlerinde yer verilmiştir. OR Art.216a hükmünde önalım hakkı ile şerhin tabi olduğu süreler yer alır iken; ZGB Art.681a/II hükmünde ise önalım hakkının kullanım süreleri düzenlenmiştir.

b. Önalım Hakkının Tabi Olduğu Süre

İsviçre hukuku, Türk hukukundan farklı olarak, önalım hakkının en fazla yirmi beş yıl süre ile kurulabileceğini öngörmüştür. Aynı durum, geri alım hakkı bakımından da söz

¹⁵ Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Huku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, 2012, § 14, Kn. 16; Nagehan Kırkbeşoğlu, *Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 158.

¹⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Kn. 1932; Murat Topuz, *Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020, s. 386; Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, § 14, Kn. 16; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, Genişletilmiş ve 6570 Sayılı Kanun Eklenmiş 8. Baskı, 2019, s. 318; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 261; Yavuz, "Arsa Payı", s. 115; Akçaal, *Eşya Hukuku*, s. 612; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 469-470; Fikret Eren, "Yasal Önalım", s. 120; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 213-214; Onur Güneri, "Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı ve Bu Kavramların Mukayesesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 18/2 (2021), s. 1363; Melek Bilgin Yüce, "Tarım Arazilerinde Sınırdış Parselin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Sonuçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30/2 (2002), s. 799; Kizir, "Satış İlişkisi", s. 1789 vd.; Gökhan Şahan, *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020, s. 66; Buz, *Yenilik Doğuran*, s. 262; Akbay, "Anonim Ortaklık", s. 732; Gökçe Canarslan, "Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdış Maliklerinin Önalım Hakkı", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6/6 (2020), s. 2 ve 13; Atamulu, "Önalım Hakkı", s. 1507 vd. TMK md.733/IV'teki "Önalım hakkı ... iki yıl geçmekle düşer" ifadesinden sürelerin hak düşürücü süre olduğunun anlaşıldığı yönünde bkz.: Ahmet Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2021, Kn. 2444.

¹⁷ OR Art.216a'ya göre, "Vorkaufs- und Rückkaufsrechte dürfen für höchstens 25 Jahre, Kaufsrechte für höchstens zehn Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden."

¹⁸ OR Art.216e'ye göre, "Will der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausüben, so muss er es innert dreier Monate gegenüber dem Verkäufer oder, wenn es im Grundbuch vorgemerkt ist, gegenüber dem Eigentümer geltend machen. Die Frist beginnt mit Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Vertrags."

¹⁹ ZGB Art.681a/II'ye göre, "Will der Vorkaufsberechtigte sein Recht ausüben, so muss er es innert dreier Monate seit Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Vertrages geltend machen. Nach Ablauf von zwei Jahren seit der Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch kann das Recht nicht mehr geltend gemacht werden."

konusudur. Her iki hukuk sisteminde öngörülen ortak tek bir süre vardır ki, o da alım hakkı için getirilen on yıllık süredir. Bununla birlikte, İsviçre hukukunda, OR Art.216a'da öngörülen yirmi beş yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu yönünde fikir birliği bulunmaktadır²⁰.

OR Art.216a hükmünde öngörülen yirmi beş yıllık azami süre yasal önalım hakkında uygulanmaz²¹. Önalım hakkının bir taşınır üzerinde kurulduğu hallerde de durum böyledir. Zira, İsviçre hukukunda da hükmün kapsamını yalnızca taşınmazlar üzerinde kurulan sözleşmeden doğan önalım hakkı oluşturur. Taşınıruları konu alan önalım hakkında bu yönde bir düzenlemeye yer verilmediği gibi²²; OR Art.216a hükmünün lafzından da yirmi beş yıllık sürenin taşınıruları konu alan önalım hakkı için de uygulanabileceği sonucuna ulaşılamamaktadır²³. Bunun sonucu olarak bir görüş yirmi yıllık bir sürenin makul olacağını savunur iken²⁴; bir başka görüş ise her somut olaya göre değerlendirme yapmak suretiyle meselenin çözümlenmesi gerektiğini savunmaktadır²⁵.

c. Önalım Hakkı Kullanımının Tabi Olduğu Süre

İsviçre hukuku, Türk hukukundan farklı olarak, yasal önalım hakkına ilişkin hükümlerin sözleşmeden doğan önalım hakkı için de uygulanacağını öngören bir düzenlemeye yer vermemiştir.

Yasal önalım hakkının kullanım süreleri ZGB Art.681a/II'de düzenlenmiştir. İlgili hükmünde, İsviçre kanun koyucusu, önalım olayını oluşturan hukukî işlemin yapıldığı ve içeriği hakkında bilgi sahibi olduğu andan itibaren üç ay ve her halükârda yeni malik lehine taşınmazın tescil anından itibaren iki yıllık süre öngörmüştür²⁶. İlgili süreler, hakkın bir yenilik doğuran hak olması sebebiyle, hukukî niteliği itibarıyla hak düşürücü sürelerdir²⁷. Üç aylık süre nisbî süreyi (*relative Frist*); iki yıllık süre ise mutlak süreyi (*absolute Frist*) karşılar²⁸.

²⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 342.

²¹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz.: CHK/Binder, *OR Art.216a*, Kn. 3.

²² Fischer, *Änderungen*, s. 76.

²³ Peter Böckli ve Lukas Morscher, "Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten", *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, -/69 (1997), s. 61-62.

²⁴ Böckli ve Morscher, "Aktionärbindungsverträge", s. 61.

²⁵ Fischer, *Änderungen*, s. 76-77.

²⁶ ZGB Art.681a/II'ye göre, "Will der Vorkaufsberechtigte sein Recht ausüben, so muss er es innert dreier Monate seit Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Vertrages geltend machen. Nach Ablauf von zwei Jahren seit der Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch kann das Recht nicht mehr geltend gemacht werden."

²⁷ Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 39; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 843; Robert Meier, "Das neue Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht - vier Neuerungen und drei Auslegungsfragen", *Aktuelle Juristische Praxis*, -/ (1994), s. 141; Markus Binder, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe* (Herausgeber: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin/Daniel Girsberger), Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2. Auflage, 2012, *OR Art.216e*, Kn. 3; Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", s. 290; Felix Schöbi, "Die Revision des Kaufs-, des Vorkaufs- und des Rückkaufsrechts", *Aktuelle Juristische Praxis*, -/ (1993), s. 570; Heinz Rey, "Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, -/113 (1994), s. 59; Joseph Lorenz Strelbel, *Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht*, Zürich: Schulthess Verlag, 2009, Kn. 1569; Michael Lips ve Larissa Rickenbacher, *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht - OFK - Orell Füssli Kommentar* (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 4. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2023, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2009, *OR Art.216e*, Kn. 1.

²⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 846 ve 848; Meier, "Das neue", s. 141.

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanım süresi ise OR Art.216e’de düzenlenmiştir²⁹. İlgili hükme göre, önalım hakkı, önalım olayını oluşturan hukukî işlemin yapıldığı ve içeriği hakkında bilgi sahibi olduğu andan itibaren üç ay içerisinde satıcıya ya da hakkın şerh edildiği durumlarda malike karşı ileri sürülmüş olmalıdır. Hakkın kullanımına ilişkin üç aylık süre hukukî niteliği itibariyle hak düşürücü süredir³⁰. Bu yönüyle de OR Art.216e’de yer alan üç aylık süre ZGB Art.681a/II’de düzenlenen üç aylık nisbî süre ile paralellik göstermektedir. Mamafih ondan farklı olarak, İsviçre kanun koyucusu, sözleşmeden doğan önalım hakkında iki yıllık mutlak süreye yer vermemiştir. Dolayısıyla İsviçre hukukunda, yasal önalım hakkı için öngörülen iki yıllık sürenin sözleşmeden doğan önalım hakkı için de uygulanıp uygulanamayacağı meselesi tartışmalıdır.

İsviçre hukukunda yer alan birinci görüşe göre kanunun lafzından hareket edilmesi gerekli olup yasal önalım hakkı için getirilen iki yıllık süre sözleşmeden doğan önalım hakkı için uygulanmamalıdır. Bunun sonucu olarak, somut olaya göre yorum yapmak suretiyle, bilhassa hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında önalım hakkı sahibinin hakkı kullanıp kullanamayacağını tayin etmek gerekir³¹.

İsviçre hukukunda yer alan ikinci görüşe göre ise sözleşmeden doğan önalım hakkında iki yıllık süre yerine TBK md.140 hükmünün karşılığını oluşturan ve genel zamanaşımı süresini düzenleyen OR Art.127 hükmü uygulanmalıdır³².

Öğretideki ikinci görüşe eleştiri olarak ortaya çıkan üçüncü görüş ise OR Art.127 hükmünün zamanaşımını düzenleyen genel bir hüküm olduğunu ve ilgili sürenin olsa olsa önalım hakkının kullanımından sonra taraflar arasında kurulmuş olan satış sözleşmesinden doğan talepler için uygulanabileceğini ifade etmektedir. Bunun dışında, önalım hakkının kullanımının bir zamanaşımına bağlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Hakkın kullanım sürelerinde olsa olsa bir hak düşürücü süreden bahsedilebilir. Dolayısıyla OR Art.127 hükmünü kıyasen uygulamak yerine yasal önalım hakkı için iki yıllık süreyi öngören ZGB Art.681a/II hükmüne başvurmak daha makul bir çözüm yoludur³³. Bu görüş, bilhassa üçüncü kişiler yönünden hukukî netliği sağlamaya hizmet edeceği için başka yazarlar tarafından da kabul görmüştür³⁴.

²⁹ OR Art.216e hükmüne göre, “*Will der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausüben, so muss er es innert dreier Monate gegenüber dem Verkäufer oder, wenn es im Grundbuch vorgemerkt ist, gegenüber dem Eigentümer geltend machen. Die Frist beginnt mit Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Vertrags.*”

³⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 843; Christian Brückner, *Der Grundstückkauf Vorkaufsvertrag, Kaufrechtsvertrag, Begründung von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten*, Erschienen in: Alfred Koller, *Der Grundstückkauf - § 10 Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrechts)*, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2. Auflage, 2001, Kn. 108; Rey, “Die Neuregelung”, s. 59; Strebel, *Vorkaufsrecht*, Kn. 1569.

³¹ Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 110.

³² Schöbi, “Die Revision”, s. 569; Meier, “Das neue”, s. 141; CHK/Binder, *OR Art.216e*, Kn. 3; OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216e*, Kn. 1; Vito Roberto, “Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts”, *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 11/5 (1993), s. 173, dpn.20; Pascal Simonius ve Thomas Sutter, *Schweizerisches Immobilienrecht, Bd. 1: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1995, § 11 N. 48 ve dpn.100’de yer alan bilgiler.

³³ Rey, “Die Neuregelung”, s. 57 vd.

³⁴ Strebel, *Vorkaufsrecht*, Kn. 1575.

Öğretide savunulan ve bizim de katıldığımız dördüncü görüşe göre ise sözleşmeden doğan önalım hakkında mutlak süreye yer verilmemiş olması İsviçre kanun koyucusunun bu konuda bilinçli susmasını göstermektedir³⁵. Bu sebeple, sözleşmeden doğan önalım hakkında hakkın kullanım süresine ilişkin üst sınırı OR Art.216a hükmünde yer alan yirmi beş yıllık süre oluşturur. Eğer taraflarca daha kısa bir süre kararlaştırılmışsa artık bu süre dikkate alınır. Ancak her iki durumda da ZGB Art.681a/II'de düzenlenen iki yıllık süreden ayrılan çok önemli bir fark vardır. O da sürenin, önalım olayının gerçekleştiği andan itibaren değil ve fakat önalım hakkı sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren başlayacak olmasıdır³⁶. Kanaatimizce, İsviçre kanun koyucusunun iradesini bu yönde bir yorum doğru bir şekilde yansıtmaktadır. Zira yasal önalım hakkı, sözleşmeden doğan önalım hakkından farklı olarak, azami bir süreye tabi değildir. Böyle olduğu için de önalım hakkı yükümlüsü açısından hukukî öngörülebilirliği sağlamak adına bir azami kullanım süresine ihtiyaç vardır. Aksi takdirde, paylı mülkiyet ilişkisi devam ettiği müddetçe önalım olayı gerçekleştikten ve fakat önalım hakkı sahibi bu durumdan çok geç haberdar olduktan sonra dahi hakkın kullanımı mümkün olabilecektir. Bu tür hallerde meseleyi dürüstlük kuralı bağlamında çözmeye çalışmanın da anlamı yoktur. Zira olması gereken, hakkın kullanımı yönünden bir azami süreye yer vermektir. Oysa sözleşmeden doğan önalım hakkında hakkın varlığı belirli bir süreyle sınırlandırıldığından hakkın kullanımı yönünden bir mutlak süreye ihtiyaç yoktur.

Son olarak, İsviçre Medeni Kanunu ile İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeler değerlendirildiğinde, İsviçre kanun koyucusunun iradesini, mutlak sürenin sözleşmeden doğan önalım hakkı için uygulanamayacağı şeklinde yorumlamak da daha doğru gözükmemektedir. Zira İsviçre kanun koyucusunun iradesi aksi yönde olsa idi bunu açıkça zaten düzenlemesi gerekirdi. Nitekim, TMK md.735 hükmüne paralel bir hükme İsviçre Medeni Kanunu'nda yer verilmemiş olması da bu yorumu destekler niteliktedir. İşte bu sebeple, İsviçre hukukunda, sözleşmeden doğan önalım hakkı için iki yıllık süreye yer verilmediğini kabul etmek gerekir.

B. ALMAN HUKUKU

1. Genel Olarak

Alman hukukunda önalım hakkı sürelerine ilişkin düzenlemeye BGB § 469/II hükmünde yer verilmiştir. İlgili hüküm genel olarak hakkın kullanım sürelerini ele almaktadır. Bunun dışında, Alman kanun koyucu önalım hakkının tabi olacağı bir azami süreye yer vermemiştir.

2. Önalım Hakkının Tabi Olduğu Süre

Alman hukukunda önalım hakkının tabi olacağı azami bir süre öngörülmemiştir. Hal böyle olunca da önalım hakkının ne kadar süre ile kurulabileceği sorusu gündeme gelmektedir.

³⁵ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 850.

³⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 850.

Ancak elbette hakkın tabi olacağı süreye ilişkin mesele sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin bir sorun olup hakkın kanundan doğduğu durumlar bu kapsamın dışındadır³⁷.

Alman hukuk öğretisi ve içtihatlarına bakıldığında azami sürelerle ilişkin bir tartışma ile karşılaşmamaktadır. Bunun sebebi, Alman Medeni Kanunu'nun önalım hakkına ilişkin azami bir süreye yer vermemiş olmasıdır. Bunun sonucu olarak da önalım hakkının herhangi bir süreye yer verilmeksizin kurulabileceği kabul edilmektedir³⁸. Böyle bir durumda, önalım hakkı belirsiz süreli tesis edilmiş olmaktadır³⁹. Belirsiz süreden anlaşılması gereken ise hakkın tesis edilme şekline göre yorumlanır. Eğer önalım hakkı iktisaba ve intikale elverişli değil ise kural olarak hak sahibinin yaşamı süresince kurulmuş olur⁴⁰. Bunun dışında, hakkın intikale elverişli ya da BGB § 1094/II hükmü kapsamında bir taşınmaz malik olma sıfatına bağlı olarak (*subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht*) tesis edildiği hallerde ise sınırsız süreyle kurulduğu kabul edilir⁴¹. Bu yönüyle Alman hukuku, hakkın tabi olduğu azami süreler yönünden, Türk-İsviçre hukukundan çok farklı bir çözüm yolu benimsemiştir⁴².

3. Önalım Hakkı Kullanımının Tabi Olduğu Süre

BGB § 469/II hükmü, önalım hakkının kullanım süresini taşınmazlarda iki ay ve taşınmaz dışındaki hakkın konusu diğer şeyler bakımından ise bir hafta olarak düzenlemiştir. İlgili süreler, önalım olayına ilişkin bilgilendirmenin hak sahibine ulaştığı andan itibaren işlemeye başlar. Önalım hakkının bir yenilik doğuran hak olması ve varması gerekli bir irade beyanı ile

³⁷ Örneğin; kiracı lehine tanınan önalım hakkı, taraflar arasındaki kira sözleşmesi devam ettiği müddetçe var olmaya devam eder. Burada önem arz eden husus, hakkın kullanımı için öngörülen sürenin başlangıcından itibaren uygulanacak olan süredir. O süre de BGB § 469/II gereği iki aydır.

³⁸ BeckOGK/Daum, *BGB § 463*, Kn. 42.

³⁹ Johannes Wertenbruch, *Soergel BGB – Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 6/2 Schuldrecht 4/2 §§ 454-480 (begründet von Dr. Hs. Th. Soergel, Bayer. Hofrat - neu herausgegeben von Dr. W. Siebert, o. Professor der Rechte in Heidelberg)*, Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 13. neubearbeitete Auflage, 2009, *BGB § 463*, Kn. 94. Hatta geri alım hakkı için taşınmazlarda otuz yıl ve taşınmaz dışındaki şeylerde üç yıllık hak düşürücü süreyi düzenleyen BGB § 462 hükmüne rağmen, Alman hukuk öğretisi, taraflarca daha uzun sürelerin kararlaştırılabileceğini kabul etmektedir. Bunun gibi, Alman Yüksek Mahkemesi bir kararında geri alım hakkında doksan yıllık bir süreyi dahi geçerli kabul etmiştir. Yeter ki, sözleşmedeki koşullar alıcı tarafı uygun olmayan ölçüde zora sokmamış olsun. Bu yöndeki açıklamalar ve ilgili içtihat için bkz.: Harm Peter Westermann, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4 Schuldrecht – Besonderer Teil I §§ 433 – 534, Finanzierungsleasing – CISG (Redakteur: Dr. Dres. H.c. Harm Peter Westermann)*, München: C.H.Beck Verlag, 8. Auflage, 2019, *BGB § 462*, Kn. 1 ve BGH NJW 2011, 515 in Abgrenzung zu BGH NJW-RR 2006, 1452.

⁴⁰ Soergel/Wertenbruch, *BGB § 463*, Kn. 94.

⁴¹ Soergel/Wertenbruch, *BGB § 463*, Kn. 94.

⁴² Alman hukukunda azami sürelerle ilişkin tartışmalar daha ziyade genel olarak opsiyon hakları kapsamında yapılmıştır. Başka bir deyişle, bir koşula bağlı opsiyon hakkı olan önalım hakkı özelinde konuyu ele alan bir tartışma yoktur. Dolayısıyla burada yol gösterici olması adına ele alınması gereken müesseseye, kanaatimizce, geri alım hakkında süreleri düzenleyen BGB § 462 hükmüdür. İlgili hükme göre, geri alım hakkı, taşınmazlarda otuz yıl ve taşınmaz dışındaki şeylerde ise üç yıllık hak düşürücü süreye tabidir. Alman hukuk öğretisinde, geri alım hakkı için getirilen uzun sürelerle rağmen, taraflarca daha uzun sürelerin kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Örneğin; Alman Yüksek Mahkemesi bir kararında geri alım hakkında doksan yıllık bir süreyi dahi geçerli kabul etmiştir. Yeter ki, sözleşmedeki koşullar alıcı tarafı uygun olmayan ölçüde zora sokmamış olsun. Bu yöndeki Alman Yüksek Mahkemesi kararı için bkz.: BGH NJW 2011, 515 in Abgrenzung zu BGH NJW-RR 2006, 1452. Önalım hakkının koşula opsiyon hakkı olduğu yönünde bkz.: BeckOGK/Daum, *BGB § 463*, Kn. 29.

kullanılması gerektiği göz önüne alındığında⁴³, ilgili süreler, hukukî niteliği itibariyle hak dü-
şürücü sürelerdir⁴⁴.

Önalım hakkının kullanımı için öngörülen iki ay ve bir haftalık süreler her önalım hakkı türü için uygulama alanı bulur⁴⁵. Dolayısıyla hem sözleşmeden hem de kanundan doğan önalım haklarında ilgili süreler yürür. Meğerki, kanundan doğan münferit bir önalım hakkı için özel süreler yer verilmiş olsun⁴⁶. Bu kapsamda örneğin; BGB § 577'de kanundan doğan ve kiracı lehine düzenlenen önalım hakkında BGB § 469/II'de yer alan iki aylık genel süre uygulanmaya devam eder. Zira, Alman kanun koyucu burada özel bir kullanım süresine yer vermemiştir.

III. SÜRELERİN BAŞLANGICI

A. ÖNALIM HAKKININ TABİ OLDUĞU SÜRE

Önalım hakkının tabi olduğu süre genel itibariyle hakkın geçerli olduğu süreyi ifade eder. Dolayısıyla bu süre, önalım hakkının doğduğu andan itibaren kural olarak işlemeye başlar. Başka bir deyişle, ne zaman ki önalım hakkı hak sahibi lehine tesis edilmiş ve hüküm sonuçlarını doğurma başlamış olur, işte o andan itibaren ilgili süre işlemeye başlamış kabul edilir.

Önalım hakkının doğduğu an kural olarak hakkı kuran sözleşmenin yapıldığı anı karşılar. Nitekim Türk, İsviçre ve Alman hukuk öğretilerinde sürenin başlangıcı bakımından kabul edilen an da önalım hakkı sözleşmesinin kurulduğu andır⁴⁷. Zira önalım hakkı, taraflarca sözleşmede farklı bir düzenlemeye yer verilmemişse önalım hakkı sözleşmenin kurulmasıyla birlikte doğmuş olur.

Taraflar hakkın doğum anını sözleşmede düzenleyebilir. Bu kapsamda, sözleşme hükümlerinin tamamının veyahut da önalım hakkının doğumunun bir vade ya da koşula bağlanması mümkündür. Örneğin; taraflar hakkın doğumunu, sözleşmenin yapılmasından itibaren on günlük vadeye bağlayabilir. Böyle bir durumda, hakkın tabi olduğu süre sözleşmenin kurulduğu anda değil; sözleşmede kararlaştırılan vade tarihi itibariyle işlemeye başlar.

⁴³ Erman/Grunewald, *BGB § 464*, Kn. 1; NomosHK-BGB/Saenger, *BGB § 464*, Kn. 2; Jauernig/Berger, *BGB § 464*, Kn. 1; BeckOGK/Daum, *BGB § 464*, Kn. 2; BeckOK-BGB/Faust, *BGB § 464*, Kn. 2.

⁴⁴ BeckOK-BGB/Faust, *BGB § 469*, Kn. 7; Soergel/Wertenbruch, *BGB § 469*, Kn. 10; BeckOGK/Daum, *BGB § 469*, Kn. 24; MüKoBGB/Westermann, *BGB § 469*, Kn. 1 ve 6; jurisPK/Alpmann-Pieper, *BGB § 469*, Kn. 15; Erman/Grunewald, *BGB § 469*, Kn. 8; NomosHK-BGB/Saenger, *BGB § 464*, Kn. 2. Zamanaşımı süresinin, ancak önalım hakkının kullanılması neticesinde kurulan satış sözleşmesine dayanan talep hakları için söz konusu olacağı yönünde bkz.: BeckOGK/Daum, *BGB § 463*, Kn. 42 ve *BGB § 464*, Kn. 7.

⁴⁵ MüKoBGB/Westermann, *BGB § 469*, Kn. 2.

⁴⁶ MüKoBGB/Westermann, *BGB § 469*, Kn. 2.

⁴⁷ Günday, *Alım Hakkı*, s. 371; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 337; Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", s. 293; Christian Brückner ve Mathias Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2016, Kn. 2462. Alman hukukunda geri alım hakkı kapsamında aynı yönde bkz.: MüKoBGB/Westermann, *BGB § 462*, Kn. 3.

B. ÖNALIM HAKKININ KULLANIMININ TABİ OLDUĞU SÜRE

1. Genel Olarak

Türk hukukunda sözleşmeden ve kanundan doğan önalım hakkına ilişkin kullanım sürelerinin başlangıcı TMK md.733/IV ve TBK md.242 hükümlerinde düzenlenmiştir. İlgili hükümler göz önüne alındığında, kanun koyucu, kullanım süreleri yönünden iki farklı başlangıç anına yer vermiştir. Buna göre, üç aylık sürenin başlangıcı önalım olayını oluşturan hukukî işlemin hak sahibine bildirilmesi iken; iki yıllık sürenin başlangıç anı ise önalım olayını oluşturan hukukî işlemin yapıldığı andır⁴⁸.

İsviçre hukukunda da meselenin benzer şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu kapsamda, OR Art.216e ve ZGB Art.681a hükümleri gereğince, üç aylık sürenin başlangıcı, önalım hakkı sahibinin, önalım olayını oluşturan hukukî işlemin yapılmasına ve içeriğine dair bilgi sahibi olduğu andır. Bu kural hem sözleşmeden doğan önalım hakkında hem de yasal önalım hakkında yürür. Bunun dışında, OR Art.216e hükmü, sözleşmeden doğan önalım hakkında iki yıllık mutlak süreye yer vermemiştir⁴⁹. Dolayısıyla kullanım süresinin üst sınırını önalım hakkının tabi olduğu süre oluşturur. Bu sürenin başlangıcı ise yukarıda ele almış olduğumuz şekilde tespit edilir.

İsviçre hukukunda yasal önalım hakkına ilişkin iki yıllık süre ZGB Art.681a/II hükmünde düzenlenmiştir. ZGB Art.681a/II'ye göre, yasal önalım hakkı için öngörülen iki yıllık süre tapu kütüğünde yeni malik adına yapılan tescil ile birlikte işlemeye başlamaktadır. Tescil işleminin yapıldığı an ile kastedilen ise yevmiye defterine kayıt yapılan tarihi ifade eder⁵⁰. Bu yönüyle, İsviçre kanun koyucusunun iki yıllık süreye yaklaşımı Türk kanun koyucusundan oldukça farklıdır. Zira ilgili süre yalnızca yasal önalım hakkı için düzenlenmekle kalmayıp, sürenin başlangıç anı bakımından da oldukça farklı bir çözüm yolu benimsenmiştir.

Türk hukukunda bazı yazarlar ZGB Art.681a/II hükmünü dikkate alarak iki yıllık sürenin tescil ile başlayacağını ifade etmektedir⁵¹. Hatta bazı yazarlar, önalım olayının öğrenilmesinin, henüz tescil işlemi gerçekleşmeden önce sürenin başlaması sonucunu dahi doğurmayacağını ifade etmektedir⁵². Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, Türk

⁴⁸ İki yıllık sürenin başlangıcı, TBK md.242 hükmünde "... satışın yapılmasından başlayarak ..." şeklinde ifade edilmiştir. Bu husus TMK md.733/IV'te ise "... satışın üzerinden ..." şeklinde kaleme alınmıştır. İlgili düzenlemeleri, hukukî işlemin yapıldığı yani kurulduğu an olarak anlamak gerekir.

⁴⁹ İsviçre kanun koyucusunun, iki yıllık mutlak süreye yer vermemesi sebebiyle, önalım olayını oluşturan sözleşmenin yapılmasına ilişkin ifadeye neden yer verdiğini anlamak güçtür. Zira olmayan bir sözleşmenin yapıldığından ve içeriğinden haberdar olunmasından bahsetmek mümkün değildir.

⁵⁰ Bettina Hürlimann-Kaup, "Die Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters (Art. 969 ZGB und Spezialnormen)", *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, -/93 (2012), s. 5; Lilian Ghandchi, *Das Gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis*, Zürich: Schulthess Verlag, 1999, s. 213; Rey, "Die Neuregelung", s. 58 und 66; Strebel, *Vorkaufsrecht*, Kn. 1311; BGE 138 III 512 ff. (514 ff.), E. 3 ve özellikle E. 3.5.2.

⁵¹ Demirbaş, "Önalım Hakkı", s.266 ve aynı sayfada dpn.85'te anılan yazarlar.

⁵² Demirbaş, "Önalım Hakkı", s. 266. Burada öğrenmeyle başlayacak bir süreden bahsedildiğinden, bu süre, olsa olsa üç aylık süreyi ifade etmektedir.

kanun koyucusu, tescile yönelik herhangi bir ifadeye ilgili hükümlerde yer vermemiştir⁵³. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk kanun koyucusunun ilgili hükümde tescil anını dikkate alan bir düzenlemeye yer vermesi kanaatimizce de daha isabetli olurdu⁵⁴.

Alman hukukuna bakıldığında ise kullanım sürelerinin başlangıcının BGB § 469 hükmünde düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, önalım hakkına ilişkin iki haftalık ve iki aylık kullanım süreleri, önalım olayının gerçekleşmesi ve önalım hakkı sahibinin, önalım olayını oluşturan sözleşmenin içeriğine ilişkin bilgi sahibi olması ile birlikte işlemeye başlar.

Sonuç olarak Türk, İsviçre ve Alman hukukunda kullanım sürelerinin başlangıç anı benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu yönüyle de sürelerin başlangıcının tayininde önalım olayının gerçekleşmesi ve hak sahibinin bilgilendirilmesi şartı aranmaktadır.

2. Önalım Olayının Gerçekleşmesi

Önalım hakkına ilişkin kullanım sürelerinin işlemeye başlaması için öncelikle önalım olayının gerçekleşmesi gerekir. Bu durum TBK md.240'ta "*Önalım hakkı, taşınmazın satışı veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hallerinde kullanılabilir*" denilerek açıkça ifade edilmiştir. Nitekim OR Art.216e hükmünde de önalım hakkının kullanımını için öngörülen üç aylık sürenin başlangıcı her şeyden önce önalım olayının gerçekleşmesine bağlanmıştır. Çünkü henüz kullanımı mümkün olmayan bir hakkın kullanım sürelerinin başladığından bahsetmek mümkün değildir.

BGB § 464 hükmüne göre de önalım hakkının kullanım sürelerinin başlayabilmesinin ilk şartı önalım olayının gerçekleşmesidir. Nitekim ilgili hükmün madde başlığı da açık bir şekilde kullanmanın ön şartları (*Voraussetzungen der Ausübung*) başlığını taşımaktadır.

⁵³ Bu noktada TMK md.734/I'de yer alan "*Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır*" şeklindeki düzenlemeden hareketle de aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. Zira önalım hakkının alıcıya karşı ileri sürülebilmesi hakkın şerh edilmesi halinde mümkündür. Bunun dışında hak sahibi, hak şerh edilmiş olsun veya olmasın, hakkın konusu şey henüz satıcıda ise önalım hakkını satıcıya karşı ileri sürmek zorundadır. Yoksa, hakkın konusu şeyin alıcıya teslim edilmesini beklemek zorunda değildir. Aksi yönde bir yorum, şerh edilmemiş önalım hakkında, hak sahibi açısından hakkın konusu şeyi iktisap etme imkânını da kaybetmek anlamına gelir. Zaten TMK md.734/I'de Türk kanun koyucusunun neden böyle bir düzenlemeye yer verdiğini anlamak güçtür. Yasal önalım hakkında iki yıllık sürenin başlangıcını tescil anı olarak düzenleyen İsviçre kanun koyucusu dahi böyle bir hükme yer vermemiştir.

⁵⁴ İsviçre hukukunda yer alan düzenlemenin daha isabetli olduğu ve bu sebeple Türk hukukuna ilişkin eleştiriler için ayrıca bkz.: Kırkbeşoğlu, *Önalım Hakkı*, s. 163.

TBK md.240, OR Art.216e ve BGB § 464 kapsamında sözleşmenin yapılması ile kastedilen şey onun geçerli olarak kurulmuş olmasıdır⁵⁵. Sözleşmenin şekil eksikliği⁵⁶, ehliyetsizlik, hukuka veya ahlâka aykırılık ya da imkânsızlık sebebiyle geçersiz olduğu durumlarda bir önalım olayının varlığından bahsetmek artık mümkün değildir⁵⁷. Bu sebeple de önalım hakkının kullanım imkânı da henüz doğmamış vaziyettedir⁵⁸. Dolayısıyla da kullanım sürelerinin başlangıcı için aranan şart gerçekleşmemiş kabul edilir. Son olarak, hukuki işlemin geçerli olarak kurulmuş olması yeterli olup ayrıca sözleşmeden doğan borçların ifası aranmaz⁵⁹.

3. Önalım Olayının Bildirilmesi

a. Genel Olarak

Türk-İsviçre hukukunda önalım hakkında kullanım sürelerini düzenleyen hükümlerde⁶⁰ üç aylık sürenin işlemeye başlaması için hak sahibinin önalım olayına ilişkin bilgilendirilmesi şartı aranmıştır. Nitekim, Alman hukukunda da BGB § 469/II hükmü, bir hafta ile iki aylık sürelerin, bilgilendirmeden itibaren başlayacağını kaleme almıştır.

⁵⁵ Hans Giger, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 3. Abschnitt: Der Grundstückkauf Art. 216–221 OR*, Bern: Stämpfli Verlag AG, 1997, *OR Art.216*, Kn. 127 ve 129; OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216d*, Kn. 7; CHK/Binder, *OR Art.216c*, Kn. 1 ve *OR Art.216d*, Kn. 7; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 263; Demirbaş, “Önalım Hakkı”, s. 257-258; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 466; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Kn. 1918; Demirsatan, “Önalım Hakkı”, s. 916; Akbay, “Anonim Ortaklık”, s. 722; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 539; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 86-87; Rey, “Die Neuregelung”, s. 4, dpn.40; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 184; Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 34; MüKoBGB/Westermann, *BGB § 469*, Kn. 3; Soergel/Wertenbruch, *BGB § 463*, Kn. 57; Jauernig/Berger, *BGB § 463*, Kn. 16 ve 18; jurisPK/Alpmann-Pieper, *BGB § 463*, Kn. 28; Erman/Grunewald, *BGB § 463*, Kn. 11; NomosHK-BGB/Saenger, *BGB § 463*, Kn. 2; BeckOK-BGB/Faust, *BGB § 463*, Kn. 20 ve 26.

⁵⁶ Şekle aykırı hukuki işlemler bakımından ayrıntılı bilgi için bkz.: Sinan Okur, “Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori: Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR)”, *Stüleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 9/1 (2019), s. 162 vd.; Giger, *OR Art.216*, Kn. 129.

⁵⁷ MüKoBGB/Westermann, *BGB § 463*, Kn. 16; CHK/Binder, *OR Art.216d*, Kn. 7; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 466; Demirbaş, “Önalım Hakkı”, s. 257-258; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 539; Oskar Allgäuer, *Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Aarau: H. R. Sauerländer & Co. Verlag, 1918, s. 119; Meier, “Das neue”, s. 143; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 87; Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 34; Giger, *OR Art.216*, Kn. 129; Strebel, *Vorkaufsrecht*, Kn. 280. Bir taşınmaz mülkiyeti üzerinde gerçek hak sahibi olmamakla birlikte tapuda malik olarak gözüken bir kimsenin taşınmazı satması halinde de önalım olayının gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Zira, böyle bir durumda, üçüncü kişinin edinimi iyiniyetin varlığı halinde korunur. Bunun gibi, maddî anlamda gerçek hak sahibi olan ve fakat yolsuz tescil sebebiyle tapuda malik olarak gözükmeyen bir kimsenin o taşınmaza ilişkin bir taşınmaz satış sözleşmesi yapması halinde de aynı sonuca ulaşmak gerekir. Çünkü, maddî anlamda gerçek hak sahibi olan kişi, taşınmaz üzerinde borçlandırıncı işlem her zaman yapabileceği gibi, tapu kütüğünde yer alan kaydın düzeltilmesini de her zaman talep edebilir. Bunun sonucu olarak da taşınmaz üzerinde tasarruf etme imkânına sahiptir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 542 vd.

⁵⁸ MüKoBGB/Westermann, *BGB § 463*, Kn. 16.

⁵⁹ Demirbaş, “Önalım Hakkı”, s. 257; Demirsatan, “Önalım Hakkı”, s. 917; Akbay, “Anonim Ortaklık”, s. 721; Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 33; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, “Şufla Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 19/1-2 (1953), s. 222 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 538; Allgäuer, *Vorkaufsrecht*, s. 115 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 166 ve 192; Strebel, *Vorkaufsrecht*, Kn. 218.

⁶⁰ Bu husus, Türk hukukunda TBK md.242 ile TMK md.733/IV ve İsviçre hukukunda OR Art.216e ve ZGB Art.681a hükümlerinde düzenlenmiştir.

Türk hukukunda bilgilendirmeyi yapmakla yükümlü kişi TBK md.241/I ve TMK md.733/III hükümleri gereği hem satıcı (önalım hakkı yükümlüsü) hem de alıcıdır⁶¹. İsviçre hukukunda ise bu yükümlülük OR Art.216d ve ZGB Art.681a hükümleri gereği yalnızca önalım hakkı yükümlüsüne getirilmiştir. Alman hukukunda konuyu düzenleyen BGB § 469/I hükmü de İsviçre hukukunda yer alan çözümü benimsemiştir. Önalım hakkının her zaman serh edilmeyeceği ya da edilemediği düşünüldüğünde, kanaatimizce, İsviçre ve Alman hukukundaki düzenlemelerin daha isabetli olduğunu söylemek gerekir⁶².

Türk-İsviçre hukukunda bilgilendirme yükümlülüğünün ne zaman yapılması gerektiği hususu düzenlenmemiştir. Alman hukukunda ise bilgilendirme BGB § 469/I hükmü gereğince gecikmeksizin (*unverzüglich*) yapılmalıdır. Bunun sebebi, önalım olayı ile birlikte, hak sahibinin hakkı kullanıp kullanmayacağına ilişkin belirsizliğin mümkün olduğunca kısa sürmesi gerektiği düşüncesidir⁶³. Kanaatimizce aynı sonuca ifa zamanını düzenleyen TBK md.90 hükmü kapsamında Türk hukukunda da ulaşmak mümkündür⁶⁴. Nitekim, İsviçre hukuk öğretisinde de, bilgilendirme yükümlülüğünün önalım olayını oluşturan hukukî işlemin kurulmasıyla birlikte doğmasından hareketle, bilgilendirmenin gecikmeksizin yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁵. Bu çözüm yolu da aslında TBK md.90'nın karşılığını oluşturan OR Art.75 hükmü ile paraleldir. Bu çerçevede, her üç hukuk sisteminde de ulaşılan sonuç dayanılan gerekçeler farklı olmakla birlikte aynıdır. Ancak yine de Türk ve İsviçre kanun koyucularının, bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen hükümlerde, bilgilendirmenin zamanını açıkça düzenlemesi kanaatimizce daha isabetli olurdu.

Bilgilendirme yükümlülüğünü getiren hükümler açık bir şekilde önalım olayının yapılması şartını aramaktadır. Dolayısıyla, henüz sözleşme öncesi görüşmelerinin yer aldığı bir aşamada, muhtemel önalım olayının içeriğine ilişkin bilgilendirme, ilgili hükümlerin lafzı karşısında sürelerin başlaması sonucunu doğurmaz⁶⁶. Zira bilgilendirme yükümlülüğü, en erken, önalım olayını oluşturan hukukî işlemin kurulduğu anda doğmaktadır⁶⁷.

⁶¹ Türk hukukunda bir görüş, önalım olayının bir satış sözleşmesi olması zorunluluğunun bulunmaması sebebiyle, haklı olarak, satıcı ve alıcı ifadeleri yerine hakkın konusunu oluşturan şeyi konu alan sözleşmenin tarafları ifadesinin daha isabetli olacağını söylemektedir. Bu görüş için bkz.: Demirsatan, "Önalım Hakkı", s. 927.

⁶² Türk hukukunda aynı doğrultudaki görüş ve ayrıca eleştiriler için bkz.: Demirsatan, "Önalım Hakkı", s. 926-927.

⁶³ MüKoBGB/Westermann, *BGB § 469*, Kn. 1.

⁶⁴ Demirsatan, "Önalım Hakkı", s. 928.

⁶⁵ OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216d*, Kn. 2. Genel olarak bu doğrultuda bkz.: CHK/Binder, *OR Art.216d*, Kn. 2.

⁶⁶ Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 39. Sözleşme öncesi görüşmelerin önalım olayı teşkil etmediği yönünde ayrıca bkz.: Giger, *OR Art.216*, Kn. 128; Akbay, "Anonim Ortaklık", s. 721. Bildirim yükümlülüğünün kapsamını yalnızca satışın yapılmasına ilişkin bildirim ile sınırlı tutan TMK md.733/III hükmü, TBK md.241/I hükmü ile birlikte, pratik anlamda işlevini artık tamamen kaybetmiştir.

⁶⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Kn. 1933; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 98; Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 37; OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216d*, Kn. 2; BeckOK-BGB/Faust, *BGB § 469*, Kn. 2. Sözleşme öncesi görüşmeler bakımından önalım hakkı yükümlüsünün bilgilendirme yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde ayrıca bkz.: Akbay, "Anonim Ortaklık", s. 728; Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 37.

Bilgilendirme önalım hakkı sahibine karşı yapılır. Hak sahibinin birden fazla olduğu hallerde bilgilendirme tüm hak sahiplerine karşı yapılır⁶⁸. Daha açık bir deyişle, bir önalım hakkı üzerinde birden fazla hak sahibinin bulunduğu hallerde her bir hak sahibinin bilgilendirilmesi zorunludur. Ancak, taraflar önalım hakkı sözleşmesinde buna ilişkin özel bir sözleşme kaydına elbette yer verebilir. Örneğin; hak sahipleri içerisinde belirlenmiş birine yapılacak bildirim tüm hak sahipleri için sonuç doğuracağını kararlaştırılabilir⁶⁹. Eğer sözleşmede böyle bir kayıt da yer almıyorsa kullanım süresi, Alman hukukunda haklı olarak ifade edildiği üzere, kanaatimizce, en son hak sahibinin bilgilendirildiği andan itibaren işlemeye başlar⁷⁰. En azından tek bir önalım hakkı üzerinde birden fazla hak sahibinin bulunduğu ve hakkın konusu şeyin bölünemez nitelikte olması sebebiyle hakkın kısmî kullanımının mümkün olmadığı hallerde durum böyledir. Bunun dışında, Türk-İsviçre hukukunda yasal önalım hakkı için öngörülen üç aylık sürenin her paydaş için bağımsız işleyeceğini savunan görüş⁷¹ karşısında tüm paydaşlara bildirim ile birlikte sürenin başlayacağını ileri süren bir başka görüş yer almaktadır⁷². Her bir paydaşın önalım hakkını diğer paydaşlardan bağımsız olarak kullanabileceği göz önüne alındığında, kanaatimizce, burada ilk görüşe üstünlük tanımak gerekir.

Türk, İsviçre ve Alman hukukunda bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı, hakkın kullanımı yönünden esaslı olabilecek sözleşme noktaları şeklinde ele alınmaktadır⁷³. Bu noktada, bağlayıcı nitelikte olan ve yükümlülük getiren sözleşmenin yan noktaları da bilgilendirmenin kapsamında yer aldığı ileri sürülmektedir⁷⁴. Keza, ödeme ve ifaya yönelik şartları belirleyen sözleşme hükümleri için de durum böyledir⁷⁵.

Bu noktada, Alman hukukunda, sözleşmeye ait bir nüshanın gönderilmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir⁷⁶. Ancak, hak sahibinin ayrıca bazı sözleşme noktalarına ilişkin

⁶⁸ BeckOK-BGB/Faust, *BGB § 469*, Kn. 20; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 101; Demirsatan, “Önalım Hakkı”, s. 106.

⁶⁹ Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 101.

⁷⁰ BeckOK-BGB/Faust, *BGB § 469*, Kn. 20.

⁷¹ Tülay Aydın Ünver, “Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/145-146 (2016), s. 848.

⁷² Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, s. 386.

⁷³ Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, s. 378; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 111; CHK/Binder, *OR Art.216d*, Kn. 3; Akbay, “Anonim Ortaklık”, s. 727; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 260; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 103; Salzgeber-Dürig, *Vorkaufsrecht*, s. 52; Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 36-37; OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216d*, Kn. 4; jurisPK/Alpmann-Pieper, *BGB § 469*, Kn. 8; MüKoBGB/Westermann, *BGB § 469*, Kn. 4; Soergel/Wertenbruch, *BGB § 469*, Kn. 5; BGH WM 1966, 891; BGH NJW-RR 2006, 1450. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: BeckOGK/Daum, *BGB § 469*, Kn. 2. İsviçre hukukunda, önalım olayının içeriği ile kastedilen OR Art.216d hükmüne dayanan ve hak sahibinin bilmesi gereken hususlardır. Bu yönde ayrıca bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 856; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 103; OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216d*, Kn. 4; CHK/Binder, *OR Art.216d*, Kn. 11. Böylelikle, hak sahibinin önalım olayı hakkında detaylı bilgi sahibi olmasının sağlandığı yönünde bkz.: Mustafa Alper Gümüş, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK. m. 237/III, 238, 239 ve 240- 242) Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/2 (2011), s. 442.

⁷⁴ MüKoBGB/Westermann, *BGB § 469*, Kn. 4; OLG München NJW-RR 1989, 1316.

⁷⁵ Akbay, “Anonim Ortaklık”, s. 728.

⁷⁶ Soergel/Wertenbruch, *BGB § 469*, Kn. 6. İsviçre hukukunda da en makul yöntemin bu olduğunu ileri süren görüş için bkz.: CHK/Binder, *OR Art.216d*, Kn. 3. Buna paralel olarak, uygulamada üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin bir kopyasının eklenmesi suretiyle yazılı bildirim arandığı yönünde bkz.: OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216d*, Kn. 5.

talepte bulunmasının da mümkün olduğu savunulmaktadır⁷⁷. Bununla birlikte, sözleşmenin (önalım olayının) içeriğinde bir değişiklik meydana gelmiş ya da bir koşulun gerçekleşmesi söz konusu ise artık bu hususlarda da hak sahibinin bilgilendirilmesi şarttır. Aksi takdirde, kullanım sürelerinin başlaması mümkün olmaz⁷⁸. Bunlar dışında, önalım olayına ilişkin tam ve doğru bir bilgilendirme yapılmışsa ayrıca bazı hususların hak sahibi tarafından talep edilmesi sürelerin başlaması bakımından geciktirici bir sebep oluşturmaz⁷⁹.

Alman hukukunda eski bir içtihat, hakkın konusu şeyin gezip görülmesi ya da incelenmesinin talep edilmesini olumlu karşılamakta⁸⁰ ve bu görüş günümüz Alman hukuk öğretisi tarafından da kabul edilmektedir⁸¹. Ancak, bu imkâna, hakkın konusu şeyde birtakım değişikliklerin varlığı halinde başvurulabileceği kabul edilmekte⁸² ve Alman yargı uygulaması da kullanım sürelerinin başlangıcı açısından bu yönde taleplerin yerine getirilmesi şartını aramamaktadır⁸³. Dolayısıyla, önalım hakkı yükümlüsü, hak sahibinin bu yöndeki taleplerine henüz cevap vermese dahi kullanım sürelerinin işlemeye başladığını kabul etmek gerekmektedir.

Önalım hakkı sahibinin, nitelikli ve sınırlandırılmış önalım hakkında, önalım olayının içeriğine ilişkin olarak bilgilendirilmesi kural olarak aranmaz⁸⁴. Böyle bir durumda, önalım olayının gerçekleştiğine yönelik bildirim yapılması sürenin başlaması için yeterlidir⁸⁵. Meğerki, önalım olayını oluşturan hukukî işlemde, önalım hakkı sözleşmesinde bulunmayan veyahut da ondan ayrılan sözleşme şartları kararlaştırılmış olsun. Böyle bir durumda, hak sahibinin söz konusu şartlara ilişkin bilgilendirilmesi zorunludur⁸⁶. Bunun dışında, sınırlandırılmış önalım hakkının spekülâtif karaktere sahip olması halinde, önalım olayında kararlaştırılan bedele ilişkin bildirim yükümlülüğü devam eder. Zira böyle bir durumda, bu bedel, hak sahibinin kararı üzerinde belirleyici bir role sahiptir⁸⁷. Bu sebeple de hak sahibinin doğru fiyata ilişkin bilgi edinme imkânı teminat altına alınmış olmalıdır.

Önalım hakkı sahibinin bilgi sahibi olması gerektiği şeklinde bir beklenti sürenin başlaması için yeterli değildir⁸⁸. Önemli olan, bilgilendirmenin, önalım hakkı sahibinin hakimiyet

⁷⁷ Soergel/Wertenbruch, *BGB § 469*, Kn. 6.

⁷⁸ MüKoBGB/Westermann, *BGB § 469*, Kn. 4. Önalım olayının geciktirici koşula bağlı olduğu durumlarda koşulun gerçekleştiğine ilişkin bildirim de bu yükümlülüğün kapsamında yer aldığı yönünde bkz.: Soergel/Wertenbruch, *BGB § 463*, Kn. 59.

⁷⁹ BeckOGK/Daum, *BGB § 469*, Kn. 22.

⁸⁰ RG DR 1941, 1461; RGZ 108, 91 (96).

⁸¹ BeckOGK/Daum, *BGB § 469*, Kn. 12.

⁸² MüKoBGB/Westermann, *BGB § 469*, Kn. 4; BeckOGK/Daum, *BGB § 469*, Kn. 12.

⁸³ OLG Frankfurt NotBZ 2006, 210. Dolaylı olarak bu yöndeki görüş için bkz.: BeckOGK/Daum, *BGB § 469*, Kn. 12.

⁸⁴ OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216d*, Kn. 4.

⁸⁵ Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 103; OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216d*, Kn. 4; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Kn. 1933; Demirsatan, "Önalım Hakkı", s. 928-929.

⁸⁶ Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 104.

⁸⁷ Salzgeber-Dürig, *Vorkaufsrecht*, s. 47 ve özellikle s. 53'te nisbi sınırlandırılmış bedelin yer aldığı, yani bedelin bazı değişkenlere bağlı olarak belirlendiği hallerde, bilgilendirmenin önalım hakkı sahibi açısından ayrıca önemli olduğu ifade edilmektedir.

⁸⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 857; Giger, *OR Art.216e*, Kn. 25.

alanına ulaşmış olmasıdır⁸⁹. Sürelerin başlangıcı yönünden de bu an dikkate alınır. Bunun dışında, önalım hakkı sahibinin, önalım olayının gerçekleşmesi ve içeriği hakkında kesin bilgi sahibi olması aranmaz⁹⁰. Ancak bunun için, önalım hakkı sahibinin hakimiyet alanına ulaşan bilginin tam ve doğru nitelikte olması zorunludur. Aksi takdirde, eksik veya yanlış bilgilendirme sürelerin başlamaması sonucunu doğurur⁹¹. Bunun istisnası ise dürüstlük kuralıdır. Yani, önalım hakkı sahibi, bilgilendirmenin eksik veya yanlış olduğunu biliyor ise artık sürelerin başladığını kabul etmek gerekir⁹². Bunun tek şartı, önalım hakkı yükümlüsünün dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde kasten eksik veya yanlış bilgilendirme yapmamış olmasıdır⁹³.

Son olarak, Türk-İsviçre hukukunda, üç aylık sürenin başlangıcını düzenleyen TBK md.242 ile OR Art.216e hükmünün emredici nitelikte olmadığı kabul edilmektedir⁹⁴. Dolayısıyla taraflar, sürenin başlangıcı yönünden farklı bir düzenlemeye yer verebilir. Nitekim Alman hukukunda da tarafların, bazı özel hallerde, kullanım sürelerinin başlangıcını bildirim dışında farklı hususlara bağlayabileceği ifade edilmektedir⁹⁵. Ancak, kanaatimizce de bunun sınırını, yapılan kararlaştırmaların önalım olayından sonraki bir zaman dilimine bağlanmış olması oluşturur⁹⁶. Yani taraflarca önalım olayından önceki bir zaman diliminde üç aylık sürenin başlayacağına yönelik bir düzenleme yapılamaz. Aksi takdirde, bu tür düzenlemeler yine geçerlidir ve fakat tesis edilen hak artık bir önalım hakkı olmaz⁹⁷.

b. Önalım Olayını Bildirme Şeklinin Süreler Üzerindeki Etkisi

Türk hukukunda TBK md.241/I ve TMK md.733/III hükümleri, önalım hakkı sahibine yapılacak bildirim için noter yoluyla yapılmasını aramaktadır. Nitekim, Türk hukukunda öğreti ve içtihat, noter yoluyla yapılmayan bildirim için yeterli

⁸⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 857; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 217; Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", s. 291. Kullanım süresinin, bildirim yapılmasını (tebliğ) izleyen günden itibaren işlemeye başlayacağı yönünde bkz.: Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 261.

⁹⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 857; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 217; Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", s. 291; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 111; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, s. 91 vd.

⁹¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Kn. 1933; OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216e*, Kn. 1; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 859; Robert Max Brunner, *Kaufrechte an Grundstücken: Versuch einer einheitlichen rechtlichen Erfassung vertraglich begründeter Kaufs-, Rückkauf- und Vorkaufrechte*, Zürich: Diss. Bern, 1998, s. 396; Rey, "Die Neuregelung", s. 59; Urs Fasel, *Kommentar zur Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011*, Zürich: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Auflage, 2013, *OR Art.216d*, Kn. 4 ve *OR Art.216e*, Kn. 1; Giger, *OR Art.216e*, Kn. 18; BeckOGK/Daum, *BGB § 469*, Kn. 15 ve 17. Türk hukukunda *Ertaş*, salt öğrenmenin sürenin başlaması bakımından yeterli olduğunu söylemektedir. Bu görüş için bkz.: Demir-satan, "Önalım Hakkı", s. 628, dpn. 116. Alman hukukunda yanlış veya eksik bilgilendirmeye rağmen önalım hakkının kullanılması halinde, satış sözleşmesinin, önalım olayında yer alan koşullarla kurulacağı kabul edilmektedir. Bu hususta bkz.: BeckOGK/Daum, *BGB § 469*, Kn. 16.

⁹² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 860. Türk hukukunda da dürüstlük kuralının önalım hakkının kullanımının sınırını oluşturacağı yönünde bkz.: Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, Kn. 2450.

⁹³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 860.

⁹⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Kn. 1933; Fasel, *OR Art.216e in: Kommentar zur Grundbuchverordnung*, Kn. 2.

⁹⁵ BeckOGK/Daum, *BGB § 469*, Kn. 22.

⁹⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 858; Fasel, *OR Art.216d in: Kommentar zur Grundbuchverordnung*, Kn. 3.

⁹⁷ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 858. Dolaylı olarak aksi yönde bkz.: CHK/Binder, *OR Art.216e*, Kn. 7.

olmayacağı yönündedir⁹⁸. Ancak bu durum, elbette, yalnızca üç aylık süre için geçerli olup, önalım hakkı sahibi, en nihayetinde iki yıllık mutlak süre içerisinde hakkı kullanmış olmalıdır⁹⁹.

İsviçre hukukunda OR Art.216d hükmü gereğince, Türk hukukundan farklı olarak, bilgilendirmenin noter yoluyla yapılması zorunluluğu aranmamıştır. Bu yönüyle de bilgilendirme yükümlülüğü bakımından şekil serbestisi geçerlidir¹⁰⁰. Buna ilaveten, İsviçre hukukundaki hâkim görüş, hak sahibinin, kendisine bir bilgilendirme yapılmaksızın önalım olayı ve içeriği hakkında bilgi sahibi olduğu hallerde de sürenin başladığını kabul etmektedir¹⁰¹. Ancak bu durumda, hak sahibinin daha önce bilgi sahibi olduğu yönündeki ispat yükü bunu iddia eden tarafa aittir¹⁰². Bu yönüyle de hakkın kullanımında dürüstlük kuralı dikkate alınmaktadır. Nitekim Türk hukukunda da bir görüş önalım olayının noter yoluyla bildirilmesi zorunluluğu karşısında TMK md.2 gereğince dürüstlük kuralının göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰³. Hatta İsviçre hukukundaki görüşe paralel olarak, hak sahibinin, önalım olayını başka şekilde öğrendiği hallerde ispatlanmış olmak kaydıyla sürenin başlayacağını ifade eden yazarlar da bulunmaktadır¹⁰⁴.

Alman hukukunda da bilgilendirmenin şekli konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bundan dolayı, bilgilendirmenin herhangi bir şekle bağlı olmaksızın

⁹⁸ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s. 318; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 214; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, s. 388; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 260; Eren, “Yasal Önalım”, s. 121; Kizir, “Satış İlişkisi”, s. 1786; Güneri, “Önalım Hakkı”, s. 1363 ve 1373; Vehbi Umut Erkan, “Anayasa Mahkemesi’nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/ 34 Vek. 2007/ 94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5/1 (2014), s. 282; Akbay, “Anonim Ortaklık”, s. 732; Demirbaş, “Önalım Hakkı”, s. 249 ve 265; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 470; Yargıtay HGK., T.13.04.2005, E.2005/8-358, K.2005/470 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Canarlan, “Tarım Arazilerinin”, s. 13. Anonim paylar üzerinde kurulan önalım hakkında bildirim noter yoluyla yapılmasının zorunlu olmadığı yönünde bkz.: Akbay, “Anonim Ortaklık”, s. 727.

⁹⁹ Bu doğrultuda bkz.: Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, § 14, Kn. 19; Topuz, *Taşınmaz Mülkiyeti*, s. 388; Kırkebeşoğlu, *Önalım Hakkı*, s. 160; Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, Kn. 2443; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 215; Canarlan, “Tarım Arazilerinin”, s. 13; Güneri, “Önalım Hakkı”, s. 1363 ve 1373; Aydın Ünver, “Yasal Önalım”, s. 848; Kizir, “Satış İlişkisi”, s. 1790; Yüce, “Tarım Arazilerinde”, s. 800. Öğretide Karadağ, bunun gerekçesinin, tapu kütüğündeki kayıtların herkese açık olması ve önalım hakkı sahibinin tapu kütüğündeki kayıtları incelemesinin kendisinden beklenmesi olabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca yazar, İsviçre hukukunda iki yıllık üst sürenin olmamasının daha makul bir çözüm yolu olduğunu söylemektedir. Mamafih, İsviçre hukukunda ZGB Art.681a/II hükmü yasal önalım hakkında iki yıllık süreye zaten yer vermiştir. Sözleşmeden doğan önalım hakkında ise azami sürenin her halükârda on yıl olacağı İsviçre hukuku öğreti ve uygulamasında kabul edilmektedir. Dolayısıyla, İsviçre Borçlar Kanunu, yazarın ortaya koyduğu görüşü destekleyen bir çözüm yolu aslında benimsememiştir. Yazarın bu görüşü için bkz.: Nazım Karadağ, “Practicality of Article 242 of Turkish Code of Obligations”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 18/2 (2021), s. 1428.

¹⁰⁰ OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216d*, Kn. 5; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 764; CHK/Binder, *OR Art.216e*, Kn. 1; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 102; Rey, “Die Neuregelung”, s. 57; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 208; Salzgeber-Dürig, *Vorkaufsrecht*, s. 45; Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 36.

¹⁰¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 856; Brunner, *Kaufrecht*, s. 396; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 203 ve 217; Simonius ve Sutter, *Immobilienrecht*, § 11 Kn. 49. Türk hukukunda aksi yöndeki görüş için bkz.: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Kn. 1933.

¹⁰² Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 856; Simonius ve Sutter, *Immobilienrecht*, § 11 Kn. 50.

¹⁰³ Baygın, “Yeni Borçlar”, s. 22; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Kn. 1933; Demirsatan, “Önalım Hakkı”, s. 928.

¹⁰⁴ Aydın Ünver, “Yasal Önalım”, s. 845-847; Demirsatan, “Önalım Hakkı”, s. 929, dnpn. 122’de son cümlede yer alan görüşte anılan yazarlar.

yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁵. Bu yönüyle de İsviçre hukukundaki ile benzer çözüm yolu benimsenmiştir. Ancak Alman hukukunda, İsviçre hukukundan farklı olarak, kullanım sürelerinin işlemeye başlayabilmesi için bilgilendirmenin yapılması her zaman zorunludur. Hatta, bu yükümlülük, önalım hakkı sahibi bilgilendirilme hakkından açıkça feragat etmedikçe¹⁰⁶, onun, önalım olayının içeriğine ilişkin bilgi sahibi olduğu durumlarda da aynı şekil de devam eder¹⁰⁷. Zira bilgilendirme yükümlülüğünün fonksiyonu BGB § 469/II'de öngörülen hak düşürücü sürelerin işlemeye başlamasını sağlamaktan ibarettir¹⁰⁸. Mamafih, bu durum, önalım hakkının kullanımını engelleyen bir durum oluşturmaz. Hak sahibi dilerse, henüz kullanım süresi başlamamış olmasına rağmen, önalım olayının gerçekleşmesi ile birlikte önalım hakkını kullanabilir¹⁰⁹. Ancak önalım hakkının kullanımında, en nihayetinde, dürüstlük kuralı dikkate alınır¹¹⁰. Yani, önalım hakkı sahibinin, önalım olayına ilişkin daha önce bilgi sahibi olduğu durumlarda, henüz bilgilendirme yapılmadığını ve kullanım süresinin dolmadığını dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri süremez.

Türk hukukunun, bilgilendirme yükümlülüğünün şekli ve fonksiyonuna bakıldığında, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinden oldukça farklı düzenlemeye sahip olduğu görülmektedir. Özellikle mehz hukuktan ayrılan böyle bir düzenlemeye neden yer verildiğini anlamak güçtür. Türk hukuk öğretisi, bunu, şu gerekçelerle açıklamaya çalışmaktadır: İlk olarak, noter yoluyla bildirim, hak sahibinin detaylı bilgi sahibi olmasını sağlamakta ve kulaktan dolma bilgilerle hakkın kullanımının önüne geçmektedir. İkinci olarak ise, önalım olayındaki koşullar aynı zamanda hakkın konusu şeyin iktisabına yönelik şartları ihtiva etmektedir. Son olarak da noter yoluyla bildirim, hak sahibinin kesin olarak bilgilendirilmesini teminat altına aldığı söylenmektedir¹¹¹.

Yüksek Mahkeme'nin yaklaşımına bakıldığında da önalım hakkının kullanımında dürüstlük kuralına yalnızca fiili taksim hallerinde cevaz verildiği görülmektedir¹¹². Hatta, hak

¹⁰⁵ Jauernig/Berger, *BGB § 464*, Kn. 1; MüKoBGB/Westermann, *BGB § 469*, Kn. 5; Erman/Grunewald, *BGB § 469*, Kn. 6; NomosHK-BGB/Saenger, *BGB § 469*, Kn. 1; BGH LM § 510 Nr. 3 zu § 510 aF; RG HRR 1930 Nr. 297; RGZ 58, 157 (159).

¹⁰⁶ Erman/Grunewald, *BGB § 469*, Kn. 2; jurisPK/Alpmann-Pieper, *BGB § 469*, Kn. 11.

¹⁰⁷ Erman/Grunewald, *BGB § 469*, Kn. 2; jurisPK/Alpmann-Pieper, *BGB § 469*, Kn. 11. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: BeckOK-BGB/Faust, *BGB § 469*, Kn. 7.

¹⁰⁸ MüKoBGB/Westermann, *BGB § 469*, Kn. 6; jurisPK/Alpmann-Pieper, *BGB § 469*, Kn. 11; Erman/Grunewald, *BGB § 469*, Kn. 2.

¹⁰⁹ NomosHK-BGB/Saenger, *BGB § 469 Kn. 2*; BeckOGK/Daum, *BGB § 464*, Kn. 6 ve *BGB § 469*, Kn. 19; BGH WM 1971, 46. Türk hukukunda bu doğrultuda bkz.: Aydın Ünver, "Yasal Önalım", s. 843; Kırkbeşoğlu, *Önalım Hakkı*, s. 153.

¹¹⁰ jurisPK/Alpmann-Pieper, *BGB § 463*, Kn. 38. Alman hukukunda bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: BeckOGK/Daum, *BGB § 464*, Kn. 10 vd.

¹¹¹ Kızır, "Satış İlişkisi", s. 1786-1787. Türk hukuk öğretisinde *Burcuoğlu*, hak sahibi hiç bilgilendirilmemiş olmasına rağmen, doğru beyanda bulunmayan tanıklar sebebiyle bilgilendirmenin ispatının yapıldığı ve böylelikle hakkın kullanılamaz hale getirildiğinden bahsetmektedir. Bu sebeple de noter yoluyla bildirim şartının getirilmesini ispat sorunlarını ortadan kaldırması sebebiyle olumlu karşılamaktadır. Bu hususta bkz.: Haluk Burcuoğlu, "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Düzenlemesi ve Borçlar Kanunu'nun ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Bazı Gözlemler", *Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 292-293. Benzer gerekçe ile aynı doğrultuda bkz.: Kırkbeşoğlu, *Önalım Hakkı*, s. 153.

¹¹² Bu doğrultuda bkz.: Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku*, Kn. 2450-2451; Aydın Ünver, "Yasal Önalım", s. 835 vd.

sahibinin önalım hakkını kullanmadığı iddiasının, noter yoluyla bildirim yapılmadığı hal-lerde dürüstlük kuralına aykırı olacağı ifade edilmektedir¹¹³.

Uygulamaya bakıldığında ise önalım hakkının genellikle iki yıllık hak düşürücü sürenin sonlarında kullanıldığı ifade edilmektedir. Bunun sebebi, enflasyonist ortamda, taşınmaz de-ğerin artışıyla ilgili olarak hakkın konusu şeyi uygun (hale gelmiş) bedelle iktisap etmektir¹¹⁴. Böylelikle, aslında hiç satın alma niyeti olmayan önalım hakkı sahibi, bir nevi fırsatı değerlen-dirmek amacıyla önalım hakkını kullanmaktadır¹¹⁵. Hatta Türk hukuk öğretisi, böyle bir du-rumda, önalım davasında davalı tarafın geçen uzun süreye dayanarak bedel artışını da isteye-meyeceğini savunmaktadır¹¹⁶.

Türk hukukunda önalım hakkı sahibinin dürüstlük kuralını dahi bertaraf edecek ölçüde bu denli neden korunduğunu anlamak güçtür. Oysa bilgilendirmenin şekli ve fonksiyonu ba-kımından, İsviçre ve Alman hukukunda yer alan yaklaşımı benimsemek, kanaatimizce, daha makul bir çözüm yoludur. Gerçekten de Türk hukukunda noter yoluyla bildirim şartı için sunulan gerekçelerin hukukî açıdan makul hiçbir karşılığı yoktur. Zira, bildirim noter yo-luyla yapılmasının bilgilendirmenin kapsamı üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Keza, nitelikli ya da sınırlandırılmış önalım hakkında önalım olayında yer alan koşullar ya tamamen ya da büyük ölçüde önemini zaten kaybetmektedir. Son olarak da bilgilendirme yükümlülüğünde, hak sa-hibinin kesin olarak bilgilendirilmesi zaten aranmaz. Önemli olan, bilgilendirmenin hak sa-hibinin hakimiyet alanına ulaşmış olmasıdır. Kullanım süreleri de zaten bu andan itibaren işlemeye başlar¹¹⁷. Dolayısıyla bildirim noter yoluyla yapılması şartını aramanın bize göre hiçbir an-lamı yoktur¹¹⁸. Buna ilaveten, önalım hakkının kullanımında, dürüstlük kuralının uygulama alanını bu denli daraltmak doğru değildir. Olması gereken, dürüstlük kuralına makul uygu-lama alanını tanımaktır. En azından yürürlükteki düzenleme bakımından, bu şekilde, mevcut eleştirilerin ileri sürdüğü sorunlar da önemli ölçüde çözülmüş olacaktır.

c. Tapu Memuru Tarafından Yapılan Bilgilendirme

Tapu memurunun önalım olayına ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü Türk-İsviçre hu-kukunda oldukça tartışmalı bir konudur. Bunun sebebi, TMK md.1019/I ve ZGB Art.969/I hükümlerinin, tapu memuruna, ilgililerin bilgisi dışında yapılan işlemlere ilişkin bilgilendirme yapma yükümlülüğü getirmiş olmasıdır¹¹⁹. Hatta ZGB Art.969/I'de bu yükümlülüğün

¹¹³ Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s. 318.

¹¹⁴ Yüce, "Tarım Arazilerinde", s. 801.

¹¹⁵ Yüce, "Tarım Arazilerinde", s. 802.

¹¹⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 215-216. Hak sahibinin, önalım hakkını uzun süre kullanmadığı durumlarda, davalı-nın, dava tarihindeki değer kendisine verilmesini isteyebileceği yönündeki aksi yönde görüş için bkz.: Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 260.

¹¹⁷ Bkz.: Yukarıda dipnot 89 ve 90'ı karşılayan cümleler.

¹¹⁸ Aynı sorun, hakkın kullanımı yönünden dava şartını arayan TBK md.242 ve TMK md.734/I hükümleri ba-kımından da söz konusudur. Zira, hakkın kullanımının dava şartına bağlanması ile birlikte yargısal bürokrasinin arttığı ifade edilmektedir. Bu hususta bkz.: Eren, "Yasal Önalım", s. 108.

¹¹⁹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 470. TMK md.1019/I uyarınca tapu memurunun önalım olayına ilişkin olarak bilgi-lendirme yükümlülüğünün bulunduğu yönünde bkz.: Kırkbeşoğlu, *Önalım Hakkı*, s. 152.

kapsamında önalım olayının yer aldığı da açıkça zikredilmiştir¹²⁰. Hal böyle olunca, tapu memuru tarafından yapılan bildirim ile beraber kullanım sürelerinin başlayıp başlamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu sorunun cevabı ise önalım hakkında özel olarak düzenlenen bilgilendirme yükümlülüğü ile tapu memurunun bilgilendirme yükümlülüğü arasındaki fark ile yakın ilişkidir.

İlk olarak, tapu memuruna getirilen bildirim yükümlülüğü muhteva itibariyle tüm önalım haklarında yer alan bir yükümlülük değildir. Bunun için, önalım hakkı ya kanundan doğmuş ya da şerh edilmiş olmalıdır¹²¹. Bu husus TMK md.1019/I'de açıkça ifade edilmemiştir. Ancak, Mehaz Kanun'da yer alan hüküm ve tapu kütüğüne ilişkin işlemler göz önüne alındığında bu sonuca ulaşmak gerekir. Zira, hakkın kanundan doğmadığı¹²² ya da şerh edilmediği hallerde, tapu memurunun, mevcut önalım hakkını bilmesi mümkün değildir¹²³. Oysa TBK md.241/I ile OR Art.216d hükümleri¹²⁴ bildirim yükümlülüğünün varlığını yalnızca önalım olayı şartına bağlamıştır. Dolayısıyla da kapsamını yalnızca tapu kütüğüne ilişkin işlemler oluşturmaz. Örneğin; bir taşınır satışına ilişkin bilgilendirme de bu kapsamdadır. Burada önemli olan tek bir şart vardır. O da hukukî işlemin satış veyahut da ekonomik anlamda satışa eşdeğer bir işlem olmasıdır.

İkinci olarak ise tapu memurunun bildirim yükümlülüğünün kapsamı, yalnızca önalım olayı teşkil eden tapu kütüğüne ilişkin işlemlerle sınırlıdır¹²⁵. Tapu kütüğüne ilişkin işlemler ile kastedilen ise hukukî işlemin kurulması değil; bilakis mülkiyetin devrini sağlayan tapu kütüğündeki tasarruf işlemidir¹²⁶.

¹²⁰ TMK md.1019/I hükmünün lafzı bu konuda açık değildir. Ancak yine de tapu memurunun, önalım olayını bildirme yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu yönde bkz.: Çiğdem Kırca, "Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, -/2* (2022), s. 1189. Tapu memuruna bu yönde bir yükümlülük getirmenin yararlı olacağı ve uyumsuzlukların büyük ölçüde engellenmiş olacağı yönünde bkz.: Kırca, "Önalım Hakkı", s. 1190; Kırkbeşoğlu, *Önalım Hakkı*, s. 152; Aydın Ünver, "Yasal Önalım", s. 842 ve ayrıca aynı sayfada dpn. 53'te anılan yazar.

¹²¹ OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216d*, Kn. 3; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 789; Brunner, *Kaufrechte*, s. 392; Ghandchi, *Baurechtsverhältnis*, s. 212; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 209; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 98, dpn.96; CHK/Binder, *OR Art.216d*, Kn. 1.

¹²² Yani paylı mülkiyet ilişkisine dayanmadığı durumlarda.

¹²³ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 789. Şerh edilmiş önalım hakkıyla sınırlı olarak bu doğrultuda bkz.: CHK/Binder, *OR Art.216d*, Kn. 1. Bundan dolayıdır ki, TMK md.733/III hükmünde, mehaz hukuktan ayrılarak alıcı aleyhine bilgilendirme yükümlülüğünün getirilmesi isabetli olmamıştır.

¹²⁴ Yasal önalım hakkı bakımından ise TMK md.733/III ve ZGB Art.681a hükümleri.

¹²⁵ OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216d*, Kn. 3; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 790-791. Tapu memurunun bilgilendirme yükümlülüğü hak sahibi tarafından tescil talebinde bulunulması anında değil; yeni malik adına tescil yapıldığı andan itibaren doğar. Bu yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 793; Ghandchi, *Baurechtsverhältnis*, s. 213; Hürlimann-Kaup, "Die Anzeigepflicht", s. 5; Rey, "Die Neuregelung", s. 58 ve 66; Strelbel, *Vorkaufrecht*, Kr. 1311. Hak sahibi tarafından tescil talebinde bulunulmasından itibaren bilgilendirme yükümlülüğünün bulunduğu ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz.: Giger, *OR Art.216d*, Kn. 7; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 209; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 98; Brunner, *Kaufrechte*, s. 392; Schmid, *Das Vorkaufrecht*, s. 89; Simonius ve Sutter, *Immobilienrecht*, § 11 Kn. 69. Bundan dolayıdır ki, ZGB Art.681a/II hükmünde, iki yıllık sürenin başlangıç anı bakımından tescil anına yer verilmesi kanaatimizce daha isabetli olmuştur.

¹²⁶ OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216d*, Kn. 3; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 98.

Üçüncü olarak ise tapu memurunun bildirim yükümlülüğünün kapsamı yalnızca o işlemin yapıldığına ilişkin bilgilendirmeden ibarettir. Bunun dışında, ayrıca işlemin içeriğine ilişkin olarak bir bilgilendirme yapma yükümlülüğü yoktur¹²⁷.

Türk-İsviçre hukukunda yer alan bir görüş, tapu memuru tarafından yapılan bilgilendirmenin üç aylık süreyi başlatmak için yeterli olacağını savunmaktadır¹²⁸. Öğretide yer alan ikinci görüşe göre ise tapu memuru tarafından yapılacak olan bildirim sürenin başlaması sonucunu doğurmaz¹²⁹. En azından sınırlandırılmamış önalım hakkı bakımından bu kesindir¹³⁰. Zira tapu memurunun, az önce de ifade edildiği üzere, sözleşmenin içeriği hakkında önalım hakkı sahibini bilgilendirme yükümlülüğü söz konusu değildir¹³¹.

Kanaatimizce, bu konuda, önalım hakkının türü ve niteliği göz önüne alınarak bir çözüme ulaşılmalıdır. Bu noktada da önalım hakkının kararlaştırılma şekli göz önünde bulundurulmalıdır. Bu çerçevede, önalım bedelinin (kullanma bedelinin) kararlaştırılmış olduğu sınırlandırılmış önalım hakkında, tapu memurunun yapacağı bildirim ile üç aylık sürenin başlayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Zira, bu halde, önalım hakkının kullanılması kararını verme konusunda hak sahibi yeterli ölçüde bilgilendirilmiş olmaktadır. Elbette bu çözüm yolu İsviçre hukuku bakımından uygulanabilir olup; noter yoluyla bildirim şartını arayan Türk hukukunda ise uygulanabilirliğe ne yazık ki sahip değildir.

IV. ÖNALIM HAKKININ KULLANIM SÜRELERİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

A. GENEL OLARAK

Önalım hakkının kullanımı mahiyeti itibarıyla bir yenilik doğuran hakkın kullanımından ibarettir. Dolayısıyla, hak sahibinin ileri sürdüğü beyan yenilik doğuran ve varması gerekli bir irade açıklamasından ibarettir. Bundan dolayıdır ki, İsviçre ve Alman hukukunda, beyanın önalım hakkı yükümlüsüne ulaşmış olması gerekir¹³². Bu noktada, yenilik doğuran beyanın,

¹²⁷ CHK/Binder, *OR Art.216d*, Kn. 1; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 859; Rey, “Die Neuregelung”, s. 39 ve 57 vd.

¹²⁸ Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 113; Kırca, “Önalım Hakkı”, s. 1189. Aydın Ünver, tapu memurunun önalım olayını bildirim yükümlülüğünün bulunduğunu söylemekte ve fakat bu bildirim üç aylık süreyi başlatıp başlatmayacağı hususunda bir kanaat belirtmemektedir. Yazarın açıklamaları için bkz.: Aydın Ünver, “Yasal Önalım”, s. 842-843.

¹²⁹ Eren, “Yasal Önalım”, s. 122; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 215. İsviçre hukukunda yer alan bir görüş ise bu noktada kesin bir ifadeye yer vermemekte ama tapu memurunun bildirim yükümlülüğünün satıcının bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını ifade etmektedir. Bu görüş için bkz.: OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216d*, Kn. 3.

¹³⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 859. Sınırlanmış (*limitiertes* -) ve sınırlandırılmamış önalım hakkı (*unlimitiertes Vorkaufsrecht*) kullanma bedelinin (satış bedelinin) kararlaştırılmış olup olmamasına göre yapılan bir ayırımdır. Sınırlanmış önalım hakkında, taraflarca, kullanma bedeline ilişkin herhangi bir kararlaştırmaya yer verilmez. Sınırlanmış önalım hakkında ise kullanma bedeli ya kesin olarak belirlenmiş ya da bedele ilişkin bir üst sınır getirilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Günday, *Alım Hakkı*, s. 57-58; Brückner, *Der Grundstückkauf*, Kn. 41 ve 43; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Kn. 451.

¹³¹ CHK/Binder, *OR Art.216d*, Kn. 1; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 859; Rey, “Die Neuregelung”, s. 39 ve 57 vd.

¹³² Dieter Heinrich, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*; 32, Berlin: de Gruyter Verlag, 1965, s. 272; Rey, “Die Neuregelung”, s. 59; Meier-Hayoz, *ZGB*

öneri müessesesinden farklı olarak, hak sahibi tarafından zamanında ulaşılmış olduğunu kabul mümkün değildir¹³³. Zira, önalım hakkı yükümlüsünün, zamanında ulaşmayan kullanım beyanı neticesinde bir satış sözleşmesinin kurulmayacağına yönelik güveninin korunması gerekir¹³⁴. Bunun sonucu olarak, hakkın ilgili süreler içerisinde kullanıldığı ve beyanın muhataba ulaştığı konusunda ispat yükü önalım hakkı sahibine aittir.

Türk hukuku bakımından ise meseleyi ikili bir ayırım yaparak ele almak gerekir. İlk olarak, sözleşmeden doğan önalım hakkının konusunu bir taşınırın oluşturduğu durumlarda, önalım hakkı, bir yenilik doğuran irade açıklaması ile kullanılır. Zira, TBK md.242 hükmünde öngörülen dava şartı taşınmazlar üzerinde kurulan önalım hakkı ile sınırlıdır. Bu yönüyle de taşınır konuları konu alan sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanımında İsviçre ve Alman hukukunda ifade etmiş olduğumuz prensipler yürür.

Taşınmazlar üzerinde kurulan sözleşmeden doğan önalım hakkı ile yasal önalım hakkı ise TBK md.242 ve TMK md.734/I hükümleri gereğince ancak bir önalım davasının açılması suretiyle kullanılabilir. Öğretideki bir görüş, önalım hakkının kullanımında dava şartını öngören hükümlerin, önalım davasına ilişkin dava dilekçesinin davalıya ulaşması şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmaktadır¹³⁵. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise önalım davasının kullanım süresi içerisinde açılmış olması yeterlidir. Bunun dışında, ayrıca dava dilekçesinin de bu süre içerisinde muhataba tebliğ edilmiş olması aranmaz¹³⁶. En azından hak sahibinin hakimiyet alanında cereyan eden hususun davanın açılmasından ibaret olduğu düşünüldüğünde bize göre bu çözüm yolu daha makuldür.

Önalım hakkının kullanımında genel kural yukarıda izah edildiği gibidir. Ancak, kimi zaman, önalım hakkının kullanım sürelerinde özellik arz eden durumlar olabilir. Bunlar; önalım hakkı sahibinden, önalım olayına ilişkin kararlaştırılan şartlardan ya da doğrudan kanunda düzenlenmiş olan mutlak sürelerden kaynaklanabilir. Bunun gibi, önalım hakkı sahibi, henüz kullanım süreleri başlamaksızın önalım hakkını kullanma niyetinde olabilir. Böyle bir durumda, meselenin nasıl çözümleneceği ayrıca tartışma konusudur.

B. ÖNALIM HAKKI SAHİBİ BAKIMINDAN TAMAMLAYICI UNSURLARIN GEREKLİ OLDUĞU HALLER

Önalım hakkının kullanılması kimi zaman önalım hakkı sahibi bakımından bazı tamamlayıcı unsurlara ihtiyaç duyabilir. Gerçekten de önalım hakkının kullanımı, taraflara, satış sözleşmesinden doğan birtakım hak ve yükümlülükler getirmektedir. Bunun sonucu olarak,

Art.681, Kn. 221 ve 224; Strebek, *Vorkaufsrecht*, Kn. 1570; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 862; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 114; Brunner, *Kaufrechte*, s. 396; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Kn. 51. Taraflarca aksi yönde kararlaştırmaların mümkün olduğu ve örneğin; kullanma süresi içerisinde kullanım beyanının ileri sürülmüş olmasının yeterli olacağı şeklinde kararlaştırmalara yer verilebileceği yönünde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 864. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Strebek, *Vorkaufsrecht*, Kn. 1570, dpn.1888.

¹³³ Günday, *Alım Hakkı*, s. 450; Schleich, *Option*, s. 197.

¹³⁴ Schleich, *Option*, s. 197.

¹³⁵ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku*, s. 263; Sevtap Yücel, "Önalım Davası", *Haluk Konuralp Anısına Armağan – Cilt 1* (Editör: Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar), Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 1325;

¹³⁶ Usul hukuk kurallarının esas alınması gerektiğini ve davanın açılmasını yeterli gören görüş için bkz.: Aybay ve Hatemi, *Eşya Hukuku*, § 26, Kn. 14; Demirsatan, "Önalım Hakkı", s. 930-931, dpn. 129.

önalım hakkı sahibinin, hakkın kullanımı anında tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir¹³⁷. Aksi takdirde, hak sahibinin yasal temsilcisinin işleme katılımı ya da onayı zorunludur¹³⁸. Örneğin; önalım hakkı sahibinin sınırlı ehliyetsiz olması sebebiyle yasal temsilcisinin onayına ihtiyaç duyulması halinde durum böyledir. Bunun gibi, önalım hakkı sahibinin vesayet altında olduğu hallerde, satış sözleşmesi, ayrıca vesayet veya denetim makamının iznine tabi tutulduğu hallerde de durum aynıdır. Zira önalım hakkı konusunun bir taşınmaz olduğu durumlarda, hakkın kullanımı neticesinde bir taşınmaz satış sözleşmesi kurulmaktadır. Oysa taşınmaz satışına ilişkin bir hukukî işlemde TBK md.462/1'e göre vesayet makamının¹³⁹ ayrıca izninin alınması gerekmektedir. İsviçre hukukunda konuyu düzenleyen ZGB Art.416/4'te de benzer çözüm yolu benimsenmiştir¹⁴⁰. Aynı şekilde, Alman hukukunda BGB § 1799 ile BGB § 1850 hükümlerine bakıldığında da aynı sonuca ulaşılmaktadır¹⁴¹. Hal böyle iken de ilgili unsurların kullanım süreleri içerisinde tamamlanması gerekip gerekmediği sorusu gündeme gelmektedir.

Hakkın kullanım süreleri ile tamamlayıcı unsurlar arasındaki ilişkiye yönelik tartışmalar özellikle İsviçre hukukunda önemli bir yere sahip olmuştur. Bunun sebebi, bir aylık önalım hakkı kullanım süresinin 1991 yılında gerçekleştirilen revizyonda üç aya çıkarılmış olmasıdır. Zira eski Kanun döneminde, İsviçre Federal Mahkemesi, tamamlayıcı unsurların bir aylık kullanım süresine tabi olduğunu kabul etmekte idi¹⁴². Bundan dolayı, İsviçre kanun koyucusunun nisbî kullanım süresini üç aya çıkarmasındaki gerekçelerden birini, işbu tamamlayıcı unsurların tamamlanabilmesi adına, önalım hakkı sahibine daha uzun bir süre tanıma düşüncesi oluşturmakta idi¹⁴³. Bunun sonucu olarak, revizyon sonrası dönemde üç aylık süre bakımından da aynı görüşün geçerli olup olmayacağı sorusu gündeme gelmiş idi.

İsviçre hukukunda öne sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, önalım hakkı sahibinin üç aylık süre içerisinde önalım hakkını kullanmış olması yeterlidir. Ayrıca tamamlayıcı unsurların da bu süre içerisinde tamamlanmış olması gerekmez¹⁴⁴. Alman hukukunda ise önalım olayını oluşturan hukukî işlemde tamamlayıcı unsurların ilgili kullanım süreleri içerisinde tamamlanması gerektiği savunulmaktadır¹⁴⁵.

Kanaatimizce İsviçre hukukunda yer alan görüşe öncelik vermek gerekir. Gerçekten de sınırlı ehliyetsiz önalım hakkı sahibi tarafından ileri sürülen kullanım beyanı her şeyden önce askıda hükümsüzdür. Ancak, beyanın askıda hükümsüz olması, hakkın kullanım sürelerine

¹³⁷ Günday, *Alım Hakkı*, s. 326; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 90 ve 801; Allgauer, *Vorkaufsrecht*, s. 140.

¹³⁸ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 90.

¹³⁹ Vesayet makamı ile ifade edilmek istenen husus vesayet altında olan kişinin yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesidir.

¹⁴⁰ İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle birlikte küçük ve vesayet altındaki kişilere ilişkin her türlü işlemlerin Çocukları ve Yetişkinleri Koruma Dairesi (*Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde - KESB*) tarafından yapılacağı belirtilmiştir.

¹⁴¹ Alman hukukunda bu konuda izin vermeye yetkili makam aile mahkemesidir.

¹⁴² BGE 102 II 376 ff. (382 ff.), E. 4a–d.

¹⁴³ Keza, daha uzun bir kullanım süresi içerisinde hakkın konusu şeye ilişkin önalım bedelinin finansmanını sağlama imkânı sunmanın bir diğer gerekçe olduğu yönünde bkz.: Giger, *OR Art.216e*, Kn. 4; Rey, "Die Neuregelung", s. 58 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 847.

¹⁴⁴ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 866.

¹⁴⁵ Jauernig/Berger, *BGB § 464*, Kn. 1; BeckOK-BGB/Faust, *BGB § 469*, Kn. 7.

riayet edilerek kullanılmış olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz¹⁴⁶. Çünkü askıda hükümsüzlükte, hukukî işlem, tamamlayıcı unsur ile birlikte yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanmaktadır. Yoksa, tamamlayıcı unsurun somut olaydaki gerçekleşme anı dikkate alınmaz. Aynı prensibi, önalım hakkının kullanımını yönünden de kabul etmek gerekir. Böylelikle, önalım hakkı, tamamlayıcı unsurun tamamlandığı anda değil; beyanın ileri sürüldüğü ve muhataba ulaştığı anda geçerli bir şekilde kullanılmış sayılmalıdır. Bu noktada, önalım hakkı yükümlüsünün, hak sahibine makul bir süre tanıma ve bu sürenin sonunda da sözleşme ile bağlı olduğunu ileri sürme hakkı elbette vardır¹⁴⁷.

Türk hukukunda da önalım hakkının kullanım beyanı ile ileri sürülebildiği hallerde kanaatimizce aynı çözüm yolunu benimsemek gerekir. Hakkın yenilik doğuran dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hallerde ise aynı şekilde davanın açıldığı tarihi hakkın kullanıldığı an olarak kabul etmek ve meseleyi buna göre çözmek icap eder.

Zira, sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin önalım hakkını kullanmak için dava açması halinde TMK md.451/II gereğince, hâkim, yasal temsilciye uygun bir süre verecektir. Yasal temsilcinin onayı ile birlikte devam edecek davanın açılma tarihi ise değişmemiş olacaktır. Yasal temsilcinin onayının olmadığı durumlarda ise dava reddedilecek ve önalım hakkı kullanılmamış olacaktır. Hakkın daha sonra bir başka önalım olayında kullanılıp kullanılmayacağı meselesi ise kullanım sürelerinin henüz dolup dolmamasına ve ayrıca hakkın şerh edilmiş olup olmamasına göre çözümlenecektir.

C. İHTİYATİ KULLANIM

Önalım hakkı bir önalım olayının varlığı halinde kullanılabilir. Bu husus, hem Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu hem de Alman Medeni Kanunu'nda açık bir şekilde ifade edilmiştir. Ancak buna rağmen öğretide, önalım hakkının, henüz önalım olayı gerçekleşmeden önce kullanılıp kullanılmayacağı meselesi oldukça tartışılmıştır.

Önalım hakkı sahibi bazen muhtemel bir önalım olayı hakkında bilgi sahibi olabilir. Burada henüz bir önalım olayı gerçekleşmemekle birlikte, önalım hakkı sahibi, üçüncü kişi ile bir hukukî işlemin kurulacağından haberdardır. Böyle bir durumda, önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde oldukça tartışmalıdır. İlgili tartışmalar, taşınır konuları konu alan önalım hakkının kullanımında dava şartı öngörmemiş olan Türk hukuku bakımından da yol gösterici olması adına önemlidir. Bununla birlikte, dava şartının arandığı taşınmaz konuları konu alan önalım hakkının kullanımında bu tartışmaların yeri yoktur. Zira, önalım olayı olmaksızın açılan bir önalım davası reddedileceği gibi; önalım hakkının kullanılması koşuluna bağlı bir önalım davasının açılmasından bahsetmek de mümkün değildir.

Öğretide yer alan bir görüş, önalım hakkı yükümlüsünün, hak sahibine, önalım olayına ilişkin hukukî işlemi üçüncü kişi yerine kendisiyle yapmayı önerebileceğini savunmaktadır.

¹⁴⁶ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 866.

¹⁴⁷ İsviçre hukukunda bu görüşe için açıklamalar ve ayrıca ileri sürülen gerekçelere ilişkin ayrıntılı bilgiler için ayrıca bkz.: Strel, *Vorkaufsrecht*, Kn. 1570; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 N. 52; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 866.

Eğer hak sahibi, kendisine yapılan öneriyi kabul etmez ise önalım hakkının kullanımından artık feragat etmiş kabul edilir¹⁴⁸.

Öğretideki ilk görüşe eleştiri olarak ortaya çıkan ve İsviçre hukukunda *Strebel* tarafından savunulan ikinci görüş ise önalım hakkının kullanımı için önalım olayının gerçekleşmesinin zorunlu olduğunu savunmaktadır¹⁴⁹. Bundan dolayı, önalım hakkı yükümlüsünün, öneride bulunmak suretiyle önalım hakkı sahibini feragate zorlayabilmesi mümkün değildir. Zaten böyle bir zorlama önalım hakkının muhtevası ile de bağdaşmaz. Çünkü önalım olayında yer alan üçüncü kişinin kimliği, hakkın kullanımında, önalım hakkı sahibi için bazen belirleyici bir unsur olabilir. Öte yandan, bu yönde bir zorlama, önalım hakkı sahibini üç aylık düşünme süresinden de mahrum etmek anlamına gelir. Kaldı ki, önalım hakkı sahibine yapılan önerinin kabul edilmemesine geçerli bir feragatin sonucunu bağlamak, hakkın kullanımından feragate ilişkin yazılı şekli şartı getiren ZGB Art.681b hükmü karşısında da mümkün değildir. Nitekim Alman hukukundaki yaklaşım da önalım hakkı yükümlüsünün, önalım hakkı sahibini, henüz kurulma niyetinde olunan bir hukukî işlem sebebiyle hakkı kullanmaya zorlayamayacağı yönündedir¹⁵⁰.

Öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise, önalım hakkının, muhtemel bir önalım olayına bağlı olarak kullanılması mümkündür. Ancak böyle bir durumda, önalım hakkı, önalım hakkı yükümlüsü ile üçüncü kişi arasında önalım olayını oluşturan hukukî işlemin kurulması şeklinde geciktirici koşula bağlı olarak kullanılmış olur¹⁵¹. Dolayısıyla, önalım olayı gerçekleşmez ise önalım hakkı sahibi açısından haktan ya da hakkın kullanımından feragat söz konusu olmaz. Bunun gibi, hakkın kullanım süresi de işlemeye başlamaz. Bu görüş aslında muhteva itibarıyla ikinci görüşün tamamlayıcısı niteliğindedir. Ondan farklı olarak, aynı gerekçeye dayanmak suretiyle, hak sahibine ayrıca koşula bağlı olarak hakkı kullanma imkânını sunmaktadır.

Önalım hakkına ilişkin kullanım beyanı kural olarak koşula bağlı bir şekilde ileri sürülemez¹⁵². Zira, kullanım beyanı bir yenilik doğuran irade açıklamasıdır. Ancak, Türk-İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde hakkın koşula bağlı kullanımı istisnaî durumlarda kabul edilmektedir. Bu istisnalardan birini de muhatap açısından beklenilmez bir durumun söz konusu olmadığı ya da koşulun gerçekleşmesinin onun davranışına bağlı olduğu durumlar

¹⁴⁸ Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 N. 53.

¹⁴⁹ Strebel, *Vorkaufsrecht*, Kn. 1341 vd.

¹⁵⁰ Soergel/Wertenbruch, *BGB § 456*, Kn. 57.

¹⁵¹ BeckOGK/Daum, *BGB § 464*, Kn. 6; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Kn. 53; Strebel, *Vorkaufsrecht*, Kn. 1340; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 869.

¹⁵² Günday, *Alım Hakkı*, s. 445; Buz, *Yenilik Doğuran*, s.258 vd.; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 839; Schleich, *Option*, s. 193; Brunner, *Kaufrechte*, s. 397; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 224; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 115; Salzgeber-Dürig, *Vorkaufsrecht*, s. 48; Brückner ve Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte*, Kn. 2409; Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", s. 294; Roberto, "Teilrevision des Zivilgesetzbuches", s. 173; Ghandchi, *Baurechtsverhältnis*, s. 219; Strebel, *Vorkaufsrecht*, Kn. 1319; Simonius ve Sutter, *Immobiliarsachenrecht*, § 11 Kn. 44. Alman hukukunda bu yönde bkz.: Matthias Casper, *Der Optionsvertrag, Jus Privatum Beiträge zum Privatrecht Band 98*, Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2005, s. 143.

oluşturmaktadır¹⁵³. Önalım olayının gerçekleşmesi ise önalım hakkı yükümlüsünün iradesine bağlıdır. Dolayısıyla, muhatap açısından beklenilmez bir durumdan bahsetmek burada mümkün değildir. Meseleye bu açıdan bakıldığında, üçüncü görüşün, taraf menfaatlerini gözetten tutarlı bir sonuca ulaştığı bir kez daha anlaşılmıştır.

D. ÖNALIM HAKKININ KULLANILMAMASI KOŞULUNA BAĞLI ÖNALIM OLAYI

Önalım olayını oluşturan hukukî işlem önalım hakkının kullanılmaması koşuluna bağlanmış olabilir. Taraflarca kararlaştırılan bu koşul bozucu ya da geciktirici niteliğe de sahip olabilmektedir. Birincisinde, hakkın kullanımı ile birlikte önalım olayı ortadan kalkar iken; ikincisinde, hakkın kullanımı, önalım olayının gerçekleşmesi sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir durumda da meselenin nasıl çözümlenmesi gerektiği meselesi ile karşılaşmaktadır¹⁵⁴.

İsviçre hukukunda taraflarca bu yönde yapılan kararlaştırmaların geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁵. Ancak, kararlaştırılmış olan koşul, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle¹⁵⁶ en nihayetinde önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez¹⁵⁷. Bu durum hem bozucu¹⁵⁸ hem de geciktirici koşul¹⁵⁹ bakımından aynıdır. Hatta bunun için, hak sahibinin, hakkın kullanımından önce bilgilendirilmiş olup olmaması da hiçbir öneme sahip değildir¹⁶⁰. Aksi yönde bir yorum, zaten önalım hakkının bir nevi dolanımını ifade eder¹⁶¹.

Alman hukukuna bakıldığında ise meselenin BGB § 465 hükmünde özel olarak düzenlendiği görülmektedir¹⁶². Bunun sebebi, önalım hakkı sahibi tarafından hakkın kullanımını

¹⁵³ Günday, *Alım Hakkı*, s. 445; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 840; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, s. 93. Aynı doğrultuda bkz.: Salzgeber-Dürig, *Vorkaufsrecht*, s. 48; Schleich, *Option*, s.193; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 226.

¹⁵⁴ Özellikle önalım hakkının kullanılmamasının bir geciktirici koşul olarak kararlaştırıldığı hallerde sorunun çözümü daha karmaşık bir hale gelmektedir. Zira, önalım hakkının kullanımı, mahiyeti itibarıyla bir salt iradî koşul teşkil eder. Salt iradî koşula bağlanan önalım olayı ise koşulun meydana geldiği anda gerçekleşmiş kabul edilir. Hal böyle olunca, önalım hakkı müessesesi bakımından oldukça garip bir durum ortaya çıkmaktadır. Çünkü önalım hakkı sahibi, henüz önalım olayı gerçekleşmediği için önalım hakkını kullanma imkânına sahip değildir. Diğer taraftan, önalım olayı ise önalım hakkının kullanılmaması halinde gerçekleşmiş olmaktadır.

¹⁵⁵ Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 35. Önalım hakkının kullanılması neticesinde, alıcı üçüncü kişi, önalım hakkı yükümlüsüne karşı tazminat talebinde bulunma imkânına sahiptir. Oysa taraflarca kararlaştırılan bu yönde bir bozucu koşul, önalım hakkı yükümlüsüne, bu tür tazminat taleplerini bertaraf etme imkânı verir. Bu doğrultuda bkz.: Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 35; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 199.

¹⁵⁶ Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 198.

¹⁵⁷ Thomas Sutter-Somm, "Einige Überlegungen zum Vorkaufsrecht", *Schweizerische Juristenzeitung*, 18/81 (1985), s. 281; Arthur Meier-Hayoz, "Der Vorkaufsfall", *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, -/45 (1964), s. 273, dpn.49; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, s. 85 vd.; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 93; Strebel, *Vorkaufsrecht*, Kn. 226 vd.; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 197 vd. Aksi yöndeki görüş için bkz.: Simonius ve Sutter, *Immobilienrecht*, § 11 Kn. 60.

¹⁵⁸ Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 93.

¹⁵⁹ Yeter ki, koşul önalım hakkını bertaraf etme amacıyla kararlaştırılmış olsun. Bu yönde bkz.: Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 197.

¹⁶⁰ Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 35; Schmid, *Das Vorkaufsrecht*, s. 86.

¹⁶¹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 564.

¹⁶² İlgili hüküm, önalım olayının tarafını oluşturan alıcı üçüncü kişinin, önalım hakkının kullanılması koşuluna bağlı olarak dönme hakkının saklı tutulduğu hali de düzenlemektedir. Yani, hak sahibinin önalım hakkını kullanması halinde, alıcı üçüncü kişi dönme hakkını kullanmak suretiyle önalım olayını oluşturan hukukî işlemi sona erdirse bile bu durum hak sahibine karşı artık ileri sürülemeyecektir. Türk-İsviçre hukukunda aynı sonuca TBK md.241/II ve OR Art.216d/II hükümler kapsamında ulaşmak mümkündür.

teminat altına almaktır¹⁶³. Böylelikle, taraflarca kararlaştırılan bu tür koşulların önalım hakkı sahibine karşı geçersiz olduğu kabul edilmiştir. Zira, aksi yönde bir yorum, Alman hukukunda da müessesenin dolanımı olarak görülmüştür¹⁶⁴. Bu noktada hükmün kapsamını, tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi, hem bozucu hem de geciktirici koşul oluşturmaktadır¹⁶⁵. Bir yasa hükmüne ihtiyaç duyan nispi etkisizliğe özel hüküm tahsis eden Alman kanun koyucunun bu tutumu oldukça yerindedir. Böylelikle meselenin çözümünde, İsviçre hukukundan farklı olarak, dürüstlük kuralı ilkesine dayanılarak sorunu çözme gayretinde bulunma ihtiyacına gerek kalmamıştır.

Önalım hakkının kullanılmamasına ilişkin koşul hak sahibine karşı ileri sürülemediğinden sürelerin hesabında genel kurallar yürür. Buna göre, hukukî işlemin kurulmasıyla birlikte önalım olayı gerçekleşmiş olur. Önalım hakkı sahibinin bilgilendirilmesi ile birlikte de kullanım süreleri işlemeye başlar.

E. HAKKIN TABİ OLDUĞU SÜRENİN KULLANIM SÜRELERİNE ETKİSİ

Türk-İsviçre hukuku, Alman hukukundan farklı olarak, sözleşmeden doğan önalım hakkının azami bir süreyle kurulabileceğini düzenlemiştir. Bu süre Türk hukukunda on yıl iken; İsviçre hukukunda yirmi beş yıldır. Ancak ne var ki, hakkın tabi olduğu azami sürelerin varlığı, aynı zamanda kullanım sürelerini sınırlayıcı bir niteliğe sahip olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir.

Türk-İsviçre hukukunda hakkın tabi olduğu sürelerin kullanım sürelerine etkisinin de olduğu belirsizdir. Örneğin; Türk hukuku bakımından meseleyi ele almak gerekir ise, 01.01.2023 tarihinde kurulan önalım hakkı on yıllık süre sebebiyle, tatil günleri dikkate alınmamış olmak kaydıyla, 01.01.2033 tarihinde sona ermektedir. Hal böyle iken, önalım olayının 01.12.2032 tarihinde gerçekleşmesi halinde hakkın ne kadar süre içerisinde kullanılması gerektiği sorusu ile karşılaşılmaktadır. Zira, böyle bir durumda, üç ay ve iki yıllık kullanım süreleri her halükârda on yıllık süreyi geçmektedir.

Türk hukukunda bazı yazarlar tarafından savunulan görüşe göre, on yıllık süre, hakkın kullanımına ilişkin hak düşürücü sürelerin de sınırını oluşturur¹⁶⁶. Ancak bizim kanaatimiz, TBK md.238/I'de düzenlenen on yıllık sürenin, önalım olayının gerçekleşmesi gereken azami süreyi ifade ettiği yönündedir¹⁶⁷. Bunun dışında, hakkın kullanım sürelerini sınırlayıcı bir fonksiyonu yoktur. Bu fonksiyona, üç aylık süreyi sınırlayıcı fonksiyona sahip olan TBK md.242'deki iki yıllık mutlak süre sahiptir. Nitekim İsviçre hukukundaki genel yaklaşım da bu şekildedir¹⁶⁸. Dolayısıyla, yukarıdaki örneğe tekrar dönecek olur isek, Türk hukukunda

¹⁶³ BeckOK-BGB/Faust, *BGB § 465*, Kn. 1.

¹⁶⁴ NomosHK-BGB/Saenger, *BGB § 465*, Kn. 1; BeckOGK/Daum, *BGB § 465*, Kn. 2.

¹⁶⁵ Erman/Grunewald, *BGB § 465*, Kn. 2.

¹⁶⁶ Demirsatan, "Önalım Hakkı", s. 934 ve aynı sayfada dpn. 149'da anılan yazar.

¹⁶⁷ Bu doğrultuda bkz.: CHK/Binder, *OR Art.216a*, Kn. 2.

¹⁶⁸ Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 24 ve orada anılan yazarlar; OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216e*, Kn. 1; CHK/Binder, *OR Art.216a*, Kn. 2. İsviçre hukukunda sözleşmeden doğan önalım hakkında iki yıllık süreye yer verilmediğinden, öğretilerdeki yaklaşımı, hakkın tabi olduğu sürenin üç aylık kullanım süresini sınırlamayacağı şeklinde anlamak gerekir.

önalım hakkı sahibi her halükârda 01.12.2034 tarihine kadar üç aylık süre içerisinde önalım hakkını kullanabilecektir.

V. ÖNALIM HAKKI SÜRELERİNE İLİŞKİN TARAFLARCA YAPILAN DÜZENLEMELER

A. GENEL OLARAK

Önalım hakkı sürelerine ilişkin taraflarca farklı düzenlemelere yer verilmiş olabilir. Bu düzenlemeler hakkın tabi olduğu süreye ilişkin olabileceği gibi; kullanım sürelerine yönelik de yapılmış olabilir. Taraflarca bu yönde yapılan kararlaştırmaların geçerliliği süreleri düzenleyen hükümlerin niteliği ile yakından ilişkidir. Bu sebeple, ilgili düzenlemeler ele alınırken, sürelerle ilişkin hükümler ayrı ayrı ele alınmalıdır.

B. ÖNALIM HAKKININ TABİ OLDUĞU SÜREYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Sözleşmeden doğan önalım hakkının tabi olduğu süreye ilişkin düzenlemelerin geçerliliğine ilişkin tartışmalar Türk-İsviçre hukukunda yer almaktadır. Zira Alman hukukunda, daha önce ifade ettiğimiz gibi, önalım hakkının tabi olduğu azami bir süreye yer verilmemiştir. Dolayısıyla taraflar bu konuda düzenleme yapmakta serbesttir¹⁶⁹. Bunun gibi, Türk-İsviçre hukukunda yasal önalım hakkı bakımından da bu tartışmanın yeri yoktur. Çünkü, yasal önalım hakkı, en nihayetinde paylı mülkiyet ilişkisi devam ettiği müddetçe var olmaya devam eder.

Türk-İsviçre hukuk öğretisi, TBK md.238 ve OR Art.216a'da öngörülen sürelerin, yalnızca üst sınırı belirleme yönünden emredici niteliğe sahip olduğunu savunmaktadır¹⁷⁰. Dolayısıyla, önalım hakkının, Türk hukukunda on yıldan; İsviçre hukukunda ise yirmi beş yıldan daha kısa süreli kararlaştırmalar geçerli kabul edilmektedir. Bu durum, ilgili hükümlerde düzenlenen şerh süresi bakımından da aynıdır¹⁷¹.

İlgili hükümlerdeki azami süreleri aşan anlaşmanın varlığı halinde ise yalnızca TBK md.238 ile OR Art.216a'da öngörülen süreyi aşan kısım geçersiz olur. Bunun sonucu olarak, önalım hakkı, kanunda öngörülen azami süre üzerinden kurulmuş sayılır¹⁷². Yeter ki, tarafların iradesi, sözleşmenin kanunda öngörülen azami süre üzerinden kurulmayacağı yönünde olmamış olsun. Böyle bir durumda, önalım hakkı sözleşmesi TBK md.27/II ve OR Art.20/II gereğince kesin hükümsüz olur¹⁷³.

Türk ve İsviçre kanun koyucularının önalım hakkına ilişkin azami süre getirmesi karşısında, önalım hakkı yükümlüsünün, azami sınırı aşmayan sürelerle karşı da kesin hükümsüzlüğü

¹⁶⁹ Alman hukukundaki tartışmalar için ayrıca bkz.: Casper, *Der Optionsvertrag*, s. 141 ve 153; Heinrich, *Vorvertrag*, s. 262.

¹⁷⁰ Günday, *Alım Hakkı*, s. 369 ve 378; Kizir, "Satış İlişkisi", s. 1779; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 332; Meier, "Das neue", s. 146; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 321; Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 14.

¹⁷¹ Günday, *Alım Hakkı*, s. 369; CHK/Binder, *OR Art.216a*, Kn. 1. Şerh süresinin özel olarak kararlaştırıldığı hallerde taraflarca dikkate edilmesi gereken hususlara ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 333; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 129; Pfäffli ve Byland, "Vorkaufsrecht", s. 293.

¹⁷² Günday, *Alım Hakkı*, s. 367; Allgäuer, *Vorkaufsrecht*, s. 87; Şahan, *Tapu*, s. 75; Schleich, *Option*, s. 216; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 330; Kizir, "Satış İlişkisi", s. 1780.

¹⁷³ Günday, *Alım Hakkı*, s. 367-368; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 330; Schleich, *Option*, s. 217.

dayanıp dayanamayacağı meselesi tartışmalıdır. Özellikle bu süreyi yirmi beş yıl olarak düzenleyen İsviçre hukuku bakımından meselenin çözümü büyük bir öneme sahiptir.

Kanaatimizce, Türk ve İsviçre kanun koyucularının öngördüğü süreler, genel mahiyeti itibarıyla, önalım hakkı yükümlüsünün bağlı olduğu süreye yönelik genel bir ölçü olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, somut olaya göre, azami süreyi aşmayan hallerde kişilik haklarına aykırılık kapsamında TBK md.27 ve OR Art.20 hükümlerine başvurmak yine mümkün olmalıdır. Ancak, bize göre de bu yönde bir yorum, olsa olsa hakkın konusu şeyin değerinin önemli ölçüde değişmiş olduğu sınırlandırılmış önalım hakkı bakımından söz konusu olabilir¹⁷⁴. Bunun dışında, sınırlandırılmamış önalım hakkında, hakkın yükümlüsünü ayrıca korumaya değer bir menfaatten bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Zira önalım hakkı yükümlüsü, hakkın konusu şeyi, en nihayetinde önalım olayını oluşturan hukukî işlemde kararlaştırılan bedel üzerinden satın alma imkânına sahiptir. Söz konusu bedel ise, muvazaa ve aşırı yararlanmaya ilişkin ilişkin istisnalar bir kenara bırakılır ise, hakkın konusu şeyin güncel piyasa değerini yansıtan bir bedeldir.

TBK md.238 ve OR Art.216a hükümlerinin üst sınıra ilişkin emredici niteliğinin bir diğer önemli etkisi ise hakkın yenilenmesine yönelik kararlaştırmalarda kendini gösterir. Buna göre, taraflarca azami sürenin bitiminden sonra hakkın tekrar yenileneceğine ilişkin bir yükümlülüğe önceden yer verilmesi mümkün değildir¹⁷⁵. Aksi takdirde, bu tür kararlaştırmalar kesin hükümsüz olur.

C. ÖNALIM HAKKI KULLANIMININ TABİ OLDUĞU SÜRELERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. Genel Olarak

Türk, İsviçre ve Alman hukukunda sözleşmeden doğan önalım hakkında kullanım sürelerine yönelik düzenlemelerin geçerli olup olmayacağı meselesi tartışmalıdır.

Türk-İsviçre hukukunda önalım hakkının kullanımına ilişkin sürenin hukukî niteliğinden hareket eden birinci görüşe göre, taraflarca, yalnızca süreyi kısaltmaya yönelik anlaşma yapılabilir. Bunun dışında, sürenin uzatılmasına yönelik bir düzenleme yapılması mümkün değildir¹⁷⁶. En azından sürenin hak düşürücü niteliği bunu gerektirmektedir¹⁷⁷. Kaldı ki, İsviçre hukukunda, eski Kanun döneminde halihazırda bir ay olan bu süre üç aya çıkartılmıştır.

¹⁷⁴ Aynı yönde bkz.: Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 331.

¹⁷⁵ Günday, *Alım Hakkı*, s. 366-367; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 329; Baygın, “Yeni Borçlar”, s. 14; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 80; Meier-Hayoz, *ZGB Art.68I*, Kn. 322; Meier, “Das neue”, s. 146; OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216a*, Kn. 4.

¹⁷⁶ Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 108; Roland Pfäffli ve Amédéo Wermelinger, “Grundstückkauf, Kaufvertrag – Vorkaufsrecht, Kaufsrecht und Rückkaufsrecht”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 21/113 (2017), s. 518; OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216e*, Kn. 3; Rey, “Die Neuregelung”, s. 59; Meier, “Das neue”, s. 142; Pfäffli ve Byland, “Vorkaufsrecht”, s. 290. Anonim şirketlerde paylar üzerinde kurulan önalım hakkında bu yönde bkz.: Akbay, “Anonim Ortaklık”, s. 733. İsviçre hukukunda eski Kanun döneminde yer alan bir aylık süre için aynı yöndeki görüş için bkz.: Salzgeber-Dürig, *Vorkaufsrecht*, s. 52.

¹⁷⁷ OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216e*, Kn. 3.

Dolayısıyla, sürenin uzatılmasına cevaz veren bir yorum, kanunun amacı ile bağdaşır nitelikte değildir¹⁷⁸.

Türk-İsviçre hukukundaki hâkim görüş ise kullanım sürelerini düzenleyen hükümlerin emredici nitelikte olmamasından hareket ederek meseleye yaklaşır. Bu sebeple de taraflarca sürenin daha kısa veyahut da uzun kararlaştırılması her halükârda mümkündür¹⁷⁹. Ancak, sürenin daha uzun kararlaştırılacağı durumlarda, bunun sınırını, İsviçre hukukunda OR Art.216a hükmünde alım hakkı için öngörülmüş olan on yıllık süre oluşturur. Bunun sebebi, önalım olayının gerçekleşmiş olduğu önalım hakkının alım hakkı ile eşit pozisyona geliyor oluşudur¹⁸⁰. Türk hukukundaki hâkim yaklaşım da kararlaştırılacak sürelerin üst sınırının on yıl olduğu yönündedir¹⁸¹.

Alman hukukuna bakıldığında ise, Alman kanun koyucu, BGB 469/II-c.2'de açık bir şekilde “*Kullanım için bir süre belirlenmişse, yasal süre yerine bu süre uygulanır*” ifadesine yer vermiştir. Bu sebeple, Alman hukuk öğretisi, önalım hakkında kullanım sürelerini düzenleyen BGB § 469/II hükmünün emredici nitelikte olmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla taraflarca farklı kullanım sürelerine ilişkin düzenlemeler yapılması herhalde mümkündür¹⁸². Hatta Alman hukukunda, Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak, sürelerle ilişkin kararlaştırmalara yönelik alt veya üst sınırlama da yoktur. Bu yönüyle de taraflar tam bir serbestliğe sahiptir.

Türk-İsviçre hukukunda yasal önalım hakkı bakımından kullanım sürelerini düzenleyen paylı mülkiyete ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğunu söylemek gerekir. Bu sebeple, tarafların, yasal önalım hakkında kullanım sürelerine yönelik düzenleme yapması mümkün değildir. Aksi takdirde, ilgili düzenlemeler kesin hükümsüz olur.

2. Değerlendirme ve Kanaat

Türk hukukunda kullanım sürelerine ilişkin taraflarca yapılan düzenlemelere yönelik olarak, kanaatimiz, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerindeki benzer bir çözüm yolunun kabul edilmesi gerektiği yönündedir.

İlk olarak, önalım hakkı bir satış ilişkisi doğuran haktır. Satış ilişkisi doğuran haklar ise alım, önalım ve geri alım hakkından ibarettir. Bunlardan alım ve geri alım hakkı, tıpkı önalım hakkı gibi, on yıl süreyle kurulabilmektedir. Öte yandan, alım ve geri alım hakkı, on yıllık süre

¹⁷⁸ OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216e*, Kn. 3.

¹⁷⁹ CHK/Binder, *OR Art.216e*, Kn. 7; Brunner, *Kaufrecht*, s. 396; Fasel, *OR Art.216e in: Kommentar zur Grundbuchverordnung*, Kn. 2; Giger, *OR Art.216e*, Kn. 22; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 854; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Kn. 1932; Demirsatan, “Önalım Hakkı”, s. 936.

¹⁸⁰ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 854. Benzer görüşü savunan *Schöbi*, sürenin uzatılmasına ilişkin kararlaştırmaların çok uzun olmayacak şekilde düzenlenmesinin mümkün olduğunu söylemekte ve fakat bunun sınırını çizmemektedir. Bu görüş için bkz.: Schöbi, “Die Revision”, s. 569.

¹⁸¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Kn. 1932. Burada on yıllık sürenin TBK md.238'de öngörülen süre olup olmadığı hususunda bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ancak yazarların, önalım hakkını süreye bağlı hak olarak kabul ettiği göz önüne alındığında, sanıyoruz ki, on yıl ile ifade edilmek istenen TBK md.238'deki önalım hakkının tabi olduğu azami on yıllık süredir.

¹⁸² Walter Eberl, *Gesetzesformulare BGB – Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch (Hrsg. von Reiner Schulze/Hebert Grziwotz/Rudolf Lauda)*, Baden: Nomos Verlag, 4. Auflage, 2020, *BGB § 463 in: Gesetzesformulare-Kommentar*, Kn. 9; MüKoBGB/Westermann, *BGB § 463*, Kn. 4; NomosHK-BGB/Saenger, *BGB § 464 Kn. 2 ve BGB § 469*, Kn. 2.

boyunca hakkın yükümlüsüne karşı her zaman ileri sürülebilmektedir. Hatta bu hakların kullanımı, önalım olayı gibi bir koşulun gerçekleşmesine de bağlı değildir. Hal böyle iken, kanun koyucunun öngördüğü kullanım sürelerinin, hak sahibine çok daha sınırlı bir yetki veren önalım hakkı bakımından emredici nitelikte olduğunu söylemek güçtür.

İkinci olarak, Türk kanun koyucusu, önalım hakkı için üç ay ve iki yıl olmak üzere iki farklı süre öngörmüştür. Oysa İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde, Türk hukukundan farklı olarak, bu yönde bir mutlak süreye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, tartışmaların kapsamını da yalnızca kısa süreler oluşturmaktadır. Oysaki Türk hukukunda iki yıllık süreye ilişkin taraflarca yapılan düzenlemelerin geçerli olup olmayacağına tespiti ayrı bir sorundur.

Öncelikle, üç aylık nisbi süre bakımından bu sorunun cevabı nettir. Çünkü İsviçre hukukunda, üç aylık süreye ilişkin düzenlemelerin üst sınırını, OR Art.216a hükmü gereğince on yıl oluşturmaktadır. O halde, Türk hukuku bakımından da üç aylık sürenin sınırını TBK md.242 ve TMK md.745/III hükümleri belirlemelidir. Yani taraflar üç aylık süreyi kısaltan ya da uzatan anlaşmalar yapabilirler. Ancak bu süre her halükârda iki yıllık süreden uzun olamaz.

İki yıllık süreye ilişkin yapılan kararlaştırmaların geçerli olup olmayacağı meselesi için ise şunu söylemek gerekir: Türk kanun koyucusu, kanaatimizce, iki yıllık mutlak süreyi hem önalım hakkı yükümlüsü hem de alıcı üçüncü kişiyi korumak için getirmiştir. Başka bir deyişle, bu kimseler lehine hukukî netliği sağlamayı ve muhtemel belirsiz durumu ne kısa ne de uzun sayılabilecek bir süre içerisinde netliğe kavuşturmak istemiştir. Bu yönüyle de hüküm, hak sahibinin karşısında yer alan muhatabı koruma amacı gütmektedir. En azından sözleşmeden doğan önalım hakkında kullanım sürelerini açık bir şekilde düzenleyen TBK md.242 hükmü karşısında böyle bir yoruma ulaşmak daha doğru gözükmemektedir. Dolayısıyla, taraflarca iki yıllık süre yerine daha uzun bir süreye yer veren kararlaştırmalar, kanaatimizce, geçerli olmamalıdır. İki yıldan daha kısa süreye yer veren kararlaştırmalar bakımından aksi sonuca ulaşmak gerekir. Zira, böyle bir durumda, önalım hakkı yükümlüsü ile alıcı üçüncü kişi bakımından belirsizlik durumu onlar lehine azalmaktadır. İlgili hükmün, önalım hakkı sahibini korumak için getirilmediği düşünüldüğünde¹⁸³, iki yıllık süre yerine daha kısa süreye yer veren kararlaştırmaların, bu sebeple, geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

VI. SÜRELERİN SONA ERMESİ

Önalım hakkının kullanım süreleri içerisinde kullanılmaması halinde, önalım hakkı, kullanılmamış olması sebebiyle kural olarak sona erer¹⁸⁴. Bu sonuç, şerh edilmemiş önalım hakkı bakımından kesindir¹⁸⁵. Şerh edilmiş önalım hakkı bakımından ise hâkim görüş hakkın

¹⁸³ Zira, böyle bir durumda, kanun koyucunun, kullanım sürelerine ilişkin bir düzenlemeye hiç yer vermemesi gerekirdi. Böylelikle önalım hakkı, tabii olduğu süre boyunca, önalım olayı gerçekleşmek kaydıyla, her zaman ileri sürülebilir nitelikte olurdu.

¹⁸⁴ Salzgeber-Dürig, *Vorkaufsrecht*, s. 70; Akbay, "Anonim Ortaklık", s. 741; BeckOGK/Daum, *BGB § 463*, Kn. 43.

¹⁸⁵ Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 68; Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 19; CHK/Binder, *OR Art.216c*, Kn. 9; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s. 319. Dolaylı olarak bu yönde bkz.: Felix Schöbi, "Die Bedeutung der Revision der Bestimmungen über vertragliche Kaufs, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte für die Sachenrechtsdogmatik", *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, -/-(1993), s. 179; Soergel/Wertenbruch, *BGB § 463*, Kn. 95; jurisPK/Alpmann-Pieper, *BGB § 463*, Kn. 10.

sona ermeyeceği yönündedir¹⁸⁶. Zira şerh edilmiş önalım hakkı şerh süresi boyunca her malike karşı tekrar kullanılabilir¹⁸⁷. Hakkın konusu şeyi iktisap eden kimsenin de şerh edilmiş olan hakkı bildiği varsayılır¹⁸⁸. Bu durum, Türk-İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinin benimsemiş olduğu tapu sicilinde aleniyet ilkesinin doğal bir sonucudur (TMK md.1020, ZGB Art.970, GBO § 12/I).

Önalım hakkının tabi olduğu süre içerisinde önalım olayının hiç gerçekleşmemesi halinde, hakkın sona ermesi, sürenin dolmuş olması sebebine dayanır¹⁸⁹. Bu noktada, taraflar henüz önalım hakkı süresi dolmadan karşılıklı müzakere etmek suretiyle bir süre tayin ederek her zaman yeni bir önalım hakkı kararlaştırılabilir¹⁹⁰. Bu süre de her halükârda kanunda öngörülen azami sürelerden uzun olamaz¹⁹¹. Ancak, taraflarca mevcut önalım hakkının süresinin uzatılacağına ilişkin önceden yükümlülük getiren anlaşmalar geçersizdir¹⁹². Daha açık bir deyişle, önalım hakkı tesis edilir iken sözleşmede bu tür yükümlülükler önceden yer verilmesi mümkün değildir.

Sürelerin hesabında TBK md.91 vd.'de yer alan hükümler hak düşürücü süreler bakımından kıyasen uygulanır¹⁹³. Bu kapsamda, Türk hukukunda önalım davasının, taşınmazları konu alan önalım hakkı bakımından kullanım süresinin son gününde açılmış olması gerekir. İsviçre ve Alman hukuk sistemleri bakımından ise kullanım beyanının en geç son gün muhataba ulaşmış olması gerekir. Beyanın ileri sürülmüş olması tek başına yeterli değildir¹⁹⁴. Aynı sonuç, Türk hukukunda taşınırları konu alan sözleşmeden doğan önalım hakkı bakımından da aynıdır.

¹⁸⁶ Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 71; Meier, "Das neue", s. 141; CHK/Binder, *OR Art.216c*, Kn. 9; Roberto, "Teilrevision des Zivilgesetzbuches", s. 172 vd.; Rey, "Die Neuregelung", s. 40; Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 19; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s. 319; Soergel/Wertenbruch, *BGB § 456*, Kn. 3 ve 5. Hakkın tek bir önalım olayı ile sınırlı olarak kullanılabilmesinin kararlaştırıldığı durumlarda hakkın sona ereceği yönünde bkz.: Demirsatan, "Önalım Hakkı", s. 937.

¹⁸⁷ Meier, "Das neue", s. 141; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 71, dñn.66; Haab vd., *ZGB Art.681/682*, Kn. 19. Türk hukukunda meselenin önalım hakkı sözleşmesinin yorumundan ibaret olduğu ve sözleşmenin yorumundan aksi sonuca ulaşılmadıkça da önalım hakkının ilk satış için kabul edildiği yönünde bkz.: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Kn. 1934. Şerh edilmiş bir önalım hakkında, hakkın, yalnızca ilk satış için kabul edildiği şeklinde bir yorum bize göre hakkın şerhini anlamsızlaştırmaktadır. Dolayısıyla şerh edilmiş bir önalım hakkının şerh süresi boyunca her malike karşı ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekir. Burada taraflarca yapılan şerh işlemi sözleşmenin bu şekilde yorumlanması gerektiğine delalet eden bir unsurdur.

¹⁸⁸ Schöbi, "Die Bedeutung", s. 179.

¹⁸⁹ Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 340; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 79; Salzgeber-Dürig, *Vorkaufsrecht*, s. 72; Demirsatan, "Önalım Hakkı", s. 933-934.

¹⁹⁰ Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 80. Türk hukukunda aksi yöndeki görüş için bkz.: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, Kn. 1930; Demirsatan, "Önalım Hakkı", s. 934.

¹⁹¹ CHK/Binder, *OR Art.216a*, Kn. 4; OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216a*, Kn. 4.

¹⁹² Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 80; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 322; Meier, "Das neue", s. 146; Günday, *Alım Hakkı*, s. 366-367; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 329; Baygın, "Yeni Borçlar", s. 14; OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216a*, Kn. 4.

¹⁹³ Günday, *Alım Hakkı*, s. 373; Brückner, *Grundstückkauf*, Kn. 114; Rüegg, *Rechtsgeschäftliche*, Kn. 340. Alman hukukunda BGB § 186 vd.'de yer alan hükümler kapsamında bu doğrultuda bkz.: Erman/Grunewald, *BGB § 469*, Kn. 8.

¹⁹⁴ OFK/Lips ve Rickenbacher, *OR Art.216e*, Kn. 1; CHK/Binder, *OR Art.216e*, Kn. 2; Rey, "Die Neuregelung", s. 59; Meier-Hayoz, *ZGB Art.681*, Kn. 221.

SONUÇ

Önalım hakkı bir yenilik doğuran haktır. Hakkın kullanılmasıyla birlikte taraflar arasında bir satış sözleşmesi kurulmaktadır.

Önalım hakkı bir yenilik doğuran hak olduğu için tabi olduğu süre mahiyeti itibarıyla hak düşürücü süredir. Aynı durum, hakkın kullanımına ilişkin süreler yönünden de aynıdır. Bu sebeple, hak düşürücü süre niteliğinde olmanın sonuçları bu süreler için de aynı şekilde geçerlidir. Örneğin; hakkın tabi olduğu sürelerde durma ya da kesilme söz konusu olmaz.

Türk-İsviçre hukukunda önalım hakkının tabi olduğu süreler açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Alman hukukunda önalım hakkının süresiz olarak kurulabileceği kabul edilmektedir.

Önalım hakkının kullanım süreleri Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu süreler; Türk hukukunda hem sözleşmeden doğan önalım hakkı hem de yasal alım hakkı için üç ay ve iki yıl iken; İsviçre hukukunda sözleşmeden doğan önalım hakkı için üç ay ve fakat yasal önalım hakkı için ise üç ay ve iki yıldır. Alman hukukunda ise bu süreler, taşınmazları konu alan önalım hakkı için iki ay iken; taşınmaz dışındaki şeyi konu alan önalım hakkında bir haftadır.

Önalım hakkının tabi olduğu süre, hakkı tesis eden sözleşmenin kurulmasıyla birlikte kural olarak işlemeye başlar. Bununla birlikte, hakkın doğumunun bir vade ya da koşula bağlandığı durumlarda, sürenin başlangıcını vade ya da koşulun gerçekleştiği an oluşturur.

Önalım hakkının kullanım süreleri ise önalım olayının gerçekleşmesi ve önalım olayına ilişkin hak sahibinin bilgilendirilmesi ile birlikte işlemeye başlar. Mutlak sürelerde önalım olayının gerçekleşme anı yeterli iken; nisbî süreler için ayrıca hak sahibinin bilgilendirilmesi şart aranır.

Türk, İsviçre ve Alman hukukunda kullanım sürelerinin başlayabilmesi için hak sahibinin bilgilendirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Bu noktada, noter yoluyla bildirim zorunluğu öngören Türk hukukundaki düzenlemeler kanaatimizce isabet değildir. Yürürlükteki hukuk bağlamında ise, ilgili hükümleri, en azından dürüstlük kuralını bertaraf edecek ölçüde uygulamamak gerekir. Tapu memuru tarafından yapılan bilgilendirmenin süreleri başlatabilmesi ise belirli koşulların varlığı halinde yalnızca İsviçre hukukunda mümkündür.

Önalım hakkı sahibi bakımından tamamlayıcı unsurların kullanım süreleri içerisinde tamamlanması zorunlu değildir. Ayrıca, hak sahibi tarafından, önalım hakkının muhtemelen önalım olayının gerçekleşmesi koşuluna bağlı olarak kullanımı mümkündür. Bunun dışında, önalım hakkının kullanılmaması koşuluna bağlı bir önalım olayı geçerlidir. Ancak, bu koşul, önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez. Son olarak, önalım hakkının tabi olduğu süre kullanım sürelerinin üst sınırını oluşturmaz. Bu süre içerisinde önem arz eden tek husus önalım olayının gerçekleşmesidir.

Önalım hakkı sürelerine yönelik taraflarca düzenlemeler yapılabilir. Alman hukuku önalım hakkının tabi olduğu süre konusunda taraflara tam serbesti tanımaktadır. Türk-İsviçre

hukuku ise ilgili hükümlerin üst sınırı belirleme yönünden emredici niteliğe sahip olduğu savunulmaktadır. Dolayısıyla, yalnızca azami süreleri aşmayan kararlaşrtırmalar geçerlidir. Hakkın kullanım sürelerine ilişkin olarak ise Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde yeknesak bir çözüm yolunun bulunmadığını söylemek gerekir. Üç hukuk sisteminin birbirinden oldukça farklı hukukî düzenlemelere sahip olduğu düşünöldüğünde bu sonuç oldukça normaldir. Bu noktada, Türk hukuku bakımından kanaatimiz, üç aylık süreden daha kısa veya uzun süre öngören düzenlemelerin geçerli olması gerektiğidir. İki yıllık süre bakımından ise yalnızca iki yıldan daha kısa süre öngören düzenlemeleri geçerli kabul etmektir.

Önalım hakkı, tabi olduğu sürenin dolmasıyla birlikte sona erer. Hakkın kullanım süreleri içerisinde kullanılmaması durumunda ise hakkın sona erip ermeyeceğı somut olaya göre tayin edilir. Şerh edilmemiş önalım hakkı kullanım süresinin dolmasıyla birlikte sona ermektedir. Şerh edilmiş önalım hakkı ise tabi olduğu süre dolmadığı müddetçe varlığını korur. Son durum, yasal önalım hakkı için de aynen geçerlidir. Ancak, yasal önalım hakkında, hakkın doğumunu sağlayan paylı mülkiyet ilişkisinin devamı yeterlidir. Yoksa, yasal önalım hakkında hakkın tabi olduğu azami süreden bahsetmek artık mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Akbay, Direnç. "Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler". *İstanbul Hukuk Mecmuası*. 77/2, (2019): 697-746.
- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, 2023.
- Allgäuer, Oskar. *Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuches*. Aarau: H. R. Sauerländer & Co. Verlag, 1918.
- Aral, Fahrettin ve Ahmet Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15. Baskı, 2022.
- Atamulu, İsmail. "Önalım Hakkı Vasiyeti". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 30/3 (2022): 1481-1513.
- Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. *Eşya Huku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, 2012.
- Aydın Ünver, Tülay. "Yasal Önalım Hakkında Önalım Olayının Bildirilmesi". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 11/145-146 (2016): 829-857.
- Baygın, Cem. "Yeni Borçlar Kanununun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genel Bir Bakış". *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*. 0/79-80 (2011): 7-30.
- BeckOK BGB (Herausgegeben von Prof. Dr. Wolfgang Hau und Prof. Dr. Roman Poseck)*. München: C.H.Beck Verlag, 69. Edition, 2024.
- Böckli, Peter ve Lukas Morscher. "Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten". *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*. -169 (1997): 53-65.
- Brunner, Robert Max. *Kaufrechte an Grundstücken: Versuch einer einheitlichen rechtlichen Erfassung vertraglich begründeter Kaufs-, Rückkaufs- und Vorkaufrechte*. Zürich: Diss. Bern, 1998.
- Brückner, Christian ve Mathias Kuster. *Die Grundstücksgeschäfte Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker*. Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 2016.
- Brückner, Christian. *Der Grundstückkauf Vorkaufsvertrag, Kaufsvertrag, Begründung von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten, Erschienen in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf - § 10 Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufsrechts bzw. Rückkaufsrechts)*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2. Auflage, 2001.
- Burcuoğlu, Haluk. "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Önalım Hakkı Düzenlemesi ve Borçlar Kanunu'nun ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Sözleşmesel Önalım Hakkına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Bazı Gözlemler", *Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021: 285-298.
- Buz, Vedat. *Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Canarlan, Gökçe. "Tarım Arazilerinin Satılması Halinde Sınırdaş Maliklerinin Önalım Hakkı". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 6/6 (2020): 1-18.
- Casper, Matthias. *Der Optionsvertrag, Jus Privatum Beiträge zum Privatrecht Band 98*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2005.
- CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge (Michael Hochstrasser/Tina Huber-Purtschert/Eva Maissen)*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 4. Auflage, 2023.
- Demirbaş, Feride. "Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 65/2 (2016): 249-278.
- Demirsatan, Burak. "Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 11/145-146 (2016): 905-946.

- Eren, Fikret. "Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 12/1-2 (2008): 103-126.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Baskı, 2019.
- Erkan, Vehbi Umut. "Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 Tarihli E. 2003/ 34 Vek. 2007/ 94 Sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 5/1 (2014): 269-294.
- Erman *BGB: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Nebengesetzen (AGG, BVerstG, EGBGB, ErbbauRG, ProdhafTG, VbVG, VersAusglG, WEG – teils in Auszügen) und Internationalem Privatrecht, (Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Harm Peter Westermann/Prof. Dr. Barbara Grunewald/Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer)*. Koeln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 17., neu bearbeitete Auflage, 2023.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, Genişletilmiş ve 6570 Sayılı Kanun Eklendiği 8. Baskı, 2019.
- Fasel, Urs. *Kommentar zur Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011*. Zürich: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Auflage, 2013.
- Fezyioğlu, Feyzi Necmeddin. "Şufa Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 19/1-2 (1953): 222-269.
- Fezyioğlu, Feyzi Necmeddin. *Şufa Hakkı*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1959.
- Fischer, Damian. *Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 281)*. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 1. Auflage, 2009.
- Gesetzesformulare BGB – Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch (Hrsg. von Reiner Schulze/Hebert Grziwotz/Rudolf Lauda)*. Baden: Nomos Verlag, 4. Auflage, 2020.
- Ghandchi, Lilian. *Das Gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis*. Zürich: Schulthess Verlag, 1999.
- Giger, Hans. *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 3. Abschnitt: Der Grundstückkauf Art. 216–221 OR*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 1997.
- Grosskommentar BGB (Gesamtherausgeberschaft für das Zivilrecht: Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann)*. München: C.H.Beck Verlag, 2024.
- Gümüş, Mustafa Alper. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK. m. 237/III, 238, 239 ve 240- 242) Değerlendirilmesi". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8/2 (2011): 435-453.
- Günday, Harun Mirsad. *Alım Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Güneri, Onur. "Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı ve Bu Kavramların Mukayesesi". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 18/2 (2021): 1353-1379.
- Haab, Robert, August Simonius, Werner Scherrer ve Dieter Zobl. *Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Zweite Auflage in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Prof. C. Wieland, 1909*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1977.
- Heinrich, Dieter. *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht; 32*. Berlin: de Gruyter Verlag, 1965.
- Hürlimann-Kaup, Bettina. "Die Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters (Art. 969 ZGB und Spezialnormen)". *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*. -/93 (2012): 1-17.

- Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO (Herausgegeben von Prof.Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner)*. München: C.H.Beck Verlag, 19. Auflage, 2023.
- Juris Praxiskommentar BGB, Band I: Allgemeiner Teil §§1-240 (Verfasserangabe: Klaus Vieweg), (Gesamtherausgeber: Prof. Dr. Maximilian Herberger/Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Martinek M.C.J./Helmut Rüßmann/Prof. Dr. Stephan Weth)*. Saarbrücken: juris GmbH, 5. Auflage, 2010.
- Karadağ, Nazım. "Practicality of Article 242 of Turkish Code of Obligations". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*. 18/2 (2021): 1423-1434.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Eşya Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Kırca, Çiğdem. "Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler". *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*. -/2 (2022): 1179-1203.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan. *Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kızır, Mahmut. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 22/3 (2016): 1773-1796.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı) – Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem – Sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010 Tarihli 5. Baskı'dan 6. Tıpkı Baskı, 2014.
- Meier, Robert. "Das neue Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht - vier Neuerungen und drei Auslegungsfragen". *Aktuelle Juristische Praxis*. -/1 (1994): 139-146.
- Meier-Hayoz, Arthur. "Der Vorkaufsfall". *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*. -/45 (1964): 257-272.
- Meier-Hayoz, Arthur. *Berner Kommentar, zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband: Grundeigentum II (ZGB Art. 680- 701)*. Bern: Stämpfli&Cie AG Verlag, 1975.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4 Schuldrecht – Besonderer Teil I §§ 433 – 534, Finanzierungsleasing – CISG (Redakteur: Dr. Dres. H.c. Harm Peter Westermann)*. München: C.H.Beck Verlag, 8. Auflage, 2019.
- Nomos Handkommentar – Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse (Herausgegeben von Schulze/Dörner/Ebert u.a.)*. Baden: Nomos Verlag, 12. Auflage, 2024.
- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk – Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 27. Baskı, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, Güncellenmiş ve Eklèmeler Yapılmış 24. Baskı, 2022.
- Okur, Sinan. "Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori: Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR)". *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi*. 9/1 (2019): 101-258.
- OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht - OFK - Orell Füssli Kommentar (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser)*. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 4. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2023.
- Pfäffli, Roland ve Amédéo Wermelinger. "Grundstückkauf, Kaufvorvertrag – Vorkaufsrecht, Kaufsrecht und Rückkaufsrecht". *Schweizerische Juristen-Zeitung*. 21/113 (2017): 513-521.


- Pfäffli, Roland ve Daniela Byland. "Vorkaufsrecht, Kaufsrecht, Rückkaufsrecht An Grundstücken". *Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes*. 6/7 (2013): 289-294.
- Rey, Heinz. "Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen". *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. -/113 (1994): 59-72.
- Roberto, Vito. "Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts". *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*. 11/5 (1993): 172-177.
- Rüegg, Jonas. *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken*. Basel: Schulthess Verlag, 2014.
- Salzgeber-Dürig, Erike. *Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG Verlag, 1970.
- Schleich, Philipp Meier. *Option und Optionsvertrag Vertragsherbeiführende Optionsrechte aus schuldrechtlicher Sicht, ZStP – Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 289*. Zürich/Basel/Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2018.
- Schmid, Hans Peter. *Das Vorkaufsrecht*. Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1934.
- Schöbi, Felix. "Die Bedeutung der Revision der Bestimmungen über vertragliche Kaufs, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte für die Sachenrechtsdogmatik". *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*. -/(1993): 177-180.
- Schöbi, Felix. "Die Revision des Kaufs-, des Vorkaufs- und des Rückkaufsrechts". *Aktuelle Juristische Praxis*. -/(1993): 567-571.
- Sebük, M. Tahir. *Türk Medeni Kanununda Şüf'a, Vefa ve İştira Hakları – Nazariyat ve Tatbikat*. İstanbul: Kader Basımevi, 1951
- Simonius, Pascal ve Thomas Sutter. *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. 1: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1995.
- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 10. Baskı, 2022.
- Soergel BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 6/2 Schuldrecht 4/2 §§ 454-480 (begründet von Dr. Hs. Th. Soergel, Bayer. Hofrat - neu herausgegeben von Dr. W. Siebert, o. Professor der Rechte in Heidelberg)*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 13. neubearbeitete Auflage, 2009.
- Strebel, Joseph Lorenz. *Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht*. Zürich: Schulthess Verlag, 2009.
- Sutter-Somm, Thomas. "Einige Überlegungen zum Vorkaufsrecht". *Schweizerische Juristenzeitung*. 18/81 (1985): 277-287.
- Şahan, Gökhan. *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Topuz, Murat. *Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Tüzemen Atik, Ebru. *Anonim Şirket Payları Üzerinde Kurulan Önalım Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Yavuz, Cevdet. "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması". *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 4/2 (2017): 109-132.
- Yüce, Melek Bilgin. "Tarım Arazilerinde Sınırdış Parselin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Sonuçları". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 30/2 (2002): 787-822.
- Yücel, Sevtap. "Önalım Davası", *Haluk Konuralp Anısına Armağan – Cilt 1* (Editör: Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar). Ankara: Yetkin Yayınları, 2009: 1317-1335.

EXTENDED SUMMARY

THE LEGAL REGULATIONS REGARDING THE PERIOD OF PRE-EMPTION RIGHT IN TURKISH, SWISS AND GERMAN LAW

Harun Mirsad Günday, Assist. Prof.

mirsan.gunday@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-9429-393x>

The right of pre-emption is a formative right. With the use of the right, a sales contract is established between the parties.

Since the right of pre-emption is a formative right, the period to which it is subject is the period of prescription. The same situation exists in terms of the periods for the use of the right. For this reason, the consequences of being a period of limitation apply to these periods as well. For example, there is no suspension or interruption during the periods to which the right is subject.

In Turkish-Swiss law, the periods to which the right of pre-emption is subject are clearly regulated. However, in German law, it is accepted that the right of pre-emption can be established indefinitely.

The usage periods of the pre-emption right have different regulations in the Turkish, Swiss, and German legal systems. These periods are: While it is three months and two years for both contractual and legal pre-emption rights in Turkish law, in Swiss law, it is three months for contractual pre-emption rights and three months and two years for legal pre-emption rights. In German law, these periods are two months for the right of pre-emption regarding immovable properties; it's a week about preemption, which deals with things other than real estate.

As a rule, the period subject to the right of pre-emption begins to run with the conclusion of the contract establishing the right. However, in cases where the birth of the right is tied to a maturity or condition, the beginning of the period is the moment when the maturity or condition is realized.

The usage periods of the pre-emption right begin to run when the pre-emption event occurs and the right holder is informed about the pre-emption event. While the moment of occurrence of the preemption event is sufficient in absolute terms, for relative periods, it is also required to inform the right holder.

Turkish, Swiss, and German law impose an obligation to inform the right holder in order for the right to be used. At this point, in our opinion, the regulations in Turkish law requiring notification through a notary are not accurate. In the context of the applicable law, the relevant provisions should not be applied, at least to the extent that

they would eliminate the rule of good faith. It is only possible under Swiss law for the notification made by the land registry officer to initiate the periods if certain conditions are met.

It is not mandatory for the holder of the pre-emption right to complete complementary elements within the usage period of the right. In addition, it is possible for the right holder to exercise the pre-emption right, possibly subject to the occurrence of the pre-emption event. Apart from this, a pre-emption event is valid subject to the condition that the pre-emption right is not exercised. However, this condition cannot be claimed against the holder of the pre-emption right. Finally, the period to which the right of pre-emption is subject does not constitute an upper limit on the usage periods. The only thing required during this period is the realization of the pre-emption event.

Arrangements can be made by the parties regarding the pre-emption right periods. German law grants full freedom to the parties during the periods subject to the right of pre-emption. Turkish-Swiss law, on the other hand, argues that the relevant provisions have a mandatory nature in terms of determining the upper limit. Therefore, only decisions that do not exceed the maximum period are valid. Regarding the usage periods of the right, there is no uniform solution in the Turkish, Swiss, and German legal systems. This result is quite normal, considering that all three legal systems have very different legal regulations. At this point, our opinion in terms of Turkish law is that regulations stipulating a shorter or longer period of three months should be valid. In terms of the two-year period, only regulations stipulating a period of less than two years should be considered valid.

The right of pre-emption ends upon the expiration of the period to which it is subject. If the right is not used within the usage period, whether the right will expire or not is determined according to the concrete event. The unannotated pre-emption right expires upon the expiration of its period of use. An annotated pre-emption right maintains its existence as long as the period to which it is subject does not expire. The last situation is also valid for the legal right of pre-emption. However, for legal pre-emption, the continuation of the joint ownership relationship that gives rise to the right is sufficient. Otherwise, it is no longer possible to talk about the maximum period to which the legal preemption right is subject.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

KENDİ KADERİNİ TAYİN MESELESİ VE MİKRO-MİLLİYETÇİLİK

THE ISSUE OF SELF-DETERMINATION AND MICRO-NATIONALISM

Tuncay Renk*

ÖZ

Kendi kaderini tayin meselesi her ne kadar hakim anlatıda toplumların kendi siyasi, iktisadi, sosyal ve benzeri geleceklerini kendilerinin karar vereceği, belirleyeceği biçiminde ifade edilse de, kavramın üretim ilişkileriyle kurulan ilişki neticesinde ifade edilişi ve içeriği tarihsel olarak dönüşmektedir. Bu makalede kendi kaderini tayin meselesinin, neoliberal dönemde mikro-milliyetçi oluşumlara emperyalist devletler tarafından politik yetkiler verilmesini sağlayacak şekilde bir anlam ve içeriğe sahip olageldiği iddia edilmektedir. Bununla birlikte, makalede söz konusu mikro-milliyetçi oluşumların da kendi kolektif zenginliklerini kapitalist merkeze devretmeyi taahhüt etmekte ve dışarının taleplerini içeri taşıyarak kendi egemenliklerinden emperyalist kapitalist merkez devletler lehine vazgeçmekte oldukları savlanmıştır. Kendi kaderini tayin meselesi, 20. yüzyılın küresel güç ilişkileri düzleminde sermaye birikiminin dinamikleriyle ve küresel güç ilişkilerinin yapısıyla bağlantılı olarak farklı içerikler edinmiştir. Kendi kaderini tayin meselesi bir doğal hak değildir. Mikro-milliyetçilik, neoliberal dönemde kendi kaderini tayin meselesinin içerik ve tatbikatlarından birisidir. Mikro-milliyetçi oluşumlar kendi toplumsal kaynaklarını emperyalist devletlerin çıkarına kullandıkları ölçüde, bu oluşumların sözde bağımsızlık iddiaları desteklenmektedir.

Anahtar Kelimeler : Kendi Kaderini Tayin, Ulus-Devlet, Egemenlik, Mikro-Milliyetçilik, En Zayıf Halka Tezi

* Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Programı.

☎ 0000-0003-3143-0532 ✉ tuncayrenk@hotmail.com

Bu çalışma, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında gerçekleştirilen 'Tarihsel Süreç İçerisinde Kendi Kaderini Tayin Kavramının Değişen İçerik ve Tatbikatı' başlıklı doktora tez çalışmasından üretilmiştir.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

Although the issue of self-determination is expressed in the dominant narrative as societies will decide and determine their own political, economic, social and similar futures, the expression and content of the concept as a result of the relationship established with the relations of production are transformed historically. In this article, it is claimed that the issue of self-determination has a meaning and content in the neoliberal period in a way that enables micro-nationalist formations to be given political powers by the imperialist states. However, in the article, it is argued that these micro-nationalist formations are also committed to transferring their collective wealth to the capitalist center and are giving up their sovereignty in favor of the imperialist capitalist center states by carrying the demand of the outside to the inside. The issue of self-determination has acquired different contents in connection with the dynamics of capital accumulation and the structure of global power relations in the global power relations of the 20th century. The question of self-determination is not a natural right. Micro-nationalism is one of the contents and practices of the issue of self-determination in the neoliberal era. To the extent that micro-nationalist formations use their social resources for the benefit of imperialist states, their so-called claims of independence are supported.

Keywords Self-Determination, The Nation-State, Sovereignty, Micro-Nationalism, Lenin's "The Weakest Link Theory"

GİRİŞ

Kendi kaderini tayin meselesinin sermaye birikiminin dinamikleri, üretim ilişkileriyle kurulan ilişkilerin etkisi ve küresel siyasetin yapısı neticesinde içeriği ve tatbikatının tarihsel olarak dönüşmesi, meselenin güncelliğini ortaya koymaktadır. Kendi kaderini tayin meselesi, 20. yüzyılın küresel güç ilişkileri düzleminde küresel güç ilişkilerinin yapısıyla bağlantılı olarak farklı içerikler edinirken hukuki ve sosyolojik tanım ve tatbikatı da değişmekte olduğundan, kavramın incelenmesi gerekliliği her daim güncel bir çaba olarak değerlendirilebilir. Diğer yandan meselenin incelenmesi, günümüzde aktif olarak devam etmekte olan “mikro-milliyetçi hareketler”, “özgürlük savaşları”, “terörizm”, “egemenlik” gibi kavramların kullanıldığı tartışmaların ekonomi politik boyutunu ifade etme çabası olduğundan her zaman günceldir.

Kendi kaderini tayin kavramı, günümüzde uluslararası güç ilişkilerinde, toplumsal hareketlerin arkasında bulunan ve hakim anlatıda uluslararası hukukun temelinde önemli bir konu olduğu iddia edilen güncel bir meseledir. Birçok ulusal ve uluslararası çatışmanın, kendi kaderini tayin meselesinin ihlali veya farklı grupların bu meseleye erişme mücadeleleriyle ilgili olduğu belirtilebilir. Bu çatışmaların genellikle etnik, dini, kültürel veya siyasi farklılıkların sonucu olduğu ileri sürülerek, emperyalist devletlerce birtakım müdahalelerin gerekçesini oluşturduğu ortadadır. Meselenin ekonomi politikliği göz ardı edildiğinde, kendi kaderini tayin bir hak ve/veya ilke; bu kavram ileri sürülerek yapılan müdahaleler de demokratik değerler ve insan haklarının uygulanması açısından elzem olur.

Makale ile kendi kaderini tayin meselesinin, içinde bulunulan neoliberal dönemde mikro-milliyetçi oluşumlara emperyalist devletler tarafından politik yetkiler verilmesini sağlayacak şekilde bir anlam ve içeriğe sahip olageldiği iddia edilmektedir. Bununla birlikte, mikro-milliyetçi oluşumlar kendi kolektif zenginliklerini kapitalist merkeze devretmeyi taahhüt etmekte ve dışarının taleplerini içeri taşıyarak kendi egemenliklerinden emperyalist kapitalist merkez devletler lehine vazgeçmektedirler. Bu kapsamda makalede, neoliberal dönemde kendi kaderini tayin meselesinin içeriğinin dönüştüğü, Suriye’deki mikro-milliyetçi oluşumlar örneğinde güncel olarak da görülebileceği üzere, kendi kolektif doğal zenginliklerinden kapitalist merkez devletleri lehine vazgeçmeleri, egemenliklerini kendilerine çizilmiş sınırlar içerisinde kullanmaları ve benzeri durumlar karşılığında, söz konusu oluşumların birtakım menfaatlere ulaşmasına hizmet edecek şekilde bir içeriğe büründüğü, emperyalist politikaların nesnesi oldukları, gelinen noktada egemenliklerinden vazgeçtikleri iddia edilmektedir.

Bu amaca ulaşmak için öncelikle kendi kaderini tayin meselesinin kavramsal kökeni ve anlamı ekonomi politik açıdan incelenecektir. İkinci olarak kendi kaderini tayin meselesinin tarihsel gelişimi dönemsel olarak ele alınacaktır. Burada birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü kuşak tartışmalardan bahsedilecektir. Üçüncü olarak kendi kaderini tayin meselesinin içinde bulunulan neoliberal dönemde ekonomi politik boyutu vurgulanacaktır. Son olarak kendi kaderini tayin meselesinin neoliberal dönemde büründüğü kavramlardan biri olarak beliren mikro-milliyetçilik kavramının altı çizilecektir.

I. KENDİ KADERİNİ TAYİN MESELESİ ÜZERİNE

Kendi kaderini tayin meselesi, hakim anlatıda doğal bir hak olarak toplumların, ulusların kendi geleceklerine kendilerinin karar vermesi olarak ele alınmaktadır. Hakim anlatıda kavramın, nesnel üretim ilişkileriyle, sermaye birikimi dinamikleriyle, küresel güç ilişkileriyle ilişkisi dışlanmaktadır. Ancak, Marx'ın da net bir şekilde vurguladığı üzere, insanlar, kendi tarihlerini kendileri yapmaktadırlar ama kendi seçtikleri koşullarda değil¹. Hakim anlatının dışladığı nesnel üretim ilişkileri, sermaye birikimi dinamikleri, küresel güç ilişkileri neticesinde kendi kaderini tayin meselesinin içeriği ve tatbikatı tarihsel olarak dönüşmektedir. Makalenin metodolojik bakış açısından ilerlendiğinde, kendi kaderini tayin meselesi bir doğal hak olmadığı gibi, kolektivitelerin doğal kolektif hakları şeklinde bir düşünce de bulunmamaktadır. Hakim anlatının dışladığı kavramlar bağlamında kavrama bakıldığında, kendi kaderini tayin meselesi kullanılarak, çevre ülkelerden önce sömürgeci sonra emperyalist devletlere zenginlik aktarımı gibi çeşitli amaçlar güdülerek, emperyalist hukuk düzeneklerinin koşullu olarak korunduğu görülmektedir.

Makalede iddia edilen temel husus, mikro-milliyetçiliğin neoliberal dönemde kendi kaderini tayin meselesinin içerik ve tatbikatlarından birisi olduğudur. Neoliberal dönemde emperyalist devletlerce mikro-milliyetçi oluşumlara politik yetkiler verilmektedir. Mikro-milliyetçi oluşumlar kendi kolektif zenginliklerini kapitalist merkeze devretmeyi taahhüt etmektedirler. Yine bu oluşumlar, dışarının taleplerini içeri taşıyarak kendi egemenliklerinden emperyalist devletler lehine vazgeçmektedirler. Bu iddiaların uygulaması Suriye'deki mikro-milliyetçi oluşumlar örneğinde güncel olarak görülebilmektedir.

Kapitalist üretim ilişkilerinin hakim hale gelmeye başladığı süreçte, kendi kaderini tayin meselesi, bir hak olarak burjuvazi tarafından iktidarlara karşı ileri sürülmüştür. Bu dönemde hukukun kaynağı kralın iradesidir. Toplumsal sınıf olarak burjuvazi sınırsız ve güvenli bir birikim hakkı istemektedir² ve bahsedilen toplumsallık içerisinde iktidar olmak zorundadır fakat bu iktidar talepleri o dönemki hukuk içerisinde çok fazla onaylanmamaktadır³. Burjuvazinin bu talepleri siyasi iktidar tarafında da temsil edilmelidir. Yönetici, iktidarını kutsal metinlere değil, bir yurttaşlar toplumunu temsil ediyor olmasına dayandırılmalıdır. Egemenliğin kaynağı, tanrının iradesiyle tahtta oturan kralın iradesi değil, o toplumda yaşayan insanların iradesidir. Bu bağlamda hukukun kaynağının kralın iradesi olması ile ilgili bir itiraz durumu varsa yapılması gereken egemenliğin beşerileştirilmesidir⁴. Egemenliğin beşerileştirilmesi ile kastedilen,

¹ Domenico Losurdo, *Tarihten Kaçış: Günümüzde Rus ve Çin Devrimleri*. (Coşkun Erdemir, Çev.) İstanbul: Yordam Kitap, Birinci Basım, 2018, s. 19; Karl Marx, *Louis Bonaparte'in 18. Brumaire*. (Sevim Belli, Çev.) Ankara: Sol Yayınları, 2012, s. 13-14.

² Karl Marx, *Yahudi Sorunu*. Ankara: Sol Yayınları, 1997, s. 35; Evgeny B. Pasukanis, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*. (Onur Karahanoğulları, Çev.) İstanbul: Birikim Yayınları, 2002, s. 65.

³ Eric J. Hobsbawm, *Fransız Devrimi'ne Bakış: İki Yüz Yıl Sonra Marseillaise'nin Yankıları*. (Osman Akınhay, Çev.) İstanbul: Agora Kitaplığı Yayınları, 2009, s. 15.

⁴ Ali Murat Özdemir, "Temsil Kurumu, Cumhuriyet Projeleri ve Anayasa Bağlamında Başkanlık Sistemi". *Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm*. Der: Ali Murat Özdemir ve Muammer Ketizmen, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, (2014): s. 49.

egemenliğin kaynağının tanrının buyruğuyla oraya oturmuş kralın iradesi değil, o toplumda yaşayan insanlar olması durumudur⁵.

İktidarın kaynağının kralın elinden çıkarılması genişletilmiş meta üretiminin ön koşuludur⁶. Özel mülkiyet, mutlak krala karşı da korunmalıdır, kral ancak evrensel doğanın düzenliliklerini iyi okursa iyi bir yönetici olabilir⁷, bunun için evrensel düzenliliklere atıf yapılmıştır. Buradan devam edildiğinde eğer kral iyi yönetemezse toplumsal düzen bozulabilir. Toplumsal düzen bozulduğunda da direniş insanların doğal bir hakkı haline gelir⁸. Söz konusu toplumsal grubun kendi menfaatini herkesin menfaatimiş gibi sunması için yeni kavramlar, evrensel olgular gerekmiştir. Bu noktada herkesin hukuk önünde eşit olduğu bir toplum düşüncesi ortaya çıkmıştır.

Kapitalist üretim ilişkilerine geçmeye başlayan bütün toplumlarda doğal hukuk tezi icat edilmiştir. Ancak burada söz konusu geçişin, kendiliğinden ilgili toplumların iç dinamiklerine bağlı olarak gerçekleştiği düşünülmemelidir. Kapitalizme geçiş, sömürgeci pratiklere dayalı eşitsiz ve birleşik gelişme sorunudur⁹. Doğal hukuk görüşü, genelde, doğanın bir düzeni olduğu ve bunun, bireylerin ve devletlerin iradesi dışında, birtakım kuralları kaçınılmaz kıldığı varsayımına dayanmaktadır¹⁰. Doğal hukuk okulu, burjuvazinin devrimci bir sınıf olarak ortaya çıktığı çağda burjuva ideolojisinin en belirgin ifadesidir. Buna göre burjuva toplumun varlık koşulu, her tür toplumun doğal varlık koşuludur. Burada, iktidarın kaynağı, hakkın kaynağı doğanın evrensel düzeninin gerekliliklerine dayanır, bu evrensel düzen içerisinde eyleyen bireyler toplamının rızasına dayanır¹¹. Pasukanis'in dediği gibi, herkes özgürdür, herkes bedene, iradesinin serbest bir aracı olarak sahiptir. Bu önerme, bütün doğal hukuk kuramcılarının çıkış noktasıdır¹².

1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nde bir doğal hak olarak kendi kaderini tayin meselesinden ilk kez somut bir şekilde bahsedilmiştir¹³. Buna göre, tüm insanlar eşit yaratılmıştır, yaşam ve özgürlük gibi temel haklara sahiptirler, bu haklar güvence altına alınmalıdır, bu sebeple yönetimler kurulmalıdır, yönetimlerin gücü yönetilenlerin rızasından gelmelidir, yönetimi kurmak ve değiştirmek halkın hakkıdır. Bildiride bahsi geçen doğal hakkın hangi koşullar

⁵ Aynur Demirli, "Demokrat Parti'nin Laiklik Söylemi: Devletin Baskı Aygıtından Din Hürriyetine", Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, Ankara, 2016, s. 2-3; Zeki Hafızoğulları, "Laiklik". *Erdem*, 7 (20), (1991): s. 354.

⁶ Crawford Brough Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*. Oxford University Press, 1962, s. 21.

⁷ Perry Anderson, *Lineages of the Absolutist State*. New York: Verso, 1974, s. 49.

⁸ Crawford Brough Macpherson, "The Social Bearing of Locke's Political Theory". *Life, Liberty, and Property Essays on Locke's Political Ideas* (Ed: G. J. Schocket) California: Wadsworth Publishing Company, Inc., 1971, s. 67.

⁹ Alexander Anievas ve Kerem Nişancıoğlu. *Batı'nın Egemenliği Nasıl Kuruldu? Kapitalizmin Jeopolitik Kökenleri*. (Çağdaş Sümer, Çev.) İstanbul: Yordam Kitap, 2020, s. 71.

¹⁰ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2009, s. 11.

¹¹ Ali Murat Özdemir vd. *Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım*. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2019, s. 377.

¹² Pasukanis, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, s. 114-115.

¹³ İrem Alpözen ve Ali Murat Özdemir. "1977 Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Anayasası Bağlamında Kendi Kaderini Tayin Meselesi". *Hacettepe HFD*, 12 (1) (2022): s. 6.

altında kolektifleşeceği belli değildir. Bu kolektivitenin tarihselliği ve üzerinde bulunduğu toplumla ilişkisi açıklanmamıştır.

Fransız Devrimi'nde de benzer bir doğal hukuk söylemi vardır. İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, egemenliğin gerçek sahibi olan halk, ulus düşüncesini, ulustan kaynaklanmayan bir iktidarın kullanılmayacağını içerir. Egemenliğin beşerileşmesi, bahsedilen toplumsallık içerisinde mümkün olmuştur. Yönetici iktidarını kutsal metinlere, doğumdan kaynaklı haklarına değil, bir yurttaşlar toplumunu temsil ediyor olmasına dayandırmalıdır¹⁴. Bu pek çok ulus-devletin var olacağı anlamına geliyordu; kaldı ki halkların kendi kaderini tayin etmesi ilkesinin kaçınılmaz sonucu buydu¹⁵. Oysaki söz konusu anlayış Avrupa sömürgelerinin hiçbirisinde ne kabul edilmiş ne de uygulanabilmiştir; en azından 1945'e kadar.

1830'larda işçi sınıfı Avrupa çapında kendini her yerde göstermeye başlayınca, burjuvazi, argümantasyon tarzını değiştirmiştir, doğal hukuk söylemi yerine hukuki pozitivizmi hakim söylem haline getirmeye çabalamıştır. Buna göre normlar, meşru yöneticinin verdiği emirlerdir. Burada iktidar bir şekilde meşrudur, iktidarın neyi neden düzenlediği merak edilmez. Egemen neye hak diyorsa, o haktır. Bu dönüşümün temel amacı, mevcut düzenin lehine olan hukuki zeminleri sağlamaktır. Bu, hukuki yapıyı, sınıf çatışmalarının yoğunlaştığı bir dönemde, burjuvazinin çıkarlarına uygun şekilde şekillendirmeye yönelik bir stratejidir. Buradaki ilişkilerin hukuki çerçevesini çizecek egemen düşüncesi piyasanın işleyişi için vazgeçilmezdir¹⁶.

Bu anlayışların en azından 1945'e kadar Avrupa sömürgelerinin hiçbirisinde kabul edilmediği ve uygulanmadığı belirtilmelidir. Klasik emperyalist dönemde, emperyalist ülkelerin sömürgecilik yarışı bağlamında kendi kaderini tayin meselesi, yalnızca Avrupa'nın küçük milletleri için konuşulmuştur. Klasik emperyalist dönemde, önde gelen kapitalist güçler arasında bir sömürgecilik yarışı yaşanmıştır. "Sömürge", tanım gereği, devlet aygıtının hakim doruklarının ve güvenlik aygıtının büyük ölçüde sömürgecinin elinde olduğu bir toprak parçasıdır¹⁷. Dönemi karakterize eden önemli bir özellik olarak toprak edinme yarışından bahsedilmelidir. Emperyalist devletler, emperyalist çıkarları doğrultusunda toprak kazanmak için rekabet etmişlerdir. Afrika ve Asya, genellikle sömürgecilik faaliyetlerinin odağı olmuştur. Bununla birlikte Berlin Konferansı'nda (1884-1885) emperyalist devletler, Afrika'yı paylaşmak konusunda anlaşmışlardır. Afrika'daki sınırlar harita üzerinde çizilerek belirlenmiştir, bu topraklar işgal edilmiştir, buradaki doğal kaynaklar kontrol altına alınmıştır. Asya'da da Hindistan, Çin ve Güneydoğu Asya'da sömürgecilik faaliyetleri artmıştır. Toprak kazanmanın dışında ekonomik çıkarların artırılması için de mücadeleye girişilmiştir. Sömürgeler, ham maddelerin kaynağı, pazarlar ve ucuz iş gücü gibi ekonomik avantajları temsil etmiştir.

¹⁴ Özdemir vd., *Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım*, s. 73.

¹⁵ Eric J. Hobsbawm, *1780'den Günümüze Milletler ve Milliyetçilik, Program, Mit, Gerçeklik*. Ayrıntı Yayınları, 2020, s. 36-37.

¹⁶ Crawford Brough Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism, Hobbes to Locke*, Oxford University Press, 1990, s. 95-96.

¹⁷ Sungur Savran, *Bir İhtilal Olarak Milli Mücadele*. İstanbul: Yordam Kitap Yayınları, 2023, s. 20.

Kendi kaderini tayin meselesi, 20. yüzyılın başlarında Marksist düşüncede tartışılmıştır. Burada Lenin, Luxemburg ve AustroMarksistlerin görüşlerinden bahsedilmelidir. Luxemburg'un önerisi kültürel-ulusal özerklik üzerinedir. Lenin ise Luxemburg'un bu söyleminin belirsiz olduğunu söylemiştir. Ayrıca Luxemburg'a göre, işçiler, ilerici olmadığı ve başarılı olmayacağı sebebiyle ulusal hareketleri desteklememelidir; ulusların kendi kaderini tayin meselesine destek her zaman burjuvazinin haklarına destek anlamına gelmektedir. Bauer'e göre ise, özellikle imparatorluk içinde tüm ulusal grupların kültürel konularda belirli özerklik hakları olmasıdır. Bu okula göre, çok uluslu bir devlet içerisinde bir dizi kültürel, idari, yasal düzenlemeleri içeren kültürel özerklik, meselenin ana fikrini oluşturmaktadır.

II. KENDİ KADERİNİ TAYİN MESELESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Arrighi'ye göre, günümüzü biçimlendiren sermaye birikimi strateji ve yapıları, ilk olarak on dokuzuncu yüzyılın son çeyreğinde ortaya çıkmıştır¹⁸. 1890'larda Afrika, çoktan emperyalist güçler tarafından paylaşılmaya başlamıştır¹⁹. Bununla birlikte 1890'larda emperyalizmin, güncel siyaseti belirlemeye başladığı ifade edilebilir. Chimni'ye göre de modern uluslararası hukukun²⁰ evrimi ve büyümesi, küresel kapitalizmin farklı aşamalarıyla bağlantılı olup, 1875-1945 arası dönem emperyalizm olarak belirtilmiştir²¹. Yine 1890'lara kadar özellikle Amerika'da yaygın kapitalizmden bahsedilebilir²². Bu bağlamda kendi kaderini tayin meselesinin tarihsel süreci içerisinde ilk dönemecinin başlangıçta emperyalizmin belirginleştiği 1890'lar olarak belirlenebilir.

Lenin, kendi kaderini tayin meselesi ile ilgili olarak "En Zayıf Halka Tezi"ni ileri sürmüştür. Lenin'in emperyalizmi soruşturmakta amacının, başlangıçta Rus İmparatorluğu içinde ve daha sonra dünyadaki diğer sömürgelerde kendi kaderini tayin mücadelelerinden kaynaklandığını hatırlatmakta fayda vardır²³. Lenin'in ifadeleriyle ilerlersek, "Öteki sorunlarda olduğu gibi ulusların kendi kaderlerini tayin etme sorununda da, bizim her şeyden önce ilgilendiğimiz nokta, belirli bir ulusun içinde, proletaryanın kendi kaderini tayin etmesidir"²⁴. Buna göre, artık transferi çevreden merkeze doğru olmaktadır.

¹⁸ Giovanni Arrighi, *Uzun Yirminci Yüzyıl: Para Güç ve Çağımızın Kökenleri*. (Recep Boztemur, Çev.) Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2016, s. 357.

¹⁹ Marc Ferro, *Sömürgecilik Tarihi: Fetihlerden Bağımsızlık Hareketlerine Kadar 13.-20. Yüzyıl*. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2002, s. 33; Raimondo Luraghi, *Sömürgecilik Tarihi*. (Halim İnal, Çev.) İstanbul: E Yayınları, 2000, s. 236.

²⁰ Bhupinder S. Chimni, "Marxism and International Law: A Contemporary Analysis". *Economic and Political Weekly*, 34 (6), (1999): s. 338. Buna göre modern uluslararası hukukun evrimi ve büyümesi, küresel kapitalizmin farklı aşamalarıyla bağlantılıdır. "Kapitalizm en başından beri emperyalisttir" gerçeği yerine, dünya ekonomisinin tarihi aşğıdaki aşamalara ayrılabilir. Dünya ekonomisinin farklı aşamaları, şu şekilde sınıflandırılabilir uygun uluslararası yasal üstyapılar verir:

1. 1600-1760 Eski sömürgecilik: Feodal hukuktan burjuva uluslararası hukuka geçiş
2. 1760-1875 Yeni sömürgecilik: Burjuva (sömürgeci) uluslararası hukuku
3. 1875-1945 Emperyalizm: Burjuva (emperyalist) uluslararası hukuku
4. 1945- Yeni emperyalizm: Burjuva demokratik uluslararası hukuku

²¹ Chimni, "Marxism and International Law: A Contemporary Analysis", s. 338.

²² Michel Aglietta, *A Theory of Capitalist Regulation*. Verso, 1987, s. 71.

²³ Radha D'Souza, "Imperialism and Self-Determination: Revisiting the Nexus in Lenin". *EPW Economic & Political Weekly*. Vol: XLVIII, No: 15, (2013): s. 62.

²⁴ Vladimir İlyiç Lenin, *Ulusların Kaderlerini Tayin Hakkı*. Ankara: Eriş Yayınları, 2004, s.76.

Toplumsal artık çevreden, sömürgelerden merkeze gitmektedir. Sömürgelerin merkeze aktarım yapamayacak şekilde bağımsızlıkları desteklenirse, merkez içerisinde karışıklıklar, anlaşmazlıklar olur, bu şekilde hem içeride devrim gerçekleşir, hem de bunun arkasından dünya devrimi gelir. Bu transfer kesilmelidir. Çevre, kendisine ait kolektif zenginlikleri meşrulaştırmamalıdır. Sömürülen toplumlar kendi kaynaklarını kullanmalıdır. Lenin’de kendi kaderini tayin meselesi, bir dünya devrimi stratejisidir, anti-emperyalist mahiyettedir, proleter dayanışmaya destek verme koşulunu içermelidir. Lenin’in kendi kaderini tayin kavramı bağlamında proletarya vurgusu şu ifadelerde de görülebilmektedir; “Kendi kaderini tayin özgürlüğü için mücadelenin koşulsuz kabul edilmesi, bizi her ulusal kendi kaderini tayin talebini desteklemekle yükümlendirmez. Sosyal-demokrasi, proletarya partisi, pozitif temel görevini, halkların ve ulusların değil, her milliyetin proletaryasının kendi kaderini tayinini geliştirmekte görür”²⁵.

Bu teze göre en zayıf halka sömürge ülkeleri olduğu için, halka buradan kopartılmalıdır. Lenin asla kapitalist ulus-devlete dönüşümü, eğer dönüşen toplum emperyalist sistemin halkası olacaksa, onaylamamıştır. Lenin’in dünya devrimi stratejisi olarak gördüğü kendi kaderini tayin, anti-emperyalist nitelikte olmalıdır²⁶. Çünkü, emperyalist merkezlerle onların buldukları üzerinden onların istedikleri şekilde gerçekleştirilen entegrasyon politikalarının ve projelerinin hepsi çevre ve yarı çevre toplumsal formasyonlarda ikamet eden emekçilerin zararına olmaktadır. Lenin için kendi kaderini tayin meselesi, halkların geleceğin sosyalist topluluğuna entegrasyonunun ve bu birlik içerisinde kaynaşmasının başarısıyla ilişkilidir²⁷.

Lenin’in “En Zayıf Halka Yaklaşımı”, Sovyet İhtilali sürecinde etkili olmuştur. Sovyet İhtilali’nin özellikle egemenlik alanında önemli sonuçları olmuştur²⁸. Sovyet İhtilali sonrası dönemde devletlere uluslararası hukuk önünde eşitlik statüsü verilmeye başlanmıştır. Ayrıca yine bu dönemde biçimsel olarak egemenlikler evrenselleşmiştir. Bu durumda doğal hak tanımı olmayan ve amacı merkezde bir devrim gerçekleştirmek olan Lenin’in söz konusu stratejisi, emperyalistlerle işbirliği içerisinde olanların siyasi hedeflerinin gerçekleştirilmesi için kullanılamaz. Lenin’in ileri sürdüğü strateji genel olarak bu şekildedir²⁹.

Lenin’in tezine karşı Wilson ilkeleri ileri sürülmüştür³⁰. Bu noktada 1917’de Marksizmin stratejisi başarılı olarak Batı’daki toplumlara etki edince Amerika’nın Wilson ile verdiği

²⁵ Vladimir İlyiç Lenin, *Seçme Eserler*. (Saliha N. Kaya ve İsmail Yarkın, Çev.), İstanbul: İnter Yayınları, Cilt 2, Birinci Basım, 1993, s. 320.

²⁶ Ali Murat Özdemir, “Egemenlikteki Dönüşüm, Kendi Kaderini Tayin Meselesi ve Sovyet İhtilali”. *Monthly Review*, Yıl 2017, Sayı 4, s. 187.

²⁷ Savran, *Bir İhtilal Olarak Milli Mücadele*, s. 50.

²⁸ Moshe Lewin, *Sovyet Yüzyılı*. (Renan Akman, Çev.) İstanbul: İletişim Yayınları, 1. Baskı, 2008, s. 344.

²⁹ Aijaz Ahmad, “Imperialism of Our Time”. *Socialist Register: The New Imperial Challenge*, Ed., Panitch, Leo ve Colin Leys. Vol: 40 (2004): s. 49; Özdemir, “Egemenlikteki Dönüşüm, Kendi Kaderini Tayin Meselesi ve Sovyet İhtilali”, s. 185.

³⁰ Adom Getachew, *İmparatorluktan Sonra Dünyakurmak: Kendi Kaderini Tayinin Yükselişi ve Düşüşü*. (Emre Can Dağlıoğlu, Çev.) İstanbul: Runik Kitap Yayınları, 2021, s. 74; Ali Murat Özdemir, “Uluslararası Hukukun Nesnesi ve Tarihi Üzerine Deneme”. *Emperyalizmin Hayaletleri, Küresel Düzenlemenin Bugünü*. Der: Ali Murat Özdemir, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, (2013): s. 225.

cevap gündeme gelmiştir³¹. 1919 Paris Barış Konferansı'nda yeni kurulan Orta Avrupa devletleri için ulusal kendi kaderini tayin meselesini onaylamıştır³².

Birinci kuşak tartışmalar olarak adlandırdığımız tarihin kendi kaderini tayin kavramı ile ilgili olan bu bölümünde, yani hem Wilson'un hem de sosyalistlerin yaklaşımlarının ileri sürüldüğü bu döneme bakıldığında, dünya çoktan emperyalist ülkeler tarafından sömürgelere ayrılmış durumdadır. Birinci kuşak tartışmalarda, kendi kaderini tayin meselesi, sömürge statüsünde olan siyasal eylem odaklarının ayrılık taleplerini kapsamaktadır. Birinci kuşak tartışmalar bağlamında kolektif hak düşüncesine yer olmadığı görülmektedir. Dönemin uluslararası ilişkilerinde, emperyalist güçler tarafından izlenen sömürge politikaları etkili olmuştur. Emperyalist devletler, sömürge toprakları üzerindeki hakimiyetlerini sürdürmek ve kaynaklarına erişimlerini korumak için çaba göstermişlerdir. Bu durum, sömürge halklarının kendi kaderlerini tayin etme taleplerini bastırması ve kolektif hak düşüncesine engel olmuştur.

1941 Atlantik Şartı'nda ABD ve BK tarafından, tüm insanların sahip olmak istedikleri hükümet seçme hakkına saygı duydukları belirtilmiştir. Ancak bu kavramın, Britanya sömürgelerine uygulanamayacağı da belirtilmiştir³³. Bunun nedeni, emperyal güçlerin kontrolündeki sömürgelerde kendi kaderini tayin meselesi ile ilgili gelişmelerin yaşanmasının istenmemesidir. Karl Radek'in Wilson'a mektubu burada önemlidir: "Polonya, Sırbistan, Belçika'nın bağımsızlığını ve Avusturya-Macaristan halkının özgürlüğünü talep ediyorsunuz ama garip bir şekilde taleplerinizde İrlanda, Mısır, Hindistan ve hatta Filipin Adaları için özgürlükten söz edildiğini görmüyoruz"³⁴. Wilson ilkelerinin herkese uygulanacağı düşünülse de aslında savaş sonunda yenilen üç imparatorluğun parçalanmasını kapsamaktadır³⁵. Bu sebeplerle siyaset bilimci Tony Smith tarafından Amerikan ulusal çıkarlarının dünya çapında demokrasiyi teşvik ederek en iyi şekilde takip edilebileceği inancı olarak tanımlanan³⁶ Wilson'un prensipleri bağlamında kendi kaderini tayin kavramı, burjuva enternasyonalizminin emperyalist pratiği işlevi görmektedir denilebilir.

1870-1945 tarihleri arası klasik emperyalist dönem olarak adlandırılabilir³⁷. Klasik emperyalizm döneminde dünya, emperyalist ülkeler tarafından sömürgelere ayrılmış durumdadır. Bu anlamda her devletin kendine ait sömürge alanları bulunmaktadır. Bu dönemde her sermaye kendi menfaatini diğer sermaye grubuna karşı ulusal bayrak altında savunmaktadır.

Kapitalistlere daha fazla toprak, ham madde, operasyonlarının gerçekleşmesini sağlayacak mevzuatların bir örnekleştirilmesi lazım olmuştur. 1945 ile birlikte kendi çıkarını maksimize etmeyi, meşruiyetini sağlamayı amaçlayan, kendi kaderini tayin meselesini bu düzleme

³¹ Özdemir, "Egemenlikteki Dönüşüm, Kendi Kaderini Tayin Meselesi ve Sovyet İhtilali", s. 188.

³² David Chandler, *From Kosovo to Kabul and Beyond, Human Rights and International Intervention*. London: Pluto Press, 2006, s. 124.

³³ Getachew, *İmparatorluktan Sonra Dünyakurmak: Kendi Kaderini Tayinin Yükselişi ve Düşüşü*, s. 125.

³⁴ Kees Van Der Pijl, "Arab Revolts and Nation-State Crisis". *New Left Review*. 70 July-August, (2011): s. 43.

³⁵ Özdemir, "Egemenlikteki Dönüşüm, Kendi Kaderini Tayin Meselesi ve Sovyet İhtilali", s. 188.

³⁶ Lloyd E. Ambrosius, "Post-Cold War Wilsonianism: America's Mission?". *Wilsonianism: Woodrow Wilson and His Legacy in American Foreign Relations*, Palgrave Macmillan, (2002): s. 175.

³⁷ Alex Callinicos, *Emperyalizm ve Küresel Ekonomi Politik*. (İlkay Ata, Çev.) Ankara: Phoenix Yayınevi, 2014, s. 270.

oturutan burjuva temsil kurumu radikal olarak dönüşmüştür. İki dünya savaşının taşıdığı bir krizin arkasından biz 1945'den sonra Amerikalıların bu kapitalizm krizine bir devletin birden ziyade kökeni olan sermaye grubunu içine kabul ettiği, bir sermaye grubunun da zenginleşmek, genişletilmiş yeniden üretim sürecine girmek için bir devlete muhtaç olmadığı yeni bir düzenek görüyoruz³⁸.

Ulus devlet imparatorlukları arasındaki rekabete dayalı sistem çökmüştür. Amerikan önerisine göre, hiçbir ulus devlet değerini yok ederek sınırsız bir birikime ulaşamayacaktır. 1945'ten sonra Amerikan hegemonyasıyla birlikte kapitalizm dönüşmüştür, Amerika'nın liderliğinde yeni bir hegemonyacı düzen ile dünya ekonomisinde yenilenmiş bir büyüme ortaya çıkmıştır³⁹. Amerikan hegemonyası döneminde sermaye uluslararasılaşmıştır. Bir devlet, farklı merkezlerden sermaye gruplarına açılmıştır. Bireysel kapitalistler, birden ziyade ülkede faaliyet göstermişlerdir⁴⁰. Bu dönemde emperyalizm yok olmamıştır, kolektifleşmeye başlamıştır⁴¹. Örneğin, Amerikan sermayesi Berlin'de yatırım yaptığında Alman sermaye sınıfının bir parçası olmaktadır, Amerikan sermayesinin talepleri de Almanların talepleri kadar Alman sermayesinde temsil edilir hale gelmiş olmaktadır.

Amerikan üretim ve tüketim normları uluslararasılaşmıştır. Fordist birikim rejimi etkili olmuştur. Merkez kapitalist dünyada emek sadece maliyet değil, aynı zamanda talep unsuru olmuştur. 1960'ların sonunda yeni sanayileşen ülkeler ortaya çıkmıştır. Emegın devrimci taleplerden vazgeçtiği bir toplumsal uzlaşma bağlamında sermaye birikim rejimlerinde dönüşüm söz konusudur. Sermayenin uluslararasılaşması ağırlıklı bir şekilde devletin uluslararasılaşmasıyla birlikte yürütülmüştür. Yani bütün devletler belirli normları benimsemek ve belirli kurumları oluşturmak açısından çok radikal olarak farklı şeyler yapmak konusunda uzlaşmaktadırlar. Artık burjuvazinin Fransız Devrimi ile birlikte yurttaş hakları içerisinde kendi hegemonyasını tesis etme süreci bitmiştir.

Kolektif emperyalizmin⁴² belirlediği dönemde kendi kaderini tayin meselesinin öznesi sömürge halkları olmuştur. Sömürge halklarının/insanlarının emperyalizme karşı kendi kaderini tayin meselesi ile ilgili talepleri, II. Dünya Savaşı'na kadar gerçekleşmemiştir. II. Dünya Savaşı ise klasik emperyalizmin sona erdiği, kolektif emperyalizmin yükseldiği bir dönemin başlangıcı olarak düşünülmelidir. Sömürgelerin bağımsızlaştığı dönem, kendi kaderini tayin meselesinin Batılı emperyalistler tarafından tanındığı dönem, bu dönemdir.

³⁸ Ali Murat Özdemir, "Kolektif Emperyalizm". *Kolektif Emperyalizm: Mağribden Maşrika Dönüşümün Ekonomi Politikası*. Der: Ali Murat Özdemir, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, (2014): s. 68; Leo Panitch ve Sam Gindin. *Küresel Kapitalizmin Oluşturulması: Amerikan İmparatorluğunun Siyasal İktisadı*, (Ümit Şenesen, Çev.) İstanbul: Yordam Kitap Yayınları, 2019, s. 26; Engin Sune, "Devlet Biçiminin Yeniden Düzenlenmesinin Aracı Olarak Uluslararası Hukuk: Libya Örneği". *Emperyalizmin Hayaletleri, Küresel Düzenlemenin Bugünü*. Der: Ali Murat Özdemir, İmge Kitabevi Yayınları, 2013, s. 107.

³⁹ Andre Gunder Frank, *Yeniden Doğuş: Asya Çağında Küresel Ekonomi*. (Kamil Kurtul, Çev.). Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2010, s. 340.

⁴⁰ İsmail Aydıngün ve Ali Murat Özdemir. *11 Eylül Küresel Felakete Yerel Yorumlar*. Tan Kitabevi Yayınları, 2012, s. 49-50; Özdemir, "Kolektif Emperyalizm", s. 46.

⁴¹ Özdemir, "Kolektif Emperyalizm", s. 85; Ali Murat Özdemir, "Emperyalizm Uzun Sürer". *Monthly Review Bağımsız Sosyalist Dergi*. Ocak 2017/1, s. 99.

⁴² Özdemir, "Kolektif Emperyalizm", s. 14.

II. Dünya Savaşı'ndan 1990'lara kadar olan dönem, ikinci kuşak kendi kaderini tayin iddiaları ile ilgilidir. Burada biçimsel egemenlik uluslararasılaşmıştır, sömürge statüsünden çıkışlar olmuştur. Kendi kaderini tayin, 1945 öncesinde ancak parçalamaya yönelik cezalandırma eylemi olabilirken; 1945 sonrasında ilgili kapitalist dünyanın birikim stratejisi açısından olumlu bir özellik taşımaktadır. Sermayenin uluslararasılaşması sürecinin yeni gerekliliklerine daha çabuk tepki verilmesinin sağlanması için devlet biçimi değiştirilmektedir.

Sömürgecilik karşıtı hareketlerin başarıya ulaşmasında, pek çok hak kategorisinin hukuk metinlerine girmesinde, az gelişmekte olan ülkelerin kendi doğal kaynakları üzerinde egemenlik kurma çabalarında, bu ülkelerin toplumsal var olma haklarının savunulmasında Sovyetler'in etkisi belirleyici olmuştur. Sovyetler'in etkisiyle, sömürge devletler, kendi kolektif varlıklarına sahip çıkabilmek adına taleplerde bulunmaya başlayabilmişlerdir, sanayileşme ve kalkınma talep edebilmişlerdir. Sovyetler'in bulunduğu dönemde uluslararası hukuk, devletlerin iç düzeyine karışmamıştır.

BM Sözleşmesi'nden farklı olarak MC Sözleşmesi'nde kendi kaderini tayin meselesi yer almamıştır. Bunun nedeni, MC'nin emperyalistler arası rekabeti düzenlemiş olmasıdır. Britanya hegemonyası altında Milletler Cemiyeti'nin takip ettiği Uluslararası Hukuk, Lenin'in saptadığı gibi emperyalistler arası rekabeti düzenleyen bir tür savaş hukukudur⁴³. Sözleşmeyi imzalayanlar, savaşı kazanan emperyalist devletlerdir.

MC döneminde kendi kaderini tayin meselesi bağlamında, İsveç-Finlandiya arasındaki Aaland Sorunu ile ilgili bir karar verilmiştir. İsveç, Aaland'ın kendisiyle birleşmesini istemiştir. Finlandiya egemenlik ve toprak bütünlüğünün korunması gerektiğini belirtmiştir. Komiteye göre toprak üzerinde tasarruf hakkı devletlerin egemenliklerinin bir özelliğidir, uluslararası pozitif hukukta diğer devletlerin herhangi bir devletin bir bölgesinin bağımsızlığını iddia etme hakkı yoktur, benzer şekilde ulusal grupların parçasını oluşturdukları devletten ayrılma hakları yoktur. Buna göre bir grubun bir devletten ayrılması ya da başka bir devletle birleşmesi için mevcut devlet tarafından adil ve etkin garantilerin sağlanamaması durumunun olması gerektiği belirtilerek, kendi kaderini tayin meselesi, devletlerin kendi ulusal egemenlikleri alanında görülmüştür.

Kendi kaderini tayin, Sovyetler Birliği'nin ısrarıyla pozitif bir norm olarak BM Şartı'nda yer almıştır⁴⁴. Bu şekliyle kavram ilk kez bir uluslararası hukuk belgesinde ele alınmıştır. Kendi kaderini tayin kavramı ile ilgili olarak Birleşmiş Milletler Şartı'nda açık bir biçimde iki kere bu kavrama atıfta bulunulur⁴⁵; -Madde 1 (2)⁴⁶ ve Madde 55 (1)⁴⁷-.

⁴³ Özdemir, "Egemenlikteki Dönüşüm, Kendi Kaderini Tayin Meselesi ve Sovyet İhtilali", s. 189.

⁴⁴ Bill Bowring, "Marx, Lenin and Pashukanis on Self-Determination: Response to Robert Knox". *Historical Materialism*. 19 (2), (2011): s. 116.

⁴⁵ Getachew, *İmparatorluktan Sonra Dünyakurmak: Kendi Kaderini Tayinin Yükselişi ve Düşüşü*, s. 126.

⁴⁶ Uluslar arasında, halkların hak eşitliği ve kendi geleceklerini kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkiler geliştirmek ve dünya barışını güçlendirmek için diğer uygun önlemleri almak.

⁴⁷ Uluslar arasında halkların hak eşitliği ve kendi yazgılarını kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş barışçı ve dostça ilişkiler sağlanması için gerekli istikrar ve refah koşullarını yaratmak...

1950 tarihli BM Genel Kurul kararında kendi kaderini tayin meselesi ile ilgili olarak İnsan Hakları Komisyonu'ndan bir çalışma yapılması istenmiştir. 1952 tarihli kararda kendi kaderini tayin meselesinin tanınmasının insan hakları açısından ön şart niteliğinde olduğu belirtilmiştir. 1962 tarihli Doğal Kaynaklar Üzerinde Daimi Egemenlik Kararı'nda milletlerin doğal zenginlik ve kaynaklar üzerinde daimi egemenliklerinin, kendi kaderini tayin meselesinin temel bir unsuru olduğu belirtilmiştir. 1960 tarihli Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri ve 1970 tarihli Devletler Arasında BM Şartı'na Uygun Şekilde Dostane Münasebetler Kurma ve İşbirliği Yapmaya Dair Milletlerarası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri'de sömürgecilğin her türlü sonu ilan edilmiştir.

1966 Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde kendi kaderini tayin meselesi düzenlenmiştir. İkiz sözleşmelerde kavramdan bir hak olarak bahsedildiği belirtilmelidir. Bu sözleşmelerde kendi kaderini tayin kavramı açısından evrensel bir dil kullanıldığı görülmektedir. Kavramın İkiz Sözleşmeler'de yer almasının, bağlayıcı bir uluslararası hukuk normu karakteri kazandığı belirtilmektedir⁴⁸. Ancak kavramın tatbikine bakıldığında, sömürgeler ve işgal altındaki toplumlarla sınırlandırıldığı iddia edilebilir.

UAD'nin 1970 Namibya, 1975 Batı Afrika Sahrası, 1995 Doğu Timor Adaları kararlarında kendi kaderini tayin meselesinin niteliği bir teamüli hukuk normudur. Söz konusu kararlar, kendi kaderini tayin meselesinin niteliğini belirleyen önemli hukuk belgeleridir. Bu kararlar, meselenin uluslararası hukukun bir parçası haline geldiğini vurgulamıştır.

1980'lerde yeni bir birikim rejimi olarak neoliberal söylem ve küreselleşme ideolojisi gelmiştir. Neoliberalizm, dünya siyaseti ve ekonomisinde belirgin bir etki yaratan yeni bir birikim rejimi olarak ortaya çıkmıştır. Burada devletin ekonomik faaliyetleri sınırlanır ve piyasa güçlerine daha fazla alan açılması önerilir. Serbest piyasa prensiplerine dayalı olarak devletin düzenleyici rolü azaltılır, özelleştirme, serbest ticaret ve sermaye hareketleri teşvik edilir.

Sovyetler Birliği'nin yıkılmasıyla Sovyet sisteminden ayrılan ülkelerin kapitalist sisteme entegre edilmesi, tanınması gibi bir ara sorun ortaya çıkmıştır. Kendi kaderini tayin meselesi ile ilgili olarak sömürgeler dışında bir uygulama ile karşılaşmaktadır. Sovyetler sonrasında 1991 AB Direktifi⁴⁹ kendi kaderini tayin meselesinin işlevini dönüştürmüştür. Buna göre, Sovyetler'den ayrılan ülkelerin demokratik liberal birer devlet olarak tanınabilmeleri için gerçekleştirmeleri gereken belirli şartlar vardır: Demokrasiyi garanti altına alacak kurumlar, hukukun üstünlüğü, insan haklarına saygı, azınlık grupların haklarının gözetilmesi, işleyen bir serbest piyasa ekonomisi, Birliğin içindeki piyasa koşullarıyla ve rekabet baskılarıyla baş edebilme kapasitesi⁵⁰. Direktife göre tanınmaları gündeme gelen bu devletlerde piyasa ekonomisi başta olmak üzere hukukun üstünlüğü, insan hakları, demokrasi, azınlıkların ve etnik grupların vd.

⁴⁸ Alpözen ve Özdemir, "1977 Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Anayasası Bağlamında Kendi Kaderini Tayin Meselesi", s. 10.

⁴⁹ Aydıngün ve Özdemir, *11 Eylül Küresel Felakete Yerel Yorumlar*, s. 50; Ezeli Azarkan, "Devletlerin Tanınmasında Dönüm Noktaları: Badinter Komisyonu ve Kosova'nın Tanınması". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (1), (2016): s. 176.

⁵⁰ Özdemir, "Uluslararası Hukukun Nesnesi ve Tarihi Üzerine Deneme", s. 103.

haklarına saygı olmazsa, tanımanın gerçekleşmeyeceği hususları belirtilmiştir⁵¹. Direktif Sovyetler sonrası uluslararası güç ilişkileri ve sermaye birikim rejimleri bağlamında istenen devlet biçimini göstermektedir. Bu şartlar burjuva devlet biçiminin temel belirleyenleridir. Benzeri şartlar 1975-1986 AB'nin ilk genişlemesinde ve 1989-1995 genişlemesinde ileri sürülmemiştir⁵². Bu döneme bu sebeplerle üçüncü kuşak tartışmalar denilmektedir.

Bu bağlamda tanıma kurumu önemlidir. 1933 Montevideo Konvansiyonu'nda unsurlar sayılmıştır. Bunlar: Nüfus, toprak parçası, hükümet, diğer devletlerle ilişki kurabilme yeterlidir. Konvansiyon'a göre devletlerin siyasal varlığı, diğer devletlerce tanınmasına bağlı değildir. 1933 ile 1990 arasında tanıma kurumu betimleyicidir, koşul değildir, belirli koşullara sahipse tanıma zorunludur. Tanıma işlemi kurucu değil, açıklayıcıdır, kriterlerin yerine getirilmiş olması yeterlidir. Tanıma kurumu önceki dönemde kurucudur, 1990 sonrasında da kurucudur, diğer devletlerin onayı şartına bağlıdır, kendiliğinden olamaz.

Sovyet sisteminden ayrılan devletler, daha önce federal bir devletin federe kanatlarını oluşturup, önceki devletlerin anayasalarında kendi kaderini tayin meselesine sahip oldukları öngörülmüştür⁵³. Buna göre, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği tarihinde; 1924, 1936 ve 1977 Anayasaları karşımıza çıkmakta ve bu üç anayasanın her birinde, birlik cumhuriyetlerine kendi kaderini tayin tanınmaktadır⁵⁴.

Sovyetler'den sonra, az gelişmekte olan ülkeler tarafından dışarının talepleri içeriye taşınmaya başlamıştır⁵⁵. Bu yüzden az gelişmekte olan ülkelerin Batı kapitalizminden kaynaklanan taleplere direnebilme kapasitelerinde önemli düşüşler oluşmuştur⁵⁶.

Kosova'nın 2008'de tek taraflı bağımsızlık ilanının uluslararası hukuka uygunluğu ile ilgili olarak sorulan soru üzerine UAD tarafından uluslararası hukuk kurallarının ihlal edilmediği kararı verilmiştir⁵⁷. Kosova'nın bağımsızlığı ile başlayarak kendi kaderini tayin meselesi, dönüşmektedir. Buna göre devletler, Batılı menfaatler doğrultusunda biçimlenmelidir. Toplumsal oluşumlar, emperyalist müdahalelerin nesnesi olabildikleri ölçüde destek bulmaktadır. Bunlar, kendi farazi topraklarındaki kolektif varlıkları bireysel mülkiyete tahvil sözü vermektedirler. Mikro-milliyetçi oluşumlar bu taleplerini doğal haklara dayandırmaktadır. Mikro-milliyetçilik akımları gibi taleplerle merkezi devlet ekseninin parçalanarak ulus-devletlerin güçsüzleşmesi, yerel menfaati uluslararası menfaat karşısında savunma kabiliyetini iyice azaltmaktadır⁵⁸. Dördüncü kuşak tartışmalarla ilgili olarak kaotik bir süreçle karşılaşılmaktadır. Bu dönemde uluslararası müdahale pratiklerinde ortaya çıkan ve herhangi bir kalıba sokulamayan

⁵¹ Bhupinder S. Chimni, "An Outline of a Marxist Course on Public International Law". *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*. Ed: Susan Marks, Cambridge: Cambridge University Press. (2008): s. 59.

⁵² Susan Woodward, "The Political Economy of Ethno-Nationalism in Yugoslavia". *Socialist Register: Fighting Identities: Race, Religion and Ethno-Nationalism*. Vol: 39, (2003): s. 86.

⁵³ Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, s. 142.

⁵⁴ Alpözen ve Özdemir. "1977 Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Anayasası Bağlamında Kendi Kaderini Tayin Meselesi", s. 22.

⁵⁵ Özdemir, "Uluslararası Hukukun Nesnesi ve Tarihi Üzerine Deneme", s. 97.

⁵⁶ Özdemir, "Egemenlikteki Dönüşüm, Kendi Kaderini Tayin Meselesi ve Sovyet İhtilali", s. 198.

⁵⁷ Mehmet Dalar, "Kendi Kaderini Tayin Hakkı Kavramı, Federasyon ve Irak Kürdistan Bölgesel Yönetimi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 20 (32), (2015): s. 27.

⁵⁸ Özdemir vd., *Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım*, s. 115.

çıplak bir şiddet söz konusudur. Kosova'nın bağımsızlığı, dördüncü kuşak içerisindeki uluslararası hukuk kapsamında dayanak aramayan girişimlerin adeta başlangıcı niteliğindedir. Uluslararası hukuk kuralları, esas olarak, güçlü devletlerin ve bu devletlerin uluslararası sistemdeki çıkarlarını kodlamaktadır ve bu doğrultuda yeni gelişmelerin çoğu, güçlü Batılı devletlerin Üçüncü Dünya devletlerinin iç işlerine müdahalelerini haklı çıkarmaya yardımcı olmaktadır⁵⁹.

Tüm dünya Batıların değerleriyle rahatlıkla yatırım yapıp üretilen artı değerlerin veya elde edilen toplumsal kaynakların rahat rahat sürütülmesi olarak sürdürdüğü bir yer olmalıdır. Sovyetler Birliği çöktükten ve fordist birikim rejiminin o dönemde buna uygun olan zemini yıkıldıktan sonra artık üçüncü ve dördüncü kuşak tartışmalar döneminde antiemperyalist bir kendi kaderini tayin kavramı iddiası görülmemektedir. 1990'lardan sonra Batılı emperyalist ülkeler bu kavramı kendi devlet biçimini direkt olarak kullanmışlardır.

Önceki kuşaktan farklı olarak Kosova ve diğerleri federe devlet statüsünde değildir. Kosova ve diğerlerinin önceki dönemde akdedilmiş anayasaya göre ayrılma hakkı yoktur. Kosova ve diğerleri daha önce sömürge statüsünde de değildir.

Dördüncü kuşak tartışmalar döneminde kendi kaderini tayin kavramı, emperyalist gelişmenin ilerlemesi için gerekli olduğu ölçüde, ilgili toplumsal formasyonlar açısından destek bulabilmektedir. Söz konusu toplumsal formasyonlar, hak iddiasında buldukları coğrafyadaki kolektif zenginliklerin kamudan özele geçmesi için sözler verirler. Yine bu dönemde mikro-milliyetçilik kapsamında doğal hak söylemlerine başvurulmaktadır. Kosova'nın bağımsızlığı, dördüncü kuşak içerisindeki uluslararası hukuk kapsamında dayanak aramayan girişimlerin adeta başlangıcı niteliğindedir. Kosova'dan sonra Abhazya, Güney Osetya ve Kırım gibi örnekler de bulunmaktadır.

III. NEOLİBERAL DÖNEMDE KENDİ KADERİNİ TAYİN MESELESİ

Neoliberal birikim dönemi, beraberinde neoliberal devlet biçimlerini de şart koşmaktadır. Neoliberalizm en geniş anlamıyla piyasaların üretimin koordinasyonunda yegane unsur olarak belirlediği ve piyasa menfaatinin toplumsal menfaatin önüne geçtiği bir hale, duruma; dolayısıyla öznesiz bir piyasalaşma/metalaşma sürecine gönderme yapar⁶⁰. Neoliberalizm altında sermayenin hiçbir düzenlemeye tabi olmadığı bir rejim değil, sermayenin küresel hareketini ve kar etmesini en çok kolaylaştıran devlet düzenlemesi biçimidir⁶¹.

Toplumsal formasyonların, devlet biçimlerinin gerektiğinde silah zoruyla değiştirilmesine kadar gidecek şekillerde muhatap olmak durumunda kalabilecekleri, zoraki uyum, haydut devlet ilan etme, otoriter devlet ilan etme, önleyici meşru müdafaa, insani müdahale gibi tehditler oluşmuştur. Yani eskiden convergence/yakınsaklaşma ve uyum gibi birtakım teklifler ve tavsiyeler üzerinden daha biçimsel olarak bağımsız hükümetlerin ilgili devlet biçimini benimsemeleriyle ortaya çıkan bir süreç varken, 1990'lardan sonra zoraki uyum, daha sonra ise

⁵⁹ Bhupinder S. Chimni, "Legitimizing the International Rule of Law". *The Cambridge Companion to International Law*. Ed: James Crawford & Martti Koskenniemi. Cambridge: Cambridge University Press. (2012): s. 294.

⁶⁰ Özdemir, "Kolektif Emperyalizm", s. 29.

⁶¹ Michael Hardt ve Antonio Negri. *Çokluk, İmparatorluk Çağında Savaş ve Demokrasi*. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2004, s. 295-296.

haydut devlet ilan etme ya da otoriter devlet ilan etme tehditleri görülmektedir⁶². İnsani müdahale doktrini, önleyici saldırı doktrini ile birlikte, küresel siyasi egemenlik kurmak amacıyla ortaya çıkan burjuva emperyal uluslararası hukukun ayrılmaz bir parçası olarak icat edilmiştir⁶³.

Az gelişmekte olan devletlerin egemenlikleri sorunsallaştırılır. Az gelişmekte olan devletlerde mikro düzeylere inilir ve yerel yönetimlerin önemi vurgulanır. Ulusal kaynaklar üzerinde egemenlik hakları sorgulanır. Refah ve sosyal benzeri devlet anlayışından iyice uzaklaşılır. Kitlesele eğitim ve sağlık gibi alanlar zayıflatılır. Toplumun kurucu unsuru olan emeğin anayasallaşması dışlanır. Emeğe değil; ancak sermayeye, kolektif kaynaklar üzerinde sınırsız hareket imkanı sağlanır. Hızla ulus altı ölçekte iktidar devredilen bölgesel uzamlardan beklenen, ulusal üstü planda küresel sermaye ile iş birliğine yatkın yapılar sergilemeleridir. Bu şekilde müdahale edilerek biçimleri değiştirmeye zorlanan devletler, sermayenin uluslararasılaşması sürecinin yeni gerekliliklerine çabuk tepki verilmesini sağlamaktadır.

Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra GATT, DTÖ, IMF, DB gibi örgütler kendi koşullarını istedikleri yerlere istedikleri şekilde tatbik etme gücüne sahip olmaya başlamışlardır. Özellikle Uluslararası Para Fonu ve Dünya Ticaret Örgütü, neoliberal reformların gelişmekte olan ülkelere dayatıldığı başlıca araçlar haline gelmişlerdir⁶⁴. Sovyetler Birliği'nin varlığı döneminde egemen devletler arasında uluslararası ittifaklar, BM gibi uluslararası örgütlere üyelik, uluslararası antlaşmalar önemliken; Sovyetler sonrasında bu durum yerini devletlerin iç düzenlerinde yapılacak kapsamlı "reformlara" bırakmıştır⁶⁵.

Sovyetler Birliği çöktükten sonra, neoliberal dönemde, subsidiarite ilkesi, ulus-devletlerin bölgelere parçalanması, bölgelerin merkezle bağlantısının kesilmesi, bölünen bölgelere yetkilerin devredilmesi, yerelliklere özgürlük getirilmesi, yerel kimliklerin korunması, yerellerin merkezle koordinasyonunun parçalanması, sonra yatırım programları ve benzerleri üzerinden yerellerin başka bir merkezle koordinasyonunun tesis edilmesi, ardından da bu yerellerin bölge dışı oluşumlarla ilişkilerinin geliştirilmesi gibi süreçlerle karşılaşmaktadır. Neoliberal dönemde piyasa, devlete tercih edilmektedir; hatta devlet, piyasaya tabi kılınmaya çalışılmaktadır⁶⁶.

IV. MİKRO-MİLLİYETÇİLİK

Bu doğrultuda biçimlenen kendi kaderini tayin meselesi, bu dönemde mikro-milliyetçi bir yapı sergiler. Mikro-milliyetçilik, neoliberal dönemde devletlerin uluslararası sermaye karşısında alması istenen formlar bağlamında, tedavüle sokulmuştur. Mikro-milliyetçiliğin öne çıkmasının nedenlerinden biri de ulus devletlerin küresel ölçekte sermaye dolaşımına müdahale edemeyecek kadar güçsüz olmaları beklentisidir. Sadece emperyalist Batı tarafından uygun görülen politikaları uygulayabilen devlet iktidarlarına ulaşmanın yollarından birisi mikro-

⁶² Ali Murat Özdemir, *Cumhuriyetin Bütün Sabahları: Bilim, Emperyalizm ve Türkiye Üzerine Söyleşi*. Ankara: İmge Kitabevi Yayıncılık, 1. Baskı, 2023, s. 56.

⁶³ Chimni, "An Outline of a Marxist Course on Public International Law", s. 89.

⁶⁴ Mayo Toruno, "The Rhetoric and Economics of Neoliberalism". *G. Ü. İİBF Özel Sayısı*. (2002): s. 189-190.

⁶⁵ Woodward, "The Political Economy of Ethno-Nationalism in Yugoslavia", s. 86.

⁶⁶ Adam Harmes, "The Rise of Neoliberal Nationalism". *Review of International Political Economy*, 19:1, (2012): s. 64-65.

milliyetçiliktir. Mikro-milliyetçilik emperyalizmin araçlarından birisidir⁶⁷. Dolaylı olarak aynı amaç ve işlevlere hizmet eden başka söylemler de vardır: çoğulcu demokrasi, demokratik özerklik, kimliklere saygı talebi, çokkültürcülük, güçlü yerel yönetimler.

Mikro-milliyetçilik kavramı, akademik doktrinde ilk kez 20. yüzyılın sonlarında kullanılmaya başlamıştır. Mikro-milliyetçilikteki ‘mikro’ terimi, milliyetlerin daha geniş bir uluslaşma projesine sahip egemen bir devletin parçası olduğuna dikkat çeker⁶⁸. Mikro-milliyetçilik, belirli bir devletin daha geniş ekonomik ve politik sisteminden ayrılma eğilimi ile sergilenen çeşitli mikro-ulusal faaliyetler koleksiyonunu destekleyen düşünceler topluluğudur⁶⁹. Mikro-milliyetçilik, devlet içerisinde daha küçük bir parçanın uluslaşma projesi, ayrılma eğilimi, bir tür özerklik olarak tedavüle sokulmuştur.

Küreselleşmenin mikro-milliyetçiliği artırdığı belirtilmiştir. Sönmez Selçuk’a göre; küreselleşme, toplumsal ve özellikle de ekonomik alanda ulus-devleti adeta işlevsizleştirmekte, bu süreçte ulus-devletin işlevleri azalmakta, yoksullaşma artmakta, ulusal pazar yerini uluslararası pazara bırakmakta, uluslararası sermayenin çıkarına hareket edilmekte, bu sebeplerle mikro-milliyetçilikler artmaktadır⁷⁰. Küreselleşme ideolojisinde uluslararası sermaye her yerde yayılarak siyasal bir güç haline gelir, bu sebeple devlet içindeki farklı kimliklere ayrıcalıklar tanınabilir. Küreselleşme ideolojisinde uluslararası sermayenin yerkürenin her tarafına yayılması, bu sermayenin bu şekilde her yerde siyasal bir güç haline gelmesi, bunun önündeki engel olan ulusal sınırların aşılması, bu bağlamda milli değerlerin yapıbozumuna uğratılabileceği, her bir devletin içindeki farklı etnik kimliklere kültürel ve politik ayrıcalıklar tanınması, çoğunluğun, çoğulculuğun, çeşitliliklerin desteklenmesi ve benzeri hususlar bulunmaktadır⁷¹.

Mikro-milliyetçiliği oluşturan etnik çatışmalar, kabileler arası gerginlikler, medeniyet çatışmaları, kimlik politikaları, Sovyetler sonrasında uluslararası güç sistemini doğrudan etkilemiştir⁷². Sovyetler Birliği sonrasındaki süreçte etnik gruplar arasında kimlik arayışlarının hızlandığı görülmektedir. Kimlik politikalarının güçlenmesiyle birlikte uluslararası sistem, artan bir şekilde etnik ve kültürel çeşitlilik üzerinde odaklanmaya başlamıştır.

Tarihsel doğal hak söylemleri, genelde emperyalizmin işine yarayacak gruplar için üretilmektedir, yaramayacak gruplar için böyle bir tarih üretimi olmamaktadır. Bu söylemler emperyalizme karşı olan veya onun hakimiyetine direnen gruplar için nadiren veya hiç üretilmemektedir. Emperyalist güçler, hakimiyetlerini meşrulaştırmak ve halkları sömürmek için

⁶⁷ Ebubekir Aykut, “Marksizm, İnsan Hakları ve Uluslararası Hukuk”. *Emperyalizmin Hayaletleri: Küresel Düzenlemenin Bugünü*. Der: Ali Murat Özdemir, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, (2013): s. 129.

⁶⁸ Sanjib Baruah, “‘Ethnic’ Conflict as Stat-Society Struggle: The Poetics and Politics of Assamese Micro-Nationalism”. *Modern Asian Studies*, 28, (1994): s. 650.

⁶⁹ Robert Istok ve Stefania Novakova. “Micronationalism as a Phenomenon of the Present”. *Acta Facultatis Studiorum Humanitatis Et Naturae Universitas Presoviensis, Prirodne Vedy, Folia Geographica*, Volume: 56, No:1, (2014): s. 46.

⁷⁰ Senem Sönmez Selçuk, “Dünden Bugüne Milliyetçilik: Küresel Dünyada Yükselen Sesler”. *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 12 (3), (2012): s. 129.

⁷¹ M. Zeki Duman, “Küreselleşme, Kimlik ve Çokkültürlülük”. *YDÜ Sosyal Bilimler Dergisi*. C. II, No. 1, Nisan, (2009): s. 97.

⁷² Woodward, “The Political Economy of Ethno-Nationalism in Yugoslavia”, s. 89.

tarihsel olarak doğal hak söylemlerini kullanırlar. Örneğin, sömürgeleştirilmiş halkların tarihleri ve kültürleri genellikle aşağılanmıştır.

Uluslararası sermaye tarafından yereldeki pazarlarda tam olarak hakimiyet kurulması için emperyalizm mikro-milliyetçilik söylemleri ile ulus devletlerin etnik olarak parçalara ayrılmasını hedeflemektedir. Emperyalizm, mikro-milliyetçilik söylemleri ile ulus-devletlerin etnik olarak parçalara ayrılmasını hedeflemektedir. Bunun temel nedeni, uluslararası sermaye tarafından yereldeki pazarlarda tam olarak hakimiyet kurulmasıdır. Mehmet Ali Güller, emperyalizmin “yeni dünya düzeni” diyerek “ulusal devletlere” savaş açmasının ve ulusal devletleri etnik ve mezhepsel zeminde parçalara ayırmaya çalışmasının nedeninin, tek pazarı bölerek, parçalı pazarlara kolayca egemen olmak olduğunu, serbest piyasa ekonomisi denilerek gümrük duvarlarının indirilmesi ve serbest kambiyo rejimi denilerek emperyalist paranın pazarda yavaş yavaş etkili hale getirilmesinin de bu yüzden olduğunu ifade etmiştir⁷³.

Hobsbawm’a göre, neoliberal dönemde milliyetçi hareketlere bakıldığında, devlet kurulmasından ziyade, devletlerin parçalanması durumları öne çıkmaktadır. Bugün milliyetçilik, Hobsbawm’ın görüşüne göre, zamanımızın bölünebilir milliyetçileri olarak tanımladığı bir süreçte, mevcut devletleri daha küçük devletlere bölmeye yönelik oldukça amaçsız bir eğilimdir⁷⁴. Arrighi de, ulus-devletlerin gücünün giderek bozulmasının bir nedeninin de farklılık ve kimlik olguları üzerine gittikçe daha fazla vurgudan doğan “aşiretçilik” olduğundan bahsetmektedir⁷⁵.

Mikro-milliyetçilik her zaman kendi iddialarını kendi kaderini tayin meselesi altında ortaya koymayabilir. Bu bağlamda mikro-milliyetçi söylemin kendini açığa vurduğu noktalardan bahsedilebilir. Bu noktalar arasında çoğulcu demokrasi, demokratik özerklik, kimliklere saygı talebi, bölgecilik, çokkültürcülük/çokkültürlülük, güçlü yerel yönetimler gibi söylemler bulunmaktadır.

Çoğulcu demokrasi söylemine bakıldığında hakim anlatıda, çoğunluğun mutlak hakimiyetinin reddedildiği belirtilmektedir. Bu söylemde azınlıklar ve hakları önemlidir. Buna göre azınlıkların çeşitli siyasal ve kültürel hakları bulunmaktadır. Neoliberal dönemde çoğulculuk, önemli bir değer olarak ileri sürülmekte, bu haliyle çoğulculuk, ulus esaslı toplumsal bütünlüğü tehdit etmekte, bunun yerine mikro-milliyetçi çoğulculuğa sıcak bakılmaktadır⁷⁶.

Mikro-milliyetçiliğin kendini açığa vurduğu söylemlerden bir diğeri de demokratik özerklik kavramıdır. Demokratik özerklik söylemine bakıldığında hakim anlatıda halkların yerelde söz ve karar sahibi olmasından bahsedilmektedir. İç kendi kaderini tayin hakkının milliyetçi yönünün uygulanması genellikle özerklikle ilişkilendirilmiştir⁷⁷. Burada özellikle idarenin temel mekanizmalarının (milli eğitim, sağlık, orman, tarım, sanayi, enerji ve diğerleri)

⁷³ <https://www.cumhuriyet.com.tr> adlı sitede 23 Aralık 2021 tarihli Mehmet Ali Güller tarafından yazılan “Tek devlet, iki para” adlı köşe yazısından alınmıştır.

⁷⁴ James Morris Blaut, *The National Question: Decolonizing the Theory of Nationalism*. London and New Jersey: Zed Books Ltd. 1987, s. 101.

⁷⁵ Arrighi, *Uzun Yirminci Yüzyıl: Para Güç ve Çağımızın Kökenleri*, s. 122.

⁷⁶ Sönmez Selçuk, “Dünden Bugüne Milliyetçilik: Küresel Dünyada Yükselen Sesler”, s. 129.

⁷⁷ Gunter Lauwers & Stefaan Smis. “New Dimensions of the Right to Self-Determination: A Study of the International Response to the Kosovo Crisis”. *Nationalism and Ethnic Politics*. 6 (2), (2000): s. 61.

yerleştirilmesi düşüncesi içerisinde sermayenin önündeki engellerin kaldırılmasının amaçlandığı görülmektedir. İdari mekanizmalar yerleştirildiği ölçüde kamu hizmetleri özelleştirilerek piyasaya teslim edilebilecektir.

Mikro-milliyetçiliğin kendini açığa vurduğu noktalardan bir diğeri ise kimliklere saygı talebidir. Kimliklere saygı talebi içerisinde ileri sürülen hususların temel özelliği farklılıkların tanınmasıdır. Burada farklılıklar öne sürülmektedir. Farklılıkların tanınması talepleri ile birlikte farklı milliyet, etnisite, ırk, toplumsal cinsiyet bayrakları altında harekete geçirilen grupların mücadeleleri ile karşılaşmaktadır ve buradaki grup kimlikleri, siyasi seferberliğin başlıca aracı olarak sınıf mücadelesinin yerini almaktadır⁷⁸.

Bölgecilik söylemi doğrultusunda ileri sürülen hususlar da işlevleri bağlamında mikro-milliyetçilik kavramı içerisine yerleştirilebilir. Anıl Çeçen'in bölgecilik ve mikro-milliyetçilik arasındaki ilişkiyi gösteren yaklaşımları bu bağlamda önemlidir. Anıl Çeçen'e göre, dünya haritasında yer alan ülke ve bölgelerin birbirleriyle olan kesişmelerine göre, bölgecilik küçük ve büyük ölçeklerde olmak üzere, başlıca iki ana eğilim doğrultusunda gündeme gelmektedir. Var olan devlet yapıları genel olarak ulusal yapılanmalar olduğu için, büyük bölgecilik ulus ötesi bölgeler, küçük bölgecilik ise ulus altı bölgeler olarak algılanmaktadır. Avrupa merkezli siyasal oluşumlar ya da akımlar da daha çok ulus altı bölgeciliği öne çıkaran bir mikro devletçilik gündeme gelmekte ve ulus-devletlerin sınırları içerisinde yer alan belirli bölgeler bu ülkelerin sınırları dışına çıkarak, daha küçük bir devletçiliğe mikro bölgecilik akımı sayesinde ulaşmaya çalışmaktadırlar. Bu doğrultuda etnik ve mezhepsel kökenli toplulukları sınırları içinde yaşadıkları ulus-devletlerin merkezlerine karşı isyan ettirilerek mikro-milliyetçilik üzerinden mikro devletçiliğin önü açılmak istenmekte ve bu doğrultuda, bir anlamda eyalet devletçikleri olarak görülebilecek küçük devletler yaratılarak ulus-devletler parçalanmaktadır. Küresel sermaye, kendi tekeli şirketlerini büyütürken, ulus altı bölgecilik oluşumlarını etnik kısırtmalar ya da mezhepler arası din savaşları ile geliştirerek sonuç almaya çalışmıştır.⁷⁹

Basit bir anlatımla birçok farklı kültürün bir arada yaşadığı toplumu tanımlayan çok-kültürcülük/çokkültürlülük söylemi de mikro-milliyetçiliğin kendisini ortaya çıkardığı alanlardan bir diğeridir. Liberal düşüncede "çokkültürlülük" kavramıyla ifadesini bulan çok-etnili devlet düzeni, ulusun çeşitli etnik grupların birlikteliğinden oluştuğunun resmen kabul edilmesini ve bu çok-etnililiğin devletin kurumsal ve idari teşkilatlanmasında temsil edilmesini öngörür⁸⁰. Çokkültürcülük/çokkültürlülük politikaları postmodernizmin farklılık ve çoğulculuğu teşvik eden toplum düzeni fikrinden beslenirler, tikel benliğe ve kültürel kimliğe aşırı vurgu yaparlar, kimlikleri farklılaştırarak onları heterojenleştirmeye çalışırlar, bunlarla birlikte kültürleri parçalamak suretiyle küresel kapitalizmin önündeki ulusal/yerel sınırları/engelleri kaldırmayı hedeflerler⁸¹. Çokkültürcülük/çokkültürlülük bağlamında D'Souza tarafından

⁷⁸ John S. Saul, "Identifying Class, Classifying Difference". *Socialist Register: Fighting Identities Race, Religion and Ethno-Nationalism*. Ed: Leo Panitch ve Colin Leys, Vol: 39, (2003): s. 354.

⁷⁹ <https://stratejiguvenlik.com> adlı sitede Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN'in Atatürk Modeli ile Türkiye'nin Bölgeselleşmesi çalışmasından derlenmiştir (21.06.2022 tarihinde siteye erişilmiştir).

⁸⁰ Şener Aktürk "Etnik Kategori ve Milliyetçilik: Tek-Etnili, Çok-Etnili ve Gayri-Etnik Rejimler". *Doğubatu Der-gisi*, Sayı: 38, (2006): s. 44.

⁸¹ Duman, "Küreselleşme, Kimlik ve Çokkültürlülük", s. 93.

kültürel dönüş kavramından da bahsedilmiştir. Buna göre, kültürel dönüş denen kavram, kendi kaderini tayin ile ilgili görüşün dikkatini sınıflardan, kapitalizmden ve yapısal analizden çekerek kimliklere, kültüre ve öznelliğe kaydırmıştır. Diğer taraftan da Üçüncü Dünya toplumlarını anlamak için kültürel mercekle kullanılırken, böylece buralarda dini ve etnik çatışmalar çıkmıştır ve bu çatışmalar ise emperyalist güçler için müdahale edilebilecek bir ortam yaratmıştır⁸².

Mikro-milliyetçiliğin kendini açığa vurduğu bir diğer söylem ise güçlü yerel yönetimler söylemidir. Güçlü yerel yönetimler söylemi çerçevesinde ulus-devletlerin egemenlikleri tartışılmaya açılmış durumdadır. Daha demokratik olunacağı ileri sürülerek, merkezdeki gücün yerellere dağıtılması beklenmektedir. Küreselleşme ile hareketliliği artan uluslararası sermaye, yerel yönetimlerin karar alıcılarının daha da güçlenmesini istemektedir. Naisbitt'e göre, ekonomik küreselleşme büyük sermayenin daha küçük ekonomik birimler halinde adem-i merkeziyetçiliğe yol açtığı gibi, devletlerin parçalanmasına ve binlerce yeni ülkenin yaratılmasına yol açacaktır⁸³.

Federalizm, tek bir ülkede farklı siyasi yargı alanları sağladığından, ticaret ve sermaye hareketliliği üzerindeki sınırlamalardan kurtulmak için neoliberal dönemde desteklenmektedir⁸⁴. Bu bağlamda federalizmin yerel ve bölgesel taleplere daha iyi yanıt verebilen ve daha demokratik bir yapı sergileyen bir devlet biçimi olacağı hakim anlatıda sıklıkla savunulmaktadır.

Sovyetler'in bulunmadığı küresel düzlemde ABD tarafından başlatılan şu savaşlara şahit olunmuştur; 1991'de Körfez Savaşı, 1999'da Kosova Savaşı, 2001'de Afganistan Savaşı, 2003'te Irak Savaşı, 2011'de Libya Savaşı ve 2011'de Suriye Savaşı. ABD'nin Suriye'deki varlığının nedeni, Kürt koridoru projesinin mikro-milliyetçi bir plan olarak geliştirilmesidir. Suriye, Basra petrolünü Akdeniz'e taşıyan bir köprü görevi görmektedir. YPG'ye lojistik destek, ekonomik destek, askeri eğitim, danışmanlık, silah tedariki sağlanmaktadır.

Suriye'de mikro-milliyetçi bir kolektivite olarak PYD/YPG'nin varlığı dikkati çekmektedir. Kendi kaderini tayin kavramı, bu doğrultuda Suriye'de de belirtilen oluşumlar tarafından dillendirilmektedir. Kavramın KCK (Koma Civaken Kürdistan – Kürdistan Halklar Topluluğu) Sözleşmesi'nde⁸⁵ yer alması konu açısından örnek olarak ele alınabilir. Sözleşmeye göre

⁸² D'Souza, "Imperialism and Self-Determination: Revisiting the Nexus in Lenin", s. 67.

⁸³ John Ishiyama, "Does Globalization Breed Ethnic Conflict?". *Nationalism and Ethnic Politics*. 9 (4), (2004): s. 3-4.

⁸⁴ Harmes, "The Rise of Neoliberal Nationalism", s. 66-67.

⁸⁵ Önsöz bölümünde "Kürdistan içinse kendi kaderini tayin etme hakkı, milliyetçi temelde devlet kurmak değil, siyasi sınırları sorun yapmadan ve sınırları esas almadan kendi demokrasisini kurma hareketidir. İran'da, Türkiye'de, Suriye'de ve hatta Irak'ta oluşacak bir Kürt yapılanmasında tüm Kürtler bir araya gelerek kendi federasyonlarını, birleşerek de üst konfederalizmi oluştururlar." ifadeleri kullanılmıştır.

Başlangıç bölümünde "Koma Civaken Kürdistan Önderi, 'Ben ulusların kendi kaderini tayin hakkını şöyle anlıyorum: Bu hak, kendi demokrasisini ve devlet olmayan kendi yönetimini kurma hakkıdır. Devlet olmayan toplulukların köylerde, mahallelerde ve şehirlerde kendi sorunlarını kendileri tartışarak kararlaştıracakları ve çözecekleri bir model kurma hakkıdır. Demokratik ulus-devletin yarattığı bireye dayanmaz. Ulus-devletin yarattığı birey köledir. Devletin birey yaratması, vatandaş yaratması bütün kilitlenmelerin sebebidir. Demokratik ulus, topluluk ve bireylerin kendi yerel gerçeklikleri doğrultusunda sorunlarını tartıştığı ve çözüm ürettiği modeldir. Bizim hedefimiz devlet değil, demokrasiyi kurmaktır. Ulusların kendi kaderini tayin etme hakkı milliyetçi temelde devlet

Kürdistan için bir kendi kaderini tayin etme meselesinin olduğu belirtilmektedir. Bu hakkın mekansal uzantısı olarak sırasıyla İran, Türkiye, Suriye ve Irak ülkeleri belirtilmiştir. Hakkın içeriği muğlak bırakılarak, demokrasi ve yönetim kavramları bu içeriği doldurmak amacıyla kullanılmıştır. Ele almakta olunan kendi kaderini tayin kavramının içinde bulunan neoliberal dönemde demokratik devlet modelinin dayatılması açısından ele alındığında, söz konusu sözleşmede demokrasi kavramının sıklıkla kullanılmasının normal olduğu belirtilmelidir. Kavramla ilgili olarak Suriye'deki yaklaşım PYD (Partiya Yekitiya Kürdistan – Kürdistan Demokratik Partisi) tarafından sürdürülmektedir.

ABD'nin kendi ülkesinden bu kadar uzakta Suriye'deki varlığını sürdürmesinin nedeni, Kürt koridoru projesinin mikro-milliyetçi bir plan olarak geliştirilmesidir. Bu plan doğrultusunda ne hedeflenmektedir? ABD'nin küresel üstünlük iddiası vardır. Bu bağlamda çeşitli yerlerde çıkarları söz konusudur. Suriye'de de bu anlamda çıkarlarını gerçekleştirmeye çalışmaktadır. ABD, küresel hegemonya ve bölgedeki çıkarları doğrultusunda Kürtlerle ittifak halinde, ancak kendi denetiminde bir Kürt yapılanması kurmak istemektedir. ABD tarafından çeşitli kavramlar, bölgedeki varlık nedenini açıklamak için servis edilmektedir. Bölge ülkeleri için insan hakları, demokrasi, özgürlük, hukuk devleti, sivil toplum, piyasa ekonomisi gibi liberal kavramlar sıklıkla kullanılmaktadır. Bu kavramlar bölgedeki ülkelere entegre edilmelidir. Bu şekilde ülkeler, ekonomik, siyasi ve toplumsal olarak dönüşeceklerdir. Bunlar gerçekleştirilken tabi ki bölgedeki Amerika politikaları ile uyumun tam olarak sağlanması da çok önemli bir hedefdir. ABD tarafından GOKAP (Genişletilmiş Orta Doğu ve Kuzey Afrika Projesi) bu şekilde kullanıma sokulmuştur. Bu projeye göre Türkiye de çevre ülkeler için bir model olarak ileri sürülmüştür.

Suriye'deki mikro-milliyetçi kolektivitelerden Kürtler, ABD için neden ayrıca önemlidir? Buna verilecek öncelikli yanıt hiç şüphesiz enerji olacaktır. Orta Doğu'da petrolün ve doğalgazın yoğunlaştığı bölgelere Kürtler yakın durumdadır. Kürtlerin belirli kısımları tarafından mikro-milliyetçi söylemler emperyalizm ile uyumlu bir şekilde ileri sürülmeye devam edilmektedir. Kürtlerin içerisinde mikro-milliyetçi söylemleri benimseyenler bu bağlamda kendilerine ait bir ulus-devlet hayali kurmaktadır. ABD tarafından bu durum bilinmektedir. Önceki bölümlerde incelendiği üzere, mikro-milliyetçi söylemler kullanılarak, bu söylemi benimseyenlerin büyük devletler tarafından bölgesel politikalara dahil edildikleri görülmektedir. Bölge bağlamında bu durum tarihsel olarak da bilinmektedir. Sevr Antlaşması bu noktada dikkati çekmektedir. İngiltere tarafından Sevr Antlaşması'na bölgede Kürdistan kurulması için bir madde koydurulmuştur. Çünkü o dönemde petrol, bölgede hayati önemde unsurlardan biri haline gelmeye başlamıştır. Kürdistan projesi ile bölgede sermayenin çıkarları daha kolay gözetilecek ve bölge daha iyi denetlenebilecektir. Benzer politikalar Kürt koridoru projesi için de

kurmak değil, siyasi sınırları sorun yapmadan ve sınırları esas almadan kendi demokrasilerini kurma hakkıdır. Kürdistan için üç hukuk geçerli olur: AB hukuku, üniter devlet hukuku, demokratik konfederal hukuk. Üniter devletlerin bizim demokratik hukukumuzu tanımaları halinde biz de onların hukukunu tanırız' diye ifade ediyor." hususları belirtilmiştir.

Madde 9 Topluluk ve Dayanışma Hak ve Özgürlükleri kısmında "Halkların Kendi Kaderini Tayin Hakkı esas alınır. Her toplum ve halkın başka toplum ve halklarla demokratik, eşit, özgür, bir arada yaşamak kadar demokratik, bağımsız geleceğini belirleme hakkı o topluluk veya halk tarafından belirlenir. Baskı, asimilasyon, imha ve sömürgeciliğe karşı topluluk ve halkların direnme hakkı meşru bir hak olarak kabul edilir." ifadesi geçmektedir.

geçerlidir. ABD söz konusu proje ile bölgede denetimi daha iyi sağlayabilecektir. Basra Körfezi ile Akdeniz arasındaki bölge, enerji açısından adeta istasyon işlevi görmektedir.

Washington tarafından Ortadoğu'nun ve çevresindeki bölgelerin stratejik kontrolü hedeflenmektedir⁸⁶. Orta Doğu bölgesinin siyasi, sosyal, ekonomik ve benzeri açılardan çok geri kalmış durumda olduğu gelişmiş Batılı merkez ülkeler tarafından sıklıkla dile getirilmektedir. Bu bölgelerde bu yüzden terör örgütlerinin kolaylıkla gelişebildiği, bölgedeki demokrasi eksikliğinin bu durumu ortaya çıkardığı da yine ABD gibi devletler tarafından iddia edilmektedir. Bu sebeptendir ki, bölgeye acilen barış ve demokrasi getirilmelidir. ABD tarafından bölgede demokratik rejimlerin kurulması bu yüzden hedef olarak belirlenmiştir.

Mikro-milliyetçilik bağlamında, ABD ile PYD/YPG (PKK/YPG'nin Amerika'nın yönlendirmesiyle 2015'te SDG adı altında da faaliyet gösterdiği görülmektedir) ilişkisi çok boyutlu olarak sürdürülmektedir. ABD'nin YPG'ye lojistik destek, ekonomik destek, askeri eğitim ve danışmanlık ve silah tedariki gibi çok boyutlu açık desteği olduğu bilinen bir durumdur⁸⁷. Lavrov, ABD'nin Suriye'yi parçalamak için Kürt kartını oynayarak YPG'nin etnik ayrılıkçı politikalarına zemin hazırlayan tehcir ve nüfus nakli politikalarına göz yumduğunu belirtmiştir⁸⁸.

SONUÇ

Liberal görüşlere göre, kendi kaderini tayin doğal bir hak olarak ileri sürülebilmektedir. Liberalizme göre, kendi kaderini tayin hakkı evrensel insan haklarından biridir ve her bireyin doğuştan sahip olduğu temel bir hak olarak kabul edilir. Bu hak, tüm insanlar için geçerlidir ve zaman veya mekana bağlı değildir. Liberal demokrasilerde bireylerin ve toplulukların kendi kaderlerini belirleme hakkı, demokratik süreçler aracılığıyla gerçekleşir.

Marksist görüşlere göre ise kendi kaderini tayin kavramı, üretim ilişkileriyle olan ilişkisi ile ele alınmaktadır. Marksist teoriye göre toplum, sınıf mücadelesi üzerine kuruludur. İşçi sınıfı ile burjuvazi arasındaki bu mücadele, üretim araçlarının kontrolü ve toplumsal kaynakların dağılımı üzerinde belirleyici rol oynamaktadır. Marksistler, emperyalizm ve sömürgecilik gibi kapitalist sistemlerin ürettiği eşitsizlik ve sömürü biçimlerine karşı çıkarlar. Bu bağlamda, kendi kaderini tayin meselesi, sömürge halklarının ve bağımlı sınıfların özgürlüğünü elde etme mücadeleleriyle yakından ilişkilendirilir.

Kendi kaderini tayin kavramının üretim ilişkileriyle olan ilişkisi düşünüldüğünde, tarihsel olarak hangi dönemlerde nasıl biçimlendiğinin tartışılması, kavramın değişen içerik ve tabikatının anlaşılması açısından çok önemli bir diğer boyuttur. Bu bağlamda Prof. Ali Murat Özdemir'in belirtmiş olduğu birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü kuşak tartışmaları tarihsel dönüm noktaları olarak belirlenmiştir.

⁸⁶ John Bellamy Foster, "Küreselleşmiş Tekelci-Finans Kapitalin Yeni Emperyalizmi". *Monthly Review Bağımsız Sosyalist Dergi*. Ocak 2017/1, s. 36.

⁸⁷ Mehmet Seyfettin Erol ve Kadir Ertaç Çelik. "ABD'nin Suriye Politikasında Vekil Aktör Olarak Terör Örgütleri: YPG Örneği". *ANKASAM Bölgesel Araştırmalar Dergisi*. 2 (2), (2018): s. 33.

⁸⁸ Emir Abbas Gürbüz, "Amerika Birleşik Devletleri'nin YPG'ye Desteğinin Uluslararası Sorumluluk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi". *Güv. Str. Derg.* 17 (40), (2021): s. 903.

Lenin'in ileri sürdüğü "En Zayıf Halka Tezi" yaklaşımının, kendi kaderini tayin kavramının birinci kuşakta içeriğini göstermesi açısından çok yardımcı olduğu düşünülmektedir. Çevreden merkeze artık transferinin kesilmesi, çevrenin kendi kolektif zenginliklerini metalaştırmaması, sömürülen toplumların kendi kaynaklarını kullanabilmeleri, kavramın bir dünya devrimi stratejisi olması, anti-emperyalist olma koşulu ve proleter dayanışmaya destek verme koşulu başlıkları yardımıyla incelenen Lenin'in söz konusu yaklaşımı, uluslararası güç ilişkileri içerisinde kendi kaderini tayin kavramının nasıl ele alınabileceğini stratejik olarak göstermiştir.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra küresel güç ilişkilerinin dönüşümü ile birlikte kendi kaderini tayin kavramında da önemli biçimlenmeler olduğu tarafımızca düşünüldüğünden, 1990'lara kadar olan tarihsel süreç, kendi kaderini tayin kavramı ile ilgili olarak ikinci kuşak tartışmalar olarak değerlendirilmiştir. Bu dönemde iyice hakimiyet kurmaya başlayan Amerikan hegemonyası, kapitalist dünyanın birikim stratejisi olarak belirmiştir.

Kendi kaderini tayin kavramı üzerinde bu dönemde Sovyetler'in etkisi muazzam olmuştur. Sovyetler'in desteklediği sömürgecilik karşıtı hareketler başarıya ulaşmıştır. Yine Sovyetler'in desteği ile pek çok hak kategorisi hukuk metinlerine girmiştir. 1966 tarihli BM Sözleşmeleri, 3. Deniz Hukuku Sözleşmesi bu metinlerden sadece bazılarıdır. İktisadi ve sosyal birçok hak yine söz konusu metinlerde kabul edilmiştir. Üçüncü Dünya'nın kendi doğal kaynakları üzerinde egemenlik çabalarının yer aldığı, toplumsal var olma hakkının savunulduğu BM Genel Kurulu Kararları da yine bu dönemde Sovyetler'in etkisiyle biçimlenmiştir.

Sovyetler Birliği dağıldıktan sonra, kendi kaderini tayin kavramında belirli değişiklikler göze çarpmaktadır. Bu yüzden Sovyetler Birliği sonrasındaki dönem, kavramla ilgili olarak üçüncü kuşak tartışmalar olarak isimlendirilmiştir.

Kosova'nın bağımsızlığı ve sonrası gelişmelerin kavramı yoğun bir şekilde biçimlendirdiği düşünüldüğünden, bu dönem de dördüncü kuşak tartışmalar olarak adlandırılmıştır. Bu dönemde devletler, Batılı menfaatler doğrultusunda biçimlenmektedirler. Kosova başta olmak üzere bağımsızlıklarına kavuşan devletler ya da kavuşma iddialarında bulunan toplumsal siyasi oluşumlar, bir önceki dönemden farklı olarak federe devletler statüsünde değillerdir. Kosova başta olmak üzere bağımsızlıklarına kavuşan devletlerin ya da bağımsızlık iddiasında bulunan toplumsal siyasi oluşumların önceki dönemde akdedilmiş anayasalara göre ayrılma hakkı bulunmamaktadır. Bu devletlerin ya da bağımsızlık iddialarında bulunan toplulukların söz konusu iddiaları, daha önce sömürge statüsünde olanların ayrılma talepleri olarak da değerlendirilememektedir, çünkü bu toplulukların hiçbiri sömürge statüsünde değildir.

Dördüncü kuşak tartışmalar döneminde Kosova ve Kosova sonrasındaki kendi kaderini tayin iddialarında bulunan söz konusu topluluklar, emperyalist müdahalelerin nesnesi olabildikleri ölçüde, kendi kaderini tayin kavramı ile ilgili destek bulabilmektedirler. Yine bu dönemde kavramla ilgili iddiaları ileri süren toplumlar kendi farazi topraklarındaki kolektif varlıkları bireysel mülkiyete tahvil sözü vermektedirler. Bu çerçevede bu toplulukların mikro-milletlerin uydurma doğal haklarından başka dayanaklarının olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Neoliberal dönemde kavram ile ilgili olarak mikro-milliyetçilik kavramının kullanımda olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Mikro-milliyetçilik kavramı ideolojik olarak bir devlet

içerisindeki daha küçük toplulukların uluslaşma projesi olarak anlaşılmaktadır. Bu konuda sadece mikro-milliyetçilik kavramının değil, benzer amaçlar taşıyan demokratik özerklik, çokkültürlülük/çokkültürcülük, yerellere özgürlük, güçlü yerel yönetimler, çoğulcu demokrasi, kimliklere saygı talebi, bölgecilik gibi kavramların da kullanımda olduğu belirlenmiştir.

Emperyalizm ile mikro-milliyetçilik arasındaki ilişkinin tespiti de çalışma açısından önemli bir diğer husustur. Emperyalizm sermayenin genişletilmiş yeniden üretimi sürecinde kendi işine yarayacak farklı etnik, dini, kültürel, siyasi oluşumlar için uydurma bir tarih oluşturabilmektedir. Bu uydurulan söylemler üzerinden söz konusu toplumsal oluşumların içerisindeki buldukları ulus-devletlerden ayrılma girişimlerinde buldukları görülmektedir. Bunun temel nedeni olarak uluslararası sermayenin yerel pazarlara tam olarak hakimiyet kurması sonucu ortaya çıkmaktadır.

Suriye’de mikro-milliyetçi taleplerde bulunan, bu talepleri silahlı unsurları ile ileri süren PYD/YPG’nin varlığının, emperyalist güçler açısından önem taşımasının sebebi buradaki enerji kaynaklarıdır. İnsan hakları söylemi Suriye’ye yapılan her türlü müdahalenin meşrulaştırılmasında bir araç niteliğini haizdir. Bu bağlamda Suriye’de oluşturulmaya çalışılan Kürt koridoru adı verilen proje, mikro-milliyetçi bir uygulamadır. Söz konusu oluşum kendi toplumsal kaynaklarını emperyalist devletlerin çıkarına kullandığı ölçüde, bu oluşumun sözde bağımsızlık iddiaları desteklenmektedir.

KAYNAKÇA

- Aglietta, Michel. *A Theory of Capitalist Regulation*. Verso, 1987.
- Ahmad, Aijaz. "Imperialism of Our Time". *Socialist Register: The New Imperial Challenge*, Ed., Panitch, Leo ve Colin Leys. Vol: 40 (2004): (s. 43-62).
- Aktürk, Şener. "Etnik Kategori ve Milliyetçilik: Tek-Etnili, Çok-Etnili ve Gayri-Etnik Rejimler". *Doğubatu Dergisi*, Sayı: 38, (2006): (s. 23-53).
- Alpözen, İrem ve Ali Murat Özdemir. "1977 Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Anayasası Bağlamında Kendi Kaderini Tayin Meselesi". *Hacettepe HFD*, 12 (1) (2022): (s. 1-36).
- Ambrosius, Lloyd. E. "Post-Cold War Wilsonianism: America's Mission?". *Wilsonianism: Woodrow Wilson and His Legacy in American Foreign Relations*, Palgrave Macmillan, (2002): (s. 175-181).
- Anderson, Perry. *Lineages of the Absolutist State*. New York: Verso, 1974.
- Anievas, Alexander ve Kerem Nişancıoğlu. *Batı'nın Egemenliği Nasıl Kuruldu? Kapitalizmin Jeopolitik Kökenleri*. (Çağdaş Sümer, Çev.) İstanbul: Yordam Kitap, 2020.
- Arrighi, Giovanni. *Uzun Yirminci Yüzyıl: Para Güç ve Çağımızın Kökenleri*. (Recep Boztemur, Çev.) Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2016.
- Aydınğün, İsmail ve Ali Murat Özdemir. *11 Eylül Küresel Felakete Yerel Yorumlar*. Tan Kitabevi Yayınları, 2012.
- Aykut, Ebubekir. "Marksizm, İnsan Hakları ve Uluslararası Hukuk". *Emperyalizmin Hayaletleri: Küresel Düzenlemenin Bugünü*. Der: Ali Murat Özdemir, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, (2013): (s. 121-156).
- Azarkan, Ezeli. "Devletlerin Tanınmasında Dönüm Noktaları: Badinter Komisyonu ve Kosova'nın Tanınması". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (1), (2016): (s. 143-184).
- Baruah, Sanjib. "'Ethnic' Conflict as Stat-Society Struggle: The Poetics and Politics of Assamese Micro-Nationalism". *Modern Asian Studies*, 28, (1994): (s. 649-671).
- Blaut, James Morris. *The National Question: Decolonizing the Theory of Nationalism*. London and New Jersey: Zed Books Ltd. 1987.
- Bowring, Bill. "Marx, Lenin and Pashukanis on Self-Determination: Response to Robert Knox". *Historical Materialism*. 19 (2), (2011): (s. 113-127).
- Callinicos, Alex. *Emperyalizm ve Küresel Ekonomi Politik*. (İlkay Ata, Çev.) Ankara: Phoenix Yayınevi, 2014.
- Chandler, David. *From Kosovo to Kabul and Beyond, Human Rights and International Intervention*. London: Pluto Press, 2006.
- Chimni, Bhupinder S. "Marxism and International Law: A Contemporary Analysis". *Economic and Political Weekly*, 34 (6), (1999): (s. 337-349).
- Chimni, Bhupinder S. "An Outline of a Marxist Course on Public International Law". *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*. Ed: Susan Marks, Cambridge: Cambridge University Press. (2008): (s. 53-91).
- Chimni, Bhupinder S. "Legitimizing the International Rule of Law". *The Cambridge Companion to International Law*. Ed: James Crawford & Martti Koskenniemi. Cambridge: Cambridge University Press. (2012): (s. 290-308).
- D'Souza, Radha. "Imperialism and Self-Determination: Revisiting the Nexus in Lenin". *EPW Economic & Political Weekly*. Vol: XLVIII, No: 15, (2013): (s. 60-69).
- Dalar, Mehmet. "Kendi Kaderini Tayin Hakkı Kavramı, Federasyon ve Irak Kürdistan Bölgesel Yönetimi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 20 (32), (2015): (s. 13-57).

- Demirli, Aynur. “Demokrat Parti’nin Laiklik Söylemi: Devletin Baskı Aygıtından Din Hürriyetine”, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, Ankara, 2016.
- Duman, M. Zeki. “Küreselleşme, Kimlik ve Çokkültürlülük”. *YDÜ Sosyal Bilimler Dergisi*. C. II, No. 1, Nisan, (2009): (s. 93-112).
- Erol, Mehmet Seyfettin ve Kadir Ertaç Çelik. “ABD’nin Suriye Politikasında Vekil Aktör Olarak Terör Örgütleri: YPG Örneği”. *ANKASAM Bölgesel Araştırmalar Dergisi*. 2 (2), (2018): (s. 14-45).
- Ferro, Marc. *Sömürgecilik Tarihi: Fetihlerden Bağımsızlık Hareketlerine Kadar 13.-20. Yüzyıl*. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2002.
- Foster, John Bellamy. “Küreselleşmiş Tekelci-Finans Kapitalin Yeni Emperyalizmi”. *Monthly Review Bağımsız Sosyalist Dergi*. Ocak 2017/1, (s. 35-57).
- Frank, Andre Gunder. *Yeniden Doğu: Asya Çağında Küresel Ekonomi*. (Kamil Kurtul, Çev.). Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2010.
- Getachew, Adom. *İmparatorluktan Sonra Dünyakurmak: Kendi Kaderini Tayinin Yükselişi ve Düşüşü*. (Emre Can Dağlıoğlu, Çev.) İstanbul: Runik Kitap Yayınları, 2021.
- Gürbüz, Emir Abbas. “Amerika Birleşik Devletleri’nin YPG’ye Desteğinin Uluslararası Sorumluluk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. *Güv. Str. Derg.* 17 (40), (2021): (s. 899-925).
- Hafızoğulları, Zeki. “Laiklik”. *Erdem*, 7 (20), (1991): (s. 349-373).
- Hardt, Michael ve Antonio Negri. *Çokluk, İmparatorluk Çağında Savaş ve Demokrasi*. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2004.
- Harmes, Adam. “The Rise of Neoliberal Nationalism”. *Review of International Political Economy*, 19:1, (2012): (s. 59-86).
- Hobsbawm, Eric J. *Fransız Devrimi’ne Bakış: İki Yüz Yıl Sonra Marseillaise’nin Yankıları*. (Osman Akınhay, Çev.) İstanbul: Agora Kitaplığı Yayınları, 2009.
- Hobsbawm, Eric J. *1780’den Günümüze Milletler ve Milliyetçilik, Program, Mit, Gerçeklik*. Ayrıntı Yayınları, 2020.
- Ishiyama, John. “Does Globalization Breed Ethnic Conflict?”. *Nationalism and Ethnic Politics*. 9 (4), (2004): (s. 1-23).
- Istok, Robert ve Stefania Novakova. “Micronationalism as a Phenomenon of the Present”. *Acta Facultatis Studiorum Humanitatis Et Naturae Universitas Presoviensis, Prirodne Vedy, Folia Geographica*, Volume: 56, No:1, (2014): (s. 46-56).
- Lauwers, Gunter & Stefaan Smis. “New Dimensions of the Right to Self-Determination: A Study of the International Response to the Kosovo Crisis”. *Nationalism and Ethnic Politics*. 6 (2), (2000): (s. 43-70).
- Lenin, Vladimir İlyiç. *Seçme Eserler*. (Saliha N. Kaya ve İsmail Yarkın, Çev.), İstanbul: İnter Yayınları, Cilt 2, Birinci Basım, 1993.
- Lenin, Vladimir İlyiç. *Ulusların Kaderlerini Tayin Hakkı*. Ankara: Eriş Yayınları, 2004.
- Lewin, Moshe. *Sovyet Yüzyılı*. (Renan Akman, Çev.) İstanbul: İletişim Yayınları, 1. Baskı, 2008.
- Losurdo, Domenico. *Tarihten Kaçış: Günümüzde Rus ve Çin Devrimleri*. (Coşkun Erdemir, Çev.) İstanbul: Yordam Kitap, Birinci Basım, 2018.
- Luraghi, Raimondo. *Sömürgecilik Tarihi*. (Halim İnal, Çev.) İstanbul: E Yayınları, 2000.
- Macpherson, Crawford Brough. *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*. Oxford University Press, 1962.


- Macpherson, Crawford Brough. "The Social Bearing of Locke's Political Theory". *Life, Liberty, and Property Essays on Locke's Political Ideas* (Ed: G. J. Schocket) California: Wadsworth Publishing Company, Inc., 1971.
- Macpherson, Crawford Brough. *The Political Theory of Possessive Individualism, Hobbes to Locke*, Oxford University Press, 1990.
- Marx, Karl. *Yahudi Sorunu*. Ankara: Sol Yayınları, 1997.
- Marx, Karl. *Louis Bonaparte'in 18. Brumaire*. (Sevim Belli, Çev.) Ankara: Sol Yayınları, 2012.
- Özdemir, Ali Murat. "Uluslararası Hukukun Nesnesi ve Tarihi Üzerine Deneme". *Emperyalizmin Hayaletleri, Küresel Düzenlemenin Bugünü*. Der: Ali Murat Özdemir, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, (2013): (s. 79-99).
- Özdemir, Ali Murat. "Kolektif Emperyalizm". *Kolektif Emperyalizm: Mağribden Maşrika Dönüşümün Ekonomi Politigi*. Der: Ali Murat Özdemir, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, (2014): (s. 29-159).
- Özdemir, Ali Murat. "Temsil Kurumu, Cumhuriyet Projeleri ve Anayasa Bağlamında Başkanlık Sistemi". *Türkiye'nin Hukuk Sisteminde Yapısal Dönüşüm*. Der: Ali Murat Özdemir ve Muammer Ketizmen, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, (2014): (s. 47-69).
- Özdemir, Ali Murat. "Emperyalizm Uzun Sürer". *Monthly Review Bağımsız Sosyalist Dergi*. Ocak 2017/1, (s. 99-121).
- Özdemir, Ali Murat. "Egemenlikteki Dönüşüm, Kendi Kaderini Tayin Meselesi ve Sovyet İhtilali". *Monthly Review*, Yıl 2017, Sayı 4, (s. 177-213).
- Özdemir, Ali Murat, Abdurrahman Saygılı, Hamdi Gökçe Zabunoğlu, Aynur Demirli, Ebubekir Aykut, Ezgi Nur Türkoğlu Karacaova, Göksu Uğurlu, Ozan Giray Şahin, *Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım*. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2019.
- Özdemir, Ali Murat. *Cumhuriyetin Bütün Sabahları: Bilim, Emperyalizm ve Türkiye Üzerine Söyleşi*. Ankara: İmge Kitabevi Yayıncılık, 1. Baskı, 2023.
- Panitch, Leo ve Sam Gindin. *Küresel Kapitalizmin Oluşturulması: Amerikan İmparatorluğunun Siyasal İktisadı*, (Ümit Şenesen, Çev.) İstanbul: Yordam Kitap Yayınları, 2019.
- Pasukanis, Evgeny. B. *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*. (Onur Karahanoğulları, Çev.) İstanbul: Birikim Yayınları, 2002.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2009.
- Saul, John S. "Identifying Class, Classifying Difference". *Socialist Register: Fighting Identities Race, Religion and Ethno-Nationalism*. Ed: Leo Panitch ve Colin Leys, Vol: 39, (2003): (s. 347-374).
- Savran, Sungur. *Bir İhtilal Olarak Milli Mücadele*. İstanbul: Yordam Kitap Yayınları, 2023.
- Sönmez Selçuk, Senem. "Dünden Bugüne Milliyetçilik: Küresel Dünyada Yükselen Sesler". *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 12 (3), (2012): (s. 117-136).
- Sune, Engin. "Devlet Biçiminin Yeniden Düzenlenmesinin Aracı Olarak Uluslararası Hukuk: Libya Örneği". *Emperyalizmin Hayaletleri, Küresel Düzenlemenin Bugünü*. Der: Ali Murat Özdemir, İmge Kitabevi Yayınları, 2013.
- Toruno, Mayo. "The Rhetoric and Economics of Neoliberalism". *G. Ü. İİBF Özel Sayısı*. (2002): (s. 189-210).
- Van Der Pijl, Kees. "Arab Revolts and Nation-State Crisis". *New Left Review*. 70 July-August, (2011): (s. 27-49).
- Woodward, Susan. "The Political Economy of Ethno-Nationalism in Yugoslavia". *Socialist Register: Fighting Identities: Race, Religion and Ethno-Nationalism*. Vol: 39, (2003): (s. 73-92).

EXTENDED SUMMARY

THE ISSUE OF SELF-DETERMINATION AND MICRO-NATIONALISM

Tuncay Renk

tuncayrenk@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-3143-0532>

The historical transformation of the content and application of the issue of self-determination as a result of the dynamics of capital accumulation, the effect of relations established with production relations, and the structure of global politics reveals the actuality of the issue. While the issue of self-determination acquires different contents in connection with the structure of global power relations in the 20th century, the necessity of examining the concept can always be considered as a current effort, since its legal and sociological definition and application are also changing. On the other hand, the examination of the issue is always up-to-date as it is an effort to express the political economy dimension of the debates in which concepts such as “micro-nationalist movements”, “wars of freedom”, “terrorism” and “sovereignty” are used.

With the article, it is claimed that the issue of self-determination has a meaning and content in a way that will enable micro-nationalist formations to be given political powers by the imperialist states in the current neoliberal period. On the other hand, micro-nationalist formations undertake to transfer their collective wealth to the capitalist center and relinquish their sovereignty in favor of the imperialist capitalist center states by carrying the demands of the outside inside. In this context, the article states that the content of the issue of self-determination has been transformed in the neoliberal period, and as can be seen in the example of the micro-nationalist formations in Syria, it has taken on a content in a way that will serve the achievement of certain interests by these formations in return for giving up their collective natural wealth in favor of the capitalist central states, using their sovereignty within the borders drawn for them, and similar situations. It is claimed that they are the object of politics and that they have given up their sovereignty at this point.

According to liberal views, self-determination can be asserted as a natural right. According to liberalism, the right to self-determination is one of the universal human rights and is considered a fundamental right that every individual is born with. This right applies to all people and does not depend on time or place. In liberal democracies, the right of individuals and communities to self-determination is realized through democratic processes.

According to Marxist views, the concept of self-determination is handled in relation to the relations of production. According to Marxist theory, society is based on

class struggle. This struggle between the working class and the bourgeoisie plays a decisive role in the control of the means of production and the distribution of social resources. Marxists oppose the forms of inequality and exploitation produced by capitalist systems, such as imperialism and colonialism. In this context, the issue of self-determination is closely linked to the struggles of colonial peoples and dependent classes to achieve their freedom.

It has been concluded that the concept of micro-nationalism is in use in relation to the issue of self-determination in the neoliberal period. The concept of micro-nationalism is ideologically understood as the nation-building project of smaller communities within a state. In this regard, it has been determined that not only the concept of micro-nationalism, but also concepts such as democratic autonomy, multiculturalism, freedom for locals, strong local governments, pluralistic democracy, demand for respect for identities, and regionalism with similar goals are in use.

Determining the relationship between imperialism and micro-nationalism is another important issue in terms of the study. Imperialism is able to create a fabricated history for different ethnic, religious, cultural and political formations that will benefit it in the process of expanded reproduction of capital. Through these fabricated discourses, it is seen that these social formations attempt to separate from the nation-states in which they are located. The main reason for this is the complete dominance of international capital in local markets.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

SAHTE FATURA YOLUYLA NİTELİKLİ DOLANDIRICILIK SUÇU

OFFENCE OF QUALIFIED FRAUD THROUGH FALSE INVOICE

Doç. Dr. Elvan Keçelioglu*

ÖZ

Ekonomi ceza hukukunun önemli sorunlarından birini teşkil eden sahte fatura organizasyonları, vergi denetimini etkisiz kılmak için pek çok farklı yöntemle başvurmaktadır. Bu yöntemler yargı uygulamasında dolandırıcılık suçu bağlamında hile olarak kabul edilmekte ve sahte fatura satışı yapan ya da bu sahte faturaları satın alarak kullanan failler hakkında, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde tanımlanmış olan sahte belge düzenleme veya kullanma suçunun yanı sıra dolandırıcılık suçunun kamu kurumları zararına işlenmesine ilişkin nitelikli halinden dolayı da dava açılmaktadır. Uygulamanın yaklaşımı bu tür durumlarda gerçek içtima kuralı uygulanması suretiyle her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilmesi yönündedir. Bu yaklaşımın isabetli olup olmadığının belirlenebilmesi için bu çalışmada öncelikle bahsi geçen suç tiplerinin unsurları meselenin çözümü bakımından gerekli olduğu ölçüde incelenmiştir. Daha sonra da sahte fatura organizasyonları çerçevesinde ele aldığımız yöntemlere başvurulduğunda VUK, m. 359/b hükmünün yanında ayrıca TCK, m. 158/1-e'de düzenlenen suçun unsurlarının da gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmiş, ardından her iki suç arasındaki içtima sorunu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sahte fatura, vergi kaçakçılığı, kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık, içtima.

* Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

☎ 0000-0002-3081-1344 ✉ elvan.kecelioglu@ankamedipol.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

False invoice organizations, which constitute one of the crucial problems of economic criminal law, apply various methods to conceal their tax evasion activities against tax auditing. In judicial practices it is accepted that these methods constitute the deceit element of the offence of fraud. Therefore the perpetrators who issue or purchase and use false invoices, are prosecuted for both the offence of fraud against public institutions and the offence of producing and using fake documents within the scope of Article 359/b of the Tax Procedure Law. In these situations courts tend to convict the defendants on both charges according to the principle of real aggregation. In this study, in order to determine whether this approach is accurate or not, firstly the elements of both of the crimes will be analyzed. Then it will be discussed whether the methods that are applied by false invoice organizations constitute the elements of both of the crimes mentioned above and if so how the issue of aggregation of offences must be solved.

Keywords: False invoice, tax evasion, fraud against public institutions, aggregation of offences.

GİRİŞ

Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen belgelerde sahtecilik, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) vergi kaçakçılığı suçlarını düzenleyen m. 359/b hükmünde, sahte belge düzenleme ve sahte belge kullanma şeklinde iki ayrı seçimlik hareketle düzenlenmiştir. Bu belgelerden özellikle sahte faturalar, ticari hayatta en çok karşılaşılan ve vergisel işlemlerde hem vergiyi doğuran olayın tespiti hem de matrahın hesaplanmasında en çok başvurulan belgedir. Bu nedenle naylon fatura olarak da tabir edilen sahte fatura düzenleme veya kullanma suçları, ceza hukukunun giderek büyüyen ve modern hukukun en önemli uğraş alanlarından birini teşkil eden ekonomi ceza hukukunun önemli sorunlarından birini teşkil etmektedir.

Bu suçlarla bağlantılı sorunlardan biri de sahte fatura düzenleme ve kullanma suçunun ortaya çıkmasının önlenmesi için başvurulan ve kayıt dışı ekonominin sürdürülmesini amaçlayan çeşitli yöntemlerdir. Bu halde faillerin VUK, m. 359/b'de düzenlenen suç işledikleri hususunda bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak uygulamada bu yöntemlere başvurulması aynı zamanda hile olarak kabul edilmekte ve failler hakkında VUK, m. 359/b hükmü yanında kamu kurumları zararına nitelikli dolandırıcılık suçundan da dava açılmasına gerekçe oluşturmaktadır. Bu şekilde sahte belge satışı ya da alışı yapılan durumlarda failler aynı zamanda nitelikli dolandırıcılık suçundan da sorumlu olmaktadır. Bu çalışmada; sahte belge düzenleme veya kullanmak suretiyle vergi kaçakçılığı suçunun aynı zamanda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK), m. 158/1-e hükmünde düzenlenen "kamu kurum ve kuruluşları zararına" işlenen nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmadığı sorusu cevaplandırılmaya çalışılacaktır. Bunun bir sonucu olarak söz konusu metotlara başvuran faillerin gerçek içtima kuralları uygulanarak hem vergi kaçakçılığı hem de dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulup tutulamayacağı incelenecektir.

Bu kapsamda öncelikle sahte belge düzenleme veya kullanma suçu ile dolandırıcılık suçları hakkında yalnızca çalışmanın problemiği bakımından önem taşıdığı ölçüde açıklama yapılacaktır. Daha sonra bahse konu olay gruplarında bu suçların unsurlarının oluşup oluşmadığı tespit edilecek ve ardından içtima sorunu ele alınacaktır.

I. SAHTE BELGE DÜZENLEME VE KULLANMA SUÇU İLE KAMU KURUM VE KURULUŞLARI ZARARINA İŞLENEN DOLANDIRICILIK SUÇLARININ UNSURLARININ İNCELENMESİ

Sahte belge düzenleme veya kullanma suçu, VUK'un "*Kaçakçılık Suçları ve Cezaları*" başlıklı m. 359/b hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir:

Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya **belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar**, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.

Görüldüğü gibi hükümde birbirinden farklı suçlar bir arada düzenlenmiştir. Bunlardan çalışmanın konusunu oluşturan suç, “tamamen veya kısmen sahte belge düzenleme veya kullanma” suçudur.

Dolandırıcılık suçu ise TCK, m. 157’de “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Nitelikli dolandırıcılık başlıklı 158. maddenin ilk fıkrasının (e) bendinde ise dolandırıcılık suçunun “*kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak*” işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Bu çalışmanın amacı, sahte belge düzenleme veya kullanma ile kamu kurumları aleyhine işlenen dolandırıcılık suçlarının tüm unsurlarının incelenmesi değil, sahte fatura kullanımının muhasebe hileleriyle saklanmaya çalışıldığı ve vergi zıyaının ortaya çıktığı durumlar bakımından söz konusu suçların somut olayda uygulanabilirliğini tartışmaktır. Bu nedenle çalışmada sahte belge düzenleme ve kullanma suçu ile kamu kurum ve kuruluşları zararına dolandırıcılık suçu arasında karşılaştırma yapılmasını sağlayacak ölçüde ilgili suçların tipikliklerinin manevi unsurları ile hukuki konuları incelenecektir. Çalışmanın sorusunun cevaplandırılması bakımından bir önem arz etmeyen hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurları ise inceleme dışında bırakılacaktır.

A. SAHTE BELGE DÜZENLEME VE KULLANMA SUÇU

1. Suçun Maddi ve Hukuki Konusu

Hukuksal değer, genel olarak ceza normunun anlamı ve amacını belirten, her bir suç tipinin “*ratio legis*”idir.¹ Vergi suçları ile korunan değer esas itibariyle devletin vergilendirme yetkisine ilişkindir.² Vergilendirme yetkisi, “*devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücüdür.*”³ Vergi suçları da devletin bu gücünü kullanırken kullandığı araçlardan biri olarak, vergi gelirlerinin doğru ve düzgün toplanmasına hizmet etmektedir. Bu bakımdan korunan değer, devletin vergilendirme ile elde ettiği mali çıkarları olduğunu kabul etmek gerekir.

Vergi kaybı doğmadan tamamlanan vergi suçlarında esas itibariyle devletin vergilendirme yetkisi daha sıkı bir şekilde, henüz zarar doğmadan korunmaktadır. Bu durumda vergi zıyaı oluşmadan da devletin vergilendirme yetkisine yönelik bir tehdit bulunduğu varsayılmakta ve belgelerin sahilliğine ilişkin kamu güveni de esasen vergilendirme yetkisinin etkin kullanımını amaçlamaktadır. Bu nedenle sahte belge düzenlemek ve kullanmak suçlarıyla korunan esas hukuki değer, devletin soyut nitelikteki mali çıkarlarıdır.⁴

¹ Aktaran: Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil: C. I*, München: C.H. Beck, 2006, s. 40.

² Aynı yönde bkz. Süheyl Donay, *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008, s. 12.

³ Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, s. 3.

⁴ Aynı yönde bkz. Donay, *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, s. 12. Bu noktada devletin mali çıkarlarından ziyade kamu güvenliği ön plana çıkarıldığı yönündeki görüş için bkz. Hüsamettin Uğur, “Vergi Usul Kanunu’na Göre Yanıltıcı veya Sahte Belge Kullanma Suçlarında Suç Tarihi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 10/109 (2015), s. 87.

Bununla birlikte sahte belge düzenlemek veya kullanmak suretiyle işlenen vergi kaçakçılığı suçlarında aynı zamanda, kamu güveni de korunmaktadır.⁵ İlgili evrakların belge niteliği kazanmasıyla toplum hayatında doğruluğuna ilişkin bir algı oluşmakta ve söz konusu evraklar hukuki işlemlerde delil niteliği taşımaktadır. Bu nedenlerle anılan suçlarla kamu güveni de ihlal edilmektedir.⁶

Suçun maddi konusu sahte belgedir. Bu bakımdan suçun maddi konusunun açıklanabilmesi için öncelikli olarak belge kavramının ne olduğunun ortaya konulması gerekmektedir.

Belge sözlükte “*bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb. vesika, doküman*” olarak tanımlanmıştır.⁷ Hukuki anlamda belge ise “*olayları nakleden, içerdiği irade beyanları hukuken değer taşıyan ve muayyen kimse tarafından oluşturulan her türlü yazı*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁸ Bu açıdan hukuki belgenin yazılı olma, hukuken anlam taşıyan bir içeriğe sahip olma, belirli kişi ya da kişilere izafe edilebilir olma gibi unsurları içerdiği kabul edilmektedir.⁹ İnceleme konusu suç bakımından belge; vergi mükellefi için kayıt ve beyanın doğruluğunun ispatı, vergi idaresi bakımından ise vergi denetiminin bir aracıdır.¹⁰

Sahte kelimesi düzmece, taklit anlamlarına gelmektedir.¹¹ Sahte belge de VUK, m. 359/b’de tanımlanmıştır. Buna göre, “*gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir*”. Dolayısıyla sahte belge, var olmayan bir hukuki ilişkiyi yansıtan ve bu nedenle gerçekte alınması veya verilmesi gerekmeyen belgedir.¹² Yargıtay da sahte belgeyi, “*gerçek belgeleri kapsamayacak şekilde düzenlenen belge*” olarak tanımlamıştır.¹³ Sahte belge, “*vergi matrahını azaltmak, KDV ödememek veya vergi iadesi almak gibi amaçlarla*” kullanılmaktadır.¹⁴ Söz konusu belgeler gerçekten faaliyeti olan firmalardan alınabileceği gibi yalnızca sahte belge düzenlemek için kurulan ve hiçbir ticari faaliyeti olmayan firmalardan da alınabilir.¹⁵

⁵ Yusuf Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 292.

⁶ Ahmet Gökçen, *Belgede Sahtecilik Suçları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 155-157.

⁷ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük C. I*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1998, s. 260.

⁸ Gökçen, *Belgede Sahtecilik Suçları*, s. 75.

⁹ Gökçen, *Belgede Sahtecilik Suçları*, s. 79 vd.

¹⁰ Şükrü Kızılot ve Zuhâl Kızılot, *Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları*, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2011, s. 31.

¹¹ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Ankara: Aydın Kitabevi, 2008, s. 913.

¹² Aydın Cengiz ve Ömer Kılıç, *Türk Vergi Hukukunda Naylon Fatura Suçları*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 132.

¹³ YCGK, E. 1985/9, K. 1986/125, T. 17.03.1986 (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁴ Nurettin Bilici, *Vergi Hukuku*, Ankara: Savaş Kitabevi, 2017, s. 117.

¹⁵ Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2011, s. 76. Bu noktada, kısmen sahte belge ile muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge arasındaki farkı belirtmek gerekmektedir. Sahte belgenin, VUK madde 356/a-2’de bahsi geçen muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeden farkı, belgede gösterilen hukuki ilişkinin hiç olmamasıdır. Oysa muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgede hükümde yapılan tanım uyarınca bir hukuki işlem vardır ancak belgede bu ilişki olduğundan farklı gösterilmektedir. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir işlem veya duruma dayanmakla birlikte bu işlem veya durumu esas veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir. Öğretide, kısmi sahte belge ile yanıltıcı belgenin uyduğu ifade edilmiştir (Kızılot ve Kızılot, *Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları*, s. 250). Ancak var olan bir işlem veya durum farklı gösterildiğinde muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek olan hukuki işlem veya durumların yanında hiç olmayan işlem ve durumların belgede gösterilmesi durumunda ise kısmi sahte belge söz konusudur (Cengiz ve Kılıç, *Türk Vergi Hukukunda Naylon Fatura Suçları*, s. 271).

Ticari hayatta en çok kullanılan¹⁶ ve dolayısıyla vergi hukuku bakımından en büyük önemi haiz belge faturadır. Fatura, ticari işlemlerin ve muhasebe kayıtlarının temelini oluşturur ve vergi hukukunda ispat aracıdır.¹⁷ Gerçekten de satıcı ile alıcı arasındaki ekonomik ilişkinin tespiti ve vergi doğuran bu olaydan hareketle vergi matrahlarının oluşmasında esas olan belge, faturadır.¹⁸

Fatura, VUK'un 229. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre “*fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır.*” Söz konusu hükmün devamındaki maddelerde de faturanın şekli, düzeni, fatura düzenleme zorunluluğu düzenlenmiştir.¹⁹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun, m. 21/1 hükmü gereğince de tacirler talep üzerine fatura düzenlemelidir.

Görüldüğü gibi Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükmü faturayı düzenleyecek tarafın tacir olması gerektiğini kabul etmiştir. Fatura da ticari bir belgedir. Bu belge, sözleşmenin kurulmasından sonra düzenlenir ve ifa aşaması ile ilgilidir.²⁰ Vergi kaçakçılığına konu faturanın, vergi kanunları uyarınca tutulması, düzenlenmesi, saklanması ve ibrazı zorunlu olmalıdır.²¹

2. Tipikliğin Maddi Unsurları

Çalışma konusu suç, VUK'ta belgelerin asıl veya suretlerinin tamamının veya bir kısmının sahte olarak düzenlenmesi veya bu belgelerin kullanılması olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere düzenlemek veya kullanmak filleriyle suç işlenebilmektedir.

Tipik fiilin işlenmesi kanunda gösterilen birkaç hareketten yalnızca birinin yapılmasına bağlı olduğundan söz konusu suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Düzenleme veya kullanma fiillerinden yalnızca birinin işlenmesi cezai sorumluluğun doğması için yeterli iken, her ikisinin de yapılması durumunda tek suç olduğu kabul edilir. Ancak elbette sahte olarak düzenlenen faturanın kullanılması durumunda, suç tipinde gösterilen seçimlik hareketlerin her ikisinin de işlenmesi temel cezanın tayini açısından önemlidir.²² Bununla birlikte Yargıtay'ın düzenleme

¹⁶ Cengiz ve Kılıç, *Türk Vergi Hukukunda Naylon Fatura Suçları*, s. 252.

¹⁷ Kızılot ve Kızılot, *Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları*, s. 57.

¹⁸ Cengiz ve Kılıç, *Türk Vergi Hukukunda Naylon Fatura Suçları*, s. 252.

¹⁹ “213 sayılı VUK'nun 227/3 ve 230. maddelerinde öngörüldüğü üzere anılan suçun oluşabilmesi için düzenlenen sahte faturaların yasa da öngörülen zorunlu bilgileri içermesinin gerektiği, ancak sanığın düzenlediği iddia olunan faturaların aslı veya onaylı örnekleri dosya içinde bulunmadığı gibi fatura bilgilerinin de yer almaması karşısında; gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirlenebilmesi bakımından; faturaların asılları ve onaylı suretleri getirilerek yasa da öngörülen zorunlu bilgileri içerip içermediğinin incelenmesi, faturaları kullananlar belirlenip sanıktan alınıp alınmadığı hususunda ifadelerine başvurulması, yine faturalardaki imza ve yazıların sanığa ait olup olmadığı hususunda imza incelemesi yaptırılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekir.” Yar. 11. CD, E. 2013/863, K. 2013/2607, T. 18.02.2013 (Legal Bank Mevzuat Programı).

²⁰ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2012, s. 147.

²¹ Donay, *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, s. 142.

²² “Sanığın, A Limited Şirketinin ortağı ve kanuni temsilcisi olduğu, O Limited Şirketi ile G Limited Şirketine ait faturaları sahte olarak kendi firması adına düzenleyip 1997 yılı Ağustos ve Kasım ayları Katma Değer Vergisi iadesinde kullandığı; ikrarı, vergi inceleme raporları ve dosyadaki bilgi belgelerden anlaşılıp hükmün gerekçesinde de bu şekilde kabul edilmesine rağmen hüküm fıkrasında sadece sahte fatura kullanımından bahsedilerek hüküm kurulması suretiyle çelişki yaratılması...” Yar. 11. CD, E. 2002/13025, K. 2003/545, T. 26.03.2003 (Legal Bank Mevzuat Programı).

ve kullanma fiillerini ayrı suçlar sayarak, bir kişinin sahte olarak düzenlediği belgeyi kullanması durumunda iki ayrı suçun bulunduğu kabul ettiği kararları da bulunmaktadır.²³

Belgenin düzenlenmesi, vergi matrahının belirlenmesi için vergiye konu hukuki ilişkinin gerçekleştirilmesinden sonraki işlemdir.²⁴ Olmayan belgenin mevcutmuş gibi sahte olarak üretilmesi, oluşturulması, meydana getirilmesi genel anlamda sahte belge düzenleme suçuna vücut verir.²⁵ Bu suçun büyük oranda sahte faturalarla işlendiği gözetildiğinde, gerçek bir hukuki ilişkiye dayanmayan fatura tanzimi ile suçun işlendiği söylenebilir. Dolayısıyla araştırılması gereken husus, faturaya konu vergiyi doğuran olayın doğruluğudur.²⁶

Kullanma ise “sahte belgenin herhangi bir hukuki ilişkide veya herhangi bir hukuki işlem tesisinde dikkate alınmasını sağlamaya çalışmaktır”²⁷ Belgede sahtecilik suçlarında belgenin kullanımı, hangi iddianın delili olmak üzere düzenlenmişse o amaçla kullanımı anlamına gelmektedir.²⁸

Vergi kaçakçılığına sıklıkla konu olan “sahte fatura” kullanımı, vergi ile ilgili işlemlerin sahte faturaya dayandırılması anlamına gelir. Dolayısıyla salt sahte belge alınması bu suçu oluşturmaz.²⁹ Vergisel işlemlerde kullanmanın ise, vergi mükellefi veya vergi sorumlusu tarafından faturanın hasılat, gider veya maliyet unsuru olarak kanuni defterlere kaydedilmesi³⁰ veya vergi beyannamesinde gösterilmesi³¹ ile mümkün olacağı ifade edilmektedir. Elbette mükellef veya sorumlu olmayanların bu hareketleri gerçekleştirmesi de yeterlidir.

Sahte fatura düzenleme veya kullanma suçu bakımından VUK, 359. maddede vergi zıyayı gibi bir neticenin meydana gelmiş olması aranmamıştır.³² Bu bakımdan devletin vergi kaybına uğrayıp uğramadığı önemli olmaksızın yalnızca seçimlik hareketlerden birinin yapılmasıyla

²³ “Birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olan sahte fatura düzenlemek ve sahte fatura kullanmak suçlarının birbirine dönüşmeyeceği de gözetilmeden iddianame dışına çıkılarak sahte fatura kullanmak suçundan beraat kararı verilmesi kanuna aykırıdır.” Yar. 11. CD, E. 2014/14562, K. 2015/6338, T. 28.10.2015 (Legal Bank Mevzuat Programı). Aynı yönde görüş için bkz. Erdoğan Öner, *Vergi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 163.

²⁴ Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, s. 75.

²⁵ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2023, s. 853; Gökçen, *Belgede Sahtecilik Suçları*, s. 465.

²⁶ “Mükellefiyet kaydı bulunmayan sanıkların, fason ütü işi yaptıkları A. A Ş’ye, sahte fatura ticareti yapan Güler’den temin ettikleri E Limited Şirketi ile C Limited Şirketine ait faturaları düzenleyerek vermek şeklindeki eylemlerinin, hizmet satımının bir başka mükellefin faturasıyla belgelendirilmesi halinde faturanın ait olduğu mükellef ile alıp kullanan mükellef arasında gerçek bir hizmet alım-satımı olmadığından faturanın sahte olarak kabulü gerektiği ve eylemin 213 Sayılı Yasanın 359/b-1. maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden, faturaların gerçek muameleye dayandığından bahisle suçu nitelemede yanılığa düşülerek aynı maddenin a-2 bendi uygulanmak suretiyle eksik cezaya hükümlenmesi isabetsizliği...” Yar. 11. CD, E. 2002/8860, K. 2002/9827, T. 11.12.2002 (Legal Bank Mevzuat Programı). Belirtmek gerekir ki yalnızca lehe temyize başvurulduğundan ilk derece mahkemesinin eksik ceza tayininin sanık lehine olması nedeniyle bozma konusu yapılmamış ve karar onanmıştır.

²⁷ Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 859.

²⁸ Aktaran: Gökçen, *Belgede Sahtecilik Suçları*, s. 477.

²⁹ Cengiz ve Kılıç, *Türk Vergi Hukukunda Naylon Fatura Suçları*, s. 283.

³⁰ Yalnızca defterlere kayıt ile suçun oluşacağı yönündeki görüş için bkz. Gürol Ürel, *Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 878.

³¹ Cengiz ve Kılıç, *Türk Vergi Hukukunda Naylon Fatura Suçları*, s. 280 vd.

³² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İhsan Baştürk, “Vergi Zıyayı Vergi Kaçakçılığı Suçunun Unsuru mudur Değil midir?”, *Vergi Kaçakçılığı Suçları (Sempozyum Kitabı)*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 67 vd.

suçun tamamlandığı kabul edilecektir. Bu açıdan söz konusu suçun hem sırf hareket suçu hem de bir soyut tehlike suçu olduğu söylenebilir.³³

3. Tipikliğin Manevi Unsurları

Kanunda ayrıca taksirle işlenebileceği düzenlenmediğinden bu suçun yalnızca kasıtlı işlenebileceği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Failin kasıtlı hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için her şeyden önce, düzenlediği veya kullandığı belgenin vergi kanunları uyarınca tutulması, düzenlenmesi, saklanması ve ibrazı zorunlu olan bir fatura olduğunu bilmesi gerekmektedir. Ayrıca bu belgenin var olmayan bir hukuki ilişkiyi yansıttığı da bilinmelidir.

Sahte olduğu bilinmeden kullanılan fatura, vergi kaçakçılığı suçunu oluşturmaz. Örneğin, gerçekleşen bir ticari işin ardından satıcının kendisine verdiği sahte faturayı alarak ticari defterlerine işleyen kişi, hayatın olağan akışı gereği yapılan alışverişin ardından verilen faturanın sahte olduğuna inanabilir.

Geçeği yansıtmayan fatura düzenleme suçu bakımından failin sahte fatura düzenlemeyi istemesi yeterlidir. Ayrıca bu suçun vergisel olaylarda kullanılmasını istemesi gerekmez. Faturayı kullananın da kanuni defterlere bilerek ve isteyerek sahte faturayı kaydetmesi veya vergi matrahının hesaplanmasında sahte faturanın dikkate alınmasını sağlaması gerekmektedir.

Failin kastının varlığını ispat için vergi yükümlüsünün ticari ilişkilerini ispata yarayacak delil araçlarının araştırılması gerekir. Bu şekilde var olmayan bir hukuki ilişkinin varmış gibi gösterilmesi, faturanın sahteliğinin bilindiği ve istenerek kullanıldığına delil olabilir.

Sahte fatura düzenleme veya kullanma suçlarının olası kastla işlenmesi de mümkündür. Bu durumda fail kanuni tipe dair yukarıda ifade edilen hususları öngörmesine rağmen faturayı düzenlemekte veya kullanmaktadır.

B. KAMU KURUM VE KURULUŞLARI ZARARINA DOLANDIRICILIK SUÇU

Dolandırıcılık suçu, TCK'nın "malvarlığına karşı suçlar" bölümünde 157. maddede, nitelikli dolandırıcılık suçu ise 158. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu suçun kanunda düzenlendiği yer de göz önünde bulundurulduğunda malvarlığı değerini koruduğu hususunda bir şüphe bulunmamaktadır.³⁴ Bunun yanında madde gerekçesinde ve Yargıtay içtihatlarında söz konusu suç ile irade özgürlüğünün korunduğu da kabul edilmektedir.³⁵ Nitekim hileli hareketlerle kişi aldatılarak malvarlığı değeri ihlal edilmekte ve bu suretle kişinin irade serbestisi etkilenmektedir.³⁶ Bu açıdan dolandırıcılık suçunu malvarlığına karşı suçlardan ayıran en önemli unsur, suçtan zarar görenin aldatılması üzerine iradesinin etkilenmesi ve bu şekilde malvarlığında tasarrufta bulunmasıdır.

³³ Aynı yönde bkz. Cengiz ve Kılıç, *Türk Vergi Hukukunda Naylon Fatura Suçları*, s. 294. Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, s. 299.

³⁴ Behiye Eker-Kazancı ve İlker Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 21/Özel Sayı (2019), s. 521. Ayrıca bkz. TCK, m. 157 gerekçesi.

³⁵ YCGK, E. 2017/665, K. 2020/506, T. 8.12.2020 (Legal Bank Mevzuat Programı).

³⁶ TCK, m. 157 gerekçesi.

Dolandırıcılık suçunun maddi konusu, malvarlığına ilişkin herhangi bir değerdir. Malvarlığı, “*bir kişiye ait para ile ölçülebilen hakların bütünü, mamelek*”³⁷ şeklinde tanımlanmaktadır. Mülkiyet ve zilyetlik yanında alacak hakkı, fikri haklar³⁸ ve ekonomik bir karşılığı bulunan kişisel edimler³⁹ de dolandırıcılık suçunun maddi konusu olabilir.

Öğretide, kişinin mülkiyet ve zilyetliğinde bulunan ancak parasal değeri bulunmayan şeylerin de bu suçla korunduğunu ifade eden yazarlar bulunmaktadır.⁴⁰ Buna karşın öğretinin bir kısmı ve Yargıtay, ancak ekonomik değere sahip şeylerin bu suçun konusunu oluşturabileceği görüşündedir.⁴¹

Dolandırıcılık suçunun hareket unsuru, hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılmasıdır. Madde gerekçesinde suçun çok hareketli bir suç olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten de failin hem hileli davranışlarda bulunması hem de bu hareketlerle mağdurun irade yeteneğini etkilemesi gerekmektedir.

Hile, diğer kişileri etkileyerek onları hataya düşürücü nitelikteki fiilleri ifade eder.⁴² Suç tipinde bilinçli olarak hilenin anlamını sınırlayıcı bir tanıma yer verilmemiştir. Öğretide hile, “*olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarf edilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesi*” şeklinde tanımlanmıştır.⁴³ Yargıtay ise hileyi “*karşısındakini aldatan, yanılgıya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika ve bunun gibi her türlü eylem*”⁴⁴ olarak kabul etmektedir. Bu açıdan bir kişinin iradesini etkilemeye yönelik her türlü davranış hile olarak kabul edilebilir.

Dolandırıcılık suçunun hareketin şekli bakımından nasıl sınıflandırılacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre suçun oluşumu için fail ancak mağduru aldatabilecek nitelikte hileli davranışlarda bulunabilir.⁴⁵ Ancak suç tipinde suçun hileli hareketlerle işleneceği belirtilmekle birlikte bu hareketlerin ne olduğu tanımlanmamıştır. Karşı tarafın iradesini etkileyen her davranışın hile kapsamında ele alınabilmesi nedeniyle suçun serbest hareketli bir suç olduğunu kabul etmek gerekmektedir.⁴⁶

³⁷ TDK Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr> (erişim: 29.11.2022).

³⁸ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara: USA Yayıncılık, 2016, s. 408.

³⁹ Eker-Kazancı ve Zeyrek, “TCK’da Dolandırıcılık Suçu”, s. 521; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 867.

⁴⁰ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 441.

⁴¹ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 867-868; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pinar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 710.

⁴² Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 707.

⁴³ Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2004, s. 453.

⁴⁴ YCGK, E. 2013/450, K. 2014/82, T. 18.02.2014 (Legal Bank Mevzuat Programı).

⁴⁵ Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, s. 405-407; Devrim Aydın, “Dolandırıcılık Suçu”, *Hacettepe HFD*, 11/2 (2021), s. 660.

⁴⁶ Eker-Kazancı ve Zeyrek, “TCK’da Dolandırıcılık Suçu”, s. 526; İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 16.

Dolandırıcılıktaki hilenin aldatma kabiliyetinin bulunması gerekmektedir. Bu şekilde mağdurun irade serbestisi ihlal edilmektedir.⁴⁷ Hile ile, olgular olduğundan farklı gibi gösterilerek kişinin iradesine etki edilmekte ve aldatılmasa vermeyeceği bir rıza elde edilmektedir.⁴⁸ Eğer hileli davranışlar neticesinde mağdur aldatılamazsa fiilin teşebbüs aşamasında kalacağı ifade edilmektedir.⁴⁹

Dolandırıcılık suçunun tamamlanması için bir kişinin hileli davranışlarla aldatılması ve iradesinin etkilenmesi yeterli değildir. Aynı zamanda kanuni tipte öngörülen, failin başkasının zararına olarak kendisi ya da üçüncü bir kişi lehine yarar elde etmesi neticesinin de gerçekleşmesi gerekir. Hileli davranışlarla aldatma sonucu kişi malvarlığı üzerinde bir tasarrufta bulunmalı ve bunun sonucunda bir zarara uğramalıdır. Hileli davranışlarla aldatma ile söz konusu netice arasında nedensellik bağı bulunmalı, kişi aldatıldığı ve iradesi sakatlandığı için malvarlığında bir tasarrufta bulunarak zarara uğramalı, fail ise zarar görenin malvarlığından kendisi ya da bir başkası lehine haksız yarar elde etmelidir. Bu açıdan dolandırıcılık suçunun neticeli bir zarar suçu olduğu açıktır.

Suçun kamu kurum ve kuruluşları zararına işlenmesi ise cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu halde suçtan zarar gören gerçek bir kişi değil bir tüzel kişiliktir. Bu nedenle hileli hareketler ve aldatma fiili, söz konusu tüzel kişiliğin malvarlığı değerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip kamu personeline karşı gerçekleştirilir.⁵⁰ Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için söz konusu kamu personelinin aldatılması ve sonuçta ilgili kamu kurum veya kuruluşunun zarara uğratılması gerekmektedir.⁵¹

Kanunda ayrıca taksirle işlenebileceği düzenlenmediğinden dolandırıcılık suçunun yalnızca kasıtle işlenebileceği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Kast, kanuni tipteki tüm unsurları kapsamalıdır. Bu bakımdan fail; hileli hareketlerle bir kişiyi aldatıldığını, bu aldanmanın neticesinde malvarlığında bir zarar meydana geldiğini ve buna karşılık kendisinin veya bir başkasının bir yarar elde edeceğini bilmeli ve istemelidir.⁵² Fiilin kamu kurum veya kuruluşları zararına olarak işlenmesine ilişkin nitelikli halde ise suçtan zarar görenin bir kamu kurum veya kuruluşu olduğu, bu kurum veya kuruluşun malvarlığında bir eksilme meydana getirildiği ve bu şekilde yarar sağlandığı bilinmeli ve istenmelidir.

II. VUK 359/B İLE TCK 158/1-E MADDELERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Sahte fatura organizasyonları tarafından, sahte fatura satışı ve alışı gizlemek ve vergi denetimini etkisiz kılmak için farklı pek çok yöntemle başvurulmaktadır. Bu çalışmanın

⁴⁷ TCK, m. 157 gerekçesi.

⁴⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 869.

⁴⁹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 813.

⁵⁰ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021, s. 527.

⁵¹ Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", s. 682.

⁵² Eker-Kazancı ve Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", s. 540.

kapsamını aşan karmaşıklıkta bu yöntemler soruşturma makamları tarafından dolandırıcılık suçunun “hile” unsuru olarak değerlendirilebilecektir.

Bahse konu yöntemlerden ilki, dolaylı vergi yükünün yüksek olduğu sektörlerde başvurulan “giydirmeye” yöntemidir. Bu yöntem, üreticiden kayıt dışı gelen faturasız malın, alt kademede sahte fatura firmalarından (paravan şirket) alınan faturayla sanki bu firmalardan satın alınmış gibi gösterilmesi yani sahte faturanın kayıt dışı ürüne adeta giydirilmesi ve bu şekilde söz konusu ürünün aklanarak piyasaya sürülmesidir.⁵³ Bu şekilde hem ürünü satın alan nihai alıcı KDV’li fatura almakta hem de satıcı KDV ya da diğer dolaylı vergi yükünü paravan şirketlere aktarmaktadır.⁵⁴ Görüldüğü gibi giydirmeye yöntemi, sahte fatura alımının gizlenmesi amacıyla yöneliktir.

Kapama yöntemine ise sahte fatura satışının ortaya çıkmasını önleme amacıyla başvurulmaktadır. Buradaki asıl amaç olmayan bir ticarete gerçek izlenimi vermektir. Bu nedenle sözde alıcı tarafından satıcıya banka yoluyla gönderilen para çekilerek nakit olarak ya satıcıya ya da onun gösterdiği başka bir kişiye geri verilir. Ya da tersinden sahte fatura satışından elde edilen para başka birine nakit olarak teslim edilir, daha sonra sanki ortada gerçek bir ticaret varmışçasına aynı para ilk sahibine banka kanalıyla gönderilir. Bu şekilde sahte fatura satışından elde edilen para sisteme girmiş olur.

Çalışmanın problemiği ilk olarak söz konusu fiillerin VUK, m. 359/b ve TCK, m. 158/1-e’de düzenlenen suç tiplerini özellikle de kamu kurum veya kuruluşları zararına dolandırıcılık suçunu karşılayıp karşılamadığının tespitini gerektirmektedir. Bu sorunun cevaplanabilmesi için her iki suç tipinin unsurları karşılaştırılacak ve normlar arasındaki ilişki incelenecek, sahte fatura organizasyonları tarafından başvuru yöntemlerinin ceza hukuku bakımından değeri incelenecektir. Sahte belge düzenleme veya kullanma suçunun işlendiği durumlarda aynı zamanda dolandırıcılık suçunun unsurlarının da gerçekleştiği ortaya konulduğunda ise VUK, m. 359/b ile TCK, m. 158/1-e arasında ortaya çıkacak içtima sorununun çözülmesi gerekmektedir. Bu amaçla ilk olarak her iki suç arasında gerçek içtima ilişkisinin olup olmadığı araştırılacak ve bu kapsamda TCK, m. 212’nin uygulanabilirliği tartışılacaktır. Ardından her iki norm arasındaki görünüşte içtima ilişkisi ele alınacaktır.

A. ÇALIŞMA KONUSU OLAY GRUPLARI BAKIMINDAN VUK 359/B İLE TCK 158/1-E’DE TANIMLANAN SUÇLARININ UNSURLARININ İNCELENMESİ

Kapama ve giydirmeye gibi sahte fatura yöntemlerinin uygulandığı olaylarda sahte fatura suçlarının işlendiği ortadadır. Özellikle kapama yöntemine başvuru durumlarda “sahte belge düzenleme” seçimsel hareketinin işlendiği hususunda şüphe yoktur. Giydirmeye yönteminde ise satın alınan sahte faturalar eğer vergisel işlemlerde esas alındıysa “sahte belge kullanma” hareketi de gerçekleşmiştir. Ancak tartışılması gereken husus, söz konusu fiillerin aynı

⁵³ Ömer Palabıyık, *Vergi Denetim Sisteminin Kayıtdışı ve Sahte Fatura Organizasyonları Yönüyle Analizi ve Öneriler*, 2020, https://www.academia.edu/44078025/Vergi_Denetim_Sisteminin_Kayıtdışı_ve_Sahte_Fatura_Organizasyonları_Yönüyle_Analizi_ve_Öneriler, s. 43 (erişim: 08.12.2022).

⁵⁴ Palabıyık, *Vergi Denetim Sisteminin Kayıtdışı ve Sahte Fatura Organizasyonları Yönüyle Analizi ve Öneriler*, s. 45.

zamanda kamu kurum veya kuruluşları zararına dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmadığıdır.

Bu noktada VUK, m. 359/b hükmündeki sahte belge düzenleme veya kullanma fiili ile dolandırıcılık suçunun hile unsurunun örtüşüp örtüşmediği ortaya konulmalıdır. Bu belgelerle, ortada gerçek bir durum ya da işlem olmamasına rağmen var gibi gösterilerek vergi dairesi hataya düşürülmektedir. Net ve sınırlandırıcı bir tanımı bulunmayan hile kavramı, başkasının iradesini etkileyerek onu hataya düşürücü her türlü davranışı ifade eder.⁵⁵ Yargı kararlarında da hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığının somut olaya göre değerlendirilmesi ve olayın özelliği, fiille olan ilişkisi, mağdurun durumu, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin niteliklerinin ayrı ayrı dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁶ Bu anlamda vergi dairesinde yaratılan bu yanılmanın hile teşkil ettiği söylenebilir. Yargıtay da benzer görüştedir:

213 sayılı Yasanın 359. maddesinde düzenlenen Vergi Kaçakçılığı suçunda ise, sanık ... Kanuna göre bulundurulması gereken belgeleri hileli birden fazla hareketle, birçok resmi kurumlara karşı hileli davranışlarda bulunarak, gerçekte olmayan alış, veriş, üretim ve hizmet sektöründe vergi mükellefi gibi belgeler düzenlenmekte ve vergisel sistemi y.....ılmaktadır (yanılmaktadır).

Dolandırıcılık suçunun işlenmesi için hileli hareketler yeterli değildir, ayrıca aldatmanın da gerçekleşmiş olması gerekir.⁵⁷ Sahte belge düzenleme veya kullanma suçu uygulamada çoğunlukla faturalar üzerinde gerçekleştirilmektedir. Faturaların taşınması gereken zorunlu unsurlar VUK, m. 230'da düzenlenmiştir. Faturanın seri numarası, satılan malın irsaliye numarası gibi unsurları taşınması, gerçekte var olmayan bir işlem veya durumun vergi dairesi nezdinde var gibi gösterilmesi yani hilenin aldatma kabiliyeti olduğu şeklinde yorumlanabilir. Diğer yandan sahte belge satışının ya da alışının ortaya çıkmasını önleme amacına yönelik muhasebe hileleriyle bu hilenin ortaya çıkmasını zorlaştırıldığı ve vergi dairesinin aldatıldığı da açıktır. Bu bakımdan VUK, m. 359/b'de düzenlenen suçun tamamlandığı an olan sahte belgenin vergisel işlemlerde kullanıldığı anda henüz dolandırıcılık suçunun hareket unsurları tamamlanmamıştır. Ancak faturanın sahte olduğunun ilgili kurumlar tarafından anlaşılabilmesi ve bu belgelerle dayanılarak işlem yapılması halinde yani vergi dairesi aldatıldığında, olayda ayrıca dolandırıcılık suçunun aldatma unsuru da gerçekleşir.

Bu şekilde dolandırıcılık suçunun hareket unsurunun bulunduğu tespit edilmesinin ardından netice unsurunun da varlığının tespit edilmesi gerekir. Dolandırıcılık suçundan söz edilebilmesi için failin başkasının zararına olarak kendisi ya da üçüncü bir kişi lehine yarar elde etmesi şeklindeki neticenin somut olayda meydana gelmesi gerekir. Sırf hareket suçu ve soyut tehlike suçu niteliğindeki VUK, m. 359/b'de ise vergi zıyaı suç tipinde bir unsur olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle aşağıda dolandırıcılık suçunun netice unsuruna ilişkin yapılan incelemeler, yalnızca vergi zıyaının meydana geldiği durumlar için geçerlidir.

İlk olarak dolandırıcılık suçundaki malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma unsurunun vergi kaçakçılığı suçunun işlendiği olaylarda da bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Dolandırıcılık suçunun kamu kurum ve kuruluşları zararına işlenmesine ilişkin nitelikli

⁵⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 869.

⁵⁶ Yar. 15. CD, E. 2012/9700, K. 2014/3591, T. 26.2.2014 (Lexpera).

⁵⁷ Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 798.

halinde aldatma, söz konusu kurum ya da kuruluşun malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi olan kişilere yöneliktir.⁵⁸ Nitekim bu kişilerin bir malvarlığı tasarrufunda bulunabilmeleri gerekir. Çalışma konusu olaylarda bu kurum vergi dairesidir. Bu halde tasarrufta bulunma unsurunun ortaya konulabilmesi için öncelikle vergi dairesinin yaptığı işlemin ne olduğu ortaya konulmalıdır.

VUK, m. 19'a göre "vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar." Vergi alacağının kanunlarda gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağın miktar itibarıyla tespit edilmesi yani tarh işlemi (VUK, m. 20) ise ikinci aşamayı oluşturur. Bu halde vergiyi doğuran olayla ilgili vergi dairesinin aldatılması ve tarh işleminin hatalı yapılmasına neden olunması, ilgili kamu görevlisinin aldanması neticesinde devletin malvarlığı üzerinde hatalı tasarruf etmesi anlamına gelmektedir. Nitekim tarh işlemi sırasında zaten vergi borcu doğmuştur ancak hileli hareketler neticesinde yanlış tespit edilmektedir. Bu şekilde de ilgili kurum vergi alacağında yanılarak ya vergi alacağını hiç tahsil etmemekte ya da daha az vergi tahsil etmektedir. Bu şekilde devletin malvarlığında tasarruf yapıldığı söylenebilir.

Netice unsuruna ilişkin ikinci sorun, vergi zıyının, malvarlığına karşı bir suç olan dolandırıcılık suçundaki zarara denk gelip gelmediğidir. Dolandırıcılık suçunda zarar her zaman maddi niteliktedir. Bu açıdan iktisadi değeri olan her zararın dolandırıcılık suçu kapsamında kabul edilebileceği ifade edilmektedir.⁵⁹ Nitekim öğretide egemen olan hukuksal-ekonomik malvarlığı teorisi malvarlığını, hukuk düzeninin koruması altındaki tüm malvarlığı değerleri olarak tanımlamaktadır.⁶⁰ Aynı şekilde sağlanan yarar da malvarlığına ilişkin haksız bir yarar olmalıdır. Bu nedenle devletin vergi zıyına uğratılmasının kamu kurumları zararına işlenen dolandırıcılık suçu açısından kamu zararı, kişinin daha az vergi ödemesi ya da hiç vergi ödemesi veya haksız yere vergi indirimi elde etmesinin ise haksız yarar teşkil ettiği söylenebilir.

Bu noktada "kapama" ve "giydirme" yöntemleri bakımından ayrıca açıklama yapmak gerekmektedir. Kapama ve giydirme ya da vergi kaçakçılığının ortaya çıkmasını önleme amacı taşıyan diğer muhasebe hileleri tek başına bir suç tipini karşılamadığı için bu fiillerin bağımsız olarak cezalandırılmaları mümkün değildir. Nitekim söz konusu fiillerin cezalandırılabilirliği satılan ya da satın alınıp kullanılan faturaların sahteliğine bağlıdır. Eğer faturalar gerçek bir ticari ilişkiye dayanıyorsa bu halde ne ortada bir hile vardır ve vergi dairesi vergiyi doğuran olayla ilgili aldatılmıştır ne de vergi zıyayı yani kamu zararına neden olunmuştur. Dolayısıyla söz konusu muhasebe hileleri, ancak sahte belgelerle birlikte ele alındığında dolandırıcılık unsurunun hareket unsurunu oluşturabilir.

"... söz konusu faturaların külliyen hayali bir alış-satışa dayalı olduğunun net bir çıkarımının yapılamayacağı, F1 ve F2 şirketlerinin birbirlerinin tesislerini kullanmalarının da yasalara aykırılığının bulunmadığı, tesis üretim kapasitelerine göre söz konusu faturalardaki alış-veriş hacminin denkliği hususunda aleyhe bir tespitle bulunulmaması, yine ödemelerin ödeme

⁵⁸ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 896.

⁵⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 710.

⁶⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, s. 887.

*yöntemleri ile birlikte yasal defterlerle kayıt altına alınmış olmasının da sanıklar aleyhine bir durum meydana getirmediği anlaşılacakla dolandırıcılık suçunun oluşması için aranan hile unsurunun sanıklar tarafından ne şekilde gerçekleştirildiğinin ve yine bu bağlamda katılan kurum nezdinde oluşan bir zararın olmadığı ve sanıkların üzerlerine atılı nitelikli dolandırıcılık suçunu işleyip işlemedikleri hususunun şüphe boyutunda kaldığı...*⁶¹

Örneğin sahte belge kullanma suçu, belgenin satın alınmasıyla değil fiilen kullanılmasıyla işlenir. Bu nedenle sahte fatura satın alarak bu faturanın kayıt dışı mala giydirilmesiyle henüz bu suç tamamlanmamıştır, ancak sahte faturanın vergisel işlemlerde kullanılmasıyla tamamlanır. Dolandırıcılık suçu ise ancak vergi zıyanının oluşmasıyla yani kamu zararı neticesinin ortaya çıkmasıyla tamamlanır.

Diğer yandan yapılan işlemler, hile olarak nitelendirilse dahi dolandırıcılık suçunun netice unsurunu karşılamamaktadır. Başka bir deyişle devletin vergi kaybına uğraması bu eylemler neticesinde değil vergi kaçakçılığı suçunu oluşturan sahte belge düzenleme veya kullanma fiilleriyle meydana gelmektedir. Bu fiiller diğer hukuk dallarındaki kurallara aykırılık teşkil etse de⁶² ceza hukuku açısından herhangi bir hukuki değeri ihlal etmemekte ve sahte belge suçlarıyla yaratılan vergi zıyanını artırmamaktadır.

Ancak vergi avantajı elde ederek kamu zararına yol açmak için sahte belge kullanımı fiilleriyle birlikte ele alındığında, söz konusu yöntemlerin hileli hareketlerin devamı niteliğinde olduğu kabul edilebilir. Nitekim bu fiiller, vergi dairesinin aldatılması ve vergiyi doğuran olayın saklanması amacıyla yöneliktir. Bu şekilde sahte fatura satılması veya kullanılması ile birlikte söz konusu yöntemlere başvurulması, VUK, m. 359/b’de yer alan “sahte belge düzenleme veya kullanma” suçuyla birlikte aynı zamanda TCK m. 158/1-e’de yer alan “nitelikli dolandırıcılık” suçunu da karşılamaktadır. Bu açıdan vergi kaçakçılığı suçlarından ayrılamayan söz konusu işlemlerin bağımsız olarak değerlendirilemeyeceğini ve sahte belge düzenleme ya da kullanma fiilleriyle usuli anlamda tek bir fiil oluşturduklarını kabul etmek gerekir.

Görüldüğü gibi çalışmaya konu olay gruplarında hem VUK, m. 359/b’de düzenlenen sahte belge düzenleme veya kullanma hem de nitelikli dolandırıcılık suçunun unsurları oluşmaktadır. Bu tespitin ardından olayda gerçek içtima mı yoksa görünüşte içtima mı bulunduğu sorusu ortaya çıkmaktadır. Verilecek cevaba göre fail ya her iki fiilden de sorumlu olacak ya da görünüşte içtimanın türüne göre yalnızca birinden cezalandırılabilir.⁶³

⁶¹ İzmir BAM, 13. CD, E. 2018/2794, K. 2019/507, T. 4.3.2019 (Lexpera).

⁶² Nitekim “fatura ve benzeri evrak verilmemesi ve alınmaması ile diğer şekil ve usul hükümlerine uyulmaması” VUK, m. 353’te, 7000 TL’yi aşan her türlü tahsilat ve ödemelerin aracı finansal kurumlar kanalıyla yapılması ve bu tahsilat ve ödemelerin söz konusu kurumlarca düzenlenen belgeler ile tevsik edilmeleri zorunlu 459 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde düzenlenmiştir.

⁶³ Kayıhan İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 7/14 (2008), s. 36.

B. VUK 359/B İLE TCK 158/1-E ARASINDA GERÇEK İÇTİMA KURALLARININ UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

Fiil sayısınca suç ve suç sayısınca ceza verileceğini ifade eden gerçek içtimada fail tarafından işlenen her bir suç bağımsızlığını korur ve bu suçlar için ayrıca hüküm verilir.⁶⁴ Bu nedenle gerçek içtimanın uygulanabilmesi için ilk olarak birden fazla fiil bulunduğu tespit edilmesi gerekmektedir.

Yukarıda açıklandığı gibi sahte fatura düzenleme veya kullanma ile muhasebe hileleri birbirinden bağımsız iki fiil olarak kabul edilerek ilkinin vergi kaçakçılığı diğerinin ise nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğu kabul edilemez. Aynı fiil her iki suçun da hareket unsurunu oluşturmakta ve sonuçta kamu zararı meydana gelmektedir. Diğer yandan her iki suçun da kamunun maddi menfaatlerine yönelmesi bakımından farklı bir hukuki konuyu ihlal etmediği açıktır. Bu nedenle sahte fatura kullanarak vergi zıyana neden olan faili hem VUK, m. 359/b 'de düzenlenen vergi kaçakçılığı hem de TCK, m. 158/1-e'de düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçundan sorumlu tutmak, aynı kamu zararının iki farklı suçta konu edilmesi nedeniyle iki kere değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelecektir.

Diğer yandan gerçek içtimanın uygulanmasına ilişkin özel bir hüküm olan TCK, m. 212'nin olayda uygulanma kabiliyetinin olup olmadığının ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Sahte belge oluşturma veya kullanma suretiyle vergi kaçakçılığı, özel belgede sahtecilik suçunun özel bir görünümüdür. Gerçekten de sahte olarak düzenlenen belge eğer vergi kanunlarına göre saklanması ve ibrazı gereken belgelerden ise VUK, m. 359'de düzenlenen özel norm uygulanacaktır.⁶⁵ Bunun yanında sınırlı bazı durumlarda resmî belgede sahtecilik yapılarak da VUK, m. 359'da düzenlenen suçun ihlal edilebileceği ifade edilmektedir.⁶⁶ Dolayısıyla her iki suç arasında içtima ilişkisi yoktur ve yalnızca VUK uygulama alanı bulur.⁶⁷

Bu halde, “sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağını” ifade eden TCK, m. 212 hükmü de uygulanamaz. Nitekim sahtecilik zaten VUK, m. 359/b'de unsur olarak düzenlenmiştir. TCK'nın 212. maddesinin gerekçesinden de anlaşılacağı gibi kanun koyucu sahteciliğin bir unsur olarak düzenlenmediği suçların işlenmesi sırasında belgede

⁶⁴ Neslihan Göktürk, "Türk Hukuku'nda Suçların İçtimaı." *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2/1-2 (2014), s. 31.

⁶⁵ Donay, *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, s. 143. “Sanık hakkında sahte fatura kullanması nedeniyle 213 sayılı VUK'nin 359/b-1 maddesinde düzenlenen sahte fatura kullanma ve 5237 sayılı TCK'nin 207. maddesinde düzenlenen özel belgede sahtecilik suçlarından dava açılmış ise de, eylemlerin küll halinde özel yasa niteliğinde olan 213 sayılı VUK'a muhalefet suçunu oluşturacağı...” (Yar. 11. CD, E. 2017/6784, K. 2020/2652, T. 03.06.2020). Aksi yönde görüş için bkz. Ferhat Yıldız, “Belgede Sahtecilik ile VUK'da Düzenlenen Sahte Belge Düzenleme Suçlarının Aldatma Kabiliyeti Yönünden Karşılaştırılması”, *TAAD*, 12/21 (2021), s. 578.

⁶⁶ Ferhat Yıldız, “Belgede Sahtecilik ve Vergi Kaçakçılığı Suçlarının Yargı Kararları Işığında Karşılaştırılması”, Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 197.

⁶⁷ Her iki suç tipi arasında içtima ilişkisi olması nedeniyle ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilmesi gerektiği yönünde bkz. Adnan Çavuş, *Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016, s. 213. Ancak vergi kaçakçılığına ilişkin madde özel norm olduğundan, ceza karşılaştırılması yapılmadan bu maddenin uygulanması gerekir.

sahtecilik de yapılırsa gerçek içtima kuralları uygulanarak her iki suçtan da ceza verilmesi gerektiği öngörmüştür. Aksi kabul *non bis in idem* ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.⁶⁸

Dolandırıcılık suçunda ise sahtecilik açıkça bir unsur olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle belgede sahtecilik yapılarak bir kişinin aldatılması ve başkasının zararına olarak yarar elde edilmesi durumunda TCK, m. 212'nin uygulanarak failin hem duruma göre özel veya resmî belgede sahtecilikten hem de dolandırıcılık suçundan ceza alacağı kabul edilmektedir.

Sahtecilik suçunun özel bir düzenlemesi niteliğindeki sahte belge düzenleme ve kullanma suçlarının işlendiği durumlarda, TCK, m. 212 dolayısıyla dolandırıcılık suçundan da ceza verilip verilmeyeceği sorusu akla gelebilir. Ancak bu soru iki gerekçeyle olumsuz yanıtlanmalıdır. İlk olarak özel belgede sahtecilik ve sahte belge düzenleme veya kullanma suçları farklı kanunlarda düzenlenen iki farklı suç tipidir ve ikisine aynı hukuki sonuçlar bağlanamaz.

... VUK 359'daki kaçakçılık suçuna cezai müeyide getiren sahte belge düzenleme ve kullanma kavramları ile TCK'daki sahtecilik suçları ve kavramlarının birebir eşleştirilmesinin, aynı anlamların yüklenmesinin (aldatma yeteneği veya şekil denetimi yönünden) aynı denetime tabi tutulmasının doğru olmayacağı bunun VUK'nu bakımından y...gılı sonuçlara yol açacağı izahtan varestedir. Çünkü Vergi Usul Kanunu öngördüğü suçlar bakımından birçok halde Ceza Hukukunun genel ilkelerinden ayrılarak cezai sorumluluğa, takip şartlarına ve cezaların belirlenmesine ilişkin farklı düzenlemeler getirmiştir.⁶⁹

İkinci olarak TCK'da düzenlenen sahtecilik suçlarının başka suçların işlenmesinde kullanılması halinde gerçek içtima kuralının uygulanacağını öngören 212. madde, TCK'nın kendi içerisinde yaptığı bir atıftır ve özel bir kanunun uygulanması bakımından uygulama alanı bulamaz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi, TCK m. 212'nin uygulama alanını özel bir ceza normu olan bankacılık zimmeti bakımından tartışmış ve şu şekilde hüküm kurmuştur:

Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 06/04/2010 tarih ve 2010/7-38 Esas, 2010/79 sayılı kararında belirtildiği üzere; 5411 sayılı **Bankacılık Yasasında zimmet suçu yanında sahtecilik suçundan da ayrıca cezaya hükmolunacağına ilişkin bir düzenleme bulunmaması** karşısında, **sahte belge tanzim etme fiilinin de zimmet suçunun unsuru olduğu** gözetilerek sanıklar hakkında özel belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulmasına yer olmadığına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm verilmesi⁷⁰

Görüldüğü gibi kararda bankacılık zimmeti suçunun işlendiği durumda ayrıca TCK kapsamında özel belgede sahtecilik suçundan da sorumluluk doğmayacağı iki noktadan hareketle açıklanmıştır. İlk olarak TCK'da düzenlenen sahtecilik suçlarının başka suçların işlenmesinde kullanılması halinde gerçek içtima kuralının uygulanacağını öngören 212. madde, özel bir kanun olan Bankacılık Kanunu'nun uygulanması bakımından uygulanamaz. İkinci olarak sahteciliğin bankacılık zimmeti suçunun unsuru olması nedeniyle ayrıca bu suçtan ceza verilemez.

Sonuç itibarıyla hem dolandırıcılık ve hem de sahte belge düzenleme veya kullanma suçlarının bulunduğu durumda, TCK m. 212'den hareketle gerçek içtima uygulanamaz.

⁶⁸ Ersan Şen, "Vergi Kaçakçılığında Belge Sahteciliği ve Çifte Cezalandırma", 2015, <https://sen.av.tr/tr/makale/vergi-kacakliginda-belge-sahteciligi-ve-cifte-cezalendirma> (erişim: 17.11.2022).

⁶⁹ YCGK, E. 2018/427, K. 2018/517, T. 08.11.2018.

⁷⁰ Yar. 7. CD, E. 2016/4394, K. 2020/16386, T. 4.11.2020 (Lexpera).

C. VUK 359/B İLE TCK 158/1-E ARASINDAKİ GÖRÜNÜŞTE İÇTİMA İLİŞKİSİ

Sahte fatura satışı veya satın alınarak kullanılması ve bu işlemlerin saklanması için muhasebe hilelerine başvurulması durumunda hem VUK, m. 359/b hem de TCK, m. 158/1-e’de düzenlenen suç tiplerinin unsurları oluşsa da yukarıda açıklandığı gibi bu iki suç arasında gerçek içtima ilişkisi kurulmaz. Bu nedenle olay ya sahte belge düzenleme veya kullanma ya da nitelikli dolandırıcılık olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla konunun esas problematiği, olayda görünüşte içtima hallerinden hangisinin söz konusu olduğudur.

Burada görünüşte içtimadan önce TCK, m. 44’te düzenlenen fikri içtima halinin bulunup bulunmadığı akla gelebilir. Söz konusu hükme göre, *“işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır”*. Ancak olayda farklı hukuki konuları ihlal eden iki farklı suç bulunmamaktadır. Nitekim fikri içtimada, *“tek eylem çeşitli ihlalleri ortak bir yönden gerçekleştirmekte ve her ihlalin kendine özgü özellikleri kaldığı için çeşitli suçlar söz konusu olmaktadır”*.⁷¹ Hem dolandırıcılık hem de vergi kaçakçılığı suçları devletin mali çıkarlarına yönelmiş olduğu ve aynı kamu zararına yol açtığı için farklı ihlaller bulunduğu söylenemez. Sonuç itibarıyla her iki suç arasında fikri içtima ilişkisi yoktur.

Görünüşte içtima ilişkisinin bulunduğu durumlardan birisi özel-genel norm ilişkisidir. Dolandırıcılık suçu ile malvarlığı değeri korunurken vergi kaçakçılığı suçlarında daha özel olarak devletin soyut mali çıkarları korunmaktadır. Özel norm, genel normun tüm özellikleri yanında başka özelliklere de sahip normu ifade eder. Özel normun genel norm karşısındaki önceliğinin gerekçesi de genel norma nazaran bazı ek unsurlara sahip olmasından kaynaklanmaktadır.⁷²

Bu noktada yapılması gereken ilk tespit, her ne kadar VUK vergi hukuku bakımından genel bir kanun niteliği taşısa da TCK’da düzenlenen suçlar karşısında VUK’ta düzenlenen ve devletin vergi alacaklarını garanti altına almayı amaçlayan kaçakçılık suçları özel norm konumundadır.

İnceleme konusu suçlara bakıldığında, VUK, m. 359/b’de öngörülen suç tipinde, dolandırıcılık suçunun “hile” unsurunun, “sahte belge düzenleme veya kullanmak” şeklinde spesifikleştirildiği, koruma alanının sahte belgelerle özelleştirilip daraltıldığı görülmektedir. Bu suç tipinde normun koruma amacı dolandırıcılık suçundaki malvarlığı değerinin korunması amacını da karşılayan ancak ondan çok daha özel bir şekilde yalnızca devletin soyut mali çıkarlarını koruyan bir kapsama sahiptir. Nitekim sahte belge kullanma ve düzenleme suçlarında suçtan zarar görenin nasıl aldatılacağı spesifik olarak düzenlenmiş ve netice öngörülmeyle hukuki konu daha sıkı bir koruma altına alınmıştır. Bu nedenle artık dolandırıcılık suçuyla devletin malvarlığı değerinin korunmasına gerek bulunmamaktadır. Bu açıdan sahte belge kullanma ve düzenleme suçları, dolandırıcılık karşısında öncelikle uygulanmalı ve dolandırıcılık suçu geri çekilmelidir.

⁷¹ İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, s. 39.

⁷² İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, s. 41.

Diğer yandan dolandırıcılık suçunun hile unsurunun temel gerekçesini teşkil eden muhasebe hileleri, vergi zıyainin meydana geldiği durumlarda ceza hukuku teorisi açısından cezalandırılmayan sonraki hareket kapsamında ele alınabilir. Cezalandırılmayan sonraki hareketlerde farklı bir ceza normunu ihlal eden birden fazla hareket vardır ve sonraki hareketler, öncekiler cezalandırıldığı için cezalandırılmaz. Nitekim ilk ihlalin yarattığı haksızlık, bir sonrakinden cezalandırmayı gereksiz kılacak kadar ağırdır⁷³ ve ilk hareketle meydana getirilen hukuka aykırılık, bir sonrakini de kapsamına alır.⁷⁴ Sonraki fiilin cezalandırılmaması; ikinci fiilin aynı hukuki değere yönelmesi ve yeni bir hukuki değeri ihlal etmemesi⁷⁵ ile mevcut zararın büyüülmemesi⁷⁶ koşullarının gerçekleşmesine bağlıdır.

Yukarıda da açıklandığı gibi kapama ve giydirme işlemlerinin sahte fatura satma ya da kullanma fiilleriyle birlikte hilenin devamı olarak ele alınması gerekmektedir. Sahte fatura satılması ya da satın alınması fiilinden sonra, vergi zıyainin meydana gelmesini güvence altına almak için başvuru muhasebe hileleri, ilk fiilden daha farklı bir zarar meydana getirmemektedir. Nitekim vergi zıyayı sahte faturalara bağlı olarak gerçekleşmektedir. Söz konusu muhasebe hileleri devletin mali çıkarlarına yönelmiş hileli hareketler olsa da sahte faturalarla yaratılan haksızlığı artırıcı nitelik taşımamaktadır.

Cezalandırılmayan sonraki hareketlerde sonraki fiili düzenleyen norm, ilk fiili düzenleyen norm tarafından tüketilir. Bu açıdan sahte fatura ve dolandırıcılık suçları arasında tüketen tüketilen norm ilişkisi de vardır. Tüketen-tüketilen norm ilişkisinde suçlardan biri diğerinin haksızlık içeriğini kapsamına almakta ve böylece diğer suçları düzenleyen normun koruduğu hukuksal yararı bir bütün olarak korumaktadır.⁷⁷ Burada tükenen normun cezalandırılmasını anlamsız kılacak şekilde hukuki değer tüketen norm tarafından korunmaktadır. Vergi kaçakçılığına eşlik eden dolandırıcılık suçu da tüketilen norm konumundadır. Nitekim vergi kaçakçılığı, dolandırıcılık suçunun haksızlığını da kapsamına almakta ve devletin mali çıkarlarını zarar neticesi gerçekleşmese dahi koruyarak daha etkili genel önleme yaratmaktadır. Bu açıdan dolandırıcılık suçundan ceza verilemez.

SONUÇ

Sahte fatura düzenleme ya da kullanma fiilleri, uygulamada en çok karşılaşılan vergi kaçakçılığı fiillerinin başında gelmektedir. Sahte fatura satışı yapan organizasyonlar, bu suçların ortaya çıkmasını önlemek ve vergi denetimini etkisiz kılmak için kapama ve giydirme gibi çeşitli yöntemlere başvurmaktadır. Bu yöntemlerin yargı makamları tarafından hile olarak değerlendirilmesi neticesinde failer hakkında sahte belge düzenleme veya kullanma suçu yanında kamu kurum veya kuruluşları aleyhine dolandırıcılık suçundan da dava açılmakta ve her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilmektedir.

⁷³ Erkan Sarıtaş, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 80/2 (2022), s. 646-647.

⁷⁴ İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, s. 43.

⁷⁵ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 400.

⁷⁶ İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, s. 43.

⁷⁷ Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s. 893-895.

Sahte belge özelinde sahte fatura düzenleme ve kullanma suretiyle işlenen vergi kaçakçılığı suçu, VUK, m. 359/b'de düzenlenmiştir. Bu suç ile devletin soyut mali çıkarları korunmakta ve suçun oluşumu açısından bu fiiller neticesinde devletin vergi kaybına uğrayıp uğramadığı araştırılmamaktadır. Bu açıdan anılan suç sırf hareket ve soyut tehlike suçudur. Söz konusu suç, sahte belge düzenleme veya düzenleme veya kullanma hareketleriyle işlenmektedir. Bir faturayı sahte olarak oluşturmak şeklindeki düzenleme seçimlik hareketi yönünden bir tereddüt yokken hangi durumlarda sahte faturanın kullanılmış sayılacağı tartışmalıdır. Bu konuda kanuni defterlere kayıt var ise bu kayıt tarihinin esas alınması yoksa beyannamede gösterilmesi ile suçun oluştuğunun kabulü gerekir.

Dolandırıcılık suçunda ise genel olarak malvarlığı değerleri ve bunun yanında irade özgürlüğü korunmaktadır. Suçun hareket unsurunu hileli hareketlerle bir kişinin aldatılması oluşturmaktadır. VUK, m. 359/b'de düzenlenen suçtan farklı olarak neticeli bir zarar suçu olan dolandırıcılık suçunda hileli davranışlarla aldatma neticesinde aldatılan kişi malvarlığında bir tasarrufta bulunmalı ve fail bir kişinin zararına olarak kendisi ya da üçüncü bir kişi lehine bir yarar elde etmelidir.

Sahte belge düzenleme veya kullanma suçu işlenen özellikle de sahte fatura satışının ya da satın alınmasının gizlenmesi amacıyla çeşitli hilelere başvuru durumlarda VUK, m. 359/b'de düzenlenen vergi kaçakçılığı suçu yanında kamu kurumları aleyhine dolandırıcılık suçunun unsurları da gerçekleşmektedir. Nitekim sahte faturalarla, gerçek olmayan bir durum ya da işlem var gibi gösterilerek vergi dairesi hataya düşürülmekte ve hali hazırda doğmuş vergi borcunun eksik tarh edilmesine ya da hiç tarh edilememesine yol açılmaktadır. Bu halde kamu kurumu niteliğindeki vergi dairesi hileli hareketlerle aldatılmakta ve eğer vergi zıyayı ortaya çıkarsa dolandırıcılık suçunun netice unsuru da tamamlanmaktadır.

Sahte fatura organizasyonları tarafından başvuru yöntemler ise başlı başına bir suç tipini karşılamamaktadır. Nitekim söz konusu fiiller sahte faturalarla birlikte ele alınarak hile olarak kabul edilebilir. Nitekim bu yöntemler vergi dairesinin aldatılarak gerçek olmayan bir ticari ilişkinin var olduğu yanlışlığının kuvvetlendirilmesine yöneliktir. Ancak dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için aldatıcı hareketlerle zarar neticesi arasında nedensellik bağı olması gerekir. Bununla birlikte vergi zıyayı yani nitelikli dolandırıcılık suçunun neticesi esas olarak sahte fatura kullanımı nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan dolandırıcılık suçunun oluşması ve söz konusu hileli hareketlerin cezalandırılması faturaların sahteliğine bağlıdır. Eğer faturalar gerçek bir ticari ilişki ya da duruma dayanıyorsa o halde söz konusu yöntemler de cezalandırılmaz.

Çalışma konusunu teşkil eden olaylarda hem VUK, m. 359/b hem de TCK, m. 158/1-e'de düzenlenen suçun unsurları olduğundan içtima sorunu ortaya çıkmaktadır. Yargı uygulamalarının aksine bu halde gerçek içtima söz konusu olamaz. Nitekim gerçek içtima, birden fazla fiil ve birden suç olmasını gerektirir ki bu halde aynı hukuki değeri ihlal eden, hareket unsuru aynı ve yine aynı kamusal zarara yol açan tek fiil vardır. Muhasebe hileleri ise yukarıda açıklandığı gibi bağımsız bir fiil olarak kabul edilemez nitekim bu hareketler ceza hukuku anlamında sahte fatura satışı ya da satın alınmasıyla birlikte ele alınmalıdır. Bu halde faili hem

VUK, m. 359/b hem de TCK, m. 158/1-e'de yer alan suçtan dolayı sorumlu tutmak iki kere değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelir. Bu noktada, sahte belge kullanma ve düzenleme suçunun, TCK'da düzenlenen belgede sahtecilik suçlarının özel bir görünüm şekli olduğu gerekçesiyle TCK 212. maddenin uygulanma kabiliyeti olduğu akla gelebilir. Ancak TCK'daki belgede sahtecilik ve sahte belge düzenleme veya kullanma suçları farklı kanunlarda düzenlenen iki farklı suç tipidir ve ikisine aynı hukuki sonuçlar bağlanamaz. Diğer yandan TCK 212. madde TCK'nın kendi içerisinde yaptığı bir atıftır ve VUK bakımından uygulama alanı bulmaz.

Nitelikli dolandırıcılık ve VUK, m. 359/b arasında gerçek içtima ilişkisi olmadığına göre görünüşte içtima ilişkisinin incelenmesi gerekir. Bu suçlar arasındaki ilişkiye bakıldığında her ikisinin de esas olarak aynı hukuki konuyu aynı zarar neticesinden korumak amacına yönelik oldukları görülmektedir. Ancak iki suç da malvarlığı değerini korusa da vergi kaçakçılığı suçunda normun koruma amacı çok daha dar bir şekilde devletin vergilendirmeden doğan soyut mali çıkarlarıdır. Ayrıca sahte belge düzenleme veya kullanma suçlarında kanun koyucu hilenin nasıl yapılacağını spesifik olarak belirlemiş, normun koruma amacı ise bir zarar neticesi ortaya çıkmadan hukuki konunun korunmasını sağlayacak şekilde daraltılmıştır. TCK karşısında VUK'ta düzenlenen ceza normlarının özel nitelikte olduğu da dikkate alındığında her iki suç arasında özel-genel norm ilişkisi olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu nedenle özel norm niteliğindeki sahte belge düzenleme veya kullanma suçu öncelikle uygulanır ve yalnızca bu suçtan ceza verilir.

Diğer yandan sahte fatura organizasyonları tarafından başvuru kapama ve giydirme gibi yöntemler ceza hukuku açısından cezalandırılmayan sonraki hareket kapsamındadır. Sahte fatura satılması ya da satın alınması fiillerinin devamında uygulanan bu yöntemler, sahte fattularla yaratılan hukuka aykırılıktan farklı bir nitelik taşımamakta ve başka bir değere zarar vermemektedir. Aksine sahte fatura düzenlenmesi veya kullanılmasıyla ortaya çıkan haksızlık, daha sonra suçun ortaya çıkmasını önleme amacıyla başvuru bu yöntemleri tüketerek artık bunlardan ceza verilmesini anlamsız hale getirir.

Bu açıdan sahte fatura düzenlenmesi veya satın alınarak kullanılmasını takip eden ve vergi denetiminin düzgün bir şekilde yapılmasını engelleme amacı taşıyan bazı yöntemlere başvurulması halinde failer ancak VUK, m. 359/b hükmünden sorumlu tutulabilirler. Bu halde ayrıca kamu kurum ve kuruluşları aleyhine dolandırıcılık suçuna başvurulması, iki kere değerlendirme yasağının ihlali anlamına gelmektedir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2012.
- Aydın, Devrim. "Dolandırıcılık Suçu". *Hacettepe HFD*. 11/2 (2021), s. 649-705.
- Baştürk, İhsan. "Vergi Ziyai Vergi Kaçakçılığı Suçunun Unsuru mudur Değil midir?". Vergi Kaçakçılığı Suçları (Sempozyum Kitabı). Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Bilici, Nurettin. *Vergi Hukuku*. Ankara: Savaş Kitabevi, 2017.
- Cengiz, Aydın ve Ömer Kılıç. *Türk Vergi Hukukunda Naylon Fatura Suçları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Çağan, Nami. *Vergilendirme Yetkisi*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.
- Çavuş, Adnan. *Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.
- Devlilioğlu, Ferit. *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat*. Ankara: Aydın Kitabevi, 2008.
- Donay, Süheyl. *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2008.
- Dönmezer, Sulhi. *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2004.
- Eker-Kazancı, Behiye ve İlker Zeyrek. "TCK'da Dolandırıcılık Suçu". *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan*. 21/Özel Sayı (2019), s. 517-583.
- Gökçen, Ahmet. *Belgede Sahtecilik Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Göktürk, Neslihan. "Türk Hukuku'nda Suçların İçtima". *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*. 2/1-2 (2014), s. 31-59.
- Hafızoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2016.
- İçel, Kayhan. "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu". *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 7/14 (2008), s. 35-49.
- Karakoç, Yusuf. *Vergi Ceza Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Kızılot, Şükrü ve Zuhul Kızılot. *Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları*. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2011.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Öner, Erdoğan. *Vergi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özgenç, İzzet. *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Palabıyık, Ömer. *Vergi Denetim Sisteminin Kayıtdışı ve Sahte Fatura Organizasyonları Yönüyle Analizi ve Öneriler*. 2020. https://www.academia.edu/44078025/Vergi_Denetim_Sisteminin_Kayıtdışı_ve_Sahte_Fatura_Organizasyonları_Yönüyle_Analizi_ve_Öneriler (erişim: 08.12.2022).
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil: C. I*. München: C.H. Beck, 2006.
- Sarıtaş, Erkan. "Cezalandırılmayan Önceki Hareketler". *İstanbul Hukuk Mecmuası*. 80/2 (2022), s. 615-654.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

- Şen, Ersan. "Vergi Kaçakçılığında Belge Sahteciliği ve Çifte Cezalandırma". 2015, <https://sen.av.tr/tr/makale/vergi-kacakliginda-belge-sahteciligi-ve-cifte-cezalandirma> (erişim: 17.11.2022).
- Şenyüz, Doğan. *Vergi Ceza Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2011.
- TDK Türkçe Sözlük. <https://sozluk.gov.tr> (erişim: 29.11.2022).
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Türk Dil Kurumu. *Türkçe Sözlük C. I*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1998.
- Uğur, Hüsamettin. "Vergi Usul Kanunu'na Göre Yanıltıcı veya Sahte Belge Kullanma Suçlarında Suç Tarihi". *Terazi Hukuk Dergisi*. 10/109 (2015), s. 84-92.
- Ürel, Gürol. *Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Yıldız, Ferhat. "Belgede Sahtecilik ile VUK'da Düzenlenen Sahte Belge Düzenleme Suçlarının Aldatma Kabiliyeti Yönünden Karşılaştırılması". *TAAD*. 12/21 (2021), s. 547-582.
- Yıldız, Ferhat. "Belgede Sahtecilik ve Vergi Kaçakçılığı Suçlarının Yargı Kararları Işığında Karşılaştırılması". Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.

EXTENDED SUMMARY

OFFENCE OF QUALIFIED FRAUD THROUGH FALSE INVOICE

Elvan Keçelioğlu, Assoc. Prof.

Ankara Medipol University, elvan.kecelioglu@ankaramedipol.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-3081-1344>

Introduction and Research Purpose

False invoice organizations use various accounting methods to conceal their tax evasion activities. It is clear that issuing or purchasing and using false invoices constitutes the crime regulated in Article 359/b of the Tax Procedure Law (VUK). However courts accept that the accounting methods applied by false invoice organizations constitute the deceit element of the crime of fraud as well. This in turn causes the perpetrators of these conducts to be convicted of both the offence defined in Article 359/b of VUK and the offence of qualified fraud that is committed against public institutions.

This practice of the courts gives rise to several questions about how false invoice organisations must be approached in terms of criminal law. Primarily, it must be addressed whether applying accounting methods that are carried out with the purpose of concealing false invoice schemes and cause loss of tax constitute the crime of fraud or not. This requires a brief analysis and comparison of the elements of the two crimes mentioned above. If it is concluded that such activities do indeed constitute the crime of qualified fraud, then it must also be explained how the rules of aggregation of offences will be applied in such situations. It must be noted that Article 212 of the Turkish Penal Code (TCK), which states that in case forged documents are used to commit a different crime then the perpetrator will be punished of both forgery and the relevant crime, also contributes to the complexity of the latter question.

Literature Review

There are numerous studies focused on the crimes of fraud and forgery or on tax evasion. However, the relation between the crime regulated in VUK, Article 359/b and the crime of qualified fraud that is committed against public institutions has not been thoroughly examined yet. Therefore, analysing whether the accounting methods concerned with the concealment of false invoice activities constitute the crime of fraud or not, and if it does so how the issue of aggregation of crimes will be solved remains as an important topic in criminal law that needs to be clarified.

Methodology

This study can be characterized as a critical research paper. The reason for this is that, the paper's structure is essentially established in a manner that allows a proper

analysis and criticism of the court practices related to false invoice organizations. This structure has been taken as a reference point and the questions mentioned above have been researched and discussed accordingly.

Findings and Conclusion

As a result of this study, multiple findings have been reached. Firstly, accounting methods that conceal the use of false invoices, and these methods causing tax losses fulfill the “deceit” and “loss” elements of the crime of fraud respectively. Under the condition that the use of false invoices and the concealment of such activities have resulted with tax loss, the elements of both fraud and the offence regulated in VUK, Article 359/b will have occurred. However, it is not accurate to argue that there are two separate punishable conducts solely because certain accounting methods have been used after the use of false invoices.

Also since both of these crimes violate the public’s financial interests they do not violate separate legal interests. Therefore, punishing the perpetrator for both of the crimes separately would violate the rule that forbids considering the same unjustness twice when setting the punishment. Although it is possible that both crimes are committed during the processes mentioned above, the perpetrator should not be convicted of fraud and Article 359/b of VUK separately.

Article 212 of TCK can not be a basis for this practice either. Even though TCK, Art. 212 states that using forged documents to commit a different crime will result with two separate punishments, the article does not apply for VUK, Art. 359/b. TCK, Art. 212 only applies to crimes regulated in TCK. Therefore even if VUK, Art. 359/b is accepted as a specific version of the forgery crimes in TCK, the article mentioned can not be seen as a basis to punish the perpetrator for both qualified fraud and VUK, Art. 359/b.

In such situations, since there are not two separate crimes that violate two different legal interests, the principle of conceptual aggregation can not be applied either. This means the aggregation issue must be solved by the principles of ostensible aggregation.

Compared to the norms in TCK, the tax evasion offence in VUK protects a more specific legal interest and for that reason the norm in VUK must be accepted as a specific norm. Secondly, the accounting methods that are analysed in this article are applied only after the false invoices are issued, purchased or used. These methods are used only to assure that the tax loss actually occurs and do not cause a separate harm than the one caused by the initial conduct. Therefore, the mentioned accounting methods must be accepted as subsequent conducts that do not require punishment. It is accepted that when the violation of the first norm covers the unjustness that arises from the violation of the second norm, the conduct that violates the second norm must not be punished. Therefore the perpetrator must be convicted only of the crime regulated in VUK, Art. 359/b.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

TİCARETTE YEŞİL DÖNÜŞÜM: ÇEVRE ETİKETİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

GREEN TRANSITION IN TRADE: AN ANALYSIS ON THE ENVIRONMENTAL LABEL AND ITS LEGAL NATURE

Dr. Öğr. Üyesi Ş. Esra Kiraz*

ÖZ

Tüketicilerde giderek artan çevre bilinci, çevreye daha az zarar veren ürün ve hizmetleri tercih etmelerine yol açmış; bunun sonucu olarak da işletmelerin sundukları ürün ve hizmetlerin daha “çevre dostu” olduğunu iddia eden etiket, işaret, sembol, logo vb. kullanarak tüketicilerin tercihlerine etki etmeye başlamıştır. Tüketicilerin çevreye ilişkin artan kaygıları, işletmeler kadar, çevre kuruluşları ve devletlerin de dikkatini çekmiş ve tüketicilerin bilinçli satın alma kararları yoluyla çevre üzerindeki olumsuz etkileri önemli ölçüde azaltabilecekleri görüşüyle sürdürülebilir ürünleri teşvik etme yoluna gitmiştir. Ancak işletmelerin, iddia ettikleri gibi çevreci olup olmadıklarının da tespiti de önemli bir sorun işareti teşkil etmektedir. Tüketicilerin korunması açısından ürünlerin ve hizmetlerin çevresel etkilerine ilişkin iddiaları doğrulayan çevre etiketi sistemi ortaya çıkmıştır. Çevre etiketi ile; işletmeler tarafından sunulan mal ve hizmetlere ilişkin çevresel iddiaların tamamen belli standartlara ve kanıtlara dayalı olarak doğruluğu desteklenmekte ve tüketicilerin de güven ile bu tür ürün ve hizmetleri seçmesinin önü açılmaktadır. Çevre etiketine sahip olan AB mevzuatı ile uyum sürecinde, 2018 yılında Türkiye “Çevre Etiket Yönetmeliği” ile Türkiye Çevre Etiket Sistemi (TÇES) hayata geçirmiştir. Ülkemiz açısından son derece yeni olan çevre etiketini de halihazırda sadece 15 işletmenin aldığı gözlemlenmiştir. Çalışmamızda öncelikle, çevre etiketi tanıtılacak ve çevre etiketi sistemi ve mevzuatı incelenecektir. Söz konusu sistemin ülkemizde de yeni olması göz önüne alınarak hukuki niteliğine ilişkin değerlendirme yapılacaktır. Söz konusu değerlendirme, çevre etiketin, bir “işaret, logo” olmasından yola çıkılarak Sınai Mülkiyet Kanunu ışığında bir marka olup olmadığı temelinde yapılacaktır. Bu noktada çevre etiketinin ortak marka veya garanti markası olup olmadığı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Çevre Etiket, Eko-Etiket, Yeşil İddia, Garanti Markası, Ortak Marka

* Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

☎ 0000-0003-3163-8640 ✉ serifeesrakiraz@karatekin.edu.tr

ABSTRACT

Increasing environmental awareness among the consumers has caused preference of such products and services that are less harmful to the environment. Therefore, businesses have begun using labels, signs, symbols, logos, etc. claiming that the products and services they offer are more “environmentally friendly” and have started to influence consumers’ sale preferences. With the raising environmental concerns in public, not only businesses but also environmental organisations and governments have started to promote sustainable products with the idea that the consumers can significantly reduce negative effects of the consumption on the environment through their conscious sales decisions. However, determining whether businesses’ claims as being environmentally friendly are true should be solved. To protect consumers, an ecolabel system which verifies the claims about the environmental impact of products and services have emerged. By ecolabel, accuracy of environmental claims about the goods and services are proved based on certain standards and evidence, thereof, the consumers can choose such products and services with confidence. In the process of harmonization with EU legislation, Türkiye implemented the “Environmental Label Regulation” (ÇEY) and the Turkish Environmental Label System (TÇES) in 2018. This study first introduces the environmental label and then this system and the legislation. Regarding that this system is new in Türkiye, an evaluation is undertaken about its legal nature. The evaluation is based upon whether the environmental label is a trademark in the light of the Turkish Industrial Property Law (SMK), because that it is a 'sign, logo' attached to the goods/services. Thus, if environmental label is a collective or certification mark is examined.

Keywords: Environmental Label, Ecolabel, Green Claims, Certification Mark, Collective Mark,

GİRİŞ

Tüketicilerde artan çevre bilinci ile bu tutumlarını destekler nitelikte olarak çevreye ve doğaya duyarlı ürünleri tercih ettikleri gözlemlenmektedir. “Çevre/doğa dostu”, “temiz”, “sürdürülebilir” vb. kavramlar ile piyasaya sürülen ürün ve hizmetlere daha fazla para harcama eğiliminde oldukları yapılan araştırmalar ile de gösterilmektedir¹. 2022 yılında yapılan Küresel Sürdürülebilirlik Çalışmasına göre, küresel tüketicilerin %71’i daha sürdürülebilir bir yaşam için yaşam tarzları ve aldıkları ürünlerde değişiklik yapmaktadır². Sürdürülebilirlik konusunda hayatlarında küçük değişiklikler yaptığını belirten tüketiciler de hesaplama katıldığında, tüketicilerin %89’unun alışverişlerinde daha “yeşil” tercihler yaptıkları ortaya konulmuştur³. Aynı çalışmanın 2021 yılı raporlarında son beş yılda sürdürülebilir tercihler yaptığını belirtenlerin oranı %85 olmuştur⁴.

Tüketicilerin tüm bu tercihleri doğrultusunda da yeşil ürün (green products) ve yeşil pazarlama (green marketing) ortaya çıkmıştır. Yeşil ürünler, “aynı kategorideki benzer ürünlerle karşılaştırıldığında, kaynakları daha verimli kullanan ve hammaddelerin çıkarılmasından üretimine, dağıtılmasına, kullanımına ve ömrünün sonuna kadar (yeniden kullanma, geri dönüştürme ve geri kazanma dahil) yaşam döngüleri boyunca daha az çevresel zarara yol açan ürünler” olarak tanımlanmıştır⁵. Sundukları ürün ve hizmetlerin daha “çevre dostu”, ya da yabancı literatürdeki tabiriyle “yeşil” olduğu iddiasında olan işletmeler, ürün ve hizmetlerde kullandıkları etiket, işaret, sembol, logo vb. ile tüketiciler açısından tercih edilebilir konuma gelmek istemektedir.

Ancak işletmelerin, iddia ettikleri gibi çevreci olup olmadıklarının da tespiti hem tüketiciler hem de mevzuat yapıcı ve uygulayıcılar bakımından önemli bir soru işareti teşkil eder. İşletmelerin, kanıtı dayanmayan bir şekilde ürün ve hizmetleri için kullandığı “çevreci”, “doğa dostu” ya da “sürdürülebilir” gibi ifadeler, tüketicilerin çevreye dair duygularını istismar ederek satın alma kararlarını etkilemekte ve tüketicilerin bu tür istismarlardan korunmasını gerekmektedir. Öte yandan, güvenilir biçimde “yeşil iddialar”da bulunan işletmeler ise, gerçeğe aykırı bir şekilde yeşil ürün/hizmet sunduğunu iddia eden işletmeler karşısında rekabet açısından

¹ Ibon Galarraga Gallastegui, "The use of eco-labels: a review of the literature", *European Environment* 12, no. 6 (2002), ss. 316-331; 'Green Marketing Market 2022 Emerging Growth Trends by Top Countries, Industry Size and Share, Revenue, Opportunities and Challenges, Demand Status and Leading Players Updates till 2025', 21 Haziran 2022, <https://www.digitaljournal.com/pr/green-marketing-market-2022-emerging-growth-trends-by-top-countries-industry-size-and-share-revenue-opportunities-and-challenges-demand-status-and-leading-players-updates-till-2025>.

² Shikha Jain, Olivier Hagenbeek, "2022 Global Sustainability Study: The Growth Potential of Environmental Change", *simon-kucher.com*, 23 October 2022, <https://www.simon-kucher.com/en/insights/2022-global-sustainability-study-growth-potential-environmental-change>.

³ Ibid.

⁴ Shikha Jain, Olivier Hagenbeek, "2021 Global Sustainability Study: What Role do Consumers Play in a Sustainable Future", *simon-kucher.com*, 28 October 2021, <https://www.simon-kucher.com/en/insights/2021-global-sustainability-study-what-role-do-consumers-play-sustainable-future>.

⁵ 'Communication from the Commission to The European Parliament And The Council Building The Single Market For Green Products Facilitating better information on the environmental performance of products and organisations' Brussels, 9.4.2013 COM (2013) 196 final.

dezavantajlı konuma düşmektedir⁶. Yeşil aklama olarak tabir edilen bu durum, “insanları, bir şirketin olduğundan daha fazla çevreye koruduğuna inandıran davranış ya da eylemler”⁷ ya da “asılsız ya da yanıltıcı çevreci imajının yaratılması ya da yayılması”⁸ olarak tanımlanmıştır⁹.

Yeşil aklama genel itibariyle tüketicilere ürün ve hizmetlerin çevresel etkilerine ilişkin bilgiler sunan etiketlerde “asılsız/ yanıltıcı yeşil iddialar” şeklinde gerçekleşmektedir¹⁰. Yeşil aklama faaliyetlerinin engellenebilmesi ve tüketicilerin korunması açısından ürünlerin ve hizmetlerin özellikle etiketlerinde ortaya koydukları yeşil iddiaların doğruluğunun denetlenmesi gerekmektedir. Bu noktada eko-etiket ya da çevre etiketi denilen, çoğunlukla gönüllülük esasına dayanarak, bağımsız kuruluşlarca yapılacak denetim sonucunda ürünlerin ve hizmetlerin “yeşil iddialarını” ve çevresel etkilerini doğrulayan bir işaret ya da sembolün verilmesi sistemi ortaya çıkmıştır¹¹.

Söz konusu etiket sistemi ilk olarak 1970’lerde ortaya çıkmış ve günümüzde giderek yaygınlaşmıştır. Avrupa Birliği de 2009 yılında 66/2010/EC sayılı AB Eko-etiket Yönetmeliği ile tüketicilerin gerçek, kanıta dayalı bilgiler ile ürünlerin çevreye etkisi hakkında bilgilendirilmesini desteklemeyi amaçlamaktadır. Türkiye de AB mevzuatı ile uyum sürecinde 2018 yılında Çevre Etiketleri Sistemini kurmuş ve Çevre Etiketleri Yönetmeliğini yayınlamıştır.

Öte yandan çevre kuruluşları ve devletler kamuda artan bu kaygıları ve bilinci de dikkate alarak, tüketicilerin bu bilinçli satın alma, kullanma ve imha etme kararları ile çevre üzerindeki etkilerini önemli ölçüde azaltabilecekleri fikrini teşvik etmektedirler¹². Bu doğrultuda, Avrupa Birliği (AB) 2019 yılında Avrupa Yeşil Mutabakatı (AYM) ile iklim değişikliği ve çevresel problemler ile mücadele sürdürülebilirlik hedefleri ortaya koymuş ve Yeşil Ekonomi Modelini sunmuştur. Mutabakat kapsamında “sürdürülebilir ürün” politikasının desteklenmesi; yeniden kullanılabilir, dayanıklı ve tamir edilebilir ürünlerin işletmeler tarafından sunulmasının ve tüketiciler tarafından tercih edilmesinin teşvik edilmesi planlanmaktadır. Hatta Eko etiket, AYM ile ortaya konan sürdürülebilirlik ve karbon nötr olma gibi hedefleri de destekler niteliktedir. Çevre etiketi “sürdürülebilir tüketim” erişebilmek için son derece yararlı bir politika aracıdır; zira tüketicilere ürünler ve ürünlerin elde edilmesindeki süreçler hakkında ve onlara yapacakları

⁶ The European Green Deal, Brussels, 11.12.2019, COM(2019) 640 final. Avrupa Birliği tarafından ortaya konan Avrupa Yeşil Mutabakatı metnine göre, güvenilir çevresel etiketler kullanan ve geliştiren işletmelerin, güvenilirmez ya da doğrulanamaz çevresel etiketler kullanan işletmelere karşı dezavantajlı konuma düşüğünü belirtmektedir.

⁷ Oxford English Dictionary, ‘greenwashing’, <https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=greenwashing&tl=true>.

⁸ Cambridge Dictionary, ‘greenwashing’, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/greenwashing>.

⁹ Daniel Silva, “The fight against greenwashing in the European Union”, *UNIO-EU Law Journal* 7, no. 2, (2021), ss. 124-137; Evren Sapmaz Veral, “Yeşil Yıkama İle Mücadele: Avrupa Birliği’nde Yeşil İddiaların Doğrulanması Girişimi”, *Sayıştay Dergisi* 33, no. 124 (2022), ss. 101-109.

¹⁰ Avi Gesser, “Canada’s Environmental Choice Program: A Model for a Trade-Friendly Eco-Labeling Scheme”, *Harv. Int’l. LJ* 39, no:2, (1998), s.501; Renate Gertz, “Eco-labelling—a case for deregulation?”, *Law, Probability and Risk* 4, no. 3 (2005), 127-141.

¹¹ Mehmet Emin Birpınar, Serkan Atay, Ülkü Yetiş, “Sürdürülebilir Üretim Ve Tüketimde Eko-Etiketlerin Önemi: Türkiye Çevre Etiket Sistemi”, *Çevre Şehir ve İklim Dergisi* 2, no. 3 (2023), 64.

¹² Peter S. Menell, “Structuring a Market-Oriented Federal Eco-Information Policy”, *Md. L. Rev.* 54, (1995), s.1435.

tercihlerin çevresel sonuçlarına ilişkin bilgi verilmesi daha iyi çevresel performansın teşvik edilmesine imkân sağlayabilir¹³.

AB Yeşil Mutabakatına uyumlaştırmayı sağlamak amacıyla 2021'de oluşturulan Yeşil Mutabakat Eylem Planında da (YMEP) “*tüm bu gelişmeler ışığında, Türkiye ekonomisi ve sanayisinin yeşil dönüşümü; kapsayıcı ve sürdürülebilir bir büyümenin tesis edilmesinin yanı sıra, ülkemizin AB başta olmak üzere, üçüncü ülkelere ihracatında rekabetçiliğinin korunması ve güçlendirilmesi için elzem görülmektedir*” denilerek Türkiye'nin rekabet edebilme gücünün geliştirilmesine vurgu yapılmış ve söz konusu eylem planı çevre etiketine yönelik hedefler ortaya koymuştur¹⁴.

AB ile ticaret yapmakta olan Türkiye açısından da Yeşil Mutabakat ve beraberinde getirdiği düzenlemeler önem arz etmektedir. Zira, AB Türkiye'nin önemli ticaret ortaklarından birisi olup, 2022 yılı itibariyle ticaret hacmi 196,4 milyar dolar olmuş ve ihracatımızın %40,6'sı AB ile aramızda gerçekleştirilmiştir¹⁵. Zira mevzuatta uyum sağlanamadığı takdirde uluslararası ticaretin dışında kalma riski doğmaktadır. Çevre etiketi gönüllü olsa da bu etiket ile çevresel kalite baz alınarak ürün farklılığı teşvik edilmekte, dolayısıyla ürünlerin piyasada rekabet edilebilirliğini arttırılmaktadır¹⁶. Özellikle uluslararası ticarete, ürünlerin çevre etiketi taşıması ihracat da sorunlar doğuracaktır¹⁷. Çoğu zaman ihracatçıların hedef ülke tarafından veya uluslararası düzeyde ortaya konan standartları karşılaması beklenmektedir¹⁸.

Türkiye'de de sadece ticaret politikaları açısından değil, aynı zamanda AB üyelik süreçleri açısından da AB Yeşil Mutabakatına uyumlaştırma çalışmaları kapsamında ticarete yeşil dönüşüm ve çevre etiketi süreçleri elzem hale gelmektedir. Tüm bu gerekçeler nedeniyle, Türkiye'nin AB uyum sürecinde ticarete yeşil dönüşüme yönelik hedeflerinden birisi olan çevre etiketi çalışmamız kapsamında incelenecek olup, çevre etiketinin tarihi gelişimi ile birlikte ne olduğu ortaya konacak, ardından Türkiye Çevre Etiketleri Sistemi ve mevzuatı incelenecektir. Sonrasında ise Çevre Etiketini Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) ışığında irdeleyerek hukuki niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

¹³ Jason J. Czarnezki, K. Ingemar Jönsson, and Katrina Kuh, "Crafting next generation eco-label policy", *Environmental Law* 48, no. 3, (2018), s.414; Birpınar, Atay, Yetiş, "Sürdürülebilir Üretim Ve Tüketimde Eko-Etiketlerin Önemi: Türkiye Çevre Etiket Sistemi", s.64.

¹⁴ 16 Temmuz 2021, 2021/15 sayılı Yeşil Mutabakat Eylem Planı Genelgesi, s.10, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/07/20210716-8.pdf>.

¹⁵ "Yeni Başımızdaki Dev Pazar Avrupa Birliği", 17 Şubat 2023, <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/avrupa-birligi/yani-basimizdaki-dev-pazar-avrupa-birligi#:~:text=AB%2C%202022%20yılında%20103%2C1,aral-rında%20yaptığı%20ticaret%20hariç%20tutulduğunda>.

¹⁶ René Vossenaar, "Eco-labelling and international trade: the main issues", *Eco-labelling and international trade*, (haz. Simonetta Zarilli, Veena Jha and René Vossenaar), Londra: Palgrave Macmillan, 1997, s. 24.

¹⁷ OECD, Report on Trade and Environment to the OECD Council at Ministerial Level, OCDE/GD (95)63, s. 27, par. 69.

¹⁸ T. B. Simi, "Eco-labels: Trade Barriers or Trade Facilitators", *CUTS Centre for International Trade, Economics & Environment-Discussion Paper* 1, no. 2009 (2009), s.186-195. https://unctad.org/system/files/official-document/ditctab2022d8_en.pdf.

I. ÇEVRE ETİKETİ VE TARİHSEL GELİŞİMİ

Çevre Etiketi, AB tarafından “*standart süreçler ve bilimsel kanıta dayalı olarak çevresel mükemmelliği açıkça sergileyen malların ve hizmetlerin desteklendiği gönüllü bir program*” olarak tanımlanmıştır¹⁹. Birleşik Devletler Çevre Koruma Ajansı’na (United States Environmental Protection Agency) (EPA) göre ise çevre etiketi “*belirli standartları karşılayan, çevre açısından tercih edilebilir ürünleri, hizmetleri ya da şirketleri belirten görsel bir iletişim aracıdır*”²⁰.

19.10.2018 tarihinde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından çıkarılan “Çevre Etiketi Yönetmeliği” (ÇEY) Madde 4(b) ise çevre etiketini şu şekilde tanımlar: “(b)u Yönetmelik hükümlerine uygun, yaşam döngüsü boyunca çevresel etkileri azaltılmış ürünleri teşvik etmek ve tüketicilere doğru, yanıltıcı olmayan, bilimsel temeli olan bilgi sağlamak için oluşturulmuş gönüllü bir ödüllendirme sistemini temsil eden işaret” ifade eder²¹.

Çevre etiketinin, üreticiler tarafından ürünlerin üzerine ya da ambalajına yerleştirdikleri “çevre dostu” olduğuna işaret eden “görüş bildirir” nitelikteki etiketlerden ayırt edilmesi gerekmektedir²². Çevresel beyan olarak da ifade edebileceğimiz bu tür işaretler, işletmeler tarafından mal ve hizmetlerinin çevreye yararlı özelliklerine dair ileri sürdükleri iddialar olup, ürün ve hizmetlere dair etikette, ambalajda, reklamlarda kullanılan kelime, sembol, amblem ve logo şeklinde olabilir²³.

Öte yandan çalışmamız kapsamında incelediğimiz çevre etiketi ise, işletmelerin bu etiketleri kullanabilmek hususunda lisans aldıkları, söz konusu ürün ve hizmetin genel değerlendirilmesine göre çevresel etkilerinin piyasadaki benzerlerine nazaran daha çevre dostu olduğunu ifade eden bir işarettir²⁴. Çevre etiketi ile; işletmeler tarafından sunulan mal ve hizmetlere ilişkin çevresel iddiaların tamamen belli standartlara ve kanıtlara dayalı olarak doğruluğu desteklenmekte ve tüketicilerin de güven ile bu tür ürün ve hizmetleri seçmesinin önü açılmaktadır. Özetle, çevre etiketi, sadece işletmelerin ileri sürdükleri yeşil iddiaları gösteren bir araç değil; bu iddiaları kanıta dayalı bir şekilde doğrulayıp tasdik eden bir sistem sonucunda ürün ve hizmetler için kullanılan işarettir.

Çevre etiketi ile sağlanmak istenen üç hedef vardır; bunlar, tüketiciye, aldığı ürün ya da hizmetin çevresel etkileri hakkında bilgi vermek, ürünlerin üretiminde çevre standartlarının konulması isteği ve söz konusu işareti almaya hak kazanan üreticiler bakımından rekabetçi

¹⁹ Bakınız “About the EU Ecolabel”, European Commission, https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel-home/about-eu-ecolabel_en.

²⁰ Glossary of Sustainable Manufacturing Terms, ‘Eco-Label’, https://sor.epa.gov/sor_internet/registry/term-reg/searchandretrieve/glossariesandkeywordlists/search.do;jsessionid=glwPDLfzXwCjiMWqoP4cIMFbqb6ZF4_w1gnyczKtolyYoVenk_Rl654615163?details=&vocab-Name=Sustainable%20Manufacture%20Terms&filterTerm=eco%20label&checkedAcronym=false&checkedTerm=false&hasDefinitions=false&filterTerm=eco%20label&filterMatchCriteria=Contains.

²¹ Resmî Gazete Tarihi: 19.10.2018 Resmî Gazete Sayısı: 30570.

²² Gesser, "Canada's Environmental Choice Program: A Model for a Trade-Friendly Eco-Labeling Scheme", s. 503.

²³ OECD, ‘Environmental Claims Findings and Conclusions of the OECD Committee on Consumer Policy’ DSTI/CP(2010)16/Final, 08.02.2011, s. 3 [https://one.oecd.org/document/DSTI/CP\(2010\)16/FINAL/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/CP(2010)16/FINAL/En/pdf).

²⁴ Gesser, "Canada's Environmental Choice Program: A Model for a Trade-Friendly Eco-Labeling Scheme", 503.

avantaj sağlanmasıdır²⁵. Tüm bu amaçlar doğrultusunda da söz konusu çevre etiketinin kim tarafından ve nasıl (hangi kriterlere dayalı olarak) verildiği sorularına verilecek cevaplar da önem arz eder²⁶. Çevre etiketi farklı kaynaklar tarafından meydana getirilebilir ve sınıflandırılması açısından farklı standartlar ya da bilgiler içerebilir²⁷.

A. ÇEVRE ETİKETİ TÜRLERİ

Çevre Etiketinin pek çok farklı türü bulunmaktadır. Bunlar:

- Gönüllü ve zorunlu etiketler;
- Öz beyan ve üçüncü kişi etiketleri;
- Çevresel bilgi etiketleri
- Çevresel derecelendirme etiketleri
- Tek sorun (nokta) ve yaşam döngüsü bazlı etiketler
- Tek sektör ve çoklu sektör etiketleri²⁸

Çevre etiketinin, gönüllü ya da zorunlu olmasına göre yapılan ayırmda üreticilerin çevre etiketi programına dahil olma noktasında bir takdir yetkisinin olup olmadığına göre sınıflandırma yapılmaktadır²⁹. Zorunlu çevre etiketi programlarında genelde kanun gereği etiketlemenin zorunlu olduğunu ve etiketleme olmadan ürünlerin satımının mümkün olmadığı görülmektedir³⁰.

Öz beyan etiketlemede işletmecilerin ürün veya hizmetlerinin çevreselliğine ilişkin olarak kendilerinin yaptığı beyanlar söz konusudur³¹. Öte yandan üçüncü kişi etiketlemede, çevre etiketi bağımsız ve tarafsız üçüncü kişiler tarafından verilmekte ve yine ürün ve hizmetlere ilişkin sağlanması gereken kriterler de bu üçüncü kişi kuruluşlarınca verilmektedir³².

Tek sorun bazlı (single issue ya da single-attributed) çevre etiketi programlarında, bir ürünün tek bir özelliği için ileri sürülen iddiaların yerine getirildiği belgelendirilmektedir; örneğin, “geri dönüştürülebilir” gibi belirli terimlerin tanımları yapılır ve söz konusu ürünün

²⁵ Anil Markandya, “Eco-Labeling: An Introduction and Review” *Eco-labelling and international trade* (haz. Simonetta Zarilli, Veena Jha and René Vossenaar) Londra: Palgrave Macmillan, 1997, ss. 1-20; Fabio Iraldo, Rainer Griesshammer, and Walter Kahlenborn, “The future of ecolabels.” *The International Journal of Life Cycle Assessment* 25, no. 5, (2020), ss. 833-839.

²⁶ Çiğdem Yatağan Özkan, Berrin Dinçer Özbey, “Green Is the New Black: The Rise of Green Marks and Possible Solutions to Greenwashing,” *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, no:73, (2023), s. 189.

²⁷ Czarnecki, Jönsson, Kuh, “Crafting next generation eco-label policy”, s. 417.

²⁸ John Polak, “Trade as an environmental policy tool? GEN, ecolabelling and trade.” *WTO Public Symposium Challenges Ahead on The Road to Cancun*. 2003.; Ayrıca bakınız Audrae Erickson, Carol S. Kramer, “Ecolabels: The link between environmental preferences and green practices?”, *Strategy and Policy in the Food System: Emerging Issues*, (haz. Julie A. Caswell and Ronald W. Cotterillin), Connecticut: University of Connecticut, Food Marketing Policy Center, 1997, ss. 195-206.

²⁹ Gesser, “Canada's Environmental Choice Program: A Model for a Trade-Friendly Eco-Labeling Scheme”, s. 506.

³⁰ Ibid.

³¹ Atsuko Okubo, “Environmental Labeling Programs and the GATT/WTO Regime” *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 11 (1998), s. 599.

³² George Richards, “Environmental labeling of consumer products: The need for international harmonization of standards governing third-party certification programs”, *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 7, (1994), s. 235.

buna uygun olduğu kanıtlanırsa, işletmeler ilgili etiketi kullanabilir³³. Diğer taraftan, yaşam döngüsü bazı değerlendirmelerde ise, adından da anlaşılacağı gibi, bir ürünün yaşam döngüsünün tamamını esas almakta, bir nevi “beşikten mezara” analizi söz konusudur.³⁴ Yaşam döngüsü değerlendirmelerinde, bir ürünün üretim kullanım ve imha aşamaları boyunca çevre üzerindeki net etkisi yansıtılmaya çalışılır³⁵.

Uluslararası Standartlar Teşkilatı (International Organization for Standardization) (ISO) da çevresel etiketler için standart belirlemiştir.

- Tip I (Type I)- çevresel etiketleme: ürünler için açıkça belirlenmiş kriterlere göre etiketleme
- Tip II (Type II)- öz beyan şeklinde çevresel iddialar: kriterlerin veya etiketleme şemalarının bulunmadığı ürün ve hizmetler için
- Tip III (Type III)- çevresel beyanlar: yaşam döngüsü yaklaşımını kullanarak ürünlerin belirli yönleri için³⁶.

ISO 14020 standartlar serisi Tip I için getirilmiştir ve buna göre; işletmelere kendi çevresel etiketleri, iddiaları ve beyanlarını hazırlayabilecekleri uluslararası olarak tanınmış ve kararlaştırılmış kıstaslar sunmaktadır. Tip I’in özelliklerine bakıldığında; gönüllülük esasına dayalı, üçüncü bir kişi tarafından geliştirilen çoklu kriterlerden oluşan, etikete konu ürün belirli kriterleri karşıladığı takdirde etiket veren, ürün kategorisine göre çevresel kriter oluşturulmuş bir sistem olduğu görülmektedir³⁷.

ISO 14021 standartlar serisi öz beyan şeklinde çevresel iddialar için Tip II çevre etiketidir. Bu tür çevre etiketinde üreticilerin, işletmelerin, satıcıların sundukları ürün ve hizmetler için ileri çevresel iddialar ileri sürdürüklerinden dolayı öz beyan (kendi beyanı) şeklinde gerçekleştirilmektedir. Ürünün yaşam döngüsünün bir aşamasına veya bir ürünün belirli bir yönüne atıfta bulunan çevresel etiket söz konusudur. Örneğin; geri dönüştürülmüş, geri dönüştürülebilir, yeniden doldurulabilir gibi ifadeler bu kapsamdaki çevresel beyanlardır³⁸.

ISO 14025 Tip III, ürünlerin yaşam döngüsü esasına göre düzenlenmiş bir etiket sistemidir. Ürünlere ilişkin iddiaların doğrulanması üçüncü taraflarca yapılmaktadır. Tip III ile

³³ United States Environmental Protection Agency, ‘Environmental Labelling Issues, Policies, and Practices Worldwide’ EPA Contract No. 68-W6-0021, Aralık 1998, s. 11, <https://www.epa.gov/sites/default/files/2015-09/documents/wwlabel3.pdf>.

³⁴ European Environment Agency, “Life Cycle Assessment”, <https://www.eea.europa.eu/help/glossary/eea-glossary/life-cycle-assessment>.

³⁵ Erickson, Kramer, “Ecolabels: The link between environmental preferences and green practices?”

³⁶ ISO, Environmental Labels, <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/en/PUB100323.pdf>.

³⁷ Global Ecolabelling Network, <https://globalecolabelling.net/iso14024-standard/>; John Henry, “ISO and ecolabelling” *Eco-labelling and international trade*, (haz. Simonetta Zarilli, Veena Jha and René Vossenaar) Londra: Palgrave Macmillan, 1997, ss. 272-276.

³⁸ Carmen Fernández Fernández, “Unit 10: Introduction to Ecolabelling Communication”, *ecodesign*, http://www.ecosign-project.eu/wp-content/uploads/2018/09/BASIC_UNIT10_EN_Lecture.pdf.

ürünlerin çevresel performanslarının objektif, karşılaştırılabilir ve güvenilir şekilde iletilmesi sağlanmaktadır³⁹.

B. ÇEVRE ETİKETİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Almanya 1978 yılında “Blue Angel” programı ile ilk çevresel etiketleme sistemini ortaya koymuştur⁴⁰. Blue Angel, tarafsız ve gönüllü bir ürün etiket sistemidir ve Federal Çevre, Doğa Koruma ve Nükleer Güvenlik Bakanlığı tarafından verilmektedir. Ürünler için bilimsel kriterleri ise Alman Çevre Ajansı (Federal Environmental Agency) (FEA) geliştirmektedir⁴¹. Çevre Etiketleri Jürisi (Environmental Label Jury) (ELJ) hangi ürün gruplarının ekleneceğine karar verir ve Temel Ödül Kriterleri’ni (Basic Award Criteria) değerlendirir ve onaylar⁴². Şu an için 1,600’den fazla şirket tarafından sunulan 20,000’den fazla ürün ve hizmet Blue Angel’e kabul edilmiştir. Bir işletmenin ürün ve hizmetlerinin Blue Angel ile sertifikalanabilmesi için söz konusu işletme ilgili ürün/hizmet için gereken çevresel uygunluk standardını sağlaması ve cüzi bir lisans ücreti ödemesi gerekmektedir.

Çevre etiketi konusunda ortaya konulan ikinci program olan Canadian Environmental Choice Programme (Kanada Çevresel Tercih Programı) (ECP) 1988 yılında kuruldu. Programın resmi işaret ve etiketi EcoLogo’dur ve bu kapsamda sertifikasyon süreci gönüllülük esasına dayanan, bir ürünün üçüncü kişi çevresel standartlara uygunluğunu ispatlamak için titiz ve kapsamlı bilimsel test sürecinden geçtiğini belirten yaşam döngüsüne dayalı çevre sertifikasıdır⁴³. Programın amacı çevreye karşı duyarlı ürün ve hizmetlere yönelik arz ve talebin teşviki ile çevre üzerindeki olumsuzlukları azaltmaktır⁴⁴. Yine Kanada ile aynı dönemde Japan Environment Association (Japon Çevre Derneği) tüketicilerin çevreye duyarlı ürün seçimlerinde yardımcı olacak Eco Mark’ı yürürlüğe koymuştur⁴⁵.

1989 yılında The Nordic Council of Ministers (İskandinav Bakanlar Konseyi) tarafından, İskandinav ülkelerinde (Danimarka, Finlandiya, İzlanda, Norveç ve İsveç) gönüllü bir eko-etiket programı meydana getirilmiştir⁴⁶. Bu eko etiket programında, Nordic Ecolabelling Board (İskandinav EkoEtiketleme Kurulu), ürünlerin çevre etiketi alabilmesi için sağlaması

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Göknur Şişman Aydın, "Eko-Etiketleme Ve Türkiye Çevre Etiketleri." *Harran Üniversitesi Mühendislik Dergisi* 4, No. 1, (2019), ss. 40-47; Kilian Delbück, "The German Eco-Label "Blue Angel" and International Trade", *Eco-labelling and international trade*, (haz. Simonetta Zarilli, Veena Jha and René Vossenaar), Londra: Palgrave Macmillan, (1997), ss. 189-194.

⁴¹ "Blue Angel", <https://www.blauer-engel.de/en/blue-angel/our-label-environment>.

⁴² "Blue Angel", <https://www.blauer-engel.de/en/blue-angel/actors/environmental-label-jury>.

⁴³ "EcoLogo Certification Program", <https://www.ul.com/resources/ecologo-certification-program>; Bakınız: Maria Isolda P. Guevara, Ramesh Chaitoo, and Murray G. Smith, "Canada's environmental choice program and its impact on developing-country trade", *Eco-labelling and international trade*, (haz. Simonetta Zarilli, Veena Jha and René Vossenaar), Londra: Palgrave Macmillan, 1997, ss. 159-188.

⁴⁴ Gesser, "Canada's Environmental Choice Program: A Model for a Trade-Friendly Eco-Labeling Scheme", s. 504.

⁴⁵ "Institution of the Eco Mark", Japan Environment Association Eco Mark Office, <https://www.ecomark.jp/english/ecomark.html>; "Eco Mark Program Japan Environment Association (JEA)", globalecolabelling.net, <https://globalecolabelling.net/organisation/eco-mark-program/>.

⁴⁶ "The Nordic Swan Ecolabel", <https://www.nordic-swan-ecolabel.org/official-nordic-ecolabel/>.

gereken standartları tüm İskandinav ülkeleri için ortak olarak belirlemektedir⁴⁷. Nordic Swan, ülkeler topluluğunca yürütülen ilk çevre etiketi olması sebebiyle de tarihi açıdan kayda değer olarak görülmektedir⁴⁸.

AB Ecolabel programı 1992 yılında "Topluluk Eko-Etiketi" olarak ortaya konulmuştur. 2010 yılında Avrupa Komisyonu çevre etiketi sistemini yenilemiş ve bugün 66/2010 No'lu Tüzük ile düzenlenmiştir. Tüzük giriş kısmında çevre etiketi sisteminin hedefini "tüm yaşam döngüleri boyunca çevresel etkisi azaltılmış ürünleri tanıtmayı ve tüketicilere, ürünlerin çevresel etkileri hakkında doğru, aldatıcı olmayan, bilime dayalı bilgiler sağlamayı amaçlamaktadır" şeklinde ifade etmektedir. AB Ecolabel ISO 14024 Tip I çevre etiketleme sürecidir ve tüm Avrupa'da tanınan çok kriterli, ürünlerin ham maddenin çıkarılmasından bertaraf edilmesine kadar tüm yaşam döngüleri boyunca ana çevresel etkilerini ele alan bir etiket sistemidir⁴⁹. Eylül 2023 itibariyle, AB piyasasında 88,921 ürün (mallar ve hizmetler) için 2584 lisans verilmiştir.

1992 yılında düzenlenen Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı Ajanda 21 ile "hükümetler endüstri ve diğer gruplarla işbirliği içinde tüketicilerin bilinçli tercih yapmasına yardımcı olmak için tasarlanmış çevresel etiketleme ve diğer çevre ile ilgili ürün bilgi pragmalarının yaygınlaşmasını teşvik etmelidir" diyerek, çevre etiketi sistemleri ortaya koymaya yönlendirmiştir⁵⁰. Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı'nın (United Nations Conference on Trade and Development) (UNCTAD) 1994'te eko etiketleme ile ilgili olarak yayınladığı rapora göre, 1977-1993 tarihleri arasında 16 tane çevre etiketi programı yürürlüğe girmiştir⁵¹.

⁴⁷ Bakınız Jakob Thomsen, ve Tim C. McAloone, "Does the Ecomark label promote environmentally improved products in India and what experiences can be drawn from the Nordic ecolabel?", *ICoRD'15-Research into Design Across Boundaries Volume 2: Creativity, Sustainability, DfX, Enabling Technologies, Management and Applications*, (haz. Amaresh Chakrabarti) Springer Hindistan, 2015, ss. 125-135.

⁴⁸ Vanessa Prieto-Sandoval, Andrés Mejía-Villa, Marta Ormazabal, ve Carmen Jaca, "Challenges for ecolabeling growth: lessons from the EU Ecolabel in Spain." *The International Journal of Life Cycle Assessment* 25, (2020), ss. 856-867.

⁴⁹ Birpınar, Atay, Yetiş, "Sürdürülebilir Üretim Ve Tüketimde Eko-Etiketlerin Önemi: Türkiye Çevre Etiket Sistemi", s. 70.

⁵⁰ United Nations Sustainable Development, United Nations Conference on Environment & Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, Agenda 21, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>.

⁵¹ Şekil-1: UNCTAD TD/B/WG. 6/2, 6 Ekim 1994, sayfa 7

Eko-etiketleme programlarına genel bakış

Ülke/Grup	Program Adı	Oluşturulma Tarihi
Almanya	Blue Angel	1977
Kanada	Environmental Choice Program	1988
Japonya	EcoMark	1989
İskandinav Ülkeleri	Wite Swan	1989
Birleşik Devletler	Green Seal	1989
İsveç	Good Environmental Choice	1990
Yeni Zelanda	Environmental Choice	1990
Hindistan	Ecomark	1991
Avusturya	Austrian Eco-label	1991
Avustralya	Environmental Choice	1991
Kore	Ecomark	1992
Singapur	Green Label Singapore	1992
Fransa	NF-Environnement	1992
Hollanda	Stichting Milieukeur	1992
Avrupa Birliği	European Flower	1992
Hrvatistan	Environmentally Friendly	1993

Şekil-1: UNCTAD TD/B/WG. 6/2, 6 Ekim 1994, sayfa 7

1994 yılına gelindiğinde ise Küresel Ekoetiketleme Ağı (Global Ecolabelling Network) (GEN) kurulmuştur. GEN, dünyanın ende gelen güvenilir ve saygın eko-etiketi olup, eko etiketlemenin mükemmelliğe ulaşması için küresel standartlar ortaya koyan kâr amacı gütmeyen bir kuruluştur⁵². GEN'nin üyeleri Tip I eko-etiket sistemini yürütmektedir. GEN şu anda 37 üyeye sahiptir ve üyeleri yaklaşık 60 ülkeyi temsil etmektedir.

Çevre etiketinin yıllar içinde giderek artan önemi ile birlikte pek çok ülke çevre etiketi sistemini kurma yoluna gitmiştir. Mayıs 2024 itibarıyla, Ecolabel Index'e göre 199 ülkede 456 çevre etiketi bulunmaktadır⁵³.

II. TÜRK HUKUKUNDA ÇEVRE ETİKETİ

Türkiye'de Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (ÇŞİDB) tarafından çevresel etiket sisteminin kurulması ve bu konuda AB mevzuatının uygulanmasına yönelik çalışma oluşturulması amacıyla 4 Temmuz 2013-6 Ekim 2014 tarihleri arasında Çevresel Etiket Altyapısı Projesi yürütülmüştür⁵⁴. 14 Haziran 2017-11 Ocak 2018 tarihleri arasında da AB Entegrasyon Süreci doğrultusunda 'Ulusal Çevre Etiketinin Kurulması Projesi' gerçekleştirilmiştir⁵⁵. Türkiye Çevre Etiketleri Sistemi (TÇES) 19 Ekim 2018 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan "Çevre Etiketleri Yönetmeliği" (ÇEY) ile hayata geçirilmiştir.

⁵² Global Ecolabelling Network, <https://globalecolabelling.net/organisations/>.

⁵³ Ecolabel Index, <https://www.ecolabelindex.com/>.

⁵⁴ "Çevre Etiketleri", Türkiye Cumhuriyeti Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, <https://cevreetiketi.csb.gov.tr/cevre-etiket-altyapisinin-olusturulmasi-projesi-2013-2014-i-98936>.

⁵⁵ "Ulusal Çevre Etiket Sisteminin Kurulması Projesi", Türkiye Cumhuriyeti Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, <https://cevreetiketi.csb.gov.tr/ulusal-cevre-etiket-sisteminin-kurulmasi-projesi-2017-2018-i-98937>.

Yönetmelikte de bahsedildiği üzere, TÇES ile “sürdürülebilir çevre hedefleri doğrultusunda, yaşam döngüsü boyunca çevresel etkileri azaltılmış ürün veya hizmetleri teşvik etmek, tüketicilere doğru ve bilimsel temeli olan bilgi akışını sağlamak” amaçlanmıştır. Yönetmelik madde 6(2)’ye göre TÇES’de “TS EN ISO 14024 Tip I Çevre Etiketlemesi, Prensipler ve Yöntemler standardı dikkate alınmıştır.” Ayrıca 2022 yılından itibaren de Türkiye GEN üyesidir.

TÇES, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yönetilmekte olup, ürünlere ilişkin kriterlerin belirlenmesi ve geliştirilmesi konusunda Çevresel Etki Değerlendirilmesi, İzin ve Denetim Genel Müdürü, kamu kurum/kuruluşları, özel sektör, sivil toplum kuruluşları ve ilgili paydaş temsilcilerinden oluşan Çevresel Etki Kurulu yetkilidir. Ayrıca teknik inceleme komisyonu, ürün veya hizmet gruplarına ilişkin çevre etiket kriterlerini belirleyerek, ürünlerin kriterlere uygunluğunu incelemektedir.

ÇEY madde 9 ürün ve hizmet grubu kriterlerinin belirlenmesine ilişkin süreci düzenlemektedir. Buna göre; “kriter belirlenebilmesi yahut belirlenmiş kriterlerin geliştirilmesi ve güncellenmesi ya Çevre Etiketleri Kurulu re’sen başlatılır ya da kişi/tüzel kişilerin Bakanlığa başvurusu üzerine Çevre Etiketleri Kurulu’nun yapacağı değerlendirme sonucunda uygun görmesi ile başlar.” Sürecin başlatılmasının akabinde Bakanlık Teknik İnceleme Komisyonu oluşturur ve söz konusu komisyon taslak ürün veya hizmet grubu kriterleri ile ilgili teknik değerlendirme raporu hazırlar. Rapora göre oluşturulan taslak kriterler ilgili paydaşların görüşüne sunulur ve nihai kriter taslağı oluşturularak Çevre Etiket Kuruluna sunulur. Kurulun uygun bulması halinde yayımlanmak üzere Bakanlığa sunulur.

Mayıs 2024 itibarıyla on beş ürün grubu (tekstil, seramik kaplama, temizlik kâğıdı, elde yıkama bulaşık deterjanı, turistik konaklama hizmet grubu, kişisel bakım ve kozmetik, cam, bulaşık makinası deterjanı, çamaşır deterjanı, sert yüzey temizleyiciler, doğal taş ve yatak ürün, kişisel hijyen, ıslak mendil ve mobilya grubu) için kriterler oluşturulup yayınlanmış ve bir ürün grubuna (boya-vernici ürün grubu) ilişkin olarak ise taslak kriterler yayınlanmıştır. Yine söz konusu tarih itibarıyla on beş firma Çevre Etiketleri almış ve bunlardan sekiz tanesinin tekstil ürün grubuna dair olduğu görülmektedir⁵⁶. Ayrıca Çevre, İklim ve Şehircilik Bakanlığı’nın Çevre Etiketleri’ne ilişkin bilgiler paylaştığı internet sayfasında “Çevre Etiketleri İptal Olan Firmalar”a ilişkin bilgi verdiği de görülmektedir.⁵⁷

ÇEY madde 10-12 arasında çevre etiketi verilmesine ilişkin başvuru süreçleri düzenlenmiştir. Madde 10 başvuru esnasında verilmesi gereken evrakları belirtmektedir. Madde 11’de düzenlenen değerlendirme süreci ise şu şekilde işlemektedir: “hazırlanan başvuru dosyası Bakanlığa sunulur ve bakanlık 30 günlük takvim sürecinde ilk önce başvuru belgelerinin uygunluğunu inceler, tespit edilen eksiklikler, eksikliklerin tebliğini izleyen 60 takvim günü içerisinde

⁵⁶ “Çevre Etiketlerine Sahip Firmalar”, Türkiye Cumhuriyeti Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, <https://cevreetiketi.csb.gov.tr/cevre-etiketlerine-sahip-firmalar-i-99342>.

⁵⁷ “Çevre Etiketleri İptal Olan Firmalar”, Türkiye Cumhuriyeti Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, <https://cevreetiketi.csb.gov.tr/cevre-etiketleri-iptal-olan-firmalar-i-111213>

tamamlanmazsa başvuru iade edilir⁵⁸.” Uygun görülen başvurular için teknik inceleme komisyonu oluşturulur ve komisyon başvuru tarihinden itibaren 90 takvim günü içerisinde ürün veya hizmetlerin kriterlere uygunluğu ve diğer teknik hususları değerlendirerek “çevre etiketi teknik raporunu” hazırlar. Nihai teknik rapor ve bu raporun yeterli olmadığı ve gerekli görüldüğü durumda “yerinde doğrulama raporu” karar için Bakanlığa sunulur. Başvurunun kriterlere uygun olması halinde ise Bakanlık “çevre etiketini” verir.

Çevre etiketi başvurusunda, başvuru miktarı Bakanlık tarafından belirlenen bir başvuru ücreti öder. Çevre etiketinin verilmesi ile beraber de Bakanlıkça belirlenen yıllık ücretin ödenmesi gerekmektedir. Yıllık ücretin ödenmemesi halinde ise Bakanlık vermiş olduğu çevre etiketini iptal eder⁵⁹. ÇEY madde 15(ğ): “(ü)rünlere veya hizmetlere çevre etiketi verilmesi kapsamında kurum/kuruluşlara yetki devri yapılabilir” hükmü kapsamında; doğrulama sürecine yönelik teknik inceleme komisyonu oluşturma yetkisi TSE’ye devredildiğinden, başvuruçuların TSE ile yapılan protokol ışığında belirlenen tarifeye göre doğrulama bedeli, uygunluk kontrol bedeli ve süre uzatım kontrol bedeli ödemesi gerekmektedir. “Çevre etiketinin kullanımı 4 yıllığına verilir ve süre bitmeden 180 gün önce talep edilirse Bakanlıkça teknik inceleme komisyonuna yaptırılan değerlendirme sonucunda bu süre uzatılabilir.”⁶⁰

Çevre etiketini almaya hak kazanan başvuru ve Bakanlık arasında imzalanan sözleşme ile başvuru “çevre etiketi kullanıcısı” sıfatını alır⁶¹. Çevre etiketi kullanıcısı, çevre etiketini ÇEY ve düzenlenen sözleşmedeki usul ve esaslara uygun olarak kullanılmalıdır⁶². ÇEY madde 14(4)’e göre; Bakanlık her zaman çevre etiketi alan ürün veya hizmetin kriterlere, yönetmelik ve sözleşme hükümlerine uygunluğunu denetleyebilir. Eğer etiket kullanıcısı yükümlülüklerini karşılayamazsa durumu Bakanlığa bildirir ve yükümlülüklerini yerine getirene kadar çevre etiketini kullanamaz⁶³. Etiket kullanıcısının yükümlülüklerini ihlalinin tespiti halinde ise Bakanlıkça çevre etiketi kullanım izni dondurulur ya da iptal edilir⁶⁴.

III. ÇEVRE ETİKETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Çevre etiketi yukarıda da ifade ettiğimiz üzere sembol, logo vb işaretler vasıtasıyla ürün ya da hizmetlerin belirlenmiş kriterlere uygun olarak çevresel etkilerinin azaltılmış olduğunu ifade etmeye yaramaktadır. Söz konusu çevre etiketi; tüketicileri bilgilendirmeye, onlara ürün ve hizmetlere ilişkin olarak çevresel mesajlar iletmeye yaramaktadır. Peki bu etiketin hukuki niteliği nedir sorusu da cevaplanmayı beklemektedir. Çevre etiketinin bir logo, amblem yahut ayırt edici bir işaret olarak karşımıza çıkması ile bir fikri mülkiyet hakkı teşkil edip etmediği ve özellikle marka olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tartışılması gerekmektedir.

⁵⁸ Metin içerisinde özetlediğimiz başvuru süreci ÇEY madde 11(2) (a)-(f) bentleri arasında detaylı olarak gösterilmektedir.

⁵⁹ ÇEY madde 23

⁶⁰ ÇEY madde 14(8).

⁶¹ ÇEY madde 13.

⁶² ÇEY madde 14/1.

⁶³ ÇEY madde 14(5).

⁶⁴ ÇEY madde 14(6).

Aşağıdaki bölümde bu kapsamda çevre etiketini SMK ışığında değerlendirerek, özellikle marka ile ilişkisi ortaya konulmaya çalışılacaktır.

SMK madde 4'te tarifi yapıldığı üzere; “*marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamaktadır.*” Yine aynı maddeye göre; “*şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaret*” marka olabilmektedir.

Çevre etiketinin ÇEY'deki tanımına baktığımızda; “*gönüllü bir ödüllendirme sistemini temsil eden işaret*” olduğu ifade edilmekte; yine ÇEY madde 18'e göre “(ç)evre etiketinin rengi, logosu, boyutları, ürün grubu, kriter ve tescil bilgilerinin etiketi üzerinde konumlandırılması, Bakanlık tarafından belirlenir ve ilan edilir” denilerek; SMK'da marka olarak tescil edilebilecek renk ve logoya işaret edildiği görülmektedir. Bakanlıkça belirlenen Çevre Etiket logoğu aşağıda gösterildiği gibidir:



Şekil 2- Türkiye Çevre Etiket Logoğu

Söz konusu logonun bir marka olup olmadığı ve hangi tür marka olabileceği aşağıda tartışılacaktır.

A. ÇEVRE ETİKETİ VE ORTAK MARKA

SMK madde 31(3)'e göre “*ortak marka, üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işarettir.*” Tanıma göre, ortak markada birden çok kişinin tescillenmiş markayı “ayrı ayrı” olarak kullanma imkânı doğmaktadır. Tekinalp, ortak markayı şu şekilde ifade eder: “*birden çok işletmenin adına müseccel, markanın her bir sahibinin, markanın tümü üzerinde, markanın diğer sahiplerinin aynı nitelikteki hakları ile sınırlı bir şekilde, ancak bağımsız olarak hak sahibi olduğu markadır*”⁶⁵. Bu tür markalar bir gerçek ya da tüzel kişi adına değil, birden çok kişi adına markanın tescili söz konusu olmaktadır⁶⁶. Burada

⁶⁵ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s372.

⁶⁶ Bakınız Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s20; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul: Arıkan Basım Dağıtım, 2005, s. 353.

özellikle ortak markanın bir grup markası olmadığı üzerinde durulmaktadır. Grup markasında bir gruba dahil olan işletmelerce markanın kullanılması ve bu markanın birden çok kişi adına değil de bir holding adına tescil edilmesi söz konusu olmaktadır⁶⁷.

Ortak markanın tescili için, teknik şartnamenin TÜRKPATENT'e sunulması gerekir. SMK madde 32(3)'e göre ortak marka teknik şartnamesinde ayrıca, söz konusu ortak markayı kullanmaya yetkili işletmeler ve bu işletmelerden oluşan topluluğa üyelik şartları, marka kullanım şartları ve varsa yaptırımlar belirlenir.

Ortak marka kanunda da belirtildiği üzere, gruptaki işletmelerin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarar. Yani burada tüketicilere marka ile "belli bir birlik ya da gruba ait bir ürünü seçme imkânı" tanınmaktadır⁶⁸.

Çevre etiketini ortak marka açısından incelediğimizde, ortak markada ürün ve hizmetlerin menşeyini göstermek amacının olduğunu görmekteyiz. Bu nedenle teknik şartnamede "kullanmaya yetkili kişiler" in belirtilmesi gerekmektedir. Ancak, çevre etiketinde amaç ürün ve hizmetlerin menşeyini belirtmekten ziyade, bilimsel verilere dayalı olarak çevresel zararlarının en aza indirildiği ürün ve hizmetlerin belirtilerek tüketicilerin bu türden çevre, sağlık ve iklimle olumsuz etkilerinin azaltılmış ürünleri seçmelerinin teşvik edilmesidir. Ürünlerin menşeyinin değil, çevreye etkilerinin tespiti ile belli bir "kalitede" yahut yine kriterlere göre "uygunlukta" olduğunun garanti edilmesi söz konusudur.

SMK gereğince teknik şartnamede ortak markayı kullanacak işletmelerin topluluğa üyelik şartlarının da yazılması gerekmektedir. Burada üyelik için belirli şartların olması, çevre etiketine sahip olunabilmesi için de belirli şartların gerekmesi düşüncesiyle çevre etiketinin ortak marka olabileceği yanlışlığı oluşturmamalıdır. Ortak marka için üyelik şartları işletmelere yöneliktir, ancak çevre etiketi açısından getirilen şartlar/kriterler tamamen ürüne ve hizmete yönelik olup, bunların çevreye olan etkilerinin ölçümüne yarar⁶⁹.

Ayrıca ortak markada, markanın adına tescil edildiği herkes markayı kullanma hakkına sahip ve kullanabiliyorken; çevre etiketinde, etiketi veren Bakanlık tarafından kullanılmasının söz konusu olmaması da çevre etiketini ortak markadan ayıran başka bir husustur.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, çevre etiketinin SMK kapsamında tanımı yapılan ortak marka ile örtüşmediği için bir ortak marka olarak görülemeyeceği sonucuna varılabilir.

B. ÇEVRE ETİKETİ VE GARANTİ MARKASI

Garanti markası, o markayı taşıyan ürünlerin belirli kalite yahut özellikleri taşıdığını belirtmektedir. SMK madde 31(1)'e göre "garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir." Ortak markadan farklı olarak, garanti

⁶⁷ Çolak, Türk Marka Hukuku, s20; Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku (2012), s372; Hamdi Yasaman vd., *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004, s997.

⁶⁸ Hayri Bozgeyik, "Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi", *Journal of İstanbul University Law Faculty* 71, no. 2 (2013), 91-102.

⁶⁹ Bakınız Bozgeyik, "Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri Ve Benzer Kavramlarla İlişkisi", s.96.

markası tek bir kişi adına tescil ettirilmekte ve ürünlerin kalite ve özelliklerine ilişkin kriterlerle bu kişi tarafından belirlenmektedir. Tekinalp de madde lafzının her ne kadar “işletmenin” ortak özelliklerinin garanti edildiği izlenimi yaratsa da “mal veya hizmetin” “özellik, üretim usulleri, coğrafi menşei ve kalitesinin” bu marka ile garanti edildiğinin altını çizerek⁷⁰.

Ürün ve hizmetleri belirlenen bu kriterlere uygun olan işletmeler de marka sahibinin izni ile garanti markasını kullanabilmektedir.⁷¹ Ortak markada olduğu gibi en başından kimlerin markayı kullanmakta hak sahibi olduğu marka başvurusunda gösterilmemektedir.

Garanti markası bir kişi adına tescil edildiğinden genellikle bir meslek mensubu derneği, meslek odası,⁷² ulusal ya da uluslararası endüstriyel standart veya belgelendirme kuruluşları tarafından tescil ettirilmektedir⁷³. Ayrıca garanti markasının marka sahibinin veya marka sahibine iktisaden bağlı olan işletmelerin mal veya hizmetlerinde kullanılması kanun gereğince yasaklanmıştır. Bu husus da yine garanti markasını ortak markadan ayırmaktadır.

Tıpkı ortak markada olduğu gibi garanti markası başvurusunda da bir teknik şartnamenin TÜRK PATENT” verilmesi gerekmektedir. Söz konusu şartnamenin, “*markanın garanti ettiği mal veya hizmetlerin ortak özelliklerini, markanın kullanılma usullerini, markayı kullanım hakkının verilmesinden sonra denetimlerin nasıl ve hangi sıklıkta yapılacağı ile teknik şartnameye aykırı kullanma hâlinde uygulanacak müeyyideleri*” içermesi gerekmektedir⁷⁴.

Çevre etiketi göz önüne alındığında garanti markası ile pek çok yönden benzeştiği görülmektedir.

1. Garanti markası ürün ve hizmetlerin kalitesini ve çeşitli özelliklerinin olduğunu garanti etmektedir. Çevre etiketi de sunulan ürün ve hizmetlerin belli standartları taşıyarak çevresel etkilerinin azaltılmış olduğunun kanıtlandığı ürünlere verilmektedir. Hem garanti markası hem de çevre etiketi ürün veya hizmetlerin “belirlenen şartları taşıdığını” göstermektedir.
2. Garanti markası başvurusunda bir teknik şartname verilerek, markayı kullanacak olan ürün ve hizmetlerin ortak özelliklerinin neler olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Çevre etiketi alabilmek için farklı ürün ve hizmet gruplarına yönelik olarak Bakanlıkça kriterler belirlenmiştir. Bu kriterlere uygunluk halinde başvuru garanti markasını ya da çevre etiketini kullanabilmektedir.
3. SMK madde 32(2)’de garanti markası bakımından teknik şartname, hem başvuru anında ürün ve hizmetlerde bulunması gereken özellikleri hem de daha sonraki süreçte şartnameye uygunluk “denetimlerinin” nasıl yapılacağını belirtir. Garanti markasının diğer işletmelere kullandırılabilmesi açısından, söz konusu kalite

⁷⁰ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku (2012), s. 372. Aynı şekilde bakınız Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015, s.366, Hamdi Yasaman vd., *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi*, s.985.

⁷¹ Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 30; Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s.40-41; Arslan Kaya, *Marka Hukuku*, İstanbul: Arıkan Basımevi, 2006, s.53-54.

⁷² Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, (2005) s.353.

⁷³ Bozgeyik, "Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri Ve Benzer Kavramlarla İlişkisi", s. 92.

⁷⁴ SMK madde 32(2).

şartlarının/özelliklerin yalnız başvuru anında değil, daha sonra da sağlandığının izlenmesi söz konusudur⁷⁵. Aynı doğrultuda ÇEY madde 14(4) uyarınca Bakanlık çevre etiketi kullanım izini alan ürün veya hizmetin yönetmelik ve sözleşme hükümlerine uygunluğunun “her zaman” denetleyebilir.

4. Garanti markası yukarıda da belirttiğimiz üzere, genellikle çeşitli standardizasyon kuruluşları ya da meslek birlikleri gibi kuruluşlarca alınarak, teknik şartnamedeki koşulları taşıyan ürünleri ve hizmetleri için diğer işletmelere markayı kullanma yetkisi verir. Aynı şekilde, çevre etiketi sisteminde de ISO gibi standardizasyon kuruluşlarını, çevre koruma kuruluşlarını ve hatta devlet ve onun ilgili birimlerini kriterleri belirleyip etiketin kullanımına izin veren olarak görebiliyoruz.
5. Hem garanti markasında hem de çevre etiketinde marka sahibinin/etiketin kullanımına izin veren kuruluşun, söz konusu marka ve etiketi kullanmaması söz konusudur. Özellikle garanti markaları bakımından bu yasak, SMK madde 31(2) hükmü ile belirtilmiştir.

Markanın fonksiyonları arasında sayılan kaliteyi garanti etme fonksiyonu, garanti markalarında daha somut olarak karşımıza çıkmaktadır; zira garanti markasını kullanılabilmesi için ürün ve hizmetlere ilişkin teknik şartların yerine getirilmiş olması gerekmektedir⁷⁶. Bu nedenle, garanti markalarının hem tüketici hem de kamu yararı bakımından, çevresel tercih edilebilirliğe ilişkin iletişim noktasında daha uygun bir konumda olduğu, getirdiği kriterler ve standardizasyon ışığında tüketiciler açısından belirsizlikleri ortadan kaldırdığı savunulmaktadır⁷⁷. Garanti markası, diğer marka türlerine kıyasla eko-etiket olarak daha uygun görülmektedir. Çünkü garanti markası sahipleri bağımsız olup, daha objektif ve doğru bilgiler ışığında markayı kullanırlar⁷⁸.

Her ne kadar garanti markasının kriterler getirmesi dolayısıyla eko-etiket olarak daha uygun olduğu belirtilse de burada da tüketici açısından bazı soru işaretleri doğmaktadır. Garanti markası başvurusu esnasında teknik şartname ile markanın garanti ettiği mal ve hizmetlerin ortak özellikleri belirtilmelidir. Ancak, burada mal ve hizmetlerin ortak özelliklerinin neler olacağını belirleme yetkisi marka başvurusu sahibine aittir⁷⁹. Ayrıca, teknik şartnamede belirtilen özellik ya da şartların neler olduğu halka açık değildir, bu şartname TÜRKPATENT'e sunulmaktadır. Öte yandan, çevre etiketinde ürün ve hizmet kategorilerine ilişkin kriterler Bakanlık tarafından belirlenmiş olup, herkesin erişimine açıktır. Bu yönden bakıldığında çevre etiketi tüketiciyi daha fazla bilgilendirmektedir.

Her ne kadar garanti markası ve çevre etiketi arasında yoğun benzerlik olsa da çevre etiketi bir “marka”, özelden de bir “garanti markası” değildir. Zira; çevre etiketinin garanti

⁷⁵ Bozgeyik, "Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri Ve Benzer Kavramlarla İlişkisi", s.93.

⁷⁶ Alexandra Mogyoros, "Improving eco-labels: are green certification marks up to the task?", *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 18, no. 5 (2023), s. 368.

⁷⁷ Ibid. s 368; Jeffrey Belson, "Environmental Trademarks." *Trademark Rep.*104 (2014), s. 822; Christine H Farley, "Green Marks", *Research Handbook on Intellectual Property and Climate Change*, (haz. Joshua Sarnoff), Cheltenham: Edward Elgar 2016, ss. 399–413.

⁷⁸ Mogyoros, "Improving eco-labels: are green certification marks up to the task?", s. 369.

⁷⁹ Bakınız Mogyoros, "Improving eco-labels: are green certification marks up to the task?", s. 370; Farley, 'Green Marks' ss. 407-408.

markası olabilmesi için TÜRKPATENT'e başvuru yapılmış olması ve başvuru sonucunda da tescillenmiş olması gerekmektedir. Çevre etiketinin kullanılmasını onaylayan kuruluş ise TÜRKPATENT değil, Çevre, İklim Değişikliği ve Şehircilik Bakanlığı'dır. Ancak şu an için Bakanlık tarafından verilen çevre etiketinin TÜRKPATENT nezdinde marka olarak tescili söz konusu değildir.

Peki çevre etiketi sistemi bir garanti markası değilse nedir? Çevre etiketi, gönüllü olarak alınan ve ürünlerin veya hizmetlerin çevreye etkilerinin azaltıldığına ilişkin kriterleri de karşılayan bir işarettir. Bu işaretin kullanılabilmesi ise bilimsel verilere ve şartlara göre olmakta ve bir eko-etiketleme ağı/düzeni aracılığıyla yapılmaktadır. Mevzuatımızda çevre etiketi sistemi bakımından "TS EN ISO 14024 Tip I Çevre Etiketlemesi, Prensipler ve Yöntemler standardı" dikkate alınmaktadır. Buradan da hareketle, çevre etiketinin bir "sertifikasyon süreci" olduğunu belirtmek mümkündür.

C. ÇEVRE ETİKETİ MARKA OLARAK TESCİL EDİLEBİLİR Mİ?

Yurt dışındaki örnekleri nazara alınarak, çevre etiketinin marka olarak tescil edilip edilemeyeceği de yöneltmesi gereken diğer bir sorudur. Şu an TÜRKPATENT üzerinden yaptığımız aramada 'çevre etiketi' şeklinde bir başvurunun olmadığı görülmektedir. Ancak araştırmamızı etiket üzerinden yaptığımızda "eko-etiket" ve "yeşil etiket" sözcüklerine yönelik marka başvuruları olduğu, hatta İngilizce olarak yapılan aramada "Eco Label" sözcüklerinin de başvuruya konu edildiği görülmektedir.

31.12. 2012 tarih ve 2012/111149 başvuru numarası ile "Yeşil Etiket" sözcükleri marka olarak tescil edilmek istenmiştir. Kurum, başvuru tarihinde yürürlükte olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname madde 7 (a) ve (c) uyarınca başvuruyu reddetmiştir. 556 sayılı KHK'nın söz konusu maddeleri mutlak ret nedenlerini düzenlemiştir ve (a) bendi "*5inci madde kapsamına girmeyen işaretlerin*", (c) bendi ise "*ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markaların*" tescil edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. 556 sayılı KHK madde 5 ise "*kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görümlenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretlerin*" marka olabileceğini belirtmektedir.

26.10.2018 tarih ve 2018/96207 başvuru numarası ile "e eco label ecological products certification" için hizmet markası başvurusu yapılmış; ancak Kurum SMK madde 5(1)(b), (c) ve (ç)'ye dayanarak tescil talebini reddetmiştir. SMK madde 5(1)(b) "*herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretleri*", madde 5(1)(c) "*ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretleri*" ve madde 5 (1)(c) ise "*aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil*

başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretleri” mutlak red nedeni olarak saymaktadır.

TÜRKPATENT nezdinde 13.03.2020 tarihinde, 2020/31827 başvuru numarası ile ‘Eko-Etiket’ için marka başvurusu yapılmış; ancak yine Kurum tarafından SMK md 5(1)(b) ve (c) gerekçe gösterilerek başvuru reddedilmiştir. 27.04.2023 tarih ve 2023/055162 başvuru numarası ile “ecolabel” için yapılan marka başvurusu, Kurum tarafından SMK madde 5(1)(b) ve (c) uyarınca reddedilmiştir.

Yukarıda incelediğimiz tüm marka başvurularında Kurumun mutlak red nedenlerine dayanarak başvuruyu reddettiği görülmekle birlikte; 04.10.2018 tarih ve 2018/88669 numaralı başvuru ile “eco globalmark isq eco trademark isq eco natural isq isq global eco labels” için yapılan marka başvurusu SMK madde 6(1)’de nispi red nedeni olarak sayılan benzerlik/karıştırılmalı ihtimali gerekçesi ile reddedilmiştir.

Tüm bunlardan da yola çıkarak, “çevre etiketi” işaretinin marka olarak tescil edilmek istenmesi halinde SMK madde 5(1)(b) ve (c) kapsamında reddedilmesi mümkündür. Özellikle, madde 5(1)(c) “*ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretleri*” ile ortaya konan mutlak red sebebi, yukarıda bahsi geçen örnek kararlar olmasa da muhakkak üzerinde durulması gereken bir nokta olarak karşımıza çıkmaktadır. Çevre etiketi, ÇEY’de de ortaya konduğu üzere ürünlerin “yaşam döngüsü boyunca çevresel etkileri azaltılmış” olduğunu bilimsel temellere dayalı olarak tüketicilere bildirir. Yani, ürünlerin “kalitesini” ortaya koymaktadır. Ürün ve hizmetlerin, Bakanlıkça belirlenen kriterleri taşıdığını ifade eder. Ya da yine (c) bendi kapsamında “*malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret*” olarak kabul edilebilir.

Burada gösterilen örneklerin, ferdi marka başvurusu olduğu düşünülmektedir. Bu bağlamda, çevre etiketinin ferdi marka olarak başvurusu, başvuru sahibinin “Bakanlık” olduğu halde dahi reddi sonucunu doğuracaktır.

Ancak, Bakanlık, çevre etiketini garanti markası olarak tescil edebilmelidir. Yukarıdaki başlıkta da ifade ettiğimiz üzere, garanti markası çevre etiketi açısından en uygun marka türüdür. Engels ve Grubler’e göre, milli hukuklarının garanti markasına dair herhangi bir düzenleme getirmediği durumda, ortak marka da çevre etiketi için bir çözüm olarak görülebilir⁸⁰. Ancak, hem garanti markası ve çevre etiketi lisanslama sisteminin birbirine çok benzemesi hem de bizim ülkemiz açısından zaten garanti markasına dair düzenlemelerin olması, çevre etiketinin “garanti markası” olarak tescil edilmesinin daha doğru bir tercih olacağını göstermektedir⁸¹.

⁸⁰ Engels, Gabriele, and Ulrike Grubler, "Sustainable Brands, Eco-Labels and the New EU Certification Mark", *Managing Intell. Prop.* 264, (2017), s. 88.

⁸¹ Ayrıca bakınız Yatağan Özkan, Dinçer Özbey, “Green Is the New Black: The Rise of Green Marks and Possible Solutions to Greenwashing”.

SONUÇ

Tüketicilerin çevre duyarlılığı nedeniyle, işletmeler tarafından hedef alınması, sundukları ürün ve hizmetlerin çevreci olduğuna yönelik “yeşil iddialarda” bulunma sıklıkları da artmıştır. Tüketicilerin satın alma kararlarını etkileyen bu “yeşil iddiaların” doğruluğunun denetlenmesi, tüketicileri korumak kadar; işletmeler arasında rekabeti korumak ve sürdürmek ve iklim değişikliği ile mücadele konusundan uluslararası arenada atılan adımları gerçekleştirmek açısından son derece önem arz etmektedir. AYM ile birlikte “sürdürülebilir ürünlerin” tercih edilebilirliğinin artırılması hedeflerinin sağlamak açısından da tüketicilere satın aldıkları ürün ve hizmetlere dair yeşil iddiaların gerçekliği hususunda doğru ve bilimsel bilgiler vermek gerekmektedir. Bu doğrultuda ortaya çıkan çevre etiketi sistemi ile, ürün ve hizmet grubuna dair belirlenen bilimsel kriterleri sağladığı doğrulanmış ürün ve hizmetler de kullanılmak üzere “bir işaret” etiket verilmesi söz konusudur.

Ülkemizde de 2018 yılından itibaren oluşturulan Çevre Etiketi Sistemi ile çevre bilincinin artırılması hedeflenmiştir. Ayrıca YMEP’te belirtildiği üzere, “*Türkiye Çevre Etiketi Sisteminin yaygınlaştırarak, AB Döngüsel Ekonomi Eylem Planı kapsamında uyum çalışmalarıının yürütülmesi, AB ile işbirliği olanaklarının araştırılması*” hedefleri ortaya konulmuştur. Çevre etiketi ile geliştirilen bilimsel kriterler ile ürün ve hizmetlerin azaltılmış çevresel etkilerle sahip olduğunun ortaya konması, söz konusu ürünlerin hem iç pazarda hem de ihracat kanalıyla yurt dışında tercih edilebilirliğini artırarak ülkemizin rekabet gücüne katkıda bulunacaktır⁸².

YMEP kapsamındaki hedefler doğrultusunda çevre etiketinin yaygınlaştırılması ve tanıtılması açısından, çalışmamız çevre etiketi mevzuatını incelemiştir. Çevre etiketinin özellikle Türkiye’de yeni bir uygulama olduğu da göz önüne alınarak, hukuki niteliği de yine çalışmamız kapsamında analiz edilmiştir. Buna göre, çevre etiketinin ürün ve hizmetler üzerine konan bir ‘işaret’ olması sebebiyle özellikle bir marka olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmıştır. Her ne kadar çevre etiketi ve garanti markası arasında işlevleri ve kullanılması açısından büyük benzerlikler olsa da TÜRK PATENT nezdinde garanti markası olarak tescil edilmediğinden hareketle bir garanti markası değildir. Mevzuatımızda çevre etiketi sistemi bakımından “*TS EN ISO 14024 Tip I Çevre Etiketlemesi, Prensipler ve Yöntemler standardi*” dikkate alındığından dolayı, çevre etiketinin bir “sertifikasyon süreci” olduğunu belirtmek mümkündür.

⁸² Bakınız: DEİK, ‘Sanayide Yeşil Dönüşümün Desteklenmesi Projesi AB’nin Yeni Büyüme Stratejisi “Yeşil Muhabakat” ve Türkiye İçin Önemi’, Mart 2022, <https://www.deik.org.tr/deik-yesil-donusum>.

KAYNAKÇA

- Belson, Jeffrey. "Environmental Trademarks." *Trademark Rep.*104 (2014): 822.
- Birpınar, Mehmet Emin, Atay, Serkan, Yetiş, Ülkü. "Sürdürülebilir Üretim Ve Tüketimde Eko-Etiketlerin Önemi: Türkiye Çevre Etiket Sistemi." *Çevre Şehir ve İklim Dergisi* 2, no. 3 (2023): 60-81.
- Bozbel, Savaş. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015
- Bozgeyik, Hayri. "Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri Ve Benzer Kavramlarla İlişkisi." *Journal of Istanbul University Law Faculty* 71, no. 2 (2013): 91-102.
- Communication From the Commission to The European Parliament And The Council Building The Single Market For Green Products Facilitating better information on the environmental performance of products and organisations' Brussels, 9.4.2013 COM (2013) 196 final.
- Czarnecki, Jason J., Jönsson, K. Ingemar, and Kuh, Katrina. "Crafting next generation eco-label policy." *Environmental Law* 48, no. 3 (2018): ss. 409-452.
- Çağlar, Hayrettin. *Marka Hukuku Temel Esaslar*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- DEİK. 'Sanayide Yeşil Dönüşümün Desteklenmesi Projesi AB'nin Yeni Büyüme Stratejisi "Yeşil Mutabakat" ve Türkiye İçin Önemi'. Mart 2022, <https://www.deik.org.tr/deik-yesil-donusum>.
- Delbück, Kilian. "The German Eco-Label "Blue Angel" and International Trade." *Eco-labelling and international trade*, (haz. Simonetta Zarilli, Veena Jha and René Vossenaar), Londra: Palgrave Macmillan, 1997.
- Digital Journal. 'Green Marketing Market 2022 Emerging Growth Trends by Top Countries, Industry Size and Share, Revenue, Opportunities and Challenges, Demand Status and Leading Players Updates till 2025'. 21 Haziran 2022, <https://www.digitaljournal.com/pr/green-marketing-market-2022-emerging-growth-trends-by-top-countries-industry-size-and-share-revenue-opportunities-and-challenges-demand-status-and-leading-players-updates-till-2025>.
- Engels, Gabriele, and Grubler, Ulrike. "Sustainable Brands, Eco-Labels and the New EU Certification Mark." *Marketing Intell. Prop.* 264 (2017): 88-91.
- Erickson, Audra, Kramer, Carol S. "Ecolabels: The link between environmental preferences and green practice.s" in *Strategy and Policy in the Food System: Emerging Issues*, ed. Julie A. Caswell and Ronald W. Cotterill (Connecticut: University of Connecticut, Food Marketing Policy Center, 1997): ss. 195-206.
- European Commission. "About the EU Ecolabel". https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/eu-ecolabel-home/about-eu-ecolabel_en.
- European Environment Agency. "Life Cycle Assessment." <https://www.eea.europa.eu/help/glossary/eea-glossary/life-cycle-assessment>.
- Farley, Christine H. 'Green Marks.' *Research Handbook on Intellectual Property and Climate Change*, (haz. Joshua Sarnoff), Cheltenham: Edward Elgar 2016.
- Fernández Fernández, Carmen. "Unit 10: Introduction to Ecolabelling Communication", *ecodesign*, http://www.ecosign-project.eu/wp-content/uploads/2018/09/BASIC_UNIT10_EN_Lecture.pdf.
- Galarraga Gallastegui, Ibon. "The use of eco-labels: a review of the literature". *European Environment* 12, no. 6 (2002): ss.316-331.
- Gertz, Renate. "Eco-labelling—a case for deregulation?", *Law, Probability and Risk* 4, no. 3 (2005): ss. 127-141.

- Gesser, Avi. "Canada's Environmental Choice Program: A Model for a Trade-Friendly Eco-Labeling Scheme". *Harv. Int'l. LJ* 39, no:2 (1998): ss. 501-544.
- globalecolabelling.net. "Eco Mark Program Japan Environment Association (JEA)." <https://globalecolabelling.net/organisation/eco-mark-program/>.
- Glossary of Sustainable Manufacturing Terms. 'Eco-Label'. https://sor.epa.gov/sor_internet/registry/termreg/searchandretrieve/glossariesandkeywordlists/search.do;jsessionid=gIwPDLfzXwCjiMWqoP4cIMFbqb6ZF4_w1gnycazKtolyYoVenk_R!654615163?details=&vocabName=Sustainable%20Manufacture%20Terms&filterTerm=eco%20label&checkedAcronym=false&checkedTerm=false&hasDefinitions=false&filterTerm=eco%20label&filterMatchCriteria=Contains.
- Guevara, Maria Isolda P., Chaitoo, Ramesh, ve Smith, Murray G. "Canada's environmental choice program and its impact on developing-country trade." *Eco-labelling and international trade*, (haz. Simonetta Zarilli, Veena Jha and René Vossenaar), Londra: Palgrave Macmillan, 1997.
- Henry, John. "ISO and eco-labelling." *Eco-labelling and international trade*, (haz. Simonetta Zarilli, Veena Jha and René Vossenaar), Londra: Palgrave Macmillan, 1997.
- Iraldo, Fabio, Griesshammer, Rainer, and Kahlenborn, Walter. "The future of ecolabels." *The International Journal of Life Cycle Assessment* 25, no. 5 (2020): ss. 833-839.
- Jain, Shikha ve Hagenbeek, Olivier. "2021 Global Sustainability Study: What Role do Consumer Play in a Sustainable Future", [simon-kucher.com](https://www.simon-kucher.com/en/insights/2021-global-sustainability-study-what-role-do-consumers-play-sustainable-future), 28 October 2021, <https://www.simon-kucher.com/en/insights/2021-global-sustainability-study-what-role-do-consumers-play-sustainable-future>.
- Jain, Shikha ve Hagenbeek, Olivier. "2022 Global Sustainability Study: The Growth Potential of Environmental Change". [simon-kucher.com](https://www.simon-kucher.com/en/insights/2022-global-sustainability-study-growth-potential-environmental-change), <https://www.simon-kucher.com/en/insights/2022-global-sustainability-study-growth-potential-environmental-change>.
- Japan Environment Association Eco Mark Office. "Institution of the Eco Mark." <https://www.ecomark.jp/english/ecomark.html>.
- Kaya, Arslan. *Marka Hukuku*, İstanbul: Arıkan Basımevi, 2006.
- Markandya, Anil. "Eco-Labeling: An Introduction and Review." *Eco-labelling and international trade*, (haz. Simonetta Zarilli, Veena Jha and René Vossenaar), Londra: Palgrave Macmillan, 1997.
- Menell, Peter S. "Structuring a Market-Oriented Federal Eco-Information Policy." *Md. L. Rev.* 54, (1995): ss. 1435-1474.
- Mogyoros, Alexandra. "Improving eco-labels: are green certification marks up to the task?." *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 18, no. 5 (2023): ss. 367-373.
- OECD. 'Environmental Claims Findings and Conclusions of the OECD Committee on Consumer Policy'. DSTI/CP(2010)16/Final, 08.02.2011, [https://one.oecd.org/document/DSTI/CP\(2010\)16/FINAL/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/CP(2010)16/FINAL/En/pdf).
- OECD. Report on Trade and Environment to the OECD Council at Ministerial Level, OCDE/GD (95)63
- Okubo, Atsuko. "Environmental Labeling Programs and the GATT/WTO Regime." *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.* 11 (1998): ss. 599-646.
- Polak, John. "Trade as an environmental policy tool? GEN, ecolabelling and trade." *WTO Public Symposium Challenges Ahead on The Road to Cancun*. 2003.
- Prieto-Sandoval, Vanessa, Mejía-Villa, Andrés, Ormazabal, Marta, and Jaca, Carmen. "Challenges for ecolabeling growth: lessons from the EU Ecolabel in Spain." *The International Journal of Life Cycle Assessment* 25 (2020): ss. 856-867.

- Richards, George. "Environmental labeling of consumer products: The need for international harmonization of standards governing third-party certification programs." *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 7 (1994): ss. 235-276.
- Sapmaz Veral, Evren. "Yeşil Yıkama İle Mücadele: Avrupa Birliği'nde Yeşil İddiaların Doğrulanması Girişimi", *Sayıştay Dergisi* 33, no. 124, (2022): ss. 101-109.
- Silva, Daniel. "The fight against greenwashing in the European Union." *UNIO-EU Law Journal* 7, no. 2 (2021): ss. 124-137.
- Simi, T. B. "Eco-labels: Trade Barriers or Trade Facilitators." *CUTS Centre for International Trade, Economics & Environment-Discussion Paper* 1, no. 2009 (2009), s.186-195. https://unctad.org/system/files/official-document/ditctab2022d8_en.pdf.
- Şişman Aydın, Göknur. "Eko-Etiketleme Ve Türkiye Çevre Etiketleri." *Harran Üniversitesi Mühendislik Dergisi* 4, No. 1 (2019): ss. 40-47.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Arıkan Basım Dağıtım, 2005.
- Thomsen, Jakob, ve McAloone, Tim C. "Does the Ecomark label promote environmentally improved products in India and what experiences can be drawn from the Nordic ecolabel?." In *ICoRD'15-Research into Design Across Boundaries Volume 2: Creativity, Sustainability, DEX, Enabling Technologies, Management and Applications*, (haz. Amaresh Chakrabarti) Springer Hindistan, 2015, ss. 125-135.
- Türkiye Cumhuriyeti Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı. "Çevre Etiketleri." <https://cevreetiketi.csb.gov.tr/cevre-etiket-altyapisinin-olusturulmasi-projesi-2013-2014-i-98936>.
- Türkiye Cumhuriyeti Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı. "Ulusal Çevre Etiket Sisteminin Kurulması Projesi." <https://cevreetiketi.csb.gov.tr/ulusal-cevre-etiket-sisteminin-kurulmasi-projesi-2017-2018-i-98937>.
- Türkiye Cumhuriyeti Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı. "Çevre Etiketlerine Sahip Firmalar." <https://cevreetiketi.csb.gov.tr/cevre-etiketlerine-sahip-firmalar-i-99342>.
- Türkiye Cumhuriyeti Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, "Çevre Etiketleri İptal Olan Firmalar". <https://cevreetiketi.csb.gov.tr/cevre-etiketi-iptal-olan-firmalar-i-111213>
- Türkiye Cumhuriyeti Ticaret Bakanlığı. "Yanı Başımızdaki Dev Pazar Avrupa Birliği". 17 Şubat 2023, <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/avrupa-birligi/yani-basimizdaki-dev-pazar-avrupa-birligi#:~:text=AB%2C%202022%20yılında%20103%2C1,aralarında%20yaptığı%20ticaret%20harc%20tutulduğunda>.
- United Nations Sustainable Development, United Nations Conference on Environment & Development, Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992, Agenda 21, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>
- United States Environmental Protection Agency. 'Environmental Labelling Issues, Policies, and Practices Worldwide'. EPA Contract No. 68-W6-0021, Aralık 1998, <https://www.epa.gov/sites/default/files/2015-09/documents/wwlabel3.pdf>.
- Uzunallı, Sevilay. *Marka Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Vossenaar, René. "Eco-labelling and international trade: the main issues". *Eco-labelling and international trade*, (haz. Simonetta Zarilli, Veena Jha and René Vossenaar), Londra: Palgrave Macmillan, 1997, ss. 21-36.
- Yasaman, Hamdi, Sıtkı Anlam Altay, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoglu, Sinan Yüksel, *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004.
- Yatağan Özkan, Çiğdem, Dinçer Özbey, Berrin. "Green Is the New Black: The Rise of Green Marks and Possible Solutions to Greenwashing," *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, no:73 (2023): ss. 183-206.

UNCTAD TD/B/WG. 6/2, 6 Ekim 1994.

Oxford English Dictionary. 'greenwashing'. <https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=greenwashing&tl=true>.

The European Green Deal, Brussels, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

16 Temmuz 2021, 2021/15 sayılı Yeşil Mutabakat Eylem Planı Genelgesi, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/07/20210716-8.pdf>.

"Blue Angel." <https://www.blauer-engel.de/en/blue-angel/our-label-environment>.

"EcoLogo Certification Program." <https://www.ul.com/resources/ecologo-certification-program>.

"The Nordic Swan Ecolabel." <https://www.nordic-swan-ecolabel.org/official-nordic-ecolabel/>.

Cambridge Dictionary. 'greenwashing'. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/greenwashing>.

Global Ecolabelling Network. <https://globalecolabelling.net/iso14024-standard/>.

ISO. 'Environmental Labels'. <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/en/PUB100323.pdf>.

Ecolabel Index. <https://www.ecolabelindex.com/>.

Global Ecolabelling Network. <https://globalecolabelling.net/organisations/>.

EXTENDED SUMMARY

GREEN TRANSITION IN TRADE: AN ANALYSIS ON THE ENVIRONMENTAL LABEL AND ITS LEGAL NATURE

Ş. Esra Kiraz, Assist. Prof.

Çankırı Karatekin University, serifeesrakiraz@karatekin.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0003-3163-8640>

There is an increasing environmental awareness among the consumers, which has caused preference of such products and services that are less harmful to the environment. Therefore, businesses have begun using labels, signs, symbols, logos, etc. claiming that the products and services they offer are more “environmentally friendly”. Via targeting the consumers with these “green claims”, they also influence consumers’ sale preferences. The businesses which create an image that they are caring of the environment and undertaking precautions to protect it affect the customers sustainable decisions on the purchases and these activities also create unfair competition between the companies.

It should be revealed that if the businesses’ claims as being environmentally friendly is true or not. To protect consumers, an ecolabel system which verify the claims regarding the environmental impact of products and services have emerged. By ecolabel, accuracy of environmental claims about the goods and services are proved based on certain standards and evidence, thereof, the consumers can choose such products and services with confidence. In the process of harmonization with EU legislation, Türkiye implemented the “Environmental Label Regulation” (ÇEY) and the Turkish Environmental Label System (TCES) in 2018. The environmental label has been issued to only 10 businesses currently. In our study, firstly, the environmental label and the legislation will be examined. As the labelling system is newly introduced in Türkiye, an evaluation will be made on its legal nature and tried to reveal if it is a trademark in accordance with the Turkish Industrial Property Law (SMK).

Article 4(b) of ÇEY defines the environmental label as follows: “(b) (i)t refers to the sign that represents a voluntary reward system created to promote products, in accordance with the provisions of this Regulation, with reduced environmental impacts throughout their life cycle and to provide accurate, non-misleading, scientific based information to consumers.” TCES is managed by the Ministry of Environment, Urbanization and Climate Change, and the Environmental Impact Board is authorized to determine and develop the criteria for products and the Technical Review Commission determines the environmental label criteria for product or service groups and examines the compliance of the products with the criteria. The application for

environmental label is made to Ministry of Environment, Urbanization and Climate Change.

Because that the environmental label appears as a logo, badge or a distinctive sign, it should be discussed if the environmental label constitutes an intellectual property right and especially whether it can be considered as a trademark. As described in Article 4 of the SMK; “a trademark enables the goods or services of one undertaking to be distinguished from the goods or services of other undertakings.” Also, the same article states that “all kinds of signs, including shapes, colours, letters, numbers, sounds and the shape of the goods or their packaging” can be registered as trademarks. Turkish environmental label is also a sign according to the regulation and there is a logo issued by the Ministry. On the ground of this, environmental label logo can be trademark. In terms of the types of the trademark if the environmental label is a collective or certification mark is also examined.

According to Article 31(3) of the SMK, “a collective trademark is a sign used by a group consisting of production or trade or service enterprises.” As stated in the law, a collective trademark serves to distinguish the goods or services of businesses in the group from the goods or services of other businesses. However, the purpose of the environmental label is to indicate the products and services whose environmental harms are minimized based on scientific data, and to encourage consumers to choose products with reduced negative effects on the environment, health and climate. Under a collective trademark, everyone in whose name the trademark is registered has the right to use the trademark and can use it; the fact that the environmental label is not used by the Ministry who only issues the label if the applicant fulfils the certain criteria. it can be concluded that the environmental label cannot be seen as a collective trademark.

According to the SMK Article 31(1) “a guarantee (certification) mark is a sign used by many businesses under the control of the trademark owner to guarantee the common features, production methods, geographical origins and quality of those businesses.” Both the certification mark and the environmental label guarantee the certain quality of the products and services. Both the certification mark and the environmental label determine a technical specification and the common features of the products and services in order to issue the mark/label. Under bot certification mark and the label, it is not possible to use trademark/label for the trademark owner or issuance organization. Although the environmental label and certification marks have common features, the environmental label is not a certified trademark under Turkish law regarding that it is not registered by TÜRKPATENT (Turkish Patent Authority).

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

TOPLU YAPILARDA GEÇİCİ YÖNETİM

TEMPORARY MANAGEMENT IN MASS BUILDINGS

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Doğar*

Dr. Öğr. Üyesi Nurgül Kutlu Doğar*

ÖZ

Günümüz şehir yaşantısında toplu yapılar oldukça yaygındır. Bu tür yerlerin inşası tamamlandı birlikte yaşam başladıktan sonra yönetilmeleri çok önemli bir konudur. Bazen inşaatların bir kısmı bazen tümü tamamlandıktan sonra fiili kullanım başlamaktadır. Her iki halde de kat maliklerinin kendi yönetim organlarını seçmeleri ilk başta pek mümkün değildir. Güvenlik, temizlik, bahçe bakımı, personel istihdamı gibi konular uzmanlığı gerektiren konulardır. Toplu yapıya yeni taşınmış kat maliklerinden birinin bu işleri yürütmesi beklenemez. Uygulamada genellikle inşaatı yapan firmalar veya bunların seçtiği yönetim şirketleri belli bir süreliğine yönetimi üstlenmektedir. Kat Mülkiyeti Kanununda geçici yönetim adı altında bu husus düzenlenmiştir. Adından da anlaşılacağı üzere bu tür yönetim sürekli değil, geçicidir. Geçici yönetimin süresi dolduğunda toplu yapı kat maliklerinin seçeceği organlar tarafından yönetilmelidir. Uygulamada geçici yönetim olarak görev yapan bu yönetimlerin süreleri dolduktan sonra da yöneticiliğe devam ettikleri görülmektedir. Kat malikleri bazen geçici yönetimin görevine devam etmesini istemekle birlikte çoğu zaman geçici yönetim görevi bırakmak istemez. Literatürde bu konu hakkında yeterli çalışma bulunmaması makale konusunun önemini arttırmaktadır. Bu makalenin konusu geçici yönetim kavramını açıklamak ve süresi dolan geçici yönetimlerin görevlerini bırakmadıkları takdirde kat maliklerinin hangi yollara başvurabileceklerini incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Kat Mülkiyeti Kanunu, Geçici Yönetim, Toplu Yapılar, Yönetim, Yönetici.

* Harran Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı
ID 0000-0003-0730-7366 mdogar@harran.edu.tr

*Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.
ID 0000-0002-8444-1799 nurgul.kutlu@hku.edu.tr



ABSTRACT

Mass buildings are quite popular in today's city life. It is very important how these places are managed after the construction completed and the flat owners begin to stay. Sometimes the usage of residences begins before all the constructions are completed. It is not possible for the flat owners to select the managers at first. Security, cleaning, garden maintenance, personnel employment are issues that require expertise. It cannot be expected that one of the flat owners who has just moved to his flat can overcome with these works. In practice, the construction companies or the management companies chosen by these construction companies generally manage the mass building for a certain period. This issue is regulated in the Condominium Law under the name of temporary management. This type of management is temporary, not permanent. When the temporary management period expires, the collective building must be managed by the board elected by the flat owners. In practice, it is seen that the temporary management continues their work after their term expires. Although flat owners sometimes want the temporary management to continue its duty but in general, the temporary management does not want to leave its duty. The topic of this study is important because of there are not enough studies about this subject in the literature. The goal of this study is to explain the term of temporary management and to examine the legal ways that the flat owners can apply if the temporary management do not leave their work.

Keywords: Condominium Law, Temporary Management, Mass Buildings, Management, The Manager.

GİRİŞ

Sanayileşme, köylerden kentlere göçü başlatmış ve kalabalıklaşan şehirlerde konut ihtiyacı artmıştır. Kat mülkiyeti sistemi bu ihtiyaçtan doğmuş ve 1965 yılında 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu¹ (KMK) kabul edilmiştir. Gündelik hayatta apartman olarak tarif edilen yapılar Kanunda anayapı adı altında düzenlenmiştir. Anayapının her katındaki bağımsız bölümler ise üst arza tabidir kuralına istisna oluşturacak şekilde ayrı ayrı mülkiyet hakkına konu edilmiştir. Kat Mülkiyeti Kanunu hazırlanırken bir anagayrimenkul parseli üzerinde tek anayapı bulunması esas alınmıştır. Zamanla aynı parsel üzerinde birden fazla yapılar inşa edilmeye başlanmış fakat Kanun bu tür yapılaşmaya ilişkin düzenleme getirmediğinden uygulamaya tapu müdürlükleri tarafından hazırlanan genelgeler ile yön verilmiştir. Yatay kat mülkiyeti olarak adlandırılan bu tür yapılaşmalara ilişkin yasal düzenleme 2814 sayılı Kanun² ile 1983 yılında Kat Mülkiyeti Kanununa “*Birden çok yapılarda uygulanacak özel hükümler*” başlıklı Ek m. 3 hükmü ile yapılmıştır. Tek parsel üzerinde tek anayapı, dikey kat mülkiyeti; bir parsel üzerinde birden fazla yapı yatay kat mülkiyeti olarak anılmıştır. Uygulamada olmasına rağmen birden çok parsel üzerinde birbiriyle bağlantısı olan yapılar Kanunda düzenlenmemiştir. Bunlara ilişkin ilk kapsamlı yasal düzenleme 2007 yılında 5711 sayılı Kanunla³ ve bu düzenleme yeterli olmayınca ikincisi 2009 yılında 5912 sayılı Kanunla⁴ getirilmiştir. Yasal değişiklik sonrası bir veya birden çok parsel üzerinde birbiriyle bağlantılı yapılar toplu yapı olarak tanımlanmıştır. Bu kavramının hüküm altına alınmasıyla dikey ve yatay kat mülkiyeti ayrımı ortadan kalkmış; bunun yerine klasik kat mülkiyeti ve toplu yapı ayrımı gelmiştir. Bağımsız bölümler bir blok kapsamında olabileceği gibi villa benzeri yapılaşma şeklinde de olabilir. Bu gibi yapılaşmalar için Kanunda blok niteliğinde olmayan yapılar (KMK m. 69); öğretide münferit bağımsız bölüm⁵ ve müstakil yapı⁶ kavramları kullanılmaktadır. Toplu yapı, bir veya daha çok parsel üzerinde ortak yer ve hizmetler bakımından birbiriyle bağlantısı olan birden fazla yapıyı ifade eder⁷. Bu tür toplu yapılarda dikkat edilmesi gereken en önemli konu yönetimdir. Zira hukuki sorunların çoğu yönetimden kaynaklanmaktadır⁸. Kat mülkiyeti sisteminde asıl olan, yapıların kat maliklerince yönetimidir fakat özellikle büyük toplu yapılarda kat maliklerinin bir araya gelip yönetime ilişkin karar almaları her zaman kolay olmaz. Diğer yandan, uzmanlık

¹ RG, 02.07.1965, S. 12038.

² 23 Haziran 1965 Tarihli ve 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun (RG, 14.07.1983, S. 18018).

³ Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (RG, 28.11.2007, S. 26714).

⁴ Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (RG, 07.07.2009, S. 27281).

⁵ Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021, s. 532; E. Saba Özmen ve Hafize Kır, *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi (5711/5912 Sayılı Kanunlar)*, İstanbul: Saba Özmen Avukatlık Ortaklığı Yayınları, 2010, s. 122, 188; E. Saba Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 246; Mehmet Şengül, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.33; Nurgül Kutlu Doğan, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı*, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2022, s.13.

⁶ Seda Öktem Çevik, *Toplu Yapılarda Yönetim*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 32

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen ve Kır, s. 120 vd.; Şengül, s. 50 vd.; Öktem Çevik, s. 33 vd.; Kutlu Doğan, s. 71 vd.

⁸ Yönetim kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Abdülkadir Arpacı, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim*, İstanbul: Bedir Yayınevi, 1984, s.10 vd.; Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 363; Kutlu Doğan, s. 21 vd.

gerektiren bu konularda kat malikleri bilgi ve tecrübe eksikliği yaşamaktadır. Uygulamada kat malikleri veya onların yetki verdiği yöneticiler genellikle bu konuda tecrübeli profesyonel yönetim şirketleri ile anlaşmaktadır. Geçici yönetim ise yeni inşa edilen toplu yapılarda, kat maliklerince seçilen yönetim organları göreve başlayana kadar yönetim işini belli süre için üstlenen kişi veya kurumlardır.

I. GENEL OLARAK TOPLU YAPILARDA GEÇİCİ YÖNETİM

Toplu yapılarda yaşam cazibesi, sunulan olanaklar ve diğer bazı sebeplerle her geçen gün artmaktadır. Toplu yapıların sunmuş olduğu imkanlar yanında bu tip konutların maliyete bağlı olarak satış bedelleri yüksek olduğundan henüz inşası tamamlanmadan normal satış bedelinden daha düşük fiyatlarla satışına başlanabilmektedir. Toplu yapı projeleri niteliği itibarıyla yüzlerce bağımsız bölümden oluştuğu için etaplar halinde kısım kısım bitirilip teslim edilmektedir. Bu nedenle, tamamlanan bağımsız bölümlerde oturma başlarken, diğer bölümlerin inşa süreci devam eder. Bunun sonucu olarak, toplu yapı tam anlamıyla oturma hazır olmasa bile bazı bağımsız bölümler kullanılmaya başlanabilir. Bağımsız bölümleri fiilen kullanmaya başlayan kat maliklerinin güvenlik, temizlik, peyzaj düzenlemesi, sosyal tesisler gibi yerlerden yararlanma istek ve ihtiyaçları söz konusudur. Sözü edilen hizmetlerin sağlanması ve gerekli giderlerin toplanması yönetimle alakalı bir husustur. Toplu yapılarda kısmi dahi olsa oturma başladıktan itibaren yapılması gereken ilk şey yönetime dair işlerin görülmesini sağlamak adına kat maliklerinin toplanıp yönetim organlarının seçilmesidir. Seçimin yapılabilmesi için öncelikle kat malikleri birliği oluşmalıdır⁹. Bununla kastedilen bütün kat malikleridir. Halbuki inşası halen devam eden veya henüz satışı yapılmamış bağımsız bölümler varken kat malikleri birliğinin tam anlamıyla oluştuğundan bahsedilemez. Öte yandan taleplerin karşılanması için toplu yapının tamamen bitmesini ve kat malikleri birliği oluşumunun beklenilmesini istemek fiili kullanıma başlayan kat malikleri için mümkün değildir. Nitekim tüm bağımsız bölümlerin tamamlanmasına kadar geçecek sürede toplu yapının yönetimsiz kalması düşünülemez. Kanun koyucu toplu yapının bitmesine kadar geçecek bu sürede geçici bir yönetim oluşturulmasına olanak tanımıştır. Yönetim planına geçici yönetim ile ilgili bir madde eklendiği takdirde tüm bağımsız bölümler ve ortak yerler tamamlanıp kat malikleri birliği oluşuncaya kadar geçecek sürede toplu yapının kimler veya hangi kurum tarafından yönetileceği belirlenir¹⁰.

Kat Mülkiyeti Kanununun “*Geçici Yönetim*” başlıklı m. 73 hükmüne göre: “*Yönetim planında toplu yapı temsilciler kurulu oluşuncaya kadar, bu kurulun görevlerini üstlenmek, yetkilerini kullanmak ve kurulun oluşması için gerekli girişim ve çağrılarda bulunmak üzere, bir geçici yönetim kurulması öngörülebilir. Bu takdirde yönetim planında geçici yönetimin nasıl oluşacağına ve ne zamana kadar devam edeceğine ilişkin hükümlere yer verilir. Geçici yönetim en geç toplu yapının bitimini izleyen bir yıl sonrasına kadar devam edebilir. Bu süre, her halde toplu yapı kapsamındaki ilk yapı ruhsatının alınmasından itibaren on yıl geçmekle*

⁹ Kat malikleri birliği kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen ve Vardar Hamamcioğlu, s. 236; Özmen ve Kır, s. 44, dn. 19, s. 57; Arpacı, s. 81; Kutlu Doğar, s. 23.

¹⁰ Ayrıca bkz. Mahir Ersin Germeç, Kat Mülkiyeti Hukuku, 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020, s. 1326; Çağrı Kendirlioğlu, “*Toplu Yapılarda Yönetim*”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021, s. 142.

sona erer". Hükümde geçici yönetim tanımı yapılmamış sadece geçici yönetimin görev ve yetkilerinin kaynağı, görev süresi ve nasıl oluşturulacağı gibi hususlar düzenlenmiştir.

Geçici yönetim, yukarıda ifade edildiği üzere, 2007 yılında yapılan değişikliklerle Kat Mülkiyeti Kanununa eklenmiştir. İnşaat süreci tamamlanmış, oturuma geçilmiş ve yönetimini seçmiş toplu yapılarda bu kuruma rastlanılmaz. Farklı bir anlatımla, geçici yönetim müessesesi 2007 yılından sonra inşa edilen toplu yapılar bakımından geçerli olan bir düzenlemedir. Bu nedenle, 2007 yılından önce inşa edilen ve toplu yapı özelliği taşıyan binaların kendi yönetimlerini seçmiş oldukları kabul edilir. Bu noktada, "toplular yapı niteliği taşıyan" cümlesinin özellikle kullanıldığına dikkat çekmek gerekir çünkü bu tür yerlerin Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında toplu yapı olarak kabul edilebilmeleri için mevcut yönetim planlarının uyarlanması gerektiği; mevcut yönetimlerin, değiştirilen yönetim planına göre yeni yöneticiler seçilinceye kadar geçici yönetim olarak görevini sürdürecekleri düzenlenmiştir (KMK Geçici m. 2/c. 2)¹¹. Kat Mülkiyeti Kanununa 2007 yılında 5711 sayılı Kanun ile eklenen Geçici m. 3 hükmünde uyarlama için altı aylık süre öngörülmüştür. 2009 yılında 5912 sayılı Kanun ile eklenen Geçici m. 2 hükmünde ise bu yönde bir süre yoktur. Her iki madde halihazırda yürürlükte olduğundan uyarlama için altı aylık sürenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda duraksama yaşanabilir. 5912 sayılı Kanun sonradan kabul edilen bir düzenleme olduğundan ve uyarlama yapmak için herhangi bir süre koşulu bulunmadığından, 5711 sayılı Kanun ile eklenen Geçici m. 3 metruk hüküm niteliğindedir¹².

Bütün bağımsız bölümler tamamlanıp kat maliklerine teslim edildiğinde kat malikleri birliği oluşur ve bu birlik artık yönetim organlarını kendi istekleri doğrultusunda seçebilir. İlgili açıklamalardan sonra geçici yönetim; "2007 yılından sonra inşa edilen kat irtifakı"¹³ veya kat mülkiyeti kurulmuş yapıların, yönetim planında belirtilen süre boyunca; süre belirtilmemiş ise kanundaki süreler ile sınırlı olmak koşuluyla kat malikleri birliği oluşup bu birliğin kendi seçtikleri yönetim göreve başlayana kadar toplu yapının yönetilmesini üstlenen kişi veya kurumların üstlenmiş oldukları yönetim" olarak tanımlanabilir.

¹¹ Yönetim planlarını uyarlanmanın zorunlu olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 256-265; Özmen ve Kır, s. 259-264; Şengül, s. 553, dn. 233; Arzu Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti I*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 348-349. Yargıtay'a göre uyarlama zorunludur, yönetim planları uyarlanmamış yerler toplu yapı niteliğinde kabul edilmemektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2017/18-1992 E., 2021/1009 K. sayılı 16.09.2021 tarihli kararına göre: "*Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca da Kanun'un yürürlük tarihinden önce kurulan toplu yapılara ait yönetim planlarının, bu Kanun hükümlerine uyarlanması amacıyla yapılmış ve tapuya tescil edilmiş değişiklik planı da söz konusu değildir. O hâlde somut olayda, dosya kapsamı itibarıyla sitede toplu yapıya geçilmediği, bu nedenle uyumsuzluğa genel hükümlerin uygulanması gerektiği gözetilerek davanın asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği açıktır. Hâl böyle olunca Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur*", www.kazanci.com, (erişim: 19.03.2024).

¹² KMK Geçici m. 3/3'e göre: "Mevcut toplu yapı yönetimleri, yönetim planı değişip buna göre yönetici seçilene kadar geçici yönetim olarak görevini sürdürür". Bir görüşe göre bu ifade hatalıdır ve maddenin doğru kaleme alınışı şu şekilde olmalıdır: "Toplu yapı organlarının yeni yönetim planına göre oluşması anına kadar mevcut yönetimler faaliyetlerini sürdürür". Bkz. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, s. 266; Özmen ve Kır, s. 265.

¹³ Kat irtifakı kurulması zorunlu değildir. İnşaat tamamlandıktan sonra doğrudan kat mülkiyeti kurulabilir; fakat uygulamada inşaata başlarken genellikle kat irtifakı kurulur ve yönetim planı da bu sırada tapu müdürlüğüne ibraz edilir. Binalar tamamlandıktan sonra kat mülkiyetine geçilirken tekrar yönetim planı hazırlanması gerekmez (KMK m. 14/f. I, c. 2).

II. GEÇİCİ YÖNETİMİN YÖNETİM PLANINDA DÜZENLENMESİ ZORUNLULUĞU

Kat Mülkiyeti Kanununun 73'üncü maddesinin birinci cümlesinde: "...bir geçici yönetim kurulması öngörülebilir" ifadesiyle tartışmaya kapalı bir şekilde geçici yönetimin zorunlu olmadığı sonucu hükmün lafzından anlaşılmaktadır. Bu tespitten hareketle geçici yönetim oluşturulmasının zorunlu olmadığı söylenebilir. Farklı bir anlatımla, geçici yönetim oluşturulması bir tercih meselesidir ve ancak yönetim planında bu yönde bir hüküm var ise oluşturulabilir¹⁴.

Yönetim planında geçici yönetimi üstlenecek kişi ve/veya kurumun unvanı açıkça yazılmalı ve yönetim yetkisinin geçici bir süreliğine bu kişi veya kurumlar tarafından kullanılacağı belirtilmelidir. Sadece kişi adı ve soyadının yazılması ile yetinilmemelidir. Nitekim herhangi bir sebepten dolayı kişinin ölümü halinde geçici yönetime ilişkin yönetim planı hükmünün uygulanma kabiliyeti kalmayacaktır. Bu gibi olasılıkları düşünerek yedek kişilerin belirlenmesi ve/veya geçici yönetimin, yüklenici şirket yönetim kurulu olduğu ya da bu kurulun seçeceği kişilerden oluşacağı yönünde hüküm getirilmesi gerekir.

Kat mülkiyeti uygulamasında asıl olan, yönetim organlarının kat malikleri tarafından seçilmesidir. Geçici yönetim ise kat malikleri tarafından seçilmez; yönetim planını hazırlayanlar tarafından atanır. Seçimle göreve gelme bile geçici yönetimin meşruluğu (hukuki dayanağı) yönetim planında düzenlenmesinden kaynaklanır. Zira yönetim planı KMK m. 28 gereği tüm kat maliklerini bağlayan bir sözleşme hükmündedir¹⁵.

Bu noktada 2018 yılında 7099 sayılı Kanun¹⁶ ile yapılan değişiklikleri hatırlatmakta fayda vardır. Anılan kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununun 10'uncu maddesine yeni bir fıkra eklenmiş ve bu yeni fıkra ile kat irtifakı veya kat mülkiyetinin yüklenici talebi ile kurulması düzenlenmiştir. Bahsedilen hükme göre yüklenici ile malikler arasında yapılan sözleşmede hak sahiplerine isabet eden bağımsız bölümler belirlenmişse yüklenicinin tek taraflı talebiyle kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulabilir. Tapuya tescil işleminde, elektronik ortamda düzenlenen ve ilgili idare tarafından onaylı mimari proje ile yönetim planı esas alınır. Mimari proje ile yönetim planında malik imzası aranmaz (KMK m. 10/f. V). Yönetim planında malik imzasının aranmayacağı ilişkin düzenleme, yükleniciye yönetim planını istediği gibi hazırlama özgürlüğu vermektedir¹⁷. Yüklenici bu serbesti ile yönetim planında kat malikleri aleyhine olacak şekilde kendine çok geniş yetkiler verebilir. Yönetim planında yükleniciye verilen bu yetkilerin geçerli

¹⁴ Öktem Çevik, s. 223; Germeç, s. 1326.

¹⁵ Sirmen, s. 515; Genç Arıdemir, s. 492 vd. Bu konu ile ilgili açıklamalar ve Yargıtay kararları için bkz. Germeç, s. 693 vd.

¹⁶ Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG, 10.03.2018, S. 30356).

¹⁷ Hükmün eleştirisi için bkz. M. Kemal Oğuzman vd., *Eşya Hukuku, Kısaltılmış Ders Kitabı*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018, s. 336; E. Saba Özmen vd., *İmar Barışı Sonrasında Doğacak Uyuşmazlıklarda Çözüm Yolları (İmar Kanunu Geçici 16. Madde Hükmü Çerçevesinde 114 Soru Cevap)*, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2019, s. 102; Genç Arıdemir, s. 290.

olup olmadığı incelenmeli ve kat malikleri karşısında yükleniciye orantısız güç ve yetki veren hükümlerin kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir¹⁸.

Arsa sahipleri uygulamada genellikle kendileri ya da yüklenici aracılığıyla toplu yapıyı inşa etmektedir. Bağımsız bölümler, inşaatın tamamlanması ardından veya buna yakın bir zamanda yüklenici ve malikler arasında paylaşılır. Yönetim planı da genellikle bu aşamada, diğer bir deyişle malik sayısının nispeten az olduğu bu dönemde hazırlanır ve toplu yapının geçici yönetim olarak hangi kişi veya kurumlarca yönetileceği tespit edilir. Toplu yapıyı yönetim planında belirlenen sürede yönetecek bu kişi ya da kurum uygulamada genellikle yüklenici veya yüklenicinin belirlediği kişi veya kurum şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹⁹.

Toplu yapı inşası devam ettiği sürece, yüklenici veya birlikte çalıştığı yönetim firmasının toplu yapı yönetimini üstlenmesi bazı açılardan faydalıdır. Örneğin bağımsız bölümlerde veya ortak alanlarda bir ayıp çıktığı takdirde kat maliklerinin bu ayıptan sorumlu yükleniciye ulaşmaları yönetici ve yüklenicinin aynı kişi olması halinde daha kolaydır²⁰. Öte yandan geçici yönetim, toplu yapının bağımsız bölümlerini fiilen kullanmaya başlayan kat maliklerine güvenlik, temizlik, bahçe düzenlemesi, sosyal tesis gibi hizmetlerin sağlanmasında önemli bir görev yüklenir. Özellikle büyük toplu yapılarda kat maliklerinden bir ya da birkaçının, uzmanlık ve tecrübe gerektiren bu tür hizmetleri yerine getirebilmek adına yönetim işini üstlenmesi beklenemez.

Yönetici ve yüklenicinin aynı kişi/kurum olmasının kat malikleri açısından olumsuz tarafları da vardır. Yönetim planında geçici yönetime genel giderler için toplanacak (uygulama aidat olarak adlandırılan) avans miktarının belirlenmesi, üçüncü kişilerle her tür sözleşmenin yapılması, ortak yerlerin kiraya verilmesi gibi çok geniş yetkiler verilmiş olabilir. Yüklenicinin, geçici yönetim olarak temsilciler kurulunun²¹ bu tür yetkilerini elinde tutması, zamanla kat maliklerini huzursuz edebilir. Öte yandan yüklenici, geçici yönetimin süresinin dolmasına yakın bir tarihte, yöneticilik görevine devam edebilmek adına yönetim işlerini kendi kurduğu bir yönetim şirketine devredebilir²². Geçici yönetim, kat malikleri kurulunun toplanması için gerekli çağrı ve girişimleri yapmış ve bunun üzerine yeni yönetim belirlenmiş olsa bile; kat malikleri, yönetim şirketi ile yapılan bu hizmet sözleşmesi ile bağlı olacak ve sözleşme süresinin

¹⁸ Genç Arıdemir, s. 290.

¹⁹ Sirmen, s. 515 vd.

²⁰ Eser sözleşmesinden kaynaklanan davalarda zamanaşımı süresi beş yıldır (TBK m. 147/b.6). Yüklenici yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde zamanaşımı süresi on yıldır (TBK m. 146). Ayıplarda ise zamanaşımı süresi beş yıldır; fakat yüklenicinin ağır kusuruyla meydana gelen ayıplarda zamanaşımı süresi yirmi yıldır (TBK m. 478). Bir görüş, KMK m. 73 hükmüne, yüklenicinin ayıplı ifadan sorumlu olduğu beş yıllık sürenin toplu yapılarda ortak yerler bakımından geçici yönetimin görev süresinin bittiği tarihten itibaren başlatılacağına ilişkin bir hüküm eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Fatih Güler, "Kentleşmenin Bireylerin Yönetim Hakkını Zedelemesi Açısından Kat Mülkiyeti Kanununun Bazı Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım", *Paradoks Ekonomi Sosyoloji ve Politika Dergisi*, C. 17/S. 1, (2021), s. 31, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1766474> (erişim: 11.03.2024).

²¹ Bkz. V-A numaralı başlık.

²² Bir görüşe göre kat maliklerince seçilen yöneticinin, yönetim şirketi ile imzaladığı sözleşme hizmet sözleşmesi niteliğindedir ve yönetim şirketi sorumlu müdür gibidir. Şeref Kısacık ve Özlem Kaya, "Kat Mülkiyeti Hukukuna Göre Yöneticinin Taraf Sıfatı", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 94/S. 3, (2020), s. 91.

dolmasını beklemek zorunda kalacaklardır²³. Şirketin kararlaştırılan süreden önce görevine son verebilmek sözleşmenin feshedilmesi ile mümkündür; fakat bunun için yönetim şirketinin borca aykırı bir davranışta bulunması gerekir. Borca aykırılık yoksa ancak sözleşmede kararlaştırılan cezai şart veya tazminat gibi ödemeler yapılmak suretiyle şirketin görevine son verilebilir.

Yönetim planı, kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulurken tapu müdürlüğüne ibraz edilmektedir. Toplu yapıdan bağımsız bölüm satın almak isteyen kişi yönetim planı ve bu planının içeriğine müdahale edemez. Bağımsız bölümü satın alan kişi kat maliki veya kat irtifakı sahibi sıfatını kazanarak yönetim planı hükümleri ile bağılı olmakta ve bu hükümlere itirazı varsa bunların değiştirilmesini talep hakkını elde etmektedir. Ancak aşağıda değinileceği üzere, yönetim planının değiştirilmesi kolay değildir.

III. GEÇİCİ YÖNETİME İLİŞKİN YÖNETİM PLANI HÜKÜMLERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Klasik kat mülkiyetinde bütün kat maliklerinin (KMK m. 28/f. III); toplu yapılarda ise toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin, temsil ettikleri bağımsız bölümlerin tamsayısının beşte dördünün oyuyla yönetim planının değiştirilebileceği düzenlenmiştir (KMK m. 70/f. I, c. 3). Geçici yönetime ilişkin yönetim planı değişikliklerinin ise toplu yapı alanındaki bağımsız bölüm maliklerinin beşte dördünün oylarıyla mümkün olacağı hükme bağlanmıştır (KMK m. 70/f. II)²⁴.

Geçici yönetime ilişkin yönetim planının değiştirilmesi adına kullanılan “*toplu yapı alanındaki*” cümlesi açık değildir. Bunun yerine, “*bütün kat maliklerinin*” şeklinde bir ifade hukuk dili açısından daha doğru görünmektedir. Geçici yönetim, bütün bağımsız bölümlerin fiilen kullanılmaya başlanmadığı döneme ilişkin yönetim türü olduğu için “*toplu yapı alanındaki*” ifadesi ile bağımsız bölümleri fiilen kullanmaya başlayan kat maliklerinin kastedildiği veya kat mülkiyeti henüz kurulmamışken kat maliki kavramının bilerek kullanılmadığı düşünülebilir. Ancak ilgili düzenlemenin gerekçesinde toplu yapı temsilciler kurulu oluşuncaya kadar yönetim planının geçici yönetime ilişkin hükümlerinde değişiklik ihtiyacı doğabileceğinden bu yetkinin toplu yapı alanındaki kat maliklerine bırakıldığı belirtilmektedir²⁵.

Kanımızca fiilen kullanılan bağımsız bölümlerin oranına göre ilgili maddenin yeniden kaleme alınması gerekir. Örneğin, “*geçici yönetime ilişkin yönetim planı hükümleri tüm bağımsız bölümlerin üçte ikisi fiilen kullanılmaya başlandıktan sonra, kat maliklerinin beşte dördünün oyu ile değiştirilebilir*” yönünde hüküm getirilmesi gerekmektedir. Üçte iki çoğunluk aranmakla, KMK m. 17/f. III hükmü ile paralellik sağlanır. Klasik kat mülkiyetine dair ilgili madde kıyasen toplu yapılara da uygulanabilir. Buna göre kat mülkiyetine geçilmemiş olsa bile

²³ Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 2021/4823 E., 2021/2625 K. sayılı 09.06.2021 tarihli kararına göre: “... Yönetimin devamlılığı ilkesi gereği eski site yönetiminin imzaladığı sözleşmeden yeni yönetimin de sorumlu olduğu kabul edilmelidir...”; Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 2014/17741 E., 2015/6619 K. sayılı 22.04.2015 tarihli kararında: “Yönetimin devamlılığı esas olup yöneticinin değişmesi taraf sıfatını ortadan kaldırmaz. Yeni yönetici yönetim adına veya yönetime karşı açılmış davaları davaya dahil edilmesine gerek olmadan takip etme hakkı ve yetkisine sahiptir” denilmektedir, www.kazanci.com (erişim: 11.03.2024).

²⁴ Düzenlemeye yönelik eleştiriler için bkz. Özmen ve Kır, s. 210.

²⁵ Gerekçe için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0332.pdf> (erişim: 11.03.2024).

kat irtifakı kurulmuş, yapılar tamamlanmış ve bağımsız bölümlerin üçte ikisi kullanılmaya başlanmış ise toplu yapı yönetiminde kat mülkiyeti hükümleri uygulanır. Yönetim planı değişikliği için ise beşte dört çoğunluk aranmaktadır (KMK m. 28/f. III ve 70/f. I, c. 3).

Geçici yönetime ilişkin yönetim planı değişikliği kolay kolay yapılamaz. Çünkü uygulamada beşte dört gibi bir çoğunluk elde edilmesi neredeyse mümkün değildir. Bu güçlüğü farkında olan geçici yöneticiler, kat maliklerinin taleplerine genellikle duyarsız kalmakta ve keyfi kararlar alabilmektedir²⁶.

IV. KLASİK KAT MÜLKİYETİNDE GEÇİCİ YÖNETİM

Klasik kat mülkiyeti bir anagayrimenkul parseli üzerine inşa edilen bir anayapıdan oluşmaktadır. Bu tür yerlerde toplu yapılardan farklı olarak birden çok yapı bulunmaz; blok niteliğinde bir yapı bulunur ve buna anayapı adı verilir (KMK m. 2/a). Toplu yapılar ise bir veya birden fazla parsel üzerinde birbiriyle bağlantısı olan (blok ve/veya münferit bağımsız bölümleri kapsayan) birden çok yapıyı ifade eder. Yapılar arasındaki bağlantı ortak yer ve hizmetlerdir (KMK m. 66/f. I).

Kat Mülkiyeti Kanununun 73'üncü maddesi toplu yapılara ilişkin hükümlerde düzenlendiğinden klasik kat mülkiyetinde geçici yönetim oluşturulup oluşturulamayacağı noktasında tereddüt oluşabilir. Yargıtay bir kararında: "*Dava konusu anataşınmazda kat mülkiyetine geçilmiş olmakla, yönetim planındaki geçici yönetime dair maddelerin toplu yapıya da geçilmediğinden uygulanabilirliği kalmamıştır*" denilmektedir²⁷. Bu haliyle, geçici yönetimin sadece toplu yapılarda oluşturulabileceği izlenimi oluşmaktadır. Kanımızca klasik kat mülkiyetinde, geçici yönetim ihdas edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır²⁸. Zira "In toto et pars continetur- çoğun içinde az da vardır" ilkesi uyarınca toplu yapılarda geçici yönetim düzenlenmişse klasik kat mülkiyetinde olmaması düşünülemez. Bu görüşümüze klasik kat mülkiyetinin toplu yapılardaki gibi çok sayıda bağımsız bölümden oluşmadığı ve geçici yönetim oluşturulmasının gerekmediği şeklinde itiraz ileri sürülebilir. Bağımsız bölüm sayısı az veya çok olsun, irade özerkliği ilkesi gereğince bu yöndeki tercih tamamen kat maliklerine bırakılmalıdır. Bu görüşü, yönetim planının da sözleşme hükmünde bir belge olduğu ve sözleşmelere ilişkin tüm ilkelerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde yönetim planları için de uygulanması gerektiği gerekçesine dayandırmaktayız²⁹.

²⁶ Güler, s. 29.

²⁷ Yargıtay 20. HD, 2017/4367 E., 2017/9331 K., 13.11.2017, www.kazanci.com (erişim: 14.01.2024).

²⁸ Özmen ve Kır, s. 246, dn. 90.

²⁹ Sözleşme özgürlüğü ilkesi için bkz. M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, 19. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021, s. 25 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 20015, s. 17 vd.; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2015, s. 80; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: I, İstanbul: Legal Yayınevi, 2015, s. 73-77.

V. GEÇİCİ YÖNETİMİN GÖREV VE YETKİLERİ

A. GEÇİCİ YÖNETİMİN TOPLU YAPI TEMSİLCİLER KURULU NİTELİĞİ

Kat Mülkiyeti Kanununda geçici yönetimin, toplu yapı temsilciler kurulu oluşuncaya kadar, bu kurulun görevlerini üstleneceği, yetkilerini kullanacağı ve bu kurulun oluşması için gerekli çağrı ve girişimlerde bulunacağı düzenlenmiştir (KMK m. 73). Kat mülkiyetine konu yerlerde yönetim yetkisi kat maliklerine aittir. Klasik kat mülkiyetine ilişkin hükümler incelendiğinde anagayrimenkulün kat malikleri kurulu tarafından yönetileceğine dair düzenleme mevcuttur (KMK m. 27). Benzer bir hüküm toplu yapılar için de getirilmiştir. Kat Mülkiyeti Kanunu 69/f. III gereği, toplu yapı kapsamında yer alan ortak yapı, yer ve tesisler kat malikleri kurulunca yönetilir³⁰.

Toplu yapılar çok sayıda bağımsız bölüm içerdiğinden tüm kat maliklerinin bir araya gelmesi kolay değildir. Bu zorluk karşısında kanun koyucu toplu yapı temsilciler kurulu adı altında bir organ oluşturulabilmesi imkânı tanımıştır. Buna göre, kat maliklerinin yönetim yetkisi, yönetim planında toplu yapı temsilciler kuruluna bırakılabilir (KMK m. 69/f. III). Yönetim planıyla yetki verilen bu kurul ile kat malikleri kurulu arasında vekâlet ve temsil ilişkisi söz konusudur³¹. Geçici yönetim de temsilciler kurulunun görev ve yetkilerini kullandığından kat malikleri ile arasında vekalet ve temsil ilişkisi vardır.

Toplu yapı temsilciler kurulunun zorunlu bir organ olup olmadığı tartışmalıdır³². Yönetim planında temsilciler kurulu düzenlenmediği takdirde geçici yönetimin oluşturulup oluşturulmayacağı belirsizdir. Madde gerekçesinde bu konuda bir açıklama bulunmamakla beraber sadece toplu yapı temsilciler kurulu oluşturuluncaya kadar bir yönetim boşluğu oluşmasının önlenmek istendiği ifade edilmektedir³³. Yönetim planında toplu yapı temsilciler kurulundan söz edilmemiş fakat geçici yönetim oluşturulmuş olabilir. Bu halde geçici yönetimin toplu yapı temsilciler kurulunun değil, toplu yapı kat malikleri kurulunun görev ve yetkilerini kullandığı anlaşılmalıdır. Zira katıldığımız görüşe göre toplu yapı temsilciler kurulu zorunlu organ değildir ve yönetim planı ile oluşturulmadığı takdirde doğal olarak yönetim yetkisi bütün kat maliklerine ait olacaktır³⁴. Yasal düzenleme bu açıdan eleştiriye açıktır. Geçici yönetimin görev süresinin toplu yapı temsilcileri kurulu yerine toplu yapı organları oluşuncaya kadar devam edeceği şeklinde bir düzenleme getirilmesi isabetli görünmektedir.

B. GEÇİCİ YÖNETİMİN ALDIĞI KARARLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kat Mülkiyeti Kanununda, anagayrimenkulün kat malikleri kurulu tarafından; sözleşme (resmi senet), yönetim planı ve kanun hükümleri uyarınca verilecek kararlara göre yönetileceği düzenlenmektedir (KMK m. 32/f. I) Bu açıdan kararların resmi senet ve yönetim planına uygun olması gerekmektedir. Bütün kat malikleriyle külli ve cüzi halefleri, yönetici ve denetçiler,

³⁰ Sirmen, s. 533 vd.

³¹ Özmen ve Kır, s. 194; Şengül, 453; Öktem Çevik, s. 116; Sirmen, s. 532.

³² Bir görüşe göre toplu yapı temsilciler kurulu zorunlu organ değildir. Bkz. Özmen ve Kır, s. 214; Şengül, s. 451. Aksi yönde bkz. M. Kemal Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 22. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020, s. 831-834.

³³ Gerekçe için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0332.pdf> (erişim: 07.03.2024).

³⁴ Özmen ve Kır, s. 241.

kat malikleri kurulunun kararlarına uymakla yükümlüdür (KMK m. 32/f. II). Toplu yapılara ilişkin maddeler arasında toplu yapı temsilciler kurulu kararlarının bağlayıcılığı hakkında hüküm yoktur; fakat Kat Mülkiyeti Kanununun 74'üncü maddesine göre Kanunda yer alan bütün düzenlemeler toplu yapılar hakkında da aynen veya kıyasen uygulanır. Temsilciler kurulu, kat malikleri kurulunun görev ve yetkilerini kullandığından temsilciler kurulunun aldığı kararlar da tüm kat maliklerini ve onların külli ve cüzi haleflerini bağlar (KMK m. 32/f. II kıyasen).

Geçici yönetim, toplu yapı temsilciler kurulunun veya toplu yapı kat malikleri kurulunun görev ve yetkilerini kullanacağına göre, bunların neler olduğu tespit edilmelidir. Kat mülkiyeti sisteminde karar organı kat malikleri kurulu, icra organı ise yönetim kuruludur. Diğer bir deyişle yönetici veya yönetim kurulu, kat maliklerinin kurulunun aldığı kararları uygulayan organdır. Toplu temsilciler kurulunun, yönetim planına konan hükümlerle, aynı zamanda yönetim kurulunu da oluşturabileceği kabul edilebilir. Bu halde karar ve yürütme organı aynı kişilerden oluşur³⁵.

Temsilciler kurulu; yönetici seçimi, genel giderler için toplanacak avans miktarının tespiti, güvenlik görevlisi istihdamı, asansör bakımı için sözleşme yapılması, peyzaj düzenlemesi için eksik malzemelerin satın alınması gibi rutin kararları alabilir. Bu noktada toplu yapı temsilciler kurulunun, kat maliklerine ait tüm kararları alıp alamayacakları sorusuna açıklık getirilmelidir. Bir görüşe göre, kat malikleri kuruluna ait tüm yetki ve sorumluluklar temsilciler kuruluna geçmektedir³⁶. Diğer bir görüş ise bağımsız bölüm ilavesi, temlik tasarruflar ve yönetim planının değiştirilmesi gibi münhasıran kat maliklerine ait yetkilerin dışında kalan konularda toplu yapı temsilciler kurulunun karar alabileceğini ifade etmektedir³⁷. Mülkiyet hakkı; kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisini kapsar. Kanımızca, toplu yapı temsilciler kurulu, kat maliklerine ait kullanma ve yararlanma hakları kapsamında değerlendirilebilecek konularda karar alma yetkisine sahiptir. Ancak tasarruf yetkisine ilişkin kararları alamayacaklarının kabulü gerekir. Örneğin ortak yer niteliğindeki bağımsız bölümün kiraya verilmesine toplu yapı temsilciler kurulu karar verebilir fakat bu bağımsız bölümün satılıp devredilmesine karar vermesi mümkün değildir. Toplu yapılarda herhangi bir konuda karar alınması için kat maliklerinin tamamına ulaşmaya çalışmak işlerin yürütülmesini daha da zorlaştırır. Bu nedenle, temsilciler aracılığı ile karar alınması pratiktir ancak kat malikleri, inandıkları ve güvendikleri kişileri temsilci olarak seçmeye özen göstermelidir.

Toplu yapı temsilciler kurulunun oluşturulmasındaki gaye büyük toplu yapılarda ikamet eden bütün kat maliklerine ulaşılmasındaki zorluktur. Bu açıdan toplu yapı temsilciler kurulunun yönetime ilişkin konularda kat malikleri kuruluna ait karar alma yetkisini kullanması işlerin hızlı yürütülmesi bakımından olumludur. Yüzlerce bağımsız bölümden oluşan toplu yapıların bulunduğu düşünüldüğünde kat maliklerinin her birine ulaşılmasının mümkün

³⁵ Şengül, s. 451; Özmen ve Kır, s. 196.

³⁶ Öktem Çevik, s. 117.

³⁷ Şengül, s. 470-474. Yönetim planında, yönetim planını değiştirme yetkisinin sadece toplu yapı kat maliklerine kuruluna ait olduğunun düzenlenebileceği, aksi takdirde bu yetkinin toplu yapı temsilciler kurulunun kanundan kaynaklandığının kabul edilmesi gerektiği yönündeki eleştiri için bkz. Kutlu Doğan, s. 206.

olmadığı açıktır. Kat maliklerinin bağımsız bölüm ve ortak yerler üzerinde mülkiyet hakkından kaynaklanan yönetime katılma yetkileri toplu yapı temsilciler kurulu aracılığıyla kullanılmaktadır.

Geçici yönetim, kat malikleri tarafından seçimle değil, yönetim planını hazırlayanlar tarafından atanarak göreve gelmektedir ve temsilciler kurulunun tüm yetkilerini kullanır. Geçici yönetimin karar alması gerektiğinde kat maliklerine e- posta vb. ile bilgi verilmesi ve itirazı olanların itirazlarının belli bir süre içerisinde, örneğin bir hafta içinde, görüşülmesi için fırsat tanınması, bu sürede itiraz eden olmadığı takdirde kararın uygulanacağı yönünde yasal bir düzenleme yapılması faydalı olacaktır. Bu sayede kat maliklerinin de yönetime katılması sağlanmış olur.

Toplu yapı temsilciler kurulunun genel giderler için toplanacak avans miktarını tespit etme hakkı vardır. Temsilciler kurulu oluşuncaya kadar bu yetki geçici yönetime aittir. Uygulamada en çok uyuşmazlık bu konuda çıkmakta, kat malikleri geçici yönetim tarafından belirlenen avans miktarının yüksek olduğundan şikâyet etmekte ve bu miktara itiraz hakları olup olmadığını sorgulamaktadır.

Kat maliklerinden alınan aidatlar avans niteliğindedir ve masraf çıktıkça ödemeler bu avanslardan karşılanır³⁸. İşletme projesi ise tahmini gelir ve giderlerin yer aldığı belgedir³⁹. İşletme projesi kesinleştirilmeden kat maliklerinden avans toplanamaz. Bu nedenle, kat mülkiyetine konu yerlerde aidat toplanabilmesi için işletme projesi hazırlanmalı ve kesinleştirilmelidir. Toplu yapılarda işletme projesinin nasıl kesinleştirileceğine ilişkin düzenleme olmadığından Kat Mülkiyeti Kanunu 74'üncü maddesinin atfıyla klasik kat mülkiyetine ilişkin Kanunun 37'nci maddesi uygulanır. Bahsi geçen maddeye göre, işletme projesi kat malikleri kurulunda salt çoğunlukla kabul edildiği takdirde kesinleşir. Aksi halde yönetici gecikmeksizin bunu hazırlar. Kat malikleri kurulunda kabul edilip kesinleşenden farklı olarak yönetici tarafından hazırlanan işletme projesine kat maliklerinin itiraz hakkı vardır. Toplu yapılarda ise kat malikleri kurulunun yetkilerini kullanan farklı kurullar oluşturulabilir. Çalışma konusu çerçevesinde önem arz eden husus temsilciler kuruludur. Toplu yapı temsilciler kurulu, kat malikleri kurulu niteliğinde olduğundan, bu kurul tarafından hazırlanan işletme projesi de kesindir. Diğer bir anlatımla, kat maliklerinin, toplu yapı temsilciler kurulu veya onun yetkilerini kullanan geçici yönetim tarafından hazırlanan işletme projesine itiraz hakları yoktur. Avansın yüksek olduğunu iddia eden kat malikinin dava açması gerekir. Kat malikleri kurulunun kararlarının iptali için dava açılabilirliğinden geçici yönetimin aldığı kararların da iptali talep edilebilir. Her kat maliki, kararı öğrenmesinden itibaren bir ay içinde ve herhalde karar tarihinden itibaren altı ay içinde toplu yapının bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinde iptal davası açabilir (KMK m. 33/f. I, c.1).

Geçici yönetimin, işletme projesi ve genel giderlere ilişkin kararları İcra İflas Kanununun 68'inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerden sayılır (KMK m. 37/f. IV, 72/f. II).

³⁸ Müge Ürem, *Kat Mülkiyetinde Genel Giderlere ve Avansa Katılma Borcundan Sorumlular (KMK m. 20/1 ve 22/1 hükümleri Uyarınca)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 34 vd.

³⁹ Arpacı, s. 281.

Bunun anlamı, ödenmemiş genel gider alacağı için başlatılan icra takibine itiraz edildiğinde, kesinleşmiş işletme projesinin sunulması, bu itirazın kaldırılması için yeterlidir.

C. GEÇİCİ YÖNETİMİN KAT MALİKLERİ KURULUNU TOPLANTIYA ÇAĞIRMASI

Kat Mülkiyeti Kanununun 73'üncü maddesinde geçici yönetimin, temsilciler kurulunun oluşması için gerekli girişim ve çağrılarda bulunacağı düzenlenmiştir. Toplu yapı temsilcilerinin seçilebilmesi için kat maliklerinin toplanıp karar alması gerekmektedir. Geçici yönetimin görevi bahsedilen toplantıyı organize etmektir. Bunun için kat malikleri toplantıya çağırılır, toplantı yeri ve tarihi belirlenir ve gündem hazırlanır⁴⁰. Geçici yönetim tarafından organize edilen bu toplantı için Kat Mülkiyeti Kanununda belirtilen usuli işlemlerin yapılmasının gerekli olup olmadığı hususu açık değildir. Bu usuli işlemler, toplu yapılara ilişkin düzenlemeler arasında yer verilmemiştir. Kat Mülkiyeti Kanununun 74'üncü maddesinin aftıyla klasik kat mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır.

Kat Mülkiyeti Kanunu 74'üncü maddesi atfıyla Kat Mülkiyeti Kanununun 29'uncu maddesine göre kat malikleri kurulunun olağan toplantısı yönetim planında belirlenen zamanlarda yapılır. Yönetim planında toplantı zamanı düzenlenmemişse toplu yapılarda en geç iki yılda bir, ikinci yılın Ocak ayı içerisinde toplanılır (KMK m. 29/f. I). Olağanüstü toplantılardan farklı olarak olağan toplantı için özel bir çağrı usulü yoktur. Kat maliklerine telefon, e-posta gibi herhangi bir vasıta ile duyurunun yapılması yeterlidir. Olağanüstü toplantılar önemli bir sebep ortaya çıktığında yönetici, denetçi veya kat maliklerinin üçte birinin istemi üzerine özel çağrı usulü ile yapılır. Olağanüstü toplantıların kat maliklerine imzalatılacak bir çağrı veya taahhütlü mektupla yapılması gerekir (KMK m. 29/f. II). Olağanüstü toplantılar için aranan özel çağrı usulü, binlerce bağımsız bölümü olan toplu yapılarda uygulanması kolay olmadığından ilgili düzenlemenin günümüz koşullarına uygun olarak güncellenmesi gerekmektedir⁴¹.

Geçici yönetim tarafından toplu yapı temsilciler kurulunun veya yönetim planında belirtilen diğer organların oluşturulması için yapılacak toplantıya çağırının hangi usulde yapılacağına ilişkin düzenleme yoktur. Kanımızca bu konuda olağan toplantılara ilişkin çağrı usulü benimsenmelidir. Çok sayıda kat malikinin bulunduğu toplu yapılarda her kat malikinden imza toplanması ve taahhütlü mektup gönderilmesi masraflı ve zaman alan bir süreci gerektirir. Geçici yönetimin, (eğer mevcutsa) toplu yapının internet sitesinde duyuru yaparak veya telefonla mesaj göndererek çağrı yapabileceği kabul edilmelidir. Bu konunun açıklığa kavuşması için belli sayının üstünde bağımsız bölümü olan toplu yapıların internet sitesi kurmaları ve toplu yapıya ilişkin duyuruların buradan yapılmasının zorunlu tutulacağına dair yasal bir düzenleme yapılması faydalı olacaktır.

Toplantı çağrısında toplantının yapılacağı yer, zaman ve toplu yapı organlarının seçileceği şeklinde gündem belirtilmelidir. Toplu yapı organlarının kat malikleri tarafından hangi çoğunlukla seçileceği Kat Mülkiyeti Kanununun 69'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre: “*Toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin sayısı ve nasıl seçileceği ...yönetim*

⁴⁰ Genç Arıdemir, s. 1326.

⁴¹ Ayrıca bkz. Sirmen, s. 517; Genç Arıdemir, s. 739 vd.

plânında belirtilir” (KMK m. 69/f. III, c. 5). “*Yönetim plânında başka türlü düzenlenmemişse, toplu yapı temsilciler kurulu, blok yapılarda her blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerince seçilen blok yöneticileri ve blok niteliğinde olmayan yapıların bağımsız bölüm maliklerince seçilen temsilcilerden oluşur*” (KMK m. 69/f. III, c. 3). Buna göre, geçici yönetim tarafından organize edilen bu toplantılarda temsilcilerin nasıl seçileceğine ilişkin yönetim planında hüküm yoksa blok yöneticileri ve münferit bağımsız bölüm yöneticileri seçilecek; seçilen bu yöneticiler aynı zamanda temsilci olacaklardır.

D. GEÇİCİ YÖNETİMİN KAT MALİKLERİ KURULUNU TOPLANTIYA ÇAĞIRMAK İÇİN GEREKLİ GİRİŞİMLERDE BULUNMAMASI

Kat maliklerinin tüm taleplerine rağmen geçici yönetim, kat malikleri kurulunun toplanması için gerekli çağrı ve girişimlerde bulunmayabilir. Böyle bir durumda kat malikleri kurulunun toplanması için çağrının kim tarafından ve ne şekilde yapılacağı belirsizdir.

Bir görüş, Kat Mülkiyeti Kanununun 9’uncu maddesinin atfıyla paylı mülkiyete ilişkin genel hükümler uygulanmasını belirtmektedir⁴². 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun⁴³ “*Olağan Yönetim İşleri*” başlıklı 690’ıncı maddesinin birinci fıkrasına göre: “*Paydaşlardan her biri olağan yönetim işlerini yapmaya...yetkilidir*”. İlgili madde incelendiğinde, kat malikleri kurulunun toplanması için gerekli çağrı ve girişimleri herhangi bir kat malikinin yerine getirebileceği anlaşılmaktadır⁴⁴. Diğer bir görüşe göre, toplu yapının bulunduğu yer mahkemesine müracaat edilerek hâkimin müdahalesi talep edilebilir⁴⁵. Kanımızca her iki yola da başvurmak mümkündür fakat bu tür ihtimaller dikkate alınmak kaydıyla yasal bir düzenleme yapılması daha yerinde olacaktır.

VI. GEÇİCİ YÖNETİMİN GÖREV SÜRESİ

Yedek hukuk kuralı niteliğindeki Kat Mülkiyeti Kanununun 73’üncü maddesinde yönetim planı kapsamında geçici yönetimin ne zamana kadar göreve devam edeceğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Yönetim planında geçici yönetim oluşturulmuş fakat görev süresi belirtilmemişse kanundaki çerçeve süreler uygulanacaktır. Buna göre geçici yönetim en geç toplu yapının bitimini izleyen bir yıl sonrasına kadar devam edebilir ve her halde toplu yapı kapsamındaki ilk yapı ruhsatının alınmasından itibaren on yıl geçmekle sona erer (KMK m. 73).

Madde metninde ifade edilen toplu yapının bitimi ile ne kastedildiği veya ne zaman bitmiş sayılacağı açık değildir. Burada iki ihtimal akla gelebilir. İlki, inşaatın fiilen bitmesidir. İkincisi, yapı kullanma izin kâğıdı (iskân) alınması olarak anlaşılabilir⁴⁶. Bunlardan hangisi ile toplu yapının bitmiş sayılacağı hükümden anlaşılammaktadır. Her iki ihtimal olumlu ve olumsuz yönleriyle değerlendirilmelidir.

⁴² Özmen ve Kır, s. 243-245. Kat Mülkiyeti Kanunu m. 9’a göre, kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır.

⁴³ RG, 08.12.2001, S. 24607.

⁴⁴ Özmen ve Kır, s. 243-245.

⁴⁵ Öktem Çevik, s. 225.

⁴⁶ Öktem Çevik, s. 224, dn. 226; Güler, s. 25; Kendirlioğlu, s. 143.

Bir yapının tamamlanmasının hukuki koşulu yapı kullanma izin belgesinin alınması; fiziki koşulu ise yapı inşasının teknik olarak sonlanmasıdır⁴⁷. İmar Kanunu 30'uncu maddesine göre yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediği tespit edilirse yapı kullanma izin belgesi verilmektedir. Bloklarda tamamlanan bağımsız bölümler için tek tek yapı kullanma izin belgesi alınabileceği gibi tamamlanan tüm blok veya münferit bağımsız bölümler için de yapı kullanma izin belgesi alınabilir⁴⁸. Her bir blok veya münferit bağımsız bölümün farklı tarihlerde yapı kullanma izin belgesi alması da mümkündür. Bu durumda en son yapı kullanma izin belgesinin alındığı tarih toplu yapının bitim tarihi kabul edilmelidir⁴⁹.

Uygulamaya bakıldığında, genellikle, yapılar fiilen bitmiş olsa dahi yapı kullanma izin kağıdının alınmadığı fakat bağımsız bölümlerin kullanılmaya başlandığı görülür. Yapı kullanma izin kağıdının alınmaması kat mülkiyetine geçiş için engel teşkil eder. Bu durumdaki yapıların tapu kaydı kat irtifakı tapusu olarak görülür. İnşaatı biten yapıların hukuken tamamlanmış sayılabilmesi için kat mülkiyetine geçilmesi gerekir. Zira kat irtifakı, yapıların henüz inşasına başlanmadığı dönemde verilir. Olması gereken hukuk açısından değerlendirildiğinde yapıların hukuken bittiği tarihin esas alınması doğrudur. Ancak yapıların hangi tarihte fiilen tamamlandığını tespit etmek zordur. Buna karşılık yapı kullanma izin belgesinde tarih yazılmıştır. Fakat bu kabul kat maliklerinin aleyhine sonuç doğurabilir. Kasıtlı olarak geçici yönetimin devam edebilmesi için veya projeye aykırılıklar nedeniyle yüklenici yapı kullanma iznini almak istemeyebilir. Yapı kullanma izin belgesi alınmasının kat maliklerince yüklenildiği durumlarda ise ekonomik koşullar ve maddi sıkıntılar nedeniyle bahsedilen belgenin zamanında alınmadığı görülmektedir. Kat malikleri çoğu zaman yüklenici karşısında ekonomik açıdan daha zayıf konumda olduğundan ve hukuk sisteminin güçlülere karşı zayıfları koruması gerektiği anlayışından hareketle yapıların fiilen bittiği tarih esas alınmalıdır. Toplu yapılarda birden fazla blok ve/veya münferit bağımsız bölüm olduğundan bunlardan en son yapı hangi tarihte fiilen tamamlandıysa o tarih toplu yapının bitiş tarihi kabul edilmelidir. Sözü edilen tamamlanma tarihinin tespit edilmesi hususu ayrı bir tartışma konusudur ancak bu durum yeni bir yasal düzenleme ile sonlandırılabilir.

⁴⁷ Şengül, s. 73; Genç Arıdemir, s. 359; Kutlu Doğan, s. 118

⁴⁸ Kat Mülkiyeti Kanununun 66'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında kısmi kat mülkiyetine geçiş düzenlenmiştir. Hükme göre: "Yapılar tamamlandıkça, tamamlanan yapılara ilişkin kat irtifakları kat mülkiyetine çevrilebilir". Bir bloktaki tamamlanan bağımsız bölümlerin her biri ayrı ayrı yapı kullanma izin belgesi alabilir; fakat ayrı ayrı kat mülkiyetine geçemezler. Bu bloğun kat mülkiyetine geçebilmesi için tüm blok için yapı kullanma izin belgesinin alınması gerekir. Yapı kullanma izni alan bir blok diğer blokların tamamlanması beklenmeden kat mülkiyetine geçebilir. Bu kısmi kat mülkiyetine geçiştir ve ancak toplu yapı inşaatına kat irtifakı kurularak başlanmışsa mümkündür.

⁴⁹ Bir görüşe göre tüm yapılar için yapı kullanma izin belgesi alındığında toplu yapı bitmiş sayılır. Tuğçe Tuzcuoğlu, "Kat Mülkiyeti Kanununa Eklenen Toplu Yapılara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8, Özel Sayı, (2013), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179497>, s. 2704, (erişim: 17.03.2024). Ayrıca bkz. Kendirlioğlu, s. 143.

VII. GEÇİCİ YÖNETİMİN SONA ERMESİ

A. GÖREV SÜRESİNİN DOLMASI İLE SONA ERME

Yönetim planında belirtilen süre dolduğunda geçici yönetimin görevinin kendiliğinden sona erdiği kabul edilmelidir. Diğer yandan yönetim planında geçici yönetimin altı yıl görev yapacağı düzenlenmiş fakat toplu yapı ilk yapı ruhsatının alınmasından beş yıl sonra tamamlanmış ise geçici yönetimin görev süresinin beşinci yılda bittiğinin kabulü uygundur. Yönetim planındaki altı yıllık sürenin dolmasının beklenmesi gerekmez. Bu açıdan yönetim planındaki “*Geçici yönetim atandığı süre kadar görev yapar*” şeklindeki bir madde kesin hükümsüzdür.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Kat Mülkiyeti Kanununun 73’üncü maddesi yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Farklı bir anlatımla, yönetim planında geçici yönetimin görev süresi kat maliklerince belirlenebilir. Böyle bir süre tayini yapılmadığı takdirde kanundaki bir ve on yıllık çerçeve süreler uygulanır. Ancak yönetim planında kanundaki çerçeve sürelerden daha uzun süreler kararlaştırılmış olabilir. Örneğin geçici yönetimin ilk yapı ruhsatının alınmasından itibaren on beş yıl veya toplu yapının bitiminden itibaren beş yıl, yapı kullanma izin belgesinin alınmasından itibaren iki yıl süreyle görev yapacağı gibi hükümler yönetim planında yer alabilir. Bu örneklerdeki süreler kanunda belirtilen çerçeve sürelerden daha uzundur. Böyle bir durumda yönetim planında yer alan süreler ile kanunda belirlenen sürelerden hangisinin uygulanacağı noktasında duraksama yaşanabilir. Yönetim planında kanundaki çerçeve sürelerden daha uzun bir zaman kararlaştırılmış ise KMK m. 73’teki süreler üst sınır olduğundan yönetim planındaki hükmün kısmi kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir (TBK m. 27/f. II). Zira kanun, kat maliklerine geçici yönetimin görev süresini belirleme özgürlüğü vermekte fakat bu sürenin herhalde ilk yapı ruhsatının alınmasından itibaren on yıl geçmekle sona ereceğini emredici bir şekilde ifade etmektedir.

Uygulamada görev süresi dolan geçici yönetimlerin görevi bırakmadıkları, defter ve belgeleri kat maliklerine teslim etmediklerine sıklıkla rastlanmaktadır. Bu noktada süresi dolan geçici yönetimin görevinin kendiliğinden mi sona erdiği yoksa yeni yönetim seçilene kadar görevinin devam ettiğinin mi kabul edilmesi gerektiği konusunda kanunda açık hüküm yoktur. Geçici yönetimin ilk yapı ruhsatının alınmasından itibaren on yıl geçmekle sona ereceği düzenlendiğinden belirtilen sürenin dolmasıyla kendiliğinden görevin sona erdiğinin kabulü gerekir; fakat Yargıtay, yönetimin devamlılığı ilkesince geçici yönetimin yeni yönetim seçilene kadar görevine devam etmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir⁵⁰.

Asıl tartışma yaratacak konu kat maliklerinin kendi aralarında örgütlenip temsilci ve yöneticilerini seçtiklerinde ortaya çıkacaktır. Kat maliklerinin yönetim planında ve/veya Kat Mülkiyeti Kanununda düzenlenen çağrı, toplantı ve karar yeter sayılarına uygun bir şekilde kendi temsilcilerini ve yöneticilerini seçtikleri varsayımında; bu seçim ile geçici yönetimin görevinin kendiliğinden sona erdiğini kabul edilip edilemeyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Kat

⁵⁰ “*Yönetimin devamlılığı esas olup yöneticinin değişmesi taraf sıfatını ortadan kaldırmaz*”, Yargıtay 20. HD, 2017/2236, E., 2018/7023 K., 05.11.2018. Aynı yönde Yargıtay 18. HD, 2014/17741 E., 2015/6619 K., 22.04.2015. “*...Yönetim kurulu seçimine dair karar iptal edilinceye kadar geçerlidir*”. Yargıtay 20. HD, 2018/811 E., 2018/4119. K, 29.05.2018, www.kazanci.com, (erişim 14.03.2024).

Mülkiyeti Kanununda geçici yönetimin ilk yapı ruhsatının alınmasından itibaren on yıl geçmekle sona ereceği düzenlenmiş fakat bu sürenin sonunda görevi bırakmayan geçici yönetim hakkında nasıl bir yol izleneceği hükme bağlanmamıştır. Bu boşluk hâkim tarafından hukuk yaratılarak doldurulmalıdır. Böyle bir ihtimalde iki başlı bir yönetim ile karşı karşıya kalınmakta ve hangisinin meşru olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Kanımızca böyle bir durumda geçici yönetim görev süresinin kendiliğinden sona erdiği ve kat maliklerince seçilen yönetimin göreve başlayacağına; yönetime ilişkin defter ve belgelerin de yeni temsilcilere/yöneticilere teslimine dair karar verilmelidir. Aksi takdirde geçici yönetim için öngörülen çerçeve sürelerin bir anlamı kalmayacaktır.

Süresi dolmasına rağmen görevi bırakmayan geçici yönetime hiçbir kat malikinin itirazı yoksa yönetimin artık temsilciler kurulu niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Kat maliklerinin itirazı halinde ise geçici yönetimin görev süresinin dolduğundan bahisle tespit davası açılabilir⁵¹. Kat maliklerinden bir kişi dahi hâkimin müdahalesini talep edebilir. Bu davada kat malikleri kurulunun toplanması için gerekli çağrılar yapılması ve toplantı yeri ve zamanının organize edilmesi için yetki verilmesi de istenebilir. Böyle bir ihtimalde, kat maliklerinin, hâkimin müdahalesini talep ederek yöneticinin mahkeme aracılığıyla atanmasını da isteyebilecekleri düşünülebilir; fakat Yargıtay'a göre mahkemenin yönetici atayabilmesi için öncelikle kat maliklerinin toplanıp yönetici seçememiş olmaları gerekir. Bu tespitten hareketle, yönetici atanması için gereken prosedürler uygulanmadan geçici yönetimin görev süresinin dolduğu gerekçesi ile mahkemeden yönetici atanması talep edilemez⁵².

Yüklenici veya arsa sahiplerinin güçlü taraf olması nedeniyle görev süresi dolan geçici yönetim aleyhine kat maliklerinin dava açmak zorunda bırakılmaları adalet duygularını rahatsız etmektedir. Bu nedenle, mevzuatta kat maliklerini koruyucu düzenlemelere yer verilmelidir. Toplu yapıların çoğunlukla profesyonel yönetim şirketleri tarafından yönetilmesi gerçeği karşısında bu şirketlerin bir meslek birliği çatısı altında faaliyetlerinin yürütülmesi ve denetlenmeleri yönünde yasal düzenleme yapılması da isabetli olacaktır.

B. GÖREV SÜRESİNDEN ÖNCE SONA ERME

Kat Mülkiyeti Kanununun 40'ıncı maddesine göre yönetici, kat maliklerinin vekilidir. Geçici yönetim de kat maliklerinin vekili ve temsilcisi gibidir. Kat Mülkiyeti Kanununun 9'uncu maddesinin atfıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun⁵³ vekalet ve temsile ilişkin hükümleri geçici yönetim hakkında da uygulanır. “*Temsil olunan, hukuki bir işlemde doğan*

⁵¹ Yargıtay 5. HD, 2022/14897, E., 2023/5293 K., 25.05.2023; Yargıtay 20. HD, 2017/3326 E., 2018/7854, K. 04.12.2018, www.kazanci.com, (erişim: 03.10.2023).

⁵² Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 2017/3326 E., 2018/7854 K. sayılı 04.12.2018 tarihli kararına göre: “...dava konusu taşınmazda halihazırda görevine devam eden bir yönetim kurulu olduğu ve bu yönetim kurulunun görevi sona ermiş olsa bile yeni yönetim seçilinceye kadar görevlerine devam edecekleri açıktır. Mahkemenin anagayrimenkulün kat malikleri kurulu yerine geçerek yönetici atayabilmesi için kat maliklerinin toplanıp yönetici atayamamaları; kurul toplantısının hiç yapılmamasıyla da KMK'nın 34/6. maddesi hükmü gereğince yönetici atanması için gerekli ikili çoğunluğun sağlanmamış olması gereklidir. Somut olayda kat maliklerinin öncelikle yönetim planında öngörülen tarihlerde ya da olağanüstü olarak kat malikleri kurulunu toplantıya çağırıp bu aşamada oluşacak sonuca göre mahkemeden yönetici tayini talep etmeleri gerekmektedir. Belirtilen hususlar yerine getirilmeden mahkemeden yönetici tayini talep etmek usul ve kanuna aykırıdır”, www.kazanci.com, (erişim: 14.04.2024).

⁵³ RG, 04.02.2011, S. 27836.

temsil yetkisini her zaman ...geri alabilir" (TBK m. 41/f. I, c. 1). "*Vekalet veren ...her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir*" (TBK m. 512). Anılan düzenlemeye göre kat malikleri, kendilerinin vekili/temsilcisi niteliğindeki geçici yönetimin görevine her zaman son verebilirler; fakat uygun olmayan zamanda yapılan azil, karşı tarafın zararının giderilmesini gerektirir⁵⁴.

Kat Mülkiyeti Kanununun 41'inci maddesine göre kat malikleri, yöneticinin bu görevdeki tutumunu devamlı olarak denetler ve haklı bir sebebin ortaya çıkması halinde yöneticiyi görev süresi dolmadan önce değiştirebilir. Bu hüküm geçici yönetim hakkında da kıyasen uygulanır. Yönetim planında belirlenen veya on yıllık süreden önce kat malikleri haklı bir sebebin varlığı halinde her zaman geçici yönetimin görevine son verebilir⁵⁵. Örneğin geçici yönetimin görevini layıkıyla yerine getirmemesi veya kat maliklerinin ekonomik menfaatlerine aykırı davranması haklı birer sebeptir.

Geçici yönetimin görevine son verilebilmesi için kat maliklerinin bir araya gelip bu konuyu görüşmeleri gerekir. Kat Mülkiyeti Kanununun 29'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre: "*Önemli bir sebebin çıkması halinde, ... kat maliklerinden üçte birinin istemi üzerine... kat malikleri kurulu her zaman toplanabilir*"; 30'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre: "*Kat malikleri kurulu...oy çokluğuyla karar verir*". Bu hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla kat maliklerinin üçte birinin istemi üzerine toplanan kat malikleri oy çokluğu ile geçici yönetimin görevine son verebilirler. Henüz yönetim organları seçilmediğinden kat maliklerinin kurul şeklinde toplanması kanımızca gerekmez fakat ispat kolaylığı sağlaması için karar yazılı olmalı ve kat maliklerince elden dolaştırılarak imzalanmalıdır. Kat maliklerinin bu şekilde toplanmadığı hallerde aralarından herhangi birinin hâkimin müdahalesini talep ederek dava açabileceği kanısındayız (KMK m. 33).

VIII. GEÇİCİ YÖNETİME İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ

Arabuluculuk, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının barışçıl yollarla çözülmesine yarayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir (HUAK m. 1)⁵⁶. 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵⁷ ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa 18/B maddesi eklenmiş ve Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵⁸.

⁵⁴ Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, "*Vekalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri*", FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, 3/1, (2014), s. 171-212; Suat Sarı, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, İstanbul: Beşir Yayınevi, 2004; Şebnem Akipek Öcal, "*Vekâlet İlişkileri*", (ed. Turgut Öz), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2023, s. 697-722.

⁵⁵ Özmen ve Kır, s. 247-248.

⁵⁶ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, RG, 26.06.2012, S. 28331. Ayrıca bkz. Emel Badur, "*Arabulucunun Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu*" MHD, 1/1, (2024), s. 4 vd.

⁵⁷ RG, 05.04.2023, S. 32154.

⁵⁸ 7445 sayılı Kanun m. 43.

Kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, uzun yıllar yargıyı meşgul ettiğinden, bu tip uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla hızlı ve etkin çözüme kavuşturulması yerinde bir düzenlemedir ancak hangi uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu hakkında ayrımı mevcut değildir. Özellikle toplu yapılardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından birçok soru işareti söz konusudur. Örneğin toplu yapılara ilişkin davalarda görevli mahkemenin hangisi olacağı bu açıdan ciddi bir sorundur. Kat Mülkiyeti Kanunundan doğan davaların sulh hukuk mahkemesinde görüleceği düzenlenmiştir (KMK Ek m.1). Yargıtay ise birden fazla parsel üzerinde kurulu toplu yapılardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeyi tapu kütüğünde toplu yapı şerhi olup olmamasına göre değerlendirmektedir. Tapu kütüğünde toplu yapı şerhinin bulunmaması halinde somut uyuşmazlık için asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğuna ve genel hükümlerin uygulanmasına karar verilmektedir⁵⁹. Birden fazla parsel üzerine kurulu toplu yapılardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin uygulanabilmesi ve davanın sulh hukuk mahkemesinde görülebilmesi için tapu kütüğünde toplu yapı şerhinin varlığı aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle Yargıtay, tapu kütüğünde anılan şerh yoksa, bu yerleri toplu yapı niteliğinde kabul etmemektedir. Böyle bir yere ilişkin uyuşmazlık hakkında arabulucuya gidildiğinde konunun Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında olup olmadığı noktasında tartışma yaşanması olasıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki Kat Mülkiyeti Kanununda toplu yapı şerhi diye bir kavram yoktur. Kanunda olmayan bu şerh hukuken gerçek anlamda bir şerh olmayıp sadece tapu kütüğüne yapılan bir belirtme niteliğindedir⁶⁰. Bu durum esasen tapu müdürlüklerinin uygulaması sonucu ortaya çıkmıştır. Bu noktada bir yerin toplu yapı olup olmadığı tapu kütüğündeki belirtmeye göre değil, kanunda düzenlenen şartlara göre tespit edilmelidir.

Geçici yönetim ile ilgili uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olup olmadığı belirlenirken ortaya çıkan uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlem olup olmadığı değerlendirilmelidir. Üzerinde serbestçe tasarruf edebilecek iş veya işlemler tarafların mahkeme kararına gerek olmadan bir hukuki sonuç elde edebilecekleri uyuşmazlıklardır⁶¹.

Kat maliklerinin yeni yönetici ve temsilcilerini seçmek için dava açmaları gerekmez. Kat Mülkiyeti Kanunundaki çağrı ve toplantı usulüne uygun biçimde karar yeter sayısına ulaşarak yeni yönetimi seçebilirler. Bu açıdan bakıldığında geçici yönetimin görevine son verilmesine yönelik uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu düşünülebilir; fakat binlerce bağımsız bölümün olduğu toplu yapılarda bütün kat maliklerine arabulucunun ulaşması ve taraf teşkilinin sağlanması çok zordur. Zira bütün kat maliklerinden oluşan kat malikleri birliğinin tüzel kişiliği yoktur⁶². Geçici yönetimin görev süresinin dolduğunun tespiti, yeni yönetimin

⁵⁹ Toplu yapı şerhi uygulamasına yönelik eleştiriler için bkz. Kutlu Doğan, s. 103 vd.

⁶⁰ Ayrıca bkz. Sirmen, s. 239 vd.

⁶¹ Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020, s. 51 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2020, s. 22; İlker Koçyiğit ve İzzet Yeşilkaya, *Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 88 vd. Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 251-260; Badur, s. 4-5.

⁶² Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu s. 233; Özmen ve Kır, s. 57; Arpacı, 82.

seçilmesi, toplu yapıya ilişkin defter ve belgelerin teslimi⁶³ gibi uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı ve her halükârda hâkimin müdahalesi talepli dava açılması gerektiği kanısındayız.

Kat mülkiyetinden kaynaklanan ve arabulucuya başvurulabilecek uyuşmazlıklar, genel gider borcunun ödenmemesi gibi alacak davaları ile kat malikleri arasındaki anlaşmazlıklardan doğan sorunlarla sınırlı olmalıdır. Arabuluculuğa başvurmanın amacı uyuşmazlığı hızlı bir şekilde çözüme kavuşturma olmakla birlikte arabuluculuğun dava şartı olması arabulucu ile çözülemeyen konularda ters etki yapar ve çözüm sürecini uzatır. Nihayetinde dava açılacaksa arabuluculuğa başvurmak zaman kaybı olarak görülebilir. Bu nedenle, kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklar dava şartı zorunlu arabuluculuk yerine ihtiyari arabuluculuğa tabi olmalıdır.

SONUÇ

Geçici yönetim, 2007 yılından sonra inşa edilen kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmuş yapıların, yönetim planında belirtilen süre boyunca; süre belirtilmemiş ise kanundaki süreler ile sınırlı olmak koşuluyla, kat malikleri birliği oluşup bu birliğin kendi seçtikleri yönetim organları göreve başlayana kadar toplu yapının yönetilmesini üstlenen kişi veya kurumların yaptıkları yönetimdir. Bu tip yönetim zorunlu değildir ve ancak yönetim planında bu yönde bir hüküm var ise oluşturulabilir. Yönetim planı tüm kat maliklerini bağlar ve geçici yönetime ilişkin hüküm toplu yapı alanındaki bağımsız bölüm maliklerinin beşte dördünün oylarıyla değiştirilebilir.

Kat Mülkiyeti Kanunu belli şartların varlığı halinde yönetim planının, malik imzası aranmaksızın yüklenici tarafından hazırlanmasına olanak tanımaktadır. Öğretide eleştirilene neden olan bu düzenleme, mülkiyet hakkının özünü zedelemektedir. Bu nedenle, yüklenici tarafından hazırlanan yönetim planlarında kat maliklerinin aleyhine olacak şekilde yükleniciye aşırı serbestlik ve yetki veren hükümlerin kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir.

Temsilciler kurulu niteliğindeki geçici yönetimin aldığı kararlar tüm kat maliklerini ve onların külli ve cüzi haleflerini bağlar. Temsilciler kurulunun kat maliklerine ait tüm yetkileri kullanıp kullanamayacakları tartışmalı olmakla birlikte kanımızca mülkiyet hakkından kaynaklanan yararlanma ve kullanma yetkisine yönelik kararları alabilirler. Buna karşılık kat maliklerinin mülkiyet hakkından kaynaklanan tasarruf yetkisine ilişkin karar alamazlar. Geçici yönetimin, işletme projesi ve genel giderlere ilişkin kararları İcra İflas Kanununun 68'inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerden sayılır (KMK m. 37/f. IV, 72/f. II). Bunun anlamı, ödenmemiş genel gider alacağı için başlatılan icra takibine itiraz edildiğinde, kesinleşmiş işletme projesinin sunulması bu itirazın kaldırılması için yeterlidir. Kat maliklerinin yönetime katılımın sağlanması için geçici yönetimin aldığı kararlar hakkında kat maliklerine e- posta ile

⁶³ “Yargıtayın yerleşik uygulamalarına göre de eski yöneticinin yönetim ile ilgili defter, makbuz ve diğer belgeleri yeni atanan yöneticiye teslimden kaçınması halinde, Kat Mülkiyeti Kanununun 33. maddesi uyarınca hâkimin müdahalesinin istenebileceği ve hâkim kararı ile bu belgelerin tesliminin sağlanabileceği kabul edilmektedir”, Yargıtay 20. HD, 2017/4436 E., 2017/6563 K., 20.09.2017, www.kazanci.com (erişim: 15.03.2024).

bilgi verilmesi ve itirazı olanların itirazlarının belli bir süre içerisinde, örneğin bir hafta içinde, görüşülmesi için fırsat tanınması, bu sürede itiraz eden olmadığı takdirde kararın uygulanacağı yönünde yasal düzenleme yapılmalıdır.

Geçici yönetim, yasal süreler içerisinde toplu yapı temsilciler kurulu oluşuncaya kadar görev yapar. Yasal süresi dolunca toplu yapı temsilciler kurulunun oluşması için gerekli çağrı ve girişimlerde bulunması gerekir. Çağrının hangi usulde yapılacağına ilişkin düzenleme yoktur. Kanımızca bu konuda olağan toplantılara ilişkin çağrı usulü benimsenmelidir. Toplu yapının internet sitesinde duyuru yapmak veya diğer dijital iletişim araçları vasıtasıyla çağrının yapılabileceği kabul edilmelidir. Bu konunun açıklığa kavuşması için yasal düzenleme ile belli sayının üstünde bağımsız bölümü olan toplu yapıların internet sitesi kurmaları ve toplu yapıya ilişkin duyuruların buradan yapılmasının zorunlu tutulması yönünde yasal değişiklik faydalı olacaktır. Geçici yönetimin kat maliklerini toplantıya çağırmadığında nasıl bir yol izleneceği hakkında Kanunda hüküm yoktur. Herhangi bir kat malikinin bu çağrıyı yapabileceği veya dava açarak hâkimin müdahalesini talep edebileceği kabul edilmektedir. Çağrı yapmayan geçici yönetim hakkında nasıl bir yol izlenmesi gerektiği konusunda acil yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

Yönetim planında geçici yönetimin görev süresi belirlenebilir. Burada düzenleme yoksa kanundaki çerçeve süreler uygulanacaktır. Buna göre geçici yönetim en geç toplu yapının bitimini izleyen bir yıl sonrasına kadar göreve devam edebilir ve her halde toplu yapı kapsamındaki ilk yapı ruhsatının alınmasından itibaren on yıl geçmekle sona erer (KMK m. 73). Toplu yapının bitimi; yapıların fiilen bitmesi veya yapı kullanma izin kağıdının alınması anlamlarına gelebilir. Ancak kanaatimize göre bütün yapıların fiilen bittiği tarihin esas alınması gerekir.

Görev süresi dolmasına rağmen yönetimi bırakmayan geçici yönetim aleyhine kat malikleri dava açarak görev süresinin dolduğunun tespiti ile yeni yönetimin seçilmesi için kat maliklerine yetki verilmesini talep edebilirler. Toplu yapılar günümüzde çoğunlukla profesyonel yönetim şirketleri tarafından yönetildiği için bu şirketlerin bir meslek odası oluşturması ve denetlenmeleri yönünde yasal düzenleme yapılması da gerekir. Yönetim planında belirlenen süre veya on yıllık zaman diliminden önce kat malikleri haklı bir sebebin varlığı halinde her zaman geçici yönetimin görevine son verebilir.

Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk, dava şartı olarak düzenlenmiştir fakat hangi uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu hakkında ayrıntılı düzenleme yoktur. Geçici yönetimin görev süresinin dolduğu, yeni yönetimin seçilmesi, toplu yapıya ilişkin defter ve belgelerin teslimi gibi uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı ve her halükârda hâkimin müdahalesi talepli dava açılması gerekmektedir.

Arabuluculuğa başvurmanın amacı uyuşmazlığı hızlı bir şekilde çözüme kavuşturmaktır ancak arabuluculuğun dava şartı olması, arabulucu ile çözülemeyen konularda tam tersi süreci uzatır. Nitekim kat mülkiyetinden doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecinin çözümsüz kalması sonucu zaman kaybı yaşanması olasıdır. Bu nedenle, kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklar dava şartı zorunlu arabuluculuk yerine ihtiyari arabuluculuğa tabi olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akipek Öcal, Şebnem. "Vekâlet İlişkileri", (ed. M.Turgut Öz), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2023, s. 697-722.
- Arpacı, Abdülkadir. Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul: Bedir Yayınevi, 1984.
- Antalya, O. Gökhan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I, İstanbul: Legal Yayınevi, 2015.
- Badur, Emel. "Arabulucunun Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluğu" MHD, 1/1, 2024, s. 1-26.
- Dür, Orhan. Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 20015.
- Genç Arıdemir, Arzu. Kat Mülkiyeti I, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Germeç, Mahir Ersin. Kat Mülkiyeti Hukuku, 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Güler, Fatih. "Kentleşmenin Bireylerin Yönetim Hakkını Zedelemesi Açısından Kat Mülkiyeti Kanununun Bazı Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım". Paradoks Ekonomi Sosyoloji ve Politika Dergisi, C. 17/S. 1, 2021, s. 17-34, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1766474> (erişim: 11.03.2024).
- Kendirlioğlu, Çağrı. "Toplu Yapılarda Yönetim", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. Arabuluculuk Sözleşmeleri, Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Kısacık, Şeref ve Özlem Kaya, "Kat Mülkiyeti Hukukuna Göre Yöneticinin Taraf Sıfatı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 94/S. 3, 2020: s. 91-99.
- Koçyiğit, İlker ve İzzet Yeşilkaya, Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Kutlu Doğar, Nurgül. Toplu Yapılarda Yönetim Planı, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2022.
- Nomer, Haluk N. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. Eşya Hukuku, Kısaltılmış Ders Kitabı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. Eşya Hukuku, Güncellenmiş ve Eklèmeler Yapılmış 22. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 19. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Öktem Çevik, Seda. Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Özmen, E. Saba Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu. Kat İrtifakı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Özmen, E. Saba Özmen ve Hafize Kır, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi (5711/5912 Sayılı Kanunlar), İstanbul: Saba Özmen Avukatlık Ortaklığı Yayınları, 2010.
- Özmen, E. Sabâ, Hasan Nokay, H. Alphan Dinçkol ve Mustafa Filizoğlu. İmar Barışı ve Sonrasında Doğacak Uyuşmazlıklarda Çözüm Yolları (İmar Kanunu Geçici 16. Madde Hükümü Çerçevesinde 114 Soru Cevap), İstanbul: Aristo Yayınevi, 2019.
- Sirmen, Lale. Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Şengül, Mehmet. Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Tanrıver, Süha. Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.

Tuzcuoğlu, Tuğçe. “Kat Mülkiyeti Kanununa Eklenen Toplu Yapılara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”. Yaşar Üniversitesi E- Dergisi, C. 8, S. Özel, 2013, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179497>, s.2 2673-2706.

Ürem, Müge. Kat Mülkiyetinde Genel Giderlere ve Avansa Katılma Borcundan Sorumlular (KMK m. 20/1 ve 22/1 Hükümleri Uyarınca), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

EXTENDED SUMMARY

TEMPORARY MANAGEMENT IN MASS BUILDINGS

Mehmet Doğar, Assist. Prof.

Harran University, mdogar@harran.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0003-0730-7366>

Nurgül Kutlu Doğar, Assist. Prof.

Hasan Kolyoncu University, nurgul.kutlu@hku.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-8444-1799>

Since mass building projects consist of many houses and common areas, the construction process requires a certain period and therefore the residences completed and delivered in process. While the session begins on the completed independent sections, the construction process of other sections may continue. As a result, some independent sections can be used even if the collective buildings are not fully ready for occupation. Flat owners who start using independent sections need to benefit from security, cleaning, landscaping and social facilities. Providing these services and collecting the necessary expenses is a matter of management concern. For this purpose, the flat owners must meet and elect the management in order to ensure that the management works are carried out as soon as the session begins. For the election to be held, at first an association of flat owners must be formed. All flat owners must join at this meeting. However, while there are places still under construction, it cannot be said that the flat owner's association is fully formed. On the other hand, it would not be fair to wait for the collective building to be completed or the formation of a flat owner's association to meet the needs of flat owners who start living in their homes. As a matter of fact, the mass structure cannot remain unmanaged until all independent sections are completed. The legislator allowed the establishment of a temporary administration during this period until the collective buildings are completed. If an article regarding temporary management is added to the management plan, it is determined who will manage the collective building until all independent sections and common areas are completed and a flat owners union is formed.

Temporary management was added to the Condominium Law with the amendments made in 2007. For this reason, there cannot be temporary management in mass buildings whose construction process has been completed or occupancy has started and management has been selected. In other words, the temporary management regulation is valid for mass buildings built after 2007. Collective buildings which were built before 2007 are considered to have chosen their own management.

The fact that the manager and the contractor are the same person has positive and negative aspects for the flat owners. In the management plan, the temporary management may be given powers such as determining the amount of advance payment to be collected for general expenses, making all kinds of contracts with third parties, and renting common areas. The Contractor's retention of such powers as temporary management may cause harm to the flat owners over time. According to Article 73 of the Condominium Law, temporary management may continue until one year following the completion of the mass building, and in any case, it will end after ten years from the date of receipt of the first building license within the scope of the mass building. The management plan may include statements that the temporary management will serve for fifteen years from the receipt of the first building permit or five years from the completion of the mass building. The periods in these examples are longer than the periods specified in the Condominium Law Art. 73. Since the periods in Art. 73 are upper limits, if a period longer than the periods specified in the law is determined in the management plan, the provision in the management plan should be considered partially invalid. In daily life, it is seen that temporary administrations whose terms of office have expired do not leave their duties. Flat owners can file a lawsuit against the temporary management who does not leave the management despite the expiration of its term of office. Flat owners also request that to be authorized to elect a new management by determining that its term of office has expired. However, flat owners can always terminate the temporary management's duty if there is a justified reason.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

DEVLETLERİN ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ İLE İŞ BİRLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN İHLALİ VE YAPTIRIM MEKANİZMALARI

VIOLATION OF COOPERATION OBLIGATIONS WITH THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND ENFORCEMENT MECHANISMS

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Erhan Bulut*

ÖZ

Uluslararası bir andlaşma niteliğini haiz olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu andlaşması Roma Statüsü, rıza temelli bir iş birliği rejimi öngörmektedir. Kendi kolluk gücü olmayan Uluslararası Ceza Mahkemesi, suçun işlendiği yer bakımından delillerin toplanması, tanıkların dinlenmesi, tanıkların korunması, kişilerin tutuklanıp Mahkemeye teslim edilmesi gibi konularda etkin bir devlet iş birliğine ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle iş birliği rejimi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin en önemli bileşeni olarak kabul edilmektedir. Roma Statüsü'ne taraf olan devletler, Statünün 86. maddesi kapsamında iş birliği yükümlülüğü altındadırlar. Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletler bakımından ise böyle bir zorunluluk yoktur. Fakat Roma Statüsü çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi'ne tanımlanan bazı yetkiler taraf olmayan devlet ülkesinde işlenen suçlar bakımından da Mahkemenin harekete geçmesine olanak tanımaktadır. Örneğin Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletlerden Sudan ve Libya üzerinde işlenen suçların soruşturulması BM Güvenlik Konseyi'nin sırasıyla 1593 (2005) ve 1970 (2011) sayılı Kararları ile olmuştur. Taraf olmayan her iki devletin de iş birliği yapma yükümlülüğü Roma Statüsü'nden değil BM Şartı'ndan kaynaklanmıştır. Ancak Mahkeme hem Statü'ye taraf olan hem de olmayan devletler bakımından etkin bir iş birliği elde edememiş ve Statü'nün 87(7) maddesi doğrultusunda iş birliği yükümlülüğünün ihlaline dair kararlar vermiştir. Mahkeme ihlal kararlarını Taraf Devletler Meclisine ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne ileterek iş birliğinin sağlanması için gerekli önlemlerin alınmasını talep etmiştir. Fakat her iki organın da aldığı önlemler iş birliğinin güvence altına alınmasını sağlayamamıştır. Bu nedenle bu çalışma öncelikle Mahkemenin öngördüğü iş birliği rejiminin yasal çerçevesini çizecektir. Devamında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kararları ışığında gönüllü iş birliği rejimi analiz edilecek ve iş birliği yükümlülüğünün ihlal edildiğine dair verilen üç temel karar (Sudan, Libya ve Kenya) inceleme konusu yapılacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise Mahkemenin iş birliği konusunda verdiği ihlal kararlarını Taraf Devletler Meclisine ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyine iletmesi neticesinde alınan tedbirlerin devletler üzerindeki yaptırım gücüne eleştirel bir inceleme sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Ceza Mahkemesi, İş Birliği Yükümlülüğü, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, BM Şartı, Yaptırım.

*Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı.

0000- 0002-5766-126X zeynep@karatekin.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

The founding treaty of the International Criminal Court, the Rome Statute, is an international treaty that envisions a cooperation regime based on consent. Due to lack of its own enforcement powers, the ICC relies on effective state cooperation for its activities such as gathering evidence, hearing witnesses, protecting witnesses, and arresting and surrendering individuals to the Court. Therefore the cooperation regime is considered the most crucial component of the Court. States which are parties to the Rome Statute are obligated to cooperate under Article 86 of the Statute. Non-party states, however, are not under such an obligation. Nevertheless, the Rome Statute grants certain powers to the UN Security Council. With this power the UN Security Council may refer a situation to the Court. This referral allows the Court to act in relation to crimes committed in the territory of non-party states. For example, investigations into crimes committed in Sudan and Libya, both non-party states, were initiated through UN Security Council Resolutions 1593 (2005) and 1970 (2011). The cooperation obligations of these non-party states stem from the UN Charter, not the Rome Statute. However, the Court has struggled to secure effective cooperation from both party and non-party states and has issued decisions under Article 87(7) of the Statute regarding violations of cooperation obligations. The Court has referred these violations to the Assembly of States Parties and the UN Security Council requesting necessary measures to be taken to ensure cooperation with the Court. Nonetheless, the measures taken by these bodies have not secured cooperation with the Court. In this context, the first part of this study will outline the legal framework of the cooperation regime envisaged by the Court. In the second part of the study, the voluntary cooperation regime will be analysed in light of the ICC's decisions on Sudan, Libya and Kenya. The final section of the study will critically examine the impact of the measures taken by the Assembly of States Parties and the UN Security Council on the functioning of the Court.

Keywords: International Criminal Court, Cooperation, United Nations Security Council, UN Charter, Sanction.

GİRİŞ

1 Temmuz 2002 tarihinde kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM), uluslararası iş birliğinin güçlendirilmesi ve çok ciddi suçların cezazsız kalmaması amacını taşıyan, gerçek kişileri uluslararası alanda yargılama yetkisine sahip olan bir mahkemedir. Bağımsız bir yargı organı olan UCM, uluslararası bir andlaşma (Roma Statüsü) temelinde kurulmuştur (treaty based). Roma Statüsü'nün andlaşma niteliğinde olmasının en önemli sonucu yalnızca kendisine taraf olan devletler bakımından hak ve yükümlülük doğuracak olmasıdır¹. Roma Statüsü çerçevesinde taraf devletlere getirilen en önemli yükümlülük etkin bir iş birliğinin sağlanmasıdır. Statüsünün 86. maddesi de yalnızca taraf devletleri UCM ile tam iş birliği yapma yükümlülüğüne tabi tutmaktadır². Taraf olmayan devletler bakımından ise Statüsünün 87(5)(a) maddesi yalnızca geçici düzenlemeler kapsamında iş birliği yükümlülüğünün doğacağını düzenlemektedir. Madde metninde zikredilen geçici düzenlemeler, ilgili devlet ile UCM arasında iş birliği öngören bağımsız iş birliği andlaşmalarıdır.

Roma Statüsü'nün Dokuzuncu Bölümü, Statüye taraf olan ve olmayan devletler bakımından detaylı iş birliği düzenlemeleri içermektedir. Kendi kolluk gücü olmayan UCM; suçun işlendiği yer bakımından delillerin toplanması, tanıkların dinlenmesi, tanıkların korunması, kişilerin tutuklanıp UCM'ye teslim edilmesi gibi konularda etkin bir devlet iş birliği elde edememiştir. Bu durumun ilk sebebi andlaşma niteliğinde olan Statüsünün gönüllü bir iş birliği rejimi öngörmüş olmasıdır³. Gönüllü iş birliği rejimi, devlet egemenliği ile uluslararası toplum çıkarlarının dengede tutulmasının Statüye somut yansımasıdır. Zira Statü, iş birliği bakımından ana aktörün devlet olduğunu kabul ederek devlet odaklı bir yaklaşım benimsemektedir⁴.

Jones'e göre *ad hoc* mahkemelerde öngörülen hiyerarşik-dikey ilişkinin aksine Roma Statüsü Mahkeme ile devletler arasında eşitlikçi-yatay ilişkiyi esas almaktadır⁵. Dikey ilişkilerde

¹ Andlaşma niteliğini haiz olan Roma Statüsü ancak kendisine "taraf olan devletler" bakımından hak ve yükümlülük doğuracaktır. Bu sonuç, örf ve âdet hukuku kuralı niteliğinde olan 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesinin de bir gereğidir. Sözleşmenin 34. maddesine göre "Bir andlaşma, rızası olmadan üçüncü bir devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır".

² Roma Statüsü'nün ilgili tüm düzenlemelerinin Türkçe çevirisi, Ersan Şen, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009 kitabından alıntılanmıştır (s.135- 203).

³ ICC-OTP, Informal Expert Paper, Fact-Finding and Investigative Functions of the Office of the Prosecutor, Including International Co-operation, ICC, 2003, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/20BB4494-70F9-4698-8E30-907F631453ED/281983/state_cooperation.pdf, (Erişim:16.01.2024).

⁴ Olympia Bekou, "Dealing with Non-Cooperation at the ICC: Towards a More Holistic Approach", *International Criminal Law Review*, Vol.19, Issue 6, 2019, (s.3).

⁵ Annika Jones, "Non-cooperation and the Efficiency of the International Criminal Court", *Cooperation and the International Criminal Court*, (Editörler Dominic McGoldrick ve David Harris), Leiden, Brill Nijhoff, 2016, (s.185-209). Ancak Tezcan v.d. UCM bakımından da dikey ilişkinin varlığını kabul etmektedirler. Tezcan v.d.'e göre; Statüsünün 89. maddesi 'ade' kelimesi yerine 'teslim' kelimesini kullanmıştır. Bu durumun temel sebebi, uluslararası alanda egemen eşitler olarak kabul ettiğimiz devletler arasında yatay bir ilişkinin olduğuna, uluslararası yargı makamları ile devletler arasında dikey ilişki bulunduğuna vurgu yapmaktır. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, (Güncellenmiş 7. Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, (s.441). Statüsünün 102. maddesi de bu terimlerin farklı anlamlara geldiğini düzenlemektedir. Buna göre; "a) Teslim etme, bu Statü'ye göre, bir şahsın bir devlet tarafından Mahkemeye teslim edilmesi anlamına gelir. b) İade, bir şahsın bir devlet tarafından başka bir devlete andlaşma, sözleşme veya ulusal mevzuat uyarınca teslim edilmesi anlamına gelir." Ersan Şen, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, (s.194).

mahkemelerin iş birliği talebi hiyerarşik ilişkinin de sonucu olarak mutlak bağlayıcı olmaktadır. Dikey ilişkinin en somut tezahürü olan *ad hoc* nitelikteki Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (YUCM) ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi kararı ile kurulmuşlardır. Her iki mahkeme de BM Şartı'nın VII. Bölümü doğrultusunda BM'nin bir organı olarak oluşturulmuşlardır⁶. Bu nedenle BM'ye taraf olan tüm devletler bakımından *ad hoc* mahkemeler ile iş birliği bir zorunluluk olarak kabul edilmiştir⁷.

Yatay ilişkide ise mahkeme ile devlet aynı düzlemde kabul edilmekte ve eşitler arası talepler söz konusu olmaktadır. Roma Statüsü de adli yardımlaşma bakımından gönüllülük ilkesini kabul ederek hiyerarşiyi değil, egemen eşitler arasındaki ceza hukuku uygulamalarını yani yatay ilişkiyi esas almaktadır⁸. Zira Statüde de dikey ilişkinin tezahürü olan "emir" kelimesi yerine "talep" kelimesi kullanılmaktadır⁹. Bu nedenle andlaşmaya dayalı iş birliği rejimi öngören UCM, *ad hoc* mahkemelerden daha zayıf bir konumdadır.

Cassese, YUCM'yi kolları ve bacakları olmayan bir dev olarak tanımlamıştır. Cassese'ye göre bu devin çalışmak için yapay uzuvlara ihtiyacı vardır¹⁰ ve hareket kabiliyeti ancak iş birliğinin sağlanması ile mümkün olabilecektir. BM desteğinden yoksun olan UCM, Cassese'nin bahsettiği devden daha büyük bir devdir. Zira 13(b) maddesinin yarattığı istisna dışında

⁶ Sırasıyla UNSC RES 827, 25 May 1993, S/RES/827 ve UNSC RES 955, 8 November 1994, S/RES/955.

⁷ BM Güvenlik Konseyi'nin, BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde aldığı 827 sayılı Karar Devletlerin Mahkeme'nin talepleri ile mutlak bağlı olduğunu göstermektedir. UNSC Resolution 827; 25 May 1993, S/RES/827. Ayrıca bkz. Prosecutor v. Tihomir Blaskic Decision on the objection of the Republic of Croatia to the Issuance of *subpoena duces tecum* IT-95-14-PT, 18 July 1997 (para.18-23). Ayrıca bkz. BM Şartı m.103 "Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Andlaşmadan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası andlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Andlaşmadan doğan yükümlülükler üstün gelecektir."

⁸ Rod Rastan, "Testing Co-operation: the International Criminal Court And National Authorities", *Leiden Journal of International Law*, Cilt 21, Sayı 2, 2008, (s.431). Devlet egemenliğinin öncelikli tutulmasının en önemli sonucu UCM yargılama yetkisinin ulusal yargı mercilerini tamamlayıcı nitelikte olmasıdır. Roma Statüsü'nün 17. maddesinde düzenleme konusu yapıldığı üzere UCM, Roma Statüsü çerçevesinde düzenlenen uluslararası suçların soruşturulması ve kovuşturulması konusunda önceliği devletin kendisine vermektedir. UCM ancak Statüde sayılan belirli koşullarda duruma müdahale etme yetkisini haizdir. 17. maddeye göre taraf devlet "soruşturma veya kovuşturma yapmaya isteksiz davrandığı veya gerçekten muktedir olmadığı" hâllerde UCM yargılama yetkisini kullanabilecektir. Bu kapsamda tamamlayıcılık ilkesi ulusal mahkemelere yargılama konusunda üstünlük tanıyan bir mekanizmadır. UCM'nin yargılama yetkisinin tamamlayıcı olduğu Statü'nün yalnızca Giriş kısmında ve 1. maddesinde yer almaktadır. Giriş kısmında; "Bu Statü ile kurulacak olan Mahkeme, devletlerin ulusal yargı yetkisinin tamamlayıcısıdır." açıklaması, yine Statü'nün 1. maddesinde de "Mahkeme ...uluslararası toplumu yakından ilgilendiren çok ciddi suçları işleyen kişiler üzerinde yargı yetkisine sahiptir ve devletlerin ulusal yargı yetkisini tamamlayıcıdır" açıklamasına yer verilmiştir. Imoedemhe'nin de ifade ettiği üzere her ne kadar UCM'nin tamamlayıcı nitelikte olduğu Statüde yalnızca iki yerde zikrediliyor olsa da Statü'nün tüm maddelerinde dolaylı olarak ilkeye vurgu yapılmış olması, tamamlayıcılık ilkesini Statü'nün öncelikli teması hâline getirmektedir (Ovo Catherine Imoedemhe, *Complementarity Regime of the International Criminal Court*, (1. Baskı), Leicester, Springer, 2017, s.24). Roma Statüsü'nün oluşturulması sırasında devletler tarafından dile getirilen endişeler, UCM'nin yalnızca tamamlayıcı yargı yetkisine sahip olmasıyla sonuçlanmıştır (Imoedemhe, *Complementarity Regime of the International Criminal Court*, (s.24-25)). Bu durum, rıza temelli uluslararası hukukun ve devlet egemenliğinin güçlü kalmaya devam ettiğinin de önemli bir göstergesidir. Bu kapsamda bir devlet, uluslararası suçları etkili bir şekilde soruşturabildiği ve kovuşturabildiği sürece devlet egemenliğinin uzantısı olan yargılama yetkisi UCM'nin müdahalesinden muaf olacaktır.

⁹ Jones, "Non-cooperation and the Efficiency of the International Criminal Court", (s.187).

¹⁰ Antonio Cassese, "On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law", *European Journal of International Law*, Cilt 9, Sayı 2, 1998, (s.13).

UCM'nin kararlarının BM'nin zorlayıcı önlemleri aracılığıyla uygulanmasını sağlayacak herhangi bir rejim yoktur¹¹. Bu nedenle devletlerin gönüllü iş birliği olmaksızın UCM'nin etkin bir soruşturma yapması ve kovuşturmayı tamamlaması mümkün olmayacaktır.

Andlaşmaya dayalı (yatay) gönüllü iş birliği rejiminin ikinci sonucu ise devletlerin Roma Statüsü çerçevesinde kabul edilen iş birliği yükümlülüğünün istisnalarına başvurabilecek olmalarıdır. Buna göre devletler, ulusal güvenliklerinin ve menfaatlerinin zarar göreceği gerekçesiyle (m.72), mahkemece talep edilen belgenin hükümetler arası veya uluslararası bir kuruluş tarafından verilmiş bilgi veya belge olması sebebiyle (m.73), UCM talebinin üçüncü bir devlet veya uluslararası bir anlaşma uyarınca uluslararası bir örgütün kontrolü altındaki bilgi, mal veya şahısları ilgilendirmesi halinde (m.93(9)(b)), kişilerin iadesi konusunda hem UCM'nin hem de üçüncü bir devletin iade talep etmesi sonucunda ortaya çıkan çatışan talepler halinde (m.90) ve son olarak 98. madde kapsamında teslim etme talebinin yerine getirilmesinin ilgili devletin uluslararası yükümlülüklerine aykırı düşmesi halinde iş birliğinden kaçınabilecekleri gibi iş birliğini erteleme yetkisini de haiz olacaklardır¹². Yaratılan bu kısıtlama ve istisnalar dikey modeli benimseyen *ad hoc* mahkemelerin uygulamalarında yoktur. Zira *ad hoc* mahkemelerin statülerinde belirtilen genel iş birliği yükümlülüğü BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde tüm üye devletleri bağlar¹³.

Roma Statüsü'nün uluslararası bir anlaşma niteliğinde olmasının diğer önemli sonucu ise anlaşmanın ihlali halinde ortaya çıkacak olan yaptırımların belirsizliği ve zayıflığıdır. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre anlaşmaların sonlandırılabilmesi için anlaşmanın esaslı bir şekilde ihlal edilmesi (m.60), anlaşmanın uygulanmasının imkânsızlaşması (m.61), anlaşmanın yapılmasına sebep olan koşullarda köklü değişiklik (m.62) (*rebus sic stantibus*), anlaşmanın yapılmasından sonra ortaya çıkan emredici hukuk kurallarına (m.64) (*jus cogens*) aykırılık olması gerekmektedir¹⁴. İş birliğinden kaçınmak suretiyle Roma Statüsü'nün 87(7) maddesini ihlal eden devlet bakımından sözleşmenin sonlandırılmasında hukuki bir yararın olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu bakımdan anlaşmalar hukuku çerçevesinde ortaya çıkan sonuçların bu alana uygulanması birçok dezavantaj yaratacaktır. Statü'nün 122(2)(f) maddesi, Roma Statüsü'ne taraf olan devletlerin UCM ile iş birliğine yanaşmaması halinde ortaya çıkan sorunları değerlendirme yetkisini Taraf Devletler Meclisine (TDM) vermektedir¹⁵. Bu bağlamda ortaya çıkan en önemli yaptırım TDM'nin diplomatik baskısı

¹¹ Tezcan, Erdem ve Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, (s.441). Madde 13: Yargı yetkisinin kullanılması: "Bu Statü hükümleri gereğince, 5. maddede bahis konusu bir suç ile ilgili olarak Mahkeme, aşağıdaki koşullarda yargı yetkisini kullanabilir: (a) 14. madde gereğince bir taraf devlet tarafından Mahkeme savcısına başvurulmuş bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durum; (b) Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. Bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme savcısına başvurulmuş bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durum; (c) 15. maddeye uygun olarak bir suçun işlendiğine dair savcı tarafından soruşturma başlatılması."

¹² Rastan, "Testing Co-operation: the International Criminal Court And National Authorities", (s.433).

¹³ Lorraine Smith-van Lin, "Non-compliance and The Law and Politics of State Cooperation: Lessons From the Al Bashir and Kenyatta Cases", Cooperation and the International Criminal Court, (Editörler Dominic McGoldrick ve David Harris), Leiden, Brill Nijhoff, 2016, (s.122).

¹⁴ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Türkçe çevirisi "BM Enformasyon Merkezi UNIC" sayfasından alınmıştır.

¹⁵ Sulhi Dönmez, Sahir Erman vd., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, (14. Baskı), İstanbul, Der Yayınları, 2021, (s.288).

olmaktadır. Statünün 13(b) maddesi doğrultusunda BM Güvenlik Konseyi tarafından UCM önüne taşınmış olan durumlarda ise ihlal kararı BM Güvenlik Konseyi'ne bildirilmekte ve gerekli önlemleri alması beklenmektedir.

Roma Statüsü'nün devletlerin egemenliği ve uluslararası toplumun çıkarlarını dengede tutma çabasının sonucu olan gönüllü iş birliği rejimi, UCM'nin işleyişi bakımından birçok soruna sebep olmaktadır. Bu kapsamda bu çalışmanın ilk kısmında Roma Statü'nün öngördüğü iş birliği rejiminin yasal çerçevesi çizilecektir. Çalışmanın ikinci kısmında UCM'nin kararları ışığında gönüllü iş birliği rejimi analiz edilerek iş birliği yükümlülüğünün ihlal edildiğine dair verilen üç temel karar (Sudan, Libya ve Kenya) inceleme konusu yapılacaktır. Çalışmanın son bölümde ise UCM'nin iş birliği konusunda verdiği ihlal kararlarının TDM'ye ve BM Güvenlik Konseyi'ne iletilmesi sonucunda alınan tedbirlerin devletler üzerindeki yaptırım gücüne eleştirel bir inceleme sunulacaktır.

I. İŞ BİRLİĞİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YASAL ÇERÇEVESİ: İŞ BİRLİĞİ REJİMİ

UCM ile iş birliği yükümlülüğü Roma Statüsü'nün Dokuzuncu Bölümünde düzenleme konusu yapılmaktadır. 'Uluslararası İşbirliği ve Adli Yardımlaşma' başlığını taşıyan ve iş birliği rejiminin yasal çerçevesini çizen on yedi maddelik (md.86-md.102) kısım, Statünün en uzun bölümünü oluşturmaktadır. İlgili bölümün düzenleme yaptığı ana başlıklar yakalama ve teslim, devletlerin ulusal mevzuatlarını etkin bir iş birliği sağlamak amacıyla düzenlemesi ve son olarak soruşturma ve delillerin toplanmasıdır.

Adli yardımlaşma yalnızca adli bilgilerin talep eden devlete veya uluslararası bir yargı merciine iletilmesinden ibaret değildir. Özellikle delillerin yabancı yargı organları tarafından toplanması veya şüpheli kişinin talep eden devlete iadesi veya UCM'ye teslim edilmesi konularını da kapsamaktadır. Tezcan ve Ciampi de UCM ile iş birliğini ve adli yardımlaşma konusunu düzenleyen Dokuzuncu Bölümü iki ana başlığa ayırarak incelemişlerdir; (1) suçluların geri verilmesi, (2) istinabe ve diğer yardımlaşmalar (soruşturma ve kovuşturmanın yapılabilmesi için gerekli olan diğer tüm talepler)¹⁶.

Dokuzuncu Bölüm, hem adli yardımlaşma konularını ve usulünü hem de iş birliği yükümlülüğünün ihlali halinde hangi mekanizmaların işletilebileceğini düzenlemektedir. İlgili kişilerin yakalanarak mahkemeye teslim edilmesi (m.89), ulusal hukukun Mahkeme ile iş birliğine engel teşkil etmeyecek şekilde düzenlenmesi ve Statü ile uyumlu hale getirilmesi (m.88), tutuklama ve teslim kararının usulü (m.91-92), diğer iş birliği talepleri bakımından 93. madde; tanık ve bilirkişilerin dinlenmesi (m.93/1-b), ifade alma (m.93-1c), gerekli tüm bilgi ve belgelerin mahkemeye teslimi (m.93/1-d) adli yardımlaşma konusundaki esaslı düzenlemeleri ihtiva etmektedir¹⁷. Dokunulmazlığın kaldırılması ve teslim etmeye rıza gösterme konusunda iş

¹⁶ Durmuş Tezcan, "Uluslararası Adalet Divanı Açısından Uluslararası Adli Yardım", Uluslararası Ceza Divanı, (Editör Feridun Yenisey), İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2007, (s.329).; Ayrıca bkz. Annalisa Ciampi, "Legal Rules, Policy Choices and Political Realities in the Functioning of the Cooperation Regime of The International Criminal Court", Cooperation and the International Criminal Court, (Editörler Dominic McGoldrick ve David Harris), Leiden, Brill Nijhoff, 2016, (s.8).

¹⁷ Durmuş, Erdem ve Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, (s.441).

birliği başlıklı 98. madde ise iş birliği yükümlülüğünün istisnası olarak birçok tartışmanın temelini oluşturmaktadır.

Dokuzuncu Bölümün ilk maddesi olan 86. madde ‘taraf devletlere’ getirilen genel iş birliği yükümlülüğünü düzenleme konusu yapmaktadır. Buna göre “*Taraf devletler, bu Statüdeki hükümlere uygun olarak Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların soruşturulmasında ve yargılanmasında Mahkeme ile tam bir iş birliği yaparlar.*” Bu madde kapsamında UCM başkaca herhangi bir düzenleme yapmaksızın taraf devletlerden doğrudan iş birliği talebinde bulunabilir¹⁸.

87. madde ise taraf olmayan devletler açısından iş birliği yükümlülüğünü düzenlemektedir. Statünün 87(5)(a) maddesine göre “*Mahkeme, Statüye taraf olmayan bir devletten geçici bir düzenleme, andlaşma veya devletle arasında yapacağı bir andlaşma veya başkaca uygun bir düzenleme çerçevesinde, bu bölüm uyarınca yardım talep edebilir.*” Buna göre taraf olmayan devletlerin iş birliği yükümlülüklerinin doğabilmesi için UCM ile ilgili devlet arasında iş birliği andlaşmasının yapılması gerekmektedir. 86. maddenin aksine 87(5)(a) maddesi UCM’ye doğrudan iş birliği talep etme yetkisi vermemektedir. 87(5)(a) maddesi taraf olmayan devletin rızası çerçevesinde yapılacak bir düzenleme veya andlaşma ile yükümlülük altına gireceğini düzenlemektedir. Bu kapsamda devletin herhangi bir şekilde bu düzenleme veya andlaşmaya rızası dışında zorlanması Roma Statüsü çerçevesinde mümkün değildir. Bu uygulama uluslararası andlaşmaların devletlerin iradesine bağlı olarak bağlayıcılık kazanmasının da bir sonucudur. Buna göre taraf olmayan devletin 87(5)(a) maddesi kapsamında bir düzenlemeye yanaşmaması hâlinde UCM ile herhangi bir iş birliği yükümlülüğü doğmayacaktır¹⁹.

87. maddenin iş birliği çerçevesinde doğurduğu en önemli sonuçlardan birisi de devletlerin iş birliği yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde uygulanacak rejimi düzenlemiş olmasıdır.

¹⁸ Durmuş, Erdem ve Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, (s.441).

¹⁹ UCM, 17 Mart 2023 tarihinde Rusya Devlet Başkanı Vladimir Putin hakkında savaş suçu işlediği gerekçesi ile tutuklama kararı çıkarmıştır (Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova, Press Release: 17 March 2023, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>, (Erişim:08.09.2023)). Yine 21 Mayıs 2024 tarihinde UCM Savcısı İsrail Başbakanı Benjamin Netanyahu ve İsrail Savunma Bakanı Yoav Galant için savaş suçu iddiaları nedeniyle tutuklama talebinde bulunmuştur (Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim: 21.05.2024)). Fakat Rusya ve İsrail Roma Statüsü’ne taraf devlet değildirler. UCM, Ömer el-Beşir kararında olduğu gibi taraf olmayan devletlerin hâlen görev başında olan devlet başkanları hakkında tutuklama kararı vermiş olacaktır. Fakat Sudan’dan farklı olarak bu iki durumda da BM Güvenlik Konseyi kararı bulunmamaktadır. Ukrayna toprakları üzerinde Putin tarafından işlendiği iddia edilen suçların ve Filistin (Gazze) toprakları üzerinde Netanyahu tarafından işlendiği iddia edilen suçların soruşturulması BM Güvenlik Konseyi’nin kararı üzerine değil, Roma Statüsü’nün 12(2), 12(3) ve 13(a) maddeleri çerçevesinde başlatılmıştır. Buradan hareketle devletlerin UCM ile iş birliği yükümlülüğü Ömer el-Beşir kararının aksine BM Şartı’ndan değil tamamen Roma Statüsü’nden kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda Statüye taraf olmayan Rusya ve İsrail, Andlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi’nin 34. maddesi doğrultusunda Roma Statüsü ile bağlı değildirler. Dolayısıyla Roma Statüsü’ne taraf olmayan Rusya’nın ve İsrail’in Roma Statüsü çerçevesinde herhangi bir iş birliği yükümlülüğü yoktur. Fakat Putin’in veya Netanyahu’nun taraf olan devletleri ziyaret etmesi hâlinde taraf olan devletlerin 86. madde gereğince tutuklama kararını yerine getirme yükümlülükleri olacaktır. Taraf olmayan devletler ise ancak 87(5)(a) maddesi kapsamında geçici andlaşma ve düzenlemeler kapsamında iş birliği yükümlülüğü altında olacaklardır.

87(7) maddesine göre “*Taraf Devlet, bu Statü hükümlerine aykırı bir şekilde Mahkemenin iş birliği taleplerine uymayıp, Mahkemenin bu Statü altındaki görev ve yetkilerini yerine getirmesini engeller ise Mahkeme bu durumu Taraf Devletler Meclisine/[Kurulu’na] veya konu Güvenlik Konseyi tarafından Mahkemeye getirilmiş ise Güvenlik Konseyi’ne bildirir.*” Çalışmamız çerçevesinde inceleme konusu yapılacak olan üç ihlal davasında da 87(7) maddesi doğrultusunda inceleme yapılmış ve iş birliği rejiminin kapsamı ve istisnaları analiz edilmiştir.

İş birliği kapsamında incelenmesi gereken diğer önemli düzenleme 98. maddedir. 98. madde iş birliği fehvâsınca en çok başvurulmuş düzenleme niteliğini haizdir. 98. maddeye göre “*Mahkeme, teslim etme veya yardım etme talepleriyle ilgili işlemleri; talepte bulunulan devletin, üçüncü bir devlete ait bir mal veya üçüncü bir devlet vatandaşının diplomatik dokunulmazlığı konusunda, uluslararası hukuk uyarınca mevcut yükümlülüklerine aykırı hareket etmesini gerektiriyorsa ve Mahkeme, üçüncü devletten dokunulmazlığın kaldırılmasına dair iş birliği elde edememiş ise talebini sürdürmez.*” Dokunulmazlığın kaldırılması ve teslim etmeye rıza gösterme konusunda iş birliği başlığını taşıyan Roma Statüsü’nün 98(1) maddesi, devletlerin uluslararası yükümlülükleri doğrultusunda diplomatik dokunulmazlıklar konusunu ele almaktadır. 98. madde özellikle Ömer el-Beşir hakkında verilen tutuklama kararının yerine getirilmesi kapsamında tartışma konusu yapılmıştır. Zira iş birliği yükümlülüğünün ihlali davalarında devletler, 98. maddeyi iş birliği yükümlülüğünün istisnası olarak ileri sürmüşlerdir. Sonraki bölümde devlet başkanı dokunulmazlıklarının UCM önünde ileri sürülüp sürüleme-yeceği Mahkeme kararları ışığında incelenecektir.

II. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN KARARLARI IŞIĞINDA İŞ BİRLİĞİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

UCM, üç dava ile ilgili iş birliği engeline takılarak Statü’nün 87(7) maddesi çerçevesinde inceleme yapmıştır. Bu davaların ikisi taraf olmayan devlet ülkesinde (Sudan ve Libya) işlenen suçlar bakımından BM Güvenlik Konseyi’nin UCM Savcısına başvurması üzerinedir. BM Güvenlik Konseyi 1593 sayılı Kararı²⁰ ile Sudan toprakları üzerinde işlenen suçlar bakımından, 1970 sayılı Kararı²¹ ile de Libya üzerinde işlenen suçlar bakımından UCM’yi harekete geçirmiştir. Sudan ve Libya Roma Statüsü çerçevesinde bir iş birliği yükümlülüğü altında olmamasına rağmen bahsi geçen BM Güvenlik Konseyi kararları nedeniyle BM Şartı çerçevesinde iş birliği yükümlülüğü altına girmişlerdir. Fakat UCM her iki durum bakımından da etkin bir iş birliği elde edememiştir.

İş birliği yükümlülüğünün ihlali kararlarının özellikle tutuklama kararlarının yerine getirilmesi noktasında yoğunlaştığı görülmektedir. BM Güvenlik Konseyi kararı ile başlatılan soruşturma üzerine UCM, eski Sudan Devlet Başkanı Ömer el-Beşir hakkında tutuklama kararı vermiş ve bu karar Sudan dâhil olmak üzere birçok devlet tarafından uygulanmamıştır²².

²⁰ UNSC Resolution 1593; 31 March 2005, S/RES/1593.

²¹ UNSC Resolution 1970, 26 February 2011, S/RES/1970.

²² Al Bashir Case, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>, (Erişim: 11.06.2024).

Bu nedenle Ömer el-Beşir hakkında verilen tutuklama kararı iş birliği yükümlülüğü özelinde değerlendirilecektir.

İkinci inceleme konusu, Statüye taraf olmayan Libya'nın UCM ile olan iş birliği yükümlülüğünü ihlal etmesi üzerinedir²³. BM Güvenlik Konseyi kararı ile başlatılan soruşturmada ortaya çıkan iş birliği yükümlülüğünün ihlali kararı, Libya'nın UCM önündeki soruşturmanın ertelenmesi hususundaki talepleri nedeniyle oldukça önemlidir. Zira Libya iş birliği yükümlülüğüne istisna yaratan durumlara başvurmak suretiyle iş birliğinden kaçınmak istemiş fakat ilgili düzenlemelerin doğru yorumlanmaması nedeniyle süreç uzamıştır.

İş birliği yükümlülüğünün ihlali kapsamında incelenecek olan son vaka, Statüye taraf olmasına rağmen iş birliği yükümlülüğüne muhalefet eden Kenya üzerinedir. Diğer iki durumdan farklı olarak bu durumda Savcı Statünün 13(c) maddesi çerçevesinde kendiliğinden soruşturma başlatmıştır²⁴. Kenya, Kenyatta hakkında yürütülen soruşturma kapsamında büyük önem arz eden bazı finansal dokümanları UCM'ye iletmemiş ve iş birliği yükümlülüğüne aykırı hareket etmiştir. Bu davanın en önemli sonucu, iş birliği yükümlülüğü kapsamındaki uygulamaların ve alınacak önlemlerin tamamen UCM'nin takdirinde olduğunun hüküm altına alınmış olmasıdır. Yine bu dava bakımından önem arz eden ikinci husus, iş birliği yükümlülüğünün ihlali davalarında aranan kabul edilebilirlik eşiğinin UCM tarafından detaylı bir şekilde incelenmiş olmasıdır.

A. SUDAN

BM Güvenlik Konseyi, BM Darfur Araştırma Komisyonu'nun raporunu da dikkate alarak Darfur'daki durumu Roma Statüsü'nün 13(b) maddesi uyarınca UCM Savcısına sevk etmiştir²⁵. Komisyonun raporuna göre Darfur'daki durum uluslararası barış ve güvenliği tehdit etmektedir bu nedenle işlenen suçlardan sorumlu olduğu iddia edilen kişilerin UCM tarafından yargılanması bölgedeki barış ve güvenliğin yeniden sağlanmasına katkıda bulunacaktır²⁶. Başlatılan soruşturma nedeniyle Sudan eski devlet başkanı Ömer el-Beşir hakkında tutuklama kararı verilmiştir. Fakat Ömer el-Beşir hakkında verilen tutuklama kararının yerine getirilmemesi UCM'nin iş birliği yükümlülüğünün ihlali konusunda birçok karar almasına sebebiyet vermiştir²⁷. Zira Mahkeme hem Sudan'ın hem de Roma Statüsü'ne taraf olan Malavi, Çad, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Cibuti, Uganda ve Ürdün'ün Ömer el-Beşir'in

²³ ICC, Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Decision on the Non-compliance by Libya with Requests for Cooperation by the Court and Referring the Matter to the United Nations Security Council, Pre-trial Chamber I, ICC-01/11-01/11, 10 December 2014; ICC Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Second Decision on Prosecution's Application for a Finding of Non-Compliance under Article 87(7) of the Statute, Trial Chamber v(B), ICC-01/09-02/11, 19 September 2016.

²⁴ Md. 13(c) "15. maddeye uygun olarak bir suçun işlendiğine dair savcı tarafından soruşturma başlatılması." Md. 15(1). "Savcı, Mahkemenin yargı yetkisi alanına giren suçlarla ilgili bilgilere dayanarak kendiliğinden soruşturma açabilir."

²⁵ International Commission of Inquiry on Darfur, Report to the Secretary-General, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, Geneva, 25 January 2005, (s.5).

²⁶ International Commission of Inquiry on Darfur, (s.5).

²⁷ ICC, Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir Decision on the Prosecutor's Request for a Finding of Non-Compliance Against the Republic of the Sudan, ICC-02/05-01/09-227, 9 March 2015.

tutuklanması konusunda başarısız olduklarını ve UCM ile iş birliği yükümlülüklerini ihlal ettikleri sonucuna varmıştır²⁸.

Ön Yargılama Dairesi I tarafından verilen tutuklama kararının uygulanmamasının temel gerekçesi 98. madde çerçevesinde tartışılan devlet başkanlarının dokunulmazlıkları ve yargı bağımsızlıklarının UCM önünde ileri sürülüp sürülemeyeceği noktasındadır. Bu çerçevede bir kısmı politik sebeplere dayanmakla birlikte Ömer el-Beşir'in tutuklanması konusunda ortaya çıkan iş birliği yetersizliğinin iki temel gerekçesi bulunmaktadır. Bunların ilki Sudan'ın taraf devlet olmamasına rağmen BM Güvenlik Konseyi'nin talebi üzerine soruşturmanın başlatılmış olmasıdır. Diğer gerekçe ise devlet başkanı dokunulmazlıkları çerçevesinde Statü'nün 27. ve 98. maddeleri arasındaki çatışmanın farklı görüşlere ve tartışmalara sebep olmuş olması ve UCM'nin de verdiği ilk ihlal kararlarında iki madde arasındaki ilişkiyi net bir şekilde ortaya koyamamış olmasıdır. Bu doğrultuda bu bölüm kapsamında öncelikle Sudan'ın ve diğer BM üyesi devletlerin iş birliği yükümlülüğünün gerekçesi değerlendirilecek devamında da 27. ve 98. madde hükümleri arasındaki ilişki incelenecektir.

Roma Statüsü'ne taraf olmayan devletler kural olarak iş birliği yükümlülüğü altında değildirler. Fakat bu durumun iki temel istisnası bulunmaktadır. Bunların ilki, Statüye taraf olmayan devletin Statü'nün 87(5)(a) maddesi çerçevesinde oluşturulan geçici iş birliği anlaşmasına taraf olmasıdır. İkinci istisna ise Statü'nün 13(b) maddesi çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi talebi üzerine soruşturmanın başlatılmış olmasıdır. Sudan bakımından ikinci istisna uygulama alanı bulmuş ve Sudan 1593 sayılı Karar uyarınca ve BM Şartı gereğince UCM ile iş birliği yapma yükümlülüğü altına girmiştir. Çünkü BM Güvenlik Konseyi, aldığı bu karar ile Sudan'ın ve çatışmanın diğer tüm taraflarının UCM ile tam iş birliği yapması gerektiğine karar vermiştir²⁹. Aynı karar içerisinde UCM tüm devletleri, ilgili bölgesel ve diğer uluslararası kuruluşları da Mahkeme ile tam iş birliği yapmaya çağırmıştır³⁰.

²⁸ ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09, 13 December 2011.; ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Refusal of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09, 13 December 2011.; ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/05-01/09, 9 April 2014.; ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Non-compliance by the Republic of Djibouti with the Request to Arrest and Surrender Omar Al-Bashir to the Court and Referring the Matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/05-01/09, 11 July 2016.; ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Non-compliance by the Republic of Uganda with the Request to Arrest and Surrender Omar Al-Bashir to the Court and Referring the Matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/05-01/19, 11 July 2016.; ICC, Decision Under Article 87(7) of The Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/05-01/09, 11 December 2017.

²⁹ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 31 Mart 2005 tarihli 1593 sayılı Kararı, <https://digitallibrary.un.org/record/544817>, (Erişim: 08.09.2023).

³⁰ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 31 Mart 2005 tarihli 1593 sayılı Kararı, <https://digitallibrary.un.org/record/544817>, (Erişim: 08.09.2023).

BM Şartı'nın 25. maddesine göre; “Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Andlaşma uyarınca, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır”³¹ 25. maddenin lafzı, BM Güvenlik Konseyi'nin tüm üyeleri temsilen bağlayıcı karar verebilme yetkisine sahip olan tek organ olduğunu göstermektedir³². Buna göre BM Güvenlik Konseyi'nin kararları tüm üye devletler bakımından bağlayıcıdır ve üye devletlerin verilen karara karşı çıkması mümkün değildir³³. Bu doğrultuda BM Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde durumu UCM'ye havale ettiğinde, UCM'nin dava sürecini tamamlayabilmesi için gerekli olan tüm iş birliği taleplerini BM üyesi devletlere karşı ileri sürebilmesinin de önünü açmış olmaktadır. Bu nedenle Roma Statüsü'ne taraf olsun ya da olmasın BM üyesi tüm devletler, BM Güvenlik Konseyi tarafından UCM'ye havale edilen durumun soruşturulup kovuşturulması için Mahkeme ile iş birliği yapma yükümlülüğü altına gireceklerdir³⁴. Bu nedenle Sudan'ın ve BM üyesi diğer devletlerin BM Şartı çerçevesinde iş birliği yükümlülüğü altında olduğu mutlak bir şekilde kabul edilmektedir. Fakat teoride mutlak olan iş birliği yükümlülüğü, uygulamada birçok engelle karşılaşmıştır.

I numaralı Ön Yargılama Dairesinin 2009 ve 2010 yıllarında savaş suçu ve insanlığa karşı suç işlemekten iki tutuklama emri çıkardığı Ömer el-Beşir,³⁵ tutuklama kararının akabinde Roma Statüsü'ne taraf olan devletlerden Cibuti, Çad, Malavi ve Kenya gibi bazı Afrika Birliği üyesi devletlerin ülkelerine ziyarette bulunmuş fakat UCM'nin tutuklama emri bu devletler tarafından yerine getirilmemiştir³⁶. Tutuklama kararının yerine getirilmemesi üzerine I numaralı Ön Yargılama Dairesi, 2011 yılında Malavi ve Çad Cumhuriyetlerine yönelik verdiği kararlarda, Roma Statüsü'ne taraf olan Malavi ve Çad'ın, Statünün 87(7) maddesine aykırı olarak UCM'nin iş birliği talebine uymada başarısız olduklarını ve UCM'nin Roma Statüsü

³¹ Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Türkçe çevirisi Adalet Bakanlığı sayfasından alıntılanmıştır. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf, (11.06.2024).

³² Daniel H. Joyner, “The Security Council as a Legal Hegemon”, *Georgetown Journal of International Law*, Cilt 43, Sayı 2, 2011, (s.234).

³³ Ramesh Thakur, “Law, Legitimacy and United Nations”, *Melbourne Journal of International Law*, Cilt 11, Sayı 1, 2010, (s.18).

³⁴ İş birliği açısından ele alınması gereken diğer bir düzenleme de BM Şartı'nın 103'üncü maddesidir. Buna göre “Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Andlaşmadan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası andlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Andlaşmadan doğan yükümlülükleri üstün gelecektir.” Bu düzenlemeye göre her ne kadar taraf olmayan devletin Roma Statüsü çerçevesinde iş birliği yükümlülüğü doğmasa da BM'ye üye olan Sudan'ın BM Şartı altında iş birliği yükümlülüğü doğacaktır.

³⁵ ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, 4 March 2009; ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, ICC-02/05-01/09, 12 July 2010. Paola Gaeta, “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, *Journal of International Criminal Justice*, Cilt 7, Sayı 2, 2009, (s.315-332);; Dire Tladi, “The duty on South Africa to Arrest and Surrender President Al-Bashir under South African and International law: A perspective from International Law”, *Journal of International Criminal Justice*, Cilt 13, Sayı 5, 2015, (s.1027-1047);; Manisuli Ssenyonjo, “II. The International Criminal Court Arrest Warrant Decision for President Al Bashir of Sudan”, *International & Comparative Law Quarterly*, Cilt 59, Sayı 1, 2010, (s.205-225);; Jan Lhotský, “The ICC Arrest Warrant for the Sudanese President Omar al-Bashir in Connection with his Visit to the Republic of South Africa”, *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, Cilt 7, Sayı 1, 2016, (s.330-341).

³⁶ Alexander KA. Greenawalt, “International Criminal Court: Decisions Pursuant to Article 87 (7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi and the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir & African Union Response”, *International Legal Materials*, Cilt 51, Sayı 2, 2012, (s.393).

çerçevesindeki gücünü ve fonksiyonlarını kullanmasını engellediklerine hükmetmiştir³⁷. UCM bu kararlarla paralel olarak son ihlal kararını Ürdün ile ilgili vermiştir. Ömer el-Beşir Arap Ligi Zirvesine katılmak üzere Ürdün'ü ziyaret etmiş ancak üye devlet olan Ürdün tutuklama kararını 98. maddeyi gerekçe göstermek suretiyle yerine getirmemiştir. Ürdün, devlet başkanı olan Ömer el-Beşir'in uluslararası örf ve âdet hukuku kapsamında kişi bakımından yargı bağımsızlığına sahip olduğunu ifade etmiş ve tutuklama kararının yerine getirilmesinin bu örf ve âdet hukuku düzenlemelerinin ihlali anlamına geleceğini UCM'ye bildirmiştir³⁸. Ürdün'e göre devlet başkanlarının uluslararası hukuk çerçevesinde yerleşmiş olan dokunulmazlık düzenlemeleri, 98. madde kapsamında UCM ile iş birliği yapma yükümlülüğüne bir istisna yaratmaktadır³⁹.

Ancak UCM Temyiz Dairesi, Roma Statüsü'ne taraf olan Ürdün'ün, 98. maddeyi hukuki dayanak göstermek suretiyle reddettiği teslim talebinin, Roma Statüsü'nün 87(7) maddesinin ihlali olduğuna karar vermiştir⁴⁰. Temyiz Dairesi kararında bahsi geçen teamül hukukunun eşitler arasında yani yalnızca devletler arasında ileri sürülebileceğini, devlet başkanlarının uluslararası mahkemelerin yargılama yetkisinden bağımsız olduğuna dair bir örf ve adet hukuku kuralı olmadığına karar vermiştir⁴¹. Devlet başkanı dokunulmazlığının uluslararası

³⁷ ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-139, 12 December 2011, (para.47); ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Refusal of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-140-tENG, 13 December 2011, (para.14).

³⁸ ICC, Decision Under Article 87(7) of The Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/05-01/09, 11 December 2017, (para.17).

Devlet görevlilerinin dokunulmazlıkları iki kategoriye ayrılmaktadır. İlk dokunulmazlık türü, işlevsel yani konu bakımından (*ratione materiae*) dokunulmazlıktır. Diğeri ise kişisel (*ratione personae*) dokunulmazlıktır. Konu bakımından dokunulmazlık, kişinin şahsına yönelik değil görevi gereği yerine getirdiği işlemlere/tasarruflara yöneliktir (Dapo Akande, "International Law Immunities and the International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, Cilt 98, Sayı 3, 2003, (s.412)). Konu bakımından dokunulmazlıkta esas olan göreve ilişkin fiillerdir. Buna göre yargı bağımsızlığı kapsamında olan devlet görevlileri, resmi sıfatla gerçekleştirdikleri eylemlere dair başka devletlerin mahkemeleri tarafından yargılanamazlar. Kişisel dokunulmazlıklarda ise dokunulmazlık, belirli bir görevi üstlenen kişiye görev süresi ile sınırlı olarak verilmektedir. Shaw'a göre, *ratione personae* dokunulmazlık en çok devlet başkanlarının yargı bağımsızlığı kapsamında tartışılmaktadır (Malcolm N. Shaw, *International Law*, (Sixth Edition), Cambridge, Cambridge University Press, 2008, (s.735)). Uluslararası Hukuk Enstitüsü (The Institute of International Law) tarafından 2001 yılında yayımlanan "Uluslararası Hukukta Devlet ve Hükümet Başkanlarının Yargı ve İnfaz Bağımsızlıkları" Kararının 2. maddesinde de devlet başkanlığı statüsü, yabancı bir devletin cezai yargı yetkisinden muaf tutulan ve kişisel dokunulmazlıktan yararlanan en önemli görev kategorisi olarak düzenlenmiştir (Shaw, *International Law*, (s.735)).

³⁹ ICC, Decision under Article 87(7) of The Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/05-01/09, 11 December 2017, (para.17).

⁴⁰ ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir Judgement in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal (Jordan Appeals Decision), ICC-02/05-01/09-397-Corr, Appeals Chamber, 6 May 2019, (para.152).

⁴¹ ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir Judgement in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal (Jordan Appeals Decision), ICC-02/05-01/09-397-Corr, Appeals Chamber, 6 May 2019, (para.2). UCM'nin kararları Uluslararası Adalet Divanı'nın Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Belçika kararı ile de paraleldir. Divana başvuru olan dava konusu, Belçikalı yargıcın o dönem Kongo Dışişleri Bakan Vekili Abdoulaye Yerodia Ndombasi hakkında insanlık hukuku ihlal ettiği gerekçesiyle bir tutuklama kararı çıkarmasıdır. Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Belçika'nın tutuklama kararının örf ve âdet hukuku altında kökleşmiş olan görevdeki dışişleri bakanlarının dokunulmazlık ve cezai yargılamadan muaf olma kuralını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bu davada UAD, devlet

mahkemelere karşı ileri sürülebileceğini gösteren herhangi bir devlet uygulaması veya hukuki bir inanışın yani bir uluslararası örf adet kuralı varlığının da ispatlanmadığını hüküm altına almıştır⁴². Temyiz Dairesi 98. maddenin bu şekilde yorumlanmasının resmî sıfatın önemsiz olduğunu düzenleyen Roma Statüsü'nün 27. maddesini anlamsız kılacağına karar vermiştir⁴³. Akande'nin de ifade ettiği üzere dokunulmazlıklar temel olarak egemen eşitlik kavramına dayanmaktadır, bu bağlamda temel amacı devletlerin diğer devletlere ve onların temsilcilerine müdahalesinin önlenmesidir⁴⁴.

başkanları, hükümet başkanları ve dışişleri bakanlarının yabancı yargı yetkisine karşı tam dokunulmazlığa sahip olmalarına rağmen uluslararası suçların (savaş suçu veya insanlığa karşı işlenen suçlar) işlenmesi hâlinde yargılamadan muaf olduklarına dair bir örf ve âdet hukuku olmadığına karar vermiştir. (Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium), International Court of Justice, 14 February 2002, ICJ Reports, (s.3.)) Ayrıca bkz. ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-139, 12 December 2011, (para.33). Devlet başkanlarının uluslararası mahkemeler önündeki yargı bağımsızlığı genellikle ilgili mahkemelerin statülerinde, yani kurucu andlaşmalarında düzenlenmiştir. Örneğin 1945 tarihli Nurenberg Askerî Ceza Mahkemesi'nin 7. maddesi, Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemelerinin sırasıyla 6. ve 7. maddeleri, Sierra Leone için Özel Mahkeme Statüsü'nün 6(2) maddesi, Roma Statüsü'nün 27(2) maddesi, devlet başkanı da dâhil olmak üzere herhangi bir resmî statüye bakılmaksızın bireysel cezai sorumluluk ve yaptırım mekanizmalarının işletilmesini düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre uluslararası ceza mahkemelerinin statüleri herhangi bir ayrıcalık oluşturmaktan herkese eşit şekilde uygulanacaktır (Ayrıca bkz. ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-139, 12 December 2011, (para.24-36)).

⁴² ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir Judgement in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal (Jordan Appeals Decision), ICC-02/05-01/09-397-Corr, Appeals Chamber, 6 May 2019, (para.2).

⁴³ ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir Judgement in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal (Jordan Appeals Decision), ICC-02/05-01/09-397-Corr, Appeals Chamber, 6 May 2019, (para.3).

Tladi, UCM'nin Çad ve Malavi hakkında verdiği kararları eleştirerek UCM'nin 98. maddeyi görmezden geldiğini iddia etmiştir. (Dire Tladi, "The ICC decisions on Chad and Malawi: on Cooperation, Immunities, and Article 98", *Journal of International Criminal Justice*, Cilt 11, Sayı 1, 2013, (s.207)). Zira yukarıda da ifade edildiği üzere UCM, Roma Statüsü'ne taraf olan devletlerin 27. maddeyi kabul etmek suretiyle dokunulmazlıklardan feragat ettiklerine hükmetmiştir. Ancak Tladi, 27. maddeyi kabul eden devletlerin aynı zamanda Statü'nün 98. maddesini de kabul ettiklerini ve dolayısıyla 98. madde ile yaratılan iş birliği yükümlülüğü istisnasının taraf devletler tarafından da ileri sürülebileceğini tartışmıştır (Tladi, "The ICC decisions on Chad and Malawi: on Cooperation, Immunities, and Article 98", s.207)). Ancak Akande'ye göre 98. madde yalnızca taraf olmayan devlet görevlileri için iş birliği yükümlülüğüne istisna yaratabilir. Başka bir ifade ile yalnızca taraf olmayan devletlerin yetkilileri 98. madde çerçevesinde koruma altındadırlar. Taraf olan devletlerin yetkilileri ise 27. madde nedeniyle koruma altında değildir (Dapo Akande, "International Law Immunities and the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, Cilt 98, Sayı 3, 2004, (s.423-425)). Akande'ye göre aksi bir yorum Statü'yü amacından uzaklaştıracaktır. UCM'nin, Çad ve Malavi davalarında dikkat çekilen bu hususlara cevap verdiğini söylemek pek mümkün değildir. Zira UCM'nin, 27. ve 98. madde arasındaki ilişkiye ve ikileme dikkat çekmesine rağmen yalnızca 27. maddeye odaklanarak 98. maddeyi görmezden gelmesi 98. maddenin uygulama alanı açısından ihtilafli olan konuların da cevapsız kalmasına sebep olmuştur (ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-139, 12 December 2011, (para.37)).

⁴⁴ Akande, "International Law Immunities and the International Criminal Court", (s.407). Ayrıca bkz. Tolga Candan ve Derya Nur Kayacan, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin Hakkında Tutuklama Kararı", *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2023, (s.985-992)., Ceren Zeynep Pirim, "Görevdeki Devlet Başkanlarının Dokunulmazlıkları ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Vladimir Putin Hakkında Çıkarıldığı Tutuklama Kararının Uluslararası Hukuka Uygunluğu", *Ga-latasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 2023, (s.1035-1070).

Her ne kadar UCM, Ömer el-Beşir Statüye taraf ülkeleri ziyaret etmeden önce uyarılarda bulunmuş ve kendilerini tarafı oldukları Roma Statüsü kapsamında UCM ile iş birliğine çağırılmış olsa da⁴⁵ Afrika Birliği almış olduğu kararlarda Afrika Birliği üyesi olan devletlerin Ömer el-Beşir hakkında verilen tutuklama kararını Roma Statüsü'nün 98. maddesi kapsamında uygulamayacaklarını ve UCM ile iş birliği yapmayacaklarını belirtmiştir⁴⁶. Afrika Birliği, Ömer el-Beşir hakkındaki tutuklama kararlarının dokunulmazlıkla ilgili uluslararası hukuku değiştirmek anlamına geldiğini ve Roma Statüsü'nün 98. maddesini anlamsız, gereksiz ve işlevsiz kıldığını ileri sürmüşlerdir⁴⁷. İş birliği yükümlülüğünün ihlali nedeniyle UCM, bahsi geçen devletlerin Statü'nün 86, 87(7) ve 89. maddeleri çerçevesinde iş birliği yapma yükümlülüklerini ihlal ettiklerine hükmetmiş ve ihlal kararlarını BM Genel Sekreteri aracılığıyla BM Güvenlik Konseyi'ne ve TDM'ye bildirilmesine karar vermiştir⁴⁸. Ancak Ömer el-Beşir henüz UCM'ye teslim edilmemiştir. BM Güvenlik Konseyi de Ömer el-Beşir'in UCM'ye teslimini sağlayacak bir yaptırım kararı henüz almamıştır.

B. LIBYA

UCM'nin ikinci ihlal kararı Libya ile ilgilidir. Roma Statüsü'ne taraf olmayan Libya'daki iç karışıkların uluslararası barış ve güvenliği tehdit etmesi nedeniyle BM Güvenlik Konseyi 26 Şubat 2011 tarihinde 1970 sayılı Kararı almıştır. Bu karar ile Libya Arap Cemahiriyesi'ndeki (Libya Arap Halk Sosyalist Büyük Cemahiriyesi: 1977-2011 yılları arasında Libya devletinin resmi adı) durum, BM Güvenlik Konseyi tarafından oy birliğiyle UCM Savcısına iletilmiştir⁴⁹. Havale edilen durum üzerinde ön incelemesini oldukça hızlı bir şekilde

⁴⁵ Nerina Boschiero, "The ICC Judicial Finding on non-cooperation against the DRC and No-Immunity for Al-Bashir Based on UNSC Resolution 1593", *Journal of International Criminal Justice*, Cilt 13, Sayı 3, 2015, (s.625-653).

⁴⁶ Decision of the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, Doc. Assembly/AU/13 (XIII), Addis Ababa, July 1-3, 2009, (s.10).; Communiqué of the 207th Meeting of the Peace and Security Council at the Level of the Heads of State and Government, Doc. PSC/ AHG/COMM.1(CC VII), Oct. 29, 2009, (s.5).; Daha detaylı bilgi için bkz. Isabeau Steyler, "A Structuralist Approach to the ICC/AU Conflict over the Immunity of Al-Bashir", *South African Yearbook of International Law*, Cilt 45, Sayı 1, 2020, (s.1-25).

⁴⁷ Decision on the meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), Doc. Assembly/AU/13(XIII), 13th Ordinary Session of the Assembly of the AU, Sirte, July 1-3, 2009.

⁴⁸ ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09, 13 December 2011.; ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the Refusal of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, I CC-02/05-01/09, 13 December 2011.; ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/05-01/09, 9 April 2014.; ICC, Decision Under Article 87(7) of The Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/05-01/09, 11 December 2017.

⁴⁹ Marta Bo, "The Situation in Libya and the ICC's Understanding of Complementarity in the Context of UNSC- Referred Cases", *Criminal Law Forum*, Cilt 25, Sayı 3, (s.513).

tamamlayan UCM Savcısı, 3 Mart 2011 tarihinde Libya'da UCM'nin yargı yetkisine giren suçların işlendiğine dair makul şüphenin bulunduğuna karar vererek soruşturma başlatmıştır⁵⁰.

Soruşturmanın başlamasından yaklaşık dört ay sonra 27 Haziran 2011 tarihinde I numaralı Ön Yargılama Dairesi, Muammer Mohammed Abu Minyar Kaddafi (Muammer Kaddafi, eski Libya fiili Devlet Başkanı), oğlu Saif Al-Islam Kaddafi ve istihbarat şefi Abdullah Al-Senussi hakkında tutuklama kararı çıkarmıştır⁵¹. Tutuklama kararlarının yerine getirilmemesi üzerine UCM, Libya'nın BM Güvenlik Konseyi'nin 1970 sayılı Kararı gereğince UCM ile işbirliği yükümlülüğü altında olduğunu hatırlatarak 4 Temmuz 2011 tarihinde hakkında tutuklama kararı olan şüphelileri UCM'ye teslim etmesini istemiştir⁵². Fakat Muammer Kaddafi'nin 20 Ekim 2011 tarihinde ölmesi üzerine, 22 Kasım 2011 tarihinde Kaddafi'ye karşı yürütülen dava I numaralı Ön Yargılama Dairesi tarafından düşürülmüştür⁵³.

Libya Ulusal Geçiş Konseyi⁵⁴, 23 Kasım 2011 tarihinde I numaralı Ön Yargılama Dairesine yaptığı yazılı bildirim ile Muammer Kaddafi'nin oğlu Saif Al-Islam Kaddafi'nin 19 Kasım 2011 tarihinde yerel otoriteler tarafından tutuklandığını bildirmiştir⁵⁵. Konsey aynı yazılı bildirimde Saif Al-Islam Kaddafi'yi kendisinin yargılanacağını iletmek suretiyle UCM'ye teslim etmeyeceğini de bildirmiştir⁵⁶. Bu çerçevede Libya teslim kararının ertelenmesi konusunda UCM'den birçok talepte bulunmuştur. Libya'nın ilk erteleme talebi Statü'nün 94. maddesi doğrultusunda yapılmıştır. Libya bu başvurusunda Saif Al-Islam Kaddafi'nin UCM talebi nedeniyle tutuklanmadığını, kendisinin ulusal hukuk kapsamında çeşitli suçlar nedeniyle soruşturma altında olduğunu, UCM tarafından soruşturma konusu yapılan fiillerin ulusal seviyede de soruşturma konusu yapılacağını, ilgili dönem itibarıyla davanın kabul edilebilirliğini tartışma konusu yapmadıklarını ve bu nedenlerle Saif Al-Islam Kaddafi'nin UCM'ye tesliminin

⁵⁰ ICC Weekly Update, Situation in Libya, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/E9BDEF9C-96AC-45DB-8796-F5B6F9110809/283940/Ed102Eng1.pdf>, (Erişim:17.04.2024).

⁵¹ ICC, Situation in the Libyan Arab Jamahiriya Warrant of Arrest for Muammer Mohammed Abu Minyar Gaddafi, ICC-01/11-13, 27 June 2011.; ICC, Situation in the Libyan Arab Jamahiriya Warrant of Arrest for Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-14, 27 June 2011.; ICC, Situation in the Libyan Arab Jamahiriya Warrant of Arrest for Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-15, 27 June 2011.

⁵² Prosecutor v. Muammer Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, (Request to the Libyan Arab Jamahiriya for the Arrest and Surrender of Muammer Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi) ICC-01/11-01/11, 4 July 2011.

⁵³ Prosecutor v. Muammer Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, (Decision to Terminate the Case Against Muammer Mohammed Abu Minyar Gaddafi), ICC-01/11-01/11, 22 November 2011.

⁵⁴ "28 Mart 2011 tarihinde kurulan Ulusal Geçiş Konseyi (Meclis) ile üyeleri Ulusal Geçiş Konseyi tarafından belirlenen Geçiş Hükümeti (Kabine)" yaklaşık on ay boyunca geçici olarak Libya'da yönetimi ellerinde tutmuşlardır. Baran Kuşoğlu, "Libya: Arap Baharı'na NATO "Katkısı", *Yasama Dergisi*, Cilt 22, 2012, (s.114).

⁵⁵ Letter of National Transitional Council, 23 November 2011, ICC-01/11-01/11-34-Anx.

⁵⁶ Letter of National Transitional Council, 23 November 2011, ICC-01/11-01/11-34-Anx.

devam eden ulusal soruşturma ve kovuşturmanın tamamlanmasına kadar (Statü'nün 94(1) maddesi doğrultusunda⁵⁷) ertelenmesini talep etmiştir⁵⁸.

UCM, BM Güvenlik Konseyi'nin 1970 sayılı Kararı doğrultusunda Libya'nın iade talebini yerine getirme yükümlülüğü altında olduğunu teyit etmiştir⁵⁹. Aynı zamanda UCM, Statü'nün 94(1) maddesinin Libya'ya bir erteleme yetkisi verip vermediğinin de incelenmesi gerektiğine karar vermiştir⁶⁰. I numaralı Ön Yargılama Dairesine göre; talepte bulunulan devletin UCM ile anlaşmaya vardığı bir süre boyunca iş birliği talebini erteleyebilmesi bazı koşullara bağlıdır. Buna göre iş birliği talebinin muhatabı olan devletin bu talebi derhal uygulaması halinde UCM önündeki davadan farklı bir soruşturma veya kovuşturmanın engellenecek olması gerekmektedir⁶¹. I numaralı Ön Yargılama Dairesi, iş birliği talebinin 89. madde doğrultusunda kişilerin Mahkemeye teslimine yönelik olduğunu hüküm altına alarak 89(4) maddesine dikkat çekmiştir. Madde 89(4) düzenlemesine göre "*Mahkeme tarafından, Mahkemeye teslimine konu olan davadan başka bir mesele nedeniyle aranmakta olan bir şahıs hakkında, talepte bulunulan devlette herhangi yasal işlem yapılıyorsa veya şahıs bu devlette cezasını çekiyor ise, talep edilen devlet bu talebi yerine getirmeden önce bu konuda Mahkemeye danışır.*" 89(4) ve 94(1) maddeleri arasındaki ilişkiyi analiz eden Daire, her iki hükmün de iş birliği talebinin talepte bulunulan devletin ulusal yargılama sürecine müdahale etmesi halinde uygulanabileceğini kabul etmektedir⁶². Fakat Daire'nin özellikle vurguladığı husus, iki düzenlemenin birbirinden tamamen bağımsız olduğudur⁶³. Daire, madde 89(4)'ün doğrudan kişilerin teslim talebine yönelik özel (*lex specialis*) bir düzenleme olduğunu ve kişilerin teslimi konusunda herhangi bir erteleme hükmüne yer vermediğini kabul etmektedir. Buna göre muhatap devlet madde 89(4) gereğince teslim talebini yerine getirmelidir⁶⁴. Madde 94(1)'in iş birliğini erteleme talebi doğrultusunda istisna yarattığı konu, kişilerin UCM'ye teslimi dışındaki taleplere yöneliktir⁶⁵. Bu gerekçeler çerçevesinde Daire, Libya'nın Saif Al-Islam Kaddafi'nin teslim edilmesi konusundaki erteleme talebini reddetmiştir⁶⁶.

Libya 22 Mart 2012 tarihinde Statü'nün 95. maddesine ve Mahkemenin Usul ve Delil Kurallarının 58. kuralına dayanarak yeniden erteleme talebinde bulunmuştur. Libya davanın kabul edilebilirliğine itiraz edeceğini bildirmek suretiyle 95. maddenin uygulanmasını talep

⁵⁷ Md. 94. "Devam etmekte olan soruşturma veya yargılama ile ilgili olarak bir talebin yerine getirilmesinin ertelenmesi 1. Bir talebin derhal yerine getirilmesi, talebin ilişkin olduğu davadan farklı bir davanın devam etmekte olan soruşturması veya yargılmasına müdahalede bulunacak nitelikte ise, talepte bulunulan devlet, talebin yerine getirilmesini Mahkemenin kabul edeceği belli bir süre için erteleyebilir. Ancak, bu erteleme, talepte bulunulan devletteki soruşturma veya yargılamanın tamamlanması için gerekli zamandan daha uzun olamaz. Erteleme kararı almadan önce talepte bulunulan devlet, yardımın başka şartlar altında hemen sağlanıp sağlanamayacağını dikkate alır."

⁵⁸ ICC, Decision on Libya's Submissions regarding the Arrest of Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11, 7 March 2012, (para. 8.)

⁵⁹ ICC, Decision on Libya's Submissions regarding the Arrest of Saif Al-Islam Gaddafi, (para. 13).

⁶⁰ ICC, Decision on Libya's Submissions regarding the Arrest of Saif Al-Islam Gaddafi, (para. 13).

⁶¹ ICC, Decision on Libya's Submissions regarding the Arrest of Saif Al-Islam Gaddafi, (para. 14).

⁶² ICC, Decision on Libya's Submissions regarding the Arrest of Saif Al-Islam Gaddafi, (para. 15).

⁶³ ICC, Decision on Libya's Submissions regarding the Arrest of Saif Al-Islam Gaddafi, (para. 15).

⁶⁴ ICC, Decision on Libya's Submissions regarding the Arrest of Saif Al-Islam Gaddafi, (para. 15).

⁶⁵ ICC, Decision on Libya's Submissions regarding the Arrest of Saif Al-Islam Gaddafi, (para. 15).

⁶⁶ ICC, Decision on Libya's Submissions regarding the Arrest of Saif Al-Islam Gaddafi, (para. 17).

etmiştir⁶⁷. Öncelikle 58. kuralı inceleme konusu yapan Daire, bu düzenlemenin Statü'nün 19. maddesi çerçevesinde yapılan kabul edilebilirlik itirazına yönelik bazı prosedürleri düzenlediğini ve Libya'nın iddiasının aksine iş birliği talebinin ertelenmesine yönelik herhangi bir düzenleme içermediğine dikkat çekerek bu kuralın Libya'nın talebine hukuki dayanak olamayacağına karar vermiştir⁶⁸.

Daire ikinci olarak 95. maddeyi inceleme konusu yapmıştır. Statünün Dokuzuncu Bölümü altında yer alan 95. madde doğrultusunda yapılan itiraz "kabul edilebilirlik itirazı nedeniyle bir talebin yerine getirilmesinin ertelenmesi" hakkındadır⁶⁹. Daire, 95. madde hükmünün sadece Statü'nün 18. ve 19. maddesi doğrultusunda kabul edilebilirlik itirazının yapılması halinde uygulama alanı bulacağını hatırlatarak Libya'nın henüz böyle bir itirazda bulunmadığını bu nedenle 95. maddenin bu aşamada uygulanmasının gereksiz olduğuna karar vermiştir⁷⁰. Bu çerçevede Libya'nın ikinci erteleme talebi de reddedilmiştir⁷¹.

Sonuç olarak Libya'nın talep ettiği ilk iki erteleme talebi, davanın UCM önünde kabul edilebilirliğinin sorgulanmamış olması nedeniyle reddedilmiştir. Davanın kabul edilebilirliğinin sorgulandığı son talep üzerine UCM, 31 Mayıs 2013 tarihinde kabul edilebilirlik itirazlarını karara bağlamıştır. Libya, Saif Al-Islam Kaddafi'ye yönelik yargılama sürecine Libya ulusal otoritelerince başladığını ve davanın kabul edilebilirliğinin sorgulanmasının gerekli olduğunu iddia ederek UCM'nin hâlihazırda vermiş olduğu Saif Al-Islam Kaddafi hakkındaki tutuklama kararının ertelenmesini talep etmektedir⁷². UCM iki temel gerekçe ile Libya'nın erteleme talebini reddetmiştir. Buna göre UCM, hem kendi önünde yürütülmekte olan soruşturma konusu eylemlerin ulusal otoritelerce yürütülen soruşturma konusu ile aynı olduğunun ispatlanamadığına hem de Libya'nın soruşturma yapabilecek yetenekte olduğunun makul ve ikna edici delillerle ortaya konulmadığına karar vererek Saif Al-Islam Kaddafi hakkındaki davanın UCM önünde kabul edilebilir olduğuna hükmetmiştir⁷³.

2 Nisan 2013 tarihinde Libya, Abdullah Al-Senussi hakkındaki davada, davanın kabul edilebilirliğine yönelik itirazda bulunmuştur⁷⁴. I numaralı Ön Yargılama Dairesi, 11 Ekim 2013 tarihinde verdiği kararda, davanın UCM önünde kabul edilemez olduğuna

⁶⁷ ICC, Decision regarding the Second Request by the Government of Libya for Postponement of the Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11, 4 April 2012, (para.5).

⁶⁸ ICC, Decision regarding the Second Request by the Government of Libya for Postponement of the Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi, (para.5).

⁶⁹ Md. 95. "53. maddenin 2. paragrafı saklı kalmak kaydıyla, 18 veya 19. maddelere göre Mahkemenin incelemesi [altında] olan bir kabul edilebilirlik itirazı olduğunda Mahkeme, 18. ve 19. maddelere göre delil toplaması hususunda özel olarak bir talimat vermedikçe talepte bulunulan devlet Mahkemenin kabul edilebilirlik konusunda kararına kadar bu bölüm uyarınca yapılan talebi erteleyebilir".

⁷⁰ ICC, Decision regarding the Second Request by the Government of Libya for Postponement of the Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11, 4 April 2012, (para.5).

⁷¹ ICC, Decision regarding the Second Request by the Government of Libya for Postponement of the Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11, 4 April 2012, (para.5).

⁷² ICC, Decision on the Postponement of the Execution of the Request for Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi Pursuant to Article 95 of the Rome Statute, ICC-01/11-01/11, 1 June 2012, (para.16).

⁷³ Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, (Decision on the Admissibility of the Case against Saif Al-Islam Gaddafi) ICC-01/11-01/11, 31 May 2013, (para. 219).

⁷⁴ ICC, Application on behalf of the Government of Libya relating to Abdullah Al-Senussi Pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11, 2 April 2013.

hükmetmiştir⁷⁵. I numaralı Ön Yargılama Dairesi, Senussi hakkında ulusal yargılama sürecinin başlatıldığını ve Libya'nın bu süreci devam ettirmek konusunda isteksiz olmadığını başka bir ifade ile Libya'nın soruşturma yapma niyet ve isteğinin olduğunu kabul ederek davanın Statü'nün 17(1)(a) kapsamında kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir⁷⁶. Temyiz Dairesinin 24 Temmuz 2014 tarihinde, I numaralı Ön Yargılama Dairesinin kararını onaylaması üzerine⁷⁷ Abdullah Al-Senussi hakkında devam etmekte olan adli takibat sona ermiştir⁷⁸.

Sonuç olarak Muammar Kaddafi'nin ölümü ve Abdullah Al-Senussi hakkındaki adli sürecin de kabul edilmezlik itirazı neticesinde son bulması nedeniyle geriye yalnızca Saif Al-Islam Kaddafi hakkındaki tutuklama kararının yerine getirilmesi kalmıştır. Fakat Libya, hem Saif Al-Islam Kaddafi'yi hem de bazı belge asıllarını tekrarlanan taleplere rağmen UCM'ye teslim etmemiştir. I numaralı Ön Yargılama Dairesi, 10 Aralık 2014 tarihinde Libya'nın iş birliği yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vererek durumu BM Güvenlik Konseyi'ne iletmıştır⁷⁹. Ancak BM Güvenlik Konseyi'nin UCM'nin talebi üzerine aldığı herhangi bir tedbir uygulaması henüz bulunmamaktadır.

C. KENYA

UCM'nin iş birliği yükümlülüğünün ihlaline dair verdiği diğer karar Kenya hakkındadır⁸⁰. Kenya'ya yapılan iş birliği talebinin konusu, Uhuru Muigai Kenyatta hakkında devam eden soruşturma için gerekli olan finansal ve diğer bazı kayıtların UCM'ye gönderilmesi üzerinedir⁸¹. Kenya'nın iş birliği yükümlülüğü ihlal kararı diğer iki davadan oldukça farklıdır. Çünkü bu davada Kenya doğrudan taraf devlet olarak iş birliği yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle UCM'nin Kenya kararı diğer iki kararın aksine UCM ve BM Güvenlik Konseyi arasındaki ilişkiye değil, 87(7) maddesinin özüne yöneliktir. Bu davada UCM, iş birliği yükümlülüğünün ihlali doğrultusunda karar verilebilmesi için gerekli olan 'kabul edilebilirlik eşliğini' iki temel aşamada değerlendirme konusu yapmıştır. Dava Dairesi V(b)'ye göre 87(7) maddesinin ihlali bakımından beklenen eşige ulaşılabilmesi için iş birliği ihlalinin teknik seviyede

⁷⁵ ICC, Decision on the Admissibility of the Case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11, 11 October 2013.

⁷⁶ ICC, Decision on the Admissibility of the Case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11, 11 October 2013, (para.311).

⁷⁷ ICC, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the Admissibility of the Case Against Abdullah Al-Senussi", ICC-01/11-01/11 OA 6, 24 July 2014.

⁷⁸ ICC, Situation in Libya in the Case of the Prosecutor v. Saifal-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Decision on the Admissibility of the Case Against Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/11-01/11, 11 October 2013.

⁷⁹ ICC, Decision on the Non-compliance by Libya with Requests for Cooperation by the Court and Referring the Matter to the United Nations Security Council, ICC-01/11-01/11, 10 December 2014, (para. 4. ve para.16).

⁸⁰ ICC, Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Decision on the Non-compliance by Libya with Requests for Cooperation by the Court and Referring the Matter to the United Nations Security Council, Pre-trial Chamber I, ICC-01/11-01/11, 10 December 2014.; ICC Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Second decision on Prosecution's application for a Finding of Non-compliance under Article 87(7) of the Statute, Trial Chamber v(B), ICC-01/09-02/11, 19 September 2016.

⁸¹ ICC, Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Defence Response to 'Prosecution notice regarding the provisional trial date' (ICC-01/09-02/11-944) and Request to Terminate the Case against Mr Kenyatta, ICC-01/09-02/11-945-Red, 10 September 2014.

kalmaması, UCM'nin soruşturma ve kovuşturmayı yapmasını engelleyecek boyutta olması gerekmektedir⁸².

UCM soruşturmasının temel sebebi 2007 yılında yapılan başkanlık seçimi sonrasında gerçekleşen iç çatışmalar nedeniyle binden fazla kişinin öldürülmesi ve beş yüz binden fazla kişinin zorla yerinden edilmesidir⁸³. Çatışmalar her ne kadar seçim sonuçları nedeniyle şiddetlenmiş olsa da çatışmanın asıl gerekçesi Maasai ve Kikuyu grupları arasındaki etnik çatışmalardır. Zira 2007 seçimlerinde devlet başkanı adayı olan Raila Odinga (Maasai etnik kökenli) ve Mwai Kibaki (Kikuyu etnik kökenli) etnik bölünmeyi seçim aracı olarak kullanmışlardır⁸⁴.

Çatışmalardan yaklaşık iki yıl sonra UCM Savcısı Ön Yargılama Dairesi'nden soruşturma izni istemiştir. Ön Yargılama Dairesi'nin 31 Mart 2010 tarihinde verdiği soruşturma izni neticesinde Savcı, 1 Haziran 2005 ile 26 Kasım 2009 tarihleri arasında işlendiği iddia edilen insanlığa karşı suçlarla ilgili olarak soruşturma başlatmıştır⁸⁵. 15 Aralık 2010 tarihinde Savcı, Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali hakkında UCM'nin üzerinde yargılama yetkisine sahip olduğu suçları işlediklerine dair makul şüphenin olduğu gerekçesiyle tutuklama kararı talebinde bulunmuştur⁸⁶. Her üç şüpheli de 8 Nisan 2011 tarihinde gönüllü olarak UCM'ye gelmişlerdir⁸⁷. Şüphelilerin gönüllü teslimi nedeniyle diğer iki davanın aksine bu davada iş birliği talebinin konusu kişilerin UCM'ye teslimi değil, banka dokümanlarından oluşan bazı belgelerin UCM'ye verilmemesi üzerinedir. Zira Kenyatta hakkındaki soruşmanın özünü, Kenyatta'nın seçim sonrası gerçekleşen şiddet olaylarına karışan suç örgütleri ile yakın ilişki içinde olması oluşturmaktadır. Birçok tanık Kenyatta'nın suç örgütü liderleri ile görüştüğünü ve örgüte para transfer ettiğini iddia etmişlerdir⁸⁸.

UCM Savcısı, Kenyatta'ya ait banka dokümanlarının iletilmesi konusunda Kenya'nın iş birliği yükümlülüğüne aykırı davrandığını belirterek Statü'nün 87(7) maddesi doğrultusunda başvuru yapmıştır⁸⁹. Savcıya göre Kenyatta hakkında talep edilen bu finansal dokümanlar, kendisinin ilgili suç örgütü ile bağlantısının kanıtlanması bakımından kritik önemi haizdir. Savcı, finansal dokümanlara yönelik yaklaşık on dokuz aydır devam eden taleplerinin cevapsız kaldığını ileterek bu belirsizliğin kanıtların kapsamını sınırladığını ve gerçeğin ortaya

⁸² ICC, Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta Decision on Prosecution's Applications for a Finding of Non-compliance under Article 87(7) of the Statute, ICC-01/09-02/11, 3 December 2014, (para. 41).

⁸³ Human Rights Watch, "Hold Your Heart" Waiting for Justice in Kenya's Mt. Elgon Region, https://www.hrw.org/reports/kenya1011_ToUpload_0.pdf, (Erişim: 23.04.2024).

⁸⁴ Katie A. Lee, "Kenyatta and the Government Shield: Leveraging Article 87 (7) as a Tool for Cooperation at the International Criminal Court", *Berkeley Journal of International Law*, Cilt 38, 2020, (s.136).

⁸⁵ ICC, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, 31 March 2010.

⁸⁶ Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-31-Red, Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali (Public Redacted Version), 15 December 2010.

⁸⁷ Lee, "Kenyatta and the Government Shield: Leveraging Article 87 (7) as a Tool for Cooperation at the International Criminal Court", (s.139).

⁸⁸ ICC, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-02/11, 23 January 2012.

⁸⁹ Prosecutor v. Kenyatta, ICC-01/09-02/11-866, Prosecution Application for a Finding of Non-compliance Pursuant to Article 87(7) Against the Government of Kenya, 2 December 2013, (para.1).

çıkarılmasını engellediğini iddia ederek Dava Dairesi V(b)'den madde 87(7) doğrultusunda karar verilmesini talep etmiştir⁹⁰.

Dava Dairesi V(b), Kenya'nın iş birliği konusunda başarısız olduğunu kabul etmiş fakat bu ihlalin soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engelleyecek mahiyette olmadığına (beklenilen ağırlık eşiğinin oluşmadığı) karar vererek 87(7) maddesinin uygulanmasını reddetmiştir. Dava Dairesi V(b)'nin kararına göre UCM'nin iş birliği yükümlülüğünü ihlal kararı vermesi ve bu kararı TDM'ye veya BM Güvenlik Konseyine bildirmesi tamamen UCM'nin takdirindedir⁹¹. Zira 87(7) maddesinin metni bu yönde zorlayıcı bir hüküm içermemektedir⁹². Bu kapsamda, bir devletin iş birliği talebine uygun davranmaması nedeniyle UCM'nin işlevlerini yerine getirmesi engellenmiş olsa bile UCM'nin 87(7) maddesi doğrultusunda karar verebilmesi için uygun koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir⁹³. Dava Dairesi V(b), Kenya'nın iş birliğinden kaçınmak suretiyle UCM'nin işleyişini etkilediğini kabul etse de durumu TDM'ye iletmenin süreci uzatabileceğini ve talep edilen ilgili finansal dokümanların tek başına mahkûmiyet kararı için yeterli olmayabileceğini de ifade ederek reddetmiştir⁹⁴. Ayrıca Daire, Savcının hoşgörülü tavrını da eleştirerek iş birliği konusundaki retleri daha önce sorgulaması gerektiğine de dikkat çekmiştir⁹⁵. Sonuç olarak Daire, Kenya'nın iş birliği konusundaki isteksizliğinin mazur görülemeyeceğini fakat her başvurunun kendi özel koşullarında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle Kenya'nın ihlalinin TDM'ye yönlendirmenin uygun olmadığına karar vermiştir⁹⁶. Bu karar üzerine UCM Savcısı, Kenyatta hakkındaki soruşturmayı delil yetersizliği nedeniyle düşürmüş ve dosyayı kapatmıştır⁹⁷.

Savcı aynı zamanda 9 Aralık 2014 tarihinde Dava Dairesi V(b)'nin kararını temyiz etmiştir. Temyiz Dairesi, 9 Ağustos 2015 tarihinde, Dava Dairesi V(b)'nin kararını bazı konularda hatalı değerlendirme yapıldığı gerekçesiyle bozmuş ve dosyayı geri göndermiştir⁹⁸. Buna göre Dava Dairesi V(b)'nin delillerin önemine dair bulgularında çelişki olduğu ve özellikle delilin (banka dokümanları) hüküm kurma konusundaki yeterliliğini değerlendirirken tutarlı olması gerektiğine karar vermiştir⁹⁹. İkinci olarak dikkat çekilen husus Kenya aleyhine yürütülmekte olan iş birliği yükümlülüğünün ihlali davası ile Kenyatta hakkında yürütülen

⁹⁰ Prosecutor v. Kenyatta, ICC-01/09-02/11-866, Prosecution Application for a Finding of Non-compliance Pursuant to Article 87(7) Against the Government of Kenya, 2 December 2013, (para.2).

⁹¹ ICC, Decision on Prosecution's application for a Finding of Non-compliance under Article 87(7) of the Statute, : ICC-01/09-02/11, 3 December 2014, (para.39).

⁹² Ayrıca bkz. ICC, Decision on the Cooperation of the Federal Republic of Nigeria Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, 5 September 2013, ICC-02/05-01/09-159, (para.13).

⁹³ ICC, Decision on the Cooperation of the Federal Republic of Nigeria Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, 5 September 2013, ICC-02/05-01/09-159, (para.13).

⁹⁴ ICC, Decision on the Cooperation of the Federal Republic of Nigeria Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, 5 September 2013, ICC-02/05-01/09-159, (para. 88).

⁹⁵ ICC, Decision on the Cooperation of the Federal Republic of Nigeria Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, 5 September 2013, ICC-02/05-01/09-159, (para. 88).

⁹⁶ ICC, Decision on the Cooperation of the Federal Republic of Nigeria Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, 5 September 2013, ICC-02/05-01/09-159, (para.90).

⁹⁷ Prosecutor v. Kenyatta, ICC-01/09-02/11-983, Notice of Withdrawal of the Charges Against Uhuru Muigai Kenyatta, 5 December 2014, (para.2).

⁹⁸ Judgment on the Prosecutor's Appeal against Trial Chamber V(B)'s "Decision on Prosecution's application for a finding of Non-compliance under Article 87(7) of the Statute", ICC-01/09-02/11-1032 OA5.

⁹⁹ Appeals Judgment, ICC-01/09-02/11-1032 OA5, (para. 80. para. 81 ve para. 90).

davaların birbirinden tamamen bağımsız davalar olduğudur¹⁰⁰. Temyiz Dairesi, Kenyatta hakkındaki suçlamaların geri çekilmesine bakılmaksızın iş birliği yükümlülüğü ihlali davasının görülmesi ve sonuçlandırılması gerektiğine karar vermiştir¹⁰¹. Zira iş birliği yükümlülüğünün ihlali konusunda karar verilmemesi gelecekteki muhtemel davalar bakımından UCM'nin işleyişi üzerinde olumsuz etkiler yaratacaktır¹⁰². Temyiz Dairesinin bu kararı üzerine Dava Dairesi V(b), 19 Aralık 2016 tarihinde ikinci kez hüküm kurmuş ve iş birliği yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vererek durumu TDM'ye iletme kararı vermiştir¹⁰³. Dava Dairesi V(b)'nin verdiği ikinci kararın oldukça önemli bir mesaj verdiğinin altını çizmek gerekir. Zira Dava Dairesi V(b)'nin ilk kararı, devletin iş birliğine yanaşmaması halinde hakkında soruşturma ve kovuşturma yürütülmekte olan kişiye yönelik suçlamaların delil yetersizliği nedeniyle düşürülmesinin mümkün olduğuna dair bir algı yaratmaktadır¹⁰⁴.

Ancak bir sonraki bölümde de inceleneceği üzere UCM tarafından TDM'ye iletilen ihlal kararları ile ilgili de bu politik organın etkin bir yaptırım mekanizmasına sahip olduğunu söylemek pek mümkün değildir.

III. İHLAL KARARLARI NETİCESİNDE UYGULANAN YAPTIRIMLAR

Yukarıda açıklandığı üzere Roma Statüsü çerçevesinde UCM ile iş birliği yükümlülüğünün ihlali ve sonuçları 87(7) maddesinde düzenleme konusu yapılmaktadır. İlgili düzenleme, yaptırım uygulanmasını zorunlu tutmamakla beraber ihlal kararlarının iki ayrı politik organa-TDM ve BM Güvenlik Konseyi'ne- tevdi edileceğini düzenlemektedir. Bu düzenleme ile paralel olarak Statünün 122(2)(f) maddesi de Statüye taraf olan devletlerin UCM ile iş birliğine yanaşmaması halinde ortaya çıkan sorunları değerlendirme yetkisini TDM'ye vermektedir. Buna göre yukarıda bahsi geçen ihlal kararlarında UCM, kararlara uyulmasını sağlamak amacıyla durumu TDM'ye ve BM Güvenlik Konseyi'ne bildirmiştir.

Bu hususta dikkat çekilmesi gereken en önemli husus ihlal kararı verilen durumun TDM'ye veya BM Güvenlik Konseyi'ne bildirilmesi halinde alınacak önlemlerin belirlenmiş olmasıdır. Zira hem UCM kararları hem de 87(7) maddesinin içeriği bu iki siyasi organın hangi önlemleri alabilecekleri konusunda sessiz kalmıştır. Bu nedenle yukarıda bahsi geçen somut ihlal davaları üzerinden inceleme yapılarak TDM'nin ve BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı ve alabilecekleri önlemler değerlendirilecektir.

¹⁰⁰ Appeals Judgment, ICC-01/09-02/11-1032 OA5, (para. 90).

¹⁰¹ Appeals Judgment, ICC-01/09-02/11-1032 OA5, (para. 77). Ayrıca bkz. ICC, Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Second Decision on Prosecution's Application for a Finding of Non-compliance under Article 87(7) of the Statute, Trial Chamber v(B), ICC-01/09-02/11, 19 September 2016, (para. 32).

¹⁰² ICC, Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Second Decision on Prosecution's Application for a Finding of Non-compliance under Article 87(7) of the Statute, Trial Chamber v(B), ICC-01/09-02/11, 19 September 2016, (para. 35).

¹⁰³ ICC, Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Second Decision on Prosecution's Application for a Finding of Non-compliance under Article 87(7) of the Statute, Trial Chamber v(B), ICC-01/09-02/11, 19 September 2016, (para.7).

¹⁰⁴ Lee, "Kenyatta and the Government Shield: Leveraging Article 87 (7) as a Tool for Cooperation at the International Criminal Court", (s.150).

Daha önce de ifade edildiği üzere Roma Statüsü'nün andlaşma niteliğinde olması nedeniyle uygulanacak yaptırımlar ve karşı önlemler andlaşmalar hukukuna göre yorumlanabilir. Andlaşmalar hukuku kapsamında bir yaptırım uygulanmasının olağan sonucu andlaşmayı ihlal eden devlet bakımından andlaşmanın sona erdirilmesi olacaktır¹⁰⁵. Fakat Kreß ve Prost'un da ifade ettiği üzere iş birliği yapmayan devletle ilgili olarak andlaşmanın sona erdirilmesi Roma Statüsü'nün bütünlüğü ve özellikle genel insani hedefi nedeniyle bir seçenek olarak değerlendirilmemelidir¹⁰⁶. Bekou de Statünün uluslararası bir andlaşma olmasına rağmen diğer uluslararası andlaşma kurallarından farklı bir niteliği haiz olduğunu ve bu normların uygulanmasında uluslararası toplumun da çıkarları olduğunu teyit etmektedir¹⁰⁷. Bu sebeple iş birliği yapmayan devlet bakımından andlaşmanın sonlandırılması değil iş birliği yapmaya zorlanması her iki taraf (devlet ve UCM) bakımından da faydalı olacaktır¹⁰⁸. Bu yorumdan da istihraç edildiği üzere asıl amaç devlet ile UCM arasındaki ilişkiyi sonlandırmak değil devleti iş birliğine zorlamak olmalıdır. Zorlamanın pratiğe yansımaları ise yaptırımlar kanalı ile mümkün olabilecektir.

Yaptırımların kapsamı ve niteliği konusundaki belirsizlik nedeniyle öncelikle BM Güvenlik Konseyi tarafından alınabilecek önlemlerin teorik çerçevesi çizilecek ve akabinde Sudan ve Libya'ya yönelik ihlal kararları incelenecektir¹⁰⁹. Roma Statüsü çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi'nin ihlal kararı bildirimini akabinde yaptırım kararı alabilmesi için Konseyin Statünün 13(b) maddesi doğrultusunda verilen yetkisini kullanarak durumu UCM'ye bildirmiş olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile UCM'ye bildirilen durumun uluslararası barış ve güvenliği tehdit etmesi nedeniyle BM Güvenlik Konseyi'nin harekete geçmiş olması gerekmektedir. Fakat UCM, 13(b) maddesi çerçevesinde harekete geçirilmemiş olsa bile iş birliğinin sağlanamaması uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturacak nitelikte ise BM Güvenlik Konseyi BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde yaptırım kararı alabilme yetkisine her zaman sahiptir¹¹⁰.

A. BM GÜVENLİK KONSEYİ TARAFINDAN ALINABİLECEK ÖNLEMLERİN KAPSAMI

BM Şartı çerçevesinde iki ana hüküm uluslararası hukuka¹¹¹ uyulmasını sağlamaya yönelik yaptırımları düzenlemektedir. Bu düzenlemelerin ilki BM Şartı'nın VII. Bölümü altında düzenlenen 39. madde ve XIV. Bölümü altında düzenlenen 94. maddedir¹¹². 39. maddeye göre

¹⁰⁵ Lorraine Smith-van Lin, "Non-compliance and the law and politics of state cooperation: Lessons from the Al Bashir and Kenyatta Cases", (s.124).

¹⁰⁶ Claus Kreß, and Kimberly Prost, "Requests for Cooperation: General Provisions", The Rome Statute of the International Criminal Court, (Editörler: Kai Ambos and Otto Triffterer), Baden, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2015. (s.1547).

¹⁰⁷ Bekou, "Dealing with Non-cooperation at the ICC: Towards a More Holistic Approach", (s.16).

¹⁰⁸ Bekou, "Dealing with Non-cooperation at the ICC: Towards a More Holistic Approach", (s.16).

¹⁰⁹ 1) United Nations Security Council, Letters exchanged between the Secretary-General and the President of the Security Council in 2010, <https://www.un.org/securitycouncil/content/letters-exchanged-between-secretary-general-and-president-security-council-2010>, (Erişim: 22.04.2024).

2) Assembly of States Parties to the Rome Statute, Non-cooperation, <https://asp.icc-cpi.int/non-cooperation>, (Erişim: 22.04.2024)

¹¹⁰ Dapo Akande and Souza Dias, "Cooperation with the ICC-what the Security Council and ASP Must Do", *JSS Africa Report*, Cilt 15, (s.6).

¹¹¹ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesine göre uluslararası hukukun asli kaynakları uluslararası andlaşmalar, örf ve adet hukuku kuralları ve hukukun genel prensipleridir.

¹¹² Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, (Gözden Geçirilmiş 21. Bası), Ankara, Turhan Kitabevi, 2022, (s.476-477).

BM Güvenlik Konseyi “*barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41. ve 42. maddeler uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırır*”. Bu madde doğrultusunda BM Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin yeniden sağlanması için tavsiyelerde bulunmaktadır veya 41. ve 42. maddeler gereğince alınacak önlemlere karar vermektedir. 41. maddeye göre, BM “*Güvenlik Konseyi, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanımını içermeyen ne gibi önlemler alınması gerektiğini kararlaştırabilir ve BM üyelerini bu önlemleri uygulamaya çağırabilir. Bu önlemler, ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bütünüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebilir.*” 41. madde doğrultusunda alınan önlemler genellikle ekonomik niteliktedir. BM Güvenlik Konseyi kararına uyulmasını sağlamak amacıyla uygulanan bu yaptırımlar umumiyetle sivil halk üzerinde olumsuz etki yaratmakta ve bu nedenle eleştirilmektedirler¹¹³.

BM Güvenlik Konseyi 41. madde çerçevesinde aldığı önlemlerin yetersiz kalacağı veya kaldığı kanaatine varırsa “*uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için, hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabilir. Bu girişimler gösterileri, ablukayı ve Birleşmiş Milletler üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları içerebilir.*” Bu madde kapsamında BM Güvenlik Konseyi kuvvet kullanılmasını da içeren zorlama yöntemlere başvurabilme yetkisini haizdir.

BM Şartı çerçevesinde incelenmesi gereken son yaptırım düzenlemesi 94. maddedir. Madde 94(1) “*Birleşmiş Milletlerin her üyesi taraf olduğu tüm uyuşmazlıklarda, Uluslararası Adalet Divanı'nın kararına uymayı yükümlenir. (2) Bir uyuşmazlığın taraflarından biri, Divan'ın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmezse, öbür taraf Güvenlik Konseyine başvurabilir. Konsey de gerekli görürse, hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir.*” Roma Statüsü'nün 87(7) maddesinde olduğu gibi 94. madde de BM Güvenlik Konseyi'nin ne gibi önlemler alabileceğini düzenlememiştir¹¹⁴. UCM'nin ihlal kararlarında olduğu gibi Uluslararası Adalet Divanı'nın kararlarına uyulmasının sağlanması bakımından da BM Güvenlik Konseyi'nin bugüne kadar herhangi bir yaptırım kararı olmamıştır¹¹⁵.

BM Güvenlik Konseyi'nin iş birliğini sağlamak bakımından BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde önlem alma yetkisinin kapsamı oldukça geniştir. Fakat Sudan ve Libya'nın iş birliği yükümlülüğünü ihlal ettiğine dair UCM kararları doğrultusunda herhangi bir yaptırım kararı alınmamıştır. Ömer el-Beşir ve hakkında tutuklama kararı olan diğer kişiler ile ilgili etkin bir iş birliği sağlamayan Sudan'a yaptırım uygulamak konusunda tepkisiz kalan BM Güvenlik Konseyi, UCM Savcısı tarafından eleştirilmiştir. Savcı, Sudan'da işlenen suçlarla ilgili devam eden soruşturma kapsamında sunduğu 12. Raporunda hem Sudan'ın hem de Statüye taraf diğer devletlerin Ömer el-Beşir'in tutuklanması konusunda iş birliği yapmayı

¹¹³ Erdi Şafak, “Uluslararası Hukukta Yaptırım Kavramı ve Devletler Açısından Bağlayıcılığı Meselesi”, *Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2021, (s.322).

¹¹⁴ Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, (s. 477).

¹¹⁵ Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, (s. 477).

reddettiklerini ifade etmiştir¹¹⁶. BM Güvenlik Konseyi'nin bildirimlere rağmen herhangi bir eylemde bulunmadığına dikkat çeken Savcı, bu tepkisizliğin Statünün 13(b) maddesi çerçevesinde BM Güvenlik Konseyi'ne verilen yetkinin amacı ile çeliştiğini ve bu mekanizmanın inandırıcılığını zedelediğine dikkat çekmiştir¹¹⁷.

BM Güvenlik Konseyi, Statünün 13(b) maddesi çerçevesinde başlatılan soruşturmanın etkili bir şekilde yürütülmesinin takipçisi ve destekçisi olmalıdır¹¹⁸. BM Güvenlik Konseyi 41. madde doğrultusunda sahip olduğu yaptırım yetkilerini devlet düzeyinde gerçekleştirmek konusunda temkinli davranıyor olsa bile hakkında tutuklama kararı verilen kişilerle ilgili bireysel yaptırım kararı alabilir¹¹⁹. Koseyin alabileceği özellikle seyahat yasakları, mal varlığının dondurulması, silah ambargoları gibi önlemler ilgili kişinin UCM'ye tesliminde baskı unsuru yaratabilir¹²⁰.

BM Güvenlik Konseyi, hakkında soruşturma yürütülen bazı kişilere yönelik bireysel yaptırım kararı almıştır. Fakat bu kararlar UCM'nin ihlal kararı neticesinde iş birliğinin sağlanması amacıyla yönelik değildir. Örneğin BM Güvenlik Konseyi 1970 sayılı Kararında Libya'daki durumu UCM'ye bildirirken hem seyahat kısıtlaması hem de mal varlığının dondurulmasına yönelik yaptırım kararları almıştır. 1970 sayılı Kararın I numaralı ekinde (Annex I) seyahat kısıtlaması yapılan kişiler arasında Muammer Mohammed Abu Minyar Kaddafi, Saif Al-Islam Kaddafi ve istihbarat şefi Abdullah Al-Senussi'nin isimleri de yer almaktadır¹²¹. II numaralı ekte ise (Annex II) mal varlığı dondurulan kişiler arasında Muammer Mohammed Abu Minyar Kaddafi ve Saif Al-Islam Kaddafi bulunmaktadır¹²². Fakat bu yaptırım kararlarının UCM'nin soruşturması ile tesadüfen örtüştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Sudan'a yönelik alınan yaptırım kararları da UCM ile iş birliği sağlanmasına (silah ambargosu, seyahat kısıtlaması ve mal varlığının dondurulması)¹²³ yönelik değildir. Bu kapsamda BM Şartı'nın 41. maddesi çerçevesinde alınacak genel yaptırım kararları yerine, bireysel yaptırım kararlarının alınması iş birliğinin sağlanması bakımından etkili sonuçlar doğurma gücüne sahiptir. Bu yönde alınacak bireysel önlemler neticesinde genel önlemlerin sivil halk üzerinde yarattığı olumsuz etkiler de bertaraf edilmiş olacaktır.

Son olarak BM Güvenlik Konseyi tarafından kurulan yaptırım komitelerine de değinmek yerinde olacaktır. 41. madde çerçevesinde alınan önlemlerin desteklenmesi, takip edilmesi ve yaptırımların uygulanması bakımından BM Güvenlik Konseyi'nin alt organlar kurma yetkisi bulunmaktadır. Bu çerçevede BM Güvenlik Konseyi tarafından hem Sudan (Darfur) hem

¹¹⁶ The Office of The Prosecutor, Twenty-Second Report of the Prosecutor of The International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), 15 December 2015, (para. 16).

¹¹⁷ The Office of The Prosecutor, Twenty-Second Report of the Prosecutor of The International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), 15 December 2015, (para. 20).

¹¹⁸ Akande and Dias, "Cooperation with the ICC-what the Security Council and ASP Must Do", (s.5).

¹¹⁹ Akande and Dias, "Cooperation with the ICC-what the Security Council and ASP Must Do", (s.6).

¹²⁰ Akande and Dias, "Cooperation with the ICC-what the Security Council and ASP Must Do", (s.6). Bu kapsamda ilgili uygulamaların ceza hukukunun temel normları olan masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkının ihlali ile sonuçlanmaması için Konsey gerekli önlemleri almalıdır.

¹²¹ UNSC Resolution 1970, 26 February 2011, S/RES/1970.

¹²² UNSC Resolution 1970, 26 February 2011, S/RES/1970.

¹²³ UNSC, Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1591 (2005) Concerning the Sudan, <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1591>, (Erişim: 14.05.2024).

de Libya için yaptırım komiteleri oluşturulmuştur. 1591 sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararı ile Sudan için kurulan yaptırım komitesi, Darfur bölgesinde gerçekleşmekte olan çatışmaları izlemeyi, silah ambargosunun uygulanmasını sağlamayı ve son olarak barış ve güvenliğin yeniden tesis edilmesini amaçlamaktadır¹²⁴. BM Güvenlik Konseyi'nin 1970 sayılı Kararı uyarınca kurulan Libya Güvenlik Konseyi Komitesi de Libya'daki silah ambargosunun uygulanmasını izlemek, ihlalleri incelemek ve ihlal eden taraflara karşı gerekli önlemleri almakla sorumludur¹²⁵. Komite ayrıca insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerini izlemek ve gerekli önlemleri almak konusunda da çalışmalar yürütmektedir¹²⁶. Akande ve Dias'a göre, UCM halihazırda var olan yaptırım komitelerine iş birliğinin sağlanması konusunda tavsiyede bulunma hakkına sahip olmalıdır¹²⁷. Ayrıca UCM'nin iş birliği yükümlülüğünün ihlali kararlarını değerlendirmek ve iş birliğinin sağlanmasını kolaylaştırmak üzere özel bir yaptırım komitesi de kurulmalıdır¹²⁸.

Ancak BM Güvenlik Konseyi iş birliğinin sağlanması konusundaki talepleri oldukça ihtiyatlı karşılamaktadır. *Ad hoc* mahkemelerin bu yöndeki talepleri karşısında da aynı tutumu sergilemiştir. Bu nedenle *ad hoc* mahkemelerle iş birliğinin sağlanması için devletler finansal yardımın kesilmesi tehdidi de dâhil olmak üzere kolektif yaptırımlar uygulamışlardır. Öyle ki devletlerin kolektif yaptırım uygulamaları, BM Güvenlik Konseyi'nden daha etkili sonuçlar doğurmuştur¹²⁹. Zira UCM Savcısı'nın Sudan'ın iş birliği ihlalinin kendisine iletilmesine rağmen tepkisiz kalan BM Güvenlik Konseyi'ne yaptığı eleştirinin benzerini YUCM'un Savcısı Carla Del Ponte de yapmıştır. Savcı Carla Del Ponte iş birliğine yanaşmayan Sırbistan ve Karadağ'ı BM Güvenlik Konseyine raporlamış fakat BM Güvenlik Konseyi tepkisiz kalmıştır. Konseyi'nin tepkisiz kalmasını hayal kırıklığı olarak açıklayan Savcı, YUCM ile iş birliğinin sağlanması bakımından gayriresmi yöntemlerin daha etkili olduğunu ifade etmiştir¹³⁰.

B. TARAF DEVLETLER MECLİSİ TARAFINDAN ALINABİLECEK ÖNLEMLERİN KAPSAMI

İş birliği yükümlülüğünün ihlali halinde yaptırım uygulama gücüne sahip olan diğer kurum TDM'dir. İş birliği yükümlülüğünün ihlali halinde TDM'nin alabileceği önlemler resmi ve gayriresmi önlemler olarak gruplandırılmaktadır. Gayriresmi önlemler, ihlal kararı verilmeden önce bu durumun anlaşılması üzerine TDM'nin alabileceği diplomatik ve siyasi önlemlerden oluşmaktadır. Resmi önlemler ise UCM tarafından verilen ihlal kararının bildirilmesi üzerine alınmaktadır. Bu kapsamda TDM'nin başkanı iş birliği yükümlülüğünü ihlal

¹²⁴ UNSC, Security Council Committee established pursuant to resolution 1591 (2005) Concerning the Sudan, <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1591>, (Erişim: 14.05.2024).

¹²⁵ UNSC, Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1970 (2011) Concerning Libya, <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1970>, (Erişim: 14.05.2024).

¹²⁶ UNSC, Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1970 (2011) Concerning Libya, <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1970>, (Erişim: 14.05.2024).

¹²⁷ Akande and Dias, "Cooperation with the ICC-what the Security Council and ASP Must Do", (s.6).

¹²⁸ Akande and Dias, "Cooperation with the ICC-what the Security Council and ASP Must Do", (s.6).

¹²⁹ Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson and Elizabeth Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, (2nd Edition), Cambridge, Cambridge University Press, 2010, (s.518).

¹³⁰ Carla Del Ponte, "Reflections Based on the ICTY's Experience", *International Criminal Justice*, London, Routledge, 2016, s. 155-160'den aktaran Lorraine Smith-van Lin, "Non-compliance and The Law and Politics of State Cooperation: Lessons From the Al Bashir and Kenyatta Cases", (s.142).

eden devlete ‘açık bir mektupla’ iş birliği yükümlülüğünü hatırlatmaktadır¹³¹. Fakat Akande ve Dias’ın da ifade ettiği üzere bu açık mektuplar yalnızca hatırlatma amaçlı değil iş birliğinin sağlanmaması halinde TDM’nin alabileceği önlemler konusunda da uyarılar içermelidir¹³².

Ancak TDM’nin ne gibi önlemler alabileceği de Roma Statüsü çerçevesinde düzenleme konusu yapılmamıştır. Bu sessizliğin bir sonucu olarak ihlal nedeniyle klasik devlet sorumluluğu mekanizmasının işletilmesi mümkün olabilecektir¹³³. Zira Statünün iş birliğini zorunlu tutan hükmünün ihlal edilmesi, uluslararası bir andlaşmadan doğan yükümlülüğün ihlali anlamına gelir ve ilgili devlet için uluslararası sorumluluk doğurabilir¹³⁴. Fakat ihlalin devlet sorumluluğunu doğuran bir haksız fiil olduğunun tespiti, uygulamada iş birliği sağlanması bakımından fayda sağlamayacaktır¹³⁵.

TDM kararı doğrultusunda “karşı önlemler” alınmasının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu kapsamda TDM’nin iş birliği yükümlülüğünü ihlal eden devleti bu talebe derhal uyması konusunda uyarması ve ilgili devletin bu karara direnmesi halinde kınaması mümkündür¹³⁶. Kreß ve Prost’un ifade ettiği üzere TDM’nin bir karşı önlem olarak toplu bir şekilde ekonomik yaptırım uygulaması da mümkündür¹³⁷. Ancak TDM üyesi olan bir devletin iş birliği eksikliği ile mücadele etmek için bireysel olarak hareket etme hakkına sahip olup olmadığı veya bu durumda ne kadar ileri gidebileceği de belirsizdir¹³⁸. Başka bir ifade ile TDM’nin iş birliğine yanaşmayan devlete karşı harekete geçmek için gerekli çoğunluğa ulaşmaması durumunda üye devletlerden herhangi birinin bireysel olarak yaptırım uygulayıp uygulamayacağı tartışmalıdır. Fakat Statünün 87(7) ve 112(2)(f) maddelerinin lafzı kolektif hareketin tercih edildiğini göstermektedir.

İş birliğinin sağlanması bakımından TDM oldukça yenilikçi uygulamalara da yer vermeye başlamıştır. Bu önlemlerin en önemlisi Toolkit (araç seti) uygulamasıdır. Toolkit uygulaması iş birliğinin sağlanması bakımından gayriresmi adımlar içermektedir¹³⁹. Toolkit uygulamasının birinci ayağını diplomatik ağ üzerinden izleme oluşturmaktadır. Buna göre hakkında tutuklama kararı olan kişilerin seyahat planları hakkında erken bilgi edinilerek devletler iş birliği konusunda teşvik edilmektedirler. Bu uygulama kapsamında taraf devletler diplomatik ağlarını kullanarak hakkında tutuklama kararı olan kişilerin seyahatlerini bulup rapor etmek

¹³¹ ASP, Assembly procedures relating to non-cooperation, ICC-ASP/10/Res.5 as amended by ICC-ASP/11/Res.8, Annex.1., (para.14).; Ayrıca bkz. Resolutions adopted by the Assembly of States Parties Resolution ICC-ASP/10/Res.1, Gönderilen bazı mektuplar, Kenya 28 Ağustos 2010, Çat 13 Eylül 2010 ve Cibuti 17 Mayıs 2011.

¹³² Akande and Dias, “Cooperation with the ICC-what the Security Council and ASP Must Do”, (s.12).

¹³³ Devletlerin haksız fiil sorumluluğu için bkz. Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

¹³⁴ Bekou, “Dealing with Non-Cooperation at the ICC: Towards a More Holistic Approach”, (s.16).

¹³⁵ Bekou, “Dealing with Non-Cooperation at the ICC: Towards a More Holistic Approach”, (s.16).

¹³⁶ Kreß and Prost, “Requests for Cooperation: General Provisions”, (s.1547).

¹³⁷ Kreß and Prost, “Requests for Cooperation: General Provisions”, (s.1547).

¹³⁸ Akande and Dias, “Cooperation with the ICC-what the Security Council and ASP Must Do”, (ss.1-16).

¹³⁹ International Criminal Court, Assembly of States Parties, ICC-ASP/17/31, 28 November 2018, Annex III, Toolkit for the Implementation of the Informal Dimension of the Assembly Procedures Relating to Non-cooperation.

hususunda teşvik edileceklerdir¹⁴⁰. İkinci aşamada ise Google uyarısı, Twitter veya diğer sosyal medya kanalları üzerinden #hashtags uygulaması ile izleme yöntemidir. Bu yöntem sayesinde hakkında tutuklama kararı olan kişilerin ya google uyarısı yaratmak suretiyle ya da #hashtag'ler kullanılarak (örneğin "#tutuklama emri altındaki bireyin adı", "#seyahat", "#Uluslararası Ceza Mahkemesi", "#ev sahibi Devlet" vb.) sosyal medya kanalları üzerinden takip edilmesi amaçlanmaktadır¹⁴¹.

Toolkit uygulamasının üçüncü ayağını UCM ile bilgi paylaşımı oluşturmaktadır. Bu kapsamda tüm devletler, uluslararası ve bölgesel örgütler, sivil toplum kuruluşları, hakkında tutuklama emri olan kişilerin potansiyel seyahatleri hakkında edindikleri bilgileri paylaşmaya teşvik edilirler. Bu çerçevede iş birliği eksikliği konusunda iccnoncooperation@gmail.com e-posta adresi, hakkında tutuklama kararı olan kişilerin seyahat bilgilerinin paylaşılması bakımından da ICCArrest@icc-cpi.int e-posta adresi gibi ortak e-posta adresleri oluşturulmuştur¹⁴². Bu e-posta adreslerine gönderilecek e-mailler yalnızca sınırlı sayıdaki UCM personeli tarafından incelenecektir¹⁴³. Bilgi paylaşımının diğer ayağını taraf devletler ile bilgi paylaşımı oluşturmaktadır. Buna göre hakkında tutuklama kararı bulunan kişi ile ilgili bilgiler taraf devlet ile paylaşılacak ve taraf devlet kişinin yakalanıp UCM'ye teslimi için gerekli önlemleri alacaktır¹⁴⁴. Bilgi paylaşımı bakımından öngörülen son birim sivil toplumdur. Özellikle UCM ile yakın ilişki içinde bulunan Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu (Coalition for the International Criminal Court) ve İnsan Hakları İzleme Örgütü (Human Rights Watch) gibi sivil toplum kuruluşlarının bilgilendirilmesi öngörülmektedir. Hakkında tutuklama kararı olan kişilerin seyahatleri bu sivil toplum kuruluşları ile paylaşılarak onların bölgesel ve yerel ağları sayesinde bilginin yayılması amaçlanmaktadır¹⁴⁵.

Sonuç olarak her iki siyasi organın da alabileceği yaptırım kararlarının oldukça geniş olduğu açıktır. Fakat BM Güvenlik Konseyi'nin iş birliği konusunda yalnızca uyarıda bulunması veya tamamen tepkisiz kalması, TDM'nin de politik baskının ötesine geçemeyen

¹⁴⁰ International Criminal Court, Assembly of States Parties, ICC-ASP/17/31, 28 November 2018, Annex III, Toolkit for the Implementation of the Informal Dimension of the Assembly Procedures Relating to Non-cooperation.

¹⁴¹ International Criminal Court, Assembly of States Parties, ICC-ASP/17/31, 28 November 2018, Annex III, Toolkit for the Implementation of the Informal Dimension of the Assembly Procedures Relating to Non-cooperation.

¹⁴² International Criminal Court, Assembly of States Parties, ICC-ASP/17/31, 28 November 2018, Annex III, Toolkit for the Implementation of the Informal Dimension of the Assembly Procedures Relating to Non-cooperation.

¹⁴³ International Criminal Court, Assembly of States Parties, ICC-ASP/17/31, 28 November 2018, Annex III, Toolkit for the Implementation of the Informal Dimension of the Assembly Procedures Relating to Non-cooperation.

¹⁴⁴ International Criminal Court, Assembly of States Parties, ICC-ASP/17/31, 28 November 2018, Annex III, Toolkit for the Implementation of the Informal Dimension of the Assembly Procedures Relating to Non-cooperation.

¹⁴⁵ International Criminal Court, Assembly of States Parties, ICC-ASP/17/31, 28 November 2018, Annex III, Toolkit for the Implementation of the Informal Dimension of the Assembly Procedures Relating to Non-cooperation.

uygulamaları nedeniyle etkin bir iş birliği rejimi sağlanamamıştır. Bu durum UCM'nin yargılama yetkisini kısıtlayarak işlevselliğine büyük ölçüde zarar vermektedir.

SONUÇ

Giriş kısmında belirttiğimiz üzere Roma Statüsü *ad hoc* mahkemelerde benimsenen dikey iş birliği modelin aksine yatay iş birliği modelini benimsemiştir. Yatay model devlet egemenliğini öncelikle ve devlet çıkarlarına yönelik istisnalar yaratmıştır. Fakat dikey ilişki benimsenen ve uluslararası toplumun çıkarlarını üstün tutan *ad hoc* mahkemelerin uygulamalarında da BM Güvenlik Konseyi'nin ihlal bildirimlerine tepkisiz kaldığı görülmektedir. Buradan hareketle BM Güvenlik Konseyi'nin UCM ile iş birliği sağlanması konusundaki tepkisizliğini hukuki gerekçelerle açıklamak oldukça güçtür. BM Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesinin üçü Roma Statüsü'ne taraf değildir. Bu nedenle BM Güvenlik Konseyi'nin UCM talepleri karşısında siyasi bir endişe ile hareket ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

TDM her ne kadar yenilikçi önlemler almaya başlamış olsa da aldığı tüm önlemlerin politik baskının ötesine geçemeyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak TDM tarafından alınacak bazı tedbir kararlarının kolektif olarak uygulanmasının ilgili devlet üzerinde etki yaratacağı mutlak gözükmemektedir. Zira *ad hoc* YUCM Savcısı da devletlerin kolektif yaptırım uygulamalarının çok daha etkili sonuçlar doğurduğunu teyit etmiştir.

Sonuç olarak rıza temelli sistem UCM ile iş birliği konusunda da etkinliğini sürdürmektedir. İş birliği yükümlülüğü BM Güvenlik Konseyi kararı ile doğmuş olsa bile devletlerin fiilen iş birliğine yanaşmaması hâlinde UCM'nin soruşturma veya kovuşturmayı devam ettirebilmesi mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda etkili bir şekilde çalışabilmesi devletlerin iş birliğine bağlı olan UCM, iş birliğini güvence altına almak zorundadır. Zira devlet iş birliğinin sağlanması UCM'nin etkililiği, uluslararası cezasızlığın önlenmesi ve ceza adaletinin sağlanması açısından hayati öneme sahiptir.

KAYNAKÇA

- Akande, Dapo, "International Law Immunities and the International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, C: 98, S: 3, 2003, s. 407-433.
- Akande, Dapo "The jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of non-parties: Legal Basis and Limits", *Journal of International Criminal Justice*, C:1, S:3, 2003, s.618-650.
- Akande, Dapo and Dias, Souza, "Cooperation with the ICC-what the Security Council and ASP Must Do", *JSS Africa Report*, Cilt 15.
- Bekou, Olympia "Dealing with Non-Cooperation at the ICC: Towards a More Holistic Approach", *International Criminal Law Review*, Vol.19, Issue 6, 2019.
- Binder, Guyora, *Treaty Conflict and Political Contradiction: The Dialectic of Duplicity*, Praeger, New York, 1988.
- Boschiero, Nerina, "The ICC Judicial Finding on non-cooperation against the DRC and No- Immunity for Al-Bashir Based on UNSC Resolution 1593", *Journal of International Criminal Justice*, C:13, S:3, 2015, s.625-653.
- Bo, Marta "The Situation in Libya and the ICC's Understanding of Complementarity in the Context of UNSC- Referred Cases", *Criminal Law Forum*, Cilt 25, Sayı 3.
- Candan, Tolga ve Kayacan, Derya Nur "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin Hakkında Tutuklama Kararı", *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2023, s.971-1006.
- Cassese, Antonio, "On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law", *European Journal of International Law*, Cilt 9, Sayı 2, 1998.
- Ciampi, Annalisa "Legal Rules, Policy Choices and Political Realities in the Functioning of the Cooperation Regime of the International Criminal Court", *Cooperation and the International Criminal Court*, (Editörler Dominic McGoldrick ve David Harris), Leiden, Brill Nijhoff, 2016.
- Cryer, Robert; Friman, Hakan; Robinson, Darryl and Wilmschurst, Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, (2nd Edition), Cambridge, Cambridge University Press.
- Crootof, Rebecca, "Change Without Consent: How Customary International Law Modifies Treaties", *Yale Journal of International Law*, C: 41, 2016, s. 238-283.
- Dietz, S. Jeffrey, "Protecting the Protectors: Can the United States Successfully Exempt US Persons from The International Criminal Court with US Article 98 Agreements", *Houston Journal of International Law*, C:27, S:1, 2004, s.139-179.
- Dönmezer, Sulhi; Erman, Sahir vd., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, (14. Baskı), İstanbul, Der Yayınları, 2021.
- Erkiner, Hakkı Hakan, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Gaeta, Paola, "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?", *Journal of International Criminal Justice*, C: 7, S: 2, 2009, s.315-332.
- Guzman, Andrew, "The Consent problem in International Law", UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series, 2011.
- Greenawalt, Alexander KA. "International Criminal Court: Decisions Pursuant to Article 87 (7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi and the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir & African Union Response", *International Legal Materials*, C.51, S.2, 2012, s.393-417.

- Imoedemhe, Ovo Catherine, *Complementarity Regime of the International Criminal Court*, 1. Baskı, Springer, Leicester, United Kingdom, 2017.
- Joyner, H. Daniel, "The Security Council as a Legal Hegemon", *Georgetown Journal of International Law*, C:43, S: 2, 2011, s.225-251.
- Jones, Annika, "Non-cooperation and the Efficiency of the International Criminal Court", *Cooperation and the International Criminal Court*, (Editörler Dominic McGoldrick ve David Harris), Leiden, Brill Nijhoff, 2016.
- Kassoti, Eva, "Beyond State Consent? International Legal Scholarship and the Challenge of Informal International Law-Making", *Netherlands International Law Review*, C: 63, S: 2, 2016, s. 99-131.
- Krisch, Nico, "The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods", *American Journal of International Law*, C:108, S:1, 2014, s. 1-40.
- Kreß, Claus and Prost, Kimberly, "Requests for Cooperation: General Provisions", *The Rome Statute of the International Criminal Court*, (Editörler: Kai Ambos and Otto Triffterer), Baden, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2015.
- Kuşoğlu, Baran, "Libya: Arap Baharı'na NATO "Katkısı", *Yasama Dergisi*, Cilt 22, 2012.
- Lin, Lorraine Smith-van "Non-compliance and The Law and Politics of State Cooperation: Lessons From the Al Bashir and Kenyatta Cases", *Cooperation and the International Criminal Court*, (Editörler Dominic McGoldrick ve David Harris), Leiden, Brill Nijhoff, 2016.
- Lee, Katie A., "Kenyatta and the Government Shield: Leveraging Article 87 (7) as a Tool for Cooperation at the International Criminal Court", *Berkeley Journal of International Law*, Cilt 38, 2020.
- Lister, Matthew, "The Legitimizing Role of Consent in International Law", *Chicago Journal of International Law*, C: 11, S: 2, 2010.
- Lhotský, Jan, "The ICC Arrest Warrant for the Sudanese President Omar al-Bashir in Connection with his Visit to the Republic of South Africa", *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, C:7, S:1, 2016, s.330-341.
- Lauterpacht, Hersch, "The Covenant as the Higher Law", *British Year Book of International Law*, C:17, 1936.
- Pavel, E. Carmen, *Law Beyond the State: Dynamic Coordination, State Consent, and Binding International Law*, Oxford University Press, 2021.
- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, (Gözden Geçirilmiş 21. Baskı), Ankara, Turhan Kitabevi, 2022.
- Pirim, Ceren Zeynep "Görevdeki Devlet Başkanlarının Dokunulmazlıkları ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Vladimir Putin Hakkında Çıkarıldığı Tutuklama Kararının Uluslararası Hukuka Uygunluğu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 2023, (s.1035-1070).
- Rastan, Rod, "Testing Co-operation: the International Criminal Court And National Authorities", *Leiden Journal of International Law*, Cilt 21, Sayı 2, 2008.
- Shaw, N. Malcolm, *International Law*, Sixth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Senyonjo, Manisuli, "II. The International Criminal Court Arrest Warrant Decision for President Al Bashir of Sudan", *International & Comparative Law Quarterly*, C:59, S:1, 2010, s. 205-225.
- Steytler, Isabeau, "A Structuralist Approach to the ICC/AU Conflict over the Immunity of Al-Bashir", *South African Yearbook of International Law*, C: 45, S: 1, 2020, s. 1-25.
- Şafak, Erdi, "Uluslararası Hukukta Yaptırım Kavramı ve Devletler Açısından Bağlayıcılığı Meselesi", *Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2021

Şen, Ersan Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Tallman, A. David, "Catch 98 (2): Article 98 Agreements and the Dilemma of Treaty Conflict", Georgetown Law Journal, C:92, S:5, 2004, s.1033-1056.

Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Rifat Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, (Güncellenmiş 7. Baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Tezcan, Durmuş, "Uluslararası Adalet Divanı Açısından Uluslararası Adli Yardım", Uluslararası Ceza Divanı, (Editör Feridun Yenisey), İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2007.

Thakur, Ramesh, "Law, Legitimacy and United Nations", Melbourne Journal of International Law, C:11, S:1, 2010, s.1-26.

Tladi, Dire, "The duty on South Africa to Arrest and Surrender President Al-Bashir under South African and International law: A Perspective from International Law", Journal of International Criminal Justice, C: 13, S: 5, 2015, s.1027-1047.

Tladi, Dire, "The ICC decisions on Chad and Malawi: on Cooperation, Immunities, and Article 98", Journal of International Criminal Justice, C:11, S:1, 2013, s.199-221.

DİĞER KAYNAKLAR

Al Bashir Case, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>, (Erişim: 11.06.2024).

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium), International Court of Justice, 14 February 2002, ICJ Reports.

Assembly Procedures Relating to Non-cooperation, ICC-ASP/10/Res.5 as amended by ICC-ASP/11/Res. 8, Annex.1.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 31 Mart 2005 tarihli 1593 sayılı Kararı, <<https://digitallibrary.un.org/record/544817>, (Erişim: 08.09.2023).

Communiqué of the 207th Meeting of the Peace and Security Council at the Level of the Heads of State and Government, Doc. PSC/ AHG/COMM.1(CCVII), Oct. 29, 2009.

Decision on the meeting of African states parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), Doc. Assembly/AU/13(XIII), 13th Ordinary Session of the Assembly of the AU, Sirte, July 1–3, 2009.

Human Rights Watch, "Hold Your Heart" Waiting for Justice in Kenya's Mt. Elgon Region, https://www.hrw.org/reports/kenya1011_ToUpload_0.pdf, (Erişim: 23.04.2024).

International Commission of Inquiry on Darfur, Report to the Secretary-General, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, Geneva, 25 January 2005.

Institut de Droit International (The Institute of International Law), Resolution on Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and Government in International Law (2001), Article 2.

ICC, Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09 (4 March 2009).

ICC, Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest, ICC-02/05-01/09 (12 July 2010).

- ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-139, (12 December 2011).
- ICC, Pre-Trial Chamber I, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Refusal of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation requests issued by the Court with respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-140-tENG, (13 December 2011).
- ICC, Decision Under Article 87(7) of The Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender or Omar Al-Bashir, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/05-01/09, (11 December 2017).
- ICC, Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al-Bashir Judgement in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal (Jordan Appeals Decision), ICC-02/05-01/09-397-Corr, Appeals Chamber (6 May 2019).
- ICC, Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Decision on the Non-compliance by Libya with Requests for Cooperation by the Court and Referring the Matter to the United Nations Security Council, Pre-trial Chamber I, ICC-01/11-01/11, 10 December 2014.
- ICC Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Second Decision on Prosecution's Application for a Finding of Non-Compliance under Article 87(7) of the Statute, Trial Chamber v(B), ICC-01/09-02/11, 19 September 2016.
- ICC, Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir Decision on the Prosecutor's Request for a Finding of Non-Compliance Against the Republic of the Sudan, ICC-02/05-01/09-227, 9 March 2015.
- ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09, 13 December 2011.
- ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Refusal of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09, 13 December 2011.
- ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/05-01/09, 9 April 2014.
- ICC, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Non-compliance by the Republic of Uganda with the Request to Arrest and Surrender Omar Al-Bashir to the Court and Referring the Matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/05-01/19, 11 July 2016.
- ICC, Decision Under Article 87(7) of The Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender or Omar Al-Bashir, Pre-Trial Chamber II, ICC-02/05-01/09, 11 December 2017.
- ICC, Situation in the Libyan Arab Jamahiriya Warrant of Arrest for Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, ICC-01/11-13, 27 June 2011.
- ICC, Situation in the Libyan Arab Jamahiriya Warrant of Arrest for Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-14, 27 June 2011.
- ICC, Situation in the Libyan Arab Jamahiriya Warrant of Arrest for Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-15, 27 June 2011.

- ICC, Decision on Libya's Submissions regarding the Arrest of Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11, 7 March 2012.
- ICC, Decision regarding the Second Request by the Government of Libya for Postponement of the Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11, 4 April 2012.
- ICC, Decision on the postponement of the execution of the request for surrender of Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to article 95 of the Rome Statute, ICC-01/11-01/11, 1 June 2012.
- ICC, Application on behalf of the Government of Libya relating to Abdullah Al-Senussi Pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11, 2 April 2013.
- ICC, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11, 11 October 2013.
- ICC, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi Against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the Admissibility of the Case Against Abdullah Al-Senussi", ICC-01/11-01/11 OA 6, 24 July 2014.
- ICC, Situation in Libya in the Case of the Prosecutor v. Saifal-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Decision on the Admissibility of the Case Against Abdullah Al-Senussi, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/11-01/11, 11 October 2013.
- ICC, Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Defence Response to 'Prosecution notice regarding the provisional trial date' (ICC-01/09-02/11-944) and Request to Terminate the Case against Mr Kenyatta, ICC-01/09-02/11-945-Red, 10 September 2014.
- ICC, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, 31 March 2010.
- ICC, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-02/11, 23 January 2012. ICC, Decision on Prosecution's application for a Finding of Non-compliance under Article 87(7) of the Statute, : ICC-01/09-02/11, 3 December 2014.
- ICC, Decision on the Cooperation of the Federal Republic of Nigeria Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court, 5 September 2013.
- ICC Weekly Update, Situation in Libya, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/E9BDEF9C-96AC-45DB-8796-F5B6F9110809/283940/Ed102Eng1.pdf>, (Erişim:17.04.2024).
- ICC, Assembly of States Parties, ICC-ASP/17/31, 28 November 2018, Annex III, Toolkit for the Implementation of the Informal Dimension of the Assembly Procedures Relating to Non-cooperation.
- International Criminal Court - Article 98 Agreements Research Guide, <https://guides.ll.georgetown.edu/c.php?g=363527&p=2456099>, (Erişim: 29.09.2023).
- ICC-OTP, Informal Expert Paper, Fact-Finding and Investigative Functions of the Office of the Prosecutor, Including International Co-operation, ICC, 2003, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/20BB4494-70F9-4698-8E30-907F631453ED/281983/state_cooperation.pdf, (Erişim:16.01.2024).
- Judgment on the Prosecutor's Appeal against Trial Chamber V(B)'s "Decision on Prosecution's application for a finding of Non-compliance under Article 87(7) of the Statute", ICC-01/09-02/11-1032 OA5.
- Letter of National Transitional Council, 23 November 2011, ICC-01/11-01/11-34-Anx.
- Prosecutor v. Tihomir Blaskic Decision on the objection of the Republic of Croatia to the Issuance of *subpoena duces tecum* IT-95-14-PT, 18 July 1997.
- Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, (Request to the Libyan Arab Jamahiriya for the Arrest and Surrender of Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi) ICC-01/11-01/11, 4 July 2011.

- Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, (Decision to Terminate the Case Against Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi), ICC-01/11-01/11, 22 November 2011.
- Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, (Decision on the Admissibility of the Case against Saif Al-Islam Gaddafi) ICC-01/11-01/11, 31 May 2013.
- Prosecutor v. Kenyatta, ICC-01/09-02/11-866, Prosecution Application for a Finding of Non-compliance Pursuant to Article 87(7) Against the Government of Kenya, 2 December 2013.
- Prosecutor v. Kenyatta, ICC-01/09-02/11-983, Notice of Withdrawal of the Charges Against Uhuru Muigai Kenyatta, 5 December 2014.
- Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova, Press Release: 17 March 2023, <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>, (Erişim:08.09.2023)).
- Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-31-Red, Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali (Public Redacted Version), 15 December 2010.
- Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state>, (Erişim: 21.05.2024).
- UNSC Resolution 827; 25 May 1993, S/RES/827.
- UNSC RES 955, 8 November 1994, S/RES/955.
- UNSC Resolution 1593; 31 March 2005, S/RES/1593.
- UNSC Resolution 1970, 26 February 2011, S/RES/1970.
- UNSC, Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1591 (2005) Concerning the Sudan, <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1591>, (Erişim: 14.05.2024).
- UNSC, Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1970 (2011) Concerning Libya, <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1970>, (Erişim: 14.05.2024).
- The Office of The Prosecutor, Twenty-Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005), 15 December 2015.

EXTENDED SUMMARY

VIOLATION OF COOPERATION OBLIGATIONS WITH THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND ENFORCEMENT MECHANISMS

Zeynep Erhan Bulut, Assist. Prof.

Çankırı Karatekin University, zeynep.erhan@karatekin.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-5766-126X>

The International Criminal Court (ICC) was established on 1 July 2002. The ICC aims to strengthen international cooperation and ensure that serious crimes do not go unpunished. It is an independent judicial body that has the authority to prosecute only individuals. The ICC is also a treaty-based institution that heavily relies on state cooperation. The key consequence of the Rome Statute being a treaty is that it only imposes rights and obligations on states that are parties to it. One of the most significant obligations imposed on the state parties by the Rome Statute is to ensure effective cooperation. Article 86 of the Rome Statute regulates that “States Parties shall, in accordance with the provisions of this Statute, cooperate fully with the Court in its investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court”. For non-party states, Article 87(5) stipulates that “the Court may invite any State not party to this Statute to provide assistance under this Part on the basis of an ad hoc arrangement, an agreement with such State or any other appropriate basis”.

The Ninth Part of the Rome Statute contains detailed provisions regarding cooperation for both state parties and non-parties. The ICC does not have its own enforcement power. Due to lack of its own enforcement powers, the ICC relies on effective state cooperation for its activities such as gathering evidence, hearing witnesses, protecting witnesses, and arresting and surrendering individuals to the Court. Yet the Court could not ensure effective state cooperation. The primary reason for this is that the Statute, as a treaty, establishes a voluntary cooperation regime.

The second consequence of the treaty-based voluntary cooperation regime is that states can resort to the exceptions to the cooperation obligations under the Rome Statute. According to these exceptions, states may avoid cooperation by referring to reasons accepted under the Rome Statute. Therefore, a requested State may request consultation, alteration, or delay of the requested cooperation due to national security concerns (article 72), interests of third parties (article 93), conflicting extradition requests from a non-State Party, or competing cooperation requests, among other reasons (article 90). Another important regulation regarding cooperation is article 98 which states that the ICC may not proceed with a request for surrender which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international

law. These restrictions and exceptions do not exist in the practices of ad hoc tribunals, as the general cooperation obligation specified in their Statutes is binding on all member states under Chapter VII of the UN Charter.

Another significant consequence of the Rome Statute being an international treaty is the uncertainty and weakness of the sanction mechanism. Article 122(2)(f) of the Statute grants the Assembly of States Parties (ASP) the authority to assess issues arising from states' refusal to cooperate with the ICC. The most significant sanction in this context is the diplomatic pressure exerted by the ASP. If the situation is referred to the ICC by the UN Security Council under Article 13(b), the Security Council takes necessary measures to force the state to cooperate with the Court. As will be detailed below, decisions taken by both the ASP and the UN Security Council have not had significant effects on states. For instance, despite the ICC reporting the non-cooperation of Libya and Sudan to the UN Security Council, no sanctions have been imposed by the Council. Similarly, ASP decisions have not gone beyond diplomatic pressure and have not created an effective cooperation mechanism.

The voluntary cooperation regime, which is the result of the Rome Statute's effort to balance state sovereignty and the interests of the international community, causes many problems in the functioning of the ICC. In this context, the first part of this study will outline the legal framework of the cooperation regime envisaged by the Court. In the second part of the study, the voluntary cooperation regime will be analyzed in light of the ICC's decisions on Sudan, Libya and Kenya. The final section of the study will critically examine the impact of the measures taken by the Assembly of States Parties and the UN Security Council on the functioning of the Court.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

ULUSLARARASI YAKLAŞIMLA YAPAY ZEKÂ VE YAPAY ZEKÂ MARİFETİYLE DELİLLERE ERİŞİM

ARTIFICIAL INTELLIGENCE FROM AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE AND ACCESS TO EVIDENCE THROUGH ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Doç. Dr. İslam Safa Kaya*

Huzeyfe Karabay*

ÖZ

Yapay zekânın günümüzde oldukça merak uyandıran kavramların başında geldiğini görmekteyiz. Bilimin pek çok alanında bugün yapay zekâ konuşulmaktadır. Artısıyla eksisiyle doktrinde tartışılan yapay zekâ, hukuk biliminin de ilgisini çekmeyi başarmıştır. Yapay zekâ kullanılarak geliştirilen uygulamalar, hukukun işini kolaylaştırmaya yarayacak şekilde işlerlik kazanmaktadır. Bilhassa ceza muhakemesinde delile erişimde yapay zekânın aktif olarak kullanılması yargı makamlarının işlerini kolaylaştıracaktır; ancak diğer taraftan da bu uygulama içerisinde soru işaretlerini de her zaman barındıracaktır. Zira delile erişen bir yapay zekânın yargılama makamlarını manipüle etme ihtimali hiçbir zaman gözlerden uzak tutulmamalıdır. Yapay zekâ uluslararası hukukun da bir parçası olmayı başarmıştır. Hâlihazırda Avrupa Birliği'nde yapay zekâyla ilgili kapsamlı kurallar hazırlanmaktadır. Bu kurallar yürürlüğe girdiğinde uluslararası çapta dünyanın ilk yapay zekâ kuralları olacaktır. Kuşkusuz bu adım oldukça önemli olmakla birlikte uygulanabilirliği hususunda ulusal makamların göstereceği reaksiyon da önem arz edecektir. Gerek ulusal düzenlemelerle gerekse uluslararası düzenlemelerle yapay zekânın çağın gereklerine uygun olarak kodifiye edilmesi gerekmektedir. Ceza muhakemesi nazarından da yapay zekânın kullanım alanları, menfi ve müspet yanları etraflıca değerlendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, delil, ceza, uluslararası hukuk, ceza muhakemesi.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı

📧 0000-0001-5681-0756 ✉️ islamsafakaya_6@hotmail.com

* Avukat, Kırıkkale Belediyesi.

📧 0000-0001-7640-187X ✉️ hkarabay@gmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

We see that artificial intelligence is one of the most intriguing concepts today. Artificial intelligence is discussed in many fields of science today. Artificial intelligence, which is discussed in the doctrine with its pros and cons, has also managed to attract the attention of legal science. Applications developed using artificial intelligence are gaining functionality in a way to facilitate the work of the law. Especially in criminal procedure, the active use of artificial intelligence in accessing evidence will facilitate the work of the judicial authorities; however, on the other hand, this practice will always contain question marks. The possibility that an artificial intelligence accessing evidence may manipulate the judicial authorities should never be kept out of sight. Artificial intelligence has also become a part of international law. Comprehensive rules on artificial intelligence are currently being prepared in the European Union. When these rules come into force, they will be the world's first artificial intelligence rules on an international scale. While this step is undoubtedly very important, the reaction of national authorities regarding its applicability will also be important. Both national and international regulations should codify artificial intelligence in accordance with the requirements of the age. From the perspective of criminal procedure, the areas of use of artificial intelligence, its negative and positive aspects should be thoroughly evaluated.

Keywords: Artificial intelligence, evidence, criminal, international law, criminal procedure.

GİRİŞ

Günümüzde yapay zekâ risklerinin gerçek olduğu; ancak üstesinden gelemeyeceğimiz bir şey olmadığı söylenebilir. Buradan, insan ürünü yapay zekâyı kontrol etmenin de yine insanın kudretinde olduğu sonucu çıkarılabilir. Yani geliştiriciler tarafından sınırları çizilmiş bir yapay zekâ aygıtının/uygulamasının sınırlarını aşması normal şartlarda beklenemez; fakat bu yapay zekânın tahmin edemeyeceğimiz şekilde gelişim gösterip geliştiricisine meydan okuması da ihtimal dâhilindedir. Risklerinin her zaman var olduğu ve olacağı yapay zekânın konumuz için önemi bu noktada kendisini göstermektedir. Gelecekte, hukukla bağlantılı konularda yapay zekâyı ihtiyacımız gerçekten olacaksa, riskleri minimize etmek için de güçlü argümanlara sahip olmamız elzemdir.

“Acaba tüm işlerimizi otomatikleştirmeli miyiz? Önünde sonunda bizlerden sayıca üstün, akıllı ve bizim yerimizi alabilecek insan olmayan zihinler mi geliştirmeliyiz? Uygarlığımızın kontrolünü kaybetme riskini göze almalı mıyız?” Bu sorular bir sivil toplum kuruluşu olan Yaşamın Geleceği Enstitüsü'nün açık mektubunda soruldu.¹ En gelişmiş yapay zekâ formlarının oluşturulmasında altı aylık bir “duraklama” çağrısında bulunan mektup, aralarında Elon Musk'ın da bulunduğu teknoloji dünyasının önde gelen isimleri tarafından imzalandı. Bu; yapay zekâ alanındaki hızlı ilerlemenin, teknolojinin potansiyel tehlikelerine ilişkin kaygıları nasıl tetiklediğinin en belirgin örneği olarak karşımıza çıkmaktadır.²

Alkışlayalım ya da çekinelim yapay zekâ bugünden geleceği inşa etmekte oldukça mahir. Yapay zekânın bilimin hemen her alanında karşımıza çıkmaya başladığı çağımızda, hukukun da bundan nasibini aldığını görmekteyiz. Konumuz perspektifinde yapay zekânın ceza hukukuyla ve özellikle ceza muhakemesi hukukuyla ilişkisini delil kavramı üzerinden irdeleyeceğiz.

Delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için hukuka uygun yollardan elde edilmesi gerekmektedir. Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin ceza muhakemesinde bir hükmü yoktur. Bu nedenle yapay zekânın da hukuka aykırı delilleri ayırt edebilecek şekilde geliştirilmesi gerekmektedir.

Aşağıda öncelikle uluslararası yaklaşımla yapay zekâ, yapay zekâ ve delil kavramlarını açıklayacağız. Akabinde ceza muhakemesinde delil kavramına yakından bakacağız. Son olarak da delile erişimde yapay zekâ kullanımına değineceğiz.

¹ “Pause Giant AI Experiments: An Open Letter”, son güncelleme 02.05.2024, <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/>.

² “How to worry wisely about artificial intelligence”, son güncelleme 20.04.2023, https://www.economist.com/leaders/2023/04/20/how-to-worry-wisely-about-artificial-intelligence?utm_medium=cpc.adword.pd&utm_source=google&ppcampaignID=18151738051&ppcadID=&utm_campaign=a.22brand_pmax&utm_content=conversion.direct-response.anonymous&gclid=EAIaIQobChMIsvN9NjogQMVHIttoCR05-gXdEAAYA-SAAEgKJsvD_BwE&gclsrc=aw.ds.

I. ULUSLARARASI YAKLAŞIMLA YAPAY ZEKÂ, YAPAY ZEKÂ VE DELİL KAVRAMLARI

A. YAPAY ZEKÂ KAVRAMI VE ULUSLARARASI YAKLAŞIM

Kavram olarak yapay zekâ; bir makineye algılama, muhakeme etme, öğrenme ve etkileşim kurma gibi bilişsel işlevleri yerine getirme yeteneği sağlayan güçlü bir teknolojik dalgadır. Yapay zekâ, yeterli olgunluğa ve yakınsamaya ulaşmış üç teknolojik gelişme sayesinde iş problemlerini çözerek hızla hayatımıza girmiştir. Bunlar:

- Algoritmalarındaki ilerleme,
- Devasa veri,
- Düşük maliyetle artan hesaplama gücü ve depolamadır.

Seksenli yıllarda benzer bir dalga, hesaplama gücünün çok ucuz ve uygun fiyatlı hâle geldiği kişisel bilgisayar teknolojileri ile dünyayı dönüştürmüştür. Aynı şekilde, yapay zekâ da tahmini ucuz ve uygun maliyetli hâle getirerek rutin ve tekrarlanabilir işlerin makineler aracılığıyla anında otomatikleştirilmesine imkân sağlamaktadır.³

En basit hâliyle yapay zekâ, normalde insan zekâsı gerektiren görevleri yerine getiren bilgisayar programlarının geliştirilmesi ve kullanılmasıdır. Şu anda ve öngörülebilir gelecekte, mevcut yapay zekâ yetenekleri, bilgisayarların insanın yalnızca belirli bilişsel işlevlerine yaklaşmasına, bunları başarmasına veya aşmasına izin vermektedir. Ancak bu becerinin insanın bütün bilişsel işlevlerini kapsadığı söylenememektedir. Bazı araştırmacılar, bazen “genel zekâ” veya “süper zekâ” olarak adlandırılan, insan zihniyle eşleşebilecek veya onu gölgede bırakabilecek bilgisayarlar geliştirmek için çalışıyor olsa da, böyle bir başarı muhtemelen onlarca yıl uzaktır. Bu nedenle; insan muhakemesine, çıkarımına, sağduyusuna, kişilerarası becerilerine ve deneyimine dayanan önemli hukuki yeteneklerin, bugün çalışan herhangi bir avukatın yaşamı boyunca değerli olmaya devam edeceği öngörülmektedir.⁴

Çağımızın en önemli teknolojilerinden birini temsil etmesine rağmen, yapay zekânın ortak ya da kabul görmüş bir tanımının bulunmadığını da yeri gelmişken belirtelim. Amerika Birleşik Devletleri'nde Obama yönetimi tarafından Ekim 2016'da yayınlanan bir raporda⁵ yapay zekâ için şu ifadeler kullanılmaktadır: “Bazıları yapay zekâyı, genellikle zekâ gerektirdiği düşünülen davranışlar sergileyen bilgisayarlı bir sistem olarak tanımlamaktadır. Diğerleri ise yapay zekâyı, karmaşık sorunları rasyonel bir şekilde çözebilen veya karşılaştığı gerçek dünya koşullarında hedeflerine ulaşmak için uygun eylemleri gerçekleştirebilen bir sistem olarak

³ Mustafa Ergen, “What is Artificial Intelligence? Technical Considerations and Future Perception”, *Anatol J Cardiol*, 22 (2019), s. 5. <https://jag.journalagent.com/anatoljcardiol/pdfs/AJC-79091-REVIEW-ERGEN.pdf>. (erişim: 25.08.2023).

⁴ Gary E. Marchant, “Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice”, *The SciTech Lawyer*, (2017), s. 21. https://www.iadclaw.org/assets/1/7/10.4_Marchant_ai_and_practice_of_law_SciTech_lawyer.pdf. (erişim: 28.08.2023).

⁵ “Preparing for the Future of Artificial Intelligence”, son güncelleme 30.12.2023, s. 6. https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf.

tanımlamaktadır.” Microsoft tarafından 2018 yılında yayınlanan bir kitapta yapay zekâ, “bilgisayarların; algılamasını, öğrenmesini, akıl yürütmesini ve insanların yaptıklarına benzer şekillerde sorunları çözmek için karar vermeye yardımcı olmasını sağlayan bir dizi teknoloji” şeklinde tanımlanmıştır. Avrupa Komisyonu'nun yapay zekâ ile ilgili tebliğinde⁶ ise kavram için, “çevrelerini analiz ederek ve belirli hedeflere ulaşmak için bir dereceye kadar özerklikle harekete geçerek akıllı davranışlar sergileyen sistemler” biçiminde bir tanıma yer verilmiştir.⁷

Yapay zekâ, normalde insan zekâsı gerektiren görevleri otomatikleştirmek için teknolojiyi kullanma olarak tanımlanırsa, yapay zekânın bu tanımı, teknolojinin genellikle insanlar gerçekleştirdiğinde zekâ içerdiği düşünülen belirli görev türlerini otomatikleştirmeye odaklandığını vurgular. Örneğin araştırmacılar; satranç oynamak, dilleri tercüme etmek ve araç sürmek gibi bazı karmaşık faaliyetleri otomatikleştirmek için yapay zekâ teknolojisini başarıyla uygulamışlardır.⁸

Günümüzün yapay zekâ sistemlerinin akıllı düşünme makineleri olmadığı, yapay zekâ sistemlerinin zekâ olmadan da faydalı, akıllı sonuçlar üretebildikleri de iddia edilmektedir. Bu görüşün yerleşmesinde, sistemlerin bunu büyük ölçüde sezgisel yöntemlerle -verilerdeki örüntüleri tespit ederek ve insanlar tarafından bilgisayarlar tarafından işlenebilecek formlara özel olarak kodlanmış bilgi, kural ve bilgileri kullanarak- yapmaları etkili olmaktadır. Bununla birlikte, bu yapay zekâ sistemleri bunu, insan düşüncesine benzemeyen veya eşleşmeyen hesaplama mekanizmaları kullanarak yapmaktadır.⁹

Yapay zekâ hayatımızı kolaylaştırır da sihirli olduğu söylenemez. Bütün yapay zekâ programları, insan kararlarını ve aynı zamanda sağlanması mümkün olmayan etkenlerin dengelenmesini (ödünleşim) içermektedir. Algoritmalar değerden bağımsız değildir. Yapay zekâ, insan hatasını veya önyargısını kopyalayabilmekte ya da yeni hata yahut önyargı türleri ortaya çıkarabilmektedir. Yargıçların, düzenleyicilerin ve politika yapımcıların bu önyargıları ve görüşünde objektif, veri odaklı süreçlerin nasıl ortaya çıkabileceğini anlamaları gerekmektedir. Örneğin; kendi kendini süren bir arabanın, alışveriş arabası ile bebek arabasına çarpma arasında seçim yapmak gibi bir ikilemde kalması durumunda -insanların kolayca etik seçim yaptığı dikkate alınırsa- nasıl bir karar vereceği önemlidir. Yine polis kaynaklarını suçun en yüksek olduğu yerlere tahsis etmeyi amaçlayan bir yapay zekâ sisteminin, polislik örüntülerindeki geçmiş önyargıları tekrarlayabilme ihtimali yok sayılmamalıdır.¹⁰

Yapay zekâ, günümüzde uluslararası hukukun üzerine eğildiği konulardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Yakın gelecekte yapay zekâ kurallarının etkisinin geniş çaplı olacağı

⁶ “Coordinated Plan on Artificial Intelligence”, son güncelleme 06.05.2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0795#:text=Artificial%20Intelligence%20refers%20to%20systems,autonomy%20—%20to%20achieve%20specific%20goals>.

⁷ James X. Dempsey, “Artificial Intelligence: An Introduction to the Legal, Policy and Ethical Issues”, *Berkeley Center for Law & Technology*, (2020). https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2020/08/Artificial-Intelligence-An-Introduction-to-the-Legal-Policy-and-Ethical-Issues_JXD.pdf. (erişim: 31.08.2023).

⁸ Harry Surden, “Artificial Intelligence and Law: An Overview”, *Georgia State University Law Review*, 35/4 (2019), s. 1307.

⁹ Surden, “Artificial Intelligence and Law: An Overview”, s. 1308.

¹⁰ Dempsey, “Artificial Intelligence: An Introduction to the Legal, Policy and Ethical Issues”, s. 7.

öngörülmektedir. Uluslararası hukukçuların özellikle otonom silah sistemleri üzerinde ciddi mesai harcadığı tahmin edilmektedir. Buradaki sorunun daha çok bu silahlar üzerindeki genel kontrol ve yetki devri ile ilgili olduğu görülmektedir.¹¹

Yapay zekânın uluslararası anlamda Avrupa Birliği (AB) tarafından kodifiye amaçlı ele alındığı söylenebilir. Zira AB, dijital stratejisinin bir parçası olarak, bu yenilikçi teknolojinin geliştirilmesi ve kullanılması için daha iyi koşullar sağlamak üzere yapay zekâyı düzenlemek istemektedir. Yapay zekânın; daha iyi sağlık hizmetleri, daha güvenli ve temiz ulaşım, daha verimli üretim, daha ucuz ve daha sürdürülebilir enerji gibi birçok fayda sağlayabileceği AB tarafından dillendirilmektedir. Bu amaçla Nisan 2021'de Avrupa Komisyonu, yapay zekâ için ilk AB düzenleyici çerçevesini önermiştir. Buna göre, farklı uygulamalarda kullanılacak yapay zekâ sistemleri analiz edilecek ve kullanıcılar için oluşturdukları riske göre sınıflandırılacaktır. Farklı risk seviyeleri, daha fazla veya daha az düzenleme anlamına gelecektir. Kurallar yürürlüğe girdiğinde bunların uluslararası çapta dünyanın ilk yapay zekâ kuralları olacağı söylenmektedir.¹²

Dünyada, yapay zekânın araştırma ve geliştirmesine yönelik Centre for AI and Digital Policy, The Future Society, Equal AI ve Global Partnership on Artificial Intelligence gibi birçok sivil toplum ve düşünce kuruluşunun politika oluşturduğu görülmektedir. Uluslararası kuruluşlar düzeyinde, Birleşmiş Milletler (BM) ve uzman kuruluşları merkezi bir rol oynamakta, Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) de yapay zekâ gelişimine büyük önem vermektedir. BM'nin Lahey'de kendi araştırma merkezi (UNICRI - Yapay Zekâ ve Robotik Merkezi) bulunmaktadır ve kuruluşun kendisi de yeni teknolojilerin avantajlarına ve fırsatlarına odaklanmaktadır; zira BM, bu teknolojileri sadece kuruluşların iç süreçlerini reforme etmek için değil aynı zamanda sürdürülebilir kalkınma hedeflerine ulaşmak için de değerli araçlar olarak görmektedir.¹³

AB'nin yapmak istediği düzenlemelerde, yapay zekâdan kaynaklanan risk düzeyine bağlı olarak sağlayıcılar ve kullanıcılar için yükümlülükler getirilmesi öngörülmektedir. Örneğin; kabul edilemez risk içeren yapay zekâ sistemleri, insanlar için tehdit olarak kabul edilen ve yasaklanacak sistemleri ifade etmektedir. Bunlar; insanların veya belirli savunmasız grupların bilişsel davranışsal manipülasyonu, biyometrik tanımlama sistemleri gibi riskleri barındırmaktadır. Güvenliği veya temel hakları olumsuz etkileyen yapay zekâ sistemleri yüksek riskli olarak değerlendirilmektedir. Yüksek risk iki kategoriye ayrılmaktadır: AB'nin ürün güvenliği mevzuatı kapsamına giren ürünlerde kullanılan yapay zekâ sistemleri ve AB veri tabanına kaydedilmesi gereken özel alanlara giren yapay zekâ sistemleri. Yüksek riskli bütün yapay zekâ sistemlerinin piyasaya sürülmeden önce ve ayrıca yaşam döngüleri boyunca değerlendirileceği vurgulanmaktadır. AB, ChatGPT gibi üretken yapay zekâ için de şeffaflık gerekliliklerine uymak zorunda kalacağı kurallar belirlemek istemektedir. Buna göre; içeriğin yapay zekâ tarafından

¹¹ Thomas Burri, "International Law and Artificial Intelligence", *German Yearbook of International Law*, 60 (2017), s. 107-108.

¹² "EU AI Act", son güncelleme 05.12.2023, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>.

¹³ András Hárs, "AI and International Law – Legal Personality and Avenues for Regulation", *Hungarian Journal of Legal Studies*, 62/4 (2022), DOI: 10.1556/2052.2022.00352, s. 329.

oluşturulduğunun açıklanması, modelin yasadışı içerik üretmesini önleyecek şekilde tasarlanması ve eğitim için kullanılan, telif hakkıyla korunan verilerin özetlerinin yayınlanması yapay zekâ sistemlerinden beklenmektedir. Son olarak AB, sınırlı risk içeren yapay zekâ sistemleri için de kurallar belirlemek niyetindedir. Sınırlı riskli yapay zekâ sistemleri, kullanıcıların bilinçli kararlar vermesine olanak sağlayacak asgari şeffaflık gerekliliklerine uymak zorundadır. Kullanıcı, uygulamalarla etkileşime girmesinin ardından bu uygulamayı kullanmaya devam etmek isteyip istemediğine karar verebilmeli, yapay zekâyla etkileşime girdiğinin farkında olmalıdır.¹⁴

13 Mart 2024 tarihinde AB Yapay Zekâ Yasası, Avrupa Parlamentosunda 523'e karşı 46 gibi büyük bir oy çoğunluğuyla kabul edilmiştir. Yapay Zekâ Yasası, yapay zekâyı düzenleyen dünyanın ilk bağımsız yasası olmayı başarmıştır. Bu resmi kabulün ardından Yasa, yasalaşmadan önce Konsey'in resmi onayına tabi olacaktır. Yasa, yürürlüğe girdikten sonra hemen uygulanabilir olmayacak; ancak kademeli ve aşamalı bir geçiş ve uygulama dönemine tabi olacaktır. Böylece yasaklanmış uygulamalara ilişkin yasaklar (yürürlüğe girdikten 6 ay sonra), uygulama kuralları (yürürlüğe girdikten 9 ay sonra), genel amaçlı yapay zekâ kuralları (yürürlüğe girdikten 12 ay sonra) ve yüksek riskli sistemler için yükümlülükler (yürürlüğe girdikten 36 ay sonra) hariç olmak üzere Yasa, yürürlüğe girdikten 24 ay sonra tamamen uygulanabilir hâle gelecektir.¹⁵

B. DELİL

Delil kelimesi Türkçede, “insanı aradığı gerçeğe ulaştırabilecek iz, kanıt, kılavuz” anlamlarını ihtiva etmektedir.¹⁶

İngilizcede *evidence* kelimesinin karşılığı olarak kullanılan delil kavramı, bir gerçeği kanıtlamak veya çürütmek amacıyla bir duruşma ya da yargılama sırasında sunulan tanıklığı ve somut nesnelere ifade etmektedir.¹⁷

“Evidence” kelimesi, Latince bir terim olan “evidentia”dan türemiştir ve açıkça göstermek, açıkça belli etmek, kesin olarak keşfetmek, tespit etmek veya kanıtlamak anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre delil, iddia edilen bir olgunun varlığını veya yokluğunu kanıtlamaya ya da çürütmeye yarayan bir şeydir. Belirli bir olgunun varlığını iddia eden taraf bu olgunun varlığını kanıtlamak, inkâr eden taraf ise bu olgunun varlığını çürütmek ya da yokluğunu kanıtlamak zorundadır. Ancak, geleneksel olarak delil olarak kabul edilen tüm olgular, delil hukuku açısından delil olmayabilir. Daha ziyade delil, söz konusu bir meseleyi kanıtlamak veya çürütmek amacıyla mahkeme önüne sunulan bir şeydir. Başka bir deyişle delil,

¹⁴ “EU AI Act”, son güncelleme 05.12.2023, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>.

¹⁵ “EU Formally Adopts World’s First AI Law”, son güncelleme 05.05.2024, <https://datamatters.sidley.com/2024/03/21/eu-formally-adopts-worlds-first-ai-law/#:~:text=On%20March%2013%2C%202024%2C%20the,of%20legislation%20for%20the%20EU>.

¹⁶ “Delil”, son güncelleme 01.09.2023, <https://sozluk.gov.tr>.

¹⁷ Randy Pierce, William Charlton ve Carole Murphey, *Handbook of Legal Terminology*, Mississippi: Mississippi Judicial College, 2020, s. 40.

tarafar arasındaki ihtilafli olguların doğruluğu ya da yanlışlığı konusunda mahkemeyi ikna etme aracıdır.¹⁸

“Adli” kelimesi, Latince “forensis” teriminden türemiştir. Genel kullanımda “adli” kelimesi “yasal” veya “mahkemelerle ilişkili” anlamına gelmektedir. Hukuk bilimi olarak da bilinen adli bilim, bir olayı araştırmanın ve yorumlamanın bilimsel yöntemidir. Kolluk kuvvetleri tarafından cezai soruşturmalarda ve mahkeme işlemlerinde bilimin uygulanması olarak da ifade edilmektedir. Adli bilime; kimya, anatomi, fizik, fizyoloji, tıp ve cerrahi gibi bütün bilim dalları gerektiğinde yardımcı olmaktadır ve bazı durumlarda, soruşturma memurunun veya bir mahkemenin suç ve faille ilgili kesin bir karara varması için bu bilimsel disiplinlerin tamamı gerekmektedir.¹⁹

Sonuç olarak ifade etmek gerekirse delil, bir suçun işlendiğini kanıtlayan her şeydir. Adli delil, mahkemede kullanılmak üzere bilimsel olarak üretilmiş bir delile atıf yapmaktadır. Adli delil elde etmek için balistik, kan testi, DNA testi ve diğer ilgili bilimsel yöntemler kullanılmaktadır. Adli deliller hem şiddet içeren hem de şiddet içermeyen vakaların çözülmesine yardımcı olmaktadır. Örneğin, DNA testleri cinayet ve cinsel saldırı ile ilgili vakaların çözümünde faydalı bir araçtır. Ayrıca balistik, suç mahallerinde kullanılan silahların test edilmesini sağlarken; yakın devre kameraları, telefonlar ve bilgisayar devreleri beyaz yaka suçları ve siber suçlarla ilgili davaların çözümünde önemli bir rol oynamaktadır.²⁰

II. CEZA MUHAKEMESİNDE DELİL

Ceza hukuku terimi olarak delil²¹, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda tanımlanmamakla birlikte kavram, 1983 tarihli Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik ile tanımlanmıştır. İlgili yönetmelikte delil, “meydana gelen bir suçun aydınlatılması ve suç sanıklarının tespitine yarayan her türlü ispat vasıtalarını” ifade etmektedir. Aynı yönetmelikte yine maddi delil kavramına da yer verilmiş, bu kavramsa; “itiraf ve şahâdet dışında kalan suç veya suç sanıklarıyla ilgili maddi (fiziki) bir yapıya sahip, canlı veya cansız, dokunulabilen şeyler” şeklinde

¹⁸ Kaysay Debesu ve Andualem Eshetu, “Law of Evidence Teaching Material”, *Justice and Legal System Research Institute*, (2009), s. 2. <https://chilot.files.wordpress.com/2011/06/law-of-evidence.pdf>. (erişim: 02.09.2023).

¹⁹ Sayedul Husan, “Role of Forensic Evidence in the Criminal Investigation: A Legal Analysis in Bangladesh Perspective”, *Traditional Journal of Law and Social Sciences*, 1/2 (2022), s. 182.

²⁰ William Smart Inyang ve Gabriel Femi Goodwil, “Forensic Evidence: How Does Admissibility Influence Weight in the Law of Evidence?”, *International Journal of Business, Economics and Law*, 21/5 (2020), s. 53.

²¹ Ceza muhakemesinde delil; gerçek olayı temsil etmeli, mantık kurallarına uygun olmalı, konuyla ilgi barındırmalı ve hukuka uygun olmalıdır. Ayrıca delilin içeriğini hâkimin yanı sıra taraflar da öğrenebilmelidir bk. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, s. 513-516. Ceza muhakemesinde delil kavramıyla ilgili detaylı bilgi için bk. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, s. 507 vd., Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2020, s.198 vd., Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2023, s. 300 vd., Ahmet Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınları, 2023, s. 282 vd., Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s. 118 vd., Fatih Birttek, *AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, Ankara: Adalet Yayınları, 2016, Doğan Gedik, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, Ankara: Adalet Yayınları, 2023, s. 39 vd.

tanımlanmıştır. Yani münhasıran “maddi delil” kavramının burada, delili bir bakıma somutlaştıran bir seçim olarak bilinçli bir şekilde kullanıldığı sonucu çıkarılabilecektir.

Soruşturmayla ilgili olarak “delil” terimi, suçu kanıtlamak veya çürütmek için mahkemeyi bilgilendirebilecek çok çeşitli bilgi kaynaklarını ifade etmektedir. Delil kaynakları, tanıkların gözlemlerinden fiziksel nesnelere incelenmesi ve analizine kadar her şeyi içerebilmektedir. Hatta olayların zaman çizelgesi içinde; insanlar, yerler ve nesnelere arasındaki mekânsal ilişkileri de içerebilmektedir. Mahkeme, bir suçlamanın makul bir şüphenin ötesinde kanıtlanıp kanıtlanmadığını belirlemek için çeşitli delil biçimlerinden çıkarımlar yapabilmekte ve sonuçlara ulaşabilmektedir.²²

Ceza adaleti sisteminde adli delillere yönelik muamelenin değerlendirilmesi ve reform önerilerinin ortaya konulması için öncelikle “adli delil” kavramının tanımlanması gerektirmektedir. Görünürde adli delil, suçların araştırılması ve kanıtlanması için bir bilim dalının veya bilimsel yöntemin kullanılmasından elde edilen delil anlamına gelmektedir. Buna göre bu ifade, psikoloji veya sosyal bilimlere gibi daha yumuşak çalışma alanlarından, biyoloji veya kimya gibi daha sert alanlara kadar geniş bir disiplinler yelpazesini kapsamaktadır. Dolayısıyla adli delil; DNA eşleşmesinden, akıl hastalığı teşhisine ve görgü tanığı teşhisinden, bilişsel önyargıları ortaya koyan bir çalışmanın sonuçlarına kadar her şeyi içermektedir.²³

Delillerin toplanması, delil kaynaklarından elde edilen delillerin cezai sürece dâhil edilmesini içeren faaliyettir. Bu; sanığın veya bir tanığın sorgulanmasını, bir kişinin, yerin yahut nesnenin incelenmesini, bir kişinin ya da binanın aranmasını da içerebilen kanıtlayıcı prosedürler vasıtasıyla yapılmaktadır.²⁴

Ceza muhakemesinde delil; fiilin fail tarafından işlenip işlenmediği hususunda yargılama makamının tam bir kanaat sahibi olmasını sağlamak üzere kullanılan, ceza uyumsuzluğuna vücut veren olayın bir bölümünü veya bütününe ispata yarayan, duyu organlarıyla algılanabilen, maddi varlığı haiz, hukuk düzeni tarafından kabul gören araçları ifade etmektedir. Başka bir deyişle delil, maddi gerçeği meydana çıkarmak maksadıyla hâkimin yararlandığı ispat vasıtalarının yekûnudur.²⁵

Ceza hukukunda delil serbestisinin geçerli olduğu görülmektedir. Buradan hareketle her şeyin delil olabilme potansiyeli vardır. Sadece Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 222. maddesinde sahteliği ispatlanmadığı müddetçe duruşma tutanağının tek ispat vasıtası olacağı belirtilmiştir. Bunun haricinde bir olayın mutlaka çerçevesi çizilmiş bir delille ispatlanması zorunluluğu bulunmamaktadır.²⁶ Bu hâliyle ceza muhakemesi bağlamında yapay zekâ tarafından elde edilen delillerin geçerli olmasında bir beis bulunmadığı neticesi çıkarılabilir. Ancak ceza

²² “What You Need to Know About Evidence”, son güncelleme 02.09.2023, <https://pressbooks.bccampus.ca/criminalinvestigation/chapter/chapter-3-what-you-need-to-know-about-evidence/>.

²³ Erin Murphy, “Forensic Evidence”, *Reforming Criminal Justice*, 3 (2017), s. 171.

²⁴ Jerzy Skorupka, “The Rule of Admissibility of Evidence in the Criminal Process of Continental Europe”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7/1 (2021), s. 97.

²⁵ Ahmet Gökçen ve Kerim Çakır, “Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları”, *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan*, 21/Özel Sayı (2019), s. 2912.

²⁶ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s. 581.

muhakemesinde bir aracın delil olarak nitelendirilebilmesi için birtakım özelliklere sahip olması gerekmektedir. Bu özellikler şunlardır:²⁷

- Delilin yargılamaya konu olayın bütününe ya da bir bölümünü ispata yaraması gerekmektedir.
- Delil, beş duyu organıyla algılanabilir olmalıdır.
- Delilin elde edilmesi mümkün olmalıdır.
- Delil hukuka uygun şekilde elde edilmeli, delil yasak bir nitelik göstermemelidir.
- Delilin sağlam ve güvenilir olması gerekmektedir.
- Delilin müşterekliği sağlanmalı; iddia, savunma ve yargılama makamlarının bilgisine arz edilmelidir.
- Delilin rasyonel olması, bilimle çelişmemesi gerekmektedir.

CMK m. 217'de; hâkimin, kararını sadece duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği, bu delillerin hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan herhangi bir delilin hâkim için bağlayıcı olacağı sonucu çıkarılamayacaktır. Nitekim ceza muhakemesine vicdani delil sisteminin nüfuz ettiği gerçektir; fakat şu da göz ardı edilmemelidir, teknik yöntemlerle ulaşılan neticelerin reddedilmesi için sağlam gerekçelerin bulunması gerekmektedir.²⁸ Yapay zekâ tarafından delile erişildiğinde, bu delillerin kabul edilmemesi hâlinde de reddin teknik gerekçelere dayandırılması son derece önemlidir.

Bilimsel yöntemlerle elde edilen deliller, kuşkusuz delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi karşısında oldukça güçlü bir konuma gelmeyi başarmıştır. Şüphenin söz konusu olmadığı, suçun kim tarafından işlendiğinin bilimsel olarak sarih olduğu bir ortamda delilin gücü ortaya çıkmaktadır.²⁹

CMK m. 148/3'te, yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza verilmiş olsa dahi delil sayılamayacağı ifade edilmiştir. CMK m. 206/2(a)'da ortaya konulması istenilen bir delilin kanuna aykırı olarak elde edilmesi hâlinde reddolunacağı hüküm altına alınmıştır. Yine CMK m. 289/1(i)'de, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması durumunda hukuka kesin aykırılık var sayılmaktadır. İlgili hükümler, delil konusunda ceza muhakemesinin oldukça titiz bir yaklaşım içerisinde olduğunu göstermektedir. Anayasa m. 38'de de kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Ceza muhakemesinde bazı delillere ulaşılmasında bir sınırlama söz konusu olabilmektedir. Bu durumda delil elde etme yasaklarından söz edilebilmektedir. Birtakım delillerinse ceza muhakemesi bağlamında değerlendirilmesi ve hükme esas alınması mümkün değildir ve

²⁷ Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 582.

²⁸ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009, s. 166-167.

²⁹ Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s. 386.

bunlar delil değerlendirme yasağı kapsamındadır.³⁰ Yapay zekâ tarafından dolaylı olarak elde edilen ve hukuka aykırılığı bariz olan delillerin kullanılmayacağı açıktır.

Dolaylı olarak delilin elde edilmesi, delil yasaklarının uzak etkisini gündeme getirmektedir. Değerlendirilmesi yasak delillerden hareketle sair delillere ulaşılması durumunda, bu yeni delillerin değerlendirilmesinin yasak olduğu Türk hukukunda kabul edilen bir görüştür.³¹ İşkenceyle elde edilen bir ikrar sonucunda suç aleti ve sair delillerin ele geçirildiği bir örnekte, hukuka aykırı olarak delil elde etme sorunu ortaya çıkacağından, bu delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp hükme esas alınmaları imkân dâhilinde görülmemektedir.³²

Yukarıdaki anlatımlardan yola çıkarak, ceza muhakemesinde yapay zekâ tarafından elde edilen delilleri değerlendirecek makamların bu delilleri değerlendirirken azami özen göstermeleri gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Burada, delil olarak nitelendirilebilecek nesnelere akılcı olması ve bilimin kabul edebileceği bir vasıfta bulunması da son derece önemlidir.³³

Delilleri değerlendirecek ilgili makamların salt hukukla iştiğal ettikleri göz önüne alındığında; yapay zekânın teknik, teknolojik özelliklerine yeteri kadar aşına olmamaları muhtemeldir. Bu sebeple bilhassa delillerin toplanması hususunda uzman bir adli kolluğa ihtiyaç olduğu da bir gerçektir.³⁴

III. DELİLE ERİŞİMDE YAPAY ZEKÂ KULLANIMI

Ceza muhakemesi bilimi, yapay zekâ teknolojilerinin ceza muhakemesinde delile erişim de dâhil olmak üzere çeşitli alanlarda kullanılması konusunda uzun zamandır oldukça iyimser bir yaklaşım içerisinde. Bununla birlikte, bu yaklaşım büyük ölçüde mevcut yapay zekâ teknolojilerini kullanmaktan çok yeni yapay zekâ teknolojilerinin kullanım olanaklarına ilişkin beklenti ve öngörülerini ifade etmektedir. Kuşkusuz, yeni teknolojilerin ceza muhakemesinde kullanılması memnuniyet vericidir; ancak belirli bir teknolojiyi ceza muhakemesine dâhil etmek için açık ve sağlam bir neden olması gerektiğinin farkına varılmalıdır. Zira hukuki sürecin vazgeçilmez bir parçası olan ceza muhakemesi, doğasında herhangi bir teknolojiye ihtiyaç duymaz; deyim yerindeyse kendi kendine yeter. Bir ceza davasını başlatmak, delilleri toplamak, bu delilleri değerlendirerek esasa ilişkin bir karar vermek için herhangi bir teknolojiye esasen ihtiyaç yoktur. Tüm süreçler, tıpkı insanlık tarihinin ilk dönemlerinde olduğu gibi, kalem ve kâğıdın olmadığı durumlarda bile yürütülebilmektedir.³⁵ Doğru ve hızlı bir çözüm almak için yapay zekânın nimetlerinden faydalanmak ise ceza muhakemesinde işleri oldukça kolaylaştırıcaktır.

Belirli durumlarda ve belirli koşullar altında, kolluk kuvvetleri dijital depolama cihazlarına daha fazla arama yapmak üzere el koyabilmektedir. Cihazlardaki hasarlar veya şifreleme ile ilgili sorunların yanı sıra, dijital adli tıp alanındaki en büyük sorun bu cihazlardaki muazzam

³⁰ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2014, s. 88.

³¹ Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 412-413.

³² Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 419.

³³ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019, s. 248.

³⁴ Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 335.

³⁵ Mikhail S. Spiridonov, "Artificial Intelligence Technologies in Criminal Procedural Proving", *Journal of Digital Technologies and Law*, 1/2 (2023), s. 485.

veri hacmidir. Çoğu zaman yalnızca küçük bilgi parçaları delil olarak değerlendirilebilmektedir. Bunların tespitinde yapay zekâ faydalı bir fonksiyon icra edebilmektedir. Hollanda'da Ulusal Adli Tıp Enstitüsü bunun için Hansken adlı bir araç geliştirmiştir. Büyük veri analitiğinin bir örneği olan bu sistem, farklı kaynaklardan gelen ve farklı formatlardaki (metin, video, ses vb.) büyük miktarda veriyi; depolama, indeksleme ve verilerin aranabilir hâle getirilmesini de içerecek şekilde işleyebilmektedir. Verilerin etiketlenmesi otomatikleştirilmiştir. Ele geçirilen verilerin aranabilir olması, ilgili veriler daha az gözden kaçırıldığı için cezai soruşturmaların etkinliğini artırabilmektedir. Ayrıca Hansken çok hızlı sonuçlar vermekte, bu da ilk kırk sekiz saatin genellikle en önemli ve belirleyici olduğu ceza soruşturmalarında; şüphelilerin belirlenmesi, izlerinin sürülmesi, bulunması ve de adli delillerin toplanması açısından büyük bir avantaj sağlamaktadır.³⁶

Yapay zekâ teknolojilerinin kullanım alanları, bir ceza davasındaki delil sürecinin neredeyse bütün aşamalarında kendini göstermektedir. Bunlardan bazıları delil toplamak için kullanılmakta ve bu hâliyle yapay zekâ delilleri elde etmenin bir aracı olarak hizmet etmektedir. Diğer teknolojiler ise delillerin kontrol edilmesinde ve hatta değerlendirilmesinde kullanılabilir. Delillerin bir ceza davasındaki usul kararlarının temelini oluşturduğu ve sürece müdahil olanların haklarını ve çıkarlarını doğrudan etkilediği bir gerçektir. Dolayısıyla delil kavramı ceza yargılaması açısından son derece hassas biçimde ele alınmalıdır. Ceza muhakemesi bilimi açısından yapay zekâ teknolojilerini “delil” bakımından tanımlamak önemlidir. Bu bağlamda ilgili teknolojiler yalnızca ceza davasıyla ilgili belirli verilerin elde edilebileceği ve bunların delil olarak şekillendirilebileceği bir araç olarak mı algılanmalıdır, yoksa insan bilişi alanından, makine bilişi alanına dönüşen ve insanın rolünün yalnızca sonuçlarını belirli bir kanunun uygulama kararına kaydetmeye indirmediği bir ceza muhakemesinde, delilin doğasında meydana gelen değişikliklerden bahsedileceği bir sonuca mı götürmelidir konusuna açıklık getirmek gerekmektedir.³⁷

Teknoloji giderek artan bir hızla gelişmekte ve mahkemelerin adapte olmaya çalıştığı dijital deliller, dijital araçların artık yapay zekâ güdümlü olması nedeniyle daha karmaşık hâle gelmektedir. Yapay zekâ gömülü cihazlar, onları birinci ve ikinci nesil delillerden farklı kılan belirli tekililiklerden oluşmaktadır. DNA testlerinin ve geleneksel dijital delillerin altında yatan teknolojiler yapay zekâ gömülü teknolojilerden farklıdır, bu nedenle birinci ve ikinci nesil adli deliller insan uzmanlığına dayanırken, yaklaştığımız yeni delil türü, kendi iddialarını üretebilen kaynak kodu ve makine öğrenimi algoritmaları tarafından yönlendirilmektedir. Bu nedenle, kendine özgü işleyişi ve ortaya çıkan yeni delil sorunları nedeniyle, makine delilleri üçüncü nesil bir delil türü olarak kabul edilmelidir.³⁸

Yapay zekâ tarafından üretilen delil, bizatihi yapay zekâ marifetiyle meydana getirilmiş delili ifade etmektedir. Yapay zekâ tarafından üretilen delillerin hukuki tartışmaların konusu

³⁶ Bart Custers, “AI in Criminal Law: An Overview of AI Applications in Substantive and Procedural Criminal Law”, *Law and Artificial Intelligence: Regulating AI and Applying AI in Legal Practice*, (haz., Bart Custers ve Eduard Fosch-Villaronga), The Hague: Asser Press, 2022, s. 217.

³⁷ Spiridonov, “Artificial Intelligence Technologies in Criminal Procedural Proving”, s. 485.

³⁸ Maria do Céu Cunha Carrão, “Artificial Intelligence in Criminal Proceedings the Admissibility of AI-Generated Evidence”, (2022), s. 32. https://run.unl.pt/bitstream/10362/145184/1/Carrão_2022.pdf. (erişim: 05.09.2023).

olması beklenen bir durumdur. Nitekim bu deliller ceza yargılamaları sırasında gerçeklerin ortaya çıkarılması ve etkili bir hakikat değerlendirmesi hususlarında fayda sağlayacak gibi görünmektedir. Andrea Roth, makine tarafından üretilen delilleri geleneksel insan tanıklarla karşılaştırırken, iyi çalışan makinelerin insanlar gibi hafıza kaybına uğramadığını, ayrıca sahtekârlık için karakter sergilemediğini ifade etmektedir.³⁹ Bununla birlikte, makine kanıtlarının etkinliği ve doğruluğu ile birlikte, özellikle sanık hakları söz konusu olduğunda, temel haklar için tehlikeli bir alana girildiği de gözden kaçırılmamalıdır. Makine delillerinin mahkemelerde kabul edilip edilmeyeceği ve nasıl kabul edileceğine ilişkin çeşitli sorular ortaya çıkmaktadır. Kuşkusuz makine delilleri yeni ve benzersizdir. Ayrıca mevcut insan merkezli delil paradigmasına uymamaktadır. Bu nedenle hukuk sistemlerinin içsel değişikliklere uyum sağlama olasılığını göz önünde bulundurması gerekmektedir. Yapay zekâ tarafından üretilen makine delillerinin kabul edilebilirliğinin nasıl test edileceği, mevcut yasal çerçeveye nasıl entegre edileceği ve hangi temel hakların tehlikede olduğu sorularına yanıt bulmak gerekmektedir.⁴⁰

ABD'de Kaliforniya polisi, PredPol adlı bir yazılım kullanarak, belirli suçların gerçekleşeceği yeri ve zamanı tahmin etmeye çalışmaktadır. Bazı Avrupa polis güçleri de Precobs (Suç Öncesi Gözlem Sistemi) adlı benzer bir yazılıma başvurmaktadır. Bu ve diğer öngörücü polislik sistemlerinin arkasındaki mantık basittir: hırsızlık ve soygun gibi bazı suçlar büyük ölçüde öngörülebilirdir; çünkü ayırt edilebilir bir profile sahip suçlular aşağı yukarı aynı yerde ve günün aynı saatinde, aynı tür suçları işleme eğilimindedir.⁴¹

Yukarıda bahsedilen yazılımlar birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Bir kişinin istatistiksel verilere dayanan algoritmik hesaplamalara ve/veya kendi başına suç teşkil etmeyen kalıp ve davranışların analizine dayanarak gelecekte suç işleyeceğinden şüphelenirse - ve ardından soruşturulursa- masumiyet karinesi başta olmak üzere bazı temel insan hakları tehlikeye girebilecektir. Bu durum, özellikle bazı bölgelerde zaten gergin ve güvensizlikle dolu olan halk ile kolluk kuvvetleri arasındaki ilişkileri daha da kötüleştirebilecektir. Yapay zekâ marifetiyle tesis edilen adaletin tarafsız ve objektif bilgi sağladığı düşünülürken, insan yargılarının doğası gereği önyargılı olduğu düşünülmektedir. Bu argüman, adalet yönetiminde kullanılan yapay zekâ makinelerinin mevcut önyargıları yerleştirdiğini ve ayrımcılığı sürdürdüğünü kanıtlayan çalışmalarla çürütülmüştür. Sonuçta yapay zekâ sistemleri insanlar tarafından girilen verilere dayanarak çalıştığından, bu verilerin seçimi çok önemli hâle gelmekte ve yapay zekâ sisteminin kendisinin önyargılı olduğu ortaya çıkabilmektedir. İnsan unsuru tamamen bir kenara bırakılmamaktadır; çünkü algoritmalar genellikle bir sayı veya belirli bir sonuç ortaya koyar; ancak daha sonra bu rakama veya sonuca bir anlam yüklemek kullanıcıya aittir. Örneğin; bir mahkûma şartlı tahliye verilebilmesi için tekrar suç işleme olasılığının yüzde kaç olması gerekir? Bu eşiğin yüzde kırk mı yoksa yüzde seksen mi olması gerektiği, söz konusu toplumun

³⁹ Andrea Roth, "Machine Testimony", *Yale Law Journal*, 126/1 (2017), s. 1979.

⁴⁰ Carrão, "Artificial Intelligence in Criminal Proceedings the Admissibility of AI-Generated Evidence", s. 33.

⁴¹ Katalin Ligeti, "Artificial Intelligence and Criminal Justice", *AIDP-IAPL International Congress of Penal Law*, (2019), s. 7.

sosyal, kültürel ve ekonomik koşullarına dayanmakta, doğası gereği siyasi bir karar olarak değerlendirilebilmektedir.⁴²

Yapay zekânın delile erişimde gerçeği, sahteden ayırt edebilmesi son derece önemlidir. Nitekim günümüz popüler kavramlarından deepfake⁴³, sahteyi gerçek gibi sunmaktadır. Bu nedenle deepfake tespiti kolay bir iş değildir. Profesör Hao Li 2019'da, gerçek videolar ile deepfake videoların altı ay sonra ayırt edilemeyeceğini belirtmiştir. İçinde bulunduğumuz 2023 yılında deepfake, çevrimiçi dünyaya nüfuz etmektedir. Uzmanlar; bir fotoğraf, video ya da ses klbinin bir makine tarafından üretilip üretilmediğini anlamanın çok daha zor olabileceği konusunda bizleri uarmaktadır. “Sahte mi?” sorusuna yanıt vermek, teknoloji ilerledikçe daha da zorlaşmaktadır. Medya uzmanları bile sofistike derin sahtecilikleri tespit etmekte zorlanmaktadır ve bu durum ceza davalarındaki dijital adli tıp uzmanları için dahi geçerlidir.⁴⁴

Ceza yargılamalarında yapay zekâ teknolojisinin, duruşmadaki her taraf için faydalı olabilecek deepfake tespit araçları sağlaması gerekmektedir Cumhuriyet savcısı, bu tür bir davranış cezai bir suç olduğunda medya içeriğinin manipülasyonunu kanıtlayabilecektir. Medya delilleri kabul edilmeden önce yapay zekâ araçları ile doğrulanabilecektir. Sanıklar da kendilerine karşı sunulan medya delillerinin güvenilirliğini değerlendirebilecektir. Bu nedenle, deepfake içeriğinin yapay zekâ ile tespit yöntemleri, ceza adaletine çeşitli faydalar sağlayacaktır. Deepfake hızlı bir şekilde tespit edilecek, insan analizleri başarılı olacak ve yargılamanın tüm taraflarının manipüle edilmiş içeriği tanımlayabilmesine olanak tanınacaktır. Bununla birlikte, bu fırsatlara rağmen, yapay zekâ dedektörlerinin⁴⁵; güvenilirlik, bilimsel geçerlilik ve bu araçlara adil erişim açısından delil hukuku için yeni zorluklar ortaya çıkarabileceği de unutulmamalıdır.⁴⁶

Delillerin sağlam ve güvenilir olması, ayrıca ulaşılabilir olması gerekmektedir. Deliller uydurulmamış yahut değiştirilmemiş olmalıdır ki güvenilirliği açısından kuşku giderilebilsin.⁴⁷ Tipik olarak delillerin güvenilirliği ceza yargılamalarında iki yönlü bir usul mekanizması uyarınca sağlanmaktadır: delillerin kabul edilebilirliği ve delillerle yüzleşme (*audi alteram partem*).⁴⁸ İlk aşamada hâkim, savcı ve savunma tarafından yapılan talepler hakkında karar verir ve ilgili delilleri yargılama aşamasında incelenmek üzere kabul eder. Delil; bir insan, uzman veya tanık olduğunda, taraflar; çapraz sorgulama yoluyla sorular sorarak, delilin güvenilirliğini

⁴² Ligeti, “Artificial Intelligence and Criminal Justice”, s. 9.

⁴³ Deepfake, bir bireyin yüz ifadelerinin gelişmiş bir yazılım aracılığıyla görsel ve sesli içerik biçiminde manipüle edilmesi işlemidir bk. Mustafa Evren Berk, “Dijital Çağın Yeni Tehlikesi ‘Deepfake’”, *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, 16/28 (2020), s. 1511.

⁴⁴ Francesca Palmiotto, “Detecting Deep Fake Evidence with Artificial Intelligence A Critical Look from a Criminal Law Perspective”, (2023), s. 5. <https://ssrn.com/abstract=4384122>. (erişim: 07.09.2023).

⁴⁵ Yapay zekâ tespit yazılımının insan incelemesi gerektirmesi sebebiyle, yapay zekâ kullanımına yönelik açıklanabilir algoritmalar içeren yönergeler oluşturulana kadar dedektörlerin kanıt için kullanılmayacağına dair bk.. Isha Marathe, “AI or Not, That Is the Question: Inside the Burgeoning AI Detection Market”, <https://www.law.com/legaltechnews/2023/11/10/ai-or-not-that-is-the-question-inside-the-burgeoning-ai-detection-market/>. (erişim: 30.12.2023).

⁴⁶ Palmiotto, “Detecting Deep Fake Evidence with Artificial Intelligence A Critical Look from a Criminal Law Perspective”, s. 6.

⁴⁷ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 247.

⁴⁸ Palmiotto, “Detecting Deep Fake Evidence with Artificial Intelligence A Critical Look from a Criminal Law Perspective”, s.7.

sorgulayarak ve nihayetinde delilin hariç tutulmasını isteyerek buna itiraz ederler. Yapay zekâ dedektörlerinin yargılamanın hangi aşamasında kullanılabileceği belirsizdir. Hukuk sistemine bağlı olarak hâkim, duruşmada delil sunulmadan önce ses, video veya görüntülerin yapay zekâ dedektörleri aracılığıyla doğrulanmasını isteyebilir. Alternatif olarak yapay zekâ dedektörleri, medya delillerinin gerçekliğine ilişkin şüpheler ortaya çıktığında duruşmada kullanılabilir. Bu ilk durumda, delilin otomatik bir yapay zekâ dedektörü tarafından doğrulanması, medya delilinin kabul edilebilirliği için bir koşulu temsil edecektir; ikinci durumda yapay zekâ dedektörü delilin yüzleştirilmesi için bir araç hâline gelir. Geleneksel delil kategorileriyle bir karşılaştırma yapılmak istenirse, yapay zekâ dedektörleri uzman delili sağlamaktadır. İnsan uzmanlara benzer şekilde, yapay zekâ dedektörleri medya delillerini doğrular ve video, görüntü veya sesi gerçek ya da manipüle edilmiş olarak sınıflandırır. Yapay zekâ, ceza adaleti sistemi de dâhil olmak üzere birçok alanda insanların yerini almaktadır ve gerçekten de adli yapay zekâ, delilleri doğrulayan bir insan uzmanın yaptığını yapmaktadır. Hâkimlerin ve tarafların yapay zekâ dedektörlerini kullanırken sormaları gereken soru, bu aracın genel doğruluk seviyesinin ne olduğudur. Ayrıca dedektörün bir manipülasyonla ilgili olarak bireysel doğruluk düzeyinin bilinmesinde de fayda vardır.⁴⁹

Tahmine dayalı yapay zekâ modelleri gelecekteki olaylar hakkında içgörü sağlayabilirken, biyometri kimlik tespitine yardımcı olmakta ve yapay zekâ transkripsiyon hizmetleri mahkeme delilleri için sesi yazılı transkriptlere dönüştürmektedir. Bunlar, yapay zekâ tarafından üretilen delillerin yalnızca bazı örnekleridir. Hâkimler, bu tür kanıtların kabul edilebilirliğini değerlendirirken; güvenilirlik, şeffaflık, yorumlanabilirlik ve önyargı ile ilgili endişeler nedeniyle zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu zorluk, büyük ölçekte yanlış bilgi ve dezenformasyona katkıda bulunan üretici yapay zekâ sistemlerinin kullanımıyla daha da belirgin hâle gelmektedir. Bu tür yapay zekâ tarafından üretilen içeriğe bir örnek, Papa'yı beyaz, kabarık bir ceket giyerken gösteren ve gerçek gibi görünen görüntüdür. Sürücüsüz otomobiller, elektronik kanıtlarla ilgili zorlukların bir başka gerçek dünya örneğini sunmaktadır. Örneğin, bir yapay zekâ verilerinin bir kazanın sorumluluğunu belirlemek için sorgulayıcı veya çekişmeli adalet sistemlerinde nasıl kullanılabileceği konusunda belirsizlik vardır. Bu verilerin cezai soruşturma için nasıl kullanılabilir hâle getirileceği tartışılmaktadır. İnsan-makine etkileşimine dayalı makine verilerinin delil olarak sayılabilmesi konusunda hâlâ şüpheler vardır. Burada yapay zekâ sisteminin verilerinin doğruluğunu ve sınırlamalarını değerlendirmek, kaza veya anlaşmazlık durumunda sorumluluğu belirlemek ve sistemin kararlarının arkasındaki mantığı anlamak önem arz etmektedir.⁵⁰

Makine delilleri, daha önce gelen diğer teknoloji türleri gibi, yeni bilgi kaynakları sağlama potansiyeline ve dolayısıyla ceza yargılamalarında daha doğru “gerçek” bulma şansına sahiptir. Bununla birlikte, doğasında kara kutu sorunları olan, yani belirli bir sonucu açıklayamayan bir teknolojinin ceza yargılamasında kullanılmasının bir bedeli vardır. Hâkimler, yapay

⁴⁹ Palmiotto, “Detecting Deep Fake Evidence with Artificial Intelligence A Critical Look from a Criminal Law Perspective”, s. 8.

⁵⁰ “How to determine the admissibility of AI-generated evidence in courts?”, son güncelleme 21.07.2023, <https://www.unesco.org/en/articles/how-determine-admissibility-ai-generated-evidence-courts>.

zekâ tarafından üretilen ve uzmanlar tarafından ancak kısmen açıklanabilen bir ifadeye güvenip güvenmeyeceklerine karar vermek zorunda kalacaklardır. Geçmişte mahkemeler, alkolmetre gibi adli tıp araçlarının kullanımına karşı çıkmış ve bunların, “vatandaşları mahkûm etmede savcılığa yardımcı olan sihirli kara kutular” olarak hareket ettiklerini belirtmişlerdir. Yapay zekâ gelecek nesil adli tıp araçlarına daha fazla entegre oldukça, mahkemeler şüpheli davranmak konusunda akıllıca davranacaklardır.⁵¹

Günlük hayatımızda artan yapay zekâ kullanımının -özellikle mahkemelerin geçmişte mevcut teknolojiyi (örneğin yalan makineleri) kullanma konusundaki tereddütleri göz önüne alındığında- ceza davalarında gerçekleri ortaya koymak için makine delillerinin öneminin artmasını sağlaması başlangıçta olası görünmeyebilir; ancak devam eden teknolojik gelişme hâkimlerin tutumlarında bir değişikliğe neden olabilecektir. Yapay zekâ daha yaygın hâle geldikçe ve bu teknolojinin insan davranışının doğru bir değerlendirmesi olduğu kabul edildikçe, daha fazla insan bunu güvenilir bir bilgi kaynağı olarak görmeye istekli olabilecektir. Bu olasılığa rağmen, bu tür bilgilerin bir mahkemece kabul edilip edilmeyeceği ve nasıl kabul edileceği belirsizliğini korumaktadır.⁵²

SONUÇ

Günümüzde yapay zekâ popüler kavramların başında gelmektedir. Pek çok alanda kendisinden yararlanılmakla birlikte hukuk bilimi de bu karşı konulamaz gelişmeye kayıtsız kalamamaktadır. Özellikle ceza hukukunun yapay zekânın nimetlerinden gün geçtikçe daha fazla yararlandığı göze çarpmaktadır. Bunun yanında uluslararası hukukun da yapay zekâyla yakından ilgilendiği görülmektedir. Uluslararası hukukçuların yapay zekânın geleceğiyle ilgili öngörülerini ışığında yasal düzenlemelerle ilgili adımlar atılmaya başlanmıştır. AB'nin yapay zekâyla ilgili uluslararası boyutta düzenlemeler yapmak için son zamanlarda ciddi girişimleri olduğu göze çarpmaktadır.

Yapay zekânın genelde ceza hukukuyla özeldi ise ceza muhakemesi hukukuyla ilişkisi suç ve suçlu tespiti noktalarında önem arz etmektedir. Bu bağlamda, bir suçun sübutu açısından yapay zekâ, yargı makamlarının işini kolaylaştırmaktadır. Özellikle delillere erişilmesinde yapay zekânın kullanılması gerçeğin ortaya çıkarılmasında son derece etkin bir rol oynamaktadır. Geliştiriciler tarafından girilen verilere dayalı olarak; araştırma, analiz etme, raporlama gibi görevleri ifa eden yapay zekâ enstrümanları hem ekonomik olmaları hem de zamandan tasarruf sağlayabilmeleri nedeniyle cazibelerini gün geçtikçe artırmaktadır.

Yapay zekâyâ sahip uygulamaların, araçların karar verici pozisyonda bulunmadıkları; ancak ulaştıkları verilerle karar vericilere yol gösterdikleri söylenebilir. Bu durum ise birtakım soru işaretlerini içerisinde barındırmaktadır. Nitekim yapay zekâ da bir insan ürünüdür ve insanın psikolojisinden bağımsız değildir. Örneğin; suçluları tespit etmek için geliştirilen bir yapay zekânın; geliştiricisinin önyargılarını, duygu durumunu, nevrotik davranışlarını da içerisinde barındırdığı varsayımında, karar vericilerin bunu analiz etmesi ne kadar kolay olacaktır? Ya

⁵¹ Sabine Gless, “AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials”, *Georgetown Journal of International Law*, 51/2 (2020), s. 207.

⁵² Gless, “AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials”, s. 207-208.

da sahte olmasına rağmen gerçekmiş gibi sunulan bir videonun suç unsuru barındırdığını karar verici nasıl anlayacaktır? Bu ve bunun gibi daha pek çok soru yapay zekâyâ karşı olanların kullandığı argümanlardan sayılabilir.

Delile erişen ve bunun ceza muhakemesinde kullanılması için ilgililere sunan yapay zekâ aygıtının; bilimsel gerçekliklere aykırı olmaması, ön kontrolünün uzman kişilerce yapılması da son derece önemlidir. Nitekim yargılama makamı teknik konuları haiz olmayabilecektir. Yapay zekânın sürekli güncellenebilir pozisyonu da dikkate alındığında kendisinin hukuk biliminden tamamen bağımsız şekilde; teknik, teknolojik bilgi birikimini gerektirdiği de aşîkârdır.

Yargılamanın seyrini etkileyecek delile apaçık ulaşan, teknik incelemelerde de hataya rastlanmayan bir yapay zekânın, ceza mahkemelerinde her koşulda geçerli sayılıp sayılmayacağına ayrı bir parantez açmak gerekmektedir. Hukukumuzda vicdanî delil sisteminin hâkim olduğu dikkate alındığında, hüküm kuracak kişilerin bu delilli kabul edip etmeme konusunda serbestileri olduğu bir gerçektir. Ancak ortada ayan beyan bir delilin var olduğu ve bunun gerçeğe ulaşmada elzem bir delil olduğu durumların varlığı hâlinde ret prosedürü kanaatimizce çok da kolay çalışmayacaktır.

Yapay zekânın odaklandığı suçla ilgili delile ulaştıktan sonra, ilgili suçla ilgisi olmayan ancak başka bir suçla/suçlara vücut veren sair delillere ulaşma ihtimali bulunmaktadır. Bu durumda yapay zekânın diğer delillere hukuka uygun yollarla ulaşıp ulaşmadığı gündeme gelebilecektir. Ceza muhakemesi hukukumuzda yasak delillerin kullanılmayacağı açık iken yapay zekâ uygulamalarının/aygıtlarının hukuka aykırı delilleri toplayamayacak şekilde optimize edilmesi gerekmektedir.

İleride yapay zekânın delillere erişmek yanında karar verici statüde de bulunacağı kanaatimizce mümkün gözükmemektedir. Nitekim yapay zekâ her ne kadar geniş bir dataya sahip olsa da vicdan mekanizmasından yoksun olacağından suçlu-mağdur dilemmasını hazmedebilmesi ve bu sayede hüküm kurması gerçek dışı bir fantezidir.

Yapay zekâ, ceza muhakemesinde bilhassa delile erişimde yardımcı aktör olmaya devam edecek ve yeni gelişmeler ışığında ceza muhakemesindeki rolü artacaktır. Ancak kendisi hakkındaki önyargılar varlığını hep koruyacaktır. Bu hususta yargı erkine ve uzman bilirkişilere çok iş düşmektedir. Konuya, yapay zekânın gerçeğin peşinde olmak ve onu yakalamak adına önemli bir fırsat olduğu bilinciyle yaklaşmak kanımızca en sağlıklıdır.

KAYNAKÇA

- Artificial Intelligence. "Preparing for the Future of Artificial Intelligence". Son güncelleme 30.12.2023. https://obama-whitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf.
- Berk, Mustafa Evren. "Dijital Çağın Yeni Tehlikesi 'Deepfake' ". *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*. 16/28 (2020): (s. 1508-1523).
- Birtek, Fatih. *AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*. Ankara: Adalet Yayınları, 2016.
- Burri, Thomas. "International Law and Artificial Intelligence". *German Yearbook of International Law*. 60 (2017): (s. 91-108).
- Carrão, Maria do Céu Cunha. "Artificial Intelligence in Criminal Proceedings the Admissibility of AI-Generated Evidence". (2022): (s. 1-82). https://run.unl.pt/bitstream/10362/145184/1/Carrão_2022.pdf. (erişim: 05.09.2023).
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Coordinated Plan on Artificial Intelligence. Son güncelleme 06.05.2024. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0795#:text=Artificial%20Intelligence%20refers%20to%20systems,autonomy%20—%20to%20achieve%20specific%20goals>.
- Custers, Bart. "AI in Criminal Law: An Overview of AI Applications in Substantive and Procedural Criminal Law", *Law and Artificial Intelligence: Regulating AI and Applying AI in Legal Practice*, (haz., Bart Custers ve Eduard Fosch-Villaronga), The Hague: Asser Press, 2022.
- Debesu, Kahsay ve Andualem Eshetu. "Law of Evidence Teaching Material". *Justice and Legal System Research Institute*. (2009): (s. 1-206). <https://chilot.files.wordpress.com/2011/06/law-of-evidence.pdf>. (erişim: 02.09.2023).
- Dempsey, James X. "Artificial Intelligence: An Introduction to the Legal, Policy and Ethical Issues", *Berkeley Center for Law & Technology*, (2020): (s. 1-46). https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2020/08/Artificial-Intelligence-An-Introduction-to-the-Legal-Policy-and-Ethical-Issues_JXD.pdf. (erişim: 31.08.2023).
- Economist. "How to worry wisely about artificial intelligence". Son güncelleme 20.04.2023. https://www.economist.com/leaders/2023/04/20/how-to-worry-wisely-about-artificial-intelligence?utm_medium=cpc.adword.pd&utm_source=google&ppccampaignID=18151738051&ppcadID=&utm_campaign=a.22brand_pmax&utm_content=conversion.direct-response.anonymous&gclid=EAlaIQobChMIsvN9NjogQMVHItoCR05-gXdEAYASAAEgKJsvD_BwE&gclidsrc=aw.ds.
- Ergen, Mustafa. "What is Artificial Intelligence? Technical Considerations and Future Perception". *Anatol J Cardiol*. 22 (2019): (s. 5-7). <https://jag.journalagent.com/anatoljcardiol/pdfs/AJC-79091-REVIEW-ERGEN.pdf>. (erişim: 25.08.2023).
- EU Formally Adopts World's First AI Law. Son güncelleme 05.05.2024. <https://datamatters.sidley.com/2024/03/21/eu-formally-adopts-worlds-first-ai-law/#:text=On%20March%2013%2C%202024%2C%20the,of%20legislation%20for%20the%20EU>.
- EU. "EU AI Act". Son güncelleme 05.12.2023. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>.

- Evidence in Courts. "How to determine the admissibility of AI-generated evidence in courts?". Son güncelleme 21.07.2023. <https://www.unesco.org/en/articles/how-determine-admissibility-ai-generated-evidence-courts>.
- Evidence. "What You Need to Know About Evidence". Son güncelleme 02.09.2023. <https://pressbooks.bccampus.ca/criminalinvestigation/chapter/chapter-3-what-you-need-to-know-about-evidence/>.
- Gedik, Doğan. *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*. Ankara: Adalet Yayınları, 2023.
- Gless, Sabine. "AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials". *Georgetown Journal of International Law*. 51/2 (2020): (s. 195-253).
- Gökçen, Ahmet ve Kerim Çakır. "Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları". *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan*. 21/Özel Sayı (2019): (s. 2911-2951).
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, Kerim Çakır ve Mehmet Emin Alşahin. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınları, 2023.
- Hárs, András. "AI and International Law – Legal Personality and Avenues for Regulation". *Hungarian Journal of Legal Studies*. 62/4 (2022): (s. 320-344).
- Husan, Sayedul. "Role of Forensic Evidence in the Criminal Investigation: A Legal Analysis in Bangladesh Perspective". *Traditional Journal of Law and Social Sciences*. 1/2 (2022): (s. 181-192).
- Inyang, William Smart ve Gabriel Femi Goodwil. "Forensic Evidence: How Does Admissibility Influence Weight in the Law of Evidence?". *International Journal of Business, Economics and Law*. 21/5 (2020): (s. 53-65).
- Ligeti, Katalin. "Artificial Intelligence and Criminal Justice". *AIDP-IAPL International Congress of Penal Law*. (2019): (s. 1-16).
- Marathe, Isha. "AI or Not, That Is the Question: Inside the Burgeoning AI Detection Market". <https://www.law.com/legaltechnews/2023/11/10/ai-or-not-that-is-the-question-inside-the-burgeoning-ai-detection-market/>. (erişim: 30.12.2023).
- Marchant, Gary E. "Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice". *The SciTech Lawyer*, (2017): (s. 21-23). https://www.iadclaw.org/assets/1/7/10.4_Marchant-ai_and_practice_of_law_SciTech_lawyer.pdf. (erişim: 28.08.2023).
- Murphy, Erin. "Forensic Evidence". *Reforming Criminal Justice*. 3 (2017): (s. 171-192).
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Özge Sırma Gezer. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Palmiotto, Francesca. "Detecting Deep Fake Evidence with Artificial Intelligence A Critical Look from a Criminal Law Perspective". (2023): (s. 1-15). <https://ssrn.com/abstract=4384122>. (erişim: 07.09.2023).
- Pause Giant AI Experiments: An Open Letter. Son güncelleme 02.05.2024. <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/>.
- Pierce, Randy, William Charlton ve Carole Murphey. *Handbook of Legal Terminology*. Mississippi: Mississippi Judicial College, 2020.
- Roth, Andrea. "Machine Testimony". *Yale Law Journal*. 126/1 (2017): (s. 1972-2053).
- Skorupka, Jerzy. "The Rule of Admissibility of Evidence in the Criminal Process of Continental Europe". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. 7/1 (2021): (s. 93-122).
- Spiridonov, Mikhail S. "Artificial Intelligence Technologies in Criminal Procedural Proving". *Journal of Digital Technologies and Law*. 1/2 (2023): (s. 481-497).

Surden, Harry. "Artificial Intelligence and Law: An Overview". *Georgia State University Law Review*. 35/4 (2019): (s. 1305-1337).

Şahin, Cumhuri ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku II*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2014.

Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.

Türkçe Sözlük. "Delil". Son güncelleme 01.09.2023. <https://sozluk.gov.tr>.

Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.

Yurtcan, Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.

EXTENDED SUMMARY

ARTIFICIAL INTELLIGENCE FROM AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE AND ACCESS TO EVIDENCE THROUGH ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Islam Safa Kaya, Assoc. Prof.

Kırıkkale University, islamsafakaya_6@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-5681-0756>

Huzeyfe Karabay, Attorney-at-Law

Kırıkkale Municipality, kharabayy@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-7640-187X>

Today, artificial intelligence is one of the most popular concepts. While it is utilized in many fields, the science of law cannot remain indifferent to this irresistible development. It is noticeable that especially criminal law is benefiting more and more from the blessings of artificial intelligence. In addition, it is seen that international law is also closely interested in artificial intelligence. In the light of the predictions of international jurists about the future of artificial intelligence, steps have begun to be taken regarding legal regulations. It is noteworthy that the EU has recently made serious attempts to make regulations on artificial intelligence at the international level.

The relationship of artificial intelligence with criminal law in general and criminal procedure law in particular is important in terms of crime and criminal detection. In this context, artificial intelligence facilitates the work of judicial authorities in terms of establishing a crime. Especially the use of artificial intelligence in accessing evidence plays an extremely effective role in revealing the truth. Artificial intelligence instruments, which perform tasks such as research, analysis and reporting based on the data entered by the developers, are increasing their attractiveness day by day due to their economy and time saving.

It can be said that applications with artificial intelligence are not in a decision-making position however, they guide decision-makers with the data they access. This situation contains some question marks. As a matter of fact, artificial intelligence is a human product and is not independent from human psychology. For example, how easy will it be for decision makers to analyze an artificial intelligence developed to detect criminals, assuming that it also contains the prejudices, emotional state and neurotic behaviors of its developer? Or how will the decision-maker understand that a video that is presented as real despite being fake contains a criminal element? These and many other questions can be counted among the arguments used by those against artificial

intelligence. It is also extremely important that the artificial intelligence device that accesses the evidence and presents it to those concerned for use in criminal proceedings is not contrary to scientific realities and that its preliminary control is carried out by experts. As a matter of fact, the judicial authority may not be familiar with technical issues. Considering the continuously updatable position of artificial intelligence, it is obvious that it requires technical and technological knowledge completely independent of legal science. It is necessary to open a separate parenthesis on whether an artificial intelligence, which clearly reaches the evidence that will affect the course of the trial and does not find any errors in technical examinations, will be considered valid in criminal courts under all circumstances. Considering that the system of conscientious evidence is dominant in our law, it is a fact that those who will make a judgment have the freedom to accept or reject this evidence. However, in our opinion, the rejection procedure will not work very easily in cases where there is clear evidence and it is an essential evidence in reaching the truth.

After reaching the evidence related to the crime that artificial intelligence focuses on, there is a possibility that artificial intelligence may reach other evidence that is not related to the relevant crime, but gives rise to another crime(s). In this case, it may come to the fore whether artificial intelligence has accessed other evidence in accordance with the law. While it is clear that prohibited evidence cannot be used in our criminal procedure law, artificial intelligence applications/devices should be optimized so that they cannot collect unlawful evidence.

In the future, it does not seem possible that artificial intelligence will have a decision-making status as well as accessing evidence. As a matter of fact, although artificial intelligence has a large amount of data, it is an unrealistic fantasy that it will be able to digest the guilty-victim dilemma and thus make a judgment, since it will lack the mechanism of conscience.

Artificial intelligence will continue to be a supporting actor in criminal procedure, especially in access to evidence, and its role in criminal procedure will increase in the light of new developments. However, prejudices about it will always remain. In this regard, the judiciary and expert witnesses have a lot of work to do.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

İSLÂM HUKUKUNA GÖRE TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER BAĞLAMINDA GÖÇMENLERİN İNANÇ HÜRRİYETİ

FREEDOM OF BELIEF OF IMMIGRANTS IN THE CONTEXT OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS ACCORDING TO ISLAMIC LAW

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Karayaka*

ÖZ

İnsanlar geçmişte ve günümüzde çeşitli sebeplerle göç etmek zorunda kalmıştır. Bu durum, olumlu-olumsuz birçok değişikliği beraberinde getirmiştir. Çünkü göç insana ait olan ne varsa tamamı üzerinde değişim ve dönüşüm yaşanmasına zemin hazırlamıştır. Bunun neticesinde toplumda daima hukuki, iktisadi ve sosyal açıdan korunmaya muhtaç zayıf bir kitle oluşmuştur. Bu sebeple göç hadisesi hukuki, siyasi, iktisadi, içtimai ve kültürel boyutlarıyla araştırılmayı ve çözümler üretilmeyi bekleyen önemli bir konu hâline gelmiştir. Göç nedeniyle zayıf konumda olan bu insanların temel insan haklarından yeterince istifade edebilmeleri için birçok hukuk sistemi, hukukun üstünlüğü ve herkes için adalet prensibi fikrini ilkesel olarak benimsemiştir. Bu çalışmada İslâm hukukunun fıkıh külliyatında zarûriyyât-ı hamse başlığı altında toplanan beş esastan biri olan dinin muhafazası ilkesinden hareketle göçmenlerin inanç, ibadet, kültür ve dili muhafaza hürriyetini ortaya koymayı amaçlanmıştır. Böylece İslâm hukukunun genel olarak kabul ettiği temel haklardan biri olan inanç hürriyetinden, toplumda genelde zayıf olan göçmenlerin istifade etmesine bir engel olmadığı sonucunu ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Zarûriyyât-ı Hamse, Temel Haklar, İnanç Hürriyeti, Göçmen.

* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslâm Hukuku Anabilim Dalı.

📞 0000- 0002-9687-4751 📧 huseyin.karayaka@gop.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

People have had to migrate for various reasons in the past and today. This situation has brought about many positive and negative changes. Because migration has paved the way for change and transformation in everything that belongs to humans. As a result, a weak group has always formed in society that needs legal, economic and social protection. For this reason, the phenomenon of migration has become an important issue waiting to be researched and solutions produced with its legal, political, economic, social and cultural dimensions. In order for these people, who are in a weak position due to migration, to benefit sufficiently from their basic human rights, many legal systems have adopted the idea of the rule of law and the principle of justice for all as a principle. In this study, we aim to reveal the freedom of immigrants to preserve their belief, worship, culture and language, based on the principle of preservation of religion, which is one of the five principles collected under the title of zarûriyyât-ı hamse in the fiqh corpus of Islamic law. Thus, we will have concluded that there is no obstacle for immigrants, who are generally weak in society, to benefit from freedom of belief, which is one of the fundamental rights generally accepted by Islamic law.

Keywords: Islamic Law, Zarûriyyât-ı Hamse, Fundamental Rights, Freedom of Belief, Immigrant.

GİRİŞ

İnsanlar geçmişte ve günümüzde çeşitli sebeplerle yaşadıkları mekânlardan ve sosyal çevrelerden ayrılmak zorunda kalmıştır. Göç kavramıyla ifade edilen bu durum, insan ve mekân üzerinde olumlu-olumsuz birçok değişikliği beraberinde getirmiştir. Göç, başta fert olmak üzere insana ait olan inanç, düşünce, kural ve kurumların değişim ve dönüşüm yaşamasına zemin hazırlamıştır.¹

Göç hadisesi, ulusal ve uluslararası düzeyde cereyan eden çok boyutlu ve her ülkenin inanç, hukuk, ekonomik, sosyal, kültürel ve demografik yapısını, kamu düzeni ve güvenliğini yakından ilgilendiren önemli ve dinamik bir konudur. Bu sebeple özellikle ülkeler arasında her geçen gün artan bu göç hadisesi hukuki, siyasi, iktisadi, içtimai ve kültürel boyutlarıyla araştırılmayı ve çözümler üretilmeyi bekleyen önemli bir konu hâline gelmiştir.² Zira bugün Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin raporu'na göre dünya genelindeki göçmen sayısı 281 milyona ulaşarak dünya nüfusunun yüzde 3,6'sına ulaşmış bulunmaktadır.³

Göç olgusu tarih boyunca hep var olmuş, bugün de vardır, görülen o ki gelecekte de olacaktır. Bu durum daima toplumda hukuki, iktisadi ve sosyal açıdan korunmaya muhtaç zayıf bir kitleyi oluşturmuştur. Bu sebeple özellikle zayıf konumda olan insanların temel insan haklarından yeterince istifade edebilmeleri için birçok devlet hukuk sistemlerinde, hukukun üstünlüğü ve herkes için adalet prensibi fikrini ilkesel olarak benimsemiş ve uyum strateji belgeleri ve eylem planları hazırlamışlardır.⁴ Fakat toplumun her kesiminin temel insan haklarından yararlanmasını sağlayacak olan hukukun üstünlüğü ve herkes için adalet anlayışı ilkesel/sosyut olarak benimsenmekle birlikte maalesef fiiliyatta bazı devletlerin/hükümetlerin hukuki yükümlülüklerini ihlal ederek savunma politikaları adı altında bazen nasıl tam tersini yaptığını esefle müşahade etmekteyiz.⁵ Sonuç olarak sosyo-ekonomik açıdan zayıf konumda olan alt ve

¹ Süleyman Ekici ve Gökhan Tuncel, "Göç ve İnsan", *Birey ve Toplum*, C. 5, S. 1 (Bahar 2015): 9; Erkan Perşembe, "F.Almanya'nın Baden-Württemberg Eyaletinde Eğitim Sistemi ve Türk Göçmen Çocuklarının Eğitim Sorunları", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 29 (2010): 56; Hüseyin Karayaka, "Riskler Ve Fırsatlar Bağlamında Tarihte Ve Günümüzde Göç Ve Göçmenler", *Ekev Akademi Dergisi*, S. 84 (Güz 2020): 337.

² Erkan Arslan, "Göçü Harekete Geçiren Bir Dinamik Olarak Güvenlik: Suriye'nin Devlet Kapasitesi ve Kırılgan Devlet Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme", içinde *Yerel ve Küresel Eksende Uluslararası Göç Üzerine İncelemeler*, ed. Erkan Arslan (Ankara: Nobel, 2021), 2-4.

³ Dünya Göç Raporu için bk; <https://www.aa.com.tr/tr/info/infografik/34567>. (erişim tarihi: 04.12.2023)

⁴ Bugün birçok hukuk sisteminde, sosyal ve ekonomik açıdan zayıf konumda olan göçmenlerin hukukî statülerine yönelik yapılan mevzuat düzenlemeleri vardır. Örneğin ülkemizde 6458 nolu Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu başta olmak üzere birçok düzenleme mevcuttur. 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun da yine göçmenler dahil tüm yabancılarla ilgilidir. Uluslararası alanda ise Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 1948 tarihinde ilan edilmiş olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi başta olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme (1951 Cenevre) ve bu sözleşmeye dair 1967 New York Protokolü ve Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi gibi yasal düzenlemelerle göçmenlerin hakları ve sorumluluklarına dair belli düzenlemeler getirilmiştir. Konunun ayrıntısı için bkz; Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (GİGM), "Mevzuat", <https://www.goc.gov.tr/> (19 Ekim 2021); Ayrıca Türkiye'nin 2018-2023 Uyum Strateji Belgesi ve Ulusal Eylem Planı ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin mülteci uyumuna dair vizyonlarının bir değerlendirmesi için bkz. Ali Çiçek - Ömer Taylan, "Türkiye'nin Stratejik Göç Yönetimi Hamlesi: 2018-2023 Uyum Strateji Belgesi ve Ulusal Eylem Planının Analizi", *Yerel ve Küresel Eksende Uluslararası Göç Üzerine İncelemeler*, ed. Erkan Arslan, (Ankara 2021), 243-245.

⁵ Bülent Güven, "Avrupa'da İslam ve Müslümanlar", içinde *Yerel ve Küresel Eksende Uluslararası Göç Üzerine İncelemeler*, ed. Erkan Arslan (Ankara: Nobel, 2021), 192-94.

orta kesimler ile güçlü konumda olan üsttekilerin temel insan haklarından aynı şekilde istifade edemedikleri acı bir gerçektir.

Mevcut durum bu şekilde kısaca ifade edildikten sonra İslâm hukukunun bu meseleye bakışı bu çalışmada ele alınıp incelenecektir. İslâm hukukunun temel hak ve hürriyetlere bakışı genel olarak zikredildikten sonra fıkıh kitaplarında zarûriyyât-ı hamse başlığı altında toplanan beş esastan biri olan dinin muhafazası ilkesinden hareketle göçmenlerin inanç, ibadet, inancın tezahürü olan kültür ve taşıyıcısı olan dili muhafaza hürriyetinin ortaya konması hedeflenmektedir. Böylece çalışmanın amacı olan İslâm hukukunda göçmenlerin inanç hürriyetinin sınırları belirlenmiş olacaktır.

İslâm hukukunun genel anlamda temel hak ve hürriyetlere bakışını ortaya koyan birçok çalışma mevcuttur. Tespit edebildiğimiz kadar özellikle İslâm hukukunda göçmenlerin hakları ile ilgili Ahmet Yaman'ın "Kur'ân ve Örnek Uygulamalara göre Mültecinin Temel Hak ve Özgürlükleri" ve "İslâm Geleneğine Göre Mültecî ile Birlikte Yaşamak", Hüseyin Baysa'nın "İslâm Hukukundaki Himaye Geleneği Müvacehesinde Mültecilik Sistemi" ve Mehmet Cengiz'in "Mültecî Hukuku Açısından İslâm Hukuku ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin Koruyuculuğunu Yaptığı 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Arasında Metodolojik Bir Mukayese"⁶ adlı çalışmaları bizim çalışma konumuza ışık tutmaktadır. Fakat bu çalışmalarda da göçmenlerin İslâm hukukundaki hakları genel olarak ele alındığı için inanç, ibadet, kültür ve dili muhafaza haklarının olup olmadığının derinlemesine incelenmesi önem arz etmektedir. Bu çalışma ile konunun anlaşılmasına bir nebze de olsa katkı sunulacağı kanaatindeyim.

I. KAVRAMSAL TAHLİL

Göçmen teriminin genel kabul gören bir tanımı bulunmamakla birlikte; kişinin ekonomik veya sosyal sebeplere bağlı olarak özgür iradesiyle göç etmeye karar verdiği durumları kapsadığı kabul edilmektedir.⁷ Türk Dil Kurumu'nun tanımına göre ise Göçmen; "Kendi ülkesinden ayrılarak yerleşmek için başka ülkeye giden (kimse, aile veya topluluk), muhacir" şeklinde tanımlanmıştır.⁸ Bu tanım dış göç / uluslararası göç denilen kişinin kendi ülkesi dışına çıkışı ifade etmektedir. Ülke içindeki yer değiştirme hadiselerini tanım dışı bırakmaktadır. Ayrıca tanımda göçe sebep olan herhangi bir etken ifade edilmediği için bu tanım mülteciliğin tanımındaki zulme/baskıya maruz kalma sebeplerini barındırdığı gibi bunun dışındaki

⁶ Ahmet Yaman, "Kur'ân ve Örnek Uygulamalara göre Mültecinin Temel Hak ve Özgürlükleri", *Mehir*, S. 4 (1999): 75-77; Ahmet Yaman, "İslâm Geleneğine Göre Mültecî ile Birlikte Yaşamak", *Farklı Kültürlü Birarada Yaşama Ahlakı*, (Konya, 2015), 129-135; Hüseyin Baysa, "İslâm Hukukundaki Himaye Geleneği Müvacehesinde Mültecilik Sistemi", içinde *II. Ortadoğu Konferansları: Ortadoğu'daki Çatışmalar Bağlamında Göç Sorunu*, ed. H. Mustafa Paksoy vd. (Kilis, 2016), 118-20; Mehmet Cengiz, "Mültecî Hukuku Açısından İslâm Hukuku ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (BMMYK/UNHCR) Koruyuculuğunu Yaptığı 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Arasında Metodolojik Bir Mukayese", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 5 S. 2 (2022): 719-24.

⁷ Bülent Çiçekli, ed., *Göç Terimleri Sözlüğü* (Uluslararası Göç Örgütü, 2009), 28; Olcay Ziya, "Mültecî-Göçmen Belirsizliğinde İklim Mültecileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 99 (2012): 232.

⁸ Türk Dil Kurumu (TDK), <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 18.11.2023).

sebepleri de barındırmaktadır. Buna göre “Göçmen” kavramı “Mülteci” ve “Sığınmacı” kavramlarından daha geniş ve genel bir kavramdır.

Mülteci; “İrki, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti ve siyasi görüşleri yüzünden haklı bir zulüm korkusu nedeniyle vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve söz konusu korku yüzünden, ilgili ülkenin korumasından yararlanmak istemeyen kişi” (1967 Protokolü ile değişik Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Sözleşmesi, 1A(2) Maddesi).⁹

Sığınmacı; “İlgili ulusal ya da uluslararası belgeler çerçevesinde bir ülkeye mülteci olarak kabul edilmek isteyen ve mültecilik statüsüne ilişkin yaptıkları başvuru sonucunu bekleyen kişilerdir.”¹⁰

Göçün değişik açılardan birçok tasnifi yapılmaktadır.¹¹ Hak ihlalleri daha çok yaşadığı yerden doğal felaketler veya savaş ve terör gibi insanların sebep olduğu hadiselerden dolayı ayrılıp ülke dışına bireysel veya kitlesel olarak yapılan zorunlu göç hadiselerinde yaşanmaktadır. Fakat biz burada hangi sebep ve hangi yolla olursa olsun ülke dışına yapılan tüm göç hadiselerini dikkate alarak konuyu ele alacağız.¹²

Uluslararası göç, bir devletin vatandaşı olma ya da olmama yani vatandaş ve yabancı kavramları ile yakından ilişkili olduğu için bu mesele yabancılar hukuku ve vatandaşlık hukuku kapsamında ele alınmaktadır. Günümüzde devletler ülkelerine gelen yabancıları mülteci, sığınmacı, geçici koruma verilenler, yasadışı göçmenler gibi farklı kategorilerde hak ve sorumluluklar açısından farklı statülerle kabul etmektedirler.¹³

II. İSLAM HUKUKUNDA GÖÇMEN

Klasik fıkıh kitaplarında İslâm hâkimiyetinin geçerli olduğu ve Müslümanlar tarafından İslâm hukukuna göre yönetilen yer için dâru'l-İslâm /İslâm ülkesi, Müslüman olmayan bir devletin hâkimiyeti altındaki yer için dâru'l-harb/yabancı ülke kavramları kullanılmıştır.¹⁴ Bu tasnif İslâm hukukunun kimler için ve nerede uygulanacağını göstermesi açısından yapılmıştır. İslâm ülkelerine herhangi bir sebeple dışarıdan gelen göçmenlerin hukuki durumları da bu bağlamda ele alınmaktadır. Başka bir ifade ile İslâm hukukunda bu mesele günümüz hukuk sistemlerinde olduğu gibi uluslararası hukukun meselesidir. Bir Müslümanın başka bir İslâm ülkesine veya güvenli bir ülkeye/dâru'l-Emn'e göç etmesi daha çok “hicret/muhacir” kavramları

⁹ Çiçekli, *Göç Terimleri Sözlüğü*, 43.

¹⁰ Bülent Çiçekli (ed.), *Göç Terimleri Sözlüğü*, 49; Göçmen ve Mülteci kavramları arasındaki farklar için bk; Ziya, “Mülteci-Göçmen Belirsizliğinde İklim Mültecileri”, 232.

¹¹ Göç ve göçmen kavramlarının tanımları ve göç olgusunun değişik açılardan yapılan tasnifi için bk; Bilal Karabulut, “Uluslararası İlişkiler Kuramları ve Göç Olgusunun Analizi: Suriyeli Göçmenler Örneği”, *Bölgesel Araştırmalar Dergisi* C. 5 S. 1 (Mayıs 2021): 239; Mehmet Ali Kirman, “Sosyal Bir Olgular Olarak Göç”, içinde *İslam Coğrafyasında Terör, Göç ve Mültecilik*, ed. Ali Akdoğan vd. (Ankara: RTEÜ Yayınları, 2017), 112.

¹² Karayaka, “Riskler Ve Fırsatlar Bağlamında Tarihte Ve Günümüzde Göç Ve Göçmenler”, 340.

¹³ Yücel Acer - İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk* (Ankara: Seçkin, 2022), 329; Mülteci ve sığınmacıların hukuki durumları ile ilgili uluslararası ve Türk hukuk sistemindeki düzenlemelerin detayları için bk; aynı eser 329-351.

¹⁴ Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Daru'l Marife, 1431), 10/114; Ahmet Özel, *Dâru'lislâm, Dâru'lharb -İslam Hukukunda Ülke Kavramı* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2019), 80-87; Ahmet Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, (İstanbul: Fecr Yayınevi, 1998), 98-103; Muhammed Çuğak, “İslam Hukuk Literatüründe Darulislam Ve Darulharbın Sınırları”, *Bülent Ecevit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* C. 3 S. 1 (2016): 207-8.

ile ifade edilirken Müslüman olmayan bir kişinin kendi ülkesi dışındaki bir İslâm ülkesine göçmesi “emân” kavramı çerçevesinde ele alınmaktadır.¹⁵

İslâm hukukunun uygulanması bakımından bütün İslâm ülkeleri tek bir ülke gibi kabul edilmiş olup burada sürekli veya geçici olarak yaşayan Müslümanlara İslâm hukuku hükümleri uygulanır. Bir Müslüman hangi İslâm ülkesine giderse gitsin orada yerleşme ve her türlü hak ve hürriyetten yararlanma hakkına sahiptir.¹⁶ Diğer bir ifade ile vatandaşı olup ikamet ettiği kendi ülkesinden –ki bu vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği ülke dâru’l-İslâm veya dâru’l-harb olabilir- zorunlu veya gönüllü herhangi bir sebeple başka bir İslâm ülkesine hicret/göç eden Müslüman hukuken o İslâm ülkesinde de vatandaşlık hakkına sahiptir. Bu hak, Kur’an’da ilkesel olarak “tüm Müslümanların tek bir ümmet/siyasi topluluk” oldukları şeklinde ifade edilmektedir.¹⁷ Aynı inanca tabi olan kimselerin aynı hukuka tabi olmaları gerçeği bu şekilde ortaya konmaktadır. Diğer bir ifade ile Müslümanlar her ne kadar farklı İslâm ülkelerinde de yaşasalar tabi oldukları hukuk sistemi aynıdır. Tabii bu ilke İslâm devletine o muhaciri/göçmeni tanıma yükümlülüğü getirirken o şahsa da İslâm ülkesine siyasi ve hukuki açıdan bağlılık sorumluluğunu da getirmektedir. Bu ilke aynı dönemde birbirinden farklı birçok İslâm ülkesinin var olması durumunda Müslümanların bu İslâm ülkelerine göç etmeleri halinde tüm haklardan yararlanabilmelerini ve devlete karşı da tüm sorumluluklar ile mükellef olmalarını barındırmaktadır. Nitekim bu ilke tarihte birçok İslâm ülkesi tarafından uygulanmıştır.

Günümüzde herhangi bir ülkeden çeşitli sebeplerle ayrılıp göç etmek isteyen Müslümanlar, göç etmek istedikleri İslâm ülkelerine uluslararası hukuk ve bu ulus devletlerin kendi hukukları sebebiyle izinsiz olarak serbest bir şekilde göç etmeleri mümkün değildir.¹⁸ Hâlbuki Kur’an, Müslümanların buldukları ülkelerde temel hak ve hürriyetlerden yararlanamayacak şekilde baskıya maruz kalmaları durumunda buradan göç etmelerini ve bu durumdaki Müslümanlara diğer Müslümanların hukuki ve siyasi koruma sağlayıp yardım etmeleri gerektiğini hatta bu uğurda gerekirse savaşa bile girmeyi beyan etmektedir.¹⁹ Bu ilke savaş, terör ve kıtlık gibi zorunlu sebeplerle göçe maruz kalan Müslümanların gittikleri İslâm ülkeleri tarafından kabul edilme zorunluluğunu getirmektedir. Günümüzde ulus merkezli birçok İslâm ülkesinin var olması ve uyguladıkları hukuk sistemleri açısından da farklılık arz etmeleri sebebiyle Kur’an’ın bu ilkesinin tam uygulandığını söylemek pek mümkün değildir. Göç hadisesi doğal olarak birçok sorunu da barındırdığı için İslâm hukukunu uygulayan ülkeler, Kur’an’ın tüm Müslümanları tek bir ümmet/millet kabul etmesi gerçeğini göz önünde bulundurarak bu

¹⁵ İslâm hukukundaki koruma kurumları olan “eman”, “zimmet” ve “hicret” kavramları ile günümüz “mültecilik” müessesesi arasındaki karşılaştırma için bk; Hüseyin Baysa, “İslâm Hukukundaki Himaye Geleneği Müvacehesinde Mültecilik Sistemi”, 118-20; Mehmet Cengiz, “Mülteci Hukuku Açısından İslâm Hukuku ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği’nin (BMMYK/UNHCR) Koruyuculuğunu Yaptığı 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Arasında Metodolojik Bir Mukayese”, 719-24.

¹⁶ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 5. Baskı (İstanbul: Nesil yayınları, 1996), 1/57; Abdülaziz Hatip, “Kur’an Ve Sünnette Azınlık Hakları”, içinde *Kur’an Ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları* (Ensar Neşriyat, 2014), 175; Abdülkerim Zeydân, *Ahkâmü’z-zimmiyyin ve’l-müste’menin fi dari’l-İslâm* (Bağdad: Mektebetü’l-Kuds, 1982), 15, 62-63.

¹⁷ el- Enbiyâ, 21/92; el- Mü’minûn, 23/52.

¹⁸ Mehmet Onur, “İslâm Hukukuna Göre Hicret/Göç”, içinde *Göç ve Din*, ed. Mehmet Ali Kirman ve İlbey Dölek (Ankara: Astana, 2020), 169.

¹⁹ en- Nisâ, 4/75-76, 97-98; el- Enfâl, 8/72-75

sorunların üstesinden gelecek hukuki ve idari düzenlemeleri yapmak zorundadırlar. Aynı zamanda devlet yöneticileri sosyal sorunların yaşanmaması için hem yerli vatandaş nezdinde hem de –hukuken vatandaşlık hakkı tanınan- göçmen olarak gelen Müslümanlar nezdinde kaynaştırıcı sosyal programlar uygulamalıdır. Çünkü toplumsal hadiselerde İslam hukukunun amir hükmü maslahatın/kamu yararının gözetilmesidir. Temel hakların ihlali noktasında bir zorunluluk olmayıp isteğe dayalı göç hadiselerinde ise İslam ülkesi kendi iç dinamikleri açısından bir sorun olmayacağını düşünmesi halinde gelen göçmen nüfusu kabul edip etmemek hususunda maslahat neyi gerektiriyorsa ona göre hareket eder. Her ne kadar bu Müslüman göçmen hukukun vatandaşlık hakkını elde etmiş olsa da devlet gerektiğinde sosyal ve iktisadi sorunların oluşmaması için vatandaşların belli bölgelerde ikametini zorunlu kılarak göçe izin vermeyebilir.

Gayrimüslimler, İslâm devletiyle olan siyasi ve hukuki durumlarına göre ehl-i ahd/antlaşmalı olan zimmî ve müste'menler ile kendileriyle fiilî veya muhtemel savaş ilişkisi sebebiyle ehl-i harb olan harbiler diye gruplandırılır.²⁰ Zimmet antlaşması ile İslâm devletinin vatandaşı olan zimmîler medeni hukuk sahasına giren konularda kendi iç hukukları noktasında özerktirler ve her türlü medeni/temel insani haklara sahiptirler, kamu hukukunu ilgilendiren sahalarda İslâm hukukuna tabidirler.²¹ İslâm ülkesinin vatandaşları olan Müslümanların ve zimmîlerin her türlü temel insani hakları İslâm devletinin güvencesi altındadır. Bu noktada İslâm ülkesinin vatandaşı Müslümanlarla gayrimüslimler eşittirler.²²

İslâm hukukunda hâkim olan anlayışa göre devletlerarası münasebetlerde asıl olan barış halidir. İslâm 'a göre savaş zaruret icabı başvuru olan önleyici bir tedbir ve geçici bir durumdur. Bir İslâm ülkesinin, kendisi ile düşmanca münasebetler içine giren ülkelerle ilişkilerin normale dönmesi için öncelikle barış yollarına başvurması gerekir.²³ Bu durum klasik eserlerdeki dâru'l-İslâm ile yabancı devletlerin geçici veya sürekli antlaşmaları ile sağlanan dâru's-sulh veya daru'z-zimme durumuna tekabül etmektedir.²⁴ Kendileriyle zimmet/vatandaşlık antlaşması yapılan ve İslâm devletinin hâkimiyetini kabul eden o ülke halkına ehl-i zimme denir ki bunlar o İslam ülkesinin vatandaşlığını kazanmış olurlar. Hem bunların hem de kendileri ile saldırmazlık/barış antlaşması yapılarak dâru's-sulh haline gelen ülke halkının –ki bunlar o İslam ülkesinin vatandaşlığını kazanmamışlardır- can ve mal dokunulmazlıkları ve dini hürriyetleri vardır, bunlara tecavüz haramdır. Diğer bir ifade ile bunların can ve mal güvenlikleri ile diğer tüm temel hakları İslâm hukukunun güvencesi altındadır.²⁵

²⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, 10/2; Ahmet Özel, “Harbî”, içinde *TDV İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1997), 112; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyin ve'l-müste'menin fi dari'l-İslâm*, 16.

²¹ Mustafa Fayda, “Zimmî”, içinde *TDV İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2013), 428-34; Ebu'l-Hasan Ali bin Muhammed Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultânîyye* (Kahire: Daru'l-Hadis, t.y.), 223,226; Yaşar Yiğit, “İslâm Ceza Hukuku Hükümleri Bağlamında Zimmîler”, *Diyanet İlmî Dergî*, S. 57 (2021): 179-82.

²² Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 4. bs (İstanbul: Beta, 2001), 147-57; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 1/59; Özel, *Dâru'lislâm, Dâru'lharb -İslam Hukukunda Ülke Kavramı*, 213-23; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyin ve'l-müste'menin fi dari'l-İslâm*, 70-75.

²³ el-Enfâl 8/61; Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, 120-28.

²⁴ Yaman, *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, 106.

²⁵ Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefi Kâsânî, *Bedâ'î u ş-şanâ'î fi tertibi ş-şerâ'î* (Daru'l-Kutübü'l-İlmiyye, t.y.), 7/108-109; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 3/270-273; Özel, *Dâru'lislâm, Dâru'lharb -İslam Hukukunda Ülke Kavramı*, 46.

Zimmet/vatandaşlık antlaşması teklifini kabul etmeyi Malikiler maslahata/kamu güvenliği ve toplumsal huzura uygunluk şartına bağlarken diğer üç mezhep hukukçuları gayrimüslimlerden gelen teklifi casusluk gibi kamu menfaatine aykırı bir durum olmaması halinde İslâm devletinin kabul etmek zorunda olduğunu söylerler.²⁶ Zimmet/vatandaşlık ve sulh/barış antlaşmaları ile diğer din mensuplarının inanç hürriyetine, can ve mal güvenliklerine sahip çıkan İslâm hukuku bu uygulamasıyla evrensel karakterli bir sistem olduğunu göstermektedir.²⁷

İslâm ülkesine dışarıdan belli bir süreliğine olmak üzere emân/izin ile herhangi bir sebeple giren yabancılar/harbiler de artık kendilerine güvence verildiği için müste'men/gayrimüslim göçmen olarak yine temel haklardan yaralanma noktasında zimmiler gibi İslâm devletinin himaye ve güvencesi altındadır.²⁸ Müste'men denilen grup günümüz uluslararası hukukunda kendilerine zorunlu sebeplerle ülkelerini terk eden "geçici koruma altındakiler", "sığınmacı" veya "mülteci" denilen kimseleri kapsadığı gibi kendi iradesi ile herhangi bir sebeple yabancı ülkeye göçen göçmenleri de kapsar. Bizim bu çalışmada ortaya koyacağımız inaç, ibadet, kültür ve dili koruma hürriyetinin varlığı işte bu grupta yer alan kimseler içindir. Bundan sonra genel olarak "göçmen" kavramını kullandığımızda kastettiğimiz bu gruptur.

Temel insan haklarından mahrum olduğu için zorunlu olarak ülkesini terk edip İslâm ülkesine sığınan bu göçmenlerin o İslâm ülkesi tarafından kabulü zorunluluk arz etmektedir. Zira zulme uğrayan insanların dini aidiyetine ve kültürel farklılığına bakmadan onlara sahip çıkmak Müslümanların sorumluluğundadır.²⁹ Bu emânı veren tek bir Müslüman dahi olsa bütün Müslümanları bağlayıcıdır.³⁰ İslâm hukukundaki bu yaklaşım hem İslâm ülkesine gelen yabancıyı koruma altına alma imkanını genişletirken hem de koruma sağlandıktan sonra her türlü temel haklardan yararlandırmayı zorunlu kılmaktadır. Çünkü buldukları ülkeyi çeşitli sebeplerle terk etmek zorunda kalıp bir İslâm ülkesine sığınan insanların himaye edilmesi hem İslâm hukuku açısından milletlerarası hukuk alanında asıl olanın barış olması ilkesine hem de İslâm dinin evrensel oluşuna ve engin merhamet anlayışına uygun düşmektedir.³¹ Özellikle bugün kendilerine mülteci veya sığınmacı denen, temel insan haklarından mahrum olmaları sebebi ile kendi ülkelerini terk ederek yabancı bir İslâm ülkesine sığınmak isteyen mazlumlara

²⁶ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 3/238.

²⁷ Cengiz, "(NEÜHFD)", 723.

²⁸ en-Nisâ 4/89-90; et-Tevbe 9/6; Serahsî, *el-Mebsût*, 10/84; Ebu Abdullah Şemseddin Muhammed İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-me'âd*, 27. bs (Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 1994), 112-14, 129-43; Hatip, "Kur'an Ve Sünnette Azınlık Hakları", 186-89; Yaman, *İslâm Hukukunda Uluslararası İlişkiler*, 251-56; Ahmet Yaman, "Kur'an ve Örnek Uygulamalara göre Mültecinin Temel Hak ve Özgürlükleri", *Mehir*, sy 4 (1999): 75-77; Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyin ve'l-müste'menin fi'darü'l-İslâm*, 70-75; Cengiz, "(NEÜHFD)", 721.

²⁹ el-Bakara 2/143; Âl-i İmrân 3/110; en-Nisâ 4/89-90; et-Tevbe 9/6.

³⁰ Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail Buhârî, *el-Câmi' uş-şâhîh*, nşr. Muhammed Zühayr b. Nasr (Beyrut: Dâru Tavki'n-Necât, 1422/2001), "Cizye" 10; Emân; "İslâm ülkesine (dârü'lislâm) girmek veya İslâm ordusuna teslim olmak isteyen yabancı gayri müslime (harbî) can ve mal başta olmak üzere temel haklardan yararlanma güvencesi sağlayan taahhüt veya akdi ifade eder." Bu tarifte yer alan harbî kavramı ile İslâm devletiyle arasında barış antlaşması bulunmayan yabancı devlet tebaası kastedilir. Tarihi süreç içerisinde İslâm hukukunda emânın savaş esnasında düşmandan belli bir şahsa, topluluğa veya bir bölge halkına tanınan dokunulmazlık güvencesinden, çeşitli sebeplerle İslâm ülkesinde bulunmak isteyen yabancıya verilen güvenceye kadar geniş bir kapsam kazandığı görülmür. Nebi Bozkurt, "Eman", *TDV İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1995), 11/75-77.

³¹ en-Nisâ 4/89-90; el-Enfâl 8/61; et-Tevbe 9/6; Özel, *Dârulislâm, Dârulharb -İslâm Hukukunda Ülke Kavramı*, 46.

koruma sağlamak ahlaki olmaktan öte hukuki bir zorunluluktur. Zira İslâm hukukunun temel gayelerinden biri temel hakları çiğnenen mazlumlara yardım etmek suretiyle hukuk ihlallerini ortadan kaldırmaktır. Bu İslâm'ın evrensel oluşu ve her hangi bir ayırım gözetmeksizin tüm insanlar için her zaman ve zeminde adaletli davranılması ilkesi gereğidir.³² Zorunlu bir sebep olmayıp da kendi isteği ile her hangi bir sebeple İslam ülkesine gelen göçmeni kabul edip etmemek ise kamu güvenliği ve toplumsal refah açısından maslahat neyi gerektiriyorsa ona göre hareket edilir.

Ancak günümüzde milletlerarası uygulamaların değişmesi sebebiyle emân kurumunun yerini tamamen devletlerin kontrolünde olan pasaport, vize ve ikamet izni gibi uygulamalar almıştır.³³ Devlete kontrol imkanı sağlayan bu durum İslâm hukukuna aykırı olmamakla birlikte yabancıy/göçmeni ülkeye kabul noktasında imkan daralmasına yol açmaktadır.

İslâm hukuku dışarıdan gelen göçmeni kabul ve ona sağladığı haklar açısından günümüzde cari olan hukuk sistemlerinden daha kapsayıcı ve ileri seviyededir.³⁴ Hanefî hukukçu es-Serahsî (ö. 483/1090), "İslâm ülkesinde buldukları süre içerisinde devletin müste'menlere yardım etmesi zorunludur. Çünkü onlar İslâm devletinin güvencesi altındadır. Yabancı göçmen/Müste'men, bizim ülkemizde ehl-i zimme/vatandaş mesabesinde." derken İslâm hukukunun bu konudaki genel hukuki ilkesini, temel yaklaşımını ortaya koymaktadır.³⁵ İslâm ülkesine emân akdi ile geçici süreliğine gelen müste'menlerin daha sonra zimmet sözleşmesi ile İslâm ülkesinin vatandaşı olma imkanı da vardır.³⁶

Dışarıdan bir İslâm ülkesine gelen göçmenlerin temel haklardan yararlanması hususunu görebilmemiz için fıkıh kitaplarındaki buna bağlı olarak getirilen hükümleri dikkate almamız gerekir. Buna göre İslâm devletinde sadece dışarıdan düşmanlık/casusluk gayesi ile gelen, İslâm'ın ve Müslümanların aleyhinde faaliyette bulunan, kamu güvenliğini ve toplumsal huzuru bozacak kişiler (harbî/düşman) herhangi bir haktan yararlanamaz. Çünkü hiçbir devlet kendi anayasal düzenini bozacak ve toplumsal güvenliği tehlikeye düşürecek bir faaliyete izin vermez.³⁷ Bunun dışında geçici veya kalıcı olarak hangi sebep ve amaç ile gelirse gelsin ülkeye kabul edildikten sonra her bir göçmen, temel hak ve hürriyetler açısından İslâm devletinin himayesi altındadır. İslam hukukunun ona sağladığı tüm haklardan yararlanır.³⁸

Göçmen/muhacir olarak dışarıdan gelen şahıs Müslüman haddi zatında her bir Müslüman hangi İslâm ülkesine giderse gitsin her türlü hak ve hürriyetten yararlanma/vatandaş olma hakkına sahiptir. Göçmen olan o şahıs Müslüman değilse klasik anlamdaki zimmet/vatandaşlık, sulh/barış antlaşmaları veya emân/izin kurumları ile sağlanan dokunulmazlık

³² el-Enfâl 8/25; Hüd 11/116-117; en-Nahl 16/41; eş-Şûrâ 42/39-43; Ebû İsa Muhammed b. İsa, *Sünenü't-Tirmizî*, thk. Ahmed Muhammed Şakir (Mısır: Şirketü Mustafa el-Bâbî el-Halabî, 1975), "Tefsiru'l-Kur'an", 5.

³³ Vehbe Zühaylî, "Eman", içinde *TDV İslam Ansiklopedisi* (TDV Yayınları, 1995), 79-81.

³⁴ Cengiz, "(NEÜHFD)", 726; Yaman, "Kur'ân ve Örnek Uygulamalara göre Mültecinin Temel Hak ve Özgürlükleri", 77.

³⁵ Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl Serahsî, *Şerhu's-Siyeri'l-Kebir* (Şirketü'ş-şarkıyye, 1971), 1853.

³⁶ Ebû Abdullah Muhammed b. İdris b. Abbas Şafii, *el-Üm*, 2. Baskı (Beyrut: Daru'l Fikir, 1983), 4/181-183.

³⁷ Cengiz, "(NEÜHFD)", 727-28.

³⁸ Bozkurt, "Eman", 76.

güvencesi ile temel haklardan aynı şekilde yararlanır. İslam ülkesinde mutlak olarak Müslümanlar için var olan temel hak ve hürriyetler zimmi/gayrimüslim vatandaş ve müste'menler/göçmenler için de vardır.³⁹

İslâm hukukunda müste'men/göçmenlere tanınan hakların kaynağı, milletlerarası hukuk ve müteakabiliyet prensibi olmayıp, onların insan olma vasfı taşımaları ve İslâm devletinin himayesine girmiş olmalarıdır.⁴⁰ İslâm hukukunda tüm bu göçmenlerin temel insan haklarından yararlanma noktasında bir mahrumiyet yaşamalarını gerektirecek bir gerekçe bulunmamaktadır. Bu temel haklardan mahrumiyeti gerektirecek bir suç işlemeleri ve mahkûm olmaları durumu ile devletlerarasında yapılan bir antlaşma gereği göçmenin ülkeye kabul edilmemesi hali müstesnadır.⁴¹ Tüm bu veriler, göçmenleri temel haklar noktasında kendi vatandaşlarıyla aynı haklara sahip kılmada eşitleyen İslâm hukukunun diğer hukuklara göre bariz bir farka ve önceliğe sahip olduğunu göstermektedir.

III. İSLÂM HUKUKUNDA TEMEL HAKLAR VE HÜRRIYETLER DÜŞÜNÇESİ

Temel insan hakları diye de adlandırılan temel hak ve hürriyetler; insanın doğuştan sahip olduğu aslı haklarını ifade etmektedir. İnsanın sorumluluğuna denk hak ve yetkilerle donatılmış olduğunu bildiren vahyin inşa etmiş olduğu İslâm hukukunda bu haklara büyük önem verilmiştir. Ancak kullanılan kavramların farklılığından dolayı bu kavramların günümüz terminolojisiyle İslâm hukukunun kaynak metinlerinde aranması yerine içerik ve işlevleri açısından karşılıklarının araştırılması daha doğru olur. Aynı zamanda konuyu anlatan bu kavramların sosyal ve tarihi bağlamlarının da göz önünde bulundurulması gerekir.⁴²

Nitekim İslâm'ın ana kaynakları olan Kur'an ve sünnette, insan hakları ile temel hak ve hürriyet düşüncesinin ana unsurlarından ve bu kavramların fikrî temelleri sayılabilecek ilkelerden söz edilmiştir. Bu manada Kur'an'da adalet ve maruf kavramları hak ve hukuka uygun oluşu, zulüm de her türlü haksızlığı ve aşırılığı kapsayacak şekilde kullanılır.⁴³ Bu temel iki kaynak ışığında oluşan İslâm kültür ve ilim sahalarında ise kendine has form ve içerikte temel hak ve hürriyetler açısından zengin bir birikimin bulunduğu görülmektedir.⁴⁴

Konunun ayrıntısına girmeden hemen şunu ifade edelim ki İslâm hukukuna göre yüzünde bulunan her şeyin, insanın istifadesine verilmesinden hareketle⁴⁵ hangi din, ırk ve kültüre mensup olursa olsun ve yine hangi sosyo-ekonomik statüye sahip olursa olsun bütün

³⁹ Kâsânî, *Bedâ'î u ş-şanâ'î fi tertîbî ş-şerâ'î*, 7/131.

⁴⁰ Cengiz, "(NEÜHFD)", 734.

⁴¹ Cengiz, 748-51.

⁴² Hüseyin Karayaka, *İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti*, 1. Baskı (İstanbul: Kitap Dünyası Yayınları, 2022), 65-66.

⁴³ Şamil Dağcı, "İşkence" (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2001), 430.

⁴⁴ Recep Şentürk, "İnsan Hakları", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 22/327-328.

⁴⁵ el-Bakara 2/29.

insanların temel insan haklarından yararlanması asıldır.⁴⁶ İnsan sadece insan olması hasebi ile bu haklara doğuştan sahiptir. Zaten İslâm hukukunun gayesi insanın; can, mal, din/düşünce, namus/nesil ve akıl güvenliğini sağlamaktır.⁴⁷

İslâm hukukuna göre her insan doğuştan her türlü temel insan hakkına sahiptir. Zira vücûb/hak ehliyeti olarak adlandırılan ve kişinin haklara ehil olmasını sağlayan şey, insan olma vasfından başka bir şey değildir.⁴⁸ İslâm hukukunun ana kaynakları olan Kur'an ve sünnetin özel anlatım üslubu içerisinde her insan için, temel insan hakları dediğimiz can, din, mal, nesil ve aklın korunmasının kabul edildiğini görmekteyiz. Buna göre herkes hukuk çerçevesinde özgürce yaşama, beden-akıl-ruh sağlığının korunmasını sağlama, bir dini benimseme ve onun gereklerine göre hareket etme, mal-mülk edinme, çalışma/istihdam ve neslinin/namusunun korunmasını sağlayıp aile kurma gibi temel insan haklarına sahiptir. İslâm hukuku tüm bu hakların korunmasına yönelik düzenlemeler yapmış ve ihlal edilmesi halinde farklı seviyelerde yaptırımlar ortaya koymuştur.⁴⁹ Buna göre kişinin bu haklarını ortadan kaldıracak meşru/hukuki bir sebep ve mazeret olmadığı sürece hiç kimsenin bu haklardan mahrum bırakılması kabul edilemez.

İlâhî menşeli ve evrensel bir hukuk sistemi olan İslâm hukukunda insanların, temel insan haklarından yararlanabilmeleri için Müslüman olmaları, belli bir ırka mensup olmaları, vatandaş ya da yabancı/göçmen olmaları şartı yoktur.⁵⁰ Zira her türlü farklılıkları ile tüm insanların yaratıcısı olan ve temel hakları onlara doğuştan veren Allah, kullarının Müslüman olmalarını ister, bundan razı olur fakat onları buna zorlamaz.⁵¹ O kullarından isteyenlerin, kendisini ve hak dini inkâr etmelerine müsaade eder, bundan dolayı da onlardan dünyada rahmetini esirgemez ve onların rızkını kesmez.⁵² Allah, kulları hangi durumda olursa olsun onları temel haklardan mahrum etmez. Bu ilâhî öğretiyi benimseyen Müslümanlar da İslâm hukukunun ortaya koymuş olduğu ilkelere dayanarak tarih boyunca her türlü farklılığı ile tüm insanlara bu ilâhî muamele örneği çerçevesinde yaklaşmış ve onların temel haklarını korumuşlardır.

⁴⁶ Karaman Hayreddin, *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2006), 1/97-99; Beşir Gözübenli, "İslâm Ülkesindeki Gayrimüslimlerin Sosyal Güvenlik Haklarına Dair Kur'anî İlkelere", içinde *Kur'an'ın Farklı İnanç Mensuplarına Yaklaşımı* (Konya: Konya İlahiyat Derneği Yayınları, 2006), 123-24.

⁴⁷ İslam hukukçuları dinin gayesi olan makâsîdül-ammeyi; zarûriyyât, hâciyat ve tahsîniyyât diye üç başlık altında toplamışlardır. Bugün bütün hukuk sistemlerinin de kabul ettiği ve temel insan hak ve özgürlükleri denilen şey buradaki tasnifte zarûriyyât'tan olan beş esasın –ki bunlar can, din/düşünce, ırz/nesil, akıl ve maldır.– korunmasından ibarettir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Abdülkerim Zeydân, *el-Vecîz fi uşûli'l-fıkḥ*, 1. bs (Müessesetü'r-Risale Naşirun, 2009), 299-304; Abdülvehhâb Hallâf, *İlmü uşûli'l-fıkḥ* (İstanbul: Eda Neşriyat, 1968), 200-205; Zekiyyüddin Şa'ban, *İslâm hukuk ilminin esasları (Usul-ı Fıkḥ)*, çev. İbrahim Kafi Dönmez (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1990), 350-55; Ertuğrul Boynukalın, "Makâsîdü's-Şerîa", içinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara, 2003), 423-27; Muhammed Tahir İbn Âşûr, *İslâm hukuk felsefesi (Makâşîdü's-şerî'ati'l-İslâmiyye)*, çev. Vecdi Akyüz ve Mehmet Erdoğan (İstanbul: Rağbet Yayınları, 2006), 138-48.

⁴⁸ Sabri Erturhan, *Temel Fıkḥ Bilgileri* (İstanbul: Hikmet Yayınevi, 2017), 50.

⁴⁹ Şentürk, "İnsan Hakları", 327-29.

⁵⁰ Halil Altuntaş, *İslâm'da Din Hürriyetinin Temelleri*, 4. bs (Ankara: DİB Yayınları, 2008), 12.

⁵¹ el-Bakara 2/21, 256; Âl-i İmrân 3/19, 85; el-Mâide 5/3.

⁵² el-Bakara 2/213; el-a'râf 7/156; Hüd 11/6; el-Ankebût 29/60.

Bugün de İslâm'ın bu temel ilkelerini benimsemiş olan Müslümanlar, aynı şekilde İslâm hukukunun bu ilkelerini uygulamak zorundadırlar.

İslâm hukukunun, bütün farklılıklarına rağmen tüm insanlar için kabul ettiği bu temel hakları kısaca ifade ettikten sonra göç ettiği toplumda genelde dezavantajlı olan göçmenlerin bu haklardan bir olan inanç ve ibadet haklarından ve bunun bir parçası olan kültür ve dili koruma haklarından istifade etmesine bir engelin olup olmadığını araştıracağız.

IV. İNANÇ, İBADET, KÜLTÜR VE DİL HAKKI

A. İNANÇ HAKKI

İslâm'a göre herkesin ve her şeyin yaratıcısı Allah'tır⁵³ ve Allah yarattığı kullarını irade sahibi, iyilikle kötülüğü seçebilecek kabiliyette yaratmış ve kendilerini bu konuda bilgilendirmiş ve iradelerinde serbest bırakmıştır.⁵⁴ Fakat Allah insanlar için uygun olan dinin İslâm olduğunu belirtmiş, onu seçmiş ve onu seçenlerden razı olmuştur.⁵⁵ Buna rağmen O insanları buna mecbur etmemiş, tek hak din olan kendi dinini insanlara öğretmek üzere görevlendirdiği peygamberlerine dahi insanları zorla Müslüman etme vazifesi ve yetkisi vermemiştir.⁵⁶

“Din, akıl sahibi insanları, kendi hür tercihleri ile doğrudan hayra ulaştırmak üzere Allah tarafından belirlenen ilâhî değerler bütünüdür.”⁵⁷ Bu tanımdan anladığımıza göre din/inanç irade işidir ve herhangi bir dini benimsemek veya reddetmek insanın içinden gelerek hür iradesi ile yapacağı bir şeydir. Çünkü tüm insanları bütün varlıkları ile yaratan Allah, insanları bu hususta zorlamamıştır. Neticede dünya hayatı imtihan alanıdır. İnsan kendi tercihini kendisi yapacak ve yapacağı tercihe göre de bir sonuç elde edecektir. Zira dinin özü imana, imanın temeli ise kalp ile tasdike dayanır.⁵⁸ Buradan hareketle İslâm âlimleri tehdit ile yapılan inanç ikrarının geçersiz olduğunu ifade etmişlerdir.⁵⁹ Nitekim şu ayetler bu hakikati net bir şekilde izah etmektedir. "Dinde zorlama yoktur. Doğru eğriden açıkça ayrılmıştır. Artık kim sahte tanrıları reddeder de Allah'a inanırsa kopmayan sağlam bir kulpa yapışmıştır..."⁶⁰ "Ve de ki: Gerçek, rabbinizden gelendir. Artık dileyen iman etsin dileyen inkâr etsin. ..." ⁶¹ "Eğer rabbın dileyseydi, yeryüzünde bulunanların hepsi topluca iman ederdi. Hal böyleyken, mümin olsunlar diye sen tutup insanları zorlayacak mısın!"⁶²

⁵³ Âl-i İmrân 3/26-27; el-En'âm 6/14, 73, 95, 101; el-Araf 7/54; Yûnus 10/3, 31; Hûd 11/7; er-Ra'd 13/16; el-Enbiyâ 21/30; en-Nûr 24/45; el-Furkân 25/2, 54; er-Rûm 30/19-27; es-Secde 32/6-9; es-Sâffât 37/96; el-Mü'min 40/61-62; eş-Şûrâ 42/49-50; ez-Zâriyât 51/47-49; el-Kamer 54/49-50; el-a'lâ 87/1-5.

⁵⁴ el-Bakara 2/38; er-R'ad 13/31; Tâhâ 20/123; el-Beled 90/8-10; eş-Şems 91/7-8.

⁵⁵ Âl-i İmrân 3/19, 85; el-Mâide 4/3.

⁵⁶ el-En'âm 6/35; en-Nahl 16/37, 125; el-Kasas 28/56; Kâf 50/45; el-Çâşiye 88/22.

⁵⁷ Alaüddin Abdülazîz b. Ahmed b. Muhammed Abdülazîz Buhârî, *Keşfü'l-estrar ala Usuli'l-Pezdevi* (Daru'l-Kitabi'l-İslamiyye, ts.), 1/5.

⁵⁸ Altuntaş, *İslam'da Din Hürriyetinin Temelleri*, 13; İsmail Yakıt, "Kur'an Ve Sünnette İnanç Ve Düşünce Özgürlüğü", içinde *Kur'an Ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları* (Ensar Neşriyat, 2014), 388; Hatip, "Kur'an Ve Sünnette Azınlık Hakları", 194.

⁵⁹ Abdullah b. Ahmed İbn Kudâme, *el-Muğni*, ed. Abdullah et-Türki (Riyad: Dâru Alemi'l Kütüp, 1997), 9/23.

⁶⁰ el-Bakara 2/256; Bu ayetin geniş bir değerlendirmesi için bk; Altuntaş, *İslam'da Din Hürriyetinin Temelleri*, 15-72.

⁶¹ el-Kehf 18/29.

⁶² Yûnus 10/99.

Dinde zorlamanın olmayacağını ifade eden Kur'an'ın bu ayetleri mutlak ve evrenselidir. Bu ve benzeri ayetler ile Hz. Peygamber'in (s.a.s.) bu husustaki uygulamaları ve hadisleri gösteriyor ki Allah katında tek hak din olan ve tüm zaman ve mekânlara şamil olan İslâm dahi zorla insanlara kabul ettirilmeyeceğine göre diğer dinlerin de aynı şekilde zorla kabul ettirilmesi kabul edilemez.⁶³ Evrensel olduğunu iddia eden her din, doğal olarak bütün insanlara ulaşmak ve kendisinin benimsenmesini isteyecektir. Fakat bu mesajın ulaştırılması ve insanların o dini benimsemeleri, insanların zafiyetleri istismar edilmeden ve kendilerine baskı yapılmadan olmalıdır. Bu şekilde insanlara baskı yapılmadan kendi hür iradeleri ile istedikleri herhangi bir dini kabul etmeleri İslâm hukuku açısından kabul edilen bir durumdur.

Dini/inancı bir irade ve imtihan konusu kabul eden ve inanç hürriyetini sağlamak üzere gelen Kur'an'ın İslâm'dan irtidâd edenlerle ilgili ayetlerinde uhrevi cezanın dışında dünyevi bir ceza öngörmemesi de İslâm'daki din hürriyetinin şümülü ile alakalıdır.⁶⁴ Hz. Peygamber'in (s.a.s.) irtidâd edenlerle ilgili verdiği kararlara ve Hz. Ebû Bekir ile Hz. Ali'nin uygulamalarına baktığımızda da sırf dini terk ettikleri için değil düşman tarafına geçip İslâm ülkesine zarar verenlerin cezalandırıldığını ama zarar verme ihtimali olmayanların ise cezalandırılmadığını görmekteyiz.⁶⁵ Diğer bir ifade ile devletin anayasal düzenine ve toplumsal huzura yönelik karışa çıkartan eşkıya ve teröristlerin cezalandırıldığını görmekteyiz. Hanefilerin mürtedin idam edilme illetini fiili savaş ve isyan olarak ifade etmeleri de bu uygulamalara dayanmaktadır.⁶⁶ Tabii bu anlayış İslâm'da dini terk edenlerin hoş karşılandığı anlamına da gelmez. Aksine bu kendine, değerlerine ve getirdiği sistemin sağlamlığına güvenin bir ifadesidir. Hiçbir din, kendisinin terk edilmesine olumlu bakmaz. Ama bireysel anlamda din değiştirme temelde inanç hürriyeti ile ilgili bir konu olduğundan bir dini benimseyip kabul etme hürriyeti olan bir kimşenin, o dini terk etme hakkının olması da –uhrevi sorumluluğu olmakla birlikte– gayet doğaldır. Örgütlü ve isyan halindeki bir irtidâd hadisesi ise İslâm devletinin varlığını tehlikeye sokacağı için cezayı muciptir.⁶⁷ Mürtedin aile ve miras hukukunda bazı farklı uygulamalara tabi olması genel olarak ilgili tarafların din farklılığından kaynaklanan bir durumdur.

⁶³ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 3/262; M. Emin Özaşar, ed., *Hadislerle İslâm*, 2. bs, c. 5 (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2013), 355-63.

⁶⁴ el-Bakara 2/217; Âl-i İmrân 3/86-91; en-Nisa 4/90, 137; el-Mâide 5/5; Muhammed Reşit Rıza, *Tefsîru'l-Menâr*, c. 5 (el-Heyetü'l-Mısıriyyeti'l-Ammeti lil-Kitab, 1990), 265-66.

⁶⁵ Süleyman b. Eş'as Ebû Dâvûd, *Sünen-i Ebû Dâvûd*, thk. Muhammed Muhyiddin Abdulhamid (Beyrut: el-Mektebetü'l-Asriyye, ts.), "Hudûd", 1 (No. 4351, 4352, 4353); *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, 1/340-343; Ebu'l-Hasan Ali bin Muhammed Mâverdî, *İslamda Hilafet ve Devlet Hukuku*, çev. Ali Şafak (İstanbul: Bedir Yayınevi, 1976), 63-70; Hz. Peygamber'in vefatına yakın zamanda başlayıp Hz. Ebû Bekir'in halifeliği döneminde devam eden ridde/irtidâd hadisesi sadece dini bir mesele olmayıp daha ziyade Müslüman toplumun birliğini/İslâm devletinin varlığını tehdit eden toplu isyan şeklinde cereyan eden siyasi bir meseledir. Ayrıntılı bilgi için bk; Adem Apak, *Anahatlarıyla İslâm Tarihi* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2008), 2/64-70; Yaşar Yiğit, "İnanç ve Düşünce Özgürlüğü Perspektifinden İrtidâd Suç ve Cezasına Bakış", *İslamiyat* 2/2 (1999), 121-137; Sabri Erturhan, "İslâm Ceza Hukuku", *Hikmetevi Yayınları*, (2020), 261-275.

⁶⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, 10/110; Kâsânî, *Bedâ'i'uş-şanâ'i' fi tertibi's-şerâ'i'*, 7/237; Altuntaş, *İslâm'da Din Hürriyetinin Temelleri*, 72-81; Hanefilerin dışındaki cumhura göre ise kadın olsun erkek olsun mürtedin öldürülmesindeki sebep dinden çıkmasıdır; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 1/187.

⁶⁷ el-Mâide 5/33; Ebû Dâvûd, *Sünen-i Ebû Dâvûd*, "Hudûd", 1; Sabri Erturhan, *İslâm Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar* (İstanbul: Rağbet Yayınları, 2008), 335-41.

Hükümlerinin dayanağını Kur'an ve sünnetten alan İslâm hukukunu benimseyip uygulayan Müslüman milletler, yaptıkları fetihlerde insanları önce İslâm'a davet ederler, bunu kabul etmedikleri takdirde cizye/vergi vermelerini isterler, bunu da kabul etmezlerse son olarak savaş yaparlar ki bu savaşın gayesi o insanları Müslüman yapmak değil İslâm devletinin hâkimiyetini tanımalarını sağlamaktır.⁶⁸ Hz. Peygamber'den (s.a.s.) beri İslâm tarihi boyunca uygulanan bu usul de göstermektedir ki İslâm'ı kabul edip etmemek kişilerin kendi tercihlerine bırakılmıştır. Müslümanlar gerek fethettikleri ülkelerin yerli gayrimüslim halkına, gerekse İslâm coğrafyasına sonradan göçüp gelen göçmenlere olsun hiç kimseye dinlerini değiştirmeleri için herhangi bir baskı yapmamıştır. Bu anlayış İslâm hukukunda inanç hürriyetinin, ister yerli/vatandaş isterse yabancı/göçmen olsun herkes için asıl olduğunu ortaya koymaktadır.⁶⁹ 1400 küsur yıldır İslâm topraklarında yaşayıp da öteden beri varlığını bu topraklarda sürdüren gayrimüslimlerin varlığı bu hükmün şahididir. İnanç hürriyetinin gereği olarak zorla din değiştirmeye mani olmak için İslâm hukukunun Osmanlı uygulamasında Müslüman olan gayrimüslimlerin kimseden baskı görmeden kendi hür iradeleri ile Müslüman olduklarını mahkemede şahitlerin huzurunda beyan etmesi usulü benimsenmiştir.⁷⁰

İslâm kendisinin kabul edilip edilmemesini insanların iradesine bıraktığı gibi Müslümanlardan diğer dinlerin mensuplarına ve kutsallarına hakaret edilmesini de kesin bir dille yasaklamaktadır. Herkesin kendi dininin ve düşüncesinin kendisi için güzel ve hak olduğu vakasına işaret edilerek sonuçta herkesin Allah'a hesap vereceği hatırlatılmaktadır. Buradan anlıyoruz ki kimse kimseye kendi dinini dayatamayacağı gibi diğer dinleri ve mensuplarını da tahkir edemez. Ancak bu durum İslâm'ın temsil ve usulüne uygun tebliğ edilmesine mani değildir.⁷¹ Kısaca ifade edecek olursak inanç hürriyeti göçmenler için de asıldır. Hiçbir göçmen inancından dolayı baskı görmemeli ve tahkir edilmemelidir.

B. İBADET HAKKI

İnanç hürriyetinin doğal bir parçası da insanın inandığı dinin ibadet ilkelerini ve ahlaki düsturlarını günlük hayatında yaşayabilmesidir. Zira her inanç sistemi birtakım uygulamalarla ayakta durur. Çünkü dinler sadece ideolojik fikirlerden ibaret değildir. İnanç esaslarına dayanan uygulamalar ve bunlarla bütünleşmiş ahlaki değerler ve bunlardan üretilmiş olan birikim/kültür bir bütünün parçalarıdır. Diğer bir ifade ile şekli ibadetler ve diğer tüm dinî uygulamaların arkasında bir ahlaki değer ve bir inanç sistemi vardır. Din/inanç hürriyeti denince bunların hepsi bir bütün olarak anlaşılmaktadır.

İslâm hukukuna göre Müslüman olmayan insanlar kendi ibadetlerini ve ibadethanelerini yapma ve yaşatma hususunda hürdürler. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.s.) Medine'ye gelen Necran Hıristiyanlarına Mescid-i Nebevi'de kendi ibadetlerini yapmalarına müsaade etmiş,

⁶⁸ Âl-i İmrân 3/110; el-Mâide 5/67; et-Tevbe 9/41; el-Hac 22/78; Müslim b. el-Haccâc Müslim, *el-Câmi' u ş-şahîh* (Kahire: Dâru İhyai'l Kutbi'l Arabiyye, 1374), "Cihat ve Siyer", 3; Hüseyin Algül, *İslam Tarihi*, c. 1 (İstanbul: Gonca Yayınevi, t.y.), 2/1175; Mâverdi, *el-Ah-kâmü's-sultânîyye*, 44-45; Ahmet Yaman, "Savaş", içinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 192.

⁶⁹ Yunus Vehbi Yavuz, *İslam'da Düşünce ve İnanç Özgürlüğü* (Sahhaflar Kitap Sarayı, 2000), 130-36.

⁷⁰ Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 10. Baskı (Konya: Atlas Akademi, 2021), 202.

⁷¹ el- Mâide 5/48; el-En'am 6/108; el-Hac 22/67; Kâf 50/45; Gâşiye 88/21-22.

engel olma imkânı varken onlara engel olmamıştır.⁷² Değişik bölgelere gönderdiği valilerine verdiği talimat, oranın halkını dinlerinden dönmeye zorlamamaları ve halka kolaylık gösterip zorluk çıkarmamaları yönündedir.⁷³ Müslümanlara savaş izni verilen ayetlerin devamında bile Allah'ın Müslümanlardan istediği müsamahakâr davranışa örnek olabilecek nitelikte; "... Eğer Allah'ın, insanların bir kısmıyla diğer kısmını engellemesi olmasaydı, manastırlar, kiliseler, havralar ve mescidler -ki oralarda Allah'ın adı çokça anılır- yıkılır giderdi..."⁷⁴ denilerek diğer din mensuplarına ait mabetlerin korunmasını ilahî sistem böylece garanti altına almaktadır. Bu ise İslâm'da inanç özgürlüğünün ve dinin icaplarını yaşama serbestisinin sağlandığının bir göstergesidir.⁷⁵

İslâm hukukuna göre insanların ibadet hürriyeti ve mabet dokunulmazlığı sadece barış zamanına has olmayıp savaş şartlarında dahi bu ilkelere riayet edilmesi istenmektedir. Buna göre savaşta düşman tarafın mabetleri tahrip edilemeyeceği gibi kendi halinde ibadetle meşgul olup savaşa bizzat katılmayan insanlara da zarar verilmez.⁷⁶ Mescid-i dırâr hadisesi ise iyi niyetle ve normal şartlarda yapılmış bir mabedin yıkılması değil tam tersine Müslümanlara zarar vermek niyeti ile gerçekte fesat ve nifak yuvası olarak inşa edilen bir fitne merkezinin ortadan kaldırılması hadisesidir. Yani burada bir mabedin dokunulmazlığının ihlali değil Müslümanlara has olan mescidin/mabedin art niyetle ve Müslümanlara karşı düşmanca tavırla kurulan bir askeri üssün ve fitne/strateji merkezinin ortadan kaldırılması söz konusudur.⁷⁷ Bu örnekten hareketle şunu söyleyebiliriz, İslâm devleti içerisinde zimmet veya emân kurumlarının vermiş olduğu güvence ile hareket eden gayrimüslim vatandaş veya göçmenlerin de bu durumu sunitimale ederek kamu düzenini bozacak herhangi bir davranışta bulunmaları suçtur. Bu cümleden olarak mabetlerini normal ibadet amaçlı kullanmanın ötesinde devlet/kamu düzenini bozacak şekilde bir merkeze dönüştürmek ve kendi inançlarının propagandasını yapmak suçtur.

İbadet özgürlüğü noktasında yerli halkla göçmenlerin eşit derecede olduklarına işaret eden Hac suresi 25. ayette ibadetin merkezi olan Mescid-i Haram'ın yerli ve misafir bütün insanlar için eşit olduğu ifade edilmekte ve buraya insanların gelmelerine engel olanların kınandığı görülmektedir.⁷⁸ Buradan hareketle bütün mabetlerin kendi din mensuplarının ibadeti için yerli-göçmen ayırımı yapmadan tüm insanların istifadesine sunulmasının devletin bir görevi olduğu gibi kendi mabetlerinde ibadet etmek de tüm insanların bir hakkı olduğunu söyleyebiliriz. Bu ilkeler sadece İslam ülkesinin vatandaşları olan gayrimüslimler için değil emanla/izinle ülkeye gelen tüm göçmenler için de geçerlidir.

⁷² Ebu Abdullah Muhammed b. Sa'd İbn Sa'd, *et-Tabakâti'l-kübrâ*, c. 1 (Beyrut: Daru'l-Kitabi'l-İlmiyye, 1990), 267-68.

⁷³ Algül, *İslam Tarihi*, 2/142-144.

⁷⁴ el-Hac 22/40.

⁷⁵ Yavuz, *İslam'da Düşünce ve İnanç Özgürlüğü*, 136-45; Hatip, "Kur'an Ve Sünnette Azınlık Hakları", 197-99.

⁷⁶ Yaman, "Savaş", 193.

⁷⁷ et-Tevbe 9/107-108; Hüseyin Algül, "Mescid-i Dırâr", içinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2004), 272-73.

⁷⁸ Mâverîdî, *İslamda Hilafet ve Devlet Hukuku*, 212-13.

C. KÜLTÜR VE DİLİ KORUMA HAKKI

İnsan, tabiatı gereği tek başına bir hayat sürmesi mümkün olmadığı için ihtiyaçlarını giderebilmek için hemcinsleri ile yardımlaşma, dayanışma ve iş bölümünü yapmak zorundadır. Bu da insanın toplumsal bir hayat sürmesi demektir. Bu birliktelik zamanla şehirlerin kurulup medeniyetlerin oluşmasını da beraberinde getirmiştir. Belli topluluklar halinde yaşayan her grup insan zamanla kendine has birtakım değerler manzumesi ve davranış biçimleri geliştirmiştir. İnsanların inanç dünyalarından bağımsız olmayan medeniyet ve kültür dediğimiz bu insani birikim korunmayı hak etmektedir.

İnançlar, fikirler ve kültürel değerler insandan insana dil ile aktarılmaktadır. Zira konuşma kabiliyeti ve okuma-yazma insanın en bariz özelliklerindedir.⁷⁹ Her insan öncelikle anadilini öğrenmeli ve onu yaşatmalıdır ki kendi inancını, değerlerini ve kültürünü bir sonraki nesle aktarabilsin. İster söz ile ister yazı vb. araçlarla olsun dil, dinin ve kültürün taşıyıcısıdır.

Kur'an-ı Kerim'de Yüce Allah kudretinin delillerini anlatırken göklerin ve yerin yaratılmasının yanında insanların dillerinin ve renklerinin farklılığını da ifade etmektedir.⁸⁰ Medeniyet ve kültürel farklılıkların temelinde yatan sebeplerden olan dil ve renk/ırk farklılığının olmasını Allah, kendi kudretinin delilleri arasında saymaktadır.⁸¹ Bu ise bize şunu açıkça göstermektedir ki bu farklılıkları yok etmeye çalışmak Allah'ın ayetlerinden birini yok etmek demektir. Ayrıca Kur'an, insanların farklı kavim ve kabileler şeklinde yaratılmalarını birbirleri ile tanışma ve kaynaşma sebebi olarak nitelendirmektedir.⁸² İslam hukukunun ana kaynağı olan Kur'an'ın bu yaklaşımı sadece ahlaki bir öğreti olmayıp hukuki anlamda da yol göstermektedir. Bu sebeple Müslümanlar, fethettikleri topraklardaki insanların dinlerine dokunmadıkları gibi dillerine de dokunmamışlardır. İslâm tarihi demek aynı zamanda İslâm hukuk/fıkıh tarihi demektir.⁸³ Müslümanların hâkim olduğu topraklarda her dilden, dinden ve renkten farklı insan gruplarının hiçbir baskıya maruz kalmadan tarih boyunca varlıklarını sürdürmeleri İslâm hukukunun tesis etmiş olduğu inanç, ibadet ve kültür hürriyetinin Müslümanlarca ne derece özümsemişliğinin göstergesidir.

Tüm bu veriler ve tarihî tecrübe de göstermektedir ki İslâm hukukuna göre yabancı bir toplumun içerisine giren göçmenlerin kendi inançlarını koruma ve ibadetlerini yapma hakları olduğu gibi dîni/millî kültürlerini ve ana dillerini korumaları ve konuşmaları/yazmaları da en temel haklarından bir tanesidir. İslâm hukuku bu temel haklar noktasında da gayrimüslim göçmenleri kendi vatandaşları olan zimmi ve Müslümanlarla aynı tutmaktadır.⁸⁴ İçine geldikleri toplumla uyum sağlayabilmeleri ve o toplum içerisinde normal bir hayatı yaşayabilmeleri için onların kültürlerini ve dillerini öğrenmeleri nasıl bir vazife ise kendi kültür ve anadillerini yaşatmaları da bir haktan da öte bir sorumluluktur.

⁷⁹ el-Beled 90/9; el-Alak 96/4-5.

⁸⁰ er-Rum 30/22.

⁸¹ *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, 4/303-305.

⁸² el- Hucurât 49/13.

⁸³ Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerir Taberî, *Târîhu't-Taberî* (Beirut: Daru't-Turâs, 1387), 3/609; Algül, *İslam Tarihi*, 2/297-298.

⁸⁴ Zeydân, *Ahkâmü'z-zimmiyyin ve'l-müste'menin fi dari'l-İslâm*, 121.

Dinde zorlamanın kabul edilemez olduğunu ve ırkı, dili, dini ve sosyal statüsü ne olursa olsun vatandaş ya da yabancı/göçmen bütün insanlar için din/inanç hürriyetinin asıl olduğunu ilan eden İslâm'ın bu evrensel ve mutlak ilkesine karşın bugün gerek doğuda gerekse batıda buna aykırı uygulamalar görülmektedir.⁸⁵ Özellikle İslâm coğrafyasından farklı coğrafyalara/ülkelere giden göçmenlerin içinde buldukları dezavantajlı hali istismar ederek onlara maddi birtakım imkânlar vaat edip veya sağlayıp onların din ve kültürlerini değiştirmelerini istemek ve bu yönde çeşitli baskılar uygulamak inanç hürriyetine ve insanın onuruna yapılmış bir insanlık suçudur.⁸⁶ Çünkü böyle bir uygulama o insanların öz benliklerini, milli kimliklerini yitirip asimile/eriyip yok olmalarını sağlamaktadır. Bu noktada İslam hukuku ile diğer hukuk sistemlerinin hakim olduğu yönetimlerin ve bunların yönlendirmesi ile halkların göçmenlere bakış açılarını değerlendirdiğimizde İslam hukukunun ortaya koymuş olduğu hürriyet anlayışının çok daha insani ve Müslümanların çok daha müsamakar olduklarını söyleyebiliriz.

Ancak 20. asrın son çeyreğinden itibaren özellikle İslam ülkelerinde meydana gelen soyal ve siyasal hadiseler nedeniyle yoğun bir şekilde ve düzensiz olarak cereyan göç olgusu karşısında göçmenlerin gittiği ülke yönetimlerin yeterince tedbir al/a/mayışı toplumsal huzursuzluğa sebep olmaktadır. Göç hadisesinin sosyal güvenliği ve huzuru tehdit etmemesi ve göçmenlerin burada ifade ettiğimiz haklarının da ihlal edilmemesi için yöneticilerin hukuki, siyasi, sosyal ve iktisadi olarak çok yönlü tedbir almaları önem arz etmektedir.

SONUÇ

İslâm hukukunun temel hak ve hürriyetlerden kabul ettiği dinin muhafazası ilkesinden hareketle göçmenlerin inanç, ibadet, inancın tezahürü olan kültür ve taşıyıcısı olan dili muhafaza hürriyetlerini ortaya koymayı hedeflediğimiz bu çalışmamızda şu sonuçlara ulaştığımız bulunmaktayız.

İnsanlar geçmişte ve günümüzde çeşitli sebeplerle yaşadıkları mekânlardan ayrılmak zorunda kalmıştır. Bu durum daima toplumda hukuki açıdan korunmaya muhtaç zayıf bir kitleyi oluşturmuştur. Bu sebeple bu konumda olan insanların temel insan haklarından yeterince istifade edebilmeleri için birçok devlet, hukukun üstünlüğü ve herkes için adalet prensibi fikrini ilkesel olarak benimsemiş ve uyum strateji belgeleri ve eylem planları hazırlamışlardır.

Hak ihlalleri daha çok yaşadığı yerden zorunlu sebeplerle ayrıлып ülke dışına bireysel veya kitlesel olarak yapılan zorunlu göç hadiselerinde yaşanmaktadır. Fakat biz burada hangi sebep ve hangi yolla olursa olsun ülke dışına yapılan tüm göç hadiselerini dikkate alarak konuyu ele aldık.

Fıkıh kaynaklarında bir Müslümanın başka bir İslâm ülkesine veya güvenli bir ülkeye göç etmesi daha çok "hicret/muhacir" kavramları ile ifade edilirken Müslüman olmayan bir

⁸⁵ Güven, "Avrupa'da İslam ve Müslümanlar", 192-93; Tuomas Martikainen, "Din, Göçmenler ve Entegrasyon", çev. Nebile Özmen, *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi* 38, sy 1 (2010): 264-66.

⁸⁶ Cengiz Kanık, "Türk Kökenli Göçmenlerin Kimlik Yönelimi", *Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* yıl 11, sy 1 (Haziran 2018): 235-36.

kişinin kendi ülkesi dışındaki bir İslâm ülkesine göç etmesi “emân” kavramı çerçevesinde ele alınmıştır.

İslâm hukukunun uygulanması bakımından bütün İslâm ülkeleri tek bir ülke gibi kabul edilmiştir. Bir Müslüman ikamet ettiği kendi ülkesinden zorunlu veya gönüllü herhangi bir sebeple hangi İslâm ülkesine hicret/göç ederse etsin orada yerleşme ve her türlü hak ve hürriyetten vatandaş olarak yararlanma hakkına sahiptir.

İslâm devletinin hâkimiyetini kabul ettiği için kendileriyle zimmet/vatandaşlık antlaşması yapılan zimmiler ile kendileri ile saldırmazlık/barış antlaşması yapılan ülke halkının can ve mal güvenlikleri ile diğer tüm temel hakları İslâm hukukunun güvencesi altındadır.

İslâm ülkesine emân/izin ile giren yabancılar/harbiler de artık kendilerine güvence verildiği için müste'men/gayrimüslim göçmen olarak yine temel haklardan yararlanma noktasında zimmiler gibi İslâm devletinin güvencesi altındadır. Müste'men denilen grup günümüz uluslararası hukukunda kendilerine zorunlu sebeplerle ülkelerini terk eden “geçici koruma altındakiler”, “sığınmacı” veya “mülteci” denilen kimseleri kapsadığı gibi kendi iradesi ile herhangi bir sebeple yabancı ülkeye giden göçmenleri de kapsar.

Temel insan haklarından mahrum olduğu için zorunlu olarak ülkesini terk edip herhangi bir İslâm ülkesine sığınan bu göçmenlerin o İslâm ülkesi tarafından kabulü zorunludur. Zorunlu bir sebep olmayıp da kendi isteği ile İslâm ülkesine gelen göçmeni kabul edip etmek noktasında İslâm devleti, kamu güvenliği ve toplumsal refah açısından maslahat neyi gerektiriyorsa ona göre hareket etmelidir.

İslâm hukuku göçmeni kabul ve ona sağladığı haklar açısından günümüzde cari olan hukuk sistemlerinden daha kapsayıcı ve ileri seviyededir. Zira göçmen olarak gelen şahıs Müslüman haddi zatında her bir Müslüman hangi İslâm ülkesine giderse gitsin vatandaş olarak her türlü hak ve hürriyetten yararlanma hakkına sahiptir. Göçmen gayrimüslimse zimmet/vatandaşlık, sulh/barış antlaşmaları veya emân/izin kurumları ile sağlanan dokunulmazlık güvencesi ile temel haklardan aynı şekilde yararlanır. İslâm ülkesinde mutlak olarak Müslümanlar için var olan temel hak ve hürriyetler zimmi/gayrimüslim vatandaş ve müste'men/göçmenler için de vardır.

Din/inanç irade işidir ve herhangi bir dini benimsemek veya reddetmek insanın hür iradesi ile yapacağı bir şeydir. Dinde zorlama olmayacağı Kur'an'ın açık hükmüdür. İslâm hukukunda inanç hürriyeti, ister yerli isterse göçmen olsun herkes için asıldır. Asırlardır İslâm topraklarına dışarıdan göçmen olarak gelip de bu topraklarda varlığını sürdüren gayrimüslimlerin varlığı bu hükmün şahididir.

İnanç hürriyetinin doğal bir parçası da insanın inandığı dinin ibadet ilkelerini ve ahlaki düsturlarını günlük hayatında yaşayabilmesidir. İslâm hukukuna göre gayrimüslimler ister yerli isterse göçmen olsun kendi ibadetlerini ve ibadethanelerini yapma ve yaşatma hususunda hürdürler. Bu hürriyet sadece barış zamanına has olmayıp savaş şartlarında dahi geçerlidir.

İnsanların inanç dünyalarından bağımsız olmayan kültürlerinin, dinin ve kültürün taşıyıcısı olan dilin muhafazası da önem arz ettiğinden göçmenler de öncelikle anadilini öğrenmeli

ve onu yaşatmalıdır ki kendi inancını, değerlerini ve kültürünü bir sonraki nesle aktarabilsin. İslam hukukuna göre bu haklar yerli ve göçmen herkes için geçerlidir.

KAYNAKLAR

- Acer, Yücel ve İbrahim Kaya. *Uluslararası Hukuk*. 13. bs. Ankara: Seçkin, 2022.
- Algül, Hüseyin. *İslam Tarihi*. C. 1. 4 c. İstanbul: Gonca Yayınevi, t.y.
- Algül, Hüseyin, "Mescid-i Dırar". İçinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 29:272-73. Ankara: TDV Yayınları, 2004.
- Altuntaş, Halil. *İslam'da Din Hürriyetinin Temelleri*. 4. bs. Ankara: DİB Yayınları, 2008.
- Apak, Adem. *Anahatlarıyla İslam Tarihi*. 2. bs. C. 2. 3 c. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2008.
- Arslan, Erkan. "Göçü Harekete Geçiren Bir Dinamik Olarak Güvenlik: Suriye'nin Devlet Kapasitesi ve Kırılgan Devlet Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme". İçinde *Yerel ve Küresel Eksende Uluslararası Göç Üzerine İncelemeler*, editör Erkan Arslan. Ankara: Nobel, 2021.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. 10. Baskı. Konya: Atlas Akademi, 2021.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. 4. bs. İstanbul: Beta, 2001.
- Baysa, Hüseyin. "İslam Hukukundaki Himaye Geleneği Müvacehesinde Mültecilik Sistemi". İçinde *II. Ortadoğu Konferansları: Ortadoğu'daki Çatışmalar Bağlamında Göç Sorunu*, editör H. Mustafa Paksoy, Kazım Sarıçoban, Elif Yıldırımçı, ve Özcan Özkan, 116-23. Kilis, 2016.
- Boynukalın, Ertuğrul. "Makâsüdü'ş-Şerîa". İçinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 27:423-27. Ankara, 2003.
- Bozkurt, Nebi. "Eman". İçinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, 75-77. İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Buhârî, Alaüddin Abdülazîz b. Ahmed b. Muhammed Abdülazîz, 730/1330. *Keşfü'l-esrar ala Usulî'l-Pezdevi*. C. 1. 4 c. Daru'l-Kitabi'l-İslamiyye, t.y.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail. *el-Câmi'u ş-şâhîh*. 1. bs. 9 c. Beyrut: Dâru Tavki'n-Necât, 1422/2001.
- Cengiz, Mehmet. "Mülteci Hukuku Açısından İslâm Hukuku ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (BMMYK/UNHCR) Koruyuculuğunu Yaptığı 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü Arasında Metodolojik Bir Mukayese". *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5 S. 2 (2022): 718-61.
- Çiçek, Ali, ve Ömer Taylan. "Türkiye'nin Stratejik Göç Yönetimi Hamlesi: 2018-2023 Uyum Strateji Belgesi ve Ulusal Eylem Planının Analizi". İçinde *Yerel ve Küresel Eksende Uluslararası Göç Üzerine İncelemeler*, editör Erkan Arslan. Ankara: Nobel, 2021.
- Çiçekli, Bülent, ed. *Göç Terimleri Sözlüğü*. Uluslararası Göç Örgütü, 2009.
- Çuçak, Muhammed. "İslam Hukuk Literatüründe Darulislam Ve Darulharbın Sınırları". *Bülent Ecevit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 3 S. 1 (2016): 205-25.
- Dağcı, Şamil. "İşkence", 23:429-33. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2001.
- Ebû Dâvûd, Süleyman b. Eş'as. *Sünen-i Ebû Dâvûd*. 4 c. Beyrut: el-Mektebetü'l Asriyye, t.y.
- Ekici, Süleyman, ve Gökhan Tuncel. "Göç ve İnsan". *Birey ve Toplum*, C. 5, S. 1 (Bahar 2015): 9-22.
- Erturhan, Sabri. "İslam Ceza Hukuku". *Hikmetevi Yayınları*, 2020.
- Erturhan, Sabri. *İslam Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar*. İstanbul: Rağbet Yayınları, 2008.
- Erturhan, Sabri. *Temel Fıkıh Bilgileri*. İstanbul: Hikmet Yayınevi, 2017.

- Fayda, Mustafa. "Zimmi". İçinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, 44:428-34. İstanbul: TDV Yayınları, 2013.
- GİGM, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü. "Mevzuat". <https://www.goc.gov.tr/>, 19 Ekim 2021. <https://www.goc.gov.tr/gigm-mevzuati>.
- Gözübenli, Beşir. "İslâm Ülkesindeki Gayrimüslimlerin Sosyal Güvenlik Haklarına Dair Kur'anî İlkeler". İçinde *Kur'an'ın Farklı İnanç Mensuplarına Yaklaşımı*, 122-38. Konya: Konya İlahiyat Derneği Yayınları, 2006.
- Güven, Bülent. "Avrupa'da İslam ve Müslümanlar". İçinde *Yerel ve Küresel Eksende Uluslararası Göç Üzerine İncelemeler*, editör Erkan Arslan. Ankara: Nobel, 2021.
- Hallâf, Abdülvehhâb. *İlmü uşûli'l-fıkḥ*. İstanbul: Eda Neşriyat, 1968.
- Hatip, Abdülaziz. "Kur'an Ve Sünnette Azınlık Hakları". İçinde *Kur'an Ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları*, 179-203. Ensar Neşriyat, 2014.
- İbn Âşûr, Muhammed Tahir. *İslâm hukuk felsefesi (Maḳâşidü ş-şerî'ati'l-İslâmiyye)*. Çeviren Vecdi Akyüz ve Mehmet Erdoğan. İstanbul: Rağbet Yayınları, 2006.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebu Abdullah Şemseddin Muhammed. *Zâdül-me'âd*. 27. bs. 5 c. Beyrut: Müessetü'r-Risale, 1994.
- İbn Kudâme, Abdullah b. Ahmed. *el-Muğni*. Editör Abdullah et-Türki. 15 c. Riyad: Dâru Alemi'l Kütüp, 1997.
- İbn Sa'd, Ebu Abdullah Muhammed b. Sa'd. *eṭ-Ṭabaḳâtü'l-kübrâ*. C. 1. 8 c. Beyrut: Daru'l-Kitabi'l-İlmiyye, 1990.
- Kanık, Cengiz. "Türk Kökenli Göçmenlerin Kimlik Yönelimi". *Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* yıl 11, sy 1 (Haziran 2018): 227-46.
- Karabulut, Bilal. "Uluslararası İlişkiler Kuramları ve Göç Olgusunun Analizi: Suriyeli Göçmenler Örneği". *Bölgesel Araştırmalar Dergisi* C. 5 S. 1 (Mayıs 2021): 236-86.
- Karaman Hayreddin. *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*. 5 c. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2006.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. 5. Baskı. 3 c. İstanbul: Nesil yayınları, 1996.
- Karayaka, Hüseyin. *İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti*. 1. Baskı. İstanbul: Kitap Dünyası Yayınları, 2022.
- Karayaka, Hüseyin. "Riskler Ve Fırsatlar Bağlamında Tarihte Ve Günümüzde Göç Ve Göçmenler". *Ekev Akademi Dergisi*, S. 84 (Güz 2020): 337-58.
- Kâsânî, Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefî. *Bedâ'î' u ş-şanâ'î fi tertîbi ş-şerâ'î*. 7 c. Daru'l-Kutübü'l-İlmiyye, t.y.
- Kirman, Mehmet Ali. "Sosyal Bir Olgu Olarak Göç". İçinde *İslam Coğrafyasında Terör, Göç ve Mültecilik*, editör Ali Akdoğan, Süleyman Turan, Erol Sungur, Muhammed Enes Vural, ve Emine Battal, 109-31. Ankara: RTEÜ Yayınları, 2017.
- Martikainen, Tuomas. "Din, Göçmenler ve Entegrasyon". Çeviren Nebile Özmen. *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi* C. 38 S. 1 (2010): 263-76.
- Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali bin Muhammed. *el-Aḥkâmü's-sultânîyye*. Kahire: Daru'l-Hadis, t.y.
- Mâverdi, Ebu'l-Hasan Ali bin Muhammed. *İslamda Hilafet ve Devlet Hukuku*. Çeviren Ali Şafak. İstanbul: Bedir Yayınevi, 1976.
- Müslim, Müslim b. el-Haccâc. *el-Câmi' u ş-şahîḥ*. 5 c. Kahire: Dâru İhyai'l Kutbi'l Arabiyye, 1374.
- Onur, Mehmet. "İslam Hukukuna Göre Hicret/Göç". İçinde *Göç ve Din*, editör Mehmet Ali Kirman ve İlber Dölek, 161-75. Ankara: Astana, 2020.
- Özafşar, M. Emin, ed. *Hadislerle İslâm*. 2. bs. C. 5. 7 c. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2013.
- Özel, Ahmet. *Dârulislâm, Dârulharb -İslam Hukukunda Ülke Kavramı*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2019.

- Özel, Ahmet. "Harbî". İçinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, 16:112-14. İstanbul: TDV Yayınları, 1997.
- Perşembe, Erkan. "F.Almanya'nın Baden-Württemberg Eyaletinde Eğitim Sistemi ve Türk Göçmen Çocuklarının Eğitim Sorunları". *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 29 (2010): 55-80.
- Reşit Rıza, Muhammed. *Tefsîru'l-Menâr*. C. 5. 12 c. el-Heyetü'l- Mısıriyyeti'l-Ammeti lil-Kitab, 1990.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl. *Şerhu's-Siyeri'l-Kebir*. Şirketü'ş-şarkıyye, 1971.
- Serahsî, Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed. *el-Mebsût*. 30 c. Beyrut: Daru'l Marife, 1431.
- Şa'ban, Zekiyyüddin. *İslâm hukuk ilminin esasları (Usul-ı Fıkah)*. Çeviren İbrahim Kafi Dönmez. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1990.
- Şafii, Ebû Abdullah Muhammed b. İdris b. Abbas. *el-Üm*. 2. Baskı. 8 c. Beyrut: Daru'l Fikir, 1983.
- Şentürk, Recep. "İnsan Hakları". İçinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 22:327-30. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Taberî, Ebu Ca'fer Muhammed b. Cerir. *Târîhu't-Taberî*. 2. bs. C. 3. 11 c. Beyrut: Daru't-Turâs, 1387.
- Tirmizî, Ebû İsa Muhammed b. İsa. *Sünenü't-Tirmizî*. 5 c. Mısır: Şirketü Mustafa el-Bâbî el-Halabî, 1975.
- Yakıt, İsmail. "Kur'an Ve Sünnette İnanç Ve Düşünce Özgürlüğü". İçinde *Kur'an Ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları*, 385-99. Ensar Neşriyat, 2014.
- Yaman, Ahmet. "Kur'an ve Örnek Uygulamalara göre Mültecinin Temel Hak ve Özgürlükleri". *Mehir*, sy 4 (1999): 75-77.
- Yaman, Ahmet. "İslâm Geleneğine Göre Mülteci ile Birlikte Yaşamak". İçinde *Farklı Kültürlerle Birarada Yaşama Ahlakı*, 129-135. Konya İl Müftülüğü Kültür Yayınları, Konya, 2015.
- Yaman, Ahmet. *İslam Hukukunda Uluslararası İlişkiler*. İstanbul: Fecr Yayınevi, 1998.
- Yaman, Ahmet. "Savaş". İçinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 36:189-94. İstanbul: TDV Yayınları, 2009.
- Yavuz, Yunus Vehbi. *İslam'da Düşünce ve İnanç Özgürlüğü*. Sahhaflar Kitap Sarayı, 2000.
- Yiğit, Yaşar. "İnanç ve Düşünce Özgürlüğü Perspektifinden İrtidad Suç ve Cezasına Bakış". *İslamiyat* S. 2 (1999): 121-37.
- Yiğit, Yaşar. "İslâm Ceza Hukuku Hükümleri Bağlamında Zimmiler". *Diyanet İlmî Dergi*, S. 57 (2021): 171-204.
- Zeydân, Abdülkerim. *Ahkâmü'z-zimmiyyin ve'l-müste'menin fi dari'l-İslâm*. Bağdad: Mektebetü'l-Kuds, 1982.
- Zeydân, Abdülkerim. *el-Veciz fi uşûli'l-fıkah*. 1. bs. Müessetü'r-Risale Naşirun, 2009.
- Ziya, Olcay. "Mülteci-Göçmen Belirsizliğinde İklim Mültecileri". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy 99 (2012): 229-40.
- Zühaylî, Vehbe. "Eman". İçinde *TDV İslam Ansiklopedisi*, 11:79-81. TDV Yayınları, 1995.

EXTENDED SUMMARY

**FREEDOM OF BELIEF OF IMMIGRANTS IN THE CONTEXT OF
FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS ACCORDING TO
ISLAMIC LAW**

Huseyin Karayaka, Assist. Prof.

Tokat Gaziosmanpasa University, huseyin.karayaka@gop.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-9687-4751>

People have had to leave the place where they live for various reasons in the past and today. This situation, which is expressed with the concept of migration, has brought many positive and negative effects on people and space. Migration has paved the way for change and transformation of beliefs, thoughts, rules and institutions that belong to people, especially individuals.

Throughout history, the phenomenon of migration has always existed, it still exists today, and it seems that it will also happen in the future. This situation has always created a weak mass in society in need of legal, economic and social protection. For this reason, all states and legal systems have adopted the principle of the rule of law and the principle of justice for all, so that people in a particularly vulnerable position can benefit sufficiently from their basic human rights. However, although the rule of law and the understanding of justice for all, which will enable all segments of the society to benefit from basic human rights, are adopted in principle/abstract, we regretfully observe how some states/powers and legal frameworks sometimes do the opposite in practice.

After the current situation is briefly expressed in this way, Islamic law's perspective on this issue will be discussed and examined in this study. After the general view of Islamic law on fundamental rights and freedoms is mentioned, it is aimed to reveal the freedom of immigrants to preserve their belief, worship, culture, which is the manifestation of belief, and the language, which is its carrier, based on the principle of preservation of religion, which is one of the five principles collected under the title of *zarûriyyât-ı hamse* in fiqh books. Thus, the limits of immigrants' freedom of belief in Islamic law, which is the purpose of the study, will be determined.

In Islamic law, which is a universal legal system of divine origin, people do not have to be Muslims or belong to a certain race in order to benefit from freedom of belief, which is one of the fundamental human rights. Because Allah, the Creator of all people with all their religious, racial/color and social differences, wants his servants to be Muslims, he is pleased with this, but he does not force them to do so.

According to Islamic law, everything on earth is given to human use, and it is essential that all people, regardless of their religion, race and culture, and regardless of their socioeconomic status, benefit from basic human rights. A human being has these rights from birth just because he is a human being. The most important of these rights are the rights to belief and worship. According to Islamic law, it is essential for a person to benefit from this fundamental right, whether he lives in his own country or as an immigrant in another country.

In terms of the application of Islamic law, all Islamic countries have been accepted as a single country. A Muslim has the right to settle there and enjoy all kinds of fundamental rights and freedoms, regardless of which Islamic country he migrates from his own country of residence to for any reason, whether compulsory or voluntary.

The security of life and property and the rights of belief and worship of the dhimmis with whom a non-aggression/peace treaty has been made and the people of the country with whom a non-aggression/peace treaty has been made are also under the guarantee of the Islamic state/law.

Foreigners/harbis who enter the Islamic country with security/permission are now under the guarantee of the Islamic state, just like dhimmis, in terms of benefiting from fundamental rights as musta'men/non-Muslim immigrants, as they are now assured. The group called Musta'men includes people called "under temporary protection" or "refugees" who leave their country for compelling reasons in today's international law, as well as immigrants who go to a foreign country of their own free will for any reason.

These immigrants, who have to leave their country and take refuge in any Islamic country because they are deprived of basic human rights, must be accepted by that Islamic country. The Islamic state must act according to what is required in terms of public security and social welfare when it comes to accepting or rejecting immigrants who come to an Islamic country voluntarily, but not for a compelling reason.

Islamic law is more comprehensive and advanced than current legal systems in terms of accepting immigrants and the rights it provides them. Because if the person who comes as an immigrant is a Muslim, every Muslim has the right to benefit from all kinds of fundamental rights and freedoms as a citizen, no matter which Islamic country he goes to. If the immigrant is a non-Muslim, he/she benefits from the same basic rights with the guarantee of immunity provided by embezzlement/citizenship, settlement/peace agreements or trust/permission institutions.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

AİHM ESAS DENETİMİNDE KULLANILAN ÖZEL BİR METOT OLARAK “PİLOT KARAR USULÜ” VE TÜRK ANAYASA YARGISI ÖZELİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

THE "PILOT JUDGMENT PROCEDURE" AS A SPECIAL METHOD USED BY EHCR IN SUBSTANTIVE REVIEW AND ITS EVALUATION IN THE CONTEXT OF TURKISH CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Dr. Öğr. Üyesi Burcu Değirmencioglu*

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) İçtüzüğünde yer verilen “pilot karar prosedürü”, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararlarının da etkisiyle Mahkeme içtihatlarıyla şekillendirilmiş özel bir metot olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM yargılamasında reform ihtiyacının sonucunda öngörülen pilot karar usulü AİHM'in yargısal kapasitesini bireysel adaletin ötesine taşımak ve Taraf Devlet hukuk sistemlerini dönüştürmek, usul ekonomisi açısından birbirini tekrar eden kopya davaları daha kolay ve hızlı bir şekilde sonuçlandırma problemlerine yönelik tasarlanmıştır. Bu sayede Taraf Devletlerde yapısal bir sorundan veya işlevsel bozukluklardan kaynaklanan sistematik insan hakkı ihlalleri, örnek bir başvuru seçilerek sonlandırılmakta, Taraf Devletlerin politikalarında ve iç hukuklarında birtakım değişiklikler talep edilmektedir. Böylece, Mahkeme hem aynı maddeyle ilgili pek çok başvuruyu tek bir kararla sonuçlandırarak Taraf Devlete tavsiye edilen yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamaya hem de iş yükünün azaltılmasına, daha hızlı ve pratik karar verilmesine olanak tanımaktadır. AİHM içtihatlarıyla gelişen pilot karar prosedürü, Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından da benimsenerek iç hukumuza ithal edilmiştir. İçtüzükte düzenlenen “pilot karar prosedürü” Mahkeme tarafından, “klon davaların bir sel gibi önüne gelmesini engellemek için” oluşturulan “kendine özgü bir karar” metodu olarak nitelendirilmiştir. Bu zamana dek AYM tarafından verilen farklı pilot kararlarda, yapısal sorunların çözümü için yasama organına revizyonların yapılmasını, politika ve yasa değişikliklerine gidilmesini önermiştir. Türk anayasa yargısı açısından yeni bir uygulama alanını ifade eden pilot karar prosedürü, başta kuvvetler ayrılığı olmak üzere birtakım tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Pilot Karar Usulü, Yapısal/Sistematik Sorun, Kuvvetler Ayrılığı.

* Samsun Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Anabilim Dalı.
© 0000-0001-5721-9933 | burcu.degirmencioglu@samsun.edu.tr

Bu çalışma 25-26 Ekim 2023 tarihleri arasında düzenlenen "Cumhuriyetin 100. Yılında Türkiye'de İnsan Hakları Sempozyumu"nda sunulmuş tebliğin genişletilmiş halidir.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

The "pilot judgment procedure" in the Rules of Procedure of the European Court of Human Rights (ECHR) is a special method shaped by the Court's jurisprudence under the influence of the recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe. The pilot judgment procedure, envisaged as a result of the need to reform the ECHR's jurisprudence, is designed to extend the judicial capacity of the ECHR beyond individual justice, to transform the legal systems of the State Parties, and to address the problems of concluding duplicate cases more easily and quickly in terms of procedural economy. In this way, systematic human rights violations arising from a structural problem or functional disorders in States Parties are finalized by selecting an exemplary application, and certain changes are requested in the policies and domestic laws of States Parties. Thus, the Court not only concludes many applications related to the same article with a single judgment and ensures that the State Party fulfills its recommended obligations, but also reduces the workload and enables faster and more practical decisions. The pilot judgment procedure, which was developed through the case law of the ECHR, was adopted by the Turkish Constitutional Court and imported into our domestic law. The "pilot judgment procedure" regulated in the Rules of Procedure has been described by the Court as a "unique decision" method created "to prevent a flood of clone cases". In different pilot judgments delivered by the Constitutional Court so far, it has recommended revisions, policy and legislative changes to the legislature in order to solve structural problems. The pilot judgment procedure, which represents a new field of application for the Turkish constitutional judiciary, has brought along a number of debates, particularly on the separation of powers.

Keywords: European Court of Human Rights, Constitutional Court, Pilot-Judgment Procedure, Structural/Systematic Problem, Separation of Powers.

GİRİŞ

AİHM önünde beklemekte olan başvuruların ciddi bir kısmı ulusal düzeydeki işleyiş sorunlarından kaynaklanan ve mükerrer dava olarak adlandırılan davalar olarak karşımıza çıkmıştır. AİHM, bu başvuruları layıkıyla sonuçlandırmak, artan iş yüküne çare bulmak¹, Avrupa insan hakları sisteminin etkinliğini artırmak için başta Taraf Devletlerin yapısal kusurlarını onarmayı, iç hukuklarını ve uygulamalarını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme, AİHS) standartlarına göre tazmin etmeyi amaçlayan usuller geliştirmiştir.² Bu usullerden biri AİHM’in yargısal kapsamını bireysel adaletin ötesine taşımak ve Taraf Devlet hukuk sistemlerini doğrudan etkilemek amacıyla³ tasarladığı özel bir metot olarak “pilot karar usulü”dür.

İşlevsel bozukluklardan kaynaklanan, Taraf Devlete karşı aynı hak ihlali iddiasıyla gelen başvuruların, yapısal veya sistemik problemlere işaret ettiği kanısına varan Mahkeme tarafından oluşturulan bir usul olarak “pilot karar usulü”, her bir başvuruyu tek tek inceleyerek çözüme yerine başvurulara sebep olan sorunu temelinden ortadan kaldırmayı hedeflemektedir.⁴ İçtihatlarla geliştirilen bu usul, Bakanlar Komitesi tavsiye kararlarıyla şekillenmiştir. Bakanlar Komitesi, AİHM’in ikincilliği (subsidiarity) uyarınca bir çok başvurunun temelini oluşturan ve yeni başvurulara sebep olması muhtemel yapısal veya sistemik problemleri, işlevsel bozuklukların ortaya konularak, Taraf Devletlere uygun bir çözüm yolu öngörüp, gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığını denetleyerek Mahkemeyi “pilot karar” vermeye çağırmıştır.⁵ Bakanlar Komitesi’nin çağrısı üzerine AİHM 2004 tarihli ilk pilot kararının ardından, 2011 yılında Mahkeme İçtüzüğü’ne “pilot karar usulü”nü eklemiştir. Geniş içtihat birikimini normatif temellere dayandıran AİHM, İçtüzük’te pilot karar prosedürünü ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.

AİHM içtihatlarıyla şekillendirilen pilot karar usulü, bireysel başvuruların usul ve esas incelenmesi yönünden AİHM benzeri metotları tercih eden⁶ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nde yer almaktadır. Normatif temelleri Mahkeme İçtüzüğü’nün kabul edildiği 2012 yılına dayanmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin pilot karar usulüyle verdiği ilk karar için 2019 yılını beklemek gerekmiştir. Mahkeme tarafından bugüne dek beş farklı pilot karar

¹ Pilot karar usulünü AİHM’in artan iş yükü bağlamında inceleyen çalışma için bkz.: Mehmet Yavuz, “The Pilot Judgment Procedure: A Breakthrough to Overcome The Workload of The European Court of Human Rights?”, *Human Rights Review*, 5/10 (2015), s.87-107.

² Nimet Özbek, Döndü Kuşçu. “Anayasa Mahkemesinin 30.05.2019 Tarihli Pilot Kararı (Y.T. Kararı) İncelemesi ve Sınır Dışı Kararına Karşı Etkili Başvuru Üzerine Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24/3 (2020), s.11.

³ J. Bradley Olsen, “Protecting Fundamental Rights and The Evolving Roles of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights; Europeanisation in Action at the Supranational Level”, *Edinburg Student Law Review*, 54 (2017), s.65.

⁴ Philip Leach, Helen Hardman, Svetlana Stevenson and Brad K. Blitz, *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of ‘Pilot Judgments’ of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*. Antwerp: Intersentia, 2010, s.9-10; Emre Oğuz Meriç, “İnsan Hakları İhlallerinin Önlenmesinde Pilot Kararların Usuli Açısından Etkililiği”, *Dicle Akademi Dergisi*, 1/2 (2021), s.32.

⁵ Resolution of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004 at its 114th session), RES(2004)3. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190. (erişim Tarihi:15/10/2023); Meriç, “İnsan Hakları İhlallerinin Önlenmesinde”, s.32.

⁶ Burcu Değirmencioğlu, “Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: ‘Pozitif Yükümlülük Doktrini’ ve Türkiye’ye Yansımaları”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 39 (2022), s.87.

verilmiş olup, bu bağlamda AYM nezdinde pilot karar usulü uygulamasının oldukça yeni olduğu ifade edilebilir.

AYM nezdinde pilot karar usulünün, doğası gereği, diğer pek çok hususta olduğu gibi, AİHM uygulamasından etkilendiğini söylemek mümkündür. AİHM yargılama usulü ile karşılaştırıldığında, AYM uygulamasında henüz genç bir pilot karar uygulaması ile karşılaştığımızı söylemek mümkündür. AYM pilot kararlarında genel standartların oluşturulması, içtüzük hükümlerinin anlaşılır, uygulanabilir ve anlamlı kılınması için daha fazla yargı pratiğine ihtiyaç olduğu açıktır. AYM pilot karar usulüne ilişkin doktrinde var olan tartışmalar ve yargı kararlarının ortaya çıkardığı eleştiriler, bir insan hakları koruma mekanizması olarak Anayasa yargısında pilot karar prosedürünün olgunlaşma yolunda olduğunu ortaya koymaktadır. Bu eleştirilere ışık tutabilmesi adına çalışma kapsamında AYM uygulamasının ana eksenini oluşturan AİHM uygulamasının normatif ve içtihadî temelleri, AYM nezdinde sonuçlandırılan mevcut pilot kararlar, bu kararlar karşısında yasama organı özelinde kamu otoritelerinin refleksi ortaya konularak, insan hakları bağlamında pilot karar prosedürünün iyileştirilmesine ilişkin bir takım öneriler sunulmuştur.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ESAS DENETİMİNDE KULLANDIĞI ÖZEL BİR METOT OLARAK: “PİLOT KARAR USULÜ”

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNDE REFORM İHTİYACI VE PİLOT KARAR USULÜNÜN DOĞUŞU

AİHM önünde beklemekte olan başvuruların çoğu, ulusal düzeydeki yapısal sorunlardan veya işlevsel bozukluktan kaynaklanan birbirinin tekrar niteliğinde olan “mükerrer davalar (repetitive cases)”dır.⁷ Mahkeme'nin mükerrer davaların ya da başka bir deyişle “tekrar eden” nitelikteki “klon davalar”ın (aynı konu hakkında çok sayıda başvuru) altında yatan yapısal sorunları veya işlevsel bozuklukları tespit ederek Taraf Devletlere bu sorunları ortadan kaldırma konusunda bir yükümlülük getirme tekniği olarak “pilot karar usulü” geliştirilmiştir.⁸ AİHM böylece, belirli bir davada AİHS'ne yönelik bir ihlal meydana gelip gelmediğine karar vermekle yetinmemekte aynı zamanda başvuruya neden olan yapısal problemi tespit ederek ilgili Taraf Devlete bu sorunun çözümü için ne tür telafi edici önlemler alması gerektiğine işaret etmektedir.⁹ Bununla birlikte AİHM, önünde bekleyen mükerrer davalar içinden birini seçip pilot karar niteliğinde neticeye bağlarken iş yükünü de etkin ve titiz bir biçimde yönetmektedir.¹⁰

1980'lerde, makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla özellikle İtalya'ya karşı gerçekleştirilen başvuruların üstesinden gelmek amacıyla Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

⁷AİHM. “Tematik Bilgi Notu- Pilot Kararlar”, (2015). www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_pilot_judgments_tur (erişim: 10/10/2023).

⁸AİHM. “Tematik Bilgi Notu- Pilot Kararlar”; David Harris, Michel O'Boyle, Edward Bates and Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Ankara: Avrupa Konseyi, 2013, s.876.

⁹AİHM. “Tematik Bilgi Notu- Pilot Kararlar”.

¹⁰ Yaşar Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*. Ankara: Adalet Yayınları, 2020, s.194.

(Komisyon) tarafından geliştirilen yaklaşım, pilot karar usulünün geliştirilmesi ve uygulanmasına dayanak olmuştur.¹¹ Sayıları gün geçtikçe artan makul sürede yargılanma hakkı ihlal iddiaları üzerine Komisyon, her birini ayrı ayrı değerlendirmekten vazgeçerek ortak bir değerlendirme ile kararlarında bir standart geliştirmiştir.¹²

Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. paragrafına göre herkesin medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili ihtilaflarda makul sürede yargılanma hakkı vardır. Sözleşmeci Devletlerin hukuk sistemlerini mahkemelerin bu gerekliliğe uymalarını sağlayacak şekilde düzenleme yükümlülükleri vardır.¹³

Bu yaklaşımla karar verme hızı artmış olsa da yapısal sorunlardan veya işlevsel bozuluktan kaynaklı davaların getirdiği iş yükünden kurtulmak için özel bir usulün kabul edilmesini gündeme getirmiştir.¹⁴ Değerlendirme Grubu, İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi (Steering Committee for Human Rights), Akil Adamlar Grubu (Group of Wise Persons)¹⁵, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri¹⁶, Mahkemenin kendisi¹⁷ ve uluslararası kuruluşlar¹⁸ pilot karar uygulamasına olumlu bakmışlardır.¹⁹ İlk kez 2003 tarihli İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi raporunda AİHM'in ulusal düzlemde yer alan sistemik veya yapısal sorunlara yönelik hüküm verici yaklaşımını ifade eder şekilde tanımlanan “pilot karar usulü (pilot judgment procedure)”²⁰, Bakanlar Komitesi'nin 2004 yılında verdiği tavsiye kararlar ile şekillenmiştir.

12 Mayıs 2004 tarihli ilk tavsiye kararında Bakanlar Komitesi, öncelikle AİHS 1. madde gereğince Sözleşme ve ek protokolleri tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin ilk olarak ulusal düzlemde korunması ve ulusal makamlar tarafından uygulanmasını ifade eden denetim mekanizmasının ikincilliğini ve Sözleşme'nin Taraf Devlet iç hukuklarının ayrılmaz bir parçası haline gelmiş olduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda Bakanlar Komitesi Yüksek Sözleşmeci Tarafların AİHS m. 46 gereğince AİHM'in nihai kararına uymayı taahhüt ettiklerini vurgulamıştır. Bakanlar Komitesi, AİHM'i Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit eden

¹¹ Leyla Nur Oduncu “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Pilot Karar Usulü”, İnsan Hakları Yıllığı, 38 (2020), s.85; Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, s.194.

¹² Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, s.194.

¹³ Brigandi/Italy, B.No. 11460/85, 19/02/1991, §30; Zanghi/Italy, B.No.11491/85, 19/02/1991, §21; Santilli/Italy, B.No.11634/85, 19/02/1991, §20; Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, s.194.

¹⁴ Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, s.195.

¹⁵ Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, s.195.

¹⁶ Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM(2006)203, 15 November 2006, §105, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893 (erişim: 26/03/2024).

¹⁷ Davis Terry, “Some Starting Points for Our Reflection on the Future of the Court”, *Future Developments of the European Court of Human Rights in the light of the Wise Persons' Report* (Council of Europe: Strasbourg), 2007, s.9,12.

¹⁸ European Court of Human Rights. “Opinion of the Court on the Wise Persons' Report”, Plenary Courton 2 April 2007, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2007_Wise_Person_Opinion_ENG (erişim: 16/02/2024).

¹⁹ Amnesty International's Comment on the Interim Activity Report: Guaranteeing the Long-Term Effectiveness of the European Court of Human Rights, February 2004, <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/09/iior610052004en.pdf> (erişim: 20/03/2024).

²⁰ Kerem Altıparmak, *Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?* 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? Yay. Haz. Kerem Altıparmak, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.64.

²¹ Position Paper on Proposals of the European Convention on Human Rights and Other Measures as Set Out in the Report of the Steering Committee for Human Rights of 4 April 2003 (CDDH(2003)006 Final), <https://rm.coe.int/16805e0205> (erişim: 15/10/2023).

kararlarında, özellikle çok sayıda başvuruya yol açabileceğinin öngörüldüğü hallerde, temelde yatan sistemik sorunu ve bu sorunun kaynağını belirlemeye, Devletlere uygun çözüm bulmada ve Bakanlar Komitesi'nin kararları infazını denetlemede yardımcı olmaya ve "sistemik bir sorun (a systemic problem)" un varlığına ve bu sorunun kaynağına ilişkin işaretler içeren her türlü kararı devletler ve Bakanlar Komitesi ile birlikte aynı zamanda Parlamenteler Meclisine ve Avrupa Konseyi Genel Sekreterine özel olarak bildirmeye davet etmiştir.²¹

Bakanlar Komitesi'nin bu konudaki ikinci önemli kararı, üye devletlerin iç hukuk yollarının iyileştirilmesi için hazırlanan REC(2004)6 sayılı tavsiye kararıdır.²² Komite, Sözleşme'nin 13. maddesi gereğince Taraf Devletlerin her bireyin, ulusal makamlar önünde etkili bir başvuru yoluna sahip olmasını sağlamayı taahhüt ettiklerini vurgulayarak, Mahkeme'nin bu tür etkili iç hukuk yollarının varlığını tespit etme yükümlülüğünün yanı sıra, devletlerin sorunlarını çözme genel yükümlülüğünü hatırlatarak başlamıştır. Özellikle mükerrer davalar bakımından ulusal düzeyde hukuk yollarının iyileştirilmesinin Mahkemenin iş yükünün azaltılmasına katkıda bulunacağını belirten Komite, üye devletlere şikayeti olan herkes için etkili iç hukuk yollarının mevcudiyetini sağlama, yeterli telafi mekanizması oluşturma, mevcut iç hukuk yollarının etkinliğini incelemek, tekrarlanan davaların Mahkeme önüne getirilmesini önlemek amacıyla gerektiğinde iç hukuk yolları oluşturmak konusunda tavsiyelerde bulunmuştur.

Nihayetinde Bakanlar Komitesi, Sözleşme'nin bahsi geçen maddelerini hukuki dayanak olarak göstererek, 12 Mayıs 2004 tarihinde aldığı söz konusu iki kararıyla AİHM'i şartlar oluştuğu takdirde pilot karar usulünü uygulayarak karar vermeye ve iş yükünü arttıran başvuruların kaynağında yatan sistemik sorunları tespit etmeye davet etmiştir.²³ Komite'nin bu davetine AİHM, 22 Haziran 2004 tarihinde nihayete erdirdiği Broniowski v. Poland kararı ile cevap vermiştir.²⁴ İlk pilot karar olan Broniowski v. Poland Başvurusunda Mahkeme, Bakanlar Komitesi'nin 12 Mayıs 2004 tarihinde temelde yatan sistemik bir sorunu ortaya çıkaran kararlara ilişkin verdiği bir İlke Kararına (Res(2004)3) vurgu yaparak, özellikle mükerrer davalarla ilgili olarak ulusal düzeydeki hukuk yollarının iyileştirilmesinin Mahkeme'nin iş yükünün azaltılmasına da katkıda bulunması gerektiğini, Sözleşmeciler Devletlere, ulusal hukuk veya uygulamadaki yapısal veya genel eksikliklere işaret eden Mahkeme kararlarını takiben, mükerrer davaların Mahkeme'nin önüne gelmesini önlemek amacıyla, bu kararları gözden geçirmelerini ve "gerektiğinde etkili hukuk yolları (effective remedies) oluşturmalarını" tavsiye ettiğini ifade etmiştir.²⁵ Bu doğrultuda AİHM, Taraf Devletin AİHS m. 46 kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesine yardımcı olmak ve Mahkeme tarafından tespit edilen sistematik problemlere son vermek amacıyla, ulusal düzeyde öngörülen telafi edici tedbirleri alması gerektiğine hükmetmiştir.²⁶ Pilot karar prosedürünün ardındaki temel fikri, aynı sorunla ilgili çok sayıda

²¹ Resolution of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem.

²² Recommendation Rec(2004)6 of the Committee judgments revealing an underlying systemic problem ttee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd18e (erişim: 15/10/2023).

²³ Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, s.196.

²⁴ Broniowski/Poland, B.No.31443/96, 22/06/2004.

²⁵ Broniowski/Poland, §190-191.

²⁶ Broniowski/Poland, §193-194.

başvurunun olduğu durumlarda, başvuranların, davalarının Strazburg'da bireysel olarak görülmesine kıyasla, ulusal düzeyde etkili bir hukuk yolu oluşturulması halinde daha hızlı bir şekilde tazminat elde edebilecekleri şeklinde açıklayan AİHM²⁷, ilk pilot kararı olarak 2004 tarihli Broniowski v. Polonya kararına imza atmıştır.

İlk defa Broniowski kararıyla uygulanan pilot karar prosedürü, daha sonra AİHM içtihatlarıyla şekillenmiştir. Broniowski kararının ardından verilen benzer kararlarla çoğunlukla Broniowski kararına referans verilerek, Mahkeme'nin ulusal hukuk düzenindeki sistemik veya yapısal sorunlara yönelik ulusal düzeyde tedbirlerin alınmasını gerektiren yargısal yaklaşımı “pilot karar usulü (pilot-judgment procedure)” olarak tanımlanmıştır. İçtihatlarda pilot karar prosedürünün, öncelikle, yapısal sorunları ulusal düzeyde mümkün olan en hızlı şekilde çözümlenerek Sözleşmeciler Devletlerin, Sözleşme sistemindeki rollerini yerine getirmelerine yardımcı olmak, böylece ilgili kişilere Sözleşme'nin 1. maddesinin gerektirdiği hak ve özgürlükleri güvence altına almak, onlara daha hızlı telafi ve etkili imkanı sunmak ve aynı zamanda, özü itibarıyla benzer çok sayıda başvuruyu karara bağlamak zorunda kalacak olan Mahkeme'nin yükünü hafifletmek üzere tasarlandığı ifade edilmiştir.²⁸ Söz konusu içtihatlarında AİHM, pilot karar usulünün sonuçlarından biri olarak şikayet edilen duruma ilişkin Taraf Devletlerin bireysel başvurunun çözümüne ilişkin bireysel çözümlerin yeterli olmadığını, sistematik problemden potansiyel olarak etkilenen tüm kişilerin menfaatleri için genel tedbirlerin alınması gerektiğini belirtmekle birlikte²⁹, başvuruçunun hak ihlalinin giderilmesine hükmetmektedir.

AİHS 1. maddesinde yer alan “insan haklarına saygı yükümlülüğü” ve “kararların bağlayıcılığı ve infazı”nı düzenleyen 46. maddesinden hareketle uygulamaya konulan ve içtihatlarla gelişen pilot karar usulü, 21 Şubat 2011 tarihinde AİHM Genel Kurul kararıyla AİHM İçtüzüğü'ne eklenmiştir:

Mahkeme, kendisine sunulan bir başvuruya dayanak oluşturan olayların, ilgili Sözleşmeciler Tarafta yapısal veya sistemik bir sorunu ya da diğer benzer başvuruların yapılmasına neden olan ya da olabilecek nitelikte başka bir aksaklığın varlığını (the existence of a structural or systemic problem or other similar dysfunction which has given rise or may give rise to similar applications) ortaya koyması durumunda, pilot karar usulünü uygulamaya karar verebilmekte ve bir pilot karar verebilmektedir.³⁰

Mahkeme, 23 Mart 2011 tarihli Basın Açıklamasında “sistemik veya yapısal bir problem (systemic or structural dysfunction)” kaynaklanan insan hakları ihlallerinin ele alınması için

²⁷ European Court of Human Rights. “The Pilot Judgment Procedure: Information note issued by Registrar”, 2009, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/pilot_judgment_procedure_eng (erişim: 31/03/2024); James W. Hart, “The European Human Rights System”, *Law Library Journal*, 102/4 (2010), s.555.

²⁸ Sejdovic/Italy, B.No.56581/00, 01/03/2006, §120; Hutten- Czapska/Poland, B.No.35014/9, 19/06/2006, §234; Burdov/Russia (No.2), B.No.33509/04, 15/01/2009, §§127-129; Yuriy Nikolayevich Ivanov/Ukraine, B.No.40450/04, 15/10/2009, §95; Suljagic/Bosnia and Herzegovina, B.No.27912/02, 03/11/2009, §62; Rumpf/Germany, B.No. 46344/06, 02/09/2010, §§62-74; Vasilchenko/Russia, B.No.34784/02, 23/09/2010, §§55-56; Utyuzhnikova/Russia, B.No.25957/03, 07/10/2010, §§50-51; Maria Atanasiu and Others/Romania, §§237-238; Greens and M.T./The United Kingdom, §§108-111.

²⁹ Hutten- Czapska/Poland, §238.

³⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. “Mahkeme İçtüzüğü”, 2020, https://www.anayasa.gov.tr/media/7263/aihm_ictuzuk_2020.pdf (erişim: 15/10/2023).

yeni bir kuralın İÇtüzüğe eklendiğini duyurmuştur.³¹ İÇtüzüğün 61. maddesi olarak düzenlenen ve 1 Nisan 2011 itibariyle yürürlüğe giren bu yeni kural, Mahkeme nezdinde benzer başvurulara yol açan ya da açabilme ihtimali olan, ilgili Taraf Devletteki sistemik ya da yapısal bir işlev bozukluğunun sebep olduğu başvurular için getirilen “pilot karar prosedürü”nü düzenlemektedir.³² Bu düzenleme ile Mahkeme tarafından belirtildiği üzere, içtihatlarla geliştirilen uygulamadaki deneyim dikkate alınarak yeni pilot kararlar için açık bir düzenleyici çerçeve oluşturulmuş³³, Mahkeme tarafından verilen kararlara uygulama için atılması gereken adımları belirleyen ve uygulama için bir zaman takvimi oluşturan yeni bir karar türü eklenmiştir.³⁴

Mahkeme'nin ayrıca ifade üzere pilot karar prosedürünün üç temel hedefi bulunmaktadır:

- (1) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini onaylayan 47 Avrupa Devletinin ulusal düzeyde sistemik veya yapısal sorunları çözmeye yardımcı olmak,
- (2) Bireylere daha hızlı bir şekilde telafi sağlamak,
- (3) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ayrıntılı olarak incelemesi gereken benzer ve genellikle karmaşık davaların sayısını azaltarak dava yükünü daha verimli ve hızlı bir şekilde ele almasına yardımcı olmak.³⁵

B. PILOT KARAR PROSEDÜRÜNÜN NORMATİF TEMELLERİ VE İÇTİHATLARA YANSIMASI

AİHM içtihatlarıyla geliştirilen ve 11 Şubat 2011'de alınan AİHM Genel Kurul kararıyla Mahkeme İÇtüzüğü'ne eklenerek 1 Nisan 2011 itibariyle yürürlüğe giren 61. madde hükmü ile pilot karar usulü normatif temellerine kavuşmuştur. Bu tarih itibariyle Mahkeme, kendisine sunulan bir başvuruya dayanak oluşturan olayların, ilgili Sözleşmeciler Tarafında yapısal ya da sistemik bir sorunu ya da diğer benzer başvuruların yapılmasına neden olan ya da olabilecek nitelikte benzer bir aksaklığın varlığını ortaya koyması durumunda, İÇtüzüğün 61.

³¹ European Court of Human Rights, Press Release, New Rule Introduced Concerning Handling of Systemic and Structural Human Rights Violations in Europe, 24.03.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&cid=003-7324607-9992958&filename=New%20rule%20on%20pilot%20judgment%20procedure%2023.03.11.pdf> (erişim:15/10/2023).

³² Ayşe Füsün Arsava, AİHM yargılamasında önemli bir değişikliğe neden olan bu önemli usulün, AİHM tarafından bağımsız olarak değiştirilebilecek nitelik taşıyan İÇtüzük yerine hiyerarşik olarak daha yüksek bir hukuki dayanağa ihtiyacı olduğunu ifade eder. Ayşe Füsün Arsava, “AİHM'in İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü”, *TAAD*, 9/35 (2018), s.23.

³³ 1 Nisan 2011 itibariyle İÇtüzük kapsamında yürürlüğe girecek olan 61. madde hükmü ile Mahkeme'den Şubat 2010'da gerçekleştirilen Interlaken Konferansı'nda talep edilen husus gerçekleştirilmiştir. Konferansta Mahkeme'den “başvuruların seçimi, izlenecek prosedür ve ertelenen davaların ele alınmasına ilişkin pilot karar usulü için açık ve öngörülebilir standartlar geliştirmek” talebinde bulunulmuştur. European Court of Human Rights, Press Release, New Rule Introduced Concerning Handling of Systemic and Structural Human Rights Violations in Europe; European Court of Human Rights, Pilot Judgments: Factsheet, December 2022, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_pilot_judgments_eng (erişim:15/10/2023).

³⁴ Başak Çalı, Nicola Bruch, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi: STK'lar İçin Bir El Kitabı* (2001), <https://www.stgm.org.tr/e-kutuphane/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-kararlarinin-uygulanmasinin-izlenmesi-stklar-icin-el> (erişim: 10/02/2024).

³⁵ European Court of Human Rights, New Rule Introduced Concerning Handling of Systemic and Structural Human Rights Violations in Europe.

maddesine dayanarak pilot karar usulünü uygulamaya karar verebilmektedir.³⁶ Bu noktada Mahkeme önünde bekleyen aynı yapısal sorundan kaynaklanan “kopya davalar”ın, benzer başvuruların sayısını değil, bu başvuruların ortak niteliklerini esas almaktadır.³⁷

Mahkeme, pilot karar usulünü uygulamaya karar vermeden önce, tarafları incelenmesi gereken başvurunun ilgili Sözleşmeciler taraf bünyesinde bu türden bir sorun ya da aksaklıktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ve başvurunun bu usule göre incelenmeye elverişli olup olmadığı konularında görüşlerini sunmaya davet edecektir.³⁸ Bir tarafın ya da her iki tarafın birden talebiyle veya resen başlatılabilen bu usul ile ele alınan başvuru, İçtüzüğü’nün 41. maddesine göre³⁹ öncelikli bir incelemeye tabi tutulacaktır.

Sonuçlandırılan pilot kararlarda, somut karara ve buna ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce Mahkeme’nin ilk olarak Sözleşme’nin 46. maddesine referans verdiği görülmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme’nin 46. maddesini Sözleşme’nin “insan haklarına saygı yükümlülüğü”nü düzenleyen 1. maddesi uyarınca yorumladığını, başvuru sahibinin Mahkeme tarafından ihlal edildiği tespit edilen hakkını, Bakanlar Komitesi’nin gözetimi altında, Taraf Devletin uygun genel veya özel önlemler olarak koruma yükümlülüğünü hatırlatmaktadır.⁴⁰ Bununla da kalmayan Mahkeme verdiği kararlarında pilot karara ilişkin genel ilkeleri sıralayarak, bu ilkelerin somut başvuruya uygulanışını ortaya koymaktadır.⁴¹

³⁶ Mahkeme İçtüzüğü’nün 61. maddesi yürürlüğe girdikten sonra verilen ve ilk defa yeni yürürlüğe giren 61. maddeye referans verilerek karara bağlanan AIHM içtihadı için bkz.: Dimitrov and Hamanov/Russia, B.No.:48059/06, 2708/09, 10/05/2011, §4.

³⁷ Altıparmak, davaların ortak nitelikleri esas alınırken, birinde verilen kararın diğerlerinin de *restitutio in integrum*’a en yakın şekilde sonuçlanmasını sağlayacak türden olması gerektiğinin aranacağını ifade eder. Altıparmak, Kerem. “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar...”, s.88.

³⁸ AIHM İçtüzüğü, m. 61/2(a).

³⁹ “Mahkeme, davaların incelenmesi gereken sırayı belirlemek için kendisi tarafından belirlenen kriterlere dayanarak, ileri sürülen sorunların önemini ve ivediliğini dikkate almaktadır. Bununla birlikte, Daire ve Daire Başkanı, bu kriterlere uymayabilmekte ve belirli bir başvuruyu öncelikli olarak inceleme hakkını saklı tutabilmektedir.” AIHM İçtüzüğü, m. 41.

⁴⁰ Sukachov/Ukraine, B.No.:14057/17, 30/01/2020, §134; Rezmiveş and Others/Romania, B.No.: 61467/12, 39516/13, 48231/12, 25/04/2017, §§102-105; Neshkov and Others/Bulgaria, B.No.36925/10, 21487/12, 72893/12, 27/01/2015, §267; Kuric and Others/ Slovenia, B.No.:26828/06..., 12/03/2014, §§132-136; Manushaqe Puto and Others/Albania, B.No.:604/07..., 31/07/2012, §§102-106; Ananyev and Others/Russia, B.No.:42525/07..., 10/01/2012, §§180-183; Olaru and Others/Moldova, B.No.:476/07..., 28/07/2009, §§59-52; Burdov v. Russia (No.2), §§125-128; Dimitrov and Hamanov/Russia, §§124-125; Finger/Bulgaria, B.No.:37346/05, 10/05/2011, §§129; Ivantoc and Others/Moldova and Russia, B.No.:23687/05, 15/11/2011, §83; Savridin Dzhurayev/Russia, B.No.:71386/10, 25/04/2013, §245; Lavida and The Others/Greece, B.No.:7973/10, 30/05/2013, §79; Lukenda/Slovenia, B.No.:23032/02, 06/10/2005, §89; Walesa/Poland, B.No.50846/21, 23/11/2023, §§308-309.

⁴¹ Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, s.196; Ananyev and Others/Russia, §93; Manushaqe Puto and Others/Albania, §104; D.G./Poland, B.No.45705/07, 12/02/2013, §117; Olszewski/Poland, B.No.21880/03, 2.04.2013, §76; Ümmühan Kaplan/Türkiye, B.No.24240/07, 20/03/2012, §67.

AİHM, “Sözleşme’nin anayasal niteliği (the constitutional nature of the Convention)” dolayısıyla pilot karar ve yarı-pilot karar (the quasi-pilot judgment)⁴² usullerini⁴³, iç hukukun işleyişini veya yasa koyucunun sistemik işlev bozukluklarını düzenlemedeki başarısızlığını çözümede kritik rol oynayan anayasal denetim araçları olarak tanımlamıştır.⁴⁴ Bu doğrultuda Mahkeme, 46. maddeye dayanarak, kararın hüküm kısmında davalı Devlet kanunlarını, idari düzenlemelerini ve uygulamalarını gözden geçirmeye çağırarak dolaylı bir iptal yetkisi kullandığını ifade etmiştir.⁴⁵

Benzer yapısal ya da sistemik problemlerden kaynaklanan başvurular arasından seçilen başvuruda Mahkeme, tespit ettiği yapısal ya da sistemik sorunun ya da aksaklığın niteliğini ve ilgili Sözleşmecî Tarafın karar hükmü uyarınca ulusal düzeyde alması gereken tazminat tedbirlerinin türünü açıkça belirtmektedir.⁴⁶ Bununla birlikte Mahkeme, hüküm kısmında gereken tedbirlerin niteliğini ve tespit ettiği soruna ulusal düzeyde çözüm getirebilecek hızı göz önünde tutarak, belirtilen tedbirlerin alınması için gereken süreyi⁴⁷ belirtmekte, bir zaman çizelgesi öngörmektedir.⁴⁸ Böylece pilot karar prosedürüne işlerlik kazandırılarak, İçtüzük 61. madde hükmünün amaçladığı dönüşümün ulusal hukuk sistemlerinde gerçekleşmesini sağlama yolunda önemli bir adım atılmaktadır. Mahkeme, bir pilot karar verirken, kararda belirtilen hem bireysel hem de genel tedbirler Sözleşmecî Taraf Devlet tarafından alınacağı kadar adil tazmin hususunu kısmen veya tamamen saklı tutmayı da tercih edebilecektir.⁴⁹

Pilot karara esas teşkil eden başvuruyu seçtiğinde⁵⁰ Mahkeme, aynı gerekçeye sahip olan bütün başvuruların incelenmesini erteleyebilmektedir.⁵¹ Bu doğrultuda pilot kararın hüküm

⁴² Mahkemenin bazı kararlarında pilot karar usulünü uyguladığını açıkça belirtmemesine rağmen, Sözleşmecî Devlette hak ihlallerine sebep olan yapısal veya sistematik sorunları ya da işlevsel bozuklukları tespit ettiği, bununla birlikte uygulanması gereken genel tedbirleri belirttiği görülmektedir. Açıkça pilot karara olarak tasnif edilmeyen bu kararlar “yarı-pilot karar (quasi/semi pilot judgment)” olarak adlandırılmaktadır. Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*, s.207 vd.; Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.173 ; Leach vd., *Responding to Systemic Human Rights*, s.272- 275.

⁴³ Leach, Hardman ve Stephenson, Mahkeme’nin pilot karar ve yarı-pilot şeklinde yaptığı ayrımında yer alan “pilot karar”ı “tam’ pilot karar (‘full’ pilot judgment)” olarak nitelendirerek, tam pilot kararı tanımlayan kriterleri şu şekilde ortaya koymuştur: “(i) pilot karar prosedürünün AİHM tarafından açıkça uygulandığının ortaya konulması; (ii) AİHM’nin sistematik bir şekilde ihlal edildiğinin Mahkeme tarafından tespiti; ve (iii) Davalı devletin sistemik sorunu çözmesi için yargılamanın fiili kısmında genel tedbirlerin öngörülmesi (belirli zaman sınırlamalarına tabi olabilir)”. Leach vd., *Responding to Systemic Human Rights*, s.351.

⁴⁴ Al-Dulmi and Montana Management Inc./Switzerland, B.No.5809/08, 21/06/2016, §60.

⁴⁵ Al-Dulmi and Montana Management Inc./Switzerland, §60.

⁴⁶ AİHM İçtüzüğü, m. 61/3; Tkhyegepso and Others/ Russia, B.No. 44387/04, 2513/05, 24753/05, 34770/07, 37169/07, 54527/07, 21648/08, 42081/08, 56022/08, 59873/08, 671/09, 4555/09, 25/10/2011, §47.

⁴⁷ Bazı pilot kararlarda belirtilen ve ilgili Devlet tarafından alınması karara bağlanan farklı tedbirler için farklı süreler öngörülebilir. Örneğin Gerasimov and Others v Russia pilot kararında, yapısal bir sorun olarak tespit edilen, Devlet yetkilileri üzerine yapısal yükümlülükler yükleyen ulusal kararların icra edilmemesi veya geç icra edilmesine yönelik uygun bir iç hukuk yolu oluşturulması için 1 yıl, mevcut kararın verilmesinden önce yapılan başvurular bakımından hükmedilen tazminatların yerine getirilmesi için 2 yıl süre verilmiştir. Gerasimov and Others/Russia, B.No.:29920/05, 01/07/2014; Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*, s.201.

⁴⁸ AİHM İçtüzüğü, m. 61/4.

⁴⁹ AİHM İçtüzüğü, m. 61/5.

⁵⁰ “AİHM, yüzlerce veya binlerce başvuru arasından birini seçmekte, ancak bu vakada verdiği karar diğer başvurular için de sonuç doğurmaktadır. Hangi davanın pilot karar olarak seçileceğini belirleyen bir ölçüt bulunmamaktadır.” Altıparmak, Kerem. “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar...”, s.80.

⁵¹ AİHM İçtüzüğü, m. 61/6; Varga and Others/Hungary, B.No.14097/12,45135/12, 73712/12, 10/03/2015; Rez-miveş and Others/Romania.

fıkrasında belirtilen süre boyunca öngörülen gerekli önlemlerin uygulanmasını bekleyen bütün benzer başvuruların incelenmesinin ertelendiği, benzer yeni başvuruların ise erteleneceği, kabul edilemez bulanacağı veya kayıttan düşürüleceği ifade edilebilir.⁵² Bununla birlikte İÇtüzük'ün açık hükmü gereğince Mahkeme'nin bu konuda takdir yetkisine sahip olduğu söylenebilir. Nitekim pilot karar usulüne başvurduğu bazı başvurularda, benzer başvuruların ertelenmemiş olması⁵³ da takdir yetkisinin bir tezahürüdür. Mahkeme'nin herhangi bir aşamada, düzgün bir adalet yönetiminin gerekleri nedeniyle ertelenen bir başvuruyu inceleyebilmesi de ihtiyarılığın bir yansımasıdır.⁵⁴

İlgili başvurular uygun bir şekilde erteleme kararından haberdar edilmektedirler. Verilen pilot karardan ayrıca Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de bilgilendirilmektedir. Bakanlar Komitesi'nin 12 Mayıs 2004'te verdiği tavsiye kararına⁵⁵ uygun olarak İÇtüzüğe eklemlenen bu hüküm ile Mahkeme, ilgili birimleri bir Sözleşmeciler Tarafından yapısal ya da sistemik sorunun bulunduğuna işaret ettiği bir pilot karardan ya da başka bir kararın verildiğine dair sistematik olarak bilgilendirmektedir.⁵⁶ İÇtüzük, pilot karar usulünün uygulanmasına ilişkin olarak Mahkemenin internet sitesinde bir başvuruyu inceleme kararı, bir pilot kararın verilmesi, bu kararın icra edilmesi ve bu usulün sonlandırılmasını uluslararası kamuoyuyla paylaşabileceğini de hüküm altına almıştır.

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ TARAFINDAN VERİLEN PİLOT KARARLARIN İCRASI

Yapısal veya sistemik bir sorun olması halinde benzer başvurular arasından seçilen başvuruda İÇtüzük hükümlerine uygun olarak pilot karar, Mahkemenin diğer tüm kararları gibi öncelikli olarak Taraf Devletleri bilgilendirmektedir. Pilot kararın ilk muhatabı olan devletler, AIHS m. 46 hükmü gereği taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt etmişlerdir.⁵⁷ Bu doğrultuda Taraf Devletler, pilot kararda ifade edilen yapısal veya sistemik problemin çözülebilmesi, işlevsel bozukluğun giderilebilmesi için, Mahkeme tarafından kararın nihai hüküm kısmında alınması gereken genel önlemleri yerine getirme yükümlülüğü altındadır.⁵⁸

⁵² Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, s.201; Wcislo and Cabaj/Poland, B.No.49725/11, 79950/13, 08/11/2018; G.I.E.M. S.R.L. and Others/Italy, B.No.1828/06, 34163/07, 19029/11, 28/06/2018; Rezişev and Others/Romania; Gazso/Hungary, B.No.48322/12, 16/07/2015; Neshkov and Others/Bulgaria, B.No.36925/10, 21487/12, 72893/12, 27/01/2015; Alisic and Others/Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and "The Former Yugoslav Republic of Macedonia", B.No.60642/08, 16/07/2014.

⁵³ Walesa/Poland; Rutkowski and Others/Poland, B.No.72287/10, 07/07/2015; Vassilios Athanasiou and Others v. Greece, B.No.:50973/08..., 21/12/2010; Ananyev and Others/Russia, 42525/07..., 10/01/2012, § 236; Neshkov and Others/Bulgaria, §291.

⁵⁴ AIHM İÇtüzüğü, m. 61/6(c), Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, s.201.

⁵⁵ Resolution of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem.

⁵⁶ AIHM İÇtüzüğü, m. 61/9.

⁵⁷ AIHS, m. 46.

⁵⁸ Çalı, Bruch, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi, s.9.

Sözleşme'nin 46/2. maddesi gereğince, diğer nihai kararlarda olduğu gibi pilot kararların da icrasını denetleyen organ Bakanlar Komitesi'dir.⁵⁹ Nitekim İçtüzüğü m. 61/9 gereğince Mahkeme, bir Sözleşmeci Taraf Devlette yapısal ya da sistemik sorunun bulunduğuna işaret ettiği bir pilot kararın verildiğine dair bilgilendirmeyi Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ile birlikte Bakanlar Komitesine yapmaktadır. Pilot karar usulünün geleceğinin Bakanlar Komitesi'nin elinde olduğunu ifade etmek gerekir.⁶⁰ Mahkeme'nin pilot karar usulünü uygulamaya devam edebilmesi, bu kararların başarılı bir şekilde icra edilmesine bağlıdır ki bu durum doğrudan Bakanlar Komitesi'nin görev alanı içerisindedir.⁶¹

Pilot kararlar, sistematik, yapısal ve yaygın insan hakları ihlallerini hedef alarak kurumlar, kanunlar ve kamu politikalarında önemli reformları gerektirir.⁶² AİHM; pilot karar usulünü uygulayarak verdiği kararlarla ilgili Taraf Devlette bulunan yapısal veya sistemik sorunu, işlev bozukluğunu tespiti ile problemin çözümü için iç hukukta alınması gereken genel tedbirleri belirtmekle birlikte çerçevesi çizilen tedbirlerin uygulanabilmesi için bir zaman sınırlaması öngörür.⁶³ Kararın verilmesi ile başlayan bu süre, Devletin talebi ya da Mahkeme tarafından resen uzatılabilir.⁶⁴

Pilot kararla Taraf Devlete iç hukuk düzeninde alması gereken önlemler konusunda öngörülen süre dolduğunda iki ihtimal söz konusu olacaktır:

1. Taraf Devletin pilot kararı etkili bir şekilde uygulaması halinde Mahkeme, Bakanlar Komitesinin kararın uygulandığına, alınan önlemlerle yapısal sorunun ve buna bağlı olarak ortaya çıkan ihtilafların çözüldüğüne ilişkin nihai raporuna ve ilgili pilot karara atıfta bulunarak, pilot karar verilirken ertelenen dosyalar için kayıttan düşme (to strike applications out of lists) ve pilot kararı kapatma kararı verilerek, ilgili başvurular iç hukuk sistemine geri yollanır.⁶⁵
2. Taraf Devletin pilot kararın gereklerini etkili bir biçimde yerine getirilmemesi ve Mahkeme'nin öngördüğü önlemleri almaması, Sözleşme'yi ihlal etmeye devam etmesi durumunda Mahkeme, Sözleşme'nin etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanması amacıyla ilgili yapısal ya da sistematik problemlerden kaynaklanan bekleyen tüm başvuruların incelemesini sürdürerek, karara bağlama yoluna gidecektir.⁶⁶ Mahkeme'nin yeni tarihli içtihatlarında, bu tutumunu değiştirerek pilot kararın gerektiği

⁵⁹ AİHS, m. 46/2; Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, s.203.

⁶⁰ Harris vd., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s.878.

⁶¹ Harris vd., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, s.878.

⁶² Çalı, Bruch, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi, s.9.

⁶³ Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, s.202; Çalı, Bruch, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi, s.9.

⁶⁴ Maria Atanasiu and Others/Romania.

⁶⁵ Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, s.203; Kovacic and Others/Slovenia, B.No.:44574/98, 45133/98, 48316/99, 03/10/2008; J.J./The United Kingdom, B.No.:31127/11, 27/02/2020; Burmychand Others/Ukraine, B.No.:46852/13, 47786/13, 54125/13, 12/10/2017.

⁶⁶ Greens and M.T./ Birleşik Krallık Başvurusunda herhangi bir ayırım yapmaksızın bütün hükümlülere oy kullanma hakkından sistematik bir şekilde yoksun bırakan ulusal mevzuatın serbest seçim hakkını ihlal ettiğine, binlerce kişiyi ilgilendiren bu yapısal sorunun çözümü için ilgili mevzuatın kararın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde Sözleşmeye uygun hale getirilmesin ve benzer şikayetleri barındıran başvuruların incelenmesinin ertelenmesine karar verilmiştir. Birleşik Krallık'a verilen altı aylık süre iki kez uzatılmasına rağmen Taraf Devlet tarafından kararın gerekleri yerine getirilmesine yönelik uygun değişikliklerin yapılmaması karşısında Mahkeme ertelenen başvuruları listeleterek tek tek ele alarak inceleme yoluna gitmiştir. Greens and M.T./The United Kingdom,

gibi uygulanmaması durumunda bekleyen başvurular için kayıttan düşme kararının verdiği gözlemlenmektedir.⁶⁷

İnsan hakları yargulamasında işlevsel ve önemli bir araç olan pilot karar usulünün Taraf Devletler nezdinde uygulanması oranının ve etkinliğinin artırılması için Mahkeme'nin harekete geçmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu doğrultuda var olan usul kurallarının uygulanmasında Mahkeme'nin ilk olarak pilot vakayı seçerken dikkatli olması, olası tüm sorunları yakalamak için eş zamanlı olarak işlenebilecek birden fazla vakayı incelemesi, ikinci olarak kararın infazını devletler ve Bakanlar Komitesi açısından kolaylaştırmak amacıyla genel tedbirlere ilişkin talimatlarda iddialı olması ve son olarak yapısal sorunlara maruz kalan bireylere yönelik zararlarla ilgili olarak açık olması ve adaletin sağlanması için çaba göstermesi önerilmiştir.⁶⁸

II. TÜRK ANAYASA YARGISINDA PİLOT KARAR PROSEDÜRÜ

Temel hak ve özgürlüklerle ilgili evrensel ölçütlere uygun olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru usulünün getirilmesi ile AYM, ihlal iddialarının AİHM'e gitmeden önce bir ara durak konumuna gelmiştir.⁶⁹ Avrupa Konseyi üyesi, AİHS tarafı ve AİHM yargılama yetkisini kabul eden ve iç hukuka entegre eden bir devlet olarak, Avrupa insan hakları sisteminin asgari standartlarını sağlama yolunda AYM⁷⁰, ihlal iddialarının usul ve esasa ilişkin inceleme sürecinde AİHM benzeri metotları tercih etmiştir.⁷¹ Kararların tasniflenmesi, önemli kararların ilanından önce basın duyurusu (press release) usulünün benimsenmesi gibi usul benzerliklerle birlikte AYM tarafından verilen kararların içeriği bakımından AİHM tarafından kullanılan birtakım kavramların (watch dog, chilling effect) Türkçeleştirilerek birebir kullanılması, kararlarda AİHM dilinin tercih edilmesi, argümantasyonda büyük çoğunlukla AİHM kararlarından faydalanılmasının yanında esas inceleme metodunda AİHM tarafından kullanılan ve

B.No.:60041/08, 60054/08, 23/11/2010; Firth and Others/The United Kingdom, B.No.:47784/09, 47806/09, 47812/09, 47818/09, 47829/09, 49001/09, 49007/09, 49018/09, 49033/09, 49036/09, 12/08/2014; Çalı, Bruch, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi, s.9.

⁶⁷ Son zamanlarda Mahkemenin tutum değişikliğine giderek, pilot kararda belirtilen tedbirler alınmamış olsa bile bekleyen başvurular hakkında “kayıttan düşme” kararı verdiği görülmektedir. Yuriy Nikolayevich Ivanov/Ukrayna Başvurusunda Mahkeme kararıyla hükmedilen borçların uzun süre ödenmemesi şikayeti üzerine verilen pilot kararın ardından verilen süre içinde Ukrayna'nın belirtilen önlemleri almadığı görülmüştür. Mahkeme'nin ertelediği başvuruları inceleyerek karara bağlaması beklenirken davaya bakan Daire aynı sistemik sorundan kaynaklanan bir başka davada Büyük Daire lehine el çekmiştir. Büyük Daire, 12.10.2017 tarihli kararında benzer sistemik sorundan kaynaklı tüm dosyaları birleştirerek 12.148 başvurunun kayıttan düşürülmesine karar vermiştir. Büyük Dairenin bu yaklaşımının gerekçesine kararın verildiği yıl hazırlanan “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2017 Faaliyet Raporunda (Annual Report 2017 of European Court of Human Rights)” açıklanmıştır. Söz konusu raporda Sözleşme'nin 46. maddesine atıfta bulunarak, Mahkemenin bir pilot kararla sistemik sorunu tespit ederek alınacak önlemlerin niteliğini belirlediğini, ilgili Devlet'in Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesine yardımcı olduğunu, Bakanlar Komitesinin ise söz konusu kararın infazını denetlemesi gerektiğini ifade etmiştir. Sözleşme'nin 46. maddesindeki bu açık görev paylaşımı, pilot kararların infazının Mahkemenin yetkisi dışında olduğunu ve konunun ilgili Devlet ile Bakanlar Komitesi arasında ele alınması gerektiğini ortaya koymaktadır. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Salihpaşaoğlu, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, s.205, 206; Burmych and Others/Ukraine, §§5-202; Annual Report 2017 of European Court of Human Rights, s.137, https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf (erişim: 25/03/2024).

⁶⁸ David Björfeldt, *Pilot Judgments at the ECHR- Altered Prospects for Individual Justice?*, Lund University Faculty of Law, Master Thesis, 2013, s.63.

⁶⁹ Değirmencioglu, “Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma”, s.86

⁷⁰ Arsava, “AİHM'in İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü”, s.9.

⁷¹ Değirmencioglu, “Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma”, s.87.

geliştirilen yorum yöntemleri ve ilkelerin benimsenmiş olması gibi pek çok benzerlik AYM'in, bu noktada bir nevi AİHM'den etkilendiğinin, AİHM'in metotlarını uygulayarak ulusal insan hakları yargısını güçlendirmeye çalıştığına göstergesidir.⁷² Bu doğrultuda AYM, AİHM tarafından geliştirilen özel bir usul olan "pilot karar usulü"nü benimseyerek, Mahkeme İçtüzüğü'nde pilot karar prosedürüne yer vermiştir.

A. PILOT KARAR PROSEDÜRÜNÜN HUKUKİ TEMELLERİ

AİHM içtihatlarıyla geliştirilerek, 2011 itibarıyla AİHM İçtüzüğü ile düzenlenen pilot karar usulüne AYM İçtüzüğü 75. Maddesinde yer verilmiştir.⁷³ İçtüzükte düzenlenen pilot karar prosedürüne, Anayasa ile İçtüzüğün hukuki dayanağı olan 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun kapsamında açıkça yer verilmemiştir. Bununla beraber Anayasa Mahkemesi'nin pilot karar içtihatlarında 6216 sayılı Kanun'un çeşitli maddeleri yanında, özellikle 50. maddesinin pilot karar usulünün uygulanmasında temel dayanak olarak gösterildiği görülmektedir:

64. 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre esas inceleme kapsamında, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve varsa ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı belirlenmektedir. Aynı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ise ihlal kararı verilmesi halinde gerekli gördüğü ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Buna göre ihlal sonucuna varıldığında ilgili temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verilmesinin yanında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi, diğer bir ifadeyle ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmesi gerekir (Mehmet Doğan, GK, B.No.:2014/8875, 7/6/2018, §54).

65. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hale getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (Mehmet Doğan, §55).

66. Bununla birlikte 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilirken idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. Anayasa Mahkemesi ihlal ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederken idarenin, yargısal makamların veya yasama organının yerine geçerek işlem tesis edemez. Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederek gerekli işlemlerin tesis edilmesi için kararı ilgili mercilere gönderir (Şahin Alpay (2) (GK), B.No.:2018/3007, 15/3/2018, §57).⁷⁴

Mahkeme tarafından verilen ilk pilot karar olan Y.T. Başvurusunda İçtüzüğün 75. maddesinde düzenlenen pilot karar prosedürünün yasal dayanağı olarak 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinde düzenlenen hükmü gösterilmektedir:

⁷² Değirmencioğlu, "Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma", s.87.

⁷³Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, RG Tarih/Sayı: 12.07.2012/28351, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/ictuzuk/> (erişim: 17/10/2023).

⁷⁴ Y. T., B.No.: 2016/22418, 30/5/2019, §§64-66.

Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.⁷⁵

Mahkeme'nin ilk pilot kararı olan Y.T. Başvurusunda pilot karar uygulamasının hukuki temeli olarak 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin gösterilme gerekçesi açıklanmıştır. Y.T. Başvurusunun ardından verilen diğer pilot kararlarda kopyalanarak tekrarlanan genel ilkeler şu şekilde ifade edilmiştir:

Kanun'un 50. maddesi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını temin eden yollardan biri de İçtüzük'ün 75. maddesinde öngörülen pilot karar usulünün işletilmesidir. İhlalin yapısal bir sorundan kaynaklandığının tespiti ile bu sorunun başka başvurulara, bir diğer ifadeyle yeni ihlallere sebebiyet verdiğinin anlaşılması ve bu durumun yeni başvurulara sebebiyet vereceğinin öngörülmesi halinde sadece somut olay bakımından alınan ihlal kararı temel hak ve hürriyetlere yönelik gerçek bir koruma sağlamaktan uzak kalacaktır.⁷⁶

Mahkeme tarafından pilot karar usulüne yasal dayanak olarak, hükümde açıkça ifade edilmemiş olmasına rağmen 6216 sayılı Kanun 50. maddesinin gösterilmiş olması kamu hukuku ilkeleri açısından bir sorun teşkil etmediği açıktır.⁷⁷ Kamu hukukunda yetkisizliğin asıl, yetkinin ise istisnai olmasının yanında, hiçbir devlet organı kanundan almadığı bir yetkiyi kullanamamaktadır. AYM, İçtüzük'te açıkça düzenlenmiş olan pilot karar usulünü, yargılama usulüne ilişkin detaylara yer veren 6216 sayılı Kanun'da kendisine verilen “ihlal kararı verilmesi durumunda ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmetme” yetkisine dayandırarak somutlaştırmıştır.

B. ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA PİLOT KARAR USULÜ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Mahkeme'nin, İçtüzük m. 75'de düzenlenen pilot karar usulünü uygulayarak verdiği ilk karar, 2019 yılına rastlamaktadır. 30.05.2019 tarihinde etkili başvuru hakkına ilişkin yapısal bir sorun tespit edilerek pilot karar olarak sonuçlandırılan Y. T. Başvurusunu⁷⁸, 2021'de toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına ilişkin olan Hamit Yakut Başvurusu, 2022'de ifade ve basın özgürlüğü ile etkili başvuru hakkı ihlaline ilişkin Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu, 2022'de makul sürede yargılanma ve etkili başvuru hakkına ilişkin Nevriye Kuruç Başvurusu ve yine 2022 tarihli ifade ve basın özgürlüğü ihlaline ilişkin Yenigün Haber Ajansı ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu izlemiştir.

AIHM İçtüzüğüne eklenerek 2011 yılında yürürlüğe giren pilot karar usulü örnek alınarak hazırlanan AYM İçtüzüğünde yer alan pilot karara ilişkin hükümlerin, AIHM İçtüzüğü

⁷⁵ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Kanun No.: 6116, Kabul Tarihi: 30.03.2011, RG Tarih/Sayı: 03.04.2011/ 27894.

⁷⁶ Hamit Yakut, B.No.: 2014/6548, 10/06/2021, §126; Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri, B.No.: 2018/14884, 27.10.2021, §153; Nevriye Kuruç, B.No.: 2021/58970, 05.07.2022, §106; Yenigün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, B.No.: 2016/5903, 10.03.2022, §116.

⁷⁷ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: İsmail Köküsar, “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Kararlarında Pilot Karar Uygulaması”, *EBYÜHFD*, 23/3-4 (2019), s.212 vd.

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi nezdinde ilk pilot karar olan Y.T. Başvurusu hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz.: Özbek, Kuşçu, “Anayasa Mahkemesinin 30.05.2019 Tarihli Pilot Kararı”, s.3-39.

ile karşılaştırıldığında oldukça genel nitelikte olduğu görülmektedir. AYM'nin, içtüzük hükümlerinin kapsamalarını belirlemek, genişletmek ve şekillendirmek noktasında içtihatlarıyla sürece yön verebileceğini ifade etmek gerekir. 2019 itibarıyla verilen beş farklı pilot karar incelendiğinde, ilk karar olan Y.T. Başvurusundan itibaren Mahkeme genel ilkeleri belirlemeye çalıştığı görülmektedir. Mahkeme tarafından belirlenen ve belli bir silsile halinde ifade edilen genel ilkeler bağlamında içtihatların değerlendirilmesi, AYM'nin pilot karar uygulamasını ortaya koymak için önem arz etmektedir.

1. Yapısal Sorunun Tespiti ve Kaynağının Ortaya Konulması

2019 yılında ilk pilot kararını veren AYM, bu zamana kadar pilot karar usulünü uygulayarak beş farklı karara imza atmıştır. Söz konusu kararlar incelendiğinde, Mahkeme'nin, öncelikle pilot karar usulünün uygulanmasının gerekçesini oluşturan, başka başvurulara da yol açan ya da başka başvurulara yol açma ihtimali öngörülen “yapısal problemi” tespit etmeye çalıştığı görülmektedir. Anayasa yargısı bağlamında yapısal sorun kavramını, yürürlükteki düzenlemelerden veya yerleşik uygulamalardan dolayı gerçekleşen ya da gerçekleşebilecek olan hak ihlalleri sonucunda çok sayıda bireysel başvuru yapılmasının kaynağı niteliğindeki durum olarak tarif etmek mümkündür.⁷⁹

İlk pilot karar olan 2019 tarihli Y.T. Başvurusunda, başvuran Y.T. kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı edilme kararına karşı başvurulabilecek etkili bir iç hukuk yolu bulunmaması nedeniyle hak ihlaline maruz kaldığını iddia etmiştir. Pilot karar usulünün uygulandığı ilk karar olması sebebiyle Mahkeme, pilot karar usulünün uygulamasına ilişkin genel ilkeleri belirleme amacıyla hareket etmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme'nin öncelikli olarak etkili başvuru hakkı ihlali olduğuna hükmetmiş ve bu ihlalin yapısal bir sorundan kaynaklandığına kanaat getirdiğini ifade ederek söz konusu yapısal sorunu ortaya koyduğu görülmektedir.⁸⁰

Söz konusu karara konu mevzuat değişikliği, 29.10.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 676 sayılı KHK ile 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda gerçekleştirilmiştir. Bu değişiklik ile sınır dışı edilmelerine karar verilen kişiler için dava açma süresi boyunca ve dava açıldığı takdirde de yargılama süresince- değişiklikten önceki durumdan farklı olarak- sınır dışı edilme işleminin durmayacağı açıklanmıştır.⁸¹ 6458 sayılı Kanun'da

⁷⁹ Cem Ümit Beyoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Tespit Edilen Yapısal Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/2 (2022), s.761.

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: “Sınırdışı Edilme Kararına Karşı Başvurulabilecek Etkili Bir Yargı Yolu Bulunmaması Nedeniyle Etkili Başvuru Hakkının İhlal Edilmesi ve İhlalin Yapısal Bir Sorundan Kaynaklanması Nedeniyle Pilot Karar Usulünün Benimsenmesi”, 09.07.2019, BB 63/19, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/sinir-disi-edilme-kararina-karsi-basvurulabilecek-etkili-bir-yargi-yolu-bulunmaması-nedeniyle-etkili-basvuru-hakkinin-ihlal-edilmesi-ve-ihlalin-yapısal-sorundan-kaynaklanması-nedeniyle-pilot-karar-usulunun-benimsenmesi/> (erişim: 18/10/2023).

⁸¹ Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır: a) 5237 sayılı Kanununun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler, b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar, c) Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar, ç) Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar, d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar, e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler, f) İkamet izinleri

gerçekleştirilen değişikliğin ardından 08.04.2019 tarihi itibarıyla 1545 benzer başvuru yapıldığını ifade eden Mahkeme⁸², somut başvurunun söz konusu yapısal sorundan kaynaklanan ilk başvuru özelliği taşıması sebebiyle inceleyerek pilot karar vermiş, genel ilkeleri ortaya koymuştur:

...somut davada ortaya çıkan durum, idare mahkemesinin uygulamasından veya mevzuatı yanlış yorumlamasından değil 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yapılan değişiklikten kaynaklanmaktadır. Bu değişikliğin Anayasanın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında güvence altına alınan yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı, bu haklarla bağlantılı olarak 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkı ile Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yerleşik içtihatlarıyla uyumlu olmadığı anlaşılmaktadır.⁸³

Mahkeme, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının ortaya konulmasına özen göstermektedir. Buna göre ihlal, idari eylem ve işlemlerden, yargısal işlemlerden veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir. İhlalin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından da ayrıca önem taşımaktadır.⁸⁴

İhlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları nedeniyle ortaya çıkmışsa ihlal kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda söz konusu ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesi ancak ihlale yol açan kanun hükmünün ortadan kaldırılması veya ilgili hükmün yeni ihlallere yol açılmayacak bir şekilde değiştirilmesi ile mümkün olur. Bunun yanında bazı hâllerde sadece ilgili kanun hükmünün kaldırılması ihlalin tüm sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından yeterli olmayabilir. Bu durumda ise bireysel başvuru kapsamında mağdurların ihlalden kaynaklanan maddi ve manevi zararlarını telafi edici birtakım tedbirlerin alınması da gerekebilir.⁸⁵

Mahkeme'nin ikinci pilot kararı, bir gösteri yürüyüşüne katılması nedeniyle terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan mahkum edilen başvuru toplanti ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlaline ilişkin 2021'de verilen Hamit Yakut kararıdır.⁸⁶ Yerleşik içtihatlarına referansla⁸⁷ olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı

iptal edilenler, g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler, ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler, h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs edenler, ı) Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler, i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar, j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar, k) (Ek: 3/10/2016-KHK-676/36 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/31 md.) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler.

⁸² Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: "Sınırdışı Edilme Kararına Karşı Başvurulabilecek Etkili Bir Yargı Yolu Bulunmaması Nedeniyle Etkili Başvuru Hakkının İhlal Edilmesi ve İhlalin Yapısal Bir Sorundan Kaynaklanması Nedeniyle Pilot Karar Usulünün Benimsenmesi".

⁸³ Y.T., §60; Y.T., §67.

⁸⁴ Y.T., §68.

⁸⁵ Hamit Yakut, B. No.: 2014/6548, 10.06.2021.

⁸⁶ Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16; Metin Birdal, B. No: 2014/15440, 22/5/2019, §44; Ferhat Üstündağ, B. No: 2014/15428, 17/7/2018, § 30

⁸⁷ Hamit Yakut, §63.

olmayıp olay ve olguların hukuki nitelendirmesini kendisinin takdir edeceğini ifade eden Mahkeme⁸⁸, incelenen başvuruda başvuruçunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 220/6'da düzenlenen⁸⁹ terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan mahkumiyetinin kanunilik ölçütünü karşılamadığı gerekçesiyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁰

Yukarıda gerekçeleri belirtildiği üzere ihlalin bizzat kanun hükmünün lafzına dayalı yapısal bir sorundan ve derece mahkemelerinin kanuna ilişkin geniş yorumundan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Öte yandan somut başvuru bağlamında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, ifade ve örgütlenme özgürlüğü gibi anayasal koruma altında bulunan temel hak ve özgürlükler ile bağlantılı olarak örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan mahkumiyet kararı verilen pek çok dosyanın Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru konusu yapıldığı da bilinmektedir.⁹¹

Mahkeme'nin üçüncü pilot kararı, internet haber sitelerinde yayımlanan bir dizi habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlükleri ile etkili başvuru hakkının ihlaline ilişkin olarak 2021 yılında verilen Keskin Kalem Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri Başvurusudur. Söz konusu bireysel başvuru dosyası altında konu yönünden hukuki irtibat nedeniyle dokuz bireysel başvuru birleştirilmiş, bu başvurularda sulh ceza hakimlikleri tarafından 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca toplam 129 URL adresine erişimin engellendiği tespit edilmiştir.⁹² Sulh Ceza Hakimlikleri kararlarının hiç birinde internet yayını nedeniyle müşterinin şeref ve itibarına hukuka aykırı olarak yapıldığına karar verilen müdahalenin çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacının ortaya konulmadığını ifade eden⁹³ Mahkeme, sonuç olarak değerlendirmesini belirtmiştir:

Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları göz önünde tutulduğunda şikâyet edilen internete erişimin engellenmesi kararları ile Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde koruma altında olan ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalenin daha ağır basan yeterli bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği sonucuna varılmıştır.

Başvuruya konu olan ve Kanun'un 9. maddesinde yer alan erişimin engellenmesi yolu kanun koyucu tarafından hukuk sistemindeki mevcut yargılama usullerinden farklı olarak tasarlanmıştır. Erişimin engellenmesi yolunun kendine özgü karakterinin de etkisiyle uygulamada, erişimin engellenmesi kararlarına karşı gidilen itiraz başvurusunun reddedilmesi ile karar kesinleşmekte, Kanun gerekçesinde erişimin engellenmesi yolu tedbir olarak tanımlanmış olmasına rağmen şikâyet konusu internet içeriklerine erişim belirsiz süreyle engellenmiş olmaktadır. Bu şekilde süresiz kısıtlamaların ifade ve basın özgürlükleri için büyük tehlikeler arz ettiği açıktır. Demokratik bir hukuk devletinde -güdülen amaç ne olursa olsun- sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını ölçsüz bir biçimde ortadan kaldıracak düzeyde

⁸⁸ "Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır." Türk Ceza Kanunu, Kanun No.:5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, Yayımlandığı RG Tarih/Sayı: 2.10.2004/25611. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde açıklanacağı üzere ilgili hüküm (TCK m. 220/6) hükmü 2 Mart 2024 tarihinde kabul edilen "Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 10. maddesi ile "Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca iki yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde değiştirilmiştir.

⁸⁹ Hamit Yakut, §130.

⁹⁰ Hamit Yakut, §131.

⁹¹ Keskin Kalem Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, §112.

⁹² Keskin Kalem Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, §112.

⁹³ Keskin Kalem Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, §115.

olamaz. Dolayısıyla şekli yönden kesin hükmün bütün sonuçlarını doğuran ve süresiz etki gösteren bir kuralın keyfi ve orantısız müdahalelere karşı mutlaka koruyucu birtakım güvenceler içermesi gerekir.⁹⁴

Mahkemenin dördüncü pilot kararı makul sürede yargılanma hakkı ve bununla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlali niteliğinde olan Nevriye Kuruç Başvurusudur. Mahkeme, bu kararda yapısal bir sorun olarak makul sürede yargılanma hakkı⁹⁵ ve etkili başvuru hakkı ihlalinin tespit ederken, Türkiye aleyhine verilen AİHM kararlarına da referans vererek⁹⁶ gerekçesini güçlendirmiştir.

Makul sürede yargılanma hakkının sağlanmasının devletin sorumluluğunda olduğunu ifade eden Mahkeme, şu ifadelere yer verir:

Yargılama sürecinin uzamasında yetkili makamlara atfedilecek gecikmeler, yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi yapısal sorunlardan ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir. Anayasa'nın 36. ve 141. maddeleri devlete, hukuk sisteminin -yargılama makamlarının davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere- adil yargılanma hakkının güvencelerini yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunu yüklemektedir. Devlet, yargılama sisteminde çözüm bekleyen uyuşmazlıkların ve davaların makul sürede sonuçlandırılması için gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, hukuk sisteminin adil yargılanma hakkının temel güvencelerini yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunun bir görünümüdür.

Yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliklerinin yol açtığı gecikmeler nedeniyle yargılama sisteminde çözüm bekleyen uyuşmazlıkların uzun bir süre içinde artması ve birikmesi sonucu yargılamalarda makul sürenin aşılması Anayasa'nın 36. maddesinin ihlaline yol açmaktadır. Anayasa'nın 36. maddesi gereğince, yargılama sisteminin mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğünü yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi zorunludur. Hukuk sisteminde var olan yapısal ve organizasyona ilişkin eksikliklerin yargılama faaliyetinin makul sürede sonuçlandırılmamasını izah edemeyeceği açıktır.

Bu kapsamda Anayasa'nın 36. maddesinde koruma altına alınan makul sürede yargılanma hakkının korunmasının sağlanabilmesi, kamu makamlarının kişilerin bu haklarını ihlal etmelerinin önüne geçilebilmesi için makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddialarına yönelik başvuruda bulunulabilecek etkili hukuk yollarının bulunması gerektiği açıktır. Bu yolun şikâyet konusu yargılamanın veya davanın uzun sürmesi nedeniyle ortaya çıkacak zararları giderecek çözümler sunabilmesi gerekir.⁹⁷

Mahkeme'nin son pilot kararı olan 2022 tarihli Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu, bazı ulusal gazetelerde yayımlanan haberler ve köşe yazıları nedeniyle Basın İlan Kurumu (BİK) tarafından resmi ilan ve reklamların kesilmesine karar verilmesi dolayısıyla ifade ve basın özgürlüğü ihlaline ilişkindir. Mahkeme, somut olaya konu başvurularda BİK tarafından çatışan haklar arasında bir dengeleme yapılarak adil bir dengenin gözetilmediğini ifade eder. Bununla beraber BİK kararlarına itirazları inceleyen Asliye Hukuk hakimliklerinin gerekçeli kararlarında kimi zaman BİK'in değerlendirmelerinin doğrudan esas

⁹⁴ Keskin Kalem Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, §119, 121.

⁹⁵ “Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında başvuru tarafından 10/12/2014 tarihinde açılan işçi alacağı davasının devam ettiği, somut olaydaki 7 yılı aşkın yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” Nevriye Kuruç, §51.

⁹⁶ Daneshpayeh/Türkiye, B.No.: 21086/04, 16/07/2009; Ümmühan Kaplan/Türkiye. Anayasa Mahkemesi, pilot karar usulüyle verilen Ümmühan Kaplan kararını değerlendirirken AİHM'in makul sürede yargılanma hakkı ihlallerinin yıllardan beri devam ettiğine vurgu yaparak Türk hukuk sisteminde yapısal ve sistemik bir sorun teşkil ettiği ifadesine yer vermiştir. Nevriye Kuruç, §32.

⁹⁷ Nevriye Kuruç, §68-70.

alındığı ancak bu değerlendirmenin dengeleme kriterlerini karşılayıp karşılamadığının denetlenmediği, çoğunlukla BİK kararlarının usul ve yasaya uygun olduğunun belirtilmesiyle yetinilerek daha ileri bir değerlendirme yapmadığı tespit edilmiştir.⁹⁸ Bu durumun sadece somut olaya özgü olmayıp, sistematik bir problemi ifade ettiğini belirtmiş ve bu sorunun kaynağını ise Mahkeme şu şekilde dile getirmiştir:

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin önündeki mevcut başvurulara bakıldığında birbirini tekrarlayan bu tür kararların sistemik bir soruna işaret ettiği değerlendirilmiştir. Sistemik sorun derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkan vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamalarının yanı sıra bu uygulama doğrultusunda gerçekleştirilen müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığının da gösterilmemesi ile ilgilidir. Diğer bir anlatımla başvuruların basın özgürlüğüne yönelik müdahalede kullanılan araç kanuni güvenceden yoksun olduğu gibi bu aracın kullanılmasının nedenleri de ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konulamamıştır. Bunun yanı sıra ilgili ve yeterli gerekçe olmadan cezalandırma konusu olan bu tür kararların caydırıcı etki göstermesi nedeniyle ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahale orantılı olarak da nitelendirilemez...

... Anayasa Mahkemesine BİK tarafından sunulan bilgi ve belgelere göre BİK'in 2018 yılı istatistiklerinde gazetelerin basın ahlak esaslarını ihlal ettiği gerekçesiyle 39 gün, 2019 yılı istatistiklerinde 143 gün, 2020 yılı istatistiklerinde 572 gün resmi ilan ve reklam kesme cezası verildiği görülmüştür. Bu doğrultuda verilen cezalara bakıldığında Kuruma verilen yetkinin basının etik değerlerini düzenleme amacından öteye giderek artık kimi basın mensupları açısından caydırıcı etki yaratabilecek bir cezalandırma aracına dönüştüğü ve bu durumun sistematik bir soruna neden olduğu gözlemlenmiştir.⁹⁹

... gerekçeleri belirtildiği üzere ihlal, bizzat kanun hükmünün lafzına dayalı yapısal bir sorundan ve derece mahkemelerinin bu doğrultudaki uygulamalarından kaynaklanmaktadır.¹⁰⁰

2. Uygun Giderim Yolunun Belirlenmesi ve Bekleyen Başvurulara İlişkin Karar Verilmesi

Gündemin öncelikli işleri arasında sayılarak görüşülmeye başlanan pilot karar dosyasında Mahkeme tarafından tespit edilen yapısal sorunun tespit edilmesinin ardından, söz konusu yapısal sorunun çözümü için alınması gereken tedbirlerin belirtilmesi gerekmektedir.¹⁰¹ Mahkeme pilot kararlarla birlikte, bu karara konu olan yapısal soruna ilişkin benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilecek, gerek gördüğünde ise ertelediği başvuruları gündeme alarak karara bağlayabilecektir.¹⁰²

AYM, İçtüzük hükümlerine uygun olarak, pilot karar prosedürünü ilk defa uyguladığı Y.T. Kararında, pilot karar usulünün başlatılması halinde yapısal sorunun tespiti ve bunun çözüm önerilerinin ortaya konulması gerektiğini ifade eder.¹⁰³ Nitekim pilot kararının benimsenmesindeki en önemli amaç, benzer başvuruların tamamının ihlalle sonuçlanması yerine, yapısal sorunun idari mercilerce çözüme kavuşturulması ile bu suretle ihlalin kaynağının ortadan kaldırılmasıdır.¹⁰⁴

⁹⁸ Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, §103.

⁹⁹ Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, §106, 109.

¹⁰⁰ Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, §121.

¹⁰¹ AYM İçtüzüğü, m. 75/4.

¹⁰² AYM İçtüzüğü, m. 75/5.

¹⁰³ Y.T., §70.

¹⁰⁴ Y.T., §71.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 53/3’te gerçekleştirilen değişiklik sebebiyle sınır dışı edilme kararına karşı başvurulabilecek etkili bir yargı yolu bulunmaması sebebiyle pilot karar prosedürünün uygulandığı Y.T Başvurusunda Mahkeme, ilgili kanun hükmünün yürürlükte olması sebebiyle var olan yapısal probleme ilişkin çözümünü ortaya koyarken şu ifadeleri kullanmıştır:

İlgili kanun hükmü yürürlükte olduğuna göre idare mahkemeleri tarafından yeniden yargılama yapılması yoluyla ihlalin giderimi mümkün olmayacaktır. Dahası Anayasa Mahkemesi tarafından mevcut başvuru ve diğer derdest başvurular bakımından ihlal kararı verilerek sınır dışı etme kararları ortadan kaldırılabilir bu durum benzer başvuruların yapılmasını önlemeyeceği gibi benzer durumda olan kişilerin Anayasa’ya aykırı olarak sınır dışı edilmesini de engellemeyecektir. Dolayısıyla ihlalin ve sonuçlarının giderilebilmesi, benzer nitelikteki diğer başvuruların idari mercilerce bu yolla çözülmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan kanun hükmünün gözden geçirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Yasama organı tarafından 6458 sayılı Kanun’un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasının değişiklikten önceki hâle getirilmesi ya da hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin bu karara karşı dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde yargılama boyunca kendiliğinden ülkede kalmalarını sağlayacak başka bir düzenleme yapılması bu konudaki yapısal sorunu ortadan kaldıracak ve benzer nitelikte yeni başvurular yapılmasını engelleyecektir. Bu nedenle kararın bir örneğinin yasama organına bildirilmesi gerekir.¹⁰⁵

Bu çerçevede Mahkeme, 29.10.2016 tarihinden 8.4.2019 tarihine kadar yapılmış 1545 başvuru ile bu tarihten sonra gelmeye devam edecek aynı mahiyetteki yeni başvuruların İktüzük m. 75/5 uyarınca bir yıl süreyle incelenmesinin ertelenmesine ve ilgililerin bu hususta bilgilendirilmesine karar vermiştir.¹⁰⁶

Bununla birlikte Mahkeme, yasama organı tarafından yapılacak düzenlemenin yeni başvuruları engelleyecek olsa da bekleyen ve sayısı giderek artan şimdilik 1545 başvurunun çözümü için yeterli olmayacağını ifade etmiştir. Bu konuda mevcut başvurulara çözüm sağlayan geçici bir hüküm getirilmesi veya idare tarafından daha önce alınan sınır dışı etme kararlarının kaldırılması/geri alınması/yeniden değerlendirilmesi ya da başkaca bir çözüm bulunması gerekliliği sonucunda kararın bir örneğinin ve mevcut başvurular listesinin bilgi ve takdiri için Adalet Bakanlığı ile İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’ne gönderilmesine karar verilmiştir.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Y.T., §§75-76. Üye M. Emin Kuz, söz konusu yapısal sorunun çözümü için 6458 sayılı Kanun’un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında değişiklik yapılmasına ilişkin çağrı yapılması hususunda ek gerekçe belirtmiştir: “Bu sebeplerle, söz konusu yapısal sorunun çözümü için 6458 sayılı Kanunun 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında değişiklik yapılması hususunda yasama organına yapılan çağrının, 676 sayılı KHK ile yapılan değişiklik öncesinde yürürlükte olan düzenlemeye dönülmesi, yani anılan fıkranın “değişiklikten önceki hâle getirilmesi ya da hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin bu karara karşı dava açma süresi içinde ve dava açılması hâlinde yargılama boyunca kendiliğinden ülkede kalmalarını sağlayacak başka bir düzenleme yapılması” (§ 76) tamamen yasama organının takdir yetkisi içinde bulunmakla beraber, mutlak olarak böyle bir düzenleme yapılması yönünde çağrı şeklinde anlaşılabilmesi gerektiğinin ve yapılacak düzenlemeyle anılan kişiler bakımından farklı bir düzenleme getirilirken sözü edilenlerin etkili başvuru hakkının korunmasını sağlayacak başka hükümler de getirilebileceğinin açıklığa kavuşturulmasında yarar bulunmaktadır.”

¹⁰⁶ Y.T., §78.

¹⁰⁷ Y.T., §77.

Mahkeme verdiği pilot kararında yalnızca yapısal sorunun çözümü için hareket etmemiş, somut başvuru açısından yapısal sorunun çözümü için ileri aşamada alınacak önlemlerin başvurucaunun ihlalden kaynaklanan mağduriyetini bütünüyle gidermediğini ifade ederek, somut başvuru açısından yeniden yargılama yapılması kararı vermiştir.¹⁰⁸

Diğer bir pilot karar olan Hamit Yakut Başvurusunda Mahkeme, yapısal problemin kanun hükmünden kaynaklandığını ifade etmiştir. Karara konu olan hüküm TCK m. 220/6'da yer alan "Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır" hükmü olarak belirtilir. Kanun hükmünün lafzına ve derece mahkemelerinin kanununa ilişkin geniş yorumundan kaynaklanan yapısal sorun, daha önceleri pek çok defa toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, ifade ve örgütlenme özgürlüğü gibi anayasal koruma altında bulunan temel hak ve özgürlükler ile bağlantılı olarak örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan mahkumiyet kararı verilen başvurularla AYM önüne taşınmıştır.¹⁰⁹ Bu bağlamda Mahkeme, yapısal sorunun çözümü için kanun hükmünün gözden geçirilebilmesinin sağlanması amacıyla yasama organına bildirim kararı vermiştir:

İlgili kanun hükmü yürürlükte olduğuna göre derece mahkemeleri tarafından yeniden yargılama yapılması yoluyla ihlalin giderimi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla ihlalin ve sonuçlarının giderilebilmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan kanun hükmünün gözden geçirilmesi gerektiği anlaşılmıştır. Bu nedenle kararın bir örneğinin yasama organına bildirilmesi gerekir.¹¹⁰

Öte yandan karar tarihine kadar aynı mahiyette yapılan başvurular ile bu tarihten sonra gelmeye devam edecek yeni başvuruların incelenmesi İçtüzük m. 75/5 uyarınca kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren bir yıl süreyle ertelenmesine ve ilgililerin resmi internet sitesinde ilan yoluyla bildirilmesine karar verilmiştir.¹¹¹

Somut başvuruda ihlalin tespit edilmesinin başvurucaunun uğradığı zararların giderilmesi bakımından yetersiz kalacağını ifade eden Mahkeme, bu itibarla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararlar karşılığında manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir.¹¹²

Keskin Kalem Yayıncılık ve Diğerleri Başvurusunda ise yapısal sorun 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun¹¹³'ün 9. maddesi uyarınca gerekçelendirilmeksizin verilen¹¹⁴ erişimin engellenmesi kararları ve tedbir niteliğinde olan erişimin engellenmesi kararlarına karşı itiraz yolunun etkili bir şekilde yürütülememesi nedeniyle belirsiz süreli erişimin

¹⁰⁸ Y.T., §80.

¹⁰⁹ Hamit Yakut, §131.

¹¹⁰ Hamit Yakut, §132.

¹¹¹ Hamit Yakut, §134.

¹¹² Hamit Yakut, §135.

¹¹³ İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Kanun No.: 5651, Kabul Tarihi:04/05/2007, Yayımlandığı RG Tarih/Sayı: 23/05/2007/26530.

¹¹⁴ Keskin Kalem Yayıncılık ve Diğerleri, §115.

engellenmesi olarak ifade edilmiştir. Erişimin engellenmesi kararlarının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak verilmemesi, acil bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve haklar arası adil dengenin sağlanmasına dikkat edilmemesi sebebiyle yapısal bir sorun olarak nitelendirilen 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin yasama organınca gözden geçirilmesi gerekliliği vurgulanmıştır:

... söz konusu ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesi ancak ihlale yol açan kanun hükmünün ortadan kaldırılması veya ilgili hükmün yeni ihlallere yol açılmayacak bir şekilde değiştirilmesi ile mümkün olur. Bunun yanında bazı hallerde sadece ilgili kanun hükmünün kaldırılması ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeterli olmayabilir. Bu durumda ise bireysel başvuru kapsamında mağdurların ihlalden kaynaklı maddi ve manevi zararlarını telafi edici birtakım tedbirlerin alınması da gerekebilir.

Anayasa Mahkemesi tarafından mevcut başvuru ve diğer derdest başvurular bakımından önceki kararlarında ortaya konulan ilkeler çerçevesinde yeni ihlal kararları verilerek internet içeriklerine erişimin engellenmesi kararlarının ortadan kaldırılması istense bile bu durum benzer başvuruların yapılmasını önlemeyeceği gibi derece mahkemelerince benzer nitelikteki internet içeriklerine erişimin engellenmesini de önlemeyecektir. Dolayısıyla ihlalin ve sonuçlarının giderilebilmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan kanun hükmünün gözden geçirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kararın bir örneğinin yasama organına bildirilmesi gerekir.¹¹⁵

Bununla beraber karar tarihine kadar gelen ve bundan sonra gelmeye devam edecek olan aynı mahiyetteki başvuruların İçtüzük m. 75/5 gereğince bir yıl süreyle ertelenmesine¹¹⁶, somut başvuruda ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yenisinden yargılama yapılmasına karar verilmiştir.¹¹⁷

Makul sürede yargılanma hakkıyla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlali kararı verilen Nevriye Kuruç Başvurusunda Mahkeme, ikincilliğini¹¹⁸, esas olanın etkili iç hukuk yollarında uyuşmazlıkların çözülmesi gerektiğini ifade ederek başlamıştır:

Anayasa Mahkemesince yapısal sorun bulunduğunu belirttiği kararlardan sonra diğer devlet organlarının mevcut olan hukuk yollarının etkinliğini tekrar gözden geçirmesi ve aynı soruna ilişkin olayların tekrar Anayasa Mahkemesi önüne taşınmasını önlemek için etkili iç hukuk mekanizmaları kurması beklenir. Daha önce ifade edilen başvuru ve ihlal sayılarına bakıldığında ve özellikle de makul sürede yargılanma hakkına ilişkin yapılan başvurular dikkate alındığında sistemin bu şekilde devam etmesi anayasa koyucunun bireysel başvuruyu oluştururken öngördüğü amaç ve hedeflerle bağdaşmayacaktır. Hâlbuki Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesinde 'Türkiye'de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir' şeklinde bir ifadeyle anayasa koyucu, iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulmasına verdiği önemi özellikle vurgulamıştır.¹¹⁹

Mahkeme, bireysel başvurunun ikincilliği ve hukuk sisteminde düzenlenen başvuru yollarının tüketilmesinden sonra başvurulabilecek bir anayasal başvuru yolu olması da dikkate alınarak yargılamaların uzun sürmesinden kaynaklı ihlaller nedeniyle ortaya çıkan ve yapısal

¹¹⁵ Keskin Kalem Yayıncılık ve Diğerleri, §159, 160.

¹¹⁶ Keskin Kalem Yayıncılık ve Diğerleri, §160.

¹¹⁷ Keskin Kalem Yayıncılık ve Diğerleri, §161.

¹¹⁸ Nevriye Kuruç, §85.

¹¹⁹ Nevriye Kuruç, §93.

sorun teşkil eden durumun telafi edilebilmesi için kanuni bir düzenleme ile bu konuda başvurulabilecek bir mercinin oluşturulması gerektiğini ifade etmiştir.¹²⁰

AYM, Nevriye Kuruç kararında zaman zaman pilot karar uygulamasına yöneltilen bir eleştiri konusu olarak kuvvetler ayrılığı hususuna da değinmiştir. Mahkeme'nin pilot karar ile uygun giderim yolu olarak yetkili mercilere -bu zamana kadar verilen pilot kararlar dikkate alındığında- uygulamada yasama organına gerekli tedbirlerin alınması için bildirimde bulunulması, literatürde kuvvetler ayrılığı eleştirilerine konu olmuştur.¹²¹ Mahkeme, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne atıfla bu eleştirilere cevap vermiştir:

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde, kuvvetler ayrımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediği ancak belli yetki ve görevlerin kullanılmasından ibaret olduğu, erkler arasında medeni bir iş bölümü ve işbirliği ilişkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen yetki ve görevlerini yerine getirerek makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla ilgili başvuru yapılabilecek etkili bir yolun ihdas edilmesi gerektiği tespitini yapmıştır. Dolayısıyla kararın bir örneğinin Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan bir temel hak ve hürriyetin ihlali yol açtığı tespit edilen söz konusu yapısal sorunun çözümü için Türkiye Büyük Millet Meclisine de bildirilmesi gerekir.¹²²

Tüm bunların yanında bekleyen ve aynı mahiyette olan gelecek başvurular dört ay süreyle ertelenmiş, somut başvuruda başvuruçunun mağduriyetini gidermek amacıyla tazminata hükmedilmiştir.¹²³

Mahkeme'nin son pilot kararı olan Yeni Gün Haber Ajansı Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri Başvurusunda, BİK'in 195 sayılı Kanun¹²⁴ m. 49 uyarınca "basın ahlak esaslarına aykırı hareket eden gazetelere şikayete bağlı olarak veya resen inceleme yaparak resmi ilan ve reklamların kesilmesi yoluyla" uyguladığı yaptırımların ifade ve basın özgürlüğü ihlali teşkil ettiğine ilişkindir. Hangi fiillerin ne şekilde cezalandırılacağına tamamen BİK'in yetkisine bırakıldığı ve BİK tarafından verilen kararların yargısal denetiminin ilgili hükme göre "evrak üzerinden" yapılacağına belirtilmesi ile birlikte itiraz sonucu verilen kararların kesin olması ihlali oluşturan yapısal sorunlar arasında sayılabilecektir. Yapısal bir sorunun varlığına işaret eden aynı yöndeki kararların doğrudan kanun hükmünden kaynaklandığı dikkate alındığında benzer ihlallerin önüne geçilmesi için mevcut sistemin yeniden ele alınması gerektiğini ifade eden Mahkeme, diğer pilot kararlarından daha farklı olarak- yasama tarafından yapılacak düzenlemenin asgari niteliklerine ilişkin detaylı öneriler sunmuştur:

Hiç şüphesiz basın özgürlüğü alanında benimsenecek devlet politikasının önemli bir parçası olan kanuni düzenlemeleri yapmak yasama organının takdirindedir. BİK'in 195 sayılı Kanun'un 49. maddesi

¹²⁰ Nevriye Kuruç, §112.

¹²¹ Ersan Şen, "İHAM'dan Sonra Anayasa Mahkemesi'nin TCK m. 220/6 ile İlgili İhlal Kararı" (2021), <https://sen.av.tr/tr/makale/ihamdan-sonra-anayasa-mahkemesinin-tck-m2206-ile-ilgili-ihlal-karari> (Erişim Tarihi: 31/02/2024); Abdil Cihangir, "Pilot Karar Uygulamasına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Çevresinde Genel Bir Bakış", *İnsan Hakları Dergisi*, 10 (2022), s.41; Servet Alyanak, Burcu Bozkurt Cengiz, "Anayasa Mahkemesinin Pilot Karar Uygulaması ve Kararların Yasama Organına Bildirilmesi", *Yasama Dergisi*, 48 (2023), s.117-153.

¹²² Nevriye Kuruç, §113

¹²³ Nevriye Kuruç, §114-115.

¹²⁴ Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun, Kanun No.:195, Kabul Tarihi: 2.1.1961, Yayımlandığı RG Tarih/Sayı: 9.1.1961/10702.

kapsamında basın özgürlüğüne yönelik müdahalelerinin Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması ve Anayasa'nın 26. maddesinin ihlaline yol açmaması için - yukarıda yapılan değerlendirmeler çerçevesinde- yapılacak yeni kanuni düzenlemelerde aşağıda zikredilen asgari standartların/önerilerin dikkate alınmasında yarar olduğu kanaatine varılmıştır:

“i. Kanun'un 49. maddesindeki resmî ilan ve reklam kesme cezalarına ilişkin koşulların çerçevesi çizilmeli, belirli bir açıklık ve kesinlikte olan ifadelerle kanun maddesi şekli ve maddi yönden yeniden düzenlenmelidir,

ii. Kanun'un 49. maddesindeki resmî ilan ve reklam kesme usulünün kapsamı belirlenirken yukarıdaki paragraflarda belirlenen dengeleme kriterleri de göz önüne alınarak (bkz. §102) ilgili kuralların olabildiğince dar bir uygulama alanına izin verecek şekilde tasarlanması ve kullanımının acil bir toplumsal ihtiyacın gerekli kıldığı durumlara özgülenmiş olması gerektiği dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisi doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konmalıdır. Bu çerçevede 49. maddenin basının etik niteliklerini artırmaya yönelik sunduğu korumanın sınırları netleştirilmeli ve hangi eylemlerin bu nitelikleri ihlal edeceği konusunda bir ölçüt/eşik değer belirlenmesi gibi kriterler oluşturulmalıdır,

iii. Kanun'un 49. maddesindeki resmî ilan ve reklam kesme cezalarına itiraz yolu düzenlenirken derece mahkemelerinin bu davalara hangi sıfatla bakacakları-uygulamada çoğunlukla hakem sıfatıyla baktıkları görüldüğünden- ve bu kapsamda da uygulayacakları yargılama usulünün kapsamı net bir şekilde yeniden düzenlenmelidir.¹²⁵

Bu bağlamda Mahkeme, derece mahkemelerinin 195 sayılı Kanun'un 49. maddesi kapsamında verdikleri, yapısal bir sorunun varlığına işaret eden aynı yöndeki kararlarının doğrudan kanun hükmünden kaynaklandığı dikkate alındığında Kanun'un 49. maddesine dayanılarak yapılan sınırlandırmaların Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine uygun olması ve Anayasa'nın 26. maddesinin ihlaline yol açmaması için madde metninin yeniden düzenlenmesinde yukarıda belirtilen hususların gözetilmesi gerektiği kanaatini bildirmiştir.¹²⁶ Bununla birlikte derdest başvuruları bir yıl süreyle ertelemiş, somut başvuru açısından ise yargılamanın yenilenmesine karar vermiştir.¹²⁷

C. PİLOT KARARLAR KARŞISINDA KAMU OTORİTELERİNİN REFLEKSİ

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen pilot kararların etkililiğinin sağlanması için yapısal sorunun giderimi konusunda sunduğu önerilerin ilgili kamu otoriteleri tarafından dikkate alınması gerekir. Aksi halde verilen kararların hukuk sistemi içerisinde bir önemi olduğundan bahsetmek mümkün olmayacağı gibi, bu durum ilerleyen aşamalarda Anayasa Mahkemesinin “etkili bir iç hukuk yolu” olarak nitelendirilmesini de güçlendirecektir.

Bu doğrultuda Mahkeme'nin söz konusu pilot kararlarda, yapısal veya sistemik problemlerin, işlevsel bozuklukların uygun giderim yollarına ilişkin “yasama organı”nı haberdar ettiği, yapısal sorunları çözmek için gerekli tedbirlerin alınması gerektiğini bildirdiği

¹²⁵ Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, §110.

¹²⁶ Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, §124.

¹²⁷ Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, §126-127.

görülmektedir.¹²⁸ Bununla birlikte Mahkeme'nin verdiği beş pilot kararın dördünde yasama organına söz konusu yapısal sorunun giderimi konusunda detaylı önerilerde bulunmaktan kaçındığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte Mahkeme pilot karar usulüyle neticelendirdiği son karar Yeni Gün Haber Ajansı Başvurusunda benimsenecek devlet politikasının önemli bir parçası olan kanuni düzenlemeleri yapmanın hiç şüphesiz yasama organının takdirinde olduğunu belirtmiş, yapılacak yeni kanuni düzenlemelerde kararda belirtilen asgari standartların/önerilerin dikkate alınmasında yarar olduğu kanaatini ifade etmiştir.¹²⁹

Mahkeme ilk pilot kararı olan Y.T. Başvurusunda 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 53/3'te gerçekleştirilen değişiklik sebebiyle sınır dışı edilme kararına karşı başvurulabilecek etkili bir yargı yolu bulunmaması dolayısıyla oluşan yapısal problemin çözümü için TBMM'ye çağrıda bulunmuştur. Bu bildirimden ardından TBMM söz konusu problemi sonlandırmak amacıyla mevzuat değişikliği gerçekleştirmiştir:

Mahkemenin ilk pilot kararı olan Y.T. Başvurusunda yapısal soruna sebep olan husus 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda 676 sayılı KHK ile yapılan değişikliktir. 676 s. KHK ile sınır dışı etme kararını düzenleyen 53. madde hükmüne "... dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması halinde '54üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındaki hariç' ibaresi eklenmiştir. Y.T. kararı ile pilot karar usulünü uygulayarak bu hükmün yapısal bir soruna neden olduğuna karar veren Mahkeme, bu sorunun düzeltilmesi için yasama organına kararı bildirmiştir. Bunun üzerine 6.12.2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanun'un 75. maddesiyle, fıkra da yer alan "54üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındaki hariç" ibaresi çıkartılmıştır.¹³⁰

¹²⁸ Yapısal problemlerle ilgili sorunların giderilmesi için yasama organına durumun bildirilmesine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği tek usul pilot karar usulü değildir. İlk pilot karar olan Y.T. Kararını izleyen süreçte Mahkeme, yalnızca pilot karar usulüne başvurulmuş durumlarda değil, genel olarak temel haklara ilişkin ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığı tespit edilen durumlarda ilgili kanun hükmüne ilişkin düzenlemelerin yapılması gerekliliğini TBMM'ye bildirmeye devam etmiştir. "Çağrı kararları" olarak adlandırılan bu kararlarda genel itibarıyla ihlale konu kanun hükümlerinin varlığını olduğu şekliyle sürdürdüğü müddetçe ihlallere yol açmaya devam edeceği ve TBMM dışında bir aktörün bu ihlalleri giderme ihtimalinin bulunmadığı yönünde tespitler yapılarak, hüküm fıkrasında açıkça ve ayrıca durumun yasama organına bildirilmesine karar verilmiştir. Güncel sayıları itibarıyla 16'yı bulan çağrı kararları, AİHM jargonu ile ifade edilecek olursa "yarı pilot kararlar (quasi/semi pilot judgment)"a benzetilebilecektir. Özcan Altay, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Yeni Dönem: İhlallerin Kaldırılmasına Yönelik Olarak TBMM'ye Çağrı Kararları", *İnsan Haklarının Korunmasında Yasama Organının Rolü Bildiriler Kitabı*, Ankara: TİHEK, 2023, s.28-55. Anayasa Mahkemesi, yapısal sorunun çözümü için kararı yasama organına göndererek "doğrudan çağrı kararı" verebileceği gibi kararın bütününden yapısal sorunun varlığının ve yasama organının düzenleme yapması gerekliliğinin anlaşıldığı "dolaylı çağrı" kararları da verebilir. İsmail Demirci, "Bireysel Başvuruda Anayasal ve Kişisel Önem Kriteri ve Anayasa Mahkemesinin İş Yükü Sorunu Bağlamında İncelenmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 39/2 (2022), s.380; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz.: Ece Göztepe, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı 'Çağrı Kararları' Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 38/1 (2021), s.56-57; Ceren Yıldız, "Anayasa Mahkemesi kararları ışığında Hak İhlalinin Kanundan Kaynaklanması Sorunu ve Bu Soruna İlişkin Çözüm Önerileri", *GSÜHFD*, 1 (2021), s.367-415.

¹²⁹ Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, §110.

¹³⁰ "4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 53 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına "hâlinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındaki hariç," ibaresi eklenmiştir." Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Karar Sayısı: KHK/676, m. 35, Yayımlandığı RG Tarih/Sayı: 29.10.2018/29872; Hükmün son hali şu şekildedir: "Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m.53'de, 7196 sayılı Kanun'un 75. maddesiyle gerçekleştirilen değişiklik ve ilgili madde metnin gerekçesi, pilot karar karşısında yasama organının tutumunu göstermesi açısından önemlidir. Kanun Teklifinin genel gerekçesinde "6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan gelişmeler ve uygulamada yaşanan sorunların ortadan kaldırılması" vurgusu yapılmıştır.¹³¹ İlgili 75. maddenin gerekçesi şu şekildedir:

Madde ile, Anayasa Mahkemesinin 30/5/2019 tarihli ve 2016/22418 sayılı Kararı doğrultusunda sınır dışı etme işleminin iptali için dava açılması halinde sınır dışı işleminin dava sonuçlanıncaya kadar kendiliğinden durması amaçlanmaktadır. Bu sayede yabancıların adalete erişim haklarını etkili bir şekilde kullanmaları sağlanmış olacaktır.¹³²

Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. Başvurusunda yapısal problemi teşkil eden 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesi uyarınca "şikayet konusu içeriklerin talep edenin şeref ve saygınlığını zedelemiş olduğu, talep edeni küçük düşürecek nitelikte sözlerle açıkça kişilik haklarına saldırıldığı" şeklindeki genel gerekçelerle URL adreslerine erişim engeli getirilmiştir. Başvuruya konu olan ve Kanun'un 9. maddesinde yer alan

beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancıların rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez." Bununla beraber Türkiye Barolar Birliği Göç ve İltica Hukuku Komisyonu tarafından 22.10.2023 tarihinde paylaşılan açıklama, yabancıların, sınır dışı edilme kararına karşı idari yargıda dava süresi dolmamış olmasına veya haklarında verilen sınır dışı kararlarına karşı idari yargıda iptal davası açılmasına ve bu davaların idareye bildirilmiş olmasına rağmen 6458 s. Kanun'un 53/3- son. maddesine aykırı şekilde, sınır dışı işleminin gerçekleştirildiğine dair çok sayıda şikayet iletilildiğini ortaya koymuştur: "Söz konusu şikayetlerin yaygınlığının tespiti amacı ile Birliğimiz tarafından gerçekleştirilen anketi yanıtlayan 47 baroya mensup meslektaşımızın bildirimlerinden, hukuksuz sınır dışı uygulamalarının spesifik vakalarla sınırlı olmadığı ve sistematik bir idari pratiğe dönüştüğü anlaşılmaktadır. Ankete bilgi paylaşan 376 meslektaşımız, müvekkilleri hakkında verilen sınır dışı etme kararına karşı 7 günlük yasal iptal davası açma süresi içinde ve henüz bu süre dolmamışken -dava açılmasına imkan verilmeden- sınır dışı işlemlerinin gerçekleştirildiğini ifade etmişlerdir. Haklarında verilen sınır dışı etme kararına karşı idari yargıda iptal davası açıp, dava açıldığı bilgisini ilgili Göç İdaresi İl Müdürlüğü'ne bilgi vermelerine rağmen müvekkillerinin sınır dışı edildiğini 314 meslektaşımız iletmiştir. Ayrıca ankete iletilen bilgiler arasında Anayasa Mahkemesi'nin tedbir kararına rağmen, sınır dışı işlemi yapıldığı hususu da gözden kaçırılmamalıdır." Türkiye Barolar Birliği Göç ve İltica Hukuku Komisyonu, Yabancı Müvekkillerin Haklarında Kesinleşmiş Bir Karar Olmaksızın Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Açıklama, 22.10.2023. <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/yabanci-muvekkillerinhaklarında-kesinleşmiş-bir-karar-olmaksızın-sınır-disi-edilmelerine-iliskin-ac-84217> (erişim:22/10/2023).

¹³¹ TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Antalya Milletvekili Kemal Çelik ve 104 Milletvekilinin Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2368) ile Tekirdağ Milletvekili Mustafa Şentop'un Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2385) ve İçişleri Komisyonu Raporu, s.8, Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:144. https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_meclis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabaslik=KANUNLAR&v_altbaslik=7196&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih= (erişim:03/08/2024).

¹³² TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Antalya Milletvekili Kemal Çelik ve 104 Milletvekilinin Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2368) ile Tekirdağ Milletvekili Mustafa Şentop'un Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2385) ve İçişleri Komisyonu Raporu, s.17, Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:144. https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_meclis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabaslik=KANUNLAR&v_altbaslik=7196&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih= (erişim:03/08/2024).

erişimin engellenmesi yolu 9. fıkrada genişletilmiştir: “Bu madde kapsamında hâkimin verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının (...) başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.” Yapısal sorunu oluşturan ilgili hükme 13/10/2022 tarihinde yürürlüğe giren 7418 sayılı Kanun 33. maddesiyle “Müracaatın Birlik tarafından kabulüne karşı itiraz, kararı veren hâkimliğe yapılır. İnternet sitesindeki yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararlarında bu fıkra hükmü uygulanmaz.” hükmü eklenmiştir. Yapılan değişikliğe ilişkin kanun teklifinin genel gerekçesinde “5651 s... Kanunda yapılan değişiklikler ile uygulamada karşılaşılan sorunların giderilmesi amacıyla içeriğin çıkarılması/ erişimin engellenmesi kararlarının uygulama mercii noktasında tereddütlerin ortadan kaldırılması ve Erişim Sağlayıcıları Birliğinin görev ve yetki alanının belirlenmesi” ile “kişilik haklarının korunmasına yönelik olarak Birliğe yapılan müracaatlara ilişkin yapılacak itirazlarda takip edilecek yargısal denetim usulü hakkında düzenleme yapılması”nın amaçlandığı ifade edilmiştir.¹³³ Kanun teklifinin ilgili 33. maddesinde; yapılan değişiklikle işlemin yargısal denetimi konusunda uygulamada yaşanan tereddütlerin giderildiğini ve böylece Anayasa Mahkemesinin bu madde ile ilgili olan bireysel başvuru kararlarındaki değerlendirmelerin karşılandığı belirtilmektedir.¹³⁴

Söz konusu kanun teklifinin muhalefet şerhlerinden birinde, teklifin 33.maddesi ile 5651 sayılı Kanun’un “İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi” başlıklı 9. maddenin 9. Fıkrasına yargısal sürece ilişkin bir cümlenin eklenmiş olduğu, bu durumun AYM’in pilot kararı doğrultusunda talep edilen değişiklikleri karşılamadığı ifade edilmiştir. Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. Başvurusunda AYM’in olması gereken yasal değişikliklere ilişkin asgari standartları belirlemeye çalıştığını ifade eden muhalefet şerhinde, kanun teklifinin 33. maddesindeki değişikliğin, AYM önünde söz konusu yapısal sorundan kaynaklanan başvurulara çözüm niteliği taşımadığı vurgulanmıştır.¹³⁵ Bir başka muhalefet şerhinde, 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinde öngörülen değişiklik ile Birliğin müracaatının kabulüne yönelik kararlarına karşı yargısal bir yol açıldığını, ancak bununla AYM değerlendirmelerinin

¹³³ TBMM Kanunlar ve Kararları Başkanlığı, Kahramanmaraş Milletvekili Ahmet Özdemir, İstanbul Milletvekili Fethi Yıldız ve 64 Milletvekilinin Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, s.8 , Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:5, Sıra Sayısı: 340, https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_mecelis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabaslik=KANUNLAR&v_altbaslik=7418&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih= (erişim: 03/08/2024).

¹³⁴ TBMM Kanunlar ve Kararları Başkanlığı, Kahramanmaraş Milletvekili Ahmet Özdemir, İstanbul Milletvekili Fethi Yıldız ve 64 Milletvekilinin Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, s.16 , Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:5, Sıra Sayısı: 340, https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_mecelis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabaslik=KANUNLAR&v_altbaslik=7418&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih= (erişim: 03/08/2024).

¹³⁵ Zeynel Emre, Tufan Köse, Rafet Zeybek, Turan Aydoğan, Alpay Antmen, Süleyman Bülbül, “Muhalefet Şerhi”, s.91, TBMM Kanunlar ve Kararları Başkanlığı, Kahramanmaraş Milletvekili Ahmet Özdemir, İstanbul Milletvekili Fethi Yıldız ve 64 Milletvekilinin Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, s.8 , Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:5, Sıra Sayısı: 340, https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_mecelis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabaslik=KANUNLAR&v_altbaslik=7418&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih= (erişim: 03/08/2024).

karşılandığı iddiasının gerçeği yansıtmadığı¹³⁶, bir diğerinde ise söz konusu teklif ile AYM pilot kararının dikkate alınmadığı gibi, 5651 sayılı Kanun’daki ifade ve basın özgürlüğü ile çelişen uygulamalara dokunulmadığı ifade edilmiştir.¹³⁷

18 Ekim 2022’de yasalaşan¹³⁸ kanun teklifi ile 5651 sayılı Kanun’un 9.maddesinde gerçekleştirilen değişikliğin pilot karara konu olmuş yapısal problemlere çözüm niteliğini taşımadığı Mahkeme tarafından 22.11.2023 tarihli Abdullah Kaya ve Diğerleri Başvurusu ile tespit edilmiştir. Başvuru, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 9. maddesi uyarınca internet siteleriyle ilgili erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararları verilmesi nedeniyle başvuru sahiplerinin ifade özgürlükleri ile etkili başvuru haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.¹³⁹ Söz konusu kararda Mahkeme, bu konuda yapısal problemin tespit edildiği Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri pilot kararına atıfta bulunarak, ilgili kararda söz konusu kanun hükmünün ifade ve basın özgürlüklerinin korunmasına ilişkin temel güvencelere sahip olmadığı, çevrim içi ortama yönelik müdahalelerin Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak yapılabilmesinin sağlanması ve Anayasa’nın 26. maddesinin ihlaline yol açılmaması için yapılacak yeni kanuni düzenlemelerde dikkate alınması gereken asgari standartlara ilişkin bazı önerilerde bulunulduğu ifade edilmiştir.¹⁴⁰ Pilot kararın ardından yapısal sorunun çözümüne yönelik etkili bir düzenleme tespit edilemediğini ifade eden Mahkeme, bu durumun sulh ceza hâkimliklerince gerçekleştirilen ve işbu dosyada birleştirilen çok sayıda bireysel başvuru dosyasına konu müdahalelerden anlaşıldığını ifade eder.¹⁴¹ Bu gerekçeler doğrultusunda Mahkeme Abdullah Kaya ve Diğerleri Başvurusunda, daha önce pilot karara konu olmuş, ancak detaylı öneriler sunulmasına rağmen henüz çözümlenememiş olan yapısal problemin hak ihlaline sebep olduğuna karar vermiştir.

5651 sayılı Kanun temelli yapısal sorun nedeniyle AYM, 28.12.2022 tarihli İ.D. ve Diğerleri Başvurusunda da benzer şekilde ihlale hükmetmiştir.¹⁴² Karara ilişkin basın duyurusunda 5651 sayılı Kanun’un ifade ve basın özgürlüklerinin korunmasına ilişkin temel

¹³⁶ Ayhan Erel, Hasan Subaşı, “Muhalefet Şerhi”, s.124, TBMM Kanunlar ve Kararları Başkanlığı, Kahramanmaraş Milletvekili Ahmet Özdemir, İstanbul Milletvekili Fethi Yıldız ve 64 Milletvekilinin Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, s.8, Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:5, Sıra Sayısı: 340, https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_mecelis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabasluk=KANUNLAR&v_altbaslik=7418&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih= (erişim: 03/08/2024).

¹³⁷ Onursal Adıgüzel, Ahmet Tuncay Özkan, Burak Erbay, “Muhalefet Şerhi”, s.33, TBMM Kanunlar ve Kararları Başkanlığı, Kahramanmaraş Milletvekili Ahmet Özdemir, İstanbul Milletvekili Fethi Yıldız ve 64 Milletvekilinin Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, s.8, Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:5, Sıra Sayısı: 340, https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_mecelis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabasluk=KANUNLAR&v_altbaslik=7418&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih= (erişim: 03/08/2024).

¹³⁸ Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No.7418, Kabul Tarihi: 13.10.2022, RG Tarih/Sayı: 18.10.2022-31987.

¹³⁹ Abdullah Kaya ve Diğerleri, B.No.2016/1430, 22/11/2023, §1.

¹⁴⁰ Abdullah Kaya ve Diğerleri, §§13-16.

¹⁴¹ Abdullah Kaya ve Diğerleri, §17.

¹⁴² İ.D. ve Diğerleri, B.No.2016/14513, 28/12/2022.

güvencelere sahip olmadığı sonucuna varıldığı ve bunun yapısal bir sorun teşkil ettiğinin pilot karar usulüyle yürütülen Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri kararıyla ortaya konulduğu, yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin yasama organına bildirildiği ifade edilmiştir.¹⁴³ Anayasa Mahkemesi, söz konusu pilot kararında ifade ve basın özgürlüklerine yönelik süregelen ihlalin ve sonuçlarının giderilebilmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ülkemizde hâlihazırda işleyen mevcut sistemin yeniden ele alınması ihtiyacını ortaya koymuş ve internet ortamının organize edilmesi hususunda benimsenecek devlet politikasının bir parçası olan kanuni düzenlemeleri yapmanın yasama organının takdirinde olduğunu belirtmiştir. Ayrıca çevrim içi ortama yönelik müdahalelerin Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerinin ihlaliyle yol açmaması için yapılacak yeni kanuni düzenlemelerde dikkate alınmasında yarar görülen asgari standartları hatırlatmıştır.¹⁴⁴ Bu değerlendirmeler ışığında yapısal sorunun çözümüne ilişkin gerçekleştirilen etkili bir önlem bulunmadığı sonucuna varan Mahkeme, somut başvuruda şeref ve itibarın korunması hakkı ile bağlantılı etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Yeni Gün Haber Ajansı Başvurusunda yapısal sorunun kaynağını oluşturan 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun'un 49. maddesinde yer alan Basın İlan Kurumu Kararlarına itiraz yolunda etkili bir başvuru yolu bulunmaması hususudur. İlgili hükme göre BİK kararına karşı Asliye Hukuk Hakimliğine itiraz edilebilecek, ancak Asliye Hukuk Hakimliği incelemesini “evrak üzerinden” yaparak “kesin” kararını verecektir.

Kararın ardından 195 sayılı Kanununun 49. maddesinde 13/10/2022 tarihli 7418 sayılı Kanununun 22. madde ile hükümde değişiklik yapılmıştır: “(a) ve (b) bentlerinde yazılı hâllerde, Yönetim Kurulu Kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on gün içinde Kurum Genel Müdürlüğünün bulunduğu yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesine itiraz edilebilir. Söz konusu itirazlarda basit yargılama usulü uygulanır. Bu yargılama neticesinde verilecek karar kesindir.” Söz konusu kanun değişikliğini gerçekleştiren kanun teklifinin 22. maddesinin gerekçesinde müeyyide uygulanan gazete, dergi ve internet haber sitelerinin başvuracağı yargı mercii konusunda tereddütlerin giderilmesi amacıyla başvurulacak yargı yerinin asliye hukuk hakimliği olarak teklif edildiği, on beş gün olan mahkemenin karar verme süresinin kaldırılarak konuya ilişkin basit yargılama usulü getirildiği ifade edilmiştir.¹⁴⁵

Hamit Yakut Başvurusunda TCK m. 220/6 ile düzenlenen “Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır” hükmünün toplantı ve gösteri yürüyüşü ihlalleri bağlamında yapısal probleme sebep olduğuna karar

¹⁴³ Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: “**İnternet İçeriklerine Erişimin Engellenmesi Talebinin Reddi Nedeniyle Etkili Başvuru Hakkının İhlal Edilmesi**”, 24/03/2023, BB 22/23, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/14513> (erişim: 26/03/2024).

¹⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: “**İnternet İçeriklerine Erişimin Engellenmesi Talebinin Reddi Nedeniyle Etkili Başvuru Hakkının İhlal Edilmesi**”.

¹⁴⁵ TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Kahramanmaraş Milletvekili Ahmet Özdemir, İstanbul Milletvekili Fethi Yıldız ve 64 Milletvekilinin Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, s.12, Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:5, Sıra Sayısı: 340, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erişim.tutanak_hazirla?v_mecelis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabaslik=KANUNLAR&v_altbaslik=7418&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih= (erişim: 03/08/2024).

verilmiştir. Kanun hükmünün lafzına ve derece mahkemelerinin kanununa ilişkin geniş yorumundan kaynaklanan yapısal sorunun çözümü için 10 Haziran 2021 tarihli Hamit Yakut Başvurusu ile verdiği pilot karar ile yasamaya çağrıda bulunan Mahkeme, 23 Şubat 2023 tarihli Deniz Yavuncu ve Diğerleri kararında Hamit Yakut Başvurusunda tespit edilen yapısal sorunlarla ilgili yasama organının bir değişiklik yapılmaması nedeniyle, aynı sebeplerle ihlal kararı vermek durumunda kalmıştır.¹⁴⁶ İlgili karara konu olan başvuruda başvuru, bir gösteri yürüyüşüne katılmaları veya düşünce açıklamaları dolayısıyla terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan mahkûm edilmeleri nedeniyle ifade özgürlükleri ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme'nin pilot karar usulünü uygulayarak neticelendirdiği Hamit Yakut Kararında 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin 6. fıkrasının içerik, amaç ve kapsam itibarıyla belirli olmadığı, Anayasa'nın 34. maddesi ile korunan anayasal hakkına yönelik keyfi müdahaleye karşı başvurucuya yasal bir koruma sağlayamadığı ve sonuç olarak 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin 6. fıkrasının uygulanmasından kaynaklanan müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı kanaatine ulaştığı ifade edilmiştir. Karara ilişkin basın duyurusunda “Hiç şüphesiz terörle mücadele hususunda benimsenecek devlet politikasının önemli bir parçası olan kanuni düzenlemeleri yapmak yasama organının takdirindedir” ifadesine yer verilmekle birlikte Mahkeme, Hamit Yakut Başvurusunda, Anayasal yetki ve görevi kapsamında müdahalenin kanuniliği ölçütünü incelediğini ve 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin 6. fıkrasına dayanılarak gerçekleştirilen müdahalelerin belirli ve öngörülebilir olmadığını, bu nedenle ilgili kanuni düzenlemede bir değişiklik yapılması gerektiğini açıkça belirtmiştir.¹⁴⁷ Somut olayda Hamit Yakut kararında yer alan ilkelere ve ulaşılan sonuçlardan ayrılmayı gerektirir bir durum olmadığını ifade eden Mahkeme, Deniz Yavuncu ve Diğerleri Başvurusunda açıklanan gerekçelerle ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Somut norm denetimi ile AYM önüne gelen TCK m.220/6'da yer alan “Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi”nin cezalandırılmasına ilişkin ibare, Anayasa Mahkemesi'nin 26 Ekim 2023 tarihli kararıyla iptal edilmiştir.¹⁴⁸ Somut norm denetimi ile AYM önüne gelen ilgili hükmün iptal gerekçesinde Mahkeme'nin Hamit Yakut Başvurusuna sıklıkla değindiği görülmektedir. AYM tarafından iptal edilen TCK m. 220/6 hükmü 2 Mart 2024 tarihinde kabul edilen 7499 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 10. maddesi ile “Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca iki yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”¹⁴⁹ şeklinde değiştirilmiştir. İlgili kanun teklifinin 10. maddesi ile gerçekleştirilen değişiklik ile

¹⁴⁶ Deniz Yavuncu ve Diğerleri, B.No.2018/5126, 23/02/2023.

¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: “Müdahalenin Kanunilik Şartını Sağlamaması Nedeniyle İfade Özgürlüğü ile Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının İhlal Edilmesi”, 02/06/2023, BB42/43, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/5126> (erişim: 26/02/2023).

¹⁴⁸ AYM, E.2023/132, K.2023/183, K.T.:26.10.2023, RG Tarih/Sayı: 08.12.2023-32393.

¹⁴⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No.7499, Kabul Tarihi:02.03.2024, RG Tarih/Sayı: 12.03.2023-32487.

AYM'in iptal gerekçeleri dikkate alınmak suretiyle örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme fiilinin müstakil bir suç olarak düzenlendiği ifade edilmiştir.¹⁵⁰

Makul sürede yargılanma hakkı ihlaline ilişkin verilen bir pilot karar olan Nevriye Kuruç Başvurusunun ardından daha önce makul sürede yargılanma hakkı ihlal iddiası üzerine sebebiyle AİHM tarafından pilot karar usulü uygulanarak karara bağlanan Ümmühan Kaplan/Türkiye kararından sonra 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun¹⁵¹ ile oluşturulan Tazminat Komisyonu, Geçici Madde 2/1'de gerçekleştirilen değişiklik ile işler hale getirilmiştir.¹⁵² Yapılan değişiklikle 9/3/2023 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi önünde derdest olan başvurulara ilişkin Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı sağlanmıştır.¹⁵³ İlgili kanun teklifinin Tazminat Komisyonu'na ilişkin değişiklik öneren 42 ve 43. madde gerekçelerinde AYM'de derdest olan bazı bireysel başvurular bakımından 6384 sayılı Kanunla kurulan Tazminat Komisyonu'na müracaat imkanı getirildiği, buna bağlı olarak ortaya çıkacak iş yükü artışı nazara

¹⁵⁰ TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Karabük Milletvekili Cem Şahin ve İstanbul Milletvekili Şengül Karlı ile 124 Milletvekilinin Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/203) ve Adalet Komisyonu Raporu, s.12, Yasama Dönemi:28, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı: 109, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/cfb35b8a-65cc-44e7-b1bc-4764e98175b9.pdf> (erişim: 04./08/2024).

¹⁵¹ 2/3/2024 tarihli ve 7499 sayılı Kanunun 23 üncü maddesiyle bu Kanunun Adı "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun" iken metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir. Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun, Kanun No.6384, Kabul Tarihi: 09.01.2013, Yayımlandığı RG Tarih/Sayı: 19.01.2013/28533. Tazminat Komisyonu hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz.: Zeki Yıldırım, "6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım", *GÜHFD*, 17/1-2 (2013), s.1725-1756. Ümmühan Kaplan v. Türkiye kararının ardından oluşturulan Tazminat Komisyonu, işleyişi ve AİHM'in söz konusu dönemde tazminat komisyonuna bakışı hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz.: Serkan Cengiz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Standardı Açısından İki Yıllık Anayasa Şikayeti Uygulamasının Değerlendirilmesi", *Kamu Hukukçuları Platformu* (2025) https://kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Serkan_Cengiz_-_Bildiri_metni.pdf (erişim: 10/02/2024).

¹⁵² Ümmühan Kaplan/Türkiye kararı üzerine "6384 sayılı Kanun ile makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla AİHM'e yapılmış başvuruları inceleme yetkisi ve görevi Adalet Bakanlığı Tazminat Komisyonu Başkanlığına (Tazminat Komisyonu) verilmiştir. Ayrıca anılan tedbirler kapsamında 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi ile "Anayasa Mahkemesinde bulunan bazı bireysel başvurular hakkında Komisyona müracaat" düzenlenmiştir. Anılan hüküm ile geçici 2. maddenin yürürlüğe girdiği 31/7/2018 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesinde derdest olan bireysel başvuruların başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Tazminat Komisyonu tarafından incelenebileceği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi -yapılan düzenlemelere rağmen- makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak yapısal bir sorun bulunduğunu vurgulamış ve bu yapısal sorunun giderilmesi amacıyla makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle ortaya çıkacak zararların tazmin edilmesi için Anayasa'nın 40. maddesi gereğince bireysel başvurudan önce etkili bir başvuru yolunun kurulması gerektiğini belirtmiştir (Nevriye Kuruç, B. No: 2021/58970, 5/7/2022). Anayasa Mahkemesi, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin bu anayasal sorunun çözümü için kararı Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne göndermiş, bu bağlamda üzerine düşen anayasal yükümlülüğü yerine getirmiştir. Ayrıca söz konusu kararda yapısal sorunun giderilmesi için pilot karar usulünün uygulanmasına karar verilmiştir. Nevriye Kuruç kararının yayımlanmasından sonra 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde 7445 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile değişiklik yapılmıştır." Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: "Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali İddiasıyla Yapılan Başvurunun İncelenmesinin Sürdürülmesini Haklı Kılan Bir Neden Olmadığı Gerekçesiyle Düşmesi", BB.54/23, 10/10/2023, <https://kararlarbilgibankasi.ankara.gov.tr/BB/2023/18536> (erişim: 23/10/2023).

¹⁵³ "6384 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan 'bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih' ibaresi '9/3/2023 tarihi' şeklinde değiştirilmiştir." İcra İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No.7445, Kabul Tarihi: 28/03/2023, RG Tarih/Sayı: 05.04.2023-32154.

alınarak Komisyonun yapısı ve çalışma şeklinin yeniden düzenlendiği ifade edilmiş, 9/3/2023 tarihi itibarıyla Yüksek Mahkeme önünde derdest olan bireysel başvuruların Tazminat Komisyonu tarafından karara bağlanması öngörülmüştür.¹⁵⁴

Bununla birlikte 9/3/2023 tarihinden sonra yapılan başvurular yönünden ise herhangi bir mekanizma getirilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin pilot karar olarak verdiği Nevriye Kuruç kararının gereği tam olarak yerine getirilmemiş, yalnızca belli bir tarihe kadar derdest başvurular yönünden Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı getirilmiştir.¹⁵⁵ Bununla beraber yapılan değişikliklerle yapısal sorunun çözümüne yönelik olarak Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmadan önce müracaat edilebilecek idari veya yargısal bir mekanizma kurulmamış, makul sürede yargılanma hakkı ihlali iddiası kapsamında başvuruların doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılmasına devam edilmiştir.¹⁵⁶

Pilot karara rağmen yasama organı tarafından uzun vadeli ve tatmin edici önlemler alınmamış olması dolayısıyla Mahkeme, makul sürede yargılanma hakkı ihlali iddiasıyla inceleyerek 10 Ekim 2023'te neticelendirdiği Kevser Altıntaş Başvurusunda¹⁵⁷ ihlal kararı vermiştir. Kevser Altıntaş kararında makul sürede yargılanma hakkı ihlalinin yapısal bir sorun olarak tespit edildiği pilot kararlar olan Ümmühan Kaplan/Türkiye kararı ile Nevriye Kuruç kararına referans veren Mahkeme, çığır açan bir karara imza atmıştır. Karara ilişkin basın duyurusunda ifade edildiği üzere;

Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmadan idari veya yargısal bir başvuru yolunun oluşturulmaması ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddialarının Anayasa Mahkemesince ilk elden incelenmesine devam edilmesi nedeniyle verilen pilot kararın anlam ve öneminin ortadan kalkacağı değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılama yapılmadığı iddiasına ilişkin başvuruları ilk elden incelemeye devam etmesi, bu aşamadan sonra temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi açısından bir önem taşımamaktadır. Yalnızca tazminat miktarının belirlenmesinden ibaret bu kararların 55.000'den fazla ihlal kararından sonra insan haklarının korunması ve geliştirilmesine artık bir katkı sağlamadığı da açıktır.¹⁵⁸

Netice itibarıyla Mahkeme, bundan böyle makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili başvurulara ilk elden bakmaya devam etmeyeceğini ifade etmiştir:

Sonuç olarak, makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurulardaki inceleme yöntemi, verilen ihlal kararının sayısı ve pilot kararda belirtilen ilkeler dikkate alındığında anılan ihlal iddiasıyla yapılan başvuruların Anayasa Mahkemesince incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir

¹⁵⁴ TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Afyonkarahisar Milletvekili İbrahim Yurduneseven ve Tokat Milletvekili Mustafa Arslan ile 119 Milletvekilinin İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4997) ve Adalet Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:6, Sıra Sayısı: 435, s.23, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss435.pdf> (erişim: 04/08/2024).

¹⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: “Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali İddiasıyla Yapılan Başvurunun İncelenmesinin Sürdürülmesini Haklı Kılan Bir Neden Olmadığı Gereğiyle Düşmesi”, BB.54/23, 10/10/2023, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/18536> (erişim: 23/10/2023).

¹⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: “Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali İddiasıyla Yapılan Başvurunun İncelenmesinin Sürdürülmesini Haklı Kılan Bir Neden Olmadığı Gereğiyle Düşmesi”, BB.54/23, 10/10/2023, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/18536> (erişim: 23/10/2023).

¹⁵⁷ Kevser Altıntaş, B.No.: 2023/18536, 25/07/2023.

¹⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: “Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali İddiasıyla Yapılan Başvurunun İncelenmesinin Sürdürülmesini Haklı Kılan Bir Neden Olmadığı Gereğiyle Düşmesi”, BB.54/23, 10/10/2023, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/18536> (erişim: 23/10/2023).

neden kalmadığı ortadadır. Pilot kararın gereği olarak makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurulara ilişkin etkili bir başvuru yolu oluşturulduktan sonra anılan başvuruların incelenebileceği kanaatine varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi açıklanan gerekçelerle başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediğinden düşmesine karar karar vermiştir.¹⁵⁹

SONUÇ YERİNE

İnsan hakları sisteminin aktörleri olan devletlerin insan haklarına saygı yükümlülüğünün bir yansıması olarak hak ihlallerinin önlenmesi, insan haklarına yol açan yapısal ya da sistematik problemlerin çözülebilmesi ve böylece AİHM önünde aynı yapısal sorunlardan kaynaklanan dosyaların Mahkeme'ye getirdiği iş yükünün azaltılarak etkili bir şekilde çözülmesi amacıyla AİHM içtihatlarıyla özel bir usul oluşturmuştur. Ulusal düzeydeki yapısal sorunlardan veya işlevsel bozukluktan kaynaklanan birbirinin tekrar niteliğinde olan “mükerrer davalar”ın üstesinden gelenebilmesi amacıyla 1980’lerden itibaren oluşturulmaya başlanan içtihat birikimi, 2003 yılında İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi raporuyla “pilot karar usulü” olarak tanımlanmış, Bakanlar Komitesi’nin 2004 yılında verdiği tavsiye kararlar ile şekillenmiştir. Nihayetinde Mahkemenin içtihatlarıyla geliştirdiği özel bir usul olan pilot karar prosedürü, AİHM Genel Kurul kararıyla AİHM İçtüzüğüne eklenerek normatif temellerine kavuşmuştur. İkincilik ilkesi bir yana dursun, pilot karar usulü ile ulusal hukuklar üzerinde etkisini ve gücünü ciddi bir şekilde artıran AİHM, deyim yerindeyse “yarı- anayasal bir mahkeme”ye (a quasi constitutional court) dönüşmüştür.¹⁶⁰

AİHM tarafından uygulanan bu usul, Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenerek İçtüzük 75. madde hükmü ile düzenlenmiştir. İçtüzük hükümleri incelendiğinde, AYM İçtüzüğünde yer alan pilot karar usulünün, AİHM İçtüzüğüne kıyasla daha dar bir düzenleme alanı bulduğu, ayrıntılı hükümlere yer verilmediği görülmektedir. Mahkeme, İçtüzükte yer almasına rağmen pilot karar usulüne ilk defa 2019 yılında başvurmuş ve bu zamana kadar toplamda beş farklı pilot karara imza atmıştır. İçtüzükte yer alan çerçeve hükümlerin, AİHM uygulamasında olduğu gibi, AYM içtihatlarıyla anlamlandırılacağı ve detaylandırılacağı kanaati açıktır. Nitekim AYM’in şimdiye dek vermiş olduğu pilot kararlar incelendiğinde İçtüzük hükümlerini açıklar nitelikte genel ilkeleri belirlemeye çalıştığı, bir şablon meydana getirmek için uğraş verdiği görülmektedir. İlgili kararlar incelendiğinde öncelikle pilot karar usulünün uygulanmasına sebep olan yapısal sorunun tespit edildiği, yapısal sorunun kaynağının ortaya konulduğu, bu yapısal sorunun giderilmesine ilişkin uygun giderim yolunun belirlendiği ve bekleyen başvurulara ilişkin karar verildiği görülmektedir.

¹⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: “Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali İddiasıyla Yapılan Başvurunun İncelenmesinin Sürdürülmesini Haklı Kılan Bir Neden Olmadığı Gerekçesiyle Düşmesi”, BB.54/23, 10/10/2023, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/18536> (erişim: 23/10/2023).

¹⁶⁰ Avrupa Konseyi’nin AİHM’in etkinliğini ve gücünü artırmak amacıyla gerçekleştirdiği reformların etkisiyle-ki bu reformlardan biri de pilot karar usulüdür- AİHM’in yarı anayasal bir mahkemeye dönüştüğü görüşü ve ayrıntılı bilgi için bkz.: Dilek Kurban, “Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights’ Pilot Judgment Procedure for Victims of Gross and Systemic Violations”, *Human Rights Law Review*, 15 (2016), s.738 vd.

Pilot karar usulünün Anayasa Mahkemesi özelinde uygulamasına ilişkin temel eleştiri konusu, söz konusu prosedürün normatif dayanağına ilişkin olmuştur. Mahkeme içtihatlarında, İçtüzük ile düzenlenen pilot karar usulüne yasal dayanak olarak 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 50. maddesinin gösterilmiş olduğu görülmektedir. Mahkemeye göre, Kanun’un 50. maddesi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını temin eden yollardan biri de İçtüzük’ün 75. maddesinde öngörülen pilot karar usulünün işletilmesidir.¹⁶¹ Nitekim Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün “hukuki dayanağı”nı gösteren 2. maddesinde de 6216 sayılı Kanun ile Anayasa 149. madde yer alan “Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir” hükmü İçtüzüğü’nün “hukuki dayanağı” olarak gösterilmiştir.¹⁶² Bununla birlikte İçtüzüğü’nün ilk maddesinde “Anayasa Mahkemesinin iç düzenini, işleyişini, teşkilatını, Bölüm ve Komisyonların oluşumunu, çalışma, yargılama usul ve esaslarını, tutulacak defter ve kayıtlarını, elektronik ortam da dâhil evrakın akış düzenini ve arşivlenmesini, Mahkeme kütüphanesini, Genel Sekreterlik ile idari teşkilatını, idari personelin görev ve sorumluluklarını, Başkan, Başkanvekilleri, üyeler ile raportörler ve raportör yardımcılarının özlük dosyalarının tutulmasını, disiplin işlerini, izinlerini, giyecekleri kisvelerin şekli ile bunların giyilme zaman ve yerlerini, müzakere ve duruşmaların yönetimi ve kayda alınmasının esaslarını düzenlemek” İçtüzüğü’nün amaç ve kapsamı olarak belirlenmiştir.¹⁶³ Bu doğrultuda AİHM uygulamasından da alışık olduğumuz üzere yargılama usul ve esasları içerisinde değerlendirilebilecek olan pilot karar usulünün, İçtüzüğü’nün amaç ve kapsamı ve hukuki dayanakları kapsamında İçtüzük ile düzenlenmesinde kamu hukukunun genel ilkeleri bağlamında sakınca doğurmayacağı kanaatini ifade etmektedir.

Pilot karar usulüne ilişkin diğer bir eleştiri kuvvetler ayrılığı hususunda olmaktadır. Anayasa Mahkemesinin de ifade ettiği üzere; Anayasa’nın Başlangıç bölümünde, kuvvetler ayrımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediği ancak belli yetki ve görevlerin kullanılmasından ibaret olduğu, erkler arasında medeni bir iş bölümü ve işbirliği ilişkisinin bulunduğu belirtilmiştir.¹⁶⁴ Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen yetki ve görevlerini yerine getirerek yapısal sorunlara veya işlevsel bozukluklara neden olabilecek problemlerin çözümü için ilgili kamu otoritelerine durumu bildirerek, tedbirlerin alınmasını gerekliliğini iletmektedir. Hangi tedbirlerin, ne şekilde alınması gerektiğine ilişkin bir mecburiyeti ifade etmeyen bu bildirimler, yapısal sorunların çözümüne yönelik iç hukukta yapılacak değişikliklerle insan haklarına saygı yükümlülüğünün yerine getirilmesine yönelik olarak kamu otoritelerine talimat verilmesi anlamına gelmeyip, devlet organlarının işbirliği ve işbölümü içerisinde birlikte hareket etmesini gerektirmektedir.

¹⁶¹ Y. T., §§64-66; Hamit Yakut, §126; Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri, §153; Nevriye Kuruç, §106; Yeniğün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, §116.

¹⁶² AYM İçtüzüğü, m. 2.

¹⁶³ AYM İçtüzüğü, m. 1.

¹⁶⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, “Başlangıç”, Kanun No.:2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG Tarih/Sayı: 09.11.1982/17863 (Mükerrer).

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen beş pilot karardan biri olan makul sürede yargılanma hakkının ihlalinin yapısal bir sorun olarak değerlendirildiği Nevriye Kuruç kararı ile birlikte değerlendirilebilecek olan yeni tarihli Kevser Ateş Başvurusu, Mahkeme'nin eleştiri konusu olan kararlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Kevser Ateş Başvurusu ile Nevriye Kuruç kararının gereğinin yerine getirilmemesi ve makul sürede yargılanma hakkına ilişkin başkaca bir başvuru yolu öngörülmemesi nedeniyle doğrudan bireysel başvuru yoluna başvurulduğunu ifade eden Mahkeme, bu durumun hem Mahkemenin iş yükünü artırdığı hem de ikincillik ilkesini zedelediğini, AYM'in bir tazminat mahkemesine dönüştüğünü vurgulamıştır. Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi, makul sürede yargılanma hakkı ihlali iddiasıyla yapılan başvurularda incelemenin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediğinden düşme kararı vermiştir.¹⁶⁵ Böylece Mahkeme, makul sürede yargılanma hakkı ihlallerine karşı oldukça sakıncalı bir karar vererek bireysel başvuru yolunu kapatmıştır.

Pozitif hukuk bağlamında Mahkeme İçtüzüğü 80. madde 1(ç) uyarınca “bölümler ya da Komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi” nedeniyle düşme kararı verilebilecektir. Karşı oy gerekçelerinde M. Emin Kuz¹⁶⁶ ve Yıldız Seferinoğlu ile Selahaddin Menteş'in¹⁶⁷ ifade ettiği üzere makul sürede yargılanma hakkına ilişkin yapısal sorunun ortadan kalkmadığı, dolayısıyla düşme kararını haklı kılacak bir gerekçe olmadığı ortadadır. İçtüzük m. 80 hükmü doğrultusunda “başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi” şeklinde gerekçelendirilen düşme kararı ile Anayasa'nın 36. maddesinde garanti altına alınan hak arama özgürlüğünün zedelenmesi kaçınılmazdır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi verdiği bu kararıyla, Anayasa m. 148'de belirtilen görevlerinden biri olan bireysel başvuruları karara bağlama görevinden imtina etmiş sayılabilecektir.

¹⁶⁵ Kevser Altıntaş, §86.

¹⁶⁶ “Bu itibarla yukarıdaki pilot kararımızda (Nevriye Kuruç [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022) belirtilen yapısal sorunların ortadan kaldırılmasına katkı sağlayacak tedbirlerin alınmasına; bu kapsamda, sadece yapılacak bireysel başvurulardan önce gidilebilecek etkili ve sürekli bir başvuru yolu oluşturulana kadar değil, aynı zamanda ülkemizde yargılamaların uzamasına yol açan temel sorunları çözecek diğer düzenlemelerin de yapılmasına kadar, makul sürede yargılanma hakkı ve bu hakla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların Mahkememizce incelenmesine devam edilmesi gerekir. Yukarıda açıklanan sebeplerle, bu konudaki başvuruların incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan nedenler bulunduğu, İçtüzüğün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendine göre düşme kararı verilemeyeceği; bu nedenle, incelenen başvurunun da kabul edilebilir olduğuna ve anılan hakların ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun düşme kararına karşıyım.” Kevser Altıntaş Başvurusu, “Karşıoy Gerekçesi”

¹⁶⁷ “Başvuru hakkının ve bu başvuruyu inceleme görevinin açık bir şekilde tanımlandığı, yerleşik içtihattan dönülmesini gerektirecek anayasal ve yasal herhangi bir değişikliğin gerçekleşmediği dikkate alındığında Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerekirken İçtüzük'ün 80. maddesi uyarınca düşme kararı verilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Gerekli yasal düzenlemenin yapılmamış olması, anılan pilot kararın önemini yitirecek olması ve Mahkemenin diğer temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddiasıyla yapılan başvuruları incelenmesinin güçleşeceği gibi gerekçeler İçtüzük'ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendi kapsamında haklı sebep olarak değerlendirilemez. Nitekim anılan fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan haller başvurucuya ilişkin hallerdir. Bu sebeple söz konusu fıkranın (ç) bendinin de başvurucuya ilişkin haklı sebepler kapsamında yorumlanması gerekir. Başvuru konusu olayda başvurucudan kaynaklanmayan ya da anayasal veya yasal bir düzenlemeden kaynaklanmayan gerekçelerin yorum yoluyla haklı sebep şeklinde nitelenerek düşme kararı verilemeyeceği değerlendirilmektedir.” Kevser Altıntaş Başvurusu, “Karşı Oy Gerekçesi”

Anayasa Mahkemesinin verdiği bu kararlar Türkiye Barolar Birliği'nin işaret ettiği üzere makul sürede yargılanma hakkına ilişkin ihlal tespitinin yapıldığı bir iç hukuk yolu artık kalmamıştır.¹⁶⁸ AİHM yargılamasında etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilen Anayasa Mahkemesi'nin bu niteliği Altıntaş kararı ile tartışmaya açılmıştır. Makul sürede yargılama hakkına ilişkin ihlal tespitinin yapılacağı bir iç hukuk yolu olma noktasında önemli ölçüde irtifa kaybeden Anayasa Mahkemesi, bireylerin hak arama özgürlüğü açısından da ciddi problemleri beraberinde getiren bir karara imza atmıştır. Bununla birlikte pilot kararın gereğini yerine getirerek sorunun çözümü için gerekli önlemler almak yerine; geçici çözümlerle yetinen yasama organının Mahkeme kararını gerektiği gibi uygulamamış olması gerçeği karşısında, daha önce makul sürede yargılama hakkına ilişkin yapısal bir problem olduğunu tespit ederek pilot karar vermiş olan Mahkemedен makul sürede yargılama hakkı ihlallerine ilişkin tazminata hükmederek yargılamalara devam etmesinin beklenemeyeceği de açıktır.

¹⁶⁸ Türkiye Barolar Birliği, “Makul Sürede Yargılanma Hakkına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Bilgilendirme”, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/makul-surede-yargilanma-hakkina-iliskin-anayasa-mahkemesi-karari-hakkinda-bilgilendirme-84171> (erişim: 26/03/2024).

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Altay, Özcan. "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Yeni Dönem: İhlallerin Kaldırılmasına Yönelik Olarak TBMM'ye Çağrı Kararları", *İnsan Haklarının Korunmasında Yasama Organının Rolü Bildiriler Kitabı*, Ankara: TİHEK, 2023, 28-55.
- Altıparmak, Kerem. "Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?" *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?* Yay. Haz.. Kerem Altıparmak, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009.
- Alyanak, Servet ve Burcu Cengiz Bozkurt. "Anayasa Mahkemesinin Pilot Karar Uygulaması ve Kararların Yasama Organına Bildirilmesi", *Yasama Dergisi*, 48 (2023), 117-153.
- Arsava, Füsün Ayşe. "AİHM'in İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü", *TAAD*, 9/35 (2018), 1-40.
- Beyoğlu, Cem Ümit. "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Tespit Edilen Yapısal Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/ 2 (2022), 761-809.
- Björfeldt, David. *Pilot Judgments at the ECHR- Altered Prospects for Individual Justice?*, Lund University Faculty of Law, Master Thesis, 2013.
- Cihangir, Abdil. "Pilot Karar Uygulamasına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Çevresinde Genel Bir Bakış", *İnsan Hakları Dergisi*, 10 (2022), 35-43.
- Değirmencioğlu, Burcu. "Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: 'Pozitif Yükümlülük Doktrini' ve Türkiye'ye Yansımaları", *İnsan Hakları Yıllığı*, 39 (2022), 55-104.
- Demirci, İsmail. "Bireysel Başvuruda Anayasal ve Kişisel Önem Kriteri ve Anayasa Mahkemesinin İş Yükü Sorunu Bağlamında İncelenmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 39/2 (2022), 355-393.
- Göztepe, Ece. "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı 'Çağrı Kararları' Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 38/1 (2021), 56-57.
- Harris, David, Michel O'Boyle, Edward Bates and Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Ankara: Avrupa Konseyi, 2013.
- Hart, James W. "The European Human Rights System", *Law Library Journal*, Vol.1, 102:4 (2010), ss.533-559.
- Köküarı, İsmail. "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Kararlarında Pilot Karar Uygulaması", *EBYÜHFD*, 23/3-4 (2019), 181-243.
- Kurban, Dilek. "Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights' Pilot Judgment Procedure for Victims of Gross and Systemic Violations", *Human Rights Law Review*, 15 (2016), 731-769.
- Leach, Philip, Helen Hardman, Svetlana Stevenson and Brad K. Blitz. *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*. Antwerp: Intersentia, 2010.
- Meriç, Emre Oğuz. "İnsan Hakları İhlallerinin Önlenmesinde Pilot Kararların Usuli Açıdan Etkililiği", *Dicle Akademi Dergisi*, 1/2 (2021), 29-56.
- Oduncu, Leyla Nur. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Pilot Karar Usulü", *İnsan Hakları Yıllığı*, 38 (2020), 83-126.
- Olsen, J. Bradley. "Protecting Fundamental Rights and The Evolving Roles of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights; Europeanisation in Action at the Supranational Level", *Edinburg Student Law Review*, 54 (2017), 54-73.
- Özbek, Nimet ve Döndü Kuşçu N. "Anayasa Mahkemesinin 30.05.2019 Tarihli Pilot Kararı (Y.T. Kararı) İncelemesi ve Sınır Dışı Kararına Karşı Etkili Başvuru Üzerine Bir Değerlendirme", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24/3 (2020), 3-39.

- Salihpaşaoğlu, Yaşar. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*. Ankara: Adalet Yayınları, 2020.
- Şirin, Tolga. *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Terry, Davis. “Some Starting Points for Our Reflection on the Future of the Court”, *Future Developments of the European Court of Human Rights in the light of the Wise Persons’ Report*, Council of Europe: Strasbourg, 2007.
- Yavuz, Mehmet. “The Pilot Judgement Procedure: A Breakthrough to Overcome The Workload of The European Court of Human Rights?”, *Human Rights Review*, 5/10 (2005), 87-107.
- Yıldırım, Zeki. “6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım”, *GÜHFD*, 17/1-2 (2013), 1725-1756.
- Yıldız, Ceren. ““Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak İhlalinin Kanundan Kaynaklanması Sorunu ve Bu Soruna İlişkin Çözüm Önerileri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (2021), 367-415

İnternet Kaynakları

- AİHM. (2015). Tematik Bilgi Notu- Pilot Kararlar, www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_pilot_judgments_tur (erişim: 10/10/2023).
- Amnesty International’s Comment on the Interim Activity Report: Guaranteeing the Long-Term Effectiveness of the European Court of Human Rights, February 2004, <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/09/ior610052004en.pdf> (erişim: 20/03/2024).
- Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: “İnternet İçeriklerine Erişimin Engellenmesi Talebinin Reddi Nedeniyle Etkili Başvuru Hakkının İhlal Edilmesi”, 24/03/2023, BB 22/23, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/14513> (erişim: 26/03/2024).
- Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: “Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali İddiasıyla Yapılan Başvurunun İncelenmesinin Sürdürülmesini Haklı Kılan Bir Neden Olmadığı Gereğiyle Düşmesi”, BB.54/23, 10/10/2023, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/18536> (erişim: 23/10/2023).
- Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: “Müdahalenin Kanunilik Şartını Sağlamaması Nedeniyle İfade Özgürlüğü ile Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının İhlal Edilmesi”, 02/06/2023, BB42/43, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/5126> (erişim: 26/02/2023).
- Anayasa Mahkemesi, Basın Duyurusu: “Sınırdışı Edilme Kararına Karşı Başvurulabilecek Etkili Bir Yargı Yolu Bulunmaması Nedeniyle Etkili Başvuru Hakkının İhlal Edilmesi ve İhlalin Yapısal Bir Sorundan Kaynaklanması Nedeniyle Pilot Karar Usulünün Benimsenmesi”, 09.07.2019, BB 63/19, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/sinir-disi-edilme-kararına-karsi-basvurulabilecek-etkili-bir-yargi-yolu-bulunmaması-nedeniyle-etkili-basvuru-hakkının-ihlal-edilmesi-ve-ihlalin-yapısal-sorundan-kaynaklanması-nedeniyle-pilot-karar-usulunun-benimsenmesi/> (erişim: 18/10/2023).
- Annual Report 2017 of European Court of Human Rights, s.137, https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf (erişim: 25/03/2024).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. (2020). Mahkeme İçtüzüğü, https://www.anayasa.gov.tr/media/7263/aihm_ic-tuzuk_2020.pdf (erişim: 15/10/2023).
- CENGİZ, S. (2015). “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Standardı Açısından İki Yıllık Anayasa Şikayeti Uygulamasının Değerlendirilmesi”, Kamu Hukukçuları Platformu, https://kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Serkan_Cengiz_-_Bildiri_metni.pdf (erişim: 10/02/2024).
- ÇALI, B.; BRUCH, N. (2011). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi: STK’lar İçin Bir El Kitabı, <https://www.stgm.org.tr/e-kutuphane/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-kararlarinin-uygulanmasinin-izlenmesi-stklar-icin-el>, (erişim: 10/02/2024).
- European Court of Human Rights, Press Release, New Rule Introduced Concerning Handling of Systemic and Structural Human Rights Violations in Europe, 24.03.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-7324607-9992958&filename=New%20rule%20on%20pilot%20judgment%20procedure%2023.03.11.pdf> (erişim: 15/10/2023).

- European Court of Human Rights, Press Release, New Rule Introduced Concerning Handling of Systemic and Structural Human Rights Violations in Europe; European Court of Human Rights, Pilot Judgments: Factsheet, December 2022, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_pilot_judgments_eng (erişim: 15/10/2023).
- European Court of Human Rights, Press Release, New Rule Introduced Concerning Handling of Systemic and Structural Human Rights Violations in Europe; European Court of Human Rights, Pilot Judgments: Factsheet, December 2022, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_pilot_judgments_eng (erişim: 15/10/2023).
- European Court of Human Rights. (2009). The Pilot Judgment Procedure: Information note issued by Registrar. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/pilot_judgment_procedure_eng (erişim: 31/03/2024)
- European Court of Human Rights. “Opinion of the Court on the Wise Persons’ Report”, Plenary Courton 2 April 2007. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2007_Wise_Person_Opinion_ENG (erişim: 16/02/2024).
- https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190 (erişim: 15/10/2023).
- Position Paper on Proposals of the European Convention on Human Rights and Other Measures as Set Out in the Report of the Steering Committee for Human Rights of 4 April 2003 (CDDH(2003)006 Final) <https://rm.coe.int/16805e0205> (erişim: 15/10/2023).
- Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd18e (erişim: 15/10/2023).
- Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM(2006)203, 15 November 2006, §105. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805d7893 (Erişim Tarihi: 26/03/2024).
- Resolution of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004 at its 114th session), RES(2004)3, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190 (erişim: 15/10/2023).
- Resolution of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004 at its 114th session), RES(2004)3 https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190. (erişim Tarihi:15/10/2023).
- Şen, Ersan “İHAM’dan Sonra Anayasa Mahkemesi’nin TCK m.220/6 ile İlgili İhlal Kararı”, (2021), <https://sen.av.tr/tr/makale/ihamdan-sonra-anayasa-mahkemesinin-tck-m2206-ile-ilgili-ihlal-karari> (erişim: 31/02/2024).
- TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Afyonkarahisar Milletvekili İbrahim Yurdunueseven ve Tokat Milletvekili Mustafa Arslan ile 119 Milletvekilinin İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4997) ve Adalet Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:6, Sıra Sayısı: 435, s.23, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss435.pdf> (erişim: 04/08/2024).
- TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Antalya Milletvekili Kemal Çelik ve 104 Milletvekilinin Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2368) ile Tekirdağ Milletvekili Mustafa Şentop’un Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2385) ve İçişleri Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:144. https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_mecelis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabaslik=KANUNLAR&v_altbaslik=7196&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih= (erişim:03/08/2024).
- TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Karabük Milletvekili Cem Şahin ve İstanbul Milletvekili Şengül Karşı ile 124 Milletvekilinin Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/203) ve Adalet Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi:28, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı: 109, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/cfb35b8a-65cc-44e7-b1bc-4764e98175b9.pdf> (erişim: 04./08/2024).
- TBMM Kanunlar ve Kararları Başkanlığı, Kahramanmaraş Milletvekili Ahmet Özdemir, İstanbul Milletvekili Fethi Yıldız ve 64 Milletvekilinin Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, Yasama Dönemi:27, Yasama Yılı:5, Sıra Sayısı: 340,

AIHM Esas Denetiminde Kullanılan Özel Bir Metot Olarak “Pilot Karar Usulü” ve
Türk Anayasa Yargısı Özelinde Değerlendirilmesi

https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erişim.tutanak_hazirla?v_meclis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabaslik=KANUNLAR&v_altbaslik=7418&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih= (erişim: 03/08/2024).

Türkiye Barolar Birliği Göç ve İltica Hukuku Komisyonu, Yabancı Müvekkillerin Haklarında Kesinleşmiş Bir Karar Olmaksızın Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Açıklama, 22.10.2023. <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/yabanci-muvekkillerinhaklarinda-kesinlesmis-bir-karar-olmaksizin-sinir-disi-edilmelerine-iliskin-ac-84217> (erişim: 22/10/2023).

Türkiye Barolar Birliği, “Makul Sürede Yargılanma Hakkına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Bilgilendirme”, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/makul-surede-yargilanma-hakkina-iliskin-anayasa-mahkemesi-karari-hakkinda-bilgilendirme-84171> (erişim: 26/03/2024).

EXTENDED SUMMARY

THE "PILOT JUDGMENT PROCEDURE" AS A SPECIAL METHOD USED BY EHCR IN SUBSTANTIVE REVIEW AND ITS EVALUATION IN THE CONTEXT OF TURKISH CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Burcu Degirmencioglu, Assist. Prof.

Samsun University, burcu.degirmencioglu@samsun.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0001-5721-9933>

A significant number of the applications pending before the European Court of Human Rights have emerged as so-called duplicate cases arising from operational problems at the national level. In order to bring these applications to a proper conclusion, to find a solution to the increasing workload and to increase the effectiveness of the European human rights system, the ECHR has developed procedures aimed at repairing the structural defects of the States Parties and compensating them for their domestic laws and practices in accordance with the standards of the European Convention on Human Rights. One of these procedures is the "pilot judgment procedure", a specific method designed by the ECHR to extend its judicial scope beyond individual justice and to directly influence State Party legal systems.

The "pilot judgment procedure", a procedure established by the Court when it finds that applications against a State Party alleging the same violation of rights arising from functional defects indicate structural or systemic problems, aims to eliminate the root cause of the problem giving rise to the applications instead of examining and resolving each application individually. This procedure, developed through case law, has been shaped by the recommendations of the Committee of Ministers. In accordance with the subsidiarity of the ECHR, the Committee of Ministers called on the Court to issue a "pilot judgment" to identify the structural or systemic problems and functional defects that underlie many applications and that are likely to lead to new applications, to propose an appropriate remedy to the States Parties and to monitor whether the necessary measures have been taken. Following the call of the Committee of Ministers, the ECHR added the "pilot judgment procedure" to the Rules of Court in 2011, following its first pilot judgment in 2004. Basing its extensive jurisprudence on normative foundations, the ECHR regulated the pilot judgment procedure in detail in the Rules of Procedure.

The pilot judgment procedure, shaped by ECHR case law, is included in the Rules of Procedure of the Constitutional Court, which prefers ECHR-like methods for the

procedural and substantive examination of individual applications. Although its normative foundations date back to 2012, when the Rules of Procedure of the Court were adopted, it was necessary to wait until 2019 for the Constitutional Court to issue its first decision through the pilot judgment procedure. To date, five different pilot judgments have been delivered by the Court and in this context, it can be stated that the application of the pilot judgment procedure before the Constitutional Court is quite new.

It is possible to say that the pilot judgment procedure before the Constitutional Court is, by its very nature, influenced by the ECHR practice, as in many other aspects. Compared to the ECHR procedure, it is possible to say that we have encountered a young pilot judgment procedure in the practice of the Constitutional Court. It is clear that more judicial practice is needed to establish general standards in the pilot decisions of the Constitutional Court and to make the provisions of the Rules of Procedure comprehensible, applicable and meaningful. The discussions in the doctrine on the pilot judgment procedure of the Constitutional Court and the criticisms revealed by judicial decisions reveal that the pilot judgment procedure in the Constitutional Court as a human rights protection mechanism is on the way to maturity. In order to shed light on these criticisms, this study presents the normative and jurisprudential foundations of the ECHR practice, which constitutes the main axis of the Constitutional Court practice, the existing pilot judgments finalized before the Constitutional Court, the reflexes of the public authorities in the face of these judgments, in particular the legislature, and presents some suggestions for the improvement of the pilot judgment procedure in the context of human rights.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

YÖNETİM KURULU TOPLANTI ÇAĞRISINDA YENİ DÜZEN: TTK M. 392/VII'YE BAKIŞ

NEW ORDER IN THE CONVENING OF BOARD OF DIRECTORS MEETING: OVERVIEW OF TCC ART. 392/VII

Dr. Öğr. Üyesi Sinan Sarıkaya*

ÖZ

Anonim şirketlerde yönetim kurulu toplantısına çağrı hususunun doğurduğu problemler uzun süredir doktrin ve yargıyı meşgul etmektedir. Yönetim kurulu başkanı veya onun yokluğunda başkan vekilinin toplantı çağrısı yapmaya yetkili olduğu genel kabuldür. Ancak bu kabul, özellikle farklı menfaat grupları ve çatışmaların bulunduğu şirketlerde, başkanın yetkisini kötüye kullanarak toplantı çağrısını adeta krize dönüştürmesini engellemektedir. Yönetim kurulu başkanı ve başkan vekilinin toplantı çağrısı yapmamakta ısrar etmesi halinde, üyelerin doğrudan veya mahkemeye başvuru yoluyla çağrı yapıp yapamayacakları tartışılmakta; kurulu toplantıya çağırabilmek için çareler aranmakta, öneriler sıralanmaktadır. Kanun koyucu söz konusu tartışmalara ve uyuşmazlıklara son vermek adına, 7511 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 15 ile TTK m. 392/VII'de önemli değişiklikler yapmıştır. Buna göre bireysel talepler ile çoğunluk oluşturmayacak sayıda üyenin istemlerinde, başkana, çağrı yapma konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Üyelerin çoğunluğunun istemi üzerine ise başkanın çağrı yapması zorunlu tutulmuştur. Başkanın belirli bir sürede bu zorunluluğa uygun davranmaması halinde istem sahiplerine doğrudan çağrı yetkisi verilmiştir. Makalemizde yönetim kurulu toplantı çağrısına ilişkin yenilikler, Kıta Avrupası'ndaki bazı düzenlemeler ile karşılaştırmalı olarak ve eleştirel bir gözle ele alınmakta; değişikliğin yetersiz kaldığı noktalarda düzenleme önerileri getirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Kurulu, Yönetim Kurulu Başkanı, Yönetim Kurulu Toplantıları, Yönetim Kurulu Toplantı Çağrısı.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuk Anabilim Dalı.

0000-0003-0895-0169 sinan.sarikaya@marmara.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

The problems arising from the issue of convening a meeting of the board of directors in joint stock companies have been occupying the doctrine and the courts for a long time. It is generally accepted that the chairperson of the board of directors, or in his absence, the deputy chairperson, is authorized to convene a meeting. However, this general assumption does not prevent the chairperson from abusing his authority and turning the convening of the meeting into a crisis, especially in companies with different interest groups and conflicts. If the chairperson and the deputy chairperson of the board of directors refuse to convene a meeting, it is discussed whether the members may convene the meeting directly or through an application to the court, and remedies are sought to convene the board of directors. To put an end to these discussions and disputes, the legislator has made significant amendments to Article 392/VII of the TCC with the Law No. 7511 on the Amendment of the Turkish Commercial Code and Certain Laws. Accordingly, the chairperson has been granted discretionary authority to convene for individual requests and requests of a number of members that do not constitute a majority. Upon the request of the majority of the members, the chairperson is obliged to convene. In case the chairperson fails to comply with this obligation within a certain period, the requestors are authorized to make a direct convening. In this article, the amendments regarding the convening of the board of directors meeting are examined critically and comparatively with the regulations in some Continental European countries, and suggestions are made where the amendment is insufficient.

Keywords: Board of Directors, Chairperson of the Board of Directors, Board of Directors' Meetings, Convening of Board of Directors Meeting.

GİRİŞ

Anonim şirketlerde yönetim kurulu (“YK”) toplantısına çağrının doğurduğu problemler uzun süredir doktrin ve yargıyı meşgul etmektedir. YK başkanı veya onun yokluğunda başkan vekilinin toplantı çağrısı yapmaya yetkili olduğu genel kabuldür¹. Ancak başkan ve onun yokluğunda vekiline yahut vekillerine tanınan yetki, özellikle farklı menfaat grupları arasında çatışmaların bulunduğu şirketlerde, başkanın yetkisini kötüye kullanarak toplantı çağrısını krize dönüştürmesini² engellemektedir. Şirket içi dengeler, çıkar çatışmaları, dava ve uyuşmazlıklar ile bilhassa toplantı yapılması durumunda menfaatine aykırı karar alınması olasılığı gibi pek çok sebeple, başkanın toplantı yapmaktan kaçındığı, toplantısızlık durumunun aylar hatta yıllar sürdüğü şirketlerin sayısı azımsanamayacak ölçüdedir. YK başkanı ve başkan vekilinin toplantı çağrısı yapmamakta direnmesi halinde kurulu toplamak için çareler aranmakta; elden doluşturma yoluyla karar alınması, başkanın azledilmesi, üyelerin çağrı yapması yahut bunun için mahkemeye başvurusu gibi uzayıp giden bir öneri listesi bulunmaktadır. Ancak sayılanlardan her biri kendi içinde çelişkiler ve bağlantılı başka sorunlar barındırdığından, hiçbiri soruna kalıcı ve net bir çözüm getirememektedir.

Uygulamada yaşanan bu tartışma ve zorlukları dikkate alan kanun koyucu bunlara son vermek adına, 7511 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (“7511 s. K.” veya “Kanun”) m. 15 ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) m. 392/VII’de önemli değişiklikler yapmıştır. Fıkra da var olan ve toplantı yapma çağrısı ile ilgili normu üyenin başkandan istemde bulunması hakkına indirgeyen ilk cümleye, beş cümle (“7511 s. K. m. 15” veya “Değişiklik”) daha eklenerek çağrı yetkisinin farklı ihtimallerde farklı kişilerce kullanılmasına imkân tanıyan kademeli bir düzen getirilmiştir. Buna göre bireysel talepler ile çoğunluk oluşturmayacak sayıda üyenin istemlerinde, başkana çağrı yapma konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Üyelerin çoğunluğunun istemi üzerine ise başkanın çağrı yapması zorunlu tutulmuştur. Başkanın belirli bir sürede bu zorunluluğa uygun davranmaması halinde istem sahiplerine doğrudan çağrı yetkisi verilmiştir.

Makalemizde ilk olarak değişiklik öncesi dönemdeki doktrin görüşleri ve yargı kararlarına temas edilecek; ayrıca Fransa, İsviçre ve Almanya’daki benzer düzenlemeler ele alınacak; böylece kanun koyucuyu düzenleme yapmaya sevk eden nedenler ile farklı Devletlerin konuya yaklaşımları irdelenmeye çalışılacaktır. Ardından YK toplantı çağrısına ilişkin yenilik getiren bu düzenlemenin T.B.M.M. çatısı altındaki yasama serüvenine ışık tutulacaktır. Hükmün anatomisi, kanun koyucunun tercihine paralel şekilde toplantı isteminin çoğunluk oluşturan üyelerce yapılmaması ve yapılması ihtimallerine bağlı olarak -karşılaştırmalı hukuku da nazara alan eleştirel bir gözle- incelenecektir. Üyelerin yaptığı çağrının özellikleri, yeter sayılar ve esas sözleşmede düzenleme yapma imkânı ele alındıktan sonra; Değişiklik’in diğer şirket türlerine

¹ Bkz. Aşa. I.

² 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“eTTK”) m. 331 ve TTK 392 ekseninde Türk anonim şirketler hukukunda YK başkanının konumunun gereğinden fazla güçlendirildiği ve “başkanın dediği olur” probleminin yaratıldığı yönünde çarpıcı tespitler için bkz. Emre Kalender, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 68.

etkisi ve hukuki yaptırımlar konusuna değinilmesi, görüş ve önerilerimizin sıralanması ile çalışmalarımız nihayete erecektir.

I. DEĞİŞİKLİK ÖNCESİ DÖNEM

7511 s. K. m. 15'in yürürlüğe girdiği 29.05.2024'ten önce YK toplantı çağrısına ilişkin yegâne hüküm TTK m. 392/VII'deki "Her yönetim kurulu üyesi başkandan, yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebilir." cümlesi idi. Alıntılanan hüküm başkanın toplantı çağrı yetkisini üyelerin toplantı isteme hakları ile bağlantı kurmak suretiyle dolaylı olarak düzenlemektedir.

Bu cümleden hareketle doktrinde, üyelerin başkandan toplantı isteme hakları bulunsa da YK toplantı çağrısını yapacak kişinin bizzatı YK başkanı olduğu ittifakla kabul edilmektedir.^{3,4} TTK m. 366/I-ilk cümle gereği YK başkanının bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmek üzere bir de başkan vekili seçildiğinden, başkan vekilinin de çağrıya yetkili olduğu ifade

³ Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 248; Mehmet Bahtiyar, "Anonim Ortaklıkta Başkanın Yönetim Kurulunu Toplantıya Çağırmasının Yaptırımı ve Toplantısız Karar Alınmasında Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, Cilt I*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 99, 109; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul: Beta, 2024, s. 186; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 9. Basım, Bursa: Dora, 2013, s. 403; Hülya Çoştan, "Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 28/S. 3 (2012), s. 160; Ersin Çamoğlu, Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019, N. 527; Beşir Fatih Doğan, *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s. 53-54; Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 587; Cafer Eminoglu ve Zehra Avcı, "Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Başkanının Niteliklerine, Seçilmesine ve Yönetim Kurulunun Başkansız İşleyişine İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 7/S. 2 (2022), s. 1058; Halil Ali Dural, "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, 2005, s. 66; Kübra Ercoşkun Şenol, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantıları", *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19/S. 2 (2013), s. 1702; Bünyamin Gürpınar, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli ve Elektronik Toplantı Sistemi", *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19/S. 2 (2013), s. 1105; Özlem İlbasmış Hızlısoy, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunu Toplantıya Çağrıya Yetkili Olanlar ve Yetkisiz Kişilerce Yapılan Çağrıyla Toplanan Yönetim Kurulunda Alınan Kararların Hukuki Akıbeti", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 8/S. 1 (2022), s. 118; Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 4. Bası, İstanbul: Yasa Yayıncılık, 1989, s. 210; Metin Kıratlı, *Yönetim Kurulu Başkanı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 62; İsmail Kirca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013, s. 483; Ayhan Kortunay, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 149; Şafak Narbay, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Genel Kurulu Toplantıya Davetine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 10. Yılında Ticaret Hukukunun Güncel Meseleleri Sempozyumu*, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2023, s. 254; N. Füsün Nomer Ertan, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları" (Haz. Abuzer Kendigelen, İsmail Cem Soykan, Necdet Uzel, Müge Evlek, Nurgül Yıldız), *Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 49; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, § 36 N. 83; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019, s. 402; Oruç Hami Şener, *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020, s. 106; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, N. 12-92a; Hamdi Yasaman, "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Toplantıya Çağırılması ve Toplantı Yeter Sayısı", *Yaklaşım Dergisi*, S. 117 (2002), s. 22; Aydın Alber Yüce, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Bulunması*, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018, s. 68. Aynı tespit 7511 s. K. m. 15'in gerekçesinde de yapılmaktadır. 865 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu döneminde "[i]dare meclisi reisinin içtimaların tanziminde esaslı bir mevki" olduğundan bahisle Kemal Arar, *Kara Ticareti Şirketler Hukuku*, Ankara: Güney Matbaacılık, 1952, s. 130.

⁴ Limited şirketler için bkz. Ersin Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, N. 336. Limited şirketlerde TTK m. 366/I benzeri hüküm bulunmadığına dikkat çekmekle birlikte müdürler kurulunun, başkan tarafından toplantıya çağrılacağını ifade eden görüş için bkz. Şükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku*, İstanbul: Arıkan, 2007, s. 253; İsmail Özgün Karaahmetoğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketin Temsili*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 222.

edilmektedir. Başkanın bulunmadığı hallerde örnek olarak yurt dışında yahut ağır hasta olması⁵ veya istifa etmiş bulunması⁶ gösterilmektedir.

Ancak TTK m. 392/VII'de “*Başkan yönetim kurulunu toplantıya çağırır.*” şeklinde bir hüküm olmadığından, üyelerin toplantı isteminin başkanın takdirine bağlı bir “temenni”ye indirgendiği -düzenlemeye dair bir eleştiri mahiyetinde- ifade edilmektedir⁷.

YK üyelerinin toplantı çağrı taleplerinin reddedilmesi, talebe olumlu yanıt alınmaması yahut hem başkan hem de başkan vekiline ulaşılamaması gibi hallerde üyelerin doğrudan çağrı yetkisine sahip olup olmadıkları ise tartışmalıdır.

Bir görüş başkan ve başkan vekili dışında üyelerin çağrı sürecini işletemeyeceğini; üyelere çağrı yetkisi tanıyan hükümlerin esas sözleşmeye konulamayacağını⁸; İsviçre'de ileri sürülen aksi yöndeki görüşlerin katı esas sözleşme rejimini benimseyen TTK m. 340 karşısında Türk hukuku bakımından tercihe şayan olmadığını⁹ savunmaktadır. Üyelerin doğrudan çağrı yapamamalarının yarattığı sorun TTK m. 390/IV'te yer alan elden dolaştırma yoluyla karar alınması yahut YK başkanı veya başkan vekilinin seçildikleri yöntemle azledilip yenilerinin seçilmesi gibi yöntemlerle aşılabilir¹⁰.

Buna karşılık, başkan veya başkan vekilinin çağrı yapmadığı yahut yapamadığı hallerde üyelerin inisiyatif alabileceği ve çağrı sürecini başlatabileceği yönünde görüşler de mevcuttur. Bir kısım yazarlar başkana yönelttikleri toplantı talepleri reddedilen^{11,12} yahut belirli şartlarda

⁵ Şener, *Yeni TTK Döneminde*, s. 106.

⁶ Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Başkan*, s. 102.

⁷ Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, 8. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 201; bu tespiti hak veren Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Başkan*, s. 112.

⁸ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, s. 248; Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Başkan*, s. 114; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 12-92a.

⁹ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, s. 248-249.

¹⁰ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, s. 249. Elden dolaştırma yoluyla karar almanın yararları yanında bilhassa sicil uygulaması ve kararı YK karar defterine işleme noktasında yarattığı sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Başkan*, s. 114. Önerileri mümkün görmekle birlikte çeşitli çekinceler (elden dolaştırma yoluyla karar almada başkanın veya vekilinin toplantı talebinde bulunması gibi) ortaya koyan görüş için bkz. Çoştan, *Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri*, s. 167. Ayrıca bkz. İlbasmış Hızlısoy, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, s. 122, öte yandan Yazar'a göre, üç kişilik YK'da başkan ve başkan vekilinin bu konularından yahut YK üyeliğinden ayrılmaları veya YK üyeliğine engel oluşturan bir hâlin (TTK m. 363/II) ortaya çıkması halinde, çağrıyı yapacak başkan veya vekili bulunmadığı için bu hâlde ancak üyenin doğrudan toplantıya çağrı hakkının doğabileceği söylenebilir, s. 125. Ayşe Odman Boztosun, *Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 112'de de TTK m. 392/IV'te bilgi alma talepleri karşılansayan üyeye tanınan mahkemeye başvuru hakkının, toplantı isteme hakkını kapsamadığı savunulmaktadır. Yasaman, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Toplantıya Çağrılması*, s. 23'te ise üyelerin doğrudan çağrı hakkı bulunmamasının yanında Kanunda buna dair hüküm bulunmadığından mahkemeye de müracaat edilemeyeceği; başkan ve başkan vekilinin azlinin düşünülebileceği, ancak toplantı yapılamadığından bu sonuca ulaşmanın da mümkün olmayabileceği savunulmaktadır.

¹¹ Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler II III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960, s. 117; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*, § 36 N. 84; Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 402-403; Hüsnü Turanlı, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 17/S: 1-2 (2013), s. 944.

¹² Üyelerin çağrı yetkisini oldukça istisnai hallerle sınırlayarak kabul eden görüşler de mevcuttur. Buna göre başkan ve başkan vekilinin birlikte veya birbirini takiben herhangi sebeple bu konularından veya üyelikten ayrılmaları, üye olmalarına engel bir halin gerçekleşmesi (eTTK m. 315/II) gibi hallerde, yeni başkan ve vekilini seçmek,

böylesi bir talepte bulunulması dahi aranmaksızın¹³ üyelerin bizatihi çağrı yapabileceklerini savunurken; bazı yazarlar mahkemeye başvuru yoluyla toplantının yapılabileceğini kaydetmektedir¹⁴. Açılacak dava tespit değil eda davasıdır¹⁵. Madde gerekçesindeki “*Bu halde konu yargılama süreçleri neticesinde çözüme kavuşturulabiliyor olsa da bu durum şirketin karar alma süreçlerini uzatmakta ve yargının iş yükünü artırmaktadır.*” ifadesi de kanun koyucunun Değişiklik’i yaparken toplantı talebiyle mahkemeye başvurulduğu (veya başvurulabilmesi) hususunu dikkate aldığını göstermektedir.

gereğinde boşalan üyelikleri doldurmak amacıyla herhangi bir üyenin YK’yı toplantıya davet etmesi mümkündür, Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku*, s. 587; takiben Gürpınar, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli ve Elektronik Toplantı Sistemi*, s. 1106. Limited şirketler bakımından aynı yönde bkz. Karaahmetoğlu, *Limited Şirketin Temsili*, s. 223; Limited şirketler ile ilgili henüz kesinleşmeyen bir karar için bkz: “*TTK 624/3 maddesi uyarınca yönetim organının çoğunluğunu teşkil eden davacı yönetim kurulu üyelerinin müdürler kurulu başkanına yönetim kurulunu toplantıya çağırması için toplantıda nelerin görüşülmesinin istendiği de belirtilerek yazılı olarak talepte bulunmalarının mümkün olduğu, bu talebin kabul edilmemesi halinde davacıların yönetim kurulunu toplantıya çağırma yetkilerinin bulunduğu kabulü gerekir*”. Antalya 1. ATM, E. 2022/290, K. 2022/548, T. 16.6.2022, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 02.07.2024. Limited şirketlerde her bir müdürün gerektirici sebepleri bildirerek müdürler kurulunu toplantıya davet edebileceğinden bahisle, Yıldız, *Limited Şirketler Hukuku*, s. 253. Aksi yönde bkz. “*Yönetim kurulunu toplantıya çağırma yetkisi ise yönetim kurulu başkanına ait olup TTK’nin 392/7 maddesi düzenlemesine göre her yönetim kurulu üyesinin yetkisi başkandan yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak istemekle sınırlı olduğundan yönetim kurulu başkanının doğrudan yönetim kurulunu toplantıya çağırma yetkisi bulunmamaktadır.*” İstanbul BAM 43. HD, E. 2021/973, K. 2021/918, T. 14.7.2021, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 02.07.2024.

¹³ Başkana toplantı talebi hiç yöneltmese dahi, toplantı isteyen bir veya birkaç üyenin doğrudan toplantının gündemini, tarih, yer ve saatini belirterek başkanı da yazılı bir şekilde toplantıya davet etmiş olmaları, başkanın da bu toplantıya katılarak kararlara iştirak etmesi halinde alınan kararları geçerli gören görüş için bkz. Narbay, *Hükümlerin Değerlendirilmesi*, s. 264.

¹⁴ İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, s. 210; Bilgili ve Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, s. 403; Çoştan, *Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri*, s. 168 vd.; Dural, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi*, s. 69; Kortunay, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı*, s. 150; Yüce, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, s. 69; İsviçre hukukunda Henry Peter ve Francesca Cavadini, “Art. 715”, *Commentaire Romand, Code des obligations II*, Edit. Pierre Tercier, Marc Amstutz ve Rita Trigo Trindade. 2. Baskı. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2017, N. 10; Martin Wernli ve Marco A. Rizzi, “Art. 715”, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II-I*, Edit. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter, 4. Baskı. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2012, N. 7; Marie-Noëlle Zen-Ruffinen ve Marc Bauen, *Le conseil d’administration*, Cenevre-Zürich-Basel: Schulthess, 2017, N. 351; CO art. 715’te başkandan bahsedildiğinden, başkanın doğrudan davalı gösterilerek bir eda davası açılabilir yönünde Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Baskı, Zürich: Schulthess, 2022, § 9 N. 150. Son çare olarak mahkemeye başvurulabileceğinden bahisle Nomer Ertan, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları*, s. 146. Yargıtay 11. HD. üyeleri Ayşe Albayrak Doğan ve Adem Aslan ise bilgi alma isteminin reddi üzerine mahkeme yolunu açan TTK m. 392/IV’ten hareketle YK üyelerinin mahkemedeki toplantı talep edebileceklerini, kendilerinin doğrudan çağrı yapamayacaklarını kaydetmektedir, Nomer Ertan, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları*, s. 146-147.

¹⁵ Bu tespitnin gerekçeleri için bkz. Çoştan, *Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri*, s. 170-171.

Yine üyelere çağrı yetkisi tanıyan esas sözleşme¹⁶, hatta iç yönerge¹⁷ hükümlerinin geçerli olduğu da savunulmaktadır.

Çağrının başkan veya başkan vekili tarafından yapılmaması durumunda ise ilgili toplantıda alınan YK kararlarının akıbeti konusunda genel fikir, şekli nitelikteki kurucu unsurlara aykırılıktan hareketle yokluktur¹⁸.

Yargıtay ise konuya ilişkin oldukça ilginç kararlar vermektedir. Bu kararların temel noktası başkan veya başkan vekilinin çağrı yetkisinin emredici olduğu ve bu kimselerin çağrı yapmadığı toplantılarda alınan kararların geçersiz olduğudur. Buna karşılık geçersizliğin türü ile ilgili tutarlı bir içtihat geliştirildiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim 11. HD.

¹⁶ Domanıç, *Anonim Şirketler Hukuku*, s. 587; Dural, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi*, s. 67-68; İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, s. 210; Eminoglu ve Avcı, *Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Başkanı*, s. 1062; Yeterli açıklıkta olmasa da Yasaman, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Toplantıya Çağrılması*, s. 22. Özellikle murahhas üyelere çağrı yetkisi tanınabileceği vurgusu için bkz. Kortunay, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı*, s. 150. Bu imkânı yalnızca başkana yapılan istemin sonuçsuz kaldığı haller ile sınırlayan, TTK m. 392/VII-1. cümle'nin aksinin kararlaştırılmayacağını vurgulayan görüş için bkz. Esra Hamamcıoğlu, "Yargıtay Kararları Işığında Bir veya Birkaç Yönetim Kurulu Üyesine Toplantı Davetinin Hiç ya da Kararlaştırılan Usule Uygun Yapılmamasının Sonuçları", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16/S. 197-198, (2021), s. 131. Başkanın çağrı yapmaması durumunda mahkemeye başvuruya gerek kalmaması için, esas sözleşmede başkan yardımcısı yahut *lead director* gibi diğer yöneticilere çağrı hakkı tanınması tavsiyesi hakkında bkz. Zen-Ruffinen ve Bauen, *Le conseil d'administration*, N. 351; benzer şekilde Wernli ve Rizzi, *Art. 715*, N. 6. Yargıtay 11. HD., E. 2022/5225 K. 2022/9637 T. 29.12.2022, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 02.07.2024: "Kanun'da çağrıyı kimin yapacağına ilişkin açıklık yoktur. Kural olarak daveti yönetim kurulu başkanı yapar, ancak onun bulunmadığı zamanlarda bu görev başkan vekiline aittir. Yine çağrının şekline dair de Kanun'da düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber çağrının belirli bir şekilde yapılma zorunluluğu da yoktur. Böylelikle esas sözleşmede düzenleme yapılmasına da imkan sağlanmıştır."

¹⁷ Esas sözleşme yanında (TTK m. 367'deki) iç yönergede dahi bu yetkinin tanınabileceği yönünde Çoştan, *Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri*, s. 164; bkz. Hamamcıoğlu, *Yargıtay Kararları Işığında*, s. 124-125; Nomer Ertan, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları*, s. 48-49, 150; emredici hükümler ilkesi gereği esas sözleşmeye hüküm konulamayacağı ve fakat iç yönergeye konulabileceği yönünde bkz. Kıratlı, *Yönetim Kurulu Başkanı*, s. 70. 865 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu döneminde talimat ve statülerin "içtimalara müteallik ahkâmı ihtiva" ettiklerinden bahisle Arar, *Kara Ticareti Şirketler Hukuku*, s. 130. İsviçre hukukunda toplantı çağrısına ilişkin konuların iç yönergede düzenlenebileceği yönünde bkz. Arthur Meier-Hayoz ve Peter Forstmoser, *Droit suisse des sociétés*, Peter Jordanov (Çev.), Bern: Stämpfli, 2015, § 6 N. 442, 446; iç yönergede her üyeye çağrı hakkı tanınabileceği yönünde bkz. Peter ve Cavadini, *Art. 715*, N. 1; dolaylı olarak Wernli ve Rizzi, *Art. 715*, N. 7-8.

¹⁸ İlbasmış Hızlısoy, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, s. 137; Nomer Ertan, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları*, s. 49, 59; Şener, *Yeni TTK Döneminde*, s. 120, 124; Hamamcıoğlu, *Yargıtay Kararları Işığında*, s. 152-153, 154; Yüce, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, s. 68. Limited şirketler bakımından aynı yönde bkz. Karaahmetoğlu, *Limited Şirketin Temsili*, s. 239. Süresi biten başkan veya davet yetkisi bulunmayan üye tarafından yapılan çağrı ile bir araya gelen üyelerin aldıkları kararları, meydana gelişi (alınış usulü) yönünden emredici hükümlere (TTK m. 366/I ve m. 392/VII) aykırılık gerekçesiyle batıl sayan görüş için bkz. Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Başkan*, s. 109.

geçersizliğin türünü bazı kararlarda yokluk¹⁹, bazı kararlarda butlan²⁰, bazı kararlarda hem yokluk hem de butlan²¹ olarak tespit etmekte; bazı kararlarda ise türünü belirtmeksizin salt geçersizlikten bahsetmektedir²². Bu noktada -uyuşmazlıkların çözümüne etkisi çoğu zaman teorik

¹⁹ “Önemli olan tüm üyelerin toplantıdan haberdar edilmesidir. Toplantı çağrısının tüm yönetim kurulu üyelerine yapılmamış olması bir ya da birden fazla üyenin müzakere süreçlerinden bilinçli olarak dışlanmış olduğu sonucunu doğurduğundan alınan kararlar açısından bir yokluk nedenidir.” Yargıtay 11. HD., E. 2022/5225 K. 2022/9637 T. 29.12.2022, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 02.07.2024; “Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde dava konusu yönetim kurulu toplantısına daveti yapan yönetim kurulu başkanı olmayıp, 6102 sayılı TTK'nın 392/7 maddesi uyarınca yönetim kurulu başkanı tarafından çağrı yapılmadan alınan yönetim kurulu kararı yoklukla malul ise de...” Yargıtay 11. HD., E. 2017/4046, K. 2019/3005, T. 16.04.2019, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 10.06.2024; “Mahkemece uyulan bozma ilamı doğrultusunda, 26/02/2014 tarihli yönetim kurulu toplantısının usulüne uygun olarak toplanmadığı ve toplantı nisabına uyularak da karar alınmadığı ve bu nedenle yönetim kurulu toplantısında alınan genel kurulunun toplantıya çağrılmasına ilişkin kararın yok hükmünde olduğu...” Yargıtay 11. HD., E. 2017/1630, K. 2017/4858, T. 28.09.2017, BATİDER, C. 23/S. 4 (2017), s. 332-334; TTK m. 390/IV ile bağlantı kurularak yokluk sonucuna varan karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2015/3013 K. 2015/8295 T. 15.6.2015, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 10.06.2024.

²⁰ “... toplantıya çağrının kanunda herhangi bir şekilde tabii tutulmadığı, ancak tüm yönetim kurulunun toplantıdan haberdar edilmesinin asıl amaç olduğu, yönetim kurulunu toplantıya çağırmanın başkanın görevi olduğu ve başkanın bulunmadığı zamanlarda başkan vekilinin de yönetim kurulunu toplantıya çağırabileceği yönündeki hükümün emredici olduğu, yönetim kurulu başkanı olan davacının görevini yerine getirmeye engel bir durumda olduğuna dair herhangi bir somut delil bulunmadığı gibi başkan olan davacıdan TTK m. 392/7'ye uygun şekilde toplantı yapılmasının talep edildiğine ve başkan tarafından bu talebin reddedildiğine ilişkin de bir belge bulunmadığı, davacının da kasten toplantıya çağrılmaksızın karar alındığı gerekçesiyle davanın kabulü ile davalı şirketin yönetim kurulunun 06/01/2015 tarihinde 2015/4 nolu yönetim kurulu kararının batıl olduğunun tespitine karar verilmiştir.” Yargıtay 11. HD., E. 2016/9409, K. 2018/ 2154, T. 21.03.2018, BATİDER, C. 34/S. 2 (2018), s. 503-505. Kararın değerlendirmesi için bkz. Şener, *Yeni TTK Döneminde*, s. 108.

²¹ Bir taraftan “davalı anonim şirketin yönetim kurulunun 5 üyeden oluştuğu, davacı ...'in yönetim kurulu başkanı olduğu, anonim şirketlerde yönetim kurulunu toplantıya davet yetkisinin açıkça yönetim kurulu başkanına verildiği, bu yetkinin emredici nitelikte olduğu, somut olayda butlanla sakat olduğu belirtilen kararların alındığı yönetim kurulu toplantılarının ise yönetim kurulu başkanının daveti üzerine değil, toplantıya davet yetkisi olmayan üyelerin daveti üzerine yapıldığı, bu hususun anonim şirketin temel yapısına uymadığı ve TTK'nın 391/1-b maddesi uyarınca alınan bu yönetim kurulu kararlarının butlanı sonucunu doğurduğu” tespiti yapılırken, kararın ilerleyen kısmında “davalı şirketin 11.04.2013, 07.05.2013, 04.06.2013 ve 29.08.2013 tarihli yönetim kurulunda alınan kararlar ile 24.09.2013 tarihli genel kurulda alınan şirketin tasfiyesine kararın yok hükmünde olduklarının tespitine karar verilmiştir.” ifadeleri kullanıldığından kararın batıl mı yoksa yok hükmünde mi kabul edildiği noktasında tereddüt uyandıran karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2015/3129, K. 2016/804, T. 26.1.2016, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 10.06.2024; bu karara ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Başkan*, s. 108. Nomer Ertan, başkanın çağrı yetkisi emredici nitelikte olduğundan, YK başkanı dışındaki kişilerin/üyelerin daveti üzerine toplanan YK'da alınan kararların TTK m. 391/I-b uyarınca geçersiz olduğunu ifade ettikten sonra, yukarıdaki karara atıf yaparak Yargıtay içtihatlarında bu geçersizliğin kesin hükümsüzlük olarak nitelendirildiğini, ancak kanaatinin, burada yokluktan yana olduğunu kaydetmektedir, Nomer Ertan, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları*, s. 49. Kararların değerlendirilmesi için ayrıca bkz. İlbasmış Hızlısoy, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, s. 134 vd. Yokluk yaptırımını esas alan Yargıtay 11. HD., E. 2022/5225 K. 2022/9637 T. 29.12.2022 künyeli karara atıf yapılmasına karşılık butlan sonucuna varan ilgi çekici bir karar için bkz. İstanbul BAM 12. HD., E. 2021/75, K. 2023/842, T. 25.5.2023, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 02.07.2024.

²² “... somut olaya dönüldüğünde; davalı şirketin 07.03.2013 tarihinde genel kurulunun yapılmasına ilişkin yönetim kurulu kararının, yönetim kurulu toplantısı yapılmadan alındığı yargılamada tanık olarak dinlenen diğer yönetim kurulu üyelerinin beyanlarından anlaşılmaktadır. Bu durumda, anılan yönetim kurulu kararının yukarıda değinilen TTK'nın 390/4 maddesine uygun biçimde alınması gerekmekte olup davalı tarafından davacı yönetim kurulu başkanına söz konusu karar önerisinin yapıldığı ispat edilemediğinden davalı şirketin 07.03.2013 tarihinde genel kurulunun yapılmasına ilişkin olarak alınan yönetim kurulu kararı geçersiz bulunmaktadır. O halde mahkemece, geçersiz yönetim kurulu kararına dayalı olan ve TTK'nın 416. maddesi uyarınca toplanmadığı da sabit bulunan davalı şirketin 07.03.2013 tarihli genel kurulunda alınan kararlarının da geçersiz olduğunun

düzeyde kalsa dahi- yokluk ile butlanın farklı geçersizlik türleri olduğunu; aynı hukuki sebebe dayalı olarak, farklı kararlarda veya aynı kararın içindeki farklı paragraflarda farklı geçersizlik türlerine sonuç bağlanmasının hukuk güvenliğini zedelediğini not düşmekle yetiniyoruz.

II. KITA AVRUPASI'NDA DURUM

A. FRANSA

Anonim şirket yönetim organında monist ve düalist sistemlere imkân tanıyan ve bu konudaki tercihi şirketlere bırakan Fransa'da²³, monist sistemi benimseyen AŞ'lerde yönetim organı, Türk hukukundaki YK'ya karşılık gelen “*conseil d'administration*” olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık düalist sistemi benimseyen AŞ'lerde iki yönetim organı bulunmaktadır: “*directoire*” yani yönetici kurul ve “*conseil de surveillance*” yani gözetim kurulu. Biz “*directoire*”ın “*conseil d'administration*”dan kavramsal farkına vurgu yapmak için ilkinin yönetici kurul, ikincisini YK olarak adlandırmayı tercih ediyoruz.

Monist sistemdeki şirket YK'larının toplantıya çağrılması Fransız Ticaret Kanunu (*Code de commerce*; “CC”) art. L225-36-1'de dört fıkra halinde düzenlenmiştir: Buna göre şirket esas sözleşmesi, YK'nın toplanması ve müzakerelerine ilişkin kuralları belirler (CC art. L225-36-1/I). Burada esas sözleşmede düzenleme yapma serbestisi değil, zorunluluğu bulunduğu göz ardı etmemek gerekir. YK'nın iki aydan uzun bir süredir toplanmamış olması halinde, üyelerin en az üçte biri Başkandan belirli bir gündemi görüşmek üzere YK'yı toplantıya çağırmasını isteyebilir (CC art. L225-36-1/II). Genel müdür (*le directeur général*) de başkandan YK'yı belirli bir gündemle toplantıya çağırmasını isteyebilir (CC art. L225-36-1/III). Başkan, önceki iki fıkra uyarınca kendisine yapılan taleplerle bağlıdır (CC art. L225-36-1/IV).

Düalist sistemi benimseyen şirketlerde ise gözetim kurulunun (*conseil de surveillance*) toplantıya çağrılması bakımından farklı düzenlemeler vardır. Bunlardan ilki CC art. L225-81 olup bu hüküm gözetim kurulunun kendi üyeleri arasından bir başkan ve bir ya da birden fazla başkan yardımcısı seçeceğini, seçilenlerin gözetim kurulunu toplamak ve toplantılara başkanlık etmekten sorumlu olacağını öngörmektedir.

İlgili bakanlığın, parlamentonun onayladığı kanuna uygun şekilde çıkardığı düzenleyici kısımda (*Partie réglementaire*) yer alan CC art. R225-45'te ise daha ayrıntılı üç fıkra yer almaktadır:

kabulü ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken... ” Yargıtay 11. HD., E. 2014/17476 K. 2015/12128 T. 17.11.2015, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 10.06.2024; Yargıtay 11. HD., E. 2016/13709 K. 2018/6884 T. 8.11.2018, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 10.06.2024; Yargıtay 11. HD., E. 2015/14750 K. 2017/2344 T. 24.4.2017, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 10.06.2024. Kararların ortak özelliği başkana haber verildiğine dair delil yokluğunda TTK m. 390/IV ile bağlantı kurularak geçersizlik sonucuna varılmasıdır. Ayrıca bkz. “*Davaya konu 23/03/2020 tarihli olağanüstü genel kurul kararının gündemi yönetim kurulu başkanı olan davacı ... ile yönetim kurulu üyesi olan davacı ...'in katılmadığı ve yönetim kurulu üyesi ...'in çağrısı üzerine toplanan 27/02/2020 tarihli yönetim kurulu kararı ile belirlenmiş olup gündemin belirlenmesine ve olağanüstü genel kurul için çağrı yapılmasına ilişkin yönetim kurulu kararının geçerli olmadığına ilişkin yaklaşık ispat şartının dosya kapsamı itibarıyla gerçekleştiğinin kabulü gerekir.*” İstanbul BAM 43. HD, E. 2021/973, K. 2021/918, T. 14.7.2021, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 02.07.2024.

²³ Fransız hukukunda YK yapısı ile ilgili bilgi için bkz. Merve Sarıkaya, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Sifatının Sona Ermesi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024, s. 75 vd.

Gözetim kurulunun toplantıya çağırılmasına ve toplantının gerçekleştirilmesine ilişkin kurallar esas sözleşme ile belirlenecektir (CC art. R225-45/I). Burada yine esas sözleşmede düzenleme yapma serbestisi değil, zorunluluğu bulunduğu vurgulanmıştır.

Ancak, gözetim kurulu başkanı, yönetici kurul²⁴ üyelerinden en az birinin veya gözetim kurulu²⁵ üyelerinin en az üçte birinin gerekçeli bir talepte bulunması halinde, on beş gün geçmeyecek şekilde kurulu toplantıya çağırır (CC art. R225-45/II). Talebin cevapsız kalması durumunda, istem sahipleri toplantı gündemini belirterek toplantı çağrısını kendileri yapabilirler (CC art. R225-45/II).

B. İSVİÇRE

YK'nın toplantıya çağırılması meselesi İsviçre'de, Borçlar Kanunu'nun (*Code des obligations*, "CO") "Çağrı hakkı (*Droit à la convocation*)" başlıklı 715. maddesinde düzenlenmiştir. Hüküm 01.07.1992'de yürürlüğe giren 1991 revizyonu²⁶ ile getirilmiştir. CO'nun 1936 versiyonunda ise konu art. 713/II'de düzenlenmekteydi. TTK m. 392/VII-1. cümle ise eTTK m. 331'in tekrarı olduğundan, bizdeki düzenlemenin mehzarı meri CO art. 715 değil, CO'nun 1936 versiyonundaki art. 713/II'dir.

CO art. 715'te YK üyesinin, başkandan²⁷, gerekçesini belirtmek suretiyle YK'nın derhal toplantıya çağırılmasını talep edebileceği düzenlenmektedir. Anılan hükümden yola çıkılarak YK'yı toplantıya çağırma yetkisinin ilk planda başkana ait olduğu kabul edilmektedir. Başkan çağrınının yapılması, toplantı hazırlığı ve toplantının yürütülmesi konusunda yetkilidir²⁸; ancak yetkisi emredici yahut mutlak değildir²⁹. Nitekim esas sözleşme yahut iç yönergede toplantıya

²⁴ Yönetici kurul, şirketin faaliyetinin stratejik yönlerini belirler ve bunların uygulanmasını sağlar. Her koşulda şirket adına hareket etmek için en geniş yetkilere sahiptir. İki ila beş üyeden veya AŞ borsada işlem görüyorsa en fazla yedi üyeden oluşur. Ancak sermayenin 150.000 Euro'dan az olması durumunda yönetici kurul "tek direktör veya genel müdür (*directeur général unique*)" adı verilen tek bir kişiden oluşabilir, bkz. CC art. L225-57 vd.

²⁵ Gözetim kurulu, yönetici kurulun icraatlarını (şirket işlerinin yürütülmesine müdahale etmeden) kontrol eder ve yönetici kurul tarafından oluşturulan finansal tablolar ile hesapları denetler. Bunun yanında esas sözleşmede aksi belirtilmedikçe yönetici kurul başkanını ve üyelerini pay sahipleri dışından olmak şartıyla atar. Gözetim kurulu esas sözleşmede belirlenen veya şirketin ömrü boyunca olağan genel kurul tarafından aday gösterilen üç ila on sekiz üyeden oluşur. CC art. L225-68 vd.

²⁶ Öte yandan hükmün 01.01.2023'te yürürlüğe giren 19.06.2020 revizyonunda ("RO 2020 4005 Code des obligations (Droit de la société anonyme)", Erişim Tarihi: 25.06.2023, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2020/746/fr>, "2020 Revizyonu") değişikliğe uğramadığını belirtmek gerekir.

²⁷ İsviçre hukukunda YK başkanlığının ayrı bir maddede düzenlendiğini (CO art. 712) ve 2020 Revizyonu ile YK başkanının seçimi hususunda borsaya kote ve kote olmayan şirketler arasında ayrıma gidildiğini belirtmek gerekir. Borsaya kote şirketlerde başkan, YK üyeleri arasından genel kurulca seçilmekte ve bir sonraki genel kurula kadar görev yapmaktadır (CO art. 712/I). Borsaya kote olmayan şirketlerde ise YK kendi üyeleri arasından bir başkan seçmektedir; ancak esas sözleşme, başkanın genel kurul tarafından seçilmesini öngörebilir (CO art. 712/II). Başkanın yeniden seçimi mümkündür (CO art. 712/III). Başkanlık makamının boşalması halinde, YK kalan süre için yeni bir başkan atar. Esas sözleşme, bu organizasyonel eksikliği gidermek için farklı hükümler içerebilir (CO art. 712/IV).

²⁸ Peter ve Cavadini, *Art. 715*, N. 6; Meier-Hayoz ve Forstmoser, *Droit suisse des sociétés*. § 16 N. 446; Roland Müller ve Jérôme Monnier, "La séance du conseil d'administration", *Expert Focus*, 9/18, (2018), s. 695-696; Oulevey Xavier ve Levrat Jérôme, *La société anonyme*, Zürich: Schulthess Verlag, 2022, N. 761; Wernli ve Rizzi, *Art. 715*, N. 5; Zen-Ruffinen ve Bauen, *Le conseil d'administration*, N. 348, 353.

²⁹ CO art. 715 yalnızca başkanın bir üyenin talebi üzerine hareket ettiği durumu düzenlediğinden, kural olarak, belirli bir zamanda belirli bir yerde toplantı yapılması kararından tüm YK'nın sorumlu olduğu; ancak, doktrin ve uygulamanın YK başkanına toplantının gerekli olup olmadığına karar verme ve toplantıya çağrı konusunda bağımsız bir takdir yetkisi tanıdığı tespiti için bkz. Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 9 N. 145.

çağrı hususunda murahhasların yahut başka kişilerin³⁰ yetkili kılınabileceği ifade edilmektedir³¹. Bu durumda, talep açıkça hakların kötüye kullanılması olmadığı sürece, başkan toplantının düzenlenmesi talebini derhal sorumlu kişiye bildirmeli ve toplantının düzenlenmesini sağlamalıdır³². Öte yandan başkanın talebin kabul edilebilirliği konusunda çekinceleri varsa, toplantı çağrısı yapmayı reddederek konunun mahkemeye taşınmasını talep edemez; başkan çağrısı yapmalı ve talep açıkça anlamsız veya kötüye kullanılmış değilse itirazlarını toplantıda sunmalıdır³³.

TTK m. 366/I'nin aksine CO'da başkan vekili ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrinde YK'nın kendi organizasyonu konusundaki özerkliği sebebiyle başkan vekili seçmekte serbest olduğu, yetkilerinin iç yönerge ile belirlendiği ancak başkanın yokluğunda onun yetkilerini kullandığı, büyük şirketlerde bir veya iki başkan vekilinin görüldüğü ifade edilmektedir³⁴. Bu sebeple başkan vekili seçilmişse, başkanın yokluğunda onun çağrı yapabileceği sonucuna ulaşılmaktadır³⁵.

TTK m. 392/VII-1. cümle ile CO art. 715 arasındaki farklılıklar şu şekilde sıralanabilir: CO art. 715 talebin gerekçeli olmasını şart koşmuş³⁶ iken, TTK m. 392/VII-1. cümle yazılı³⁷ olmasını aramıştır. Öte yandan ilkinde toplantı çağrısının “derhal, acil (*convocation immédiate*)” gerçekleştirilmesi vurgusu³⁸, ikincisinde bulunmamaktadır³⁹. Son olarak Türkçe'ye “talep etme, isteme” olarak çevirdiğimiz “*exiger*” fiili, bu anlamının yanında “gerekertmek, icap ettirmek” anlamına da geldiğinden⁴⁰, Fransızca metnin esasında istemin kuvvetine vurgu yaptığı ve başkanın çağrı yapma zorunluluğunu gösterdiği anlaşılmaktadır. TTK m. 392/VII-1. cümle'de ise böyle bir vurguya rastlanmamaktadır.

Görüldüğü üzere İsviçre kanun koyucusu da konuya, YK üyesinin toplantı talep hakkı düzleminden yaklaşmakta, talebin gereğinin yerine getirilmemesi durumu ve hatta genel olarak

³⁰ İngiliz Kurumsal Yönetim Kanunu'daki “*senior independent director*” kavramından yola çıkarak İsviçre hukukunu da etkileyen *lead director*'ın toplantı çağrısı yapabileceği, bunun özellikle başkanın şirketle çıkar çatışması olmadığı durumlarda faydalı olduğu ifade edilmektedir, Peter ve Cavadini, *Art. 715*, N. 4, 6; ayrıca bkz. Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 9 N. 150. *Lead director* kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zen-Ruffinen ve Bauen, *Le conseil d'administration*, N. 293.

³¹ Peter ve Cavadini, *Art. 715*, N. 6; Wernli ve Rizzi, *Art. 715*, N. 5.

³² Wernli ve Rizzi, *Art. 715*, N. 5.

³³ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 9 N. 149.

³⁴ Zen-Ruffinen ve Bauen, *Le conseil d'administration*, N. 286.

³⁵ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 9 N. 150'de ise iç yönerge ile başkan vekiline çağrı yetkisi tanınabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca bkz. Müller ve Monnier, *La séance du conseil d'administration*, s. 696.

³⁶ Başkan, sunulan gerekçelerin önemsiz olduğu gerekçesiyle toplantı yapmayı reddedemez, Wernli ve Rizzi, *Art. 715*, N. 4.

³⁷ İsviçre hukukunda ise talebin sözlü dahi yapılabileceği ifade edilmektedir, Müller ve Monnier, *La séance du conseil d'administration*, s. 696; Wernli ve Rizzi, *Art. 715*, N. 5; Zen-Ruffinen ve Bauen, *Le conseil d'administration*, N. 351.

³⁸ Nitekim başkanın konunun aciliyeti ve özel koşullar göz önüne alındığında gerekli olan en kısa sürede (talebin sunulmasından birkaç saat ila birkaç gün sonra) YK'yı toplamakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir, Wernli ve Rizzi, *Art. 715*, N. 4.

³⁹ Çağrının derhal gerçekleşmesini talep hakkından söz edilmemiş olmasının istemin yerine getirilmesinin bilinçli olarak geciktirilmesine açık kapı bırakabileceği tespiti için bkz. Kortunay, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı*, s. 149.

⁴⁰ Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, Tahsin Saraç, 13. Baskı, İstanbul: Adam Yayınları, 2005, “*exiger*”, s. 569.

YK toplantılarının tüm organizasyonu hakkında sessiz kalmaktadır. Doktrinde hükmün her YK üyesine bireysel, emredici, kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz bir hak tanıdığı⁴¹ ve fakat -esas sözleşme yahut iç yönergede aksi öngörülmedikçe- doğrudan çağrı yapma imkânı vermediği ifade edilmektedir⁴². Ancak üyelerin mahkemeye başvuru haklarının bulunduğu genel olarak kabul görmektedir⁴³. Şirkete karşı⁴⁴ açılacak dava basit yargılama usulünde görülecek ve genellikle mahkeme YK başkanına toplantı çağrısında bulunması için -muhtemelen kısa- bir süre verecektir. Gerekliyse mahkeme kendisi de toplantıya çağrı yapabilecektir⁴⁵.

C. ALMANYA

06.09.1965 tarihli Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu (*Aktiengesetz*, “AktG”), düalist sistemde YK toplantı çağrısını düzenlememekle birlikte, gözetim kurulu toplantı çağrısına ilişkin hüküm⁴⁶ (AktG § 110) getirmektedir. Buna göre gözetim kurulunun her bir üyesi veya YK, gözetim kurulu başkanından, amacını ve nedenlerini belirterek, gecikmeksizin bir gözetim kurulu toplantısı düzenlemesini talep edebilir. Toplantı, toplantı çağrısından itibaren iki hafta⁴⁷ içerisinde yapılmalıdır (AktG § 110/I). Talebin yerine getirilmemesi durumunda, talepte bulunan üye, somut olguları ve gündemi belirterek gözetim kurulunu kendisi toplantıya çağırabilir (AktG § 110/II). Gözetim kurulunun her takvim yarıyılı içerisinde yapması gereken asgari toplantı sayısı da düzenlenmiştir. Buna göre her takvim yarı yılında iki toplantı yapılmak zorundadır; ancak borsaya kote olmayan şirketlerde, gözetim kurulu her takvim yarı yılında bir toplantı yapmaya karar verebilir (AktG § 110/III).

Başlığının⁴⁸ aksine hüküm, gözetim kurulunun toplanmasını kapsamlı bir şekilde düzenlememektedir. İlk fıkranın ilk cümlesinde gözetim kurulunun toplanmasının genel olarak gözetim kurulu başkanının sorumluluğunda olduğu varsayılmakta; gözetim kurulunun her bir

⁴¹ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 9 N. 148; Wernli ve Rizzi, *Art. 715*, N. 3.

⁴² Peter ve Cavadini, *Art. 715*, N. 1, 2; Müller ve Monnier, *La séance du conseil d'administration*, s. 696.

⁴³ Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 9 N. 150; Xavier ve Jérôme, *La société anonyme*, N. 752; Zen-Ruffinen ve Bauen, *Le conseil d'administration*, N. 351; talebe rağmen toplantı gerçekleşmez yahut belirlenen toplantı günü çok uzaksa üyelerin mahkemeye başvurabileceği yönünde bkz. Peter ve Cavadini, *Art. 715*, N. 10.

⁴⁴ Xavier ve Jérôme, *La société anonyme*, N. 1232. Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 9 N. 150'de ise CO art. 715'te başkandan bahsedildiğinden, başkanın doğrudan davalı gösterilerek bir eda davası açılabilmesi kaydedilmektedir.

⁴⁵ Peter ve Cavadini, *Art. 715*, N. 10. Davayı açan YK üyelerinin -açık bir çıkar çatışmasına tabi olduklarından- şirketi temsil edemeyecekleri; bu durumda hâkimin, YK'yı bizzat toplantıya çağırarak zorunda kalabileceğinden bahisle Wernli ve Rizzi, *Art. 715*, N. 7. Eğer aciliyet varsa ya da başkan toplantıyı engellemeye eğilimli olduğunu zaten göstermişse, mahkeme başkana toplantıyı gerçekleştirmesini emretmek yerine çağrıyı kendisi de yapabilir, Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 9 N. 150; Xavier ve Jérôme, *La société anonyme*, N. 1233.

⁴⁶ Hükmün selefi, 1937 tarihli mülga AktG § 94'tür.

⁴⁷ Toplantıya çağırma süresine ilişkin bu sınırlama, başkanın toplantı gerekliliğinin halihazırda ortadan kalkmış olduğu bir zamanda çağrı yapmasını ve böylece toplantıya çağırma hakkını zayıflatmasını önlemeye yöneliktir. Gözetim kurulu başkanının iki haftalık süreyi tüketmesi gerekmez; acil durumlarda, daha kısa bir süre içinde bir toplantı düzenlemekle yükümlüdür, Mathias Habersack, “§ 110 Einberufung des Aufsichtsrats”, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Edit. Wulf Goette, Mathias Habersack ve Susanne Kals, 6. Baskı, Münih: Beck, 2023, N. 30-31.

⁴⁸ Hüküm “Gözetim kurulunun toplanması” başlığını taşımaktadır.

üyesine ve bir bütün halinde YK'ya⁴⁹ toplantı düzenleme ve toplantı düzenleme talebine uyulmaması durumunda doğrudan çağrı yapma hakkı tanınmaktadır.

Alman doktrininde hükmün bireysel gözetim kurulu üyesinin haklarını korumaya hizmet etmenin yanında, YK'nın ve gözetim kurulu üyelerinin bir gözetim kurulu toplantısının yapılmamasına atıfta bulunarak sorumluluklarından kaçmalarını önlemeyi ve nihayetinde etkin bir izleme faaliyeti sağlamayı amaçladığı ifade edilmektedir⁵⁰. Başkan, toplantı çağrısı yapmaya yetkili ve görevlidir. Başkanın olmadığı hallerde ise bu yetkiyi AktG § 107/I-son cümle uyarınca başkan yardımcısı kullanacaktır. Gözetim kurulunun münferit üyeleri ve YK, yalnızca toplantı düzenleme taleplerine uyulmaması halinde (AktG § 110/II) doğrudan toplantı düzenleme yetkisine sahiptir.

AktG § 110'un hükümleri, esas sözleşmede veya iç yönergede öngörülecek tamamlayıcı hükümlere de alan açmaktadır. Bununla birlikte, toplantı talep ve doğrudan çağrı hakkı ne ortadan kaldırılabılır ne de zorlaştırılabilir⁵¹. Buna karşılık, başkanın çağrı yetkisi bertaraf edilip gözetim kurulu üyelerine doğrudan doğruya çağrı hakkı tanınıp tanınamayacağı tartışmalıdır⁵². AktG § 110/II'nin getirdiği doğrudan çağrı hakkı karşısında bunun dava yoluyla ileri sürülmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁵³.

Monistik örgütlenmiş Avrupa Şirketinin (*Societas Europaea*, "SE") YK toplantılarına ilişkin düzenleme SE Tüzüğüne ilişkin 8 Ekim 2001 tarih ve 2157/2001 sayılı Konsey Tüzüğüne uygulayan Kanun ("SEAG") art. 37'de yer almaktadır. Buna göre her YK üyesi, YK başkanından, amacını ve gerekçelerini belirterek, gecikmeksizin kurulu toplantıya çağırmasını talep edebilir. Toplantı, çağrının yapılmasından itibaren iki hafta içinde icra edilmelidir (SEAG art. 37/I). Talebin yerine getirilmemesi halinde, YK üyesi, gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek YK'yı kendisi toplantıya çağırabilir (SEAG art. 37/II).

III. DEĞİŞİKLİK'İN YASAMA SÜRECİ

Yukarıda izah edildiği üzere YK toplantı çağrısı hususunda yaşanan sıkıntılar kanun koyucunun gündemine girmiş; 03.05.2024 tarihli ve 28 sayılı Kırşehir Milletvekili Necmettin Erkan ve Denizli Milletvekili Şahin Tin ile 86 Milletvekilinin Türk Ticaret Kanunu ile Bazı

⁴⁹ Burada YK'ya tanınan hakkın her bir YK üyesine değil, kurula tanındığı; hakkı kullanmak isteyen kurulun AktG § 77/I uyarınca bir karar alması gerektiği yönünde bkz. Habersack, § 110 Einberufung des Aufsichtsrats, N. 23. Ayrıca AktG § 110/I uyarınca esas sözleşmenin YK'nın münferit üyelerine bir hak veremeyeceği, çünkü kanunun bu yetkiyi bir organ olarak YK'ya tanıdığı ifade edilmektedir, Habersack, § 110 Einberufung des Aufsichtsrats, N. 29; Gerald Spindler ve Fabian Walla, "AktG § 110 Einberufung des Aufsichtsrats", *beck-online.GROSS-KOMMENTAR*, <https://beck-online.beck.de>, Erişim Tarihi: 26.06.2024, N. 15.

⁵⁰ Habersack, § 110 Einberufung des Aufsichtsrats, N. 2.

⁵¹ Habersack, § 110 Einberufung des Aufsichtsrats, N. 4, örneğin AktG § 110/I-son cümle'deki iki haftalık süre esas sözleşme ile uzatılmaz, N. 31.

⁵² Böyle bir hakkın tanınması halinde esas sözleşmenin kanundan izin verilmeyen şekilde sapacağı yönünde bkz. Habersack, § 110 Einberufung des Aufsichtsrats, N. 29; Spindler ve Walla, § 110 Einberufung des Aufsichtsrats, N. 15. Ancak aksi görüş de mevcuttur, bkz. Habersack, § 110 Einberufung des Aufsichtsrats, N. 29, dn. 78'deki yazarlar.

⁵³ Habersack, § 110 Einberufung des Aufsichtsrats, N. 28.

Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi⁵⁴ (“Kanun Teklifi”), esas komisyon olarak Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu’nda (“Komisyon”) görüşülmüştür. Komisyon çalışmaları ile Kanun Teklifi’nde yapılan değişiklikler 110 sıra sayısı ile raporlaştırılmıştır (“Komisyon Raporu”)⁵⁵. Tali komisyon olan Adalet Komisyonu ise rapor vermemiştir. 13.05.2024’te Türkiye Büyük Millet Meclisi (“T.B.M.M.”) Genel Kurulu’na sevk edilen Kanun Teklifi, 23.05.2024 tarihinde 28. Dönem 2. Yasama Yılı 86. Birleşim’de kabul edilerek kanunlaşmıştır. Nihayet Cumhurbaşkanı tarafından 28.05.2024’te onaylanan 7511 s. K., 29.05.2024 tarihli ve 32560 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Değişiklik, Kanun’un 23/c maddesi uyarınca yayımı tarihi olan 29.05.2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İnceleme konusu yaptığımız düzenleme Kanun’un 15. maddesinde yer almakta ve TTK m. 392/VII’nin ilk cümlesine aşağıdaki cümleleri eklemektedir:

“İstemin uygun görülmesi hâlinde çağrı, yönetim kurulu başkanınca yapılır. Ancak yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun yazılı istemi üzerine, yönetim kurulu başkanı yönetim kurulunu istemin kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde yapılacak şekilde toplantıya çağırarak zorundadır. Bu süre içinde yönetim kurulu toplantıya çağırılmadığı veya yönetim kurulu başkanı ya da başkan vekiline ulaşamadığı hâllerde, çağrı doğrudan istem sahiplerince yapılabilir. Çağrı üzerine yapılacak toplantılarda toplantı ve karar nisapları hakkında 390 ıncı maddenin birinci fıkrası uygulanır. Esas sözleşmede yönetim kurulunun toplantıya çağırılmasına ilişkin farklı bir usul belirlenebilir.”

Kanunlaşma sürecine bakıldığında, Kanun Teklifi’ndeki metne ilişkin tek değişikliğin Komisyon aşamasında verilen redaksiyon yetkisi kapsamında yapıldığı görülmektedir⁵⁶: “*eklenecek ilk cümlede yer alan “halinde” ibaresi “hâlinde”, üçüncü cümlede ikinci defa kullanılan “veya” ibaresi “ya da” ve aynı cümlede yer alan “hallerde” ibaresi “hâllerde” şeklinde redaksiyona tabi tutularak*⁵⁷ ve *çerçeve 15’inci madde olarak kabul edilmiştir*”. Bunun yanında TTK m. 392/VII’nin tamamen değiştirilmesi yerine⁵⁸ fıkranın birinci cümlesinden sonra cümleler

⁵⁴ “Kırşehir Milletvekili Necmettin Erkan ve Denizli Milletvekili Şahin Tin ile 86 Milletvekilinin Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”, Erişim Tarihi: 10.06.2024, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/73c0fde0-ad2a-4cd5-bb4b-be3552d2014b.pdf>.

⁵⁵ “Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu”, Erişim Tarihi: 10.06.2024, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/522510f1-0e11-460a-a638-928ff8a12684.pdf>

⁵⁶ Komisyon Raporu, s. 25.

⁵⁷ Belirtmek gerekir ki buradaki redaksiyon, kelimenin TTK’daki yeknesak yazılış şekline uyum sağlanması bakımından isabetli olmuştur.

⁵⁸ YK toplantı çağrısına ilişkin düzenlemenin “*Bilgi alma ve inceleme hakkı*” başlıklı 392. maddede düzenlenmesi eleştirilmektedir, bkz. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 482 dn. 263 (Yazarlar konunun ayrı bir maddede veya TTK m. 390’da düzenlenmesini önermektedir); Şener, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 401, dn. 113 ve Şener, *Yeni TTK Döneminde*, s. 105 (Yazar düzenlemenin YK kararlarını düzenleyen TTK m. 390’dan hemen önce yapılmasının daha isabetli olacağını kaydetmektedir). Buna karşılık CO art. 715’in tarihi yorumu ve TTK m. 392 ile ilişkisi nazara alındığında YK üyelerine tanınan bilgi alma hakkının sadece toplantıda kullanılabilmesi, bilgi almak isteyen üyenin acele hallerde toplantıya davete ilişkin düzenlemeyi kullanması gerekliliği, bir başka deyişle toplantının bilgi almanın merkezi olarak kabul edilmesi karşısında hükmün “*Bilgi alma ve inceleme hakkı*” başlıklı TTK m. 392 altında düzenlenmesinin isabetli olduğunu savunan görüş de mevcuttur, Kalender, *Bilgi Alma Hakkı*, s. 216-217.

eklenmesi tercih edilmiştir. Görüldüğü üzere Komisyon, Kanun Teklifi'nde esaslı bir değişiklik yapmamıştır⁵⁹.

Cumhuriyet Halk Partisi Grubu'nun Komisyon Raporu'nda yer alan Muhalefet Şerhi'ndeki

“Teklifin 13, 14, 15, 16, 17 nci maddeleri 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun anonim şirket yönetim kurullarının görev ve yetkileriyle, kaydı silinen şirketlerin durumlarıyla, en az sermaye tutarlarına intibak düzenlemelerine ilişkin hükümleridir. Komisyonunda çıkartma önergesi vermediğimiz bu düzenlemeler, anonim şirketlerin yönetim kurulları ve iş yaşamında daha hızlı karar alınmasına ya da şirketlerin sermaye intibakına uyum amacıdır.”

ifadeleri⁶⁰ Değişiklik'e ana muhalefetin de bir itirazının olmadığı hatta desteğinin bulunduğu göstermektedir. Komisyon Raporu'ndaki diğer üç muhalefet şerhinde ise ele aldığımız düzenlemeye dair özel bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Nihayet Kanun Teklifi'nin kabul edildiği 23.05.2024 tarihli 28. Dönem 2. Yasama Yılı 86. Birleşim'in Genel Kurul tutanağı⁶¹ incelendiğinde, düzenlemeye dair herhangi bir müzakere yürütülmediği yahut fikir belirtilmediği görülmektedir. Böylece 7511 s. K. m. 15'in yasa-laşma aşamalarında esasa dair tartışmaların yapılmadığı, bilimsel üretim süzgecinden geçirilmediği anlaşılmaktadır. Bu durum Değişiklik'e dair aşağıda ele alacağımız sorunlar bakımından belirleyici olmuştur.

7511 s. K. m. 15'in sözüne ve özüne Kanun'un Genel Gerekçesi ve madde gerekçesi ışık tutmaktadır. Nitekim Genel Gerekçe'de⁶²

“6102 sayılı Türk Ticaret Kanunda değişiklik yapılarak şirket işlemlerinde kolaylık sağlanması ve belirli konularda uygulamada yaşanan tereddütlerin giderilmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda; Anonim şirketlerde ... yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu tarafından yönetim kurulu başkanına yapılan toplantı istemlerinde, yönetim kurulu başkanına yönetim kurulunu toplantıya çağırma yükümlülüğü getirilmesi ve yönetim organında müzakere ortamının oluşmasına katkı sağlanması amaçlanmaktadır.”

ifadeleri ile hükmün çerçevesi çizilmektedir. Benzer ifadeler Kanun Teklifi'nde ilk imza sahibi Kırşehir Milletvekili Sn. Necmettin Erkan tarafından yapılan açıklamalarda da kullanılmaktadır⁶³.

⁵⁹ İsviçre'de YK toplantı çağrısı CO art. 715'te müstakil bir madde olarak ele alınmıştır. TTK m. 392/VII'nin selefî “Azaların Hakları” başlıklı eTTK m. 331/II'dir. Kanun koyucu TTK'yi ihdas ederken, YK toplantı çağrısını bir düzene bağlamak yerine, tıpkı eTTK'da olduğu gibi konuyu YK üyesinin başkandan toplantı isteme hakkı olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. Böylece, eTTK'daki eksiklik TTK'ya da sirayet etmiştir. Kanun Teklifi'nde ise, TTK m. 392/VII'nin var olan ilk cümle ve Değişiklik ile eklenen cümleler ile birlikte ayrı bir maddede veya TTK m. 390'in içinde düzenlenerek TTK'nın daha doğru bir sistematige kavuşturulması fırsatı kaçırılmıştır. Konunun tarihsel gelişimi hakkında bkz. Kalender, *Bilgi Alma Hakkı*, s. 68 vd.

⁶⁰ Komisyon Raporu, s. 40.

⁶¹ “28. Dönem 2. Yasama Yılı 86. Birleşim'in Genel Kurul Tutanağı”, Erişim Tarihi: 10.06.2024, <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak/24022>.

⁶² Komisyon Raporu, s. 9.

⁶³ “Teklif ile, ... ayrıca yönetimde çoğunluğun iradesinin uygulamaya yansımının sağlanması ve müzakere ortamının oluşmasına katkıda bulunması amacıyla yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu tarafından yönetim kurulu başkanına yapılan toplantı işlemlerinde yönetim kurulu başkanına yönetim kurulunu toplantıya çağırma yükümlülüğü getirileceği, ... belirtilmiştir.” Komisyon Raporu, s. 20.

Madde gerekçesinde⁶⁴ ise

“6102 sayılı Kanunun 392 nci maddesinde yönetim kurulunu toplantıya çağırma yetkisi yalnızca yönetim kurulu başkanına ve Kanunun genel düzenlemeleri uyarınca yönetim kurulu başkanına ulaşılamadığı hallerde yönetim kurulu başkan vekiline bırakılmıştır. Ancak yönetim kurulu toplantısı yapılması ve müzakere ihtiyacının ortaya çıktığı bazı hallerde yönetim kurulu başkanı bu isteme sessiz kalabilmektedir. Bu durum şirketin idaresi yetki ve görevini yürüten yönetim kurulunun karar alma süreçlerini zora sokmakta ve yönetim kurulunun çoğunluğunun iradesinin uygulamaya yansımaya engel olmaktadır. Bu halde konu yargılama süreçleri neticesinde çözüme kavuşturulabiliyor olsa da bu durum şirketin karar alma süreçlerini uzatmakta ve yargının iş yükünü artırmaktadır. Yapılan değişikliklerle, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu tarafından yapılan toplantı istemlerinde, yönetim kurulu başkanına yönetim kurulunu toplantıya çağırma yükümlülüğü getirilmekte, yönetim kurulu başkanınca yönetim kurulunun yine de toplantıya çağırılmadığı veya başkana/başkanvekiline ulaşılamadığı hallerde istemin doğrudan çağrı sahiplerince yapılabilmesine imkân sağlanmaktadır. Böylelikle yönetim organında müzakere ortamının oluşmasına katkı sağlanması amaçlanmaktadır.”

değerlendirmeleri yapılmaktadır.

IV. DEĞİŞİKLİK'İN ANATOMİSİ

7511 s. K. m. 15'in yasalaşması ile TTK m. 392/VII'de yer alan tek cümlelik düzenleme, beş cümle daha eklenerek fıkranın hacmi genişletilmiştir. Eklmeler ile YK toplantı çağrı sürecinin ana aksı, istem sahiplerinin YK'nın çoğunluğunu oluşturup oluşturmadığı olgusu üzerine oturmaktadır. Bir başka deyişle her YK üyesinin vazgeçilmez, sınırlandırılmaz hakkı ve görevi olan bireysel (yahut çoğunluk oluşturmayan) istem ile bu istemin YK'nın çoğunluğunu oluşturan üyelerce yapılması arasında çağrı rejiminin belirlenmesi açısından farklılık yaratılmıştır. Biz de çalışmamızda bahsettiğimiz ana aksı takip ederek açıklamalarda bulunacağız.

A. ÇOĞUNLUK OLUŞTURMAYACAK SAYIDA ÜYENİN İSTEMİ

Değişiklik'ten önce de mevcut olan TTK m. 392/VII-1. cümle, her YK üyesine toplantı düzenlenmesini isteme hakkı⁶⁵ tanımaktadır. Bu bireysel hak, vazgeçilemez ve sınırlandırılmaz niteliktedir⁶⁶. Hakkın TTK m. 369'da düzenlenen özen ve bağlılık yükümlülüğü ile TTK m. 553 vd.'da düzenlenen sorumluluk rejimi ile yakından bağlantısı bulunmaktadır. Nitekim görevini *“tedbirl bir yöneticinin özeniyle yerine getir[en]”* ve *“şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözet[en]”* her üye, şirketin yönetim organının toplanıp karar almasını isteme hakkına sahiptir. Durum gerektirdiği halde çağrı yapılmasını istememek -şartları varsa- üyenin sorumluluğunu dahi gerektirebilir.

Üyeye tanınan toplantı yapılmasını isteme hakkı -şüphesiz- halihazırda çağrısı yapılmış bir toplantıya gündem maddesi ekletmeyi de içerir⁶⁷. Ancak burada, esas sözleşme yahut iç

⁶⁴ Komisyon Raporu, s. 12-13.

⁶⁵ YK toplantısına çağrıyı düzenleyen TTK m. 392/VII -mantık gereği- tek kişilik YK'ları kapsamamaktadır. Bu sebeple çalışmamızda yapılan açıklamalarda tek kişilik YK ihtimali göz ardı edilecektir.

⁶⁶ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, s. 248; Hediye Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 232; Çoştan, *Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri*, s. 163; Hamamcıoğlu, *Yargıtay Kararları Işığında*, s. 128; Kırcı, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 484; Yüce, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, s. 68.

⁶⁷ Habersack, § 110 *Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 26.

yönergede bir düzen öngörülümüşse buna, öngörülmemişse dürüstlük kuralı gereği her üyenin gündemi toplantıdan belli bir süre önce öğrenme ve hazırlık yapma imkânına uygun şekilde hareket edilmesi gerekir.

Çoğunluk oluşturmayacak sayıda üyenin toplantı isteminde bulunması durumunda TTK m. 392/VII-2. cümle “*İstemin uygun görülmesi hâlinde çağrı, yönetim kurulu başkasınca yapılır.*” düzenlemesini getirmektedir⁶⁸.

Burada TTK m. 392/VII-2. cümle'nin uygulama alanı istemin çoğunluk tarafından yapıldığı hali düzenleyen TTK m. 392/VII-3. cümle ile belirlenmektedir. Nitekim TTK m. 392/VII-3. cümle'de YK başkanının toplantı çağrısı yapmasında “zorunlu” olduğu hal, YK çoğunluğunun istemde bulunması ile sınırlanmış durumdadır. Öyleyse TTK m. 392/VII-3. cümle'nin mefhumu muhalifi ile TTK m. 392/VII-2. cümle'deki “*uygun görülme*” lafzı birlikte yorumlandığında, tek bir yahut çoğunluğu sağlamayan sayıda üyenin istemde bulunduğu hallerde, YK başkanının veya onun yokluğunda başkan vekilinin çağrı yapmakta “zorunlu” olmadığı, ancak uygun görürse çağrı yapacağı anlamı çıkmaktadır. Bir başka deyişle TTK m. 392/VII-2. cümle'de kanun koyucu YK başkanına veya onun yokluğunda başkan vekiline (TTK m. 366/I) çağrıyı uygun görüp görmeme noktasında bir yetki tanımakta, uygun görme halinde çağrıyı yapmak için yükümlülük yüklemektedir. Oysa TTK m. 392/VII-3. cümle'de başkana böyle bir takdir alanı bırakılmamakta ve çağrı zorunluluğundan bahsedilmektedir.

Çoğunluk oluşturmayacak sayıda üyenin toplantı istemine muhatap olan YK başkanı, takdir hakkını elbette dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağı [4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (“TMK”) m. 2] çerçevesinde kullanmak durumundadır⁶⁹. Örneğin, toplantıda tartışılması istenilen konu YK'nın görev alanına girmiyorsa, hatta şirketi ilgilendirir bir mesele dahi değilse, başkan istemi reddedebilir⁷⁰. Yine daha önce kurul önüne gelmiş ve müzakere edilip karara bağlanmış bir konuda, bazı üyelerin sadece karar istedikleri yönde çıkmadı diye, tekrar tekrar istemde bulunmaları halinde çağrı talep hakkının kötüye kullanılması söz konusu olabilir.

Buna karşılık başkan, YK toplanırsa sırf istemediği bir karar çıkacağını öngörerek toplantı düzenlemeyi reddedemez⁷¹. Hatta başvuru sahibi üye veya üyeler YK'daki mevcut üye dağılımını kendi çıkarları doğrultusunda kullanma çabası içinde olsalar dahi başkan, sırf bu sebeple toplantı düzenlemeyi reddedemez⁷². Kanun'da üyelerin çağrı isteminin gerekçeli olması yahut gündemi içermesi gibi bir zorunluluktan bahsedilmediğinden başkanın bu sayılanların

⁶⁸ Başkanın YK toplantı çağrısını yaparken ve YK'yı toplarken şirketin temsilcisi olarak hareket etmediğini; aksine burada toplantıyı yönetme yetkisini kullanırken şirket içi ve usule ilişkin bir eylemi gerçekleştirdiğini ifade etmek gerekir, Jens Koch, *Aktiengesetz, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 53*, 18. Baskı. Münih: Beck, 2024, N. 2; Habersack, § 110 *Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 15.

⁶⁹ Değişiklik öncesinde doktrinde hakkin açıkça kötüye kullanıldığı haller (TMK m. 2/II) hariç başkanın, üyenin toplantı talebi üzerine toplantı çağrısı yapması ve talebin yerindeliliğini değerlendirmeye tabi tutmaması gerektiği, aksi davranışın sorumluluğunu doğurabileceği (TTK m. 553/I) savunulmaktaydı, Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 485; Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, s. 248.

⁷⁰ Habersack, § 110 *Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 32.

⁷¹ Spindler ve Walla, § 110 *Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 13.

⁷² Habersack, § 110 *Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 32.

yokluğunu gerekçe göstererek toplantı çağrısı yapmaktan kaçınması da mümkün değildir⁷³. Yine üyenin talebi üzerine çağrısı yapılan bir toplantı, yalnızca ilgili üyenin rızası ile iptal edilebilir veya ertelenebilir⁷⁴; başkan kendi takdirine bağlı olarak düzenlediği toplantının aksine burada iptal etme veya erteleme yetkisine sahip değildir.

7511 s. K. m. 15 ile şekillenen TTK m. 392/VII YK başkanının takdir hakkını hukuka aykırı şekilde toplantı yapılmamasından yana kullanması, hatta istemi uygun görmesine rağmen bir sebeple çağrısı yapmaması halinde çağrı rejiminin nasıl şekilleneceği hususunda suskundur. TTK m. 392/VII-4. cümle’de yer alan “*Bu süre içinde yönetim kurulu toplantıya çağrılmadığı veya yönetim kurulu başkanı ya da başkan vekiline ulaşamadığı hâllerde, çağrı doğrudan istem sahiplerince yapılabilir.*” düzenlemesi anlam bütünlüğü itibarıyla 3. cümle ile birlikte okunması gerektiğinden -lafzen- istemin sadece çoğunluğu sağlayan üyelere yapıldığı hâllere özgülenmiş gözükmektedir. Gerekçedeki “*yönetim kurulunun çoğunluğunun iradesinin uygulamaya yansımaya engel olma*” ifadesinden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, başkana zorunluluk getirmekte, akabinde doğrudan çağrı yetkisini, çoğunluğun istemine bağlamaktadır. Bir başka ifadeyle çoğunluk oluşturmayacak sayıda üyenin gerçekleştirdiği istemler, YK başkanı veya başkan vekili tarafından yerine getirilmediği takdirde, Değişiklik çağrısının istem sahiplerince yapılabileceği bir hukuki imkân öngörmemektedir.

Kanun koyucunun bu tercihinin isabetsiz olduğunu düşünüyoruz. Bize göre, *-de lege ferenda-* YK çoğunluğunu oluşturup oluşturmadığına bakılmaksızın istemi⁷⁵ reddedilen her üyenin toplantı çağrısı yapabilmesi gerekir. Toplantı yapılmaksızın elden dolaştırma yoluyla karar alınabilmesini tetikleyen bireysel istemlerin (TTK m. 390/IV)⁷⁶, neden fiziki toplantı çağrısında bulunmaya yeterli görülmediğini anlamlandırmak güçtür. Bireysel istem üzerine toplantı yapılmasının, şirket yönetiminde kaosa sebep olacağı düşüncesi ilk bakışta isabetli gibi gözükse de bu argümanın kuvveti pek çok açıdan aşınmış durumdadır: Örneğin bizatihi Kanun’un öngördüğü yazılı başvuru şartı ve geniş anlamıyla yasada açıkça öngörülme dahi çağrının tüm üyelere yapılması zorunluluğu, gerekli hukuki güvenliği sağlamaktadır. Kaldı ki YK’nın sağlıklı işleyişi ve düzenin tesisi bakımından öncelikle başkana başvuru kuralı getirilmiştir. Tüm bu emniyet tedbirlerine karşılık başkanın ve vekilinin toplantı çağrısı yapmaması, özellikle takdir hakkını hukuka aykırı şekilde kullanması halinde, sırf çoğunluk oluşmuyor diye istem sahiplerine hiçbir imkân tanınmaması yerinde olmamıştır.

YK’nın sürekli olarak toplanamamasının meydana getirdiği işlevsizlik veya kilitlenmenin TTK m. 530 uyarınca açılacak bir dava ile şirketin feshine neden olabilmesi tehlikesi⁷⁷ de göz önüne alındığında ele aldığımız probleme dair yorumun YK’nın toplanmamasına değil,

⁷³ Gerekçe belirtilmemesinin tek başına hakkın kötüye kullanılması olarak görülemeyeceği yönünde bkz. Kıratlı, *Yönetim Kurulu Başkanı*, s. 64.

⁷⁴ Habersack, § 110 *Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 17.

⁷⁵ Bu noktada toplantı isteminin hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2/II) teşkil etmemesi gerektiği de not edilmelidir.

⁷⁶ Bu yöntemin yararları ve uygulama sorunları ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Başkan*, s. 117 vd.

⁷⁷ Pek çokları yerine bkz. İsmail Cem Soykan, *Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 173 vd.

kanun koyucuyu Değişiklik'i yapmaya iten toplantı yapılmasının kolaylaştırılması ve toplantı üzerinde uyuşmazlık sayısının azaltılması amacına hizmet etmesi gerekmektedir.

Tüm bunlar dikkate alındığında salt lafzi yorum yapılması hükmün amacı ile bağdaşmayacağından⁷⁸ Kanun'da boşluk bulunduğu kabul edilmeli ve çoğunluk oluşturmayacak sayıda üyenin usulüne uygun şekilde gerçekleştirdiği istemlerin karşılık bulmaması halinde TTK m. 392/VII-4. cümle'nin kıyasen uygulanması suretiyle, istem sahibi üyelerin doğrudan çağrı yapmaları mümkün görülmelidir.

Öte yandan Kanun'daki bu eksikliğin TTK m. 392/VII-son cümle gereği esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle aşılması mümkündür. Ancak her halde, olası tartışmaların önüne geçmek adına TTK m. 392/VII-3 ve 4. cümle'nin çoğunluk oluşturmayacak sayıda üyenin gerçekleştirdiği istemler bakımından da geçerli olacağı bir düzenlemenin yapılmasının yerinde olacağını ifade etmek isteriz.

Kanun'un suskun kaldığı noktalardan bir diğeri ise istemi uygun gören başkana, çağrıyı ve nihayetinde toplantıyı gerçekleştirme için bir zaman sınırı koyulmamasıdır. TTK m. 392/VII-3. cümle'deki "en geç otuz gün"lük süre sınırı, TTK m. 392/VII-2. cümle'de yer almamaktadır. Kanun koyucu CO art. 715 ve AktG § 110'un aksine, başkanın derhal veya gecikmeksizin toplantı düzenlemesini aramamıştır. Kanaatimizce Kanun'un buradaki suskunluğu bilinçli olmayıp, başkanın TMK m. 2 çerçevesinde mümkün olan en kısa sürede çağrı yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.

B. ÇOĞUNLUK OLUŞTURAN SAYIDA ÜYENİN İSTEMİ

TTK m. 392/VII-3 ve 4. cümleler çağrı isteminin "yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu" tarafından yazılı şekilde yapılması şartına bağlı olarak farklı bir rejim belirlemektedir. Bu halde YK başkanı, kurulu, "istem kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde yapılacak şekilde toplantıya çağırma zorundadır". Kanun koyucu burada YK başkanının takdir yetkisini ortadan kaldırmakta ve kendisine gerekçedeki ifadeyle çağrı yapma yükümlülüğü yüklemektedir.

Kanun koyucunun amacı YK toplantısının daha kolay gerçekleşmesi, müzakere ortamının teşvik edilmesi ve bu konudaki uyuşmazlık sayısının azalması olduğuna göre, çoğunluk değil de üçte bir yahut dörtte bir gibi daha düşük oranın tercih edilmesi⁷⁹, hatta bir üstteki başlıkta ifade ettiğimiz üzere tek bir üyenin isteminin dahi yeterli görülmesi isabetli olurdu.

Kanun'da üyelerin çağrı isteminin gerekçeli olması yahut gündemi içermesi gibi bir zorunluluktan bahsedilmediğini vurgulamak gerekir. Dolayısıyla başkanın böyle bir gerekçe ile toplantı çağrısı yapmaktan kaçınması mümkün değildir; aksi halde TTK m. 392/VII-4. cümle uygulanarak istem sahiplerince doğrudan çağrı yapılabilir.

⁷⁸ Eğer kanunun lafzı ile ruhunu (sözü ile özünü) bağdaştırmak mümkün olmuyorsa ve hükmün lafzı ile ruhu açıkça çatıyorsa, bu takdirde ortada bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilir ve boşluk hâkim tarafından kanunun ruhuna uygun bir çözümlerle doldurulur, Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 22. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, N. 245.

⁷⁹ Örneğin, Fransız hukukunda gözetim kurulu toplantı çağrısı için CC art. R225-45/II gereği yönetici kuruldan tek bir üyenin; gözetim kurulundan ise üçte bir oranını sağlayacak sayıda üyenin istemi yeterli görülmektedir.

Meri düzende geçerli olan “*yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu*” ifadesinden salt çoğunluk anlaşılmalıdır. Örneğin, üç kişilik YK’da iki, dört ve beş kişilik YK’da üç, altı kişilik YK’da dört üye çoğunluğu sağlamaktadır. Anılan ifade sebebiyle iki kişilik YK’larda başkan olmayan üyenin çoğunluk oluşturması mümkün değildir. Bir başka deyişle Değişiklik, başkanın çağrı yapmamakta ısrar ettiği iki kişilik YK’larda uygulanabilir değildir ki bu tercihin isabetsiz olduğunu düşünüyoruz.

Benzer şekilde YK başkanı aynı zamanda üye sıfatını da haiz olduğundan, onun bu çoğunluk hesabına dahil kabul edilmesi de yerinde olmamıştır. Nitekim toplantı yapılmasına karşı çıkan başkan zaten hesaplamada bir olumsuz oyu garanti etmektedir. Halbuki “*başkan dışındaki yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu*” ilkesi benimsense idi, özellikle dört, altı ve sekiz kişilik YK’larda⁸⁰ doğrudan çağrı yetkisi için ulaşılmaması gereken üye sayısı daha düşük olacak ve gerekçede vurgulanan müzakere ortamının güçlendirilmesi amacıyla daha uygun bir dağılım oluşacaktı. Değişiklik’in benimsediği kriteri bu yönüyle de yerinde bulmuyoruz.

Başkanın çağrı yükümlülüğü süre bakımından da şekillendirilmiştir. Buna göre başkana tanınan süre istemin kendisine ulaşmasından itibaren en fazla otuz gündür. Kanun koyucunun şirketler hukukuna yabancı olmayan⁸¹ otuz günlük süreyi benimsemesi şaşırtıcı değildir. Ancak YK’nın yürüttüğü yönetim ve temsil işlevleri gereği -kural olarak- sık toplanması gereken bir organ olduğu düşünüldüğünde otuz günlük sürenin gereğinden fazla uzun olduğu kanaatindeyiz. Üyelerin çağrı istemi -çoğu zaman- başkanın çağrı yapmamakta uzun bir süre ısrar etmesi nedeniyle YK’nın toplanamaması sonucu gerçekleşeceğinden, buradaki bekleyişe otuz gün daha eklemek yerinde olmamıştır. Fransız hukukunda gözetim kurulunun toplanması için öngörülen (CC art. R225-45/II) on beş yahut İsviçre uygulamasında sık karşılaşıldığı ifade edilen on günlük sürenin benimsenmesi⁸², YK’nın işleyişi ve dinamikleri bakımından daha isabetli olurdu⁸³.

Bunun yanında Kanun’da belirlenen sürenin yalnızca çağrının yapılması için değil⁸⁴, YK toplantısının gerçekleşmesi için arandığını ve üst sınırı⁸⁵ çizdiğini belirtmekte yarar vardır.

⁸⁰ Bu ihtimalde dört kişilik bir YK’da üç yerine iki, altı kişilik YK’da dört yerine üç, sekiz kişilik YK’da ise beş yerine dört üyenin istem sahibi olması yeterli olacaktır.

⁸¹ Yeniden yapılandırılmalarda inceleme hakkına ilişkin TTK m. 149, 156, 188; anonim şirketin tescili ve ilanına ilişkin TTK m. 354; özel denetim isteme hakkına ilişkin TTK m. 438 ile tasfiye memurları ile pay sahipleri arasındaki uyumsuzluklara ilişkin TTK m. 546 otuz günlük sürenin benimsendiği örneklerdendir.

⁸² İsviçre hukukunda, başkanın on günlük bir çağrı süresi kullanması ile sık karşılaşıldığı, toplantının aciliyetine göre sürenin kısalabileceği ifade edilmektedir, Zen-Ruffinen ve Bauen, *Le conseil d’administration*, N. 352. Beş ilâ on iş günü olağan olmakla birlikte, acil durumlarda bu sürenin kısaltılabileceğinden bahisle Wernli ve Rizzi, *Art. 715*, N. 8.

⁸³ Madde gerekçesinde yer alan mevcut hükmün “*şirketin karar alma süreçlerini uzatmakta*” olduğu açıklamasıyla bağdaşmadığı, otuz günlük sürenin kısaltılarak örneğin on beş gün süre tanınması yönünde öneri için bkz. Kayıklık, Abdurrahman, “Türk Ticaret Kanunu’nda Değişiklikler Öngören Kanun Teklifi Üzerine”, Esas Mukavele (Blog), Erişim Tarihi: 01.07.2024, <https://esasmukavele.blogspot.com/2024/05/turk-ticaret-kanununda-degisiklikler.html>.

⁸⁴ Bu yönüyle TTK m. 392/VII-4. cümle’de “*Bu süre içinde yönetim kurulu[nun] toplantıya çağırılma[masına]*” sonuç bağlanması yerinde olmamıştır. Nitekim önemli olan çağrının otuz gün içinde yapılması değil, toplantının otuz gün içinde yapılmasıdır.

⁸⁵ Alman hukukunda ise çağrının ne zaman yapılacağı ile ilgili suskun olan AktG § 110/II, toplantıyı çağrıdan sonra iki hafta içinde yapma zorunluluğu getirerek farklı bir anlayış benimsemiştir.

Sürenin başlangıcı için esas alınan istemin ulaşma anının tespitinde ise borçlar hukukundaki hakimiyet alanına girme prensibinden faydalanılabilir⁸⁶. İstemde aranan yazılı şekil, ulaşma anının belirlenmesinde de fayda sağlayacaktır. Mektup, faks, e-posta, SMS, imza karşılığı kurye teslimatı gibi yöntemlerle yapılan bildirimler⁸⁷, yazılılık şartını karşılamaktadır.

İstemın şeklinin yazılı olması, bolca uyuşmazlığa gebe Türk uygulamasında⁸⁸ ispat tartışmalarının önüne geçilmesi, en azından azaltılması bakımından yerinde olmuştur. Ancak yazılı şeklin geçerlilik mi yoksa ispat şekli mi olduğu tartışılabilir.

Değişiklik öncesinde, TTK m. 392/VII-1. cümle'deki şartın ispat şekli olduğu; başkanın sözlü talep üzerine dahi toplantıya çağrı süreci başlatılabileceği savunulmaktaydı⁸⁹. Buna karşılık yasada öngörülen şeklin -kural olarak- geçerlilik şekli olduğu ilkesinden hareketle (TBK m. 12/II), buradaki şeklin de geçerlilik şekli olduğu kabul edilebilir. Bu halde *-de lege lata-*, yazılı şekle uyulmaksızın yapılan sözlü istemlerin kesin hükümsüz olmasından⁹⁰ hareketle TTK m. 392/VII kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yorumu yapılabilir. Yazılılık şartının ispat şartı olduğu *-de lege ferenda-* açıklığa kavuşturulmalıdır.

Elbette sözlü istemi alan başkanın, kendi çağrı yetkisini kullanarak toplantı gerçekleştirilmesi mümkündür. Ancak başkan sözlü istem üzerine toplantı çağrısında bulunmaya zorunlu olmadığı gibi; talebi reddettiğinde -başkana yazılı başvuru şartı yerine gelmediğinden- istem sahiplerinin doğrudan çağrı yapması da mümkün olmayacaktır. Yine kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği⁹¹ de unutulmamalıdır.

C. TOPLANTININ SÜRESİNDE YAPILMAMASI YAHUT ULAŞILAMAMA HALİ

TTK m. 392/VII-4. cümle, *"Bu süre içinde yönetim kurulu toplantıya çağrılmadığı veya yönetim kurulu başkanı ya da başkan vekiline ulaşılmadığı hâllerde, çağrı doğrudan istem sahiplerince yapılabilir."* düzenlemesini getirmektedir. Anılan cümle Değişiklik'in en can alıcı noktasını oluşturmaktadır; çünkü kanun koyucu Türk hukuk tarihinde ilk kez, YK başkanı veya başkan vekilinin iradesi dışında YK toplantı çağrısı yapılmasına açıkça cevaz vermektedir. Böylece çoğunluğu oluşturmaları şartıyla istem sahipleri, istemlerinin yerine getirilmemesi, yani toplantının gerçekleşmemesi durumunda başvurabilecekleri açık ve etkili bir hukuki

⁸⁶ Beyanın varması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme*, 7. Tıpkı Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, § 15 N. 8 vd.; Oğuzman ve Barlas, *Medenî Hukuk*, N. 686.

⁸⁷ Bunların ulaşıp ulaşılmadığı konusu ispat hukukuna tabi olup, makalemizde ayrıca incelenmeyecektir.

⁸⁸ Almanya ve Fransa'da yazılılık şartı aranmamaktadır. İsviçre'de ise önceden aranan şart, 1991 Revizyonu ile kaldırılmıştır. Ancak anılan ülkelerin aksine YK çağrısı konusunda çok fazla uyuşmazlık yaşanan Türk hukukunda yazılılık şartı aranmasının yerinde olduğunu düşünüyoruz.

⁸⁹ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 484; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 528; Dural, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi*, s. 69; Kıratlı, *Yönetim Kurulu Başkanı*, s. 63-64; ayrıca bkz. Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Başkan*, s. 111; aksi yönde bkz. Hamamcıoğlu, *Yargıtay Kararları Işığında*, s. 128. Nitekim mehaz İsviçre hukukunda 1991 revizyonu öncesi CO art. 713/II'de yazılılık şartı aranmakta iken meri CO art. 715'te bu şart kaldırılmıştır, bkz. Wernli ve Rizzi, *Art. 715*, N. 2. Talebin sözlü yapılabileceği yönünde bkz. Peter ve Cavadini, *Art. 715*, N. 2; Müller ve Monnier, *La séance du conseil d'administration*, s. 696.

⁹⁰ Kanunî şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu yönünde bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, 18. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, N. 479 vd.

⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, N. 485 vd.

imkâna kavuşmaktadır. Getirilen yenilikle talebin öncelikle başkana iletilmesi sonucu şirket işleyişindeki düzen sağlanmakta; ancak başkanın istemi açıkça reddetmesi, sürüncemede bırakması yahut sessiz kalması gibi yöntemlerle süreci bloke etmesinin de önüne geçilmektedir. Başkanın işlem ve eylemlerindeki hukuka aykırılık, çağrı iradesinin ondan alınarak istem sahiplerine verilmesi suretiyle bertaraf edilmektedir. Bu noktada, istemde bulunan üyelere hantal işleyen dava yolunun değil, doğrudan çağrı yolunun gösterilmesi de YK'nın çalışma prensibine ve niteliklerine uygun bir çözüm olmuştur.

Hükümün getirdiği yenilik isabetli ve yerindedir. Kanun koyucunun uygulamada ortaya çıkan, doktrin ve içtihatlarda çokça tartışılan, azımsanmayacak sayıda uyuşmazlığa ve davaya sebep olan bir sorunu çözme iradesi de takdir edilmelidir. Kaldı ki bu sefer, çoğu zaman takip edilen Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinin düzenlemeleri ele alınmamış, Türk hukukuna özgü bir hüküm kaleme alınmıştır. Buna karşılık, düzenlemenin kusursuz olduğundan bahsetmek de mümkün değildir.

Bir kere TTK m. 392/VII-4. cümle'de *"Bu süre içinde yönetim kurulu[nun] toplantıya çağrılma[masına]"* sonuç bağlanması isabetli olmamıştır. *"Bu süre"*den kasıt bir önceki cümledeki *"istem [başkana] ulaştığı tarihten itibaren en geç otuz gün"*dir. Oysa TTK m. 392/VII-3. cümle'ye göre başkanın yükümlülüğü yalnızca çağrının değil, toplantının otuz gün içinde yapılmasıdır. Meseleyi bir örnekle açıklamak gerekirse: Başkanın istemin kendisine ulaştığı tarihten itibaren otuz günlük süre dolduktan sonra (mesela kırk beşinci, altmışıncı yahut kesretten kinaye üç yüz altmışıncı günde) toplantı yapılacak şekilde, son (otuzuncu) günde çağrı yaptığı varsayılın. Bu halde başkan, TTK m. 392/VII-3. cümle uyarınca hem çağrıyı hem toplantıyı otuz gün içinde yapmak zorunda olmasına karşılık, bu yükümlülüğüne aykırı davranmaktadır. Ancak TTK m. 392/VII-4. cümle'nin lafzına bakılacak olursa, çağrı otuz günlük azami sürede yapıldığı için, istem sahiplerinin doğrudan çağrı yapma şartları oluşmamaktadır. Böylece başkanın, otuz günlük azami sürede çağrı yapmak suretiyle, toplantıyı bundan çok sonraya ertelemesine kapı aralanmaktadır. Hüküm özenli kaleme alınmadığı ve yasama aşamalarında bilimsel görüşlerden yararlanılmadığı için bu olasılıkta istem sahipleri kendilerine tanıyan doğrudan çağrı yetkisini kullanamamaktadır.

İzah ettiğimiz sebeplerle hükümdeki *"Bu süre içinde yönetim kurulu toplantıya çağrılmadığı"* ifadesinin *"Bu süre içinde yönetim kurulu toplantısı gerçekleşmediği"* şeklinde kaleme alınması gerekirdi⁹². Ancak mevcut halde de kanun koyucunun konuyu bilinçli şekilde düzenleme yapmaktan imtina ettiği değil, kanun yapımında özensiz davranıldığı ve örtülü kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmeli; otuz günlük sürede toplantı gerçekleşmediği takdirde istem sahiplerinin doğrudan çağrı yapmalarına izin verilmelidir.

Burada vardığımız sonuca bir şerh de düşmek gerekir: İstem üzerine başkan, toplantı çağrısını yapar ve fakat yeter sayının olmaması gibi bir sebeple YK toplanamazsa yahut toplansa dahi karar alamazsa, istem sahiplerinin doğrudan çağrı hakkı tükenmiş olur⁹³. Nitekim bu

⁹² Kanun'daki bu eksikliğin TTK m. 392/VII-son cümle gereği esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle aşılması mümkündür.

⁹³ Habersack, § 110 *Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 33, 38.

örnekte başkan, istemi kabul ederek çağrıda bulunmuş, ancak kurul başkaca sebeplerle toplanamamıştır. Yeter sayı sağlanamaması nedeniyle toplantı yapılamamışsa, istem sahipleri yeni bir toplantı isteminde bulunabilir.

Yine istem sahibi üyelerce belirlenen gündem⁹⁴ ile TTK m. 392/VII-3. cümle uyarınca başkanın yaptığı çağrıda gündem örtüşmelidir. Bir başka deyişle başkanın, istem sahiplerinin taleplerinden bambaşka bir gündemle kurulu toplantıya çağırarak hükmün arkasından dolanması mümkün olmamalıdır. Aksi halde başkanın toplantı çağrısı yapmadığı kabul edilmeli ve istem sahiplerinin TTK m. 392/VII-4. cümle uyarınca çağrı yapmasına izin verilmelidir.

Ele alınması gereken ikinci aksaklık, istem sahiplerinin doğrudan çağrı yapmalarına imkân veren diğer hale ilişkindir: “*yönetim kurulu başkanı ya da başkan vekiline ulaşılamadığı hâller*”. Hüküm “*ulaşılamama*” sebebiyle çağrı sürecinin sürüncemede kalmasını engellemektedir ki bu isabetli bir tercihtir. Gerçekten de böyle bir düzenleme yapılmasaydı YK başkanının iradi yahut iradi olmayan sebeplerle ulaşılabilir olmadığı hallerde sürecin akıbeti daima tartışılır olacaktı. Kanun koyucunun bu kapıyı kapatmak istemesi yerinde olmuştur. Ancak hükümdeki kişi unsuru -yani kime ulaşılamazsa doğrudan çağrı yetkisinin doğacağı sorusu- kullanılan “*ya da*” bağlacı sebebiyle sorun yaratmaktadır. Gerçekten de YK başkanı “*ya da*” başkan vekiline ulaşılamaması arandığı için ikisinden birine ulaşılamaması doğrudan çağrı şartını sağlamaya yeter gözükmemektedir. Oysa başkan vekilinin yetkileri, TTK m. 366/I uyarınca başkanın yokluğunda devreye girmektedir. Hal böyle iken başkana ulaşılmaksızın salt başkan vekiline ulaşılma istenmesi ve nihayetinde ulaşılamaması, doğrudan çağrıda bulunmak için yeterli görülmesi gerekir. TTK m. 366/I’in kurduğu yetki hiyerarşisinin, TTK m. 392/VII-4. cümle’de gözetilmemesi ve salt başkan vekilinin muhatap alınmasına imkân tanınması doğru olmamıştır⁹⁵.

Ayrıca TTK m. 366/I en az bir başkan vekili seçilmesinden bahsettiğinden birden fazla başkan vekili seçilmesi de olanaklıdır⁹⁶. Birden fazla başkan vekili bulunan hallerde, hükmün vekillerin hiçbirine ulaşılamaması şeklinde anlaşılması gerekir.

Öyleyse hükümdeki “*yönetim kurulu başkanı ya da başkan vekiline ulaşılamadığı hâllerde*” ifadesinin TTK m. 366/I ile uyumlu olacak şekilde “*yönetim kurulu başkanı ve onun bulunmadığı zamanlarda başkan vekiline, birden fazla başkan vekili varsa bunlardan hiçbirine ulaşılamadığı hâllerde*” şeklinde düzenlenmesi; bu surette çağrı isteminin muhatabının belirlenmesinde kademelendirmeye gidilmesi daha doğru olacaktır.

“*Ulaşılamama*” kavramı ise hükümdeki en muğlak ifade olarak görülebilir. Kavramın içeriğinin nasıl doldurulacağı -bir hukuk klişesi olma pahasına- somut olayın şartlarına göre belirlenecektir. Ancak istem sahibi kişilerin YK üyeleri olduğu ve TTK m. 369 uyarınca özen yükümlülüğü altında buldukları ile olayın dürüstlük kuralı (TMK m. 2) şemsiyesi altında

⁹⁴ Her ne kadar Kanun istemde veya çağrıda gündemin belirtilmesini zorunlu tutmamışsa da istem sahiplerinin -çoğu zaman- oldukça spesifik bir gündemle toplantı istemeleri söz konusu olacaktır.

⁹⁵ Kanun’daki bu eksikliğin TTK m. 392/VII-son cümle gereği esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle aşılması mümkündür.

⁹⁶ Eminoglu ve Avci, *Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Başkanı*, s. 1032.

kaldığı hatırdan çıkarılmamalıdır. Buna göre, üyelerin başkan ile vekiline, ulaşma konusunda tedbirli bir yöneticiden beklenen özenle davranmaları gerekir. Örneğin, başkanın şahsına değil şirkete gönderilen istem, kullanılmadığı bilinen bir e-posta adresine atılan e-posta yahut başkanın oturduğu sitenin güvenliğine bırakılan bir not, -kural olarak- “ulaşlamama” şartını sağlamamalıdır. Ancak ulaşma çabasının özen yükümlülüğü ve dürüstlük kuralları uyarınca üyelerden beklenemeyecek bir külfet gerektirmesi halinde, şartın sağlandığı kabul edilebilir. Örneğin, YK başkanına ulaşma sadece ülkemize uçakla dahi bir gün mesafedeki Yeni Zelanda gibi bir ülkeye seyahati ile mümkün ise, -kural olarak- istem sahiplerinin böyle bir zahmete katlanmaksızın doğrudan çağrı yapmalarına izin verilmesi gerekir.

Bir şekilde başkan ve başkan vekili seçimi yapılmayan YK’lardaki durumun ne olacağı tartışılabilir. Nitekim TTK m. 392/VII’nin tüm kurgusu, TTK m. 366’nın amir hükmü uyarınca başkan ve en az bir başkan vekili seçimi yapıldığı kabulü üzerine bina edilmiştir. Buna karşılık, ihmal, unutmaya yahut başkaca sebeplerle bu seçimin yapılmadığı şirketlere rastlamak mümkündür⁹⁷. Ayrıca YK üyeliğinin sona ermesi ile üyelik sıfatına bağlı yürütülen diğer görevlerin, bu bağlamda YK başkanlığı veya başkan vekilliğinin de sona erdiği⁹⁸ ve yeni bir seçim yapılana kadar başkanlık ve başkan vekilliği koltuklarının boş kalacağı unutulmamalıdır. Kanaatimizce bu hallerde TTK m. 392/VII’nin uygulanamayacağı sonucuna varmak, kanun koyucunun hükmü ihdas amacıyla bağdaşmaz. Öyleyse, başkan ve başkan vekili seçimi hiç yapılmamış yahut anılan sıfatlar sona ermiş olsa dahi durum, bunlara “ulaşlamama” ile denk görülerek, doğrudan istem sahiplerince çağrı yapılmasına olanak sağlanmalıdır⁹⁹.

D. ÇAĞRININ ÜYELERCE YAPILMASI

Çağrının doğrudan istem sahiplerince yapılması halinde, normal koşullarda başkanın gözetmesi gereken ilkeler¹⁰⁰ istem sahiplerince yerine getirilmelidir. Örneğin, toplantının gündeminin belirlenmesi, çağrının tüm üyelere yapılması, üyelere toplantı için gerekli hazırlığı yapmaya yeterli süre tanınması, toplantının kanun ve esas sözleşmeye uygun yer ve koşullarda yapılması gibi.

Öte yandan Kanun’da böyle bir zorunluluk aranmamakla birlikte olası bir uyumsuzluğu önleme adına, çağrının, başkandan istemde bulunulduğu ve bu istemin karşılanmadığına ilişkin bilgi ve olguları da içermesi, toplantıyı düzenleme yetkisine ilişkin kanıt sunulması -diğer

⁹⁷ Başkanın seçilmesi zorunluluk arz etse de seçilemediği durumlarda YK’nın ve dolayısıyla şirketin işleyememesi sonucunu çıkaracak şekilde yorum yapmanın, şirketi geri dönülmesi güç zorluklarla karşı karşıya bırakmak anlamına geleceği yönündeki tespitler için bkz. Eminoglu ve Avcı, *Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Başkanı*, s. 1034.

⁹⁸ Sarıkaya, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Sıfatının Sona Ermesi*, s. 280.

⁹⁹ Alman hukukunda da başkan ve başkan vekili henüz seçilmemişse veya seçilenler istifa etmişse yahut toplantıya katılmıyorsa, gözetim kurulunun her bir üyesinin ve YK’nın AktG § 110/II’ye uygun şekilde doğrudan toplantı çağrı yetkisine sahip oldukları kabul edilmektedir, Habersack, *§ 110 Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 10; Koch, *Aktiengesetz*, N. 2.

¹⁰⁰ Bilgi için bkz. Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 187; Hamamcioğlu, *Yargıtay Kararları Işığında*, s. 132 vd.; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar Hukuku I*, N. 528; İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, s. 210; Oğuz İmregün, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt I*, İstanbul: Beta, 2001, s. 281 vd.; Yüce, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, s. 70.

üyelerin durumdan haberdar olmaları ve keyfiyeti gözden geçirebilmeleri için- faydalı olacaktır¹⁰¹.

Hüküm “*çağrının doğrudan istem sahiplerince*” yapılabileceğini ifade ettiğinden, istem sahiplerinden bir veya birkaç kişinin çağrı yapıp diğerlerinin bu işleme katılmaması durumunda ne olacağı sorusu akla gelebilir. Alman hukukunda gözetim kurulunun birden fazla üyesi toplantının düzenlenmesini talep etmişse, toplantının istem sahibi üyelerden biri tarafından düzenlenmesinin yeterli olduğu; bu nedenle, istemleri reddedilen tüm üyelerin bu süreçte katılımının gerekli olmadığı savunulmaktadır¹⁰². Ancak AktG § 110/I'de her bir gözetim kurulu üyesinin başkandan çağrı isteminde bulunabildiği ve başkanın çağrı yapmadığı halde doğrudan çağrı yetkisini kullanabildiği unutulmamalıdır. TTK m. 392/VII düzeninde ise doğrudan çağrı ancak çoğunluk istemi ile aktifleşen bir yetkidir. Bu sebeple kanaatimizce çoğunluğun istemi, TTK m. 392/VII-4. cümle uyarınca hem çağrı hakkının doğumu hem de kullanımını için aranan bir şart olup, çağrının istem sahibi üyelerce müştereken yapılması gerekir. Nitekim Almanya'da gözetim kurulu çağrısında organ olarak istemde bulunmaya yetkili kılınan YK'nın bir bütün olarak hareket etmesi gerektiği, bireysel olarak YK üyelerinin yahut şirketi temsile yetkili olan kimselerin çağrıda bulunamayacakları kabul edilmektedir¹⁰³.

Buna karşılık, istem sahibi bir üyenin çağrı işlemlerine fiilen katılmasa da onay veya icazet vermesi mümkündür. Örneğin, istem sahibi olduğu çağrı metnine imza atmayan bir üyenin toplantıya gelip müzakerelerde bulunması halinde, çağrıya icazet verdiği açıktır. Çağrının esas amacı, toplantının yeri, zamanı, gündemi gibi konularda üyelerin aydınlatılması olduğundan, tek bir üyenin yapıp istem sahibi diğer üyelerin katılmadığı ve fakat zımnen onayladıkları bir çağrının geçersiz kabul edilmemesi gerekir.

Kanun istem sahiplerinin yapacağı çağrının süresi konusunda suskundur. Başkanın talebi reddi halinde, istem sahipleri derhal çağrıda bulunabilir. Başkanın suskunluğu yahut kendisine ulaşamaması halinde doğrudan çağrı yetkisinin doğumu için TTK m. 392/VII-3. cümle'deki otuz günlük süre zaten beklenmelidir; sürenin dolmasından itibaren derhal çağrı yapılabilir.

E. YETER SAYILAR

TTK m. 392/VII-5. cümle TTK m. 390/I'e atıf yapmaktadır. Buna göre YK üyesi veya üyeleri tarafından doğrudan çağrı ile gerçekleşen toplantılarda yeter sayı bakımından olağan düzenden sapan bir uygulama söz konusu değildir. Buna göre “*Esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır*”.

¹⁰¹ Koch, *Aktiengesetz*, N. 9. Aykırı davranış halinde gözetim kurulu toplantısında alınan kararların -tüm üyeler hazır bulunup konu usule ilişkin bir itirazda bulunulmaksızın karara bağlanmadıkça- geçersiz olacağı yönünde bkz. Habersack, § 110 *Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 37. Elbette AktG § 110/II'de çağrının gerekçe ve gündemi içermesinin zorunlu tutulduğu unutulmamalıdır. Böylesi bir zorunluluğun bulunmadığı Türk hukukunda kararların geçerliliği ile ilgili bu denli ağır bir yaptırıma gidilmesi isabetli olmayacaktır.

¹⁰² Habersack, § 110 *Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 35; Spindler ve Walla, § 110 *Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 39.

¹⁰³ Koch, *Aktiengesetz*, N. 8; Spindler ve Walla, § 110 *Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 39.

F. ESAS SÖZLEŞMEDE “FARKLI BİR USUL” BELİRLENMESİ

Değişiklik'in getirdiği en isabetli yeniliklerden biri TTK m. 392/VII-son cümle'deki “*Esas sözleşmede yönetim kurulunun toplantıya çağrılmasına ilişkin farklı bir usul belirlenebilir.*” düzenlemesidir. Bu düzenleme ile Değişiklik öncesi dönemde, özellikle TTK m. 340'tan kaynaklı olarak esas sözleşme ile çağrı usulünün belirlenip belirlenmeyeceğine ilişkin tartışmalara nokta koyulmakta ve esas sözleşmede düzenleme yapılabileceği -isabetli şekilde- ortaya konulmaktadır. Geniş anlamda yasaya ve esas sözleşmeye uygun olması şartıyla şirket iç yönergesinde düzenleme yapılması da mümkün görülmelidir.

Bunun yanında yukarıda değindiğimiz Değişiklik'in yetersiz kaldığı konular ile çağrının şekli, zamanı, içeriği gibi konuların esas sözleşme ve iç yönerge ile düzenlenmesi suretiyle çağrı süreci daha sağlıklı ve öngörülebilir hale getirilebilir.

“[Y]önetim kurulunun toplantıya çağrılmasına ilişkin farklı bir usul” e kapı aralayan düzenleme, esas sözleşme ile Değişiklik'te öngörülenlerden daha ağır şartlar getirilip getirilemeyeceği sorusunu akla getirmektedir. Hükümün lafzı salt farklılığa vurgu yaptığından ilk bakışta, esas sözleşmenin toplantı çağrısı için daha ağır şartlar getirebileceği izlenimi oluşmaktadır. Buna karşılık, hükümün ruhunun “*şirketin idaresi yetki ve görevini yürüten yönetim kurulunun karar alma süreçlerini zora sokma[ma] ve yönetim kurulunun çoğunluğunun iradesinin uygulamaya yansımaya engel olma[ma]*” olduğunu hatırlamak gerekir. Bu sebeple YK'nın daha kolay toplanıp karar alması ve bu yöndeki tereddüt ve uyuşmazlıkların giderilmesi için yapılan düzenlemenin, toplantı çağrısının daha zor şartlarda yapılabileceği şeklinde yorumlanmaması gerekir. Öyleyse TTK m. 392/VII-son cümle ile esas sözleşme hükümlerine verilen ruhsat, Değişiklik'in aradığı şartların daha da gevşetilmesine münhasır kabul edilmelidir¹⁰⁴. Örneğin, esas sözleşme ile her bir üyeye doğrudan çağrı imkânı getirilebilir¹⁰⁵. Buna karşılık, üyelerin toplantı talebinde bulunma haklarının bireysel olarak değil, en az iki üye tarafından kullanılabilmesi; doğrudan çağrı imkânının üyelerin çoğunluğu yerine dörtte üçünün talep etmesi halinde doğacağı; başkanın otuz yerine altmış gün süresi olduğu yahut çağrı hakkının sadece başkanda olduğu şeklindeki ağırlaştırıcı düzenlemeler TTK m. 340 uyarınca geçersiz kabul edilmelidir.

Öte yandan, Değişiklik'in öngördüğü çağrı hakkının özüne ve temel mantığına dokunmaksızın, hukuki güvenliğin yahut düzenin sağlanması amacıyla şekil, süre, talebin yöneltileceği adres gibi tali konularda düzenleme yapılabileceğini kabul etmek gerekir¹⁰⁶. Örneğin, toplantı çağrısının belirli bir şekilde, mesela e-posta yahut SMS ile yapılabileceği öngörülebilir. Yine üyelerin toplantıya hazırlanmaları için toplantı çağrısı ile toplantı günü arasında en az üç gün veya en fazla bir hafta bulunması gibi süreye dair şartlar aranabilir. Ancak her halde, çağrı

¹⁰⁴ İsviçre hukukunda esas sözleşme yahut iç yönerge ile CO art. 715'e eklemeler yapılabileceği ifade edilmektedir, Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 9 N. 148. Alman hukukunda da toplantı düzenlenmesini talep hakkının genişletilebileceği kabul edilmektedir, Habersack, § 110 *Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 29.

¹⁰⁵ Esas sözleşme ile YK üyelerine bireysel çağrı hakkı tanınması, AktG § 110/I-ilk cümle'den sapar, Habersack, § 110 *Einberufung des Aufsichtsrats*, N. 29.

¹⁰⁶ Aynı yönde bkz. Peter ve Cavadini, *Art. 715*, N. 2.

hakkının kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz bir hak olduğu, bu sebeple kullanımının zorlaştırılmaması gerektiği akıldan çıkarılmamalıdır.

V. DEĞİŞİKLİK'İN ETKİ ALANI

7511 s. K. m. 15 anonim şirketlere ilişkin TTK m. 392/VII'yi değiştirse de etki alanı bu şirket tipi ile sınırlı değildir. TTK m. 570'teki atıfla "[a]nonim şirketlerin yönetim kurulunun görevleriyle sorumluluklarına ilişkin hükümleri, yönetici olan komandite ortaklar hakkında da geçerli" kabul edildiği için, Değişiklik sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler hakkında da hüküm ifade etmektedir. Yine KoopK m. 98'deki atıf gereği kooperatif şirket YK'larında da uygulama alanı bulacaktır.

Limited şirketlere ilişkin olarak ise TTK m. 644/I-c'de "müdürlerin bilgi alma haklarına kıyas yolu ile uygulanmak üzere 392 nci madde"nin limited şirketlere de uygulanacağı ifade edilmektedir. Değişiklik öncesi dönemde TTK m. 392/VII-1. cümle'nin limited şirketler açısından da uygulanacağı ve müdürler kurulu başkanının müdürleri toplantıya çağıracağı; ancak müdürlerden her birinin gerektirici sebepleri bildirmek suretiyle müdürler kurulunu toplantıya çağırmasının mümkün olduğu kabul edilmekteydi¹⁰⁷.

TTK m. 644/I-c atfı müdürlerin bilgi alma hakları ile sınırlayıcı şekilde kaleme alınmışsa da TTK m. 392/VII'de düzenlenen YK toplantı çağrısının da bu atıf kapsamında kaldığını kabul etmek gerekir. Bize göre kanun koyucuyu Değişiklik'i yapmaya iten ihtiyaç, limited şirketler bakımından da mevcuttur. Nitekim, limited şirketlerde TTK m. 624 uyarınca -bu sefer kural olarak genel kurul tarafından atanan- bir müdürler kurulu başkanı bulunmaktadır. Başkanın çağrı yapmaya direndiği hallerde açık bir atıf bulunmasa dahi 7511 s. K. m. 15'in şekillendirdiği TTK m. 392/VII'nin limited şirketlerde de uygulanması mümkün görülmelidir.

VI. ÇAĞRI PROSEDÜRÜNE UYULMAMASININ SONUÇLARI

TTK m. 392/VII'nin getirdiği ihtimallere bağlı kademeli çağrı sistemine uyulmamasının sonuçları tespit edilmelidir.

Bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının eksik olması halinde, söz konusu işlem varlık kazanamaz ve hukuki işlem yok hükmündedir¹⁰⁸. YK kararlarının yokluğu, YK kararının zorunlu yahut kurucu unsurlarından birinin eksik olması halinde söz konusu olur¹⁰⁹. YK kararının kurucu unsurlarının neler olduğunun tespitinde herkesçe kabul görececek bir belirlemede

¹⁰⁷ Karaahmetoğlu, *Limited Şirketin Temsili*, s. 222-223'te yazarın TTK m. 392/VII-1. cümle'nin limited şirketlere uygulanabilirliği hususunda bir gerekçeye yer vermeksizin bu ön kabulden hareketle açıklamalarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca bkz. Çamoğlu, *Limited Ortaklıklar*, N. 336.

¹⁰⁸ Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında*, s. 63.

¹⁰⁹ Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 190 vd.; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 511; Nomer Ertan, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları*, s. 63; Turanlı, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında*, s. 947; Yüce, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, s. 47 vd.

bulunmak neredeyse imkânsızdır¹¹⁰. Yine de doktrinde bir görüşe göre bunlardan ilki YK toplantısı, ikincisi YK tarafından alınmış bir karardır¹¹¹.

YK kararlarının butlanı ise sınırlayıcı olmayacak şekilde TTK m. 391’de düzenlenmiştir¹¹². Buna göre eşit işlem ilkesine aykırı olan; anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen; pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren; diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararlar batıldır.

Yukarıda Değişiklik öncesi dönemde Yargıtay’ın başkan yahut vekilinin çağrı yapmadığı YK kararları için yokluk yaptırımını benimsediği kararları paylaşmıştık. Bize göre bu tespitlere katılmak mümkün değildir. Bir kere YK, genel kurul gibi toplantı çağrısı TTK tarafından sıkı kurallara tabi olarak belirlenmiş bir organ değildir; nitekim toplantı çağrısının zamanı, şekli, biçimine ilişkin TTK’da hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bu tercihi tesadüf değil, aksine YK’nın çalışmasında gerekli esnekliği sağlamak üzere bilinçlidir; Değişiklik ile de bu hususta bir düzenleme yapılmamıştır. Hal böyle iken Değişiklik öncesi dönemde başkan ve vekil(ler)inin çağrı yetkisinin emredici olduğundan YK’da alınan kararların yok hükmünde görülmesi isabetli değildir. Kararlardaki bir diğer dayanak noktası olan TTK m. 390/IV’teki prosedüre uyulmaması dahi kararların yokluğuna yahut geçersizliğine sebebiyet vermemelidir. Nitekim burada bir üyenin yazılı karar önerisine diğerlerinin toplantı dışında imza atması değil, üyelerin kararı müzakere ettiği fiziken yapılan toplantı söz konusudur. Eğer ortada üyelerin müzakerede bulunduğu bir toplantı ortamı var ise bir karar önerisine yalnızca evet yahut hayır denebilen elden dolaştırma usulüne ilişkin kuralın uygulanması mümkün olmamalıdır.

Yine Yargıtay’ın bazı kararlarında¹¹³ TTK m. 391/I-b’deki “*anonim şirketin temel yapısına uymayan*” kriterinden hareketle butlan yaptırımına gidildiği görülmektedir. Bir önceki paragrafta yaptığımız değerlendirmeler butlan yaptırımını için de geçerlidir. Bize göre başkanın çağrı yetkisini anonim şirketin temel taşlarından biri olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu önermemizin gerekçeleri şu şekilde sıralanabilir:

Bir kere Değişiklik öncesi dönemde, başkanın toplantıya çağrı yetkisine TTK m. 392/VII-1. cümle’nin yorumlanması ile ulaşılmaktaydı. Bir başka deyişle TTK’da YK’nın başkan tarafından çağrılacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı halde, üyelerin başkandan bu

¹¹⁰ Kırcı, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 511; takiben Hamamcıoğlu, *Yargıtay Kararları Işığında*, s. 142.

¹¹¹ Yüce, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, s. 49. eTTK m. 330 bakımından aynı sonuca varan Korkut Özkorkut, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali*, Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 1996, s. 90. eTTK döneminde YK kararlarının yokluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında*, s. 68 vd.

¹¹² Hüküm hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yüce, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, s. 143 vd. Ayrıca bkz. Nomer Ertan, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları*, s. 65 vd.

¹¹³ Yargıtay 11. HD., E. 2015/3129, K. 2016/804, T. 26.1.2016, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 10.06.2024.

yönde istemde bulunabilmeleri, anılan yetkinin mutlak şekilde başkanda olduğu şeklinde anlaşılmaktaydı¹¹⁴.

Oysa bize göre Değişiklik öncesi dönemde dahi YK'nın mutlak surette başkan tarafından toplantıya çağrılacağına ilişkin bir kabule varmak güçtür. Bu yetkinin mutlak ve emredici olmadığı TTK m. 390/IV uyarınca elden dolaştırma suretiyle karar almanın mümkün olmasından anlaşılmaktadır; nitekim bu usulde başkanın çağrı yapmasına gerek olmaksızın herhangi bir üyenin önerisi karara dönüşebilmektedir. Öte yandan YK başkanlığının normatif dayanağı TTK m. 366'nın başlığının¹¹⁵ “Görev dağılımı” olması, yani üyeler ve başkan arasında olsa olsa bir iş bölümü yapılabilmesi, başkanın yetkilerinin emredici değil düzenleyici olduğunu göstermektedir. Yine görevlerinin büyük bölümünü prensipte -kurul organ- olarak ifa eden bir kurulun toplanmasında, neden tek bir kişinin iradesinin belirleyici olduğu ve diğer üyelerin ondan talep dışında başkaca bir hakka sahip olmadıkları sorusuna tatmin edici bir cevap verilememektedir. Son olarak Değişiklik öncesinde doktrinde, [çağrının başkanlık sıfatından ayrıştığı bir hal olarak] görev süresi sona eren başkanın, genel kurula ilişkin TTK m. 410/I'e benzer şekilde çağrı yapabileceği¹¹⁶; başkanın bulunmadığı hallerde YK'nın çoğunluk prensibi ile başkanın yetkilerini ikame edebileceği¹¹⁷; hiç çağrı yapılmaksızın tüm üyelerin bir arada bulunduğu bir ortamda YK kararı alınabileceği¹¹⁸; başkan veya başkan vekili sıfatı bulunmayan üye yahut üyeler tarafından gündem, tarih, yer ve saati içeren çağrı yapılması üzerine başkanın da iştirakiyle toplanan kurulda gerekli nisaplara uyularak karar alınabileceği¹¹⁹ gibi görüşler başkanın çağrı yetkisinin pek çok noktada başka hususlarla ikame edildiğine; yani emredici değil düzenleyici olduğuna işaret etmektedir.

Değişiklik sonrası ise, tüm bunların yanına TTK m. 392/VII-4. cümle uyarınca doğrudan istem sahiplerince çağrı yapılabilmesi ve TTK m. 392/VII-son cümle uyarınca esas sözleşmeye başkanın yetkisini tamamen bertaraf edecek ve her üyeye çağrı hakkı tanıyacak hüküm konulabilmesi eklenmiştir. Öyleyse ister Değişiklik öncesi ister Değişiklik sonrası olsun YK başkanının çağrı yetkisi ne YK toplantısının kurucu ögesi ne de anonim şirketin temel yapısına ait bir unsurdur. Bir başka ifadeyle, bizatihi başkanın veya vekil(ler)inin çağrı yapmış olması, kurul halinde yapılan toplantının kurucu ve esas unsurlarından biri değildir.

Hal böyle iken Değişiklik sonrası dönemde TTK m. 392/VII'nin belirlediği merasime uyulmadan yapılmış çağrı üzerine toplanan YK'nın aldığı kararların akıbeti aydınlatılmalıdır.

Bize göre Değişiklik sonrası sistemde önemli olan önce başkana ve onun yokluğunda vekil(ler)e başvuru ilkesidir. İsbetli görülsün yahut görülmesin, kanun koyucu, YK toplantı çağrısı için başkan veya başkan vekil(ler)ine talep yöneltilmesini zorunlu tutmuş ve çağrı

¹¹⁴ Dural, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi*, s. 66; Nomer Ertan, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları*, s. 145; Şener, *Yeni TTK Döneminde*, s. 120. Yargıtay 11. HD. üyesi Ayşe Albayrak Doğan da TTK m. 392/VII-1. cümle'den hareketle çağrı yapma görevinin başkanda olduğunun emsal kararlar kabul edildiğini kaydetmektedir, Nomer Ertan, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları*, s. 146.

¹¹⁵ TTK m. 1534/I uyarınca kenar başlıkları metne dahildir.

¹¹⁶ Eminoğlu ve Avcı, *Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Başkanı*, s. 1059-1060.

¹¹⁷ Eminoğlu ve Avcı, *Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Başkanı*, s. 1063.

¹¹⁸ Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, s. 250; Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Başkan*, s. 106.

¹¹⁹ Narbay, *Hükümlerin Değerlendirilmesi*, s. 264.

rejiminin merkezine oturtmuştur. Bu sebeple başkan veya başkan vekil(ler)ine hiç başvuru gerçekleştirilmeksizin, istem sahibi üye veya üyelerce doğrudan toplantı çağrısında bulunulması, ilgili toplantıda alınan kararları -kural olarak- batıl kılar. Elbette buradaki butlanın ileri sürülmesinin TMK m. 2 şemsiyesi altında kaldığını hatırlamak gerekir. Örneğin, başkan ve diğer üyeler toplantıya katılıp herhangi bir itirazda bulunmamışlarsa, bu kişilerce toplantıda alınan kararın butlanının ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir.

Buna karşılık, TTK m. 392/VII-4. cümle uyarınca doğrudan çağrı yetkisi aldıktan sonra belirli üyelere çağrı yapmaksızın toplantı düzenleyip karar almaları, yeter sayılar sağlansa dahi¹²⁰ -kural olarak- mümkün görülmemelidir. Böylesi bir durumda, YK'da alınan kararlar da yok

¹²⁰ Yargıtay 11. HD. ise bir veya birkaç YK üyesine haber verilmeksizin yapılan YK toplantılarında, yeter sayılara uyulduğu ve icrai bir karar alınmadığı, örneğin görev dağılımı yapıldığı yahut TTK m. 370'e uygun şekilde şirketi temsile yetkili iki kişinin seçildiği hallerde, alınan kararları geçerli kabul etmektedir: *"Davacılar vekili, davacıların davalı şirkette pay sahibi ve yönetim kurulu üyesi olduklarını, 11.02.2013 tarihinde davalı şirketin yönetim kurulunun davacılarca haber verilmeksizin şirket merkezinden farklı bir yerde toplanarak kararlar aldığını, yönetim kurulu üyeliği sıfatları devam etmesine rağmen davacılarca haber verilmediğinden ve şirket ile pay sahiplerinin menfaatlerinin alınan kararlarla yok edildiğini ileri sürerek; 11.02.2013 tarihli yönetim kurulu kararlarının hükümsüzlüğünün tespiti talep ve dava etmiştir... Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, dava konusu 11.02.2013 tarihli yönetim kurulu kararının TTK'nun 390. maddesinin 4. fıkrasına uyulmadan alındığı, içerik itibarıyla de anonim şirketin temel yapısına aykırı olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne ve davalı şirketin 11.02.2013 tarihli yönetim kurulu kararlarının TTK'nun 391/1-b maddesi gereğince hükümsüzlüğünün tespitine karar verilmiştir... Alınan kararların mahiyeti gözetildiğinde ortada icrai bir karar bulunmadığı gibi karar nisabında oluşmakla davanın reddine karar vermek gerekirken, yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir."* Yargıtay 11. HD., E. 2014/10686 K. 2014/17891 T. 19.11.2014, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 24.06.2024; *"öncelikle davacı tarafca kendisi davet edilmeksizin söz konusu yönetim kurulu toplantısının yapıldığı iddia edilmiş ise de, gerek 6762 sayılı TTK, gerekse de 6102 sayılı TTK'da yönetim kurulunun toplantıya çağrılma usulüne ilişkin herhangi bir yasal düzenleme olmadığı gibi, şirket ana sözleşmesinde de bu hususta bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan, dava konusu yönetim kurulu toplantısında alınan kararların, davalı ...'nın yönetim kurulu başkanı, ...'nin ise başkan vekili olarak seçilmesi ve ... ve ...'nin imzaları ile üçüncü kişiler ile yapılacak iş ve işlemlerde şirketin temsil ve ilzam olunmasına ilişkin olduğunun anlaşılması karşısında, işbu kararlar TTK'nın 366. maddesi uyarınca görev dağılımı yapılmasına ve ayrıca TTK'nın 370. maddesine de uygun şekilde şirketi temsile yetkili 2 kişinin seçimine ilişkindir. Kararlar, TTK'nın 390. maddesindeki toplantı ve karar nisabına uygun olarak alınmıştır. Alınan yönetim kurulu kararları ile yönetim yetkisinin devri söz konusu olmayıp, yasa ya da ana sözleşmeye aykırı bir durum bulunmadığı gibi yönetim kurulu kararının butlanını gerektirir bir sebebin de bulunmadığı anlaşılma davanın reddine karar vermek gerekirken yönetim kurulunun haiz olduğu yönetme ve temsil yetkisi karıştırılmak suretiyle yanlış değerlendirilmeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir."* Yargıtay 11. HD., E. 2016/5382 K. 2017/3443 T. 6.6.2017, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 24.06.2024. Yine Yargıtay'ın iki YK üyesi arasında ihtilaf yaşanması ve aynı ihtilaf hakkında ceza davası açılmış olmasını, ceza davasında yargılanan üyenin toplantıya çağrılmaması için haklı neden teşkil ettiği yönünde bir kararı da bulunmaktadır, Yargıtay 11. HD., E. 2014/6772 K. 2014/12693 T. 02.07.2014, Lexpera Veri Tabanı, Erişim Tarihi: 24.06.2024; karara dair inceleme için bkz. Gizem Kılıç Akyıldız, "Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Yönetim Kurulu Toplantısına Çağrılmaması ve Alınan Kararlara Etkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19/Özel Sayı (2017), s. 2303 vd. Nomer Ertan, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları*, s. 62'de alıntılacağı bu kararları "tartışılabilir" bulmaktadır.

hükmünde olacaktır^{121,122}; çünkü ilgili üyelerin bir araya gelmeleri YK toplantısı olarak nitelendirilemeyecektir. YK bir kurul organdır ve toplantı yaparak karar alır; kurul olarak çalışma çağrı ile gündem bağlamında yeter sayılara uyarak toplanmayı gerektirir¹²³. Kurula dahil olan her üyenin alınan kararlar ile ilgili fikirleri ifade edip oy kullanmaları üyeler bakımından hem hak hem yükümlülük; şirket bakımından ise YK'nın kurul-organ şeklindeki çalışma prensibinin bir gereğidir. Öte yandan konu hakkında yapılacak yorumların, 7511 s. K. m. 15'in gerekçesinde vurgulanan müzakere ortamının güçlendirilmesi amacına uygun olması gerekir. Bu sebeple alınıladığımız bazı Yargıtay kararlarında yer alan sırf yeter sayıların sağlanması, icrai karar alınmaması veya zaten alınması gereken olağan konuların görüşülmesi gibi, bir veya birkaç üyenin devre dışı bırakılarak karar alınmasına kapı aralayan değerlendirmelerden kaçınmak gerekir.

Öyleyse TTK m. 392/VII-4. cümle'deki şartların oluşmasını takiben yapılan çağrıdan tüm üyelerin haberdar edilmemesi ve bu üyelerin toplantıya katılmamalarının sebebinin çağrı yokluğu olması, alınan kararları -kural olarak- yoklukla sakatlar. Önemle ifade etmek gerekir ki buradaki yokluk, YK başkanının mutlak çağrı yetkisine aykırılık yahut çağrının bir YK toplantısının (dolayısıyla toplantıda alınan kararların) kurucu unsuru olması sebebiyle değil, bir kurul toplantısı gerçekleşmemesi sebebiyle gündeme gelmektedir.

Buna karşılık, somut olayın şartlarının dikkatli şekilde incelenerek ana kuraldan ayrılması gereken istisnai durumlar olabilir. Nitekim İsviçre Federal Patent Mahkemesi oldukça yeni bir kararında¹²⁴ YK başkanı işlediği iddia edilen bir suçtan dolayı gözaltında iken, esas sözleşmeye göre başkanın yokluğunda çağrı yetkileri bulunan diğer iki YK üyesinin toplantı yaparak aldıkları kararları batıl görmemiştir. Federal Mahkemeye göre kural olarak, tüm üyelere çağrıda bulunulmaksızın yapılan toplantıda alınan YK kararı batıldır. YK'nın toplantısı, her ikisi de o tarihte YK üyesi olan kişiler tarafından yapılmıştır. Herhangi bir YK üyesinin,

¹²¹ Çoştan, *Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri*, s. 176; İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, s. 214; İmregün, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu*, s.289; Kıratlı, *Yönetim Kurulu Başkanı*, s. 71, ancak yazar eserinin ilerleyen kısmında "hükümsüzlük" sonucunu bağlamaktadır, s. 75; Kirca, Şehirli Çelik ve Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 512; Özkorkut, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali*, s. 91; Tamer Pekdincer, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçerliliği (Özellikle Batıl Yönetim Kurulu Kararları) (TTK m. 391)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 18/S. 2 (2012), s. 673; Narbay, *Hükümlerin Değerlendirilmesi*, s. 262; yokluğu açıkça zikretmemekle birlikte karar niteliği olmadığından bahisle Domanic, *Anonim Şirketler Hukuku*, s. 589. YK toplantısına kasten çağrılmamanın butlana sebebiyet vereceğinden bahisle farklı görüş için bkz. Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında*, s. 229; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*, § 36 N. 128; YK üyelerinin söz hakkını kaldıracak şekilde çağrılmamanın şirketin temel yapısına aykırılığından bahisle butlanı, başkan veya vekilinin dışında yetkisiz kişilerce çağrı yapıldığı hallerde yokluk görüşü için bkz. Hamamcıoğlu, *Yargıtay Kararları Işığında*, s. 145 vd.; butlanı kasten çağrılmamaya özgüleyen ve çağrılmamayı -kararın alınmasına etki etmiyorsa- hoş gören görüş için bkz. Dural, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi*, s. 76; türünden bahsetmeksizin geçersizlik görüşü için bkz. Gürpınar, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli ve Elektronik Toplantı Sistemi*, s. 1107.

¹²² Yokluk ve butlana ilişkin bir ayrım olmayan İsviçre hukukunda da tüm üyelere çağrıda bulunulmaksızın yapılan toplantıda alınan kararlar, ağır şekilde aykırılık taşımaları sebebiyle butlanla (*nullité, Nichtigkeit*) malul kabul edilmektedir, Zen-Ruffinen ve Bauen, *Le conseil d'administration*, N. 414; vazeçilmez nitelikteki katılım hakkının ihlalinden bahisle Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, § 9 N. 147; Wernli ve Rizzi, *Art. 715*, N. 8.

¹²³ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, N. 12-91; Şener, *Yeni TTK Döneminde*, s. 111. Elbette bu tespitten YK'da gündeme bağlılık ilkesi olduğu gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır.

¹²⁴ Tribunal fédéral des brevets, Décision O2019_011 du 19 avril 2021, RSJ-Revue Suisse de Jurisprudence 118/2022 s. 927-928.

YK başkanının çağrı yapma konusundaki esas sözleşmesel hakkı göz önünde bulundurulduğunda, YK başkanının o sırada gözaltında olması ve bu nedenle çağrı yapamayacağı açık olduğundan, iki üye tarafından toplantı düzenlenmesi -kural olarak- geçerli görünmektedir. YK kararlarının butlanı, şirketin, pay sahiplerinin veya kamunun korunmaya değer menfaatlerinin başka hiçbir yaptırımla korunmasının mümkün olmadığı durumlarda, yalnızca son çare olarak ve çok kısıtlı bir şekilde kabul edilmesi gereken ağır bir yaptırımdır. Bu nedenle, hâkim doktrin yerinde olarak, toplantıda alınan kararların batıl olabilmesi için YK üyesinin toplantıya katılmama sebebinin toplantı çağrısının yapılmaması olmasını aramaktadır. Söz konusu üyenin uygun şekilde bilgilendirilmiş olsa bile toplantıda hazır bulunamayacağı kesin olarak anlaşılabilirse, ona toplantı çağrısı yapılmasında ısrar etmek aşırı şekilcilik olacaktır. Bir YK üyesini, katılamayacağını bile bile toplantıya çağırarak anlamsızdır. Böyle bir durumda çağrı için ısrar etmek kimsenin menfaatini korumaz.

Öte yandan doktrinde bir görüş, kendilerine hiç çağrı yapılmayan üyelerin sonradan karara yazılı muvafakat vererek eTTK 330/II'deki (TTK m. 390/IV) elden dolaştırma yoluyla karar alma halini gerçekleştirebileceklerini, böylece alınan kararın yok hükmünde olmaktan kurtulacağını ifade etmektedir¹²⁵. Bize göre yok hükmünde olan bir kararın sonradan verilen icazet ile geçerli hale gelmesi mümkün değildir¹²⁶. Bu halde geriye kararın yeniden alınmasından başka bir çözüm kalmamaktadır.

Acil bir durumda, tüm üyelerin bulunduğu ortamda herhangi bir çağrı merasimi işletilmeksizin ve fakat yeter sayılara uyularak alınan kararların da geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim bu halde kurul halinde hareket eden, müzakerede bulunan ve karar alan üyelerin iradesi, çağrı yapılmadığı gerekçesiyle yok sayılmamalıdır. TTK m. 392/VII'nin tesis etmeye çalıştığı düzen ve çağrının koruduğu hukuki menfaat bu örnekte zaten gerçekleşmiştir.

TTK m. 392/VII hükmü uyarınca, esas sözleşme veya iç yönerge ile belirlenen şekli kurallara aykırılığın yaptırımının tespiti ise daha zordur. Değişiklik öncesi doktrinde YK'nın toplanması ve karar almasına ilişkin esas sözleşme, iç yönerge düzenlemelerine ve sınırlı sayıdaki kanun hükmüne aykırı YK kararlarının batıl kabul edilmesi gerektiği; ancak TTK m. 447 gerekçesinde yer bulan "tehlike ve tehditlerden sakınma ilkesine ağırlık verilerek mahkemelerin şekli butlan sebeplerini belirlemede gerekli özeni göstereceği" inancının önem taşıdığı; çünkü YK'nın toplanıp karar almasına ilişkin her hükme aykırılığın butlana sebep olmasının çalışmasını engelleyebileceği; öyleyse YK'nın karar almasına ilişkin tamamlayıcı nitelikteki her düzenlemeye aykırılığın butlana sebep olmaması gerektiği, sadece YK'nın toplanıp şirket iradesini doğru şekilde ortaya koymasına ilişkin hükümlere aykırılığın butlana sebep olması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁷.

Kanaatimizce de bu konuda tartışmaya mahal bırakmayacak, genel geçer bir ölçüt koymak mümkün değildir. Ancak yapılan yorumların müzakere ortamını güçlendirici, üyelerin toplantıya katılım hakkını koruyucu, YK'nın kurul organ olarak çalışmasını sağlayıcı ve nihayet

¹²⁵ İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, s. 214; İmregün, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu*, s. 289; Özkorkut, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali*, s. 92.

¹²⁶ Ayrıca bkz. Soykan, *Organ Yokluğu*, s. 171, dn. 210.

¹²⁷ Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında*, s. 226.

aşırı şekilcilikten uzak olması gerekir. Yine genel kurulun aksine¹²⁸ YK'da toplantı çağrısının toplantının (dolayısıyla toplantıda alınan kararların) kurucu unsuru olmadığı unutulmamalıdır; nitekim çağrının koruduğu hukuki menfaatlere halel gelmeksizin üyelerin hiç çağrı olmaksızın toplanıp karar almaları mümkündür.

Bu açıdan YK toplantı çağrısına ilişkin olarak başkana yapılan başvurunun yazılı olması ile çağrı ve toplantı süresi, gündemin belirlenmesi gibi tamamlayıcı şekli kurallara aykırılık - üyenin vazgeçilmez hakkı olan toplantıya katılımı engellemiyor ve YK'nın kurul-organ olarak toplanıp karar almasına etki etmiyor ise- yokluğa veya butlana sebep olmamalıdır. Yine yukarıda ayrıntısıyla ifade ettiğimiz üzere, kanun koyucunun ihmalden kaynaklanan boşlukların doldurulduğu alanlar dikkate alınmalıdır. YK kararlarının butlanı, şirketin, pay sahiplerinin veya kamunun korunmaya değer menfaatlerinin başka hiçbir yaptırımla korunmasının mümkün olmadığı durumlarda, yalnızca son çare olarak ve kısıtlı bir şekilde kabul edilmesi gereken ağır bir yaptırımdır¹²⁹. Aksi halde YK'nın çalışma prensibindeki esneklik zedelenecek, tamamlayıcı şekli kurallara gereğinden fazla bir işlev yüklenmiş ve aşırı şekilciliğe saplanılmış olacaktır.

SONUÇ

Kıta Avrupası'nda Fransa, İsviçre ve Almanya örneklerinden büyük ölçüde farklılaşan Değişiklik, Türk kanun koyucunun şirketler hukukunun ihtiyaçları karşısında, özgün bir düzenleme getirdiği nadir alanlardan birini teşkil etmektedir. Değişiklik'e ilişkin vardığımız sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. TTK m. 392/VII-2. cümle'nin uygulama alanı istemin çoğunluk tarafından yapıldığı hali düzenleyen TTK m. 392/VII-3. cümle ile belirlenmektedir. Buna göre TTK m. 392/VII-2. cümle'de kanun koyucu YK başkanına veya onun yokluğunda başkan vekiline çağrı istemini uygun görüp görmeme noktasında bir yetki tanımakta, uygun görme halinde çağrıyı yapmak için yükümlülük yüklemektedir. Ancak YK başkanı, takdir hakkını elbette dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağı çerçevesinde kullanmak durumundadır.

2. Çoğunluk oluşturmayacak sayıda üyenin gerçekleştirdiği istemler, YK başkanı veya başkan vekili tarafından yerine getirilmediği takdirde Değişiklik, çağrının istem sahiplerince yapılabileceği bir hukuki imkân getirmemektedir. Kanun koyucunun bu tercihinin isabetsizdir. YK çoğunluğunu oluşturup oluşturmadığına bakılmaksızın istemi reddedilen her üyenin - *de lege ferenda*- toplantı çağrısı yapabilmesi gerekir. Kanun'daki bu eksikliğin TTK m. 392/VII-son cümle gereği esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle aşılması mümkündür. TTK m. 392/VII-3 ve 4. cümle'nin çoğunluk oluşturmayacak sayıda üyenin gerçekleştirdiği istemler bakımından da geçerli olacağı bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

3. TTK m. 392/VII-3 ve 4. cümleler çağrı isteminin "*yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu*" tarafından yazılı şekilde yapılması şartına bağlı olarak farklı bir rejim belirlemektedir. Kanun koyucunun amacı YK toplantısının daha kolay gerçekleşmesi, müzakere ortamının

¹²⁸ Genel kurul çağrısında çağrının varlık koşulları için bkz. Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 8. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 80 vd.

¹²⁹ Tribunal fédéral des brevets, Décision O2019_011 du 19 avril 2021, RSJ-Revue Suisse de Jurisprudence 118/2022 s. 928.

teşvik edilmesi ve bu konudaki uyuşmazlık sayısının azalması olduğuna göre, çoğunluk değil de üçte bir yahut dörtte bir gibi daha düşük oranın tercih edilmesi, hatta tek bir üyenin isteminin dahi yeterli görülmesi isabetli olurdu.

4. Başkana tanınan süre istemin kendisine ulaşmasından itibaren en fazla otuz gündür. Üyelerin çağrı istemi -çoğu zaman- başkanın çağrı yapmamakta ısrar etmesi sebebiyle YK'nın toplanamaması sonrası gerçekleşeceğinden, buradaki bekleyişe otuz gün daha eklemek yerinde olmamıştır. Fransız hukukunda gözetim kurulunun toplanması için öngörülen (CC art. R225-45/II) on beş yahut İsviçre uygulamasında sık karşılaşıldığı ifade edilen on günlük sürenin benimsenmesi, YK'nın işleyişi ve dinamikleri bakımından daha isabetli olurdu.

5. Yazılılık şartının getirilmesi, çok sayıda uyuşmazlığa sahne olan Türk uygulaması bakımından yerinde olmuştur. Buradaki şekil TBK m. 12/II uyarınca geçerlilik şekli olarak yorumlanabilir ancak bunun ispat şartı olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır.

6. TTK m. 392/VII-4. cümle Değişiklik'in en can alıcı noktasını oluşturmaktadır; çünkü kanun koyucu Türk hukuk tarihinde ilk kez, başkan veya başkan vekilinin iradesi dışında YK toplantı çağrısı yapılmasına açıkça cevaz vermektedir. Bu noktada, istemde bulunan üyelere hantal işleyen dava yolunun değil, doğrudan çağrı yolunun gösterilmesi de YK'nın çalışma prensibine ve niteliklerine uygun bir çözüm olmuştur.

7. TTK m. 392/VII-4. cümle'de *“Bu süre içinde yönetim kurulu[nun] toplantıya çağrılma[masına]”* sonuç bağlanması isabetli olmamıştır. *“Bu süre”*den kasıt bir önceki cümledeki *“istemin [başkana] ulaştığı tarihten itibaren en geç otuz gün”*dür. Oysa TTK m. 392/VII-3. cümle'ye göre başkanın yükümlülüğü çağrının değil, toplantının otuz gün içinde yapılmasıdır. Hükümdeki *“Bu süre içinde yönetim kurulu toplantıya çağrılmadığı”* ifadesinin *“Bu süre içinde yönetim kurulu toplantısı gerçekleşmediği”* şeklinde kaleme alınması gerekirdi.

8. Hükümde YK başkanı *“ya da”* başkan vekiline ulaşılamaması arandığı için ikisinden birine ulaşılamaması doğrudan çağrı şartını sağlamaya yeter gözükmektedir. Oysa başkan vekilinin yetkileri, TTK m. 366/I uyarınca başkanın yokluğunda devreye girmektedir. Hal böyle iken başkana ulaşılmaksızın salt başkan vekiline ulaşılmak istenmesi ve nihayetinde ulaşılamaması, doğrudan çağrıda bulunmak için yeterli görülmesi gerektir. TTK m. 366/I'in kurduğu yetki hiyerarşisinin, TTK m. 392/VII-4. cümle'de gözetilmemesi ve salt başkan vekilinin muhatap alınmasına imkân tanınması doğru olmamıştır.

9. TTK m. 392/VII-4. cümle'deki *“yönetim kurulu başkanı ya da başkan vekiline ulaşılamadığı hâllerde”* ifadesinin TTK m. 366/I ile uyumlu olacak şekilde *“yönetim kurulu başkanı ve onun bulunmadığı zamanlarda başkan vekiline, birden fazla başkan vekili varsa bunlardan hiçbirine ulaşılamadığı hâllerde”* şeklinde düzenlenmesi; bu surette çağrı isteminin muhatabında kademelendirmeye gidilmesi daha doğru olacaktır.

10. Çağrının doğrudan istem sahiplerince yapılması halinde, normal koşullarda başkanın gözetmesi gereken ilkeler istem sahiplerince gözetilmelidir. Yine çoğunluğun istemi, TTK m. 392/VII-4. cümle uyarınca hem çağrı hakkının doğumu hem de kullanımı için aranan bir

şart olup, çağrının istem sahibi üyelerce müştereken yapılması gerekir. Buna karşılık, istem sahibi üyenin çağrı işlemlerine fiilen katılmasa da onay veya icazet vermesi mümkündür.

11. TTK m. 392/VII-son cümle ile değişiklik öncesi dönemde, özellikle TTK m. 340'tan kaynaklı olarak esas sözleşme ile çağrı usulünün belirlenip belirlenmeyeceğine ilişkin tartışmalara nokta koyulmakta ve esas sözleşmede düzenleme yapılabileceği -isabetli şekilde- benimsenmektedir. YK'nın daha kolay toplanıp karar alması ve bu yöndeki tereddüt ve uyuşmazlıkların giderilmesi için yapılan düzenlemenin, toplantı çağrısının daha zor şartlarda yapılabileceği şeklinde yorumlanmaması gerekir. Öyleyse TTK m. 392/VII-son cümle ile esas sözleşme hükümlerine verilen ruhsat, Değişiklik'in aradığı şartların daha da gevşetilmesine münhasır kabul edilmelidir.

12. Değişiklik'in sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler, kooperatifler ve limited şirketler bakımından da etki doğurduğunu ve bu şirketlerin yönetim organlarının toplantıya çağrılmasına yönelik çağrı rejimini şekillendirdiğini söylemek gerekir.

13. Değişiklik sonrası sistemde önemli olan önce başkana ve onun yokluğunda vekil(ler)e başvuru ilkesidir. İsbetli görülsün yahut görülmesin, kanun koyucu, YK toplantı çağrısı için başkan veya başkan vekil(ler)ine talep yöneltilmesini zorunlu tutmuştur. Bu sebeple başkan veya başkan vekil(ler)ine hiç başvuru gerçekleşmeksizin, istem sahibi üye veya üyelerce doğrudan toplantı çağrısında bulunulması, ilgili toplantıda alınan kararları -kural olarak- batıl kılar. Elbette buradaki butlanın ileri sürülmesinin TMK m. 2 şemsiyesi altında kaldığını hatırlatmak gerekir.

14. Buna karşılık, bir ya da birkaç üyenin başkana hiç başvuru yapmadan yahut belirli üyeleri devre dışı bırakarak toplantı düzenleyip karar almaları -yeter sayılar sağlansa dahi- mümkün görülmemelidir. Böylesi bir durumda, YK'da alınan kararlar da yok hükmünde olacaktır; çünkü ilgili üyelerin bir araya gelmeleri toplantı olarak nitelendirilemeyecektir.

15. Tüm üyelerin bulunduğu ortamda herhangi bir çağrı merasimi işletilmeksizin ve fakat yeter sayılara uyularak alınan kararların da geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim bu halde kurul halinde hareket eden ve karar alan üyelerin iradesi, çağrı yapılmadığı gerekçeyle yok sayılmamalıdır.

16. TTK m. 392/VII, esas sözleşme veya iç yönerge ile belirlenen şekli kurallara aykırılığın yaptırımının tespiti ise daha zordur. Bu tartışmada yapılan yorumların müzakere ortamını güçlendirici, üyelerin toplantıya katılım hakkını koruyucu, YK'nın kurul organ olarak çalışmasını sağlayıcı ve nihayet aşırı şekilcilikten uzak olması gerekir. Bu açıdan YK toplantı çağrısına ilişkin olarak başkana yapılan başvurunun yazılı olması ile çağrı ve toplantı süresi, gündemin belirlenmesi gibi esas sözleşme veya iç yönerge ile belirlenen tamamlayıcı şekli kurallara aykırılık -üyenin vazgeçilmez hakkı olan toplantıya katılımı engellemiyor ve YK'nın kurul-organ olarak toplanıp karar almasına etki etmiyor ise- butlana sebep olmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*. 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Arar, Kemal. *Kara Ticareti Şirketler Hukuku*. Ankara: Güney Matbaacılık, 1952.
- Arslanlı, Halil. *Anonim Şirketler II III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1960.
- Bahar Sayın, Hediye. *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*. 2. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Bahtiyar, Mehmet. “Anonim Ortaklıkta Başkanın Yönetim Kurulunu Toplantıya Çağırmasının Yaptırımı ve Toplantısız Karar Alınmasında Bazı Sorunlar”. *Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan, Cilt I*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 99-127. (Anılış: Anonim Ortaklıkta Başkan)
- Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. 17. Baskı, İstanbul: Beta, 2024. (Anılış: Ortaklıklar Hukuku)
- Bilgili, Fatih ve Ertan Demirkapı. *Şirketler Hukuku*. 9. Basım, Bursa: Dora, 2013.
- Böckli, Peter. *Schweizer Aktienrecht*. 5. Baskı, Zürih: Schulthess Verlag, 2022.
- Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük. Tahsin Saraç. 13. Basım. İstanbul: Adam Yayınları, 2005.
- Çamoğlu, Ersin. *Limited Ortaklıklar Hukukunun Temel İlkeleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Çoştan, Hülya. “Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. C. 28/S. 3 (2012): s. 155-190. (Anılış: Karar Alma)
- Doğan, Beşir Fatih. *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Domaniç, Hayri. *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Dural, Halil Ali. “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları”. *Yayımlanmamış Doktora Tezi*. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, 2005.
- Eminoğlu, Cafer ve Zehra Avcı. “Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Başkanının Niteliklerine, Seçilmesine ve Yönetim Kurulunun Başkansız İşleyişine İlişkin Bazı Değerlendirmeler”. *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Y. 7/S. 2 (2022): s. 1029-1072.
- Ercoskun Şenol, Kübra. “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Toplantıları”. *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C. 19/S. 2 (2013): s. 1693-1726.
- Gürpınar, Bünyamin. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli ve Elektronik Toplantı Sistemi”. *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C. 19/S. 2 (2013): s. 1101 – 1126.
- Habersack, . “§ 110 Einberufung des Aufsichtsrats”. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Edit. Wulf Goette, Mathias Habersack ve Susanne Kals. 6. Baskı, Münih: Beck, 2023.
- Hamamcıoğlu, Esra. “Yargıtay Kararları Işığında Bir veya Birkaç Yönetim Kurulu Üyesine Toplantı Davetinin Hiç ya da Kararlaştırılan Usule Uygun Yapılmamasının Sonuçları”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16/S. 197-198, (2021): s. 119-158.
- İlbasmış Hızlısoy, Özlem. “Anonim Şirket Yönetim Kurulunu Toplantıya Çağrıya Yetkili Olanlar ve Yetkisiz Kişilerce Yapılan Çağrıyla Toplanan Yönetim Kurulunda Alınan Kararların Hukuki Akıbeti”. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*. C. 8/S. 1 (2022): s. 115-141.
- İmregün, Oğuz. *Anonim Ortaklıklar*. 4. Bası, İstanbul: Yasa Yayıncılık, 1989. (Anılış: Anonim Ortaklıklar)

- İmregün, Oğuz. "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları". *Prof. Dr. Hayri Domanıç'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt I*. İstanbul: Beta, 2001: s. 277-292. (Anılış: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu)
- Kalender, Emre. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Karaahmetoğlu, İsmail Özgün. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketin Temsili*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Kayıklık, Abdurrahman. "Türk Ticaret Kanunu'nda Değişiklikler Öngören Kanun Teklifi Üzerine". Esas Mukavele (Blog). Erişim Tarihi: 01.07.2024. <https://esasmukavele.blogspot.com/2024/05/turk-ticaret-kanununda-degisiklikler.html>.
- Kılıç Akyıldız, Gizem. "Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Yönetim Kurulu Toplantısına Çağrılmaması ve Alınan Kararlara Etkisi". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19/Özel Sayı (2017)*: s. 2299-2313.
- Kıratlı, Metin. *Yönetim Kurulu Başkanı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat. *Anonim Şirketler Hukuku C. I*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Kocayusufoğlu, Necip. *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme. 7*. Tıpkı Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Koch, Jens. *Aktiengesetz. Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 53*. 18. Baskı. Münih: Beck, 2024.
- Kortunay, Ayhan. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Meier-Hayoz, Arthur ve Peter Forstmoser. *Droit suisse des sociétés*. Peter Iordanov (Çev.). Bern: Stämpfli, 2015.
- Moroğlu, Erdoğan. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*. 8. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Moroğlu, Erdoğan. *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*. 8. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Müller, Roland ve Jérôme Monnier. "La séance du conseil d'administration". *Expert Focus*. 9/18, (2018): s. 695-703.
- Narbay, Şafak. "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Genel Kurulu Toplantıya Davetine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi". *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 10. Yılında Ticaret Hukukunun Güncel Mesajları Sempozyumu*. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2023.
- Nomer Ertan, N. Füsün. "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları". Abuzer Kendigelen, İsmail Cem Soykan, Necdet Uzel, Müge Evlek, Nurgül Yıldız (Haz.). *Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 45-70.
- Odman Boztosun, Ayşe. *Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Oğuzman, Kemal ve Nami Barlas. *Medenî Hukuk*. 22. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*. 18. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Özkorkut, Korkut. *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali*. Ankara: Sermaye Piyasası Kurulu, 1996.

- Pekdiñçer, Tamer. “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçerliliği (Özellikle Batıl Yönetim Kurulu Kararları) (TTK m. 391)”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C. 18/S. 2 (2012): s. 671 – 682.
- Peter, Henry ve Francesca Cavadini. “Art. 715”. *Commentaire Romand, Code des obligations II*. Edit. Pierre Tercier, Marc Amstutz ve Rita Trigo Trindade. 2. Baskı. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2017, s. 1076-1078.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku I*. 14. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II*. 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Sarıkaya, Merve. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Sıfatının Sona Ermesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2024.
- Soykan, İsmail Cem. *Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Spindler, Gerald ve Fabian Walla. “AktG § 110 Einberufung des Aufsichtsrats”. *beck-online.GROSSKOMMENTAR*. <https://beck-online.beck.de>, Erişim Tarihi: 26.06.2024.
- Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıkları Hukuku*. 4. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Şener, Oruç Hami. *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi*. 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. 5. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Turanlı, Hüsnü. “Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C: 17/S: 1-2 (2013), s. 944.
- Xavier, Oulevey ve Levrat Jérôme. *La société anonyme*. Zürih: Schulthess, 2022.
- Wernli, Martin ve Marco A. Rizzi. “Art. 715”. *Basler Kommentar, Obligationenrecht II-I*. Edit. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter. 4. Baskı. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2012, s. 1066-1070.
- Yasaman, Hamdi. “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Toplantıya Çağırılması ve Toplantı Yeter Sayısı”. *Yaklaşım Dergisi*. S. 117 (2002): s. 22-25.
- Yıldız, Şükrü. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku*. İstanbul: Arıkan, 2007.
- Yüce, Aydın Alber. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*. 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Zen-Ruffinen Marie-Noëlle ve Marc Bauen. *Le conseil d'administration*. Cenevre-Zürih-Basel: Schulthess, 2017.

Elektronik Kaynaklar

- “28. Dönem 2. Yasama Yılı 86. Birleşim’in Genel Kurul Tutanağı”, Erişim Tarihi: 10.06.2024, <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak/24022>
- “Kırşehir Milletvekili Necmettin Erkan ve Denizli Milletvekili Şahin Tin ile 86 Milletvekilinin Türk Ticaret Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”, Erişim Tarihi: 10.06.2024, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/73c0fde0-ad2a-4cd5-bb4b-be3552d2014b.pdf>
- “Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu”, Erişim Tarihi: 10.06.2024, <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/522510f1-0e11-460a-a638-928ff8a12684.pdf>
- “RO 2020 4005 Code des obligations (Droit de la société anonyme)”, Erişim Tarihi: 25.06.2023, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2020/746/fr>

EXTENDED SUMMARY

**NEW ORDER IN THE CONVENING OF BOARD OF DIRECTORS MEETING:
OVERVIEW OF TCC ART. 392/VII**

Sinan Sarıkaya, Assist. Prof.

Marmara University, sinan.arikaya@marmara.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0003-0895-0169>

The problems arising from the convening for the BoD meeting in joint stock companies have been occupying the doctrine and the judiciary for a long time. It is generally accepted that the chairperson of the BoD, or in his absence, the deputy chairperson, is authorized to convoke a meeting. However, the authority granted to the chairperson, or, in his absence, his deputy or deputies does not prevent the chairperson from abusing his authority and turning the meeting convening into a crisis, especially in companies with different interest groups and conflicts.

Considering the discussions and difficulties experienced in practice, the legislator has made significant amendments to Article 392/VII of the Turkish Commercial Code No. 6102 with Article 15 of the Law No. 7511 on the Amendment of the Turkish Commercial Code and Certain Laws. Five more sentences have been added to the first sentence of the paragraph, and a gradual order has been introduced allowing the use of the convening authority by different persons in different possibilities. The Amendment, which differs significantly from the examples of France, Switzerland and Germany in continental Europe, constitutes one of the rare areas where the Turkish legislator has introduced a unique regulation in response to the needs of corporate law.

The application area of Article 392/VII-2nd sentence of the TCC is determined by Article 392/VII-3rd sentence of the TCC, which regulates the situation where the request is made by the majority. Accordingly, under Article 392/VII-2nd sentence of the TCC, the legislator authorizes the chairperson of the BoD, or in his absence, the deputy chairperson, whether to approve the request, and does not impose an obligation to convene. The Amendment does not provide a legal possibility for the convening to be made by the requestors. In our opinion, -de lege ferenda- any member whose request is rejected should be able to convene for a meeting, regardless of whether they constitute the majority of the BoD or not.

Art. 392/VII-3rd sentence and 4th sentence of the TCC sets a different regime depending on the condition that the request for a convening for a meeting is made in writing by the majority of the members of the BoD. The period granted to the chairperson is maximum thirty days following the receipt of the request. The consequence of failure to convene the BoD within this period in Art. 392/VII-4th

sentence of the TCC is not appropriate. The meaning of "this period" in the previous sentence is "at the latest thirty days from the date of receipt of the request by the chairperson". However, according to Article 392/VII-3rd sentence of the TCC, the obligation of the chairperson is to hold both the convening and the meeting within thirty days. Since the provision was not carefully drafted, in some cases, the claimants are not able to use the direct convocation authority. For this reason, the phrase "the board of directors was not convened within this period" in the provision should have been written as "the board of directors meeting was not held within this period".

Since the provision requires that the chairperson of the board of directors "or" the deputy chairperson of the BoD cannot be reached, failure to reach one of the two seems to be sufficient to fulfil the direct convocation requirement. It is not correct that the hierarchy established by Art. 366/I of the TCC is not observed in Art. 392/VII-4th sentence of the TCC and only the deputy chairperson is allowed to be addressed.

On the other hand, it would be more appropriate to regulate the phrase "in cases where the chairperson of the BoD or the deputy chairperson cannot be reached" in Article 392/VII-4th sentence of the TCC as "in cases where the chairperson of the BoD, and in his absence, the deputy chairperson, or if there is more than one deputy chairperson, none of them can be reached".

Pursuant to last sentence, the discussions on whether the convening procedure can be determined by the AoA in the pre-Amendment period, especially arising from Art. 340 of the TCC, are put to an end and it is adopted -accurately- that the AoA may be amended.

It should be noted that the Amendment also has an impact on limited partnership companies with capital divided into shares, cooperatives and limited liability companies.

What is important in the post-Amendment system is the principle of first applying to the chairperson, and in his absence, to the deputy chairperson. For this reason, a direct convocation of the meeting by the requesting member or members without any application to the chairperson or deputy chairperson renders the decisions taken at the relevant meeting -as a rule- null and void under the umbrella of Article 2 of the TCC.

On the other hand, it should not be deemed possible for one or a few members to organize a meeting and take decisions without making any application to the chairperson or by excluding certain members, even if the quorum is met. In such a case, the decisions taken by the BoD will also be inexistent.

It is more difficult to determine the sanctions for violating the formal rules set by the AoA or internal directive. The interpretations made in this discussion should strengthen the negotiation environment, protect the members' right to participate in the meeting, ensure the functioning of the BoD as a board organ, and finally avoid excessive formalism.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

TÜRK İDARİ TEŞKİLATINDA YAPAY ZEKA ALANINDA DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUM İHTİYACI

THE REQUIREMENT FOR A REGULATORY AND SUPERVISORY INSTITUTION IN THE TURKISH ADMISINISTRATIVE ORGANIZATION IN THE FIELD OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Elif Baydemir*

ÖZ

İdarenin faaliyetlerinde yapay zekanın kullanılması, düzenlenmesi ve idari denetimi konusu, yapay zekanın idare hukuku konuları üzerindeki artan etki nedeniyle gün geçtikçe önemli hale gelmektedir. Yapay zeka teknolojileri bir yandan fonksiyonel anlamda idare üzerinde görünür hale gelirken, öte yandan organik anlamda idarenin yeniden şekillenmesine yol açmaktadır. Yapay zekanın kurumsal yapıya yansımaları, idari teşkilatta yapay zekaya özgü görev ve yetkileri bulunan idari yapılarla açıklanabilir. Türk idari teşkilatında yapay zeka alanında görev ve yetkileri bulunan idari birimlerin yapay zekanın düzenlenmesi ve idari denetimi hususunda yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu çalışmada ülkemizde yapay zeka alanındaki gelişmelerin idari teşkilatta yarattığı kurumsal dönüşümden hareketle; yapay zeka alanında yeni bir kurumsal model ihtiyacının gerekçeleri ortaya konulacaktır. Yöntem olarak mevzuattaki düzenlemelerden, uluslararası belgelerden, strateji ve eylem planlarından yararlanılacaktır. Çalışma kapsamında yapay zeka alanındaki gelişmelerin idari teşkilata yansımalarına ilişkin farklı ülke örneklerine yer verilecek ve ülkemizin stratejisini açıklayan düzenlemeler değerlendirilecektir. Ardından yürütme içerisinde yapay zeka alanında görevli idari birimlerin, yapay zekanın özel sektörde ve kamusal faaliyetlerde hukuka uygun kullanımı ve denetimine ilişkin ulusal kurum ihtiyacını karşılama potansiyelleri tartışılacaktır. Son olarak, yapay zeka alanında düzenleme ve idari denetim faaliyeti yürütecek, ulusal kurum niteliğini haiz, düzenleyici ve denetleyici kurum modeli önerisi üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İdari Teşkilat, Yapay Zeka, Organik Anlamda İdare, Ulusal Yapay Zeka Stratejisi, Dijital Çağ.

* Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

© 0000-0003-0408-7580 elif.baydemir@hbv.edu.tr

Bu çalışma, 16-18 Mayıs 2024 tarihinde İdare Hukuku ve İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu ISALAJ 2024 sempozyumunda özet olarak sunulmuş olan “Yapay Zekanın Türk İdare Teşkilatına Etkisi: Kurumsal Dönüşüm” başlıklı tebliğin genişletilmiş halidir.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

The use of AI in the activities of the administration, its regulation and administrative supervision are becoming increasingly important due to the increasing impact of AI on administrative law issues. While artificial intelligence technologies become visible on the administration in a functional aspect, on the other hand, they lead to the reorganisation of the administration in an organic aspect. The reflections of artificial intelligence on the institutional structure can be explained by administrative structures with duties and competencies specific to artificial intelligence in the administrative organisation. It is discussed whether the administrative units with duties and powers in the field of artificial intelligence in the Turkish administrative organisation are sufficient for the regulation and administrative supervision of artificial intelligence. In this study, based on the institutional transformation created by the developments in the field of artificial intelligence in the administrative organisation in our country; the grounds for the need for a new institutional model in the field of artificial intelligence will be revealed. As a method, legislative regulations, international documents, strategies and action plans will be referred to. Within the scope of the study, examples of different countries regarding the reflections of developments in the field of artificial intelligence on administrative organisations will be given and the regulations explaining the strategy of our country will be evaluated. Then, the potential of the administrative bodies in the field of artificial intelligence within the executive to meet the need for national institutions for the enforcement and supervision of artificial intelligence in the private sector and public activities in accordance with the law will be discussed. Finally, the proposal of a regulatory and supervisory institution model, which will carry out regulation and administrative supervision activities in the field of artificial intelligence and which has the characteristics of a national institution, will be emphasised.

Keywords: Administrative Organization, Artificial Intelligence, Administration in Organic Aspects, National Artificial Intelligence Strategy, Digital Age.

GİRİŞ

Yapay zeka, insanın bilişsel yeteneklerini taklit etmek suretiyle, bilgi toplayarak mükemmele yakın tahminler ve geri dönüşler elde edilmesine imkân tanımaktadır¹. Yapay zeka kavramına ilk kez 1955 yılında bir araştırma projesi önerisinde yer verilmiştir². İnsanlara özgü problem çözme yeteneğine sahip, kendini geliştirebilen bir bilim, teori ve teknik seti olarak tanımlayabileceğimiz yapay zeka günlük hayatın her alanını etkilemektedir³. Hukukun farklı alanlarında da yapay zekanın etkileri gün geçtikçe artmaktadır. Bugün gelinen noktada yapay zeka alanındaki yaşanan gelişmeler hukukun dinamizmi ile birleşerek ilerleme kaydetmektedir.

Yapay zeka alanındaki gelişmelerin hukuka etkisinin bir sonucu olarak özel hukukta ve kamu hukukunda pek çok kavram ve konu tartışmaya açılmıştır. Örneğin özel hukukta rekabeti artırıcı bir araç olması⁴, geleceği dönük istihdamı etkileyeceği, kişilik kavramını yeniden şekillendireceği, yapay zekalı varlıkların hukuki statüsü⁵ ve yapay zekaya hangi tür kişilik atedilebileceği⁶ konuları gündeme gelmektedir. Kamu hukukunda, yargılama faaliyetlerde yapay zekanın kullanılması, avukatlık mesleğinin yeni bir boyut kazanarak yapay zeka ile düşünen avukatların istihdam edilmesi, robot hakimlerin kararları⁷, doğal dil işleme ile kalem personelinin yükünü azaltacak çözümler aranması, yargı kararı arama motorları ve hüküm tahmini yapan arama motorlarının geliştirilmesi, yapay zekanın cezai sorumluluğu, elektronik imza gibi konular tartışılmaktadır⁸.

¹ Yapay zeka kavramı ve yapay zeka hukukuna ilişkin bir çalışma için bkz. Gökhan Erdoğan, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, *Adalet Dergisi*, 66(2021), s.117-192.

² John McCarthy, Marvin L. Minsky, Nathaniel Rochester, Claude E. Shannon, “A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955”, *AI Magazine*, 27/4(2006), s.12. <https://doi.org/10.1609/aimag.v27i4.1904> Metnin Stanford Üniversitesi arşivindeki kopyası için ayrıca bkz. <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf>

³ Avrupa Konseyinin yapay zekaya ilişkin sözlüğünde yapay zeka şu şekilde tanımlanmıştır: “amacı bir insanın bilişsel yeteneklerini bir makine tarafından yeniden üretmek olan bir dizi bilim, teori ve teknik. Mevcut gelişmeler, daha önce bir insana devredilen karmaşık görevleri olan bir makineye emanet edebilmeyi amaçlamaktadır.” bkz. Council of Europe, *Artificial Intelligence, Glossary*, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/glossary>

⁴ Satya Ramaswamy, “How Companies Are Already Using AI”, *Harvard Business Review*, 2017, S. 2-4.

⁵ Murat Volkan Dülger, “Yapay Zekalı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansımaları: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/142(2018), s. 85.; Çağlar Ersoy, *Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.77 vd. Serkan Seyhan, “Yapay Zekanın Hukuki Statüsünün Belirlenmesine Yönelik Bir İnceleme”, *Fasikül Dergisi*, Aralık 133(2020), s.13 vd.

⁶ Bu konuda bkz. Seda Kılıçarslan Kara, “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2(2019), s.363-389; Erdem Doğan, “Dijital Çağda Yeni Bir Hukuki Kişilik Arayışı: Yapay Zekâ”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 158(2022), s.214-256.

⁷ Bu konuda bir çalışma için bkz. Hikmet Bilgin, “Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hakimler Hakkındaki Düşünceler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13/2(2022), 405-419; Oğuz Gökhan Yılmaz, “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı-Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?”, *Adalet Dergisi*, 66(2021), s.379-415.

⁸ Konuya ilişkin bir çalışma için bkz. Tülay Turan, Nazan Kemaloğlu ve Ecir Uğur Küçükşille, “Hukuk’ta Yapay Zekâ: Çalışmalar ve Gelecek Öngörüler”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi*, 11/2(2020), s.247-253. Hukuk ile yapay zeka teknolojilerine ilişkin başka bir çalışma için bkz. Ayyüce Kızrak, “Hukuk ve Teknoloji İlişkisi”, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu: Yapay Zekâ Çağında Hukuk, 2019, s.18-21.

Yapay zeka teknolojilerinin hukukta yarattığı dönüşüm, idare hukuku konularının da yeniden düşünülmesine yol açmıştır. Devletin ve idarenin dijital dönüşümü⁹, kamu düzeni kavramının dijital kamu düzeni kavramına evrilmesi¹⁰, kamu hizmetlerinin sunulmasında yapay zekadan yararlanılması¹¹, e-devlet uygulaması¹² ve a-devlete geçiş¹³, yapay zeka destekli karar alma süreçleri işletilerek kamu görevlilerinin iş yükünün azaltılması fikri¹⁴, kamu hizmetlerinin sunulmasının kişiselleştirilmesi¹⁵ ve hizmetin standardının yükseltilmesi¹⁶ gibi konular yapay zeka alanındaki gelişmelerin idare hukuku konularına yansımaları olarak ifade edilebilir.

Yapay zekanın idare hukukundaki etkilerini fonksiyonel ve organik anlamda iki farklı boyutuyla değerlendirmek mümkündür¹⁷. Bir yandan idare hukukunun temel kavramları yapay zekanın etkisiyle değişikliğe uğrarken, öte yandan yürütme organında yeni idari birimler kurulması öngörülmekte ya da mevcut idari birimlere yapay zekaya ilişkin yeni görevler verilmektedir. Yapay zekanın idare hukuku üzerindeki organik anlamdaki etkisi, idari teşkilatta yapay zeka alanında uzmanlaşan birimlerin tesis edilmesi ile sonuçlanmaktadır¹⁸. Ancak yapay zeka alanındaki gelişmeler kapsamlı bir kurumsal dönüşümü gerektirmektedir. Yapay zekanın idari denetiminin gerçekleştirilmesi için ihtiyaç duyulan kurumsallaşma henüz tamamlanmamıştır. Hali hazırda çeşitli kurumlar ya da birimler yapay zekaya ilişkin faaliyetler yürütmekle görevli olsa da, yapay zekanın idarenin faaliyetlerinde ve özel sektörün sunduğu hizmetlerde hukuka uygun olarak kullanılmasının düzenlenmesi ve idari denetiminin

⁹ Kamu yönetiminde yapay zekanın yansımalarına ilişkin bir çalışma için bkz. Murat Önder ve Hilal Saygılı, “Yapay Zekâ ve Kamu Yönetimine Yansımaları”, *Türk İdare Dergisi*, 487(2018), s.655.

¹⁰ Serkan Seyhan, *Yapay Zeka Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2023, s. 177.

¹¹ Bu konuda bkz. Ayşe Almıla Tanrıverdi, “Yapay Zekanın Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri”, *Adalet Dergisi*, 66/1(2021), s.311. Yapay zekanın kamu hizmetlerinin sunulmasında yer alması kamu hizmetinin temel ilkelerinden uyarılma ilkesi ile ilişkilendirilebilir. Uyarılma ilkesi, hizmetin standardının güncel koşullarına uygun hale getirilmesini gerektirir. Diğer deyişle bu ilke, kamu hizmetlerinin toplumsal ihtiyaçlara göre değişmesi gerektiğini ifade eder. Uyarılma ilkesinden hareketle yapay zekanın, kamu hizmetlerinde dijital dönüşümü de beraberinde getirdiği söylenebilir. bkz. Ahmet Yayla, *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s.29.

¹² E-devlet uygulamasının devletin faaliyetleri ve kamu yönetimi bakımından önemi hakkında çalışma için bkz. Bayram Coşkun ve Çiğdem Pank Yıldırım, “Kamu Yönetimi Açısından Dijital Zekanın İyi Yönetime Etkisi”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, Özel Sayı 1(2018), s.150-156.

¹³ Merve Tuba Rüzgar “Restructuring in Public Sector: From Electronic Government to Smart Government in Türkiye”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 26/3(2024), s.1159.

¹⁴ Örneğin kamu görevlisi tarafından yapılan kimi idari işlemlerin yapay zekanın devreye girmesiyle ya tamamen yapay zeka tarafından tesis edilmesi ya da kısmen yapay zeka kullanılarak tesis edilmesi mümkün hale gelebilecektir. Öğretide kamu personeli bağlamında yapay zekaya bağlı olarak yeni görevlerin hayatımıza dahil olacağı kamu personelinin kadrolarında değişiklikler yaşanmasının kaçınılmaz olduğu da ifade edilmiştir. Yayla, *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ*, s.32.

¹⁵ İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zekâ Çalışma Grubu. “Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış Kurallara (Yapay Zekâ Düzenlemesi) ve Birliğin Belirli Yasal Düzenlemelerinin Değiştirilmesine Yönelik Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü Teklifi” (Çeviri), 2021, s.4. <https://www.istanbulbarosu.org.tr> Ayrıca bkz. Yayla, *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ*, s.30.

¹⁶ Bu konuda bir çalışma için bkz. Almıla Tanrıverdi, *Yapay Zekanın Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri*, s. 293-314.

¹⁷ Mutlu Kağıtçıoğlu, “Yapay Zeka ve İdare Hukuku (Bugünden Geleceğe Yönelik Bir Değerlendirme)” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/1(2021), s.140.

¹⁸ Kağıtçıoğlu, *Yapay Zeka ve İdare Hukuku (Bugünden Geleceğe Yönelik Bir Değerlendirme)* s.158.

gerçekleştirilmesi uzmanlık gerektirdiğinden, organizasyonel açıdan bu hususta uzmanlaşmış “ulusal kurum” öngörülmesi ihtiyacı sürmektedir. Buradan hareketle bu çalışmada yapay zekanın hukuki çerçevesinin düzenlenmesi ve idari denetiminin gerçekleştirilmesinde faaliyet gösterecek, ulusal kurum niteliğini haiz bir otorite kurulması ihtiyacı bu çalışmanın temelini oluşturmaktadır.

Çalışmada öncelikle yapay zeka alanının düzenlenmesi ve denetlenmesi gerektiği vurgulanacak ardından, yapay zeka alanında uluslararası ve ulusal düzeydeki gelişmelerden hareketle idari teşkilatta meydana gelen değişiklikler üzerinde durulacaktır. Devamında yapay zeka alanında görevli mevcut idari teşkilatın eksik yönleri tartışılacaktır. Daha sonra yapay zeka alanında hangi nedenlerle ulusal nitelikte bir kuruma ihtiyaç bulunduğu meselesi aydınlatılmaya çalışılacaktır. Son olarak, yapay zeka alanında idari denetim faaliyeti yürütmekle görevlendirilecek idari otoritenin, kurumsal yapısına ilişkin model önerisine yer verilecektir.

I. YAPAY ZEKA ALANININ DÜZENLENMESİ VE DENETLENMESİ

Yapay zeka insana özgü problem çözme yeteneğini taklit edebilen ve kendini geliştirebilen bir makine olmanın ötesine geçmiştir. Yapay zekanın bağımsız hareket edebilme (otonom), sözlü ve yazılı olarak gelen bilgileri anlamlandırabilme (doğal dil işleme), makine öğrenmesi ve akıl yürütme gibi özellikleri onu diğer teknolojilerden ayırmaktadır¹⁹. Diğer deyişle yapay zeka, klasik manada, makineye herhangi bir veri girilmesi ve sonuç elde edilmesinin ötesinde, insanın muhakeme yeteneğine yakınlaşan bir süreç yürütebilen teknolojiyi ifade etmektedir.

Yapay zekanın zamanla kendi kendine karar verebilir hale gelmesi ve bu kararların bireylerin hukuki durumları üzerinde sonuçlar doğurması, yapay zekanın idarenin faaliyetlerinde ve özel sektör tarafından kullanılmasının hukuksal sınırlarının belirginleştirilmesini gerektirmektedir. Zira insanın sahip olduğu yetenekleri taklit edebilen düzeydeki bir teknolojinin kullanımını nedeniyle bireyin zarara uğrama ihtimali oldukça yüksek görünmektedir²⁰.

İdarenin faaliyetlerinde ve özel sektör hizmetlerinde yapay zeka teknolojilerinden yararlanılması, bu alanın hukuken düzenlenmesi ve denetlenmesi ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır²¹. Bu ihtiyaç özellikle hukuki ilişkinin taraflarından birinin idare olduğu durumlarda, kamu gücü ayrıcalığına sahip idarenin bir de yapay zekanın imkanlarından faydalanarak bireyin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etme kapasitesindeki artışla paralellik göstermektedir. İdarenin faaliyetlerinde, gelişen yapay zeka teknolojilerinden yararlanmasının hukuki zemine kavuşturulması kişilerin öngörülebilir bir hukuk düzeninde yaşama talebini karşılar. Öte yandan yapay zekanın özel sektör tarafından kullanılması da bireylerin temel hak ve özgürlüklerini etkileyen kararlar alınması sonucu doğurmaktadır. Bireylerin özel sektör aktörlerince temel hak ve

¹⁹ Yapay zekanın unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz Seyhan, Yapay Zekanın Hukuki Statüsünün Belirlenmesine Yönelik Bir İnceleme, s.9 vd.

²⁰ Yapay zekanın kamusal ve özel sektör faaliyetlerinde kullanılması sonucu oluşan zararların nedeniyle sorumluluk hukuku kuralları çerçevesinde tazmin edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Yapay zeka kullanımından tüketicilerin ve üçüncü kişilerin gördüğü zararın kusura dayalı sorumluluk veya kusursuz sorumluluk ilkeleri kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin görüşler için bkz. Yayla, İdare Hukuku Bakımından Yapay Zeka, s.38,53.

²¹ Kamile Türkoğlu Üstün, “Açık Devlet Verileri ve Bilgi Edinme Hakkıyla İlişkisi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13/1(2023), s.304.

özgürlüklerinin ihlal edildiği durumlarda hangi hukuki korumalardan yararlanabileceğine ilişkin bilgi edinebilmeleri ve idarenin yapay zeka kullanarak yürüttüğü faaliyetlerde açık, şeffaf bir süreç yürütüp yürütmediğinin, idari faaliyetin muhataplarınca bilinmesi elzemdir. Örneğin yapay zekadan yararlanılarak sunulan kamu hizmetlerinde veya idari kararın oluşum aşasında yararlanılan yapay zekanın karar mekanizmasının nasıl işlediğinin tam olarak bilinmemesi nedeniyle bireyin çıkarları zedelenebilir²². Dolayısıyla yapay zekanın kullanımı ile bireylerin temel hak ve özgürlükleri arasında bir denge-denetim mekanizması kurulması ihtiyacı öne çıkmaktadır.

Yapay zekanın düzenlenmesi ve denetlenmesinin kanunilik ilkesine uygun gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kanunilik ilkesi gereğince idarenin tüm eylem ve işlemleri kanunla önceden belirlenmiş kurallara uygun olmalıdır. Ülkemizde yapay zeka alanını düzenleyen genel bir kanun bulunmamaktadır²³. Bu nedenle belki de yapay zekanın düzenlenmesi ve denetlenmesinde öncelikli ihtiyacın, yapay zeka kanunu olduğu söylenebilir. Dolayısıyla kanunun yapay zekaya ilişkin idari otoritenin kurulmasını da öngörmesi yerinde olacaktır²⁴.

Yapay zekanın kullanımının düzenlenmesi ve yapay zekanın kullanımında hukuki sınırların aşılmayıp aşılmadığının idari denetiminin yapılması hukuk devletinin bir gereğidir. Teknolojik gelişmeye uyum sağlanırken, hukuk devletinin temel gereklerinden hukuki belirlilik, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, hukuki güvenlik ilkeleri göz ardı edilmemelidir. Yapay zeka teknolojilerinin hayatımızı kolaylaştırmasının, ancak ve ancak yapay zekanın güvenilir biçimde kullanılması ile mümkün olacağına altı çizilmelidir. Bu nedenle yapay zekadan yararlanan tüm aktörlerin görev, yetki ve sorumluluk üçgenine dahil edilerek, yapay zeka kullanımının hukuki çerçevesinin belirlenmesi gerekmektedir²⁵.

II. YAPAY ZEKA ALANINDAKİ GELİŞMELERİN İDARİ TEŞKİLATA YANSIMASI

A. GENEL OLARAK

Yapay zeka alanındaki gelişmeler idari teşkilatta kurumsal dönüşüme yol açmaktadır. Belirtmek gerekir ki yapay zeka evrensel bir araç olmakla birlikte hukuk sisteminin yerelliği

²² İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zeka Çalışma Grubu ve İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, "Hukukun Üstünlüğü ve Demokrasi Kapsamında Yapay Zeka Sistemlerinin Risk ve Faydaları", İnfografik, 2022, s.1-3. <https://www.istanbulbarosu.org.tr>.

²³ Örneğin Avrupa Birliği tarafından AB Yapay Zekâ Tüzüğü yayınlanmıştır. Bu düzenleme ülkemiz açısından yapay zeka mevzuat çalışmalarında örnek alınabilecek, dünyanın yapay zeka ile ilgili ilk kapsamlı yasal düzenlemesidir. Bu düzenlemeyle yapay zekanın AB'deki sağlık, güvenlik, temel haklar, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve çevre açısından taşıdığı riskler ve fırsatlar ele alınmakta, ayrıca AB'nin yapay zeka iç pazarında inovasyonun, büyümenin ve rekabetçiliğin teşvik edilmesi amaçlanmaktadır.

²⁴ Yapay zekanın iki aşamalı olarak düzenlenmesine için görüşler için bkz. Yılmaz, Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı-Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?, s.387-388. Yapay zeka yasasına ihtiyaç bulunduğu hususuna ilişkin bkz Barış Özçelik, "Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler", Adalet Dergisi, 66/1(2021), s. 92.

²⁵ Yapay zekanın regülasyonuna ilişkin bir çalışma için bkz. Yasin Murat Kadioğlu ve Osman Gazi Güçlütürk, "Yapay Zekâ ve Regülasyon", Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II (Ed. Osman Gazi Güçlütürk, E. Eylem Aksoy Retornaz), İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2021, s.110-115.

nedeniyle idare hukukuna etkisi yerellik çerçevesinde gerçekleşmektedir. Diğer deyişle ülkelerin kendilerine özgü idari ilkeleri, idare ve hukuk gelenekleri ile idari örgütlenme biçimleri bulunmaktadır. Dolayısıyla yapay zekanın organik anlamda idare üzerindeki etkisi ülkeden ülkeye farklılaşmaktadır. Bu etki, kimi zaman yapay zeka alanında faaliyet gösteren bakanlık ya da müdürlük kurulması -ofis, daire başkanlığı gibi başka örneklere de rastlanmaktadır- kimi zaman ise ayrı bir kamu tüzel kişiliği kurulmasıyla sonuçlanmaktadır²⁶.

Yapay zekanın idari teşkilata etkisinin gözlemlenebilmesi için en etkili araç yapay zeka stratejileridir. Uluslararası alandaki teknolojik rekabetten geri kalmamak ve yapay zekanın geliştirilmesinde aktif rol almak bakımından pek çok ülke yapay zeka stratejilerini yayımlamıştır²⁷. Yapay zeka alanındaki gelişmelerin iç hukukta hangi dönüşümlere yol açtığını gözlemleyebileğimiz bu belgeler, ülkelerin yapay zekaya ilişkin gelecek vizyonunu ve faaliyetlerini somutlaştırmaktadır²⁸. Diğer deyişle yapay zeka stratejileri, ülkelerin yapay zeka alanındaki çalışmalarının yol haritası niteliğindedir²⁹. Ülkelerin bu husustaki yol haritalarının yapay zekanın idari teşkilata etkisinin ne şekilde gerçekleşebileceği hakkında da bir perspektif sunduğunun altı çizilmelidir.

Yapay zekanın idari teşkilata etkilerinin tespitinde, ülkelerin ulusal yapay zeka stratejileri önemli bir yol haritası olmakla birlikte, bu alanı aydınlatan belgeler yalnızca stratejilerle sınırlı değildir. Özellikle Avrupa Birliği tarafından yapay zekaya ilişkin alınan kararlar, raporlar, tüzükler vb. kurumsal yapının inşasında yol gösterici niteliktedir. Dolayısıyla yapay zekayı konu alan, idari teşkilat ile ilişkilendirilebilecek diğer hukuk metinleri de göz önünde bulularak yapay zekanın organik anlamda idareye etkisinin diğer ülkelerde nasıl gerçekleştiğine değinilecektir. Daha sonra Türk idari teşkilatında yapay zekanın etkisinin gözlemlenebilmesi için Ulusal Yapay Zeka Stratejisi 2021-2025 belgesi değerlendirilecektir.

B. YAPAY ZEKANIN İDARİ TEŞKİLATA YANSIMALARINA İLİŞKİN ÖRNEKLER

Yapay zeka alanındaki gelişmelerin idari teşkilat üzerindeki etkileri uluslararası alandaki farklı organizasyonların yayınladığı belgelerde gözlemlenebilmektedir. Özellikle Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından yayınlanan belgelerde organik anlamda idarenin yapay zeka ile uyumlu hale getirilmesine ilişkin pek çok öneriye rastlanmaktadır.

Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından yayınlanan belgeler yapay zekanın düzenlenme ve denetlenmesi için ulusal hukukta kurulacak idari otorite hakkında örnek teşkil edebilecek hükümler içermektedir. Örneğin; Avrupa Birliği'nin yürütme organı olan Avrupa

²⁶ Şükrü Çağrı Çelik, "Türkiye'de Dijital Devlet Dönüşümünün Kurumsal Yapısı: Quo Vadis? (Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Örneği)", Dijital Devlet (Ed. Kemal Çelebi, Birol Kovancılar), Gazi Kitabevi, Ankara, 2021, s.461.

²⁷ Yapay zeka stratejilerine ilişkin genel bir değerlendirme için bkz. Tim Dutton, "An Overview AI Strategies", Son güncelleme 13.07.2018. <https://medium.com/@tim.a.dutton/an-overview-of-national-ai-strategies-2a70ec6edfd>

²⁸ Hazal Gülel, Hukuki Açından Yapay Zekâ, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 71.

²⁹ Dolayısıyla bu stratejiler, yapay zekanın kamu sektöründeki varlığının artan eğilim göstereceğinin de sinyalini oluşturmaktadır bkz. Sevgi Kavut, "Toplumların Dijital Dönüşüm Aracı olarak Yapay Zekâ Çalışmaları: Türkiye'nin ve Türk Devletleri Teşkilatının Yapay Zekâ Kullanımı Üzerine Bir Analiz", Erciyes İletişim Dergisi, 11/1(2024), s. 335.

Komisyununun 19 Şubat 2020’de yayımladığı “*Mükemmellik ve Güvene Dayalı Avrupa Yaklaşımı başlıklı Komisyon Raporu (White Paper on Artificial Intelligence-a European Approach to Excellence and Trust)*” yapay zekaya ilişkin bir yönetim modeli önerisi getirmektedir³⁰. Raporla yapay zeka alanındaki mevzuat eksikliğinden bahsedilmiş, yapay zekanın denetimi, standardizasyonun sağlanması meselesi vurgulanmış ve ilgili makamların iş birliği halinde çalışması gerektiği belirtilmiştir³¹. Bu hususta üye ülkelere ulusal bir kurum kurulması yükümlülüğü getirilerek yapay zekaya ilişkin faaliyetlerin bu kurum tarafından yürütüleceği düzenlenmiştir. O halde yapay zekanın iç hukuk düzeninde kurumsal alt yapısının oluşturulmasının, Birlik düzeyinde alınan kararların iç hukuka aktarılması ve yapay zekanın denetlenmesinde öncelikli adım olarak görüldüğü söylenebilir. Benzer şekilde Komisyon’un 21 Nisan 2021’de yayımladığı “*Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış Kurallara (Yapay Zeka Düzenlemesi) ve Birlik’in Yasal Düzenlemelerinin Değiştirilmesine Yönelik Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü Teklifi (Yapay Zeka Tüzük Teklifi)*” yapay zeka alanında üye ülkelerin kurumsal alt yapılarını hazırlamaları için önemli düzenlemelere yer vermiştir³². Yapay zeka alanında hukuki düzenleme yapılmasını öngören ilk metin niteliğini haiz Yapay Zeka Tüzük Teklifi, üye ülkelerin yükümlülüklerinin icrasının takibi için ulusal bir makam görevlendirilmesini, bunun yanı sıra Avrupa Yapay Zeka Kurulunun kurulmasını öngörmektedir³³. Yapay Zeka Tüzük Teklifi 13 Mart 2024 tarihinde Avrupa Parlamentosunda onaylanmış ve yasalaşmıştır³⁴.

Belirtmek gerekir ki Yapay Zeka Tüzük Teklifi, kullanıcılara bir idari başvuru mekanizması getirmemesi, örneğin şikayet veya yargısal başvuru imkanı öngörmemiş olması

³⁰ Orijinal metin için bkz. European Commission, “White Paper on Artificial Intelligence A European Approach to Excellence and Trust”, Brussels, 2020. <https://ec.europa.eu>.

³¹ İlay Yılmaz, Can Sözer ve Ecem Elver, “Yapay Zekâ ile İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme”, *Adalet Dergisi*, 66/1(2021), s.458.

³² Orijinal metin için bkz. European Commission, “Regulation of The European Parliament And Of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts”, 2021, <https://eur-lex.europa.eu>. Tüzük Teklifinin çeviri için bkz. İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zekâ Çalışma Grubu, “Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış ... Tüzüğü Teklifi” (Çeviri), 2021, <https://www.istanbulbarosu.org.tr>.

³³ 6. Kısım, madde 56: 1. Bir “Avrupa Yapay Zekâ Kurulu” (“Kurul”) kurulmuştur. 2. Kurul, Komisyon’a aşağıda belirtilenler amaçlar doğrultusunda tavsiye ve yardım sunar; (a) Komisyon ile ulusal denetim kurumlarının bu Tüzük kapsamındaki konularla ilgili olarak etkili iş birliğine katkıda bulunmak; (b) Komisyon ile ulusal denetim kurumları ve diğer yetkili kurumların iç pazarda ortaya çıkan bu Tüzük kapsamındaki problemler bakımından yönlendirilmesinde ve bu makamlarla problemlerin analizinde koordinasyonu sağlamak ve bu sürece katkıda bulunmak; (c) Komisyon’a ve ulusal denetim kurumlarına Tüzük’ün uyumlu bir biçimde uygulanması bakımından yardımcı olmak. Madde 58: Madde 56(2) uyarınca Komisyon’a sunduğu tavsiye ve yardım sırasında Kurul özellikle şunları yapar: (a) Üye Devletler arasında deneyim ve örnek uygulamalar toplamak ve paylaşmak; (b) madde 53’te belirtilen düzenleyici kum havuzlarının işleyişi de dahil olmak üzere, Üye Devletler’ in idari uygulamalarının yeknesaklaştırılmasına katkıda bulunmak; (c) Bu Tüzük’ün uygulanmasıyla ilgili konularda, bilhassa da aşağıda sayılan konularda görüş, tavsiye ve yazılı katkılar hazırlamak: (i) 3. Kısım 2. Bölüm’de belirlenen gerekliliklerle ilgili teknik şartnameler ve mevcut standartlar, (ii) madde 40 ve 41’de belirtilen uyumlaştırılmış standartların veya ortak şartnamelerin uygulanması, (iii) madde 71’de belirtilen idari para cezalarının belirlenmesiyle ilgili rehberler de dahil olmak üzere kılavuz dokümanların hazırlanması bkz. İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zekâ Çalışma Grubu, “Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış ... Tüzüğü Teklifi” (Çeviri), 2021, s.75-76.

³⁴ European Parliament News, “*Artificial Intelligence Act: MEPs adopt landmark law*”, 13 Mart 2024, <https://www.europarl.europa.eu>. Yapay zeka düzenlemesinin geçmişten günümüze geçirdiği süreç için bkz. Geçmişten Günümüze AB Yapay Zeka Düzenlemesi Teklifi, İnfografik, İstanbul Barosu, Bilişim Hukuku Komisyonu, Yapay Zekâ Çalışma Grubu. <https://www.istanbulbarosu.org.tr>.

nedeniyle öğretilmişir³⁵. Yapay Zeka Tüzük Teklifinde bahsi geçen Avrupa Yapay Zeka Kurulu, Birliğin yapay zekaya ilişkin kararları doğrultusunda üye ülkelerin uygulamalarının ortaklaşması için süreci yönetmekle, işbirliği ve koordinasyonun sağlanmasıyla görevlendirilmiştir.

Yapay Zeka Tüzük Teklifi kapsamında aslanan üye ülkelerin iç hukuk sistemlerinde yapay zekanın düzenlenmesi ve denetlenmesinde görevli ulusal idari otoriteler tesis edilmesidir. Buna göre üye devletlerce Birliğin düzenlemelerinin iç hukukta uygulanması ve denetlenmesi için “ulusal yetkili kurum” tayin edilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra yapay zeka alanında ulusal düzeyde resmi bir temsil makamı oluşturulması amacıyla üye devletlerin “ulusal denetim kurumu” belirlemesi gerektiği de vurgulanmıştır³⁶.

Özetle Avrupa Birliği'nin yapay zekanın hukuki çerçevesini bütüncül bir bakış açısıyla ele aldığını söylemek mümkündür. Avrupa Birliği, yapay zekanın hukuki çerçevesinin çizilmesinin boyutlarından birisini kurumsal yapının tesisi olarak görmektedir. Gelinek noktada bugün Birlik düzeyinde yapay zeka alanında -her ne kadar yalnızca koordinasyon ve işbirliğinden sorumlu olsa da- bir idari otoritenin varlığından söz etmek mümkündür. Öte yandan Birliğin üye devletlere getirdiği yükümlülükler dikkate alındığında, yapay zeka alanında kurulacak idari otoriteye dair bir model önerisi getirilmeksizin, bu alanda faaliyet yürütecek idari teşkilatın yetkisinin kapsam ve sınırlarının ortaya konulduğu görülmektedir. Zira üye devletlerin yapay zeka alanında tesis edeceği ulusal makamların yetkinin ulusal düzeyde olması gerektiği ve denetim faaliyeti de yürütmesi gerektiğini açıkça hüküm altına alınmıştır. Avrupa Birliği'nin konuya yaklaşımından çıkarılması gereken sonuç; yapay zekanın kullanılması nedeniyle bireyin haklarının ihlal edilmesi ihtimaline karşın idari denetim gerçekleştiren, ulusal düzeyde faaliyet gösteren, yapay zeka alanında o ülkenin uluslararası alanda temsili görevini de üstlenebilecek bir idari teşkilatlanmaya ihtiyaç vardır.

Avrupa Konseyi tarafından yayınlanan belgeler de yapay zekanın denetimi için idari otorite ihtiyacını vurgulamıştır³⁷. Örneğin Konseyin Yapay Zeka Komitesi tarafından yayınlanan “Revize Edilmiş Sıfır Taslak [Çerçeve] Yapay Zeka, İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü Sözleşmesi”, sözleşmenin uygulanmasının izlenmesi amacıyla taraf ülkelerce takip mekanizması tesis edilmesine işaret etmektedir³⁸. Bu kapsamda Sözleşmenin 29. maddesinde, yapay zeka sistemlerinin denetlenmesi için bağımsız ve tarafsız ulusal denetim

³⁵ Yüksel Bozkurt ve Ebru Armağan, “Avrupa Komisyonu'nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi 'ne Genel Bir Bakış”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 51(2022), s.41.

³⁶ İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zekâ Çalışma Grubu. “Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış ... Tüzüğü Teklifi” (Çeviri), 2021, s.40.

³⁷ Türkiye Avrupa Konseyi üyesidir. Bu suretle yapay zeka alanında Konseyin öngördüğü düzenlemeleri dikkate alması beklenir.

³⁸ Takip Mekanizması ve İşbirliği başlıklı VII. Bölüm. Orijinal belge için bkz. European Council Committee on Artificial Intelligence, “Revised Zero Draft [Framework] Convention On Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy And The Rule Of Law”, CAI(2023)01, 6 January 2023, <https://rm.coe.int/cai-2023-01-revised-zero-draft-framework-convention-public/1680aa193f>.

mekanizmaları tayin edilmesi öngörülmüştür³⁹. Bu sözleşme her ne kadar bağlayıcı olmasa da yol göstericidir⁴⁰. Özellikle ulusal mekanizmanın bağımsız ve tarafsızlığının vurgulanması, yapay zekanın idari denetiminin benimsenecek modele ilişkin fikir vermesi bakımından oldukça anlamlıdır.

Birleşmiş Milletler bünyesinde de yapay zekaya ilişkin kararlar alındığı görülmektedir⁴¹. Örneğin 11 Mart 2024 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararına göre yapay zeka sistemlerinin temel ilkelerine ilişkin taslak bir karar alınmıştır⁴². Buna göre, yapay zekanın düzenlenmesi için hükümetlerin iş birliği yapması gerektiği, yerel ve ulusal düzeyde ülkelerin yapay zeka alanındaki adımlarının desteklenmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır⁴³. Birleşmiş Milletlerin yerel ve ulusal düzeyde yapay zeka alanında idari otorite kurulmasına yönelik doğrudan bir önerisi bulunmasa da yapay zeka alanındaki faaliyetleri destekleyen bir irade sergilediği söylenebilir.

Yapay zeka alanındaki gelişmelerin idari teşkilatta yeniliklere yol açtığı örneklerle rastlamak mümkündür. Örneğin 2017’de Birleşik Arap Emirlikleri’nde yapay zekanın idari teşkilat üzerindeki etkisi bu alanda faaliyet gösteren Yapay Zeka Bakanlığı kurulmasına yol açmıştır⁴⁴. Birleşik Arap Emirliklerinde yapay zeka alanında idari teşkilat kurulması, 2031 Ulusal Yapay Zeka Stratejisi’nin bir getirisidir. Birleşik Krallık’ta 2019’da bağımsız uzmanlardan oluşan, hükümete tavsiyeler vermek üzere oluşturulmuş Yapay Zeka Konseyi (AI Council) kurulmuştur⁴⁵. Bu Konsey Birleşik Krallığın Sanayi Stratejisi (Industrial Strateji) ve Yapay Zeka Sektörü Anlaşması’nın (AI Sector Deal) bir sonucudur. Ukrayna’da yakın zamanda yapay zeka tabanlı bir bakanlık sözcüsü görev yapmaya başlamıştır⁴⁶. İspanya’da ise yapay zeka

³⁹ 7. Kısım, madde 29: Ulusal denetim makamları 1. Taraflar, madde 24 ve 25 uyarınca, özellikle yapay zeka sistemlerinin risk ve etki değerlendirmesinin gerekliliklerine uyumunu gözetmek ve denetlemekle görevli ulusal denetim makamları kurar veya tayin eder. 2. Taraflar, ulusal denetim makamlarının faaliyetlerini yürütmek için yeterli kaynaklara ve uygun şekilde eğitilmiş personele sahip olmasını sağlar. 3. Ulusal denetim makamları görevlerini yerine getirirken bağımsız ve tarafsızdır bkz. İstanbul Barosu, Bilişim Hukuku Komisyonu, Yapay Zekâ Çalışma Grubu, “Yapay Zekâ, İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü İlk Taslak [Çerçeve]Sözleşmesi” (Çeviri), 2023, s.11. <https://www.istanbulbarosu.org.tr>.

⁴⁰ Pınar Karacan ve Doğa Irgaz, “Yapay Zeka Kullanımı İçin Hukuksal Çerçeve İhtiyacı”, Lexpera Blog, 2023, s. 3.

⁴¹ İhsan Batuhan Özgen, “Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Tarafından Yapay Zekaya İlişkin Karar”, Yapay Zeka Çağında Hukuk, İstanbul Barosu, Bilişim Hukuku Komisyonu, Yapay Zekâ Çalışma Grubu, Nisan 2024, s.10 vd. <https://www.istanbulbarosu.org.tr>.

⁴² Haber için bkz. UN News, “General Assembly adopts landmark resolution on artificial intelligence”, 21 Mart 2024, <https://news.un.org/en/story/2024/03/1147831>

⁴³ Orijinal metin için bkz. United Nations General Assembly, Resolutions of the 78th. Session, *A/78/L.49*, 2024, s.1-8. <https://undocs.org>.

⁴⁴ Mohanad Halaweh, “Viewpoint: Artificial Intelligence Government (GOV 3.0): The UAE Leading Model”, Journal of Artificial Intelligence Research, 62 (2018), s. 269-272 <https://jair.org>; Ayrıca bkz. The World’s first Minister for Artificial Intelligence Was Just Appointed- In the UAE, Startup Science, 2017, <https://thestartups-cene.me/>.

⁴⁵ GOV UK, News, “AI Council”, <https://www.gov.uk/government/groups/ai-council>

⁴⁶ Ukrayna Dış İşleri Bakanlığı insanlar tarafından hazırlanan metinleri kamuoyuna duyurmak amacıyla yapay zeka tarafından oluşturulan Victoria Shi isimli dijital sözcüsü “tarihte ilk kez insan tarafından hazırlanan metinleri okumak üzere dijital sözcü kullanılacağı” haberi ile sosyal medya hesaplarından duyurmuştur. Bu gelişme kamu görevlisi kavramına gelinen yeni boyutun açık bir göstergesidir. Haberin detayları için bkz. The Guardian, “Ukraine unveils AI-generated foreign ministry spokesperson”, 2024. Henüz diplomatik bir faaliyet yürütmeyen yalnızca açıklamaların okunmasında görev yapan yapay zekanın oluşturduğu sözcünün, yapay zekanın kamu

alanındaki gelişmeleri koordine etmek üzere 2020 yılında Ekonomi ve Dijital Dönüşüm Bakanlığı bünyesinde, Dijitalleşme ve Yapay Zekadan Sorumlu birim (SEDIA) ihdas edilmiştir⁴⁷.

Sonuç olarak bu örnekler yapay zeka alanında sistemin parçası olmak isteyen ülkelerin kurumsal alt yapı oluşturulmasını da önemsediklerini açıkça göstermektedir. Hem uluslararası hem de ulusal düzeyde atılan adımlar yapay zekanın fonksiyonel anlamda idarenin yanı sıra organik anlamda idare üzerinde de etkisini kaçınılmaz kılmaktadır. Buradan hareketle ülkemizde yapay zekanın idari teşkilata nasıl yansıdığına da değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Yapay zeka alanındaki gelişmelerin idari teşkilata yansımaları öncelikle Ulusal Yapay Zeka Stratejisi 2021-2025 kapsamında ele alınabilir. Ayrıca 24 Haziran 2024 tarihinde meclise sunulan ülkemizin ilk Yapay Zeka Kanun Teklifine⁴⁸ de denetim makamı öngörmesi bağlamında değinilmesi gerekmektedir.

C. ULUSAL YAPAY ZEKA STRATEJİSİ 2021-2025

Hükümetlerin yapay zeka hazırlıklarına ilişkin 2023 yılında yayınlanan endekse göre Türkiye yapay zeka alanındaki gelişmelerde, bölgesindeki diğer ülkelere nazaran en iyi performansı gösteren ülkeler arasındadır⁴⁹. Endeksin sıralamasında dikkate alınan hususlardan birisi yapay zekanın nasıl kullanılacağı ve geliştirileceğine ilişkin yapay zeka strateji belgesinin yayımlanmasıdır. Yapay zeka stratejilerinin yayımlanması, ülkelerin yapay zeka alanındaki vizyonlarının resmileşmesi olarak görülmektedir⁵⁰. Yapay zeka strateji belgelerinin yapay zeka alanında atılacak adımlarda kılavuz işlevi görmesi beklenmektedir. Bu belgeler yapay zekanın kamusal faaliyetlerde ve özel sektör tarafından sunulan hizmetlerde kullanılmasına yönelik temel ilke ve standartları ve yapay zekanın idari denetimini gerçekleştirecek idari yapının da tesisine ilişkin hususları içermelidir. Dolayısıyla yapay zeka stratejisinde yapay zeka alanında faaliyet gösterecek ulusal kurum modeline yer verilmesi olasıdır. Türkiye açısından bu hususları 2021-2025 Ulusal Yapay Zeka Stratejisi (bundan sonra Strateji olarak anılacaktır) kapsamında değerlendirmek mümkündür.

Strateji, 20.08.2021 tarih ve 31574 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2021/18 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesiyle yürürlüğe girmiştir⁵¹ ve Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi ve Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’nın iş birliği ile yürütülmektedir⁵². Stratejide genel

görevlisi kavramı başta olmak üzere devletin faaliyetlerine entegrasyonunda önemli bir aşama olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla yapay zeka teknolojileri kamu sektörüne ait kavramların geleceğinin de şekillendirmektedir.

⁴⁷ Hikmet Salahaddin Gezici, “Kamu Yönetiminde Yapay Zekâ: Avrupa Birliği”, Uluslararası Akademik Birikim Dergisi, 6/2(2023), s.114,115.

⁴⁸ Yapay Zeka Kanun Teklifi, Esas Numarası 2/2234, 24.06.2024, Türkiye Büyük Millet Meclisi, <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/e21539a0-888a-4500-81be-01904a918c53>

⁴⁹ Emma Hankins, Nettel Fuentes Pablo, Livia Martinescu, Gonzalo Grau, Sulamaan Rahim, “Government AI Readiness Index 2023”, Oxford Insight, 2023, s. 29

⁵⁰ Hankins, Nettel, Martinescu, Grau, Sulamaan, Government AI Readiness Index 2023, s. 6.

⁵¹ Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025, <https://www.resmigazete.gov.tr>.

⁵² Ayrıca Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından da 18 Eylül 2019 tarihli 2023 Sanayi ve Teknoloji Stratejisi isimli belge yayınlanmıştır. Tam metin için bkz. <https://www.sanayi.gov.tr/>. Bu Stratejinin yedinci bölümünde “Sanayinin Dijital Dönüşümü” başlığı altında sanayinin dijital dönüşüme nasıl teşvik edileceğine ilişkin hedefler ortaya konulmuş, kamu sektörü ile özel sektörün dijital dönüşüm için yapacağı iş birliği vurgulanmıştır bkz. Bilgi

olarak yapay zekaya ilişkin nitelikli insan yetiştirmek, araştırma ve girişimcilik faaliyetlerinin desteklenmesi, iş birliği yapılması, yapısal ve iş gücü dönüşümünün hızlandırılması öncelikli kabul edilmiştir. Bu kapsamda Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi ve Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının birlikte yürüteceği bir “*yönetişim mekanizması*” öngörülmüş⁵³ ve yönetim mekanizmasının temel işlevinin Stratejinin hayata geçirilmesi, sürecin koordinasyonun sağlanması olduğu ortaya konulmuştur⁵⁴. Dolayısıyla Strajede öngörülen yönetim mekanizması daha yakından incelenerek yapay zeka alanındaki gelişmelerin Türk idari teşkilatına yansımaları hakkında fikir yürütülmesi mümkündür.

Strateji belgesinde iki katmanlı olarak öngörülen yönetim mekanizmasının ilk katmanını “*Ulusal Yapay Zeka Stratejisi Yönlendirme Mekanizması*” oluşturmaktadır. Burada Cumhurbaşkanı yardımcısı başkanlığında Ulusal Yapay Zeka Stratejisi Yönlendirme Kurulu (bundan sonra Yönlendirme Kurulu olarak anılacaktır) ile eylem planı koordinasyon grupları ve uygulayıcı kurumlar (ilgili Bakanlıklar, bağlı ilgili ilişkili kurum ve kuruluşlar) yer almaktadır. “*Teknik ve İdari Yönetişim Mekanizması*” olarak anılan ikinci katman Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Büyük Veri ve Yapay Zeka Uygulamaları Dairesi Başkanlığı (bundan sonra Daire Başkanlığı olarak anılacaktır), Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı bünyesinde Dijital Teknolojiler Daire Başkanlığı ve TÜBİTAK Yapay Zeka Enstitüsü’nden oluşmaktadır⁵⁵. Stratejide diğer bakanlıklarda yapay zeka alanına ilişkin başkaca idari birimlerin kurulduğundan da bahsedilmiştir. Örneğin Adalet Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı bünyesinde şube müdürlükleri ve çeşitli birimler kurulduğu belirtilmiştir. Yerel yönetimler düzeyinde ise bazı büyükşehir belediyeleri bünyesinde şube müdürlükleri kurulduğuna işaret edilmiştir⁵⁶. Görülmektedir ki Türk idari teşkilatında yapay zeka alanında faaliyet gösteren idari birimler bulunmaktadır. Hem merkez teşkilatında hem de yerinden yönetim teşkilatında yapay zeka alanında görevli ve yetkili idari otorite olarak değerlendirilebilecek kurumsal dönüşüm yaşandığının altını çizmek gerekir.

Stratejide öngörülen mekanizmanın yapay zekanın idari denetiminin idare hukuku kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmesi ve yapay zekanın düzenlenmesi faaliyetini yürütmek bakımından ihtiyaca ne ölçüde karşılık verdiği tartışılmaya açıktır. Bu nedenle ilerleyen bölümde özellikle yapay zeka alanındaki ulusal kurum ihtiyacı ve bu ulusal kurumun ne şekilde olması gerektiği sorusu Stratejinin ön gördüğü sistem ile cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

Teknolojileri ve İletişim Kurumu, “Türkiye’de Dijital Dönüşüm ve Dijital Okuryazarlık”, Araştırma Raporu, 2022, s.27. <https://www.btk.gov.tr>. Bu belgenin Türkiye’nin dijital dönüşüm sürecine ilişkin yol haritası niteliğinde olduğu ifade edilmiştir bkz. 2023 Sanayi ve Teknoloji Stratejisi, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, 2019, s.3.

⁵³ Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025, s. 84 vd.

⁵⁴ Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025, s. 82.

⁵⁵ Detaylı tablo için bkz. Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025, s. 86.

⁵⁶ Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025, s.40. Güncel bir gelişme olarak Millî Güvenlik Kurumu Genel Sekreterliğinin 28 Mayıs 2024 tarihli toplantısında, yapay zeka alanında yaşanan gelişmelerin millî güvenlik ve savunma alanındaki faaliyetlerde dikkate alınacağına ilişkin vurgu yapılmıştır bkz. Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Mayıs Ayı Toplantısı Basın Açıklaması <https://www.mgk.gov.tr>. Ülkemizde yapay zeka alanındaki kurumsal alt yapı çalışmalarının yanı sıra uluslararası alanda yapay zekaya ilişkin öngörülen kurumsal yapılarda aktif rol alınmasına ilişkin adımlar da atılmaktadır. Örneğin 2022 yılında 4 ülkenin bir araya gelerek kurduğu Küresel Yapay Zekâ Ortaklığı’na üye olan Türkiye yapay zeka alanında uluslararası platformda oluşturulan bir yapıya dahil olmuştur. Bu husus uluslararası alanda iş birliği bakımından oldukça önemlidir bkz. <https://www.mfa.gov.tr>.

Stratejinin yanı sıra 24 Haziran 2024 tarihinde meclise sunulan Yapay Zeka Kanun Teklifi de yapay zeka alanındaki gelişmelerin idari teşkilata yansımaları ortaya koyan hükümler içermektedir. Stratejinin öngördüğü mekanizma neticesinde, yapay zeka alanında faaliyet gösteren mevcut idari teşkilata geçmeden önce kanun teklifine değinilmesi yerine olacaktır.

D. YAPAY ZEKA KANUN TEKLİFİ

Yapay Zeka Kanun Teklifi (bundan sonra Teklif olarak anılacaktır) 24 Haziran 2024 tarihinde meclise sunulmuştur. Şu an için komisyon görüşmesi aşamasında olan Teklif yapay zeka alanında ülkemizdeki ilk kanun teklifidir. Teklifte yer verilen denetim mekanizmasının, yapay zekanın idare hukuku kuralları çerçevesinde denetlenmesine yönelik bir sistem getirip getirmediği ve bu hükümlerin fonksiyonel anlamda idarenin yanı sıra organik anlamda idareyi hangi yönde etkileyebileceği hususları tartışmaya açıktır.

Teklif “*yapay zeka teknolojilerinin güvenli, etik ve adil bir şekilde kullanılmasının sağlanması, kişisel verilerin korunmasının temin edilmesi, gizlilik haklarının ihlal edilmesinin önlenmesi ile yapay zeka sistemlerinin geliştirilmesi ve kullanımına yönelik düzenleyici bir çerçevenin oluşturulması*” amacı taşımaktadır⁵⁷. Teklifte potansiyel riskleri en aza indirme hedefiyle yapay zekanın kullanımının denetlenmesi için “*güçlü bir denetim mekanizması*” öngörüldüğü belirtilmiştir⁵⁸. Denetim mekanizması tarafından yapay zeka sistemlerinin izleneceği, gerektiğinde müdahale edileceği, ihlallerin tespit edilerek yaptırım uygulanacağı ve devamında yapay zeka teknolojileri karşısında toplumun güvenliği, mahremiyeti ve haklarının korunmasında “*güçlü bir yaptırım mekanizması*” oluşturulacağı ifade edilmiştir⁵⁹. Teklifinin uygunluk ve denetim başlıklı 5. maddesinde yapay zekanın hukuka uygun kullanılmasına ilişkin yapay zeka operatörlerinin yükümlülüğü ve denetim makamlarının yetkisi düzenlenmiştir⁶⁰. İhlal ve yaptırımlar başlıklı 6. maddesinde ise kanun hükümlerine aykırı hareket eden yapay zeka operatörlerine uygulanabilecek yaptırımlar öngörülmüştür⁶¹.

Teklifte yer alan hükümler birlikte okunduğunda, öngörülen denetim mekanizmasının yapay zeka operatörlerinin faaliyetlerine yönelik olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Yapay zeka operatörleri “*sağlayıcılar, dağıtıcılar, kullanıcılar, ithalatçılar ve distribütörlerin tamamını içeren*” bir kavram olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla adı geçen denetim mekanizmasının, özel sektör faaliyetlerinde yapay zekanın kullanılmasına ilişkin bir denetim gerçekleştirmek üzere tasarlandığı söylenebilir. Her ne kadar madde gerekçesinde “*yapay zeka ekosistemindeki tüm paydaşları kapsayacak şekilde geniş tutulmuştur*” ifadesine yer verilse de tüm paydaşların idareyi de kapsayıp kapsamadığı belirsizdir. Bu nedenle denetim mekanizmasının, yapay zekanın

⁵⁷ Kanun Teklif Bilgileri, “Teklifin Özeti”. <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/e21539a0-888a-4500-81be-01904a918c53>.

⁵⁸ Kanun Teklifinin Gerekçesi 6. Paragraf.

⁵⁹ Kanun Teklifinin Gerekçesi 7. Paragraf.

⁶⁰ Madde 5: Yapay zeka operatörleri, bu Kanunun hükümlerine ve ilgili yönetmeliklere uygun hareket etmekle yükümlüdür. Denetim makamları, yapay zeka sistemlerinin bu Kanuna uygunluğunu denetlemek ve ihlalleri tespit etmek için gerekli yetkilere sahiptir.

⁶¹ Madde 6 : Bu Kanun hükümlerine aykırı hareket eden yapay zeka operatörleri hakkında aşağıdaki yaptırımlar uygulanabilir: Yasaklanan yapay zeka uygulamaları için 35 milyon TL veya yıllık cironun %7'sine kadar para cezası. Yükümlülüklerin ihlali için 15 milyon TL veya yıllık cironun %3'üne kadar para cezası. Yanlış bilgi sağlanması durumunda 7.5 milyon TL veya yıllık cironun %1,5'ine kadar para cezası.

kamusal faaliyetlerde kullanıldığı da göz önünde bulundurularak tasarlanması daha işlevsel yerinde olurdu.

Denetim mekanizmasına ilişkin hükümlerin yapay zekanın kurumsal alt yapının oluşturulması hususunda bir yol haritası öngörmediği görülmektedir. Farklı bir açıdan değerlendirildiğimizde Teklifte, hangi idarenin yapay zekanın idari denetimini gerçekleştirmekle görevli ve yetkili olacağı açıkça belirtilmemiştir. Bu eksiklik nedeniyle görevli ve yetkili makamın kurumsal yapısına ilişkin çıkarım yapılamamaktadır. Yapay zekanın idari denetimini gerçekleştirecek idari teşkilatın öngörülmemiş olması Teklif açısından önemli bir eksiklik olarak görülebilir. İdarenin yeni bir alanda görevli ve yetkili kılınması her zaman yeni bir organik yapılanmaya gidilmesini gerektirmeyebilir. Ancak yapay zekanın denetiminin uzmanlık gerektirdiği ve yapay zekanın kamuda ve özel sektör tarafından kullanılmasının temel hak ve özgürlükler ile doğrudan ilişkili olması nedeniyle ayrı bir idari teşkilata ihtiyaç bulunduğunu savunmak mümkündür.

Öngörülen denetim mekanizmasının görev ve yetkilerinin kapsam ve sınırları da belirsizdir. Gerekçede denetim mekanizmalarına geniş yetkiler verilmesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Bu durumun yapay zeka sistemlerinin etkili ve verimli çalışması için gerekli olduğunun altı çizilmiştir. Kanaatimizce, yapay zekanın denetiminde görevli ve yetkili makamların geniş yetkilere sahip olması değil, hukuki sınırları belirli ve idari denetimin etkin gerçekleştirilmesine hizmet edecek yetkiler tanınması gerekmektedir. Dolayısıyla yapay zekanın denetlenmesi faaliyetini yürüten idarenin görev ve yetkilerinin kapsam ve sınırlarının hukuki belirlilik ilkesine uygun olacak biçimde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Sonuç olarak Teklif, Türk hukukunda yapay zekanın hukuki çerçevesinin oluşturulmasında önemli bir aşama kaydedilmesine hizmet etse de yapay zekanın idari denetim gerçekleştirecek, görev ve yetkilerinin kapsam ve sınırları belirli yeni idari birimleri ortaya koymak, diğer deyişle kurumsal model önerisi sunmak bakımından yetersizdir.

Halihazırda yürütme organında, yapay zeka alanında görev ve yetkileri bulunan çeşitli idari birimler bulunmaktadır. Tek bir çatı altında faaliyet göstermeyen bu birimlerin bir tür denetim mekanizması olarak görülüp görülemeyeceği, idari denetime işaret eden görev ve yetkilerinin bulunup bulunmadığı meselesinin aydınlatılması gerekmektedir. Bu nedenle ilerleyen bölümlerde yapay zeka alanında faaliyet yürüten mevcut idari teşkilat değerlendirilecek ve eksik yönleri ortaya konulacaktır.

III. YAPAY ZEKA ALANINDAKİ MEVCUT İDARİ TEŞKİLAT VE EKSİK YÖNLERİ

Türk idari teşkilatında, yapay zeka alanında görev ve yetkileri bulunan birden fazla idari teşkilat birimi bulunmaktadır⁶². Çalışmamızda Ulusal Yapay Zeka Stratejisi Yönlendirme

⁶² Ulusal Yapay Zeka Stratejisinde yer alanların dışında yapay zeka alanında görevli idari teşkilat birimlerine Milli Teknoloji Genel Müdürlüğü gösterilebilir. Milli Teknoloji Genel Müdürlüğü, 59 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının müdürlüklerinden biri olarak kurulmuştur. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Kurulu ve Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi çerçevesinde inceleme yapılmakla yetinilmiştir. Yapay zeka alanında idari otorite kurulması meselesinde, Ulusal Yapay Zeka Stratejisi Yönlendirme Kurulu ve Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi halihazırda bu yapay zekaya yönelik faaliyetler yürütmeleri nedeniyle, olması gereken modelin ortaya konulması bakımından karşılaştırma imkanı tanıyan idari birimler olarak karşımıza çıkmaktadır.

A. ULUSAL YAPAY ZEKA STRATEJİSİ YÖNLENDİRME KURULU

Ulusal Yapay Zeka Stratejisi Yönlendirme Kurulu, Stratejinin iki katmanlı olarak öngördüğü yönetim mekanizmasının ilk katmanını oluşturmakta ve Stratejinin uygulanma sürecini izleme ve koordine etme faaliyetini yürütmektedir⁶³. 2021/18 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesinde belirtildiği üzere *“Yapay zeka teknolojilerinin üretilmesine ve kullanımının yaygınlaştırılmasına yönelik belirlenen ulusal politikalar çerçevesinde yapılacak çalışmaların etkin olarak yürütülmesi, Strateji Belgesinde belirlenen tedbirlerin uygulanmasının üst seviyede izlenmesi ve gerekli koordinasyonun sağlanması amacı...”* taşıyan Yönlendirme Kurulu, *“Cumhurbaşkanı Yardımcısının başkanlığında Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanı ile Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının ilgili Bakan Yardımcısının katılımıyla...”* kurulmuştur.

Yönlendirme Kurulunun sekreteryaz hizmetleri Dijital Dönüşüm Ofisi ile Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından birlikte yürütülmektedir. Stratejide, Yönlendirme Kurulunun üye dağılımından açıkça bahsedilmemiştir. Ancak Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanı ve Sanayi ve Teknoloji Bakan Yardımcısının tüm toplantılara katılacağı belirtilmiş, Cumhurbaşkanı Yardımcısının Yönlendirme Kurulunun başkanı olduğu, ilgili bakan yardımcılarının, Yükseköğretim Kurumu başkanı ile diğer temsilcilerin gündem çerçevesinde davet edileceği belirtilmiştir. Ayrıca Yönlendirme Kuruluna tavsiyelerde bulunmaları için özel sektör temsilcileri ile akademi ve sivil toplum kuruluşları temsilcilerinden oluşan bir danışma grubu oluşturulacağı da belirtilmiştir.

Yönlendirme Kurulu genel itibarıyla hükûmetin yapay zeka politikalarının yürütülmesine özgülenmiştir. Yönlendirme Kurulu, kurul biçiminde yapılmış ancak düzenleyici ve denetleyici kurum biçiminde tasarlanmamıştır. İdari ve mali yönden bağımsızlık niteliğini haiz değildir. Dolayısıyla idari denetim faaliyet yürütmemektedir. Ancak, Yönlendirme Kurulunun ilerleyen dönemlerde bu alanda öngörülecek modelin *“kurul”* yapılması şeklinde öngörülmesi bakımından örnek teşkil edebileceği, diğer deyişle ilerleyen dönemlerde düzenleme ve denetim faaliyeti de yürütebileceği yönünde hipotezler akademik toplantılarda dile getirilmektedir⁶⁴. Yapay zeka alanına özgülenmiş, idari denetim faaliyeti yürüten ulusal kurum modeli

madde 338/A-ğ. Bendine göre Milli Teknoloji Genel Müdürlüğünün görevlerinden birisi “Büyük veri ve yapay zekâ gibi konularda bireylerin ve işletmelerin yetkinliklerinin artırılmasına ve bu teknolojilere dayalı akıllı sistemlerin geliştirilmesi ve yaygınlaştırılmasına yönelik tedbirleri almak, destek ve teşvik programları uygulamak, program ve projeler yürütmek”tir. Milli Teknoloji Genel Müdürlüğü hakkında detaylı bilgi için bkzn. <https://www.sanayi.gov.tr>.

⁶³ Ulusal Yapay Zeka Stratejisi 2021-2025, s.84.

⁶⁴ Bahadır Apaydın, “İdarenin Kolluk Faaliyetlerinde Yapay Zekanın Kullanılması: Yapay Zekalı Kameralar Üzerinden Bir Değerlendirme” (İdare Hukuku ve İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu’nda Sunulan Bildiri, ISALAJ, 2024).

tasarımda Yönlendirme Kurulunun çalışma esasları ve faaliyetlerinden yararlanılması mümkündür. Öte yandan Yönlendirme Kurulunun zaman içerisinde düzenleyici ve denetleyici kurum niteliği kazanabileceği, buna ilişkin hukuki düzenleme getirilebileceği fikrinin varsayımından ibaret olduğunun altı çizilmelidir. Zira teorik açıdan bu yönde herhangi bir hukuki argüman bulunmamaktadır. Kaldı ki siyasi otoritenin yapay zekanın idari denetimine ilişkin ayrı bir düzenleyici ve denetleyici kurum tesis etmesinin önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Özetle Yönlendirme Kurulu yapay zeka alanındaki faaliyet yürüten idari teşkilat olarak görülebilse de yapay zekanın düzenlenmesi ve denetlenmesi bakımından herhangi bir görev yetkisi bulunmamaktadır. Bu durum Türk idari teşkilatında yapay zeka alanına özgülenmiş bir idari otoriteye ihtiyaç bulunduğunu tezini desteklemektedir.

B. CUMHURBAŞKANLIĞI DİJİTAL DÖNÜŞÜM OFİSİ

2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 525. maddesinin birinci fıkrasıyla kurulan Ofisler, Cumhurbaşkanlığına bağlı, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahiptir. Ofisler; Dijital Dönüşüm Ofisi, Finans Ofisi, İnsan Kaynakları Ofisi ve Yatırım Ofisi olmak üzere dört tanedir⁶⁵. 2019 tarihli ve 30928 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 48 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 9. maddesiyle Dijital Dönüşüm Ofisinin görevleri ve teşkilat yapısı düzenlenmiştir.

Yapay zeka alanında Türk idari teşkilatında Dijital Dönüşüm Ofisi baş aktör olarak değerlendirilmekte⁶⁶ ve yapay zeka alanındaki politikaların yürütücüsü olduğu belirtilmektedir⁶⁷. Dijital Dönüşüm Ofisinin varlığı, yapay zeka çalışmalarının tek çatı altında yürütülmesi bakımından önemli bir gelişme olarak nitelendirilmektedir⁶⁸. Dijital Dönüşüm Ofisinin, dijital çağda devletlerin, “*koordinatör devlet*” konumunda olması gerektiği fikrinden hareketle kurulduğu ifade edilmektedir⁶⁹. Bunun yanı sıra Dijital Dönüşüm Ofisinin “*kalkınmacı devlet*” düşüncesinin bir sonucu olarak kamu sektöründeki dijital dönüşümün koordinasyon birimi olarak tasarlandığının altı çizilmektedir⁷⁰. Zira kalkınmacı devlet sanayi ve teknoloji alanında yatırımlar yapan, yol gösterici bir devlet olarak açıklanabilir. Dijital Dönüşüm Ofisi, dijital çağın anlaşılması ve teknolojik gelişmelerin devletin ve idarenin faaliyetlerinde yer alması bakımından “*iyi bir araç*” olarak görülmektedir⁷¹. Bu araç dijital kamu yönetimi anlayışında e-devletten sonraki en önemli adım kabul edilmektedir⁷².

⁶⁵ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 525 vd.

⁶⁶ Almıla Tanrıverdi, Yapay Zekanın Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri, s.311.

⁶⁷ Yasin Halil Tamer ve Barış Övgün, “Yapay Zekâ Bağlamında Dijital Dönüşüm Ofisi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 75/2(2020), s. 796.

⁶⁸ Almıla Tanrıverdi, Yapay Zekanın Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri, s.311; Tekin Avaner, Merve Çelik, “Türkiye’de Dijital Dönüşüm Ofisi ve Yapay Zekâ Yönetimi: Büyük Veri ve Yapay Zekâ Daire Başkanlığı’nın Geleceği Üzerine”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Medeniyet Araştırmaları Dergisi, 6/2(2021), s. 12.

⁶⁹ Tamer ve Övgün, Yapay Zekâ Bağlamında Dijital Dönüşüm Ofisi, s. 785 dipnot 3.

⁷⁰ Tekin Avaner ve Recep Fedâ, “Türk Kamu Yönetiminde Ofis Sistemi: E- Devlet Uygulamalarından Dijital Dönüşüm Ofisine”, Amme İdaresi Dergisi, 52/2(2019), s. 157.

⁷¹ Coşkun ve Pank Yıldırım, Kamu Yönetimi Açısından Dijital Zekanın İyi Yönetime Etkisi, s.159.

⁷² Oğuzhan Merve, “Kamu Yönetiminde Dijital Dönüşüm: E-Devletten Dijital Dönüşüm Ofisine”, Dijitalleşme ve Dijital Dönüşüm Üzerine Güncel Araştırmalar (Ed. Cüneyt Dumrul, Zerrin Kılıçarslan, Yasemin Dumrul), Ekin Yayınları, Bursa, 2023, s.131.

Dolayısıyla Dijital Dönüşüm Ofisi e-devletten a-devlete geçişin öncüsü olarak nitelendirilmiştir⁷³.

Dijital Dönüşüm Ofisinin yapay zeka alanında düzenleme ve denetleme faaliyeti yürütmekle görevli ve yetkili olup olmadığı yönündeki tartışma değerlidir. 48 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 527. Maddesine göre Dijital Dönüşüm Ofisinin yapay zeka alanı ile bağlantılı olarak temel görevi “*kamunun dijital dönüşümünü koordine etmek, kurumlar arası iş birliği ve koordinasyonu sağlamak*” şeklindedir⁷⁴. Buradan hareketle Dijital Dönüşüm Ofisinin işlevinin “*koordinasyon*” olduğu anlaşılmaktadır⁷⁵. O halde Dijital Dönüşüm Ofisi yapay zeka alanında doğrudan düzenleme ve denetim faaliyeti yürütmek üzere tasarlanmamıştır. Gerek görevlerine ve kurumsal yapısına ilişkin hükümler gerekse hizmet birimlerinin faaliyet alanına ilişkin diğer hükümler birlikte değerlendirildiğinde Dijital Dönüşüm Ofisinin, çoğunlukla dijitalleşme alanındaki politikaların yürütücüsü olarak görevlendirildiğini, hükûmetin dijitalleşme politikasının yürütülmesine katkı sağlayacak biçimde tasarlandığını göstermektedir⁷⁶. Bu noktada hükümet politikalarını hayata geçirmek bakımından ulusal kurum niteliği taşıdığı ileri sürülebilse de, yapay zekanın idari denetimini gerçekleştirecek idari otoritenin nitelikleri bağlamında eksik yönleri bulunduğu, Dijital

⁷³ Avaner ve Feda, Türk Kamu Yönetiminde Ofis Sistemi: E- Devlet Uygulamalarından Dijital Dönüşüm Ofisine, s. 167.

⁷⁴ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 527. maddesine göre Dijital Dönüşüm Ofisinin görevleri şunlardır: a) Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen amaç, politika ve stratejilere uygun olarak kamunun dijital dönüşümüne öncülük etmek, Dijital Türkiye (e-devlet) hizmetlerinin sunumuna aracılık etmek, kurumlar arası iş birliğini artırmak ve bu alanlarda koordinasyonu sağlamak. b) Kamu dijital dönüşüm yol haritasını hazırlamak. c) Dijital dönüşüm ekosistemini oluşturmak amacıyla kamu, özel sektör, üniversiteler ve sivil toplum kuruluşları arasındaki iş birliğini geliştirerek bunların dijital kamu hizmetlerinin tasarım ve sunum sürecine katılımını teşvik etmek. ç) Görev alanına giren hususlarda kamu kurum ve kuruluşlarınca hazırlanan yatırım projesi tekliflerine ilişkin Strateji ve Bütçe Başkanlığına görüş vermek ve uygulamaya konan projelerle ilgili gelişmeleri takip edip gerektiğinde yönlendirmek. d) Bilgi güvenliğini ve siber güvenliği artırıcı projeler geliştirmek. e) Kamuda büyük veri ve gelişmiş analiz çözümlerinin etkin kullanımına yönelik stratejiler geliştirmek, uygulamalara öncülük etmek ve koordinasyonu sağlamak. f) Kamuda öncelikli proje alanlarında yapay zeka uygulamalarına öncülük etmek ve koordinasyonu sağlamak. g) Yerli ve milli dijital teknolojilerin kamuda kullanımının artırılması yoluyla geliştirilmesi ve bu kapsamda farkındalık oluşturulması amacıyla projeler geliştirmek. ğ) Kamu kurum ve kuruluşlarının dijital teknoloji ürün ve hizmetlerini maliyet etkin şekilde tedarik etmesine yönelik strateji belirlemek. h) Görev alanına ilişkin proje ve uygulamalara gerektiğinde destek sağlamak. ı) Devlet teşkilatı içerisinde yer alan kurum ve kuruluşların merkez, taşra ve yurtdışı teşkilat birimlerinin elektronik ortamda tanımlanmasına ve paylaşılmasına yönelik çalışmaları koordine etmek. i) Görev alanına giren konularda politika ve strateji önerilerinde bulunmak. j) Cumhurbaşkanınca verilen diğer görevleri yapmak.

⁷⁵ Avaner ve Feda, Türk Kamu Yönetiminde Ofis Sistemi: E- Devlet Uygulamalarından Dijital Dönüşüm Ofisine, s. 151,156 ve 161. Dijital Dönüşüm Ofisinin yanı sıra yapay zeka alanı ile bağlantılı olarak kamu görevlisi statüsünde dijital dönüşüm lideri atanmıştır. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 527/A maddesine göre Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanı “Kamu Dijital Dönüşüm Lideri”dir. Kamu dijital dönüşüm lideri çalışmaların yürütülmesinde temsilci konumundadır. Kamu dijital dönüşüm lideri bir pozisyon değil bir fonksiyon olarak tanımlanmıştır. Söz konusu unvan esasen dijital dönüşüm alanında dünya çapındaki endekslere girebilmenin bir kriteri olması sebebiyle getirilmiştir. Kamu dijital dönüşüm lideri “kamu kurumlarının performans ve hizmetlerinin verimliliğini artırmak ve kamunun dijital dönüşümüne öncülük etmek amacıyla kamuda dijital dönüşüm stratejilerinin oluşturulması ve uygulama süreçleri başta olmak üzere dijital dönüşüm yol haritalarının hazırlanmasından sorumludur. Lider ifadesinin bir araya getiren, koordine eden anlamında kullanıldığı diğer deyişle koordinasyon işlevine işaret ettiği ifade edilmiştir bkz. Tamer ve Övgün, Yapay Zekâ Bağlamında Dijital Dönüşüm Ofisi, s. 786 dipnot 3.

⁷⁶ Akademik çalışmalarda Dijital Dönüşüm Ofisinin idareyi denetleyecek şekilde tasarlandığını ileri süren çalışmalar bulunmaktadır bkz. Firdevs Koç Baykara, “Türk Kamu Yönetiminde Dijital Dönüşüm Ofisi'nin Fonksiyonu”, Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi, 28/1(2024), s.110. Benzer yönde Tamer ve Övgün, Yapay Zekâ Bağlamında Dijital Dönüşüm Ofisi, s. 785.

Dönüşüm Ofisinin bu bağlamda ulusal kurum olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmek gerekir. Öte yandan Ofislerden biri olan Dijital Dönüşüm Ofisi idare hukukunun tartışmalı konularındandır. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin düzenlemesine göre Ofisler özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip olmasına rağmen Cumhurbaşkanlığı teşkilatında yer almaktadır. Kamu tüzel kişiliğine sahip olmasına rağmen idari ve mali özerkliğinin bulunmaması genel olarak Ofisleri idari teşkilata hakim olan ilkelere aykırı hale getirmektedir. Yapay zeka alanında faaliyet gösterecek idari teşkilatın bağımsızlığının ön planda olması gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁷. Dijital Dönüşüm Ofisinin bu yönde bir kurumsal yapısı olmadığı açıktır.

Öğretide kamu tüzel kişiliği bulunan Ofislere, Cumhurbaşkanının emir ve talimat verebileceği yönündeki hükmün hiyerarşi ilişkisi kurduğu, Cumhurbaşkanınca verilecek diğer görevleri yerine getireceğine ilişkin hükmün ise idari vesayet yetkisinin sınırlarını aştığı ifade edilmiştir⁷⁸. Söz konusu yetki hiyerarşik denetim ile ilişkilendirilmektedir. Farklı kamu tüzel kişiliği bulunan idari teşkilat birimleri üzerinde hiyerarşik denetim imkânı getirilmesi idarenin bütünlüğü ilkesine aykırıdır. Ancak buna rağmen Ofisler hukuki statüsü ve idari teşkilattaki yeri aynı olacak biçimde varlığını sürdürmektedir. Ofislerin idare hukuku ilkeleri gereği kamu tüzel kişiliğini haiz olmaları nedeniyle merkezi idarenin dışında konumlanmaları gerekir. Öğretide, mahalli idarelerden olmaması sebebiyle Ofislerin hizmet yerinden yönetim idareleri arasında yer almaları gereken kamu kurumları oldukları savunulmaktadır⁷⁹. Gerçekten de Ofisler mevcut konumu itibarıyla Türk idari teşkilatı ilkeleri uyumlu değildir. Bu tartışmadan hareketle Dijital Dönüşüm Ofisinin yapay zeka alanında idari denetim faaliyeti yürütmemesi gerektiği, koordinasyon işlevi ile sınırlı kalmasının daha uygun olacağı savunulabilir.

Dijital Dönüşüm Ofisinden beklenen dijitalleşmeye ilişkin gelişmelerin koordine edilmesi ve kurumlar arası iletişimin sağlanmasıdır. Bu noktada Dijital Dönüşüm Ofisinin yapay zeka alanına ilişkin bir üst kuruluş olmaktan uzak olduğu, düzenleme ve denetleme faaliyeti yürütemeyeceği, hükûmetin dijitalleşme politikasının yürütülmesine katkı sağlayacak biçimde tasarlandığının altı çizilmelidir⁸⁰.

Yapay zekanın Türk idari teşkilatına yansımaları açısından oldukça önemli⁸¹ olan Dijital Dönüşüm Ofisi'nin 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 527/B maddesiyle hizmet birimleri öngörülmüştür⁸². Bu hizmet birimlerinden birisi olan Büyük Veri ve Yapay Zeka Dairesi Başkanlığı (bundan sonra Daire Başkanlığı olarak anılacaktır), yapay zeka

⁷⁷ Kağıtçıoğlu, Yapay Zeka ve İdare Hukuku (Bugünden Geleceğe Yönelik Bir Değerlendirme), s.141.

⁷⁸ Kasım Ocak, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İdari Vesayet Yetkisi Düzenlenmesinin Bir Örneği Olarak Cumhurbaşkanlığı Ofisleri", Anayasa Yargısı Dergisi, 36/1(2019), s.175.

⁷⁹ Ocak, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İdari Vesayet Yetkisi Düzenlenmesinin Bir Örneği Olarak Cumhurbaşkanlığı Ofisleri, s.182.

⁸⁰ Koç Baykara, Türk Kamu Yönetiminde Dijital Dönüşüm Ofisi'nin Fonksiyonu, s.110. Benzer yönde Tamer ve Övgün, Yapay Zekâ Bağlamında Dijital Dönüşüm Ofisi, s. 785.

⁸¹ Kağıtçıoğlu, Yapay Zeka ve İdare Hukuku (Bugünden Geleceğe Yönelik Bir Değerlendirme), s.141.

⁸² 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 527/B'ye göre hizmet birimleri şunlardır: Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, Dijital Teknolojiler, Tedarik ve Kaynak Yönetimi Dairesi Başkanlığı, Dijital Uzmanlık, İzleme ve Değerlendirme Dairesi Başkanlığı, Siber Güvenlik Dairesi Başkanlığı, Büyük Veri ve Yapay Zekâ Uygulamaları Dairesi Başkanlığı, Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Bilgi Teknolojileri Dairesi Başkanlığı, Yönetim Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, Hukuk Müşavirliği.

uygulamalarına öncülük etmek ve koordinasyonu sağlamak ile görevlendirilmiştir⁸³. Çalışmamız bakımından özellikli olması nedeniyle Büyük Veri ve Yapay zeka Daire Başkanlığına kısaca değinilmesi yerinde olacaktır.

Daire Başkanlığı idari teşkilat bağlamında, özellikle kamuda büyük veri ve yapay zekanın kullanımı konusuna özgülenmiş olması bakımından önemlidir. Öğretide Daire Başkanlığının yapay zeka alanındaki idari teşkilatın kurulması amacıyla getirildiği ifade edilmiştir⁸⁴. Her ne kadar yapay zeka alanında faaliyet yürütse de Daire başkanlığının idari teşkilattaki yeri, görev ve yetkilerinin idari denetime işaret etmemesi gibi hususlar bakımından eleştiriye açık yönleri bulunmaktadır.

Daire Başkanlığı Cumhurbaşkanlığı Ofisi bünyesinde yardımcı birim olarak konumlandırılmıştır. Daire Başkanlığının koordinasyon görevi dışında, düzenleme yetkinin bulunduğu ileri sürülebileceği tek görevi “*kamu verisinin paylaşılması amacıyla ulusal Açık Veri Portalını kurmak ve işletmek, kamu kurumlarının Portala veri aktarımına ilişkin usul, esas ve standartları belirlemektir*”⁸⁵. Bu görev kapsamında veri aktarımına ilişkin usul esas ve standartların belirlenmesi idarenin düzenleme yetkisi kapsamındadır. Öte yandan öğretide açık veri konusundaki sürecin işleyişinin belirgin olmadığı, konunun hukuki boyutlarıyla kapsamlı olarak düzenlenmesi gerektiği, genelge ile düzenleme yapılmasının yetersiz olduğu, bu durumun kanunilik başta olmak üzere idare hukuku ilkelerine aykırı olduğu ifade edilmiştir⁸⁶. Sonuç olarak Daire Başkanlığının icrai nitelikte işlem yapma yetkisiyle donatılmadığı ancak görevlerinden biri olan Açık Veri Portalını kurmak, işletmek, veri aktarımının sağlanma standartları bakımından icrai nitelikte karar alabileceği söylenebilir⁸⁷.

Daire Başkanlığının görevleri ve Dijital Dönüşüm Ofisinin hizmet birimlerinden biri olması dikkate alındığında, kamuda büyük veri ve yapay zekanın etkin kullanımına yönelik politikaların yürütülmesinde yardımcı bir görev üstlendiği anlaşılmaktadır. O halde Dijital Dönüşüm Ofisinin hizmet birimlerinden Daire Başkanlığı da yapay zeka alanında idari denetim faaliyeti yürütmektedir. Bu husus şüphesiz kanun koyucunun tercihinin bir sonucudur. Son olarak Daire Başkanlığının, Açık Veri Portalı kurulması ve işletilmesine yönelik görevleri kapsamında icrai karar alabilmesinin idari denetim faaliyeti niteliğinde kabul edilmemesi gerektiğini de vurgulamak gerekir. Bir an için bu kapsamda idari denetim görevi

⁸³ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 527/B-1-d’ye göre Daire Başkanlığının görevleri şunlardır: (1) Kamuda büyük veri ve yapay zeka uygulamalarının etkin olarak kullanımını sağlamaya yönelik Cumhurbaşkanınca belirlenen politikalar kapsamında strateji geliştirmek ve koordinasyonu sağlamak. (2) Kamuda büyük veri teknolojilerinin geliştirilmesi kapsamında gerekli proje ve faaliyetleri desteklemek. (3) Öncelikli proje alanlarında yapay zeka uygulamalarına öncülük etmek. (4) Büyük veri analitiği, güvenliği ve mahremiyeti çalışmalarını yürütmek. (5) Kurumlar arası iş birliğini geliştirmek ve kamuda veriye dayalı etkin karar alma süreçlerini oluşturmak amacıyla kamu veri sözlüğü hazırlık çalışmalarını koordine etmek. (6) Ulusal düzeyde açık veri konusunda strateji geliştirmek ve koordinasyonu sağlamak. (7) Kamu verisinin paylaşılması amacıyla ulusal Açık Veri Portalını kurmak ve işletmek, kamu kurumlarının Portala veri aktarımına ilişkin usul, esas ve standartları belirlemek. (8) Türkiye’nin veri depolama, işleme ve iletimi faaliyetleri için bölgesel bir merkez olarak konumlandırılmasına yönelik politika ve strateji önerilerinde bulunmak. (9) Başkan tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

⁸⁴ Seyhan, Yapay Zeka Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu, s. 127.

⁸⁵ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 527/B-1-d.

⁸⁶ Türkoğlu Üstün, Açık Devlet Verileri ve Bilgi Edinme Hakkıyla İlişkisi, s.327.

⁸⁷ Yayla, İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ, s.38.

ve yetkisine de sahip olacağı düşünülse bile mevzuatta Dijital Dönüşüm Ofisinde verilmeyen bir görev ve yetkinin onun hizmet birimlerinden birine verilebileceği fikri kanuni idare ilkesini ifade eden Anayasanın 123. maddesi karşısında zayıf kalacaktır.

Dijital Dönüşüm Ofisinin ve bünyesindeki hizmet birimlerine ilişkin hükümler, yapay zekanın idari denetimini gerçekleştirmek üzere bir idari otorite kurulması ihtiyacını belirginleştirmektedir. Diğer deyişle yapay zekanın kullanımına ilişkin hem kamu sektörü hem de özel sektör için idari denetim mekanizması işlevini yürütecek bir ulusal kurum ihtiyacı sürmektedir⁸⁸.

IV. TÜRK İDARİ TEŞKİLATINDA YAPAY ZEKA ALANINDA “ULUSAL KURUM” İHTİYACI

A. GENEL OLARAK

İdare hukukunu etkileyen yapay zekanın idari teşkilat üzerinde de dönüşüme neden olacağı aşikardır⁸⁹. Yapay zekanın idare hukuku alanındaki etkilerinin diğer ülkelerde ve Türk idari teşkilatındaki yansımaları ile mevcut idari birimlerin yapay zekanın denetimine özgülenmediği düşünüldüğünde, ülkemizde yapay zeka alanında düzenleme ve denetleme faaliyeti yürütmekle görevli ve yetkili ulusal bir kuruma ihtiyaç bulunduğu söylenebilir. Yapay zeka alanında ulusal kurum ihtiyacının idare hukuku ile ilişkilendirilebilecek çeşitli nedenleri bulunmaktadır.

B. NEDENLER

(1) Yapay zekanın kullanılmasında uyulması gereken ilke ve standartların belirlenmesine ihtiyaç vardır. Bu ilke ve standartların ulusal kurum kurularak belirlenmesi, yapay zekanın oluşturduğu yeni sektörün tek bir merkezi otorite tarafından denetlenmesine imkan tanıyacaktır. Özellikle yapay zekaya dair etik ilkelerin⁹⁰ belirlenmesi yapay zekanın kamuda ve özel sektör tarafından kullanılmasına yeknesak uygulamaları beraberinde getirecektir. Yapay zeka alanında standardizasyonun sağlanması idare hukukunun temel ilkelerinden hukuki belirlilik ilkesinin gereğidir.

(2) İdarenin faaliyetlerinde yapay zekadan yararlanılması yaygınlaşmaktadır. İdarenin kolluk faaliyetini yürütürken ve kamu hizmetlerinin sunulmasında yapay zeka teknolojilerinden yararlandığı pek çok örnek bulunmaktadır⁹¹. İdarenin karar alma sürecinde yapay zeka destekli programların kullanımı, kamu hizmetlerinin sunulmasında ve denetlenmesinde yapay zeka uygulamalarının hayata geçirilmesi⁹², veri toplayan veya kamu

⁸⁸ Çelik, Türkiye’de Dijital Devlet Dönüşümünün Kurumsal Yapısı: Quo Vadis? (Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Örneği), s.494.

⁸⁹ Coşkun ve Pank Yıldırım, Kamu Yönetimi Açısından Dijital Zekanın İyi Yönetime Etkisi, s.157.

⁹⁰ Örneğin Avrupa Konseyi tarafından 2018’de tarafından yapay zeka kullanımına ilişkin Avrupa Etik şartı yayınlanmıştır. Bu belge yapay zekâ tekniklerine dair kapsamlı ilkeleri deklare eden ilk belgedir. Uluslararası alanda yapay zeka alanını düzenleyen gelişmelere dair bir çalışma için bknz. Erdoğan, Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış, s.177.

⁹¹ Seyhan, Yapay Zeka Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu, s. 152-170 ve 184-193.

⁹² Yayla, İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ, s.23.

hizmetlerine ilişkin bilgilendirme hizmeti sunan yapay zeka destekli araçlar gibi örnekler⁹³, idari yönü baskın olan faaliyetlerde yapay zeka teknolojilerinin yaygınlaştığına işaret eder. Bu nedenle yapay zekanın idari denetiminin, idare hukuku kuralları çerçevesinde gerçekleştirilecek ulusal kurum kurulması yerinde olacaktır.

(3) Yapay zeka alanında idari başvuru imkanı tanınması gerekmektedir. Yapay zeka hem idarenin faaliyetlerinde hem de özel sektör hizmetlerinde kullanılmaktadır⁹⁴. Yapay zekanın kullanımını nedeniyle doğabilecek hak ihlalleri karşısında bireylerin ulusal yetkili bir makama idari başvuru yapabilmesi mümkün kılınmalıdır. Bu nedenle öngörülecek ulusal kuruma idari yaptırım uygulama yetkisi de getirilmelidir⁹⁵. Yapay zekadan yararlanılırken hukukun üstünlüğünün göz ardı edilmesi, insan haklarının ihlali, önyargı, ayrımcılık, verilerin gizliliğini ihlal, şeffaflık ve hesap verilebilirliğe uyulmaması gibi pek çok sorunla karşılaşılması muhtemeldir⁹⁶. Dolayısıyla yapay zekanın kamu gücü ayrıcalıkları kullanılarak tesis edilen işlemler ve idarenin eylemlerinde kullanılması idari denetimi gerektirir. Ayrıca özel sektörün yapay zekadan ne şekilde yararlandığına ilişkin bilgi edinmenin, ticari sır gibi sebeplerle mümkün olmadığı durumlar da gündeme gelebilir. Dolayısıyla ulusal kurumun tesisi hem idarenin faaliyetleri hem de özel sektörün faaliyetlerinin yol açabileceği sorunlara ilişkin idari başvuru mekanizması ihtiyacını karşılayacaktır. Bu durum hak arama özgürlüğünün etkin bir başvuru yolu sağlanması ile güvence altına alınmasını sağlar.

(4) Yapay zeka bünyesinde riskler ve etik sorunlar barındırır⁹⁷. Dolayısıyla risk temelli yaklaşım sergilenen yapay zekanın bünyesinde barındırdığı sorunların takibi ve buna yönelik hukuki düzenleme yapılabilmesi için gözlem faaliyeti yürütecek bir ulusal kurumun varlığını gerektirmektedir. Yapay zeka sistemleri, şeffaflık, kanunilik ve hukuki öngörülebilirlik ilkeleri ile çelişen yönleri nedeniyle hukukun üstünlüğü bakımından riskler taşımaktadır⁹⁸.

(5) Yapay zeka alanı yeni bir sektör yaratan ve uzmanlık gerektiren bir alandır. Bu hususa özgülenmiş bir idari teşkilat biriminin varlığı, yalnızca kamu sektöründe yapay zekanın düzenlenmesi ve denetimi değil, aynı zamanda özel sektörde yapay zeka teknolojilerinden yararlanılmasının da uzmanlaşmış bir idari birimlerce gözetimini sağlayacaktır. Yapay zekanın yarattığı yeni sektörün de gözlemlenmesi için öngörülecek ulusal kurumun idari yönünün ağır basması kamu düzeninin sağlanması bakımından önemlidir. Kamu hizmetlerinin ilkelerinden

⁹³ Örneğin FBI yapay zekadan yararlanarak yerel kolluk kuvvetlerinin kayıp çocukların bulunması sürecini hızlandırmaktadır. Konu hakkında bir yazı için bkz. "The Future of Artificial Intelligence (AI) in Government", <https://www.intel.com>.

⁹⁴ Yapay zekadan kamusal faaliyetlerde nasıl yararlanıldığına ilişkin örnekler içeren çalışma için bkz. İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu, Yapay Zekâ Çalışmaları Grubu, Yıllık Rapor: Kamuda Yapay Zekâ, 2023, s.10-14. <https://www.istanbulbarosu.org.tr>.

⁹⁵ Yapay Zeka Yasasının 12. Bölümünde cezalar başlıklı 99. maddenin 8. fıkrasına göre "Her Üye Devlet, söz konusu Üye Devlette yerleşik kamu makamları ve organlarına ne ölçüde idari para cezası uygulanabileceğine ilişkin kurallar belirler." Bu hükümden yola çıkılarak ilgili idari otoriteye yaptırım uygulama yetkisi verilmesi düşünülebilir bkz. European Union, Artificial Intelligence Act(Regulation (EU) 2024/1689 Of The European Parliament And Of The Council), 2024. <https://eur-lex.europa.eu/>.

⁹⁶ Yılmaz, Sözer ve Elver, Yapay Zekâ ile İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme, s.449.

⁹⁷ İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zeka Çalışma Grubu ve İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, "Hukukun ...", 2022, s.1-3.

⁹⁸ İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zeka Çalışma Grubu ve İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, "Hukukun ...", 2022, s.1-3.

uyarlama ilkesi gereği⁹⁹ hizmet standardını teknoloji ile uyumlaştırabilmiş bir idarenin varlığı için bu alanda uzmanlaşmış ve süreci yönetebilecek idari makamlara ihtiyaç vardır. Uyarlama ilkesinin yalnızca fonksiyonel anlamda idare bakımından değil, organik anlamda idare bakımından da uygulanmalıdır. Diğer deyişle uyarlama ilkesi, kamu hizmetinin sunulmasında teknolojik gelişmelere uyumun yanı sıra, idari teşkilatın uzmanlaşmasını göz önünde bulundurarak yeniden yapılanmasını da gerekli kılmaktadır¹⁰⁰.

(6) Yapay zekanın düzenlenmesi ve denetlenmesinin hangi idari otorite tarafından yapılacağı belirlenmesi kamu düzeninin tesisi açısından gereklidir. Yapay zeka alanında ulusal yetkili kurumun belirlenmesi, yapay zekadan yararlanan kamu kurumları ve bireyler için resmi bir muhatap oluşturmanın gereğidir¹⁰¹. Yapay zeka alanında ulusal kurumun varlığı idarenin sistematik, şeffaf ve öngörülebilir olması açısından gereklidir. Bu husus idare hukukunun temel ilkelerinden düzenli idare ilkesine işaret etmektedir. İdari denetiminin etkin ve verimli biçimde gerçekleştirilebilmesi için düzenli idare ilkesinden hareketle bu alandaki ulusal kurum ihtiyacının giderilmesi gerekmektedir.

(7) Yapay zeka alanına ilişkin ulusal yetkili kurum öngörülmesi, uluslararası alanda muhatabın belirli olması bakımından gereklidir. Öte yandan hem strateji belgelerinin hayata geçirilmesi hem de uluslararası gelişmelerin takip edilebilmesi, ulusal kurumun kurulması ile kolaylaşacak, yapay zeka alanındaki faaliyetlerin tek çatı altında yürütülmesini sağlayacaktır. Özellikle yapay zeka stratejisinde öngörülen hedefler ve atılacak adımlar bakımında ulusal kurumun varlığı, ulusal ve uluslararası alanda temsil makamının görev ve yetkinin açıkça ortaya konulmasını sağlayacaktır.

(8) Yapay zeka alanında görevli idari teşkilat birimleri yapay zekanın idari denetimine özgülenmemiştir. Yapay zeka alanında bakanlık, ofis vb. düzeylerde idari birimler tesis edilmiş olsa da bunların hiçbiri yapay zekanın idare denetimine özgülenmiş değildir¹⁰². Özellikle Dijital Dönüşüm Ofisinin fonksiyonu, görev ve yetkileri dikkate alındığında idari denetim faaliyetine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. İdari teşkilatta yapay zeka alanında uzmanlaşmış bir ulusal kurum öngörüldüğünde önemli bir eksiklik giderilmiş olacaktır. Bu nedenle yapay zekanın düzenlenmesi ve denetlenmesi faaliyetini yürütmek üzere, ulusal kurum tesis edilmesine ihtiyaç vardır.

Sonuç olarak yapay zekanın hukuki çerçevesinin oluşturulması kurumsal yapının tesisini kapsayan bütüncül bir süreçtir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 526. maddesine göre dijital dönüşüm “*dijital teknolojilerin kullanımı ve geliştirilmesi yoluyla ekonomik ve sosyal refahın artırılmasına yönelik insan, iş süreçleri ve teknoloji unsurlarında gerçekleştirilen bütüncül dönüşümü*”, ifade eder¹⁰³. Bu bütüncül dönüşümün

⁹⁹ Onur Kaplan, “Yapay Zekâ Kavramına İdare Hukuku Açısından Bir Yaklaşım”(Uluslararası Sosyal Bilimlerde Kritik Tartışmalar Kongresi’nde Sunulan Bildiri, İzmir Demokrasi Üniversitesi, İzmir, 2020) s.163; Yayla, İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ, s. 28.

¹⁰⁰ Seyhan, Yapay Zeka Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu, s. 141.

¹⁰¹ İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zekâ Çalışma Grubu. “Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış ... Tüzüğü Teklifi” (Çeviri,)2021, s.40.

¹⁰² Çelik, Türkiye’de Dijital Devlet Dönüşümünün Kurumsal Yapısı: Quo Vadis? (Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Örneği), s.468.

¹⁰³ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 526.

gerçekleştirilebilmesi ve idare hukukunun konuları ve ilkeleri ile bağlantısı nedeniyle yapay zeka alanında Türk idari teşkilatında ulusal kuruma ihtiyaç bulunduğu sonucuna varılmaktadır. O halde yapay zekanın düzenlenmesi ve denetlenmesi faaliyetini yürütecek idari otoritenin kurulmasında hangi modelin benimsenmesi gerektiğinin de ortaya konulması gerekmektedir.

V. YAPAY ZEKA ALANINDA DÜZENLEYİCİ DENETLEYİCİ KURUM MODELİ

İdarenin tüm faaliyetlerinin kamu yararına hizmet etmesi idare hukukunun temel esaslarından birisidir. Kamu yararının gerçekleştirilmesi için idari teşkilatın oluşumunda ihtisaslaşma prensibi dikkate alınır¹⁰⁴. İdari teşkilatın sadece özgülendiği amaç kapsamında faaliyet yürütmesi ihtisaslaşma prensibini ifade eder¹⁰⁵. Bu prensibe göre kurulan uzmanlık kuruluşlarının var oluş sebebi, söz konusu faaliyetin genel idare içinde yürütülemeyecek düzeyde uzmanlık ve bağımsızlık gerektirmesidir¹⁰⁶. İdarenin, daha verimli ve etkin çalışabilmesi için hizmet verdiği alanda uzmanlaşması dijital çağın gereklerine daha uygundur. Yapay zekanın uzmanlık gerektiren bir alan olduğu gerçeğinden hareketle, bu alanda alanındaki idari teşkilatın bu ilke doğrultusunda tasarlanması önemlidir.

Yürüttükleri kamu hizmetinin niteliği gereği hizmet yerinden yönetim kuruluşlarında uzmanlaşma, olmazsa olmaz bir husus olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁷. Bu kapsamda yapay zeka alanında faaliyet gösterecek ulusal kurumun hizmet yerinden yönetim kuruluşu türlerinden biri olan düzenleyici ve denetleyici kurum/bağımsız idari otorite olarak tasarlanması gerektiği kanaatindeyiz¹⁰⁸. Zira düzenleyici ve denetleyici kurumların varlık sebebi ihtisaslaşma prensibinin gerçekleştirilmesidir¹⁰⁹. O halde yapay zeka alanına özgü bir kurumun varlığı, hukuki çerçevesi ve kurumsal yapısı oluşturulmuş ulusal kurumun, derin bilgi ve beceriye sahip olarak hizmet vermesini mümkün kılacaktır. Zira düzenleyici ve denetleyici kurumların, faaliyet gösterdiği alana “özgü” olması esastır¹¹⁰. Buradan hareketle Türk idare teşkilatında yapay zeka alanında ulusal kurum ihtiyacının, yapay zeka alanında düzenleyici ve denetleyici kurum kurulması ile giderilmesi mümkündür.

Danıştay’ın da ifade ettiği üzere düzenleyici ve denetleyici kurumlar, *“kararları üzerinde hiçbir makam ve merciin etkisinin olmadığı, karar organları özel güvencelere sahip, mali özerkliği haiz, özerk bütçeli kamu tüzel kişileri şeklinde nevi şahsına münhasır”*

¹⁰⁴ Emine Cin, “İdare Hukukunda Karine ve Varsayım”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi, 2016, s.124.

¹⁰⁵ Serkan Açar, “Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 65(2006), s. 291. Dipnot 45.

¹⁰⁶ Kemal Gözler, “5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60(4), Aralık 2011, s.842.

¹⁰⁷ Cem Çağatay Orak, “Kamu Kurumları ve Uzmanlık İlkesi (Kuram ve Uygulamaya İlişkin Gözlemler)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16/4(2012), s. 308.

¹⁰⁸ Benzer yönde görüş için bkz. Seyhan, Yapay Zeka Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu, s. 352.

¹⁰⁹ İhtisaslaşma prensibi, düzenleyici ve denetleyici kurumların amacının gerçekleştirilebilmesi için vazgeçilmez bir unsur olarak görülmektedir bkz. Emine Cin, “İdarenin Örgütlenmesinde İhtisaslaşma Prensibi”, Turhan Kitabevi, Ekim 2023, Ankara, s. 180 ve 185.

¹¹⁰ Açar, Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi, s. 291.

kurumlardır¹¹¹ ve hassas alanlardaki kamusal ve özel faaliyetleri izleme, kural koyma, denetleme, bilgilendirme ve sektörü yönlendirme, hukuka aykırılık halinde yaptırım uygulama yetkisiyle donatılmıştır¹¹². Diğer deyişle bu kurumlar regülasyon işlevi yürütmektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş amaçlarından biri hassas bazı alanların düzenlenerek idare edilenlerin, idare edenlere karşı korunmasıdır¹¹³. Şüphesiz, yapay zeka teknolojileri temel hak ve özgürlüklerle ilişkilendirilebilecek hassas alanlar yaratmaktadır. Yapay zeka teknolojilerinin taşıdığı risk, özel sektör aktörlerinin yapay zekadan hukuka aykırı biçimde faydalanması gibi durumlar bireyin temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline yol açabilir. Öte yandan idarenin kamu gücü ayrıcalığına sahip olarak faaliyetlerinde yapay zeka teknolojilerinden yararlanması da bireyin zarar uğramasına yol açabilir¹¹⁴. Bireyin verilerine yönelik gerçekleştirilen faaliyetler nedeniyle insan hakları ihlallerine yol açılması¹¹⁵, bireylerin verilerinin devlet eliyle suiistimal edilmesi, özel hayatın gizliliğinin ihlali, yapay zeka sistemiği ile eşitlik ilkesinin ihlali pek çok durum gündeme gelebilir¹¹⁶. Dolayısıyla düzenleyici ve denetleyici kurumların idari ve mali yönden bağımsız¹¹⁷ biçimde faaliyet yürütmesi ve gerektiğinde yaptırım uygulayabilmesi¹¹⁸, bu alanda kurulacak ulusal kuruma en uygun model olduğunu ortaya koymaktadır.

Ülkemizde düzenleyici ve denetleyici kurumlar yalnızca ekonomi odaklı sektörlerin değil aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin odak noktası olduğu konuların güvence altına alınması bakımından da kurulabilmektedir. Örneğin Kişiler Verilerin Korunması Kurulu(KVKK)¹¹⁹, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu(BTİK) temel hak ve özgürlüklerin korunması düşüncesinin ön planda olduğu spesifik konularda faaliyet göstermektedir¹²⁰. Yapay zeka alanın da bu türden bir faaliyet alanı olduğu açıktır. Öte yandan Türk idari teşkilat yapısında yapay zeka alanına özgü düzenleyici ve denetleyici kurum bulunmamaktadır. KVKK ve BTİK'nın yapay zeka alanıyla ilişkilendirilebilecek görev ve yetkileri bulunduğu ifade edilebilse de belirtmek gerekir ki söz konusu bağımsız idari otoriteler yapay zeka alanında kapsayıcı hizmet vermemektedir. Örneğin BTİK, kamu hizmetlerinin dijitalleşmesine katkı sağlayacak nitelikte çalışmalar yapmakta ancak haberleşme sektörü özelinde faaliyet yürütmektedir. KVKK ise kişisel verilerin korunması hususunda faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla yapay zekanın hukuki çerçevesinin oluşturulması ve idari denetiminin gerçekleştirilmesi için yeni bir düzenleyici ve denetleyici kurum ihdas edilmesi yerinde olacaktır. Yapay zeka alanında mevcut idari teşkilatta görev ve yetkileri bulunan idari birimlerin

¹¹¹ 13. D., E. 2015/4515 K. 2021/1150 T. 31.3.2021 <https://www.lexpera.com.tr>

¹¹² Lütfü Duran, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", *Amme İdaresi Dergisi*, 30/1(1997), s. 5.

¹¹³ Sedat Çal, "Bağımsız İdari Otorite olarak Enerji Piyasası Kurulu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2001/3, s. 97.

¹¹⁴ Konu hakkında bir çalışma için bkz. Özçelik, *Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler*, s. 89.

¹¹⁵ İnsan hakları ve yapay zeka ilişkisi için bkz. İnsan hakları Akademisi, *Yapay Zekâ ve İnsan hakları Açık Dersi*, <https://www.insanhaklariakademisi.org>.

¹¹⁶ Önder ve Saygılı, *Yapay Zekâ ve Kamu Yönetimine Yansımaları*, s.645.

¹¹⁷ Bu hususta tesis edilecek otoritenin Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ile ilişkili olacak şekilde kurulması önerilmektedir bkz. Seyhan, *Yapay Zeka Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu*, s. 359.

¹¹⁸ Duran, *Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler*, s.5.

¹¹⁹ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 20-22.

¹²⁰ 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu madde 6, 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu madde 4.

bulunması yeni bir düzenleyici ve denetleyici kurum ihdas edilmesin engel teşkil etmeyecektir. Halihazırda yapay zeka alanında görev ve yetkileri bulunan idari teşkilat ile yetki çatışması probleminin gündeme gelmesi halinde düzenlemeler arasında öncelik – sonralık ilişkisi kurularak, yetkinin sınırlarının çizilmesi mümkündür¹²¹.

SONUÇ

Yapay zeka alanında yaşanan gelişmelerin fonksiyonel anlamda idarenin yanı sıra organik anlamda idare üzerinde de etkileri bulunmaktadır. Bu etkiler yapay zeka alanın düzenlenmesi ve denetlenmesi ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Yapay zeka alanında meydana gelen gelişmelerin ardından yayımlanan uluslararası ve ulusal hukuk metinlerinde yapay zekanın idari teşkilata yansımalarını görmek mümkündür. Yapay zekanın ülkelerin idari teşkilat yapısında ne gibi değişikliklere yol açtığı yapay zeka stratejileri çerçevesince somutlaşmaktadır. Dolayısıyla Türk idari teşkilat sisteminin yapay zeka ile uyumlaştırılması Ulusal Yapay Zeka Stratejisi 2021-2025 kapsamında gerçekleşmektedir. Strateji öngördüğü iki katmanlı yönetim mekanizması ile Türk idari teşkilatında yapay zeka alanında faaliyet gösteren idari birimlerin kurulmasına öncülük etmiştir. Öte yandan yakın zamanda meclise sunulan Yapay Zeka Kanun Teklifi de yapay zeka alanında bir denetim mekanizması kurulmasını öngörmektedir.

Yapay zeka alanında ülkemizde faaliyet yürüten mevcut idari teşkilat birimlerinin uluslararası belgelerde yer alan “ulusal kurum” kurulması ve yapay zeka alanında bir denetim mekanizması ihdas edilmesi önerisini karşıladığı tartışmaya açıktır. Zira idari teşkilatta yapay zekaya ilişkin görev ve yetkileri bulunan idari birimlerin yapay zekanın düzenlenmesi ve denetlenmesi bakımından eksik yönleri bulunduğu görülmektedir. Yapay zeka alanında görevli iki temel idari teşkilat birimi olarak kabul edebileceğimiz Ulusal Yapay Zeka Stratejisi Yönlendirme Kurulu ve Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, yapay zeka alanının düzenlenmesi ve idari denetiminin gerçekleştirilmesi faaliyeti yürütmemektedir. Özellikle Ofislerin, hem görev ve yetkileri hem de idari teşkilattaki konumları itibarıyla idare hukukunun tartışmalı konularından olması nedeniyle, yapay zeka alanında düzenleyici ve denetleyici kurum işlevi göremeyeceği açıktır.

Yapay zekanın yaratacağı olası sorunlara etkili çözümler getirilebilmesi için ulusal düzeyde yetkili bir idari otorite kurulmasına ihtiyaç vardır. Yapay zeka alanında ulusal kurum kurulması ihtiyacının pek çok nedeni bulunmaktadır. Yapay zeka teknolojilerinin, bireyin hak ve özgürlükleri açısından riskler barındırması, yapay zekanın kamusal faaliyetlerde ve özel sektör tarafından kullanılmasının idari yönü ağır basan bir otorite tarafından gözlemlenmesi gerekliliği, kamu hizmetinin sunulması ilkelerinden uyarılma ilkesi gereği idari teşkilatın yapay zeka kapsamında dönüşüm geçirmesi gerektiği, mevcut idari teşkilatın yapay zekanın düzenlenmesi ve denetlenmesi hususuna özgülenmemiş olması, öte yandan yapay zekanın kamusal faaliyetlerde ve özel sektör hizmetlerinde kullanılmasına ilişkin ilke ve standartların

¹²¹ Yayla, İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ, s.38 ve 53. Genel olarak yapay zekanın regülasyonunda zaman unsuruna ilişkin bir çalışma için bkz. Kadioğlu ve Güçlütürk, Yapay Zekâ ve Regülasyon, s.90-95.

belirlenmesi, olası hak ihllalleri karşısında hukuki koruma sağlanması gibi nedenler yapay zeka alanında ulusal kurum ihtiyacını ön plana çıkarmaktadır.

Yapay zeka teknolojilerinin düzenlenmesi ve denetimi hususunda sistematik bir yaklaşım benimsenerek, yetki ve görevlerinin kapsam ve sınırları açıkça belirlenmiş bir ulusal kurumun öngörülmesi gerekmektedir. Yapay zeka alanına kurulacak idari otoritenin, hizmet yerinden yönetim kuruluşu türlerinden olan düzenleyici ve denetleyici kurum modeli benimsenerek tasarlanması, yapay zeka alanındaki gelişmelerin takibi ve uluslararası alanda, ulusal yetkili bir muhatap belirlenmesi bakımından yerinde olacaktır.

Yapay zeka alanında görev ve yetkileri bulunan mevcut idari teşkilatın eleştiriye açık yönleri dikkate alındığında, yapay zekanın idari denetimi için farklı bir model geliştirilmesine ihtiyaç olduğunun altı çizilmelidir. Yapay zeka sistemlerinin kullanılarak geliştirilmesi ve hukuk sistemine dahil edilmesi gerekli ve önemlidir. Ancak bu sürecin iyi yönetilebilmesi için kurumsal alt yapısının da hazır olması elzemdir. Yapay zeka alanında görevli mevcut idari teşkilatın bu alanda yürüttüğü çalışmalar ufuk açıcı olmakla birlikte yapay zeka teknolojilerinin hukuki çerçevesinin düzenlenmesi ve denetlenmesi için gerekli olan ulusal kurum ihtiyacını karşılamadığı görülmektedir. Bu nedenle yapay zekanın idari denetiminin idare hukuku kuralları çerçevesinde, merkezi idareden ayrı bir yapılanmaya gidilerek, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali yönden özerk, bağımsızlık yönü ağır basan bir idari otorite tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buradan hareketle yapay zekanın düzenlenmesi ve denetlenmesiyle faaliyetini yürütecek idari birimin, yapay zekanın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilgili, hassas ve uzmanlık gerektiren bir alan olması nedeniyle düzenleyici ve denetleyici kurum şeklinde kurulması önerilmektedir.

Sonuç olarak hem mevcut kurumsal yapının eksiklikleri, hem de yapay zeka teknolojilerinin yapay zeka teknolojilerinin getirdiği riskler ve yaşanan yapay zeka teknolojilerinin kamusal faaliyetlerde ve özel sektör tarafından kullanılması nedeniyle bireyleri hukuki durumlarını etkileyecek olması yapay zekanın kullanımına ilişkin ilke ve standartları belirleyerek, olası hak ihllallerine yönelik idari başvuru mekanizması imkanı sağlayan, uzmanlaşmış, diğer deyişle regülasyon faaliyeti yürütecek bir üst kuruluş fikrinin gündeme alınması oldukça yenilikçi bir bakış açısı olacaktır. Bu yönde atılacak bir adım, Türk idari teşkilatını dijital çağın gelişmeleri ile daha uyumlu hale getirirken, teknoloji karşısında bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için gereken denetim mekanizmasının kurulmasını sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Ağar, Serkan. “Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 65(2006): s. 277-310. <https://tbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-250>
- Almila Tanrıverdi, Ayşe. “Yapay Zekanın Kamu Hizmetininin Sunumuna Etkileri”, *Adalet Dergisi*, 66/1(2021): s.293-314. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/62377/940391>
- Apaydın, Bahadır. “İdarenin Kolluk Faaliyetlerinde Yapay Zekanın Kullanılması: Yapay Zekalı Kameralar Üzerinden Bir Değerlendirme” (İdare Hukuku ve İdari Yargı Uluslararası Sempozyumu’nda Sunulan Sözlü Bildiri, ISALAJ, 2024)
- Avaner, Tekin ve Merve Çelik. “Türkiye’de Dijital Dönüşüm Ofisi ve Yapay Zekâ Yönetimi: Büyük Veri ve Yapay Zekâ Daire Başkanlığı’nın Geleceği Üzerine”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Medeniyet Araştırmaları Dergisi*, 6/2(2021): s. 1-18. <https://doi.org/10.52539/mad.1050640>
- Avaner, Tekin ve Recep Fedâ. “Türk Kamu Yönetiminde Ofis Sistemi: E- Devlet Uygulamalarından Dijital Dönüşüm Ofisine”, *Amme İdaresi Dergisi*, 52/2(2019): s. 149-172. <https://ammeidaresi.hacibayram.edu.tr/hbv/252717393>
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu. *Türkiye’de Dijital Dönüşüm ve Dijital Okuryazarlık, Araştırma Raporu*, 2022. <https://www.btk.gov.tr>.
- Bilgin, Hikmet. “Yapay Zekânı Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hakimler Hakkındaki Düşünceler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13/2(2022): s. 405-419. <https://doi.org/10.21492/inuhfd.1152196>
- Bozkurt Yüksel, Ebru Armağan. “Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 51(2022): s.19-46. <https://doi.org/10.54049/taad.1139330>
- Cin, Emine. “İdare Hukukunda Karine ve Varsayım”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi, 2016. <https://tez.yok.gov.tr>.
- Cin, Emine. “İdarenin Örgütlenmesinde İhtisaslaşma Prensibi”, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2023.
- Coşkun, Bayram ve Çiğdem Pank Yıldırım. “Kamu Yönetimi Açısından Dijital Zekanın İyi Yönetime Etkisi”, *Ombudsman Akademik Dergisi*, Özel Sayı 1(2018): s. 141-162. <https://doi.org/10.32002/ombudsmanakademik.477495>
- Council of Europe, Artificial Intelligence, Glossary, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/glossary>
- Çal, Sedat. “Bağımsız İdari Otorite olarak Enerji Piyasası Kurulu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 3(2001), s. 93-113.
- Çelik, Şükrü Çağrı. “Türkiye’de Dijital Devlet Dönüşümünün Kurumsal Yapısı: Quo Vadis? (Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Örneği)”, *Dijital Devlet* (Ed. Kemal Çelebi, Birol Kovancılar, Gazi Kitabevi, Ankara, 2021).
- Doğan, Erdem. “Dijital Çağda Yeni Bir Hukuki Kişilik Arayışı: Yapay Zekâ”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 158(2022): s.213-256. <https://tbdergisi.barobirlik.org.tr/m2022-158-2026>
- Duran, Lütfü. “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, *Amme İdaresi Dergisi*, 30/1(1997): s. 3-10. <https://ammeidaresi.hacibayram.edu.tr/hbv/130715734>
- Dutton, Tim. Medium, “An Overview AI Strategies”, Son güncelleme 13.07.2018. <https://medium.com/@tim.a.dutton/an-overview-of-national-ai-strategies-2a70ec6edfd>
- Dülger, Murat Volkan. “Yapay Zekalı Varlıkların Hukuk Dünyasına Yansımaları: Bu Varlıkların Hukuki Statüleri Nasıl Belirlenmeli?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/142(2018): s. 82-87. <https://www.jurix.com.tr/article/12794?u=0&c=0>

- Erdoğan, Gökhan. "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış", *Adalet Dergisi*, 66(2021): s.117-192. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/62377/940007>
- Ersoy, Çağlar. *Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- European Commission. "Regulation of The European Parliament And Of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts", 2021, <https://eur-lex.europa.eu>.
- European Commission. "White Paper on Artificial Intelligence A European Approach to Excellence and Trust", 2020. <https://ec.europa.eu>.
- European Council Committee on Artificial Intelligence. "Revised Zero Draft [Framework] Convention On Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy And The Rule Of Law", 2023, <https://rm.coe.int/>.
- European Union, "Artificial Intelligence Act(Regulation (EU) 2024/1689 of The European Parliament And of The Council)", 2024. <https://eur-lex.europa.eu/>
- European Parliament News. "Artificial Intelligence Act: MEPs adopt landmark law", 13 Mart 2024, <https://www.europarl.europa.eu>.
- Gezici, Hikmet Salahaddin. "Kamu Yönetiminde Yapay Zekâ: Avrupa Birliği", *Uluslararası Akademik Birikim Dergisi*, 6/2(2023): s.114,115. <https://www.akademikbirikimdergisi.com>.
- GOV UK, News, "AI Council", <https://www.gov.uk/government/groups/ai-council>
- Gözler, Kemal. "5018 ve 6085 Sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60/4(2011): s.837-920. https://doi.org/10.1501/Huk-fak_0000001645
- Günel, Hazal. *Hukuki Açıdan Yapay Zekâ*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Halaweh, Mohanad. "Viewpoint: Artificial Intelligence Government (GOV 3.0): The UAE Leading Model", *Journal of Artificial Intelligence Research*, 62 (2018): s. 269-272 <https://jair.org>.
- Hankins, Emma, Pablo Nettel Fuentes, Martinescu Livia, Grau Gonzalo ve Rahim Sulamaan. "Government AI Readiness Index 2023", *Oxford Insight*, 2023. <https://oxfordinsights.com/ai-readiness/ai-readiness-index/>
- İnsan Hakları Akademisi. *Yapay Zekâ ve İnsan Hakları Açık Dersi*, <https://www.insanhaklariakademisi.org>.
- İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zeka Çalışma Grubu ve İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, "Hukukun Üstünlüğü ve Demokrasi Kapsamında Yapay Zeka Sistemlerinin Risk ve Faydaları", İnfografik, 2022. <https://www.istanbulbarosu.org.tr>.
- İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zekâ Çalışma Grubu. "Geçmişten Günümüze AB Yapay Zeka Düzenlemesi Teklifi, İnfografik", 2024, <https://www.istanbulbarosu.org.tr>.
- İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zekâ Çalışma Grubu. "Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış Kurallara (Yapay Zekâ Düzenlemesi) ve Birliğin Belirli Yasal Düzenlemelerinin Değiştirilmesine Yönelik Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü Teklifi" (Çeviri), 2021, <https://www.istanbulbarosu.org.tr>
- İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zekâ Çalışmaları Grubu. *Yıllık Rapor: Kamuda Yapay Zekâ*, 2023. <https://www.istanbulbarosu.org.tr>.
- İstanbul Barosu, Bilişim Hukuku Komisyonu Yapay Zekâ Çalışma Grubu. "Yapay Zekâ, İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü İlk Taslak [Çerçeve/Sözleşmesi]" (Çeviri), 2023, <https://www.istanbulbarosu.org.tr>.
- Kadioğlu, Yasin Murat ve Osman Gazi Güçlütürk. "Yapay Zekâ ve Regülasyon", *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II* (Ed. Osman Gazi Güçlütürk, E. Eylem Aksoy Retornaz), İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2021.

- Kağıtçıoğlu, Mutlu. “Yapay Zeka ve İdare Hukuku (Bugünden Geleceğe Yönelik Bir Değerlendirme)” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/1(2021): s.118-168. <https://doi.org/10.32957/hacettepehdf.874993>
- Kaplan, Onur. “Yapay Zekâ Kavramına İdare Hukuku Açısından Bir Yaklaşım”, Uluslararası Sosyal Bilimlerde Kritik Tartışmalar Kongresi’nde Sunulan Bildiri, İzmir Demokrasi Üniversitesi, İzmir, 2020.
- Karacan, Pınar ve Doğa Irgaz. “Yapay Zeka Kullanımı İçin Hukuksal Çerçeve İhtiyacı”, *Lexpera Blog*, 2023, <https://blog.lexpera.com.tr>.
- Kavut, Sevgi. “Toplumların Dijital Dönüşüm Aracı olarak Yapay Zekâ Çalışmaları: Türkiye’nin ve Türk Devletleri Teşkilatının Yapay Zekâ Kullanımı Üzerine Bir Analiz”, *Erciyes İletişim Dergisi*, 11/1(2024): s. 325-344. <https://doi.org/10.17680/erciyesiletisim.1346576>
- Kılıçarslan Kara, Seda. “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2(2019): s.363-389. <https://doi.org/10.33432/ybuhukuk.599224>
- Kızrak, Ayyüce. “Hukuk ve Teknoloji İlişkisi”, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu: Yapay Zekâ Çağında Hukuk, 2019: s.18-21. <https://www.istanbulbarosu.org.tr>.
- Koç Baykara, Firdevs. “Türk Kamu Yönetiminde Dijital Dönüşüm Ofisi’nin Fonksiyonu”, *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 28/1(2024): s.101-112. <https://doi.org/10.20296/tsadergisi.1036446>
- McCarthy, John, Marvin L. Minsky, Nathaniel Rochester ve Claude E. Shannon. “A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955”, *AI Magazine*, 27/4(2006), s.12-14. <https://doi.org/10.1609/aimag.v27i4.1904>.
- Merve, Oğuzhan. “Kamu Yönetiminde Dijital Dönüşüm: E-Devletten Dijital Dönüşüm Ofisine”, *Dijitalleşme ve Dijital Dönüşüm Üzerine Güncel Araştırmalar* (Ed. Cüneyt Dumrul, Zerrin Kılıçarslan, Yasemin Dumrul), Ekin Yayınları, Bursa, 2023.
- Ocak, Kasım. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İdari Vesayet Yetkisi Düzenlenmesinin Bir Örneği Olarak Cumhurbaşkanlığı Ofisleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 36/1(2019): s.163.193. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/48602/615575>
- Orak, Cem Çağatay. “Kamu Kurumları ve Uzmanlık İlkesi (Kuram ve Uygulamaya İlişkin Gözlemler)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16/4(2012): s. 291-328. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48111/608439>
- Önder, Murat ve Hilal Saygılı. “Yapay Zekâ ve Kamu Yönetimine Yansımaları”, *Türk İdare Dergisi*, 487(2018): s.629-670. <http://www.tid.gov.tr>.
- Özçelik, Barış. “Yapay Zekanın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkarıldığı Hukuki Gereksinimler”, *Adalet Dergisi*, 66/1(2021): s. 87-116. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/62377/939987>
- Özgen, İhsan Batuhan. “Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Tarafından Yapay Zekaya İlişkin Karar”, *Yapay Zeka Çağında Hukuk*, İstanbul Barosu, Bilişim Hukuku Komisyonu, Yapay Zekâ Çalışma Grubu, Nisan 2024, s.10-13. <https://www.istanbulbarosu.org.tr>.
- Ramaswamy, Satya. “How Companies Are Already Using AI”, *Harvard Business Review*, 2017, s. 2-4. <https://hbr.org/2017/04/how-companies-are-already-using-ai>
- Rüzgar, Merve Tuba. “Restructuring in Public Sector: From Electronic Government to Smart Government in Türkiye”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 26/3(2024): s.1147-1171. <https://doi.org/10.16953/deusosbil.1433993>
- Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı. “2023 Sanayi ve Teknoloji Stratejisi”, Eylül 2019. <https://www.sanayi.gov.tr>
- Seyhan, Serkan. “Yapay Zeka Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu”, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.

- Seyhan, Serkan. "Yapay Zekanın Hukuki Statüsünün Belirlenmesine Yönelik Bir İnceleme", *Fasikül Dergisi*, Aralık 133(2020): s.6-22. <https://www.jurix.com.tr/article/32505?u=0&c=0>
- Staff, Writer. "The World's first Minister for Artificial Intelligence Was Just Appointed in the UAE", *Startup Science*, 2017, <https://thestartupscene.me/>.
- Tamer, Yasin ve Halil Barış Övgün. "Yapay Zekâ Bağlamında Dijital Dönüşüm Ofisi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 75/2(2020), s 775-803. <https://doi.org/10.33630/ausbf.691119>
- The Future of Artificial Intelligence (AI) in Government, <https://www.intel.com>.
- The Guardian, "Ukraine unveils AI-generated foreign ministry spokesperson", 2024. <https://www.theguardian.com>.
- Turan, Tülay, Nazan Kemaloğlu ve Ecir Uğur Küçükşille. "Hukuk'ta Yapay Zekâ: Çalışmalar ve Gelecek Öngörüler", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi*, 11/2(2020): s.247-253. <https://doi.org/10.29048/makufebed.748843>
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi. "Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025", 2018, <https://www.resmigazete.gov.tr>.
- Türkoğlu Üstün, Kamile "Açık Devlet Verileri ve Bilgi Edinme Hakkıyla İlişkisi", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13/1(2023), s.301-338. <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1282696>
- UN News, "General Assembly adopts landmark resolution on artificial intelligence", 21 Mart 2024, <https://news.un.org/en/story/2024/03/1147831>
- United Nations General Assembly, Resolutions of the 78th Session, *A/78/L.49*, 2024. <https://undocs.org>.
- Yapay Zeka Kanun Teklifi, Esas Numarası 2/2234, 24.06.2024, Türkiye Büyük Millet Meclisi, <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/e21539a0-888a-4500-81be-01904a918c53>
- Yayla, Ahmet. *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Yılmaz, İlay, Can Sözer ve Ecem Elver. "Yapay Zekâ ile İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme", *Adalet Dergisi*, 66/1(2021): s.445-469. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/62377/940429>
- Yılmaz, Oğuz Gökhan. "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı-Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?", *Adalet Dergisi*, 66(2021): s.379-415. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/adaletdergisi/issue/62377/940417>

EXTENDED SUMMARY

THE REQUIREMENT FOR A REGULATORY AND SUPERVISORY INSTITUTION IN THE TURKISH ADMINISTRATIVE ORGANIZATION IN THE FIELD OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Elif Baydemir, RA

Ankara Hacı Bayram Veli University, elif.baydemir@hbv.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0003-0408-7580>

Artificial intelligence (AI) is bringing more changes across various legal fields, with particularly significant implications for administrative law. This study aims to explore the effects of AI advancements on administrative organizations, highlighting the necessity for a national competent authority responsible for the administrative oversight of AI. Furthermore, this research proposes a structural model for the establishment of such an authority, thereby contributing to the literature surrounding AI regulation and governance.

The current literature reveals a notable gap in studies that directly examine the implications of AI on administrative organizations. This situation underscores the significance of the this study in contributing to the academic field. Most existing analyses have primarily addressed the relationship between artificial intelligence and administrative law from the perspective of administrative transactions. However, it is essential to consider not only the functional aspects of administration but also its organic dimensions in relation to AI.

The integration of AI into administrative processes necessitates a reevaluation of traditional administrative structures and practices. This study seeks to deepen the understanding of AI's impact on administrative organizations by giving examples both theoretical and practical dimensions. By proposing a model for effective administrative supervision, this research aims to fill the existing void in the literature and provide a foundation for future inquiries into this critical area.

This study employs a mixed-method approach, combining qualitative and quantitative analyses of legal texts and official publications. The methodology includes a comprehensive review of relevant literature, and comparative analyses to elucidate the multifaceted effects of AI on administrative organizations.

The findings of the study indicate that AI developments have significant and varied impacts on administrative organizations. These impacts manifest in several ways, including the establishment of new administrative units, such as dedicated ministries for AI in certain countries. For instance, nations like UAE and İspanya or

international organizations like UN have recognized the need for specialized governmental bodies to address the complexities introduced by AI technologies.

Moreover, supranational organizations, including the European Union, have actively encouraged member states to create national competent authorities in response to the rapid advancements in AI. These authorities are envisioned as regulatory bodies equipped to oversee the deployment and governance of AI technologies within their respective jurisdictions. The study also critically evaluates the Turkish National AI Strategy document, which serves as a roadmap for understanding the implications of AI developments in Turkey. This document provides vision into the anticipated effects of AI on administrative organizations. However in this document is been lack of future plan in regarding authority which has a competency for administrative supervision.

The analysis culminates in the conclusion that a national authority is essential for the administrative supervision of AI in Turkey. The necessity for such an authority can be explain by several factors: the specialized required in the AI and administrative supervision , the increasing prevalence of AI applications in both public and private sectors, and the imperative for transparency and predictability in administrative activities.

The establishment of a national authority would serve multiple purposes, including the regulation of AI technologies, the promotion of ethical standards, and the facilitation of public trust in AI systems. This authority should be designed as a regulatory and supervisory institution, equipped to set standarts and supervision the human rights violations posed by AI. It is suggested that in this study the authority operates with foresight, anticipating future developments in AI and adapting the legal regulations accordingly.

In light of these findings, it is recommended that policymakers in Turkey take proactive steps to address the regulatory gap in the AI field. This includes revising existing administrative structures to accommodate the challenges posed by AI technologies and ensuring that a national authority is empowered to fulfill its mandate effectively.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

TÜRK HUKUKUNDA DENİZ KORUMA ALANLARI VE ÖZEL KORUMA ALANLARI PROTOKOLÜ'NDEN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLER

MARINE PROTECTED AREAS IN TURKISH LAW AND THE OBLIGATIONS ARISING FROM THE PROTOCOL ON SPECIALLY PROTECTED AREAS

Dr. Öğr. Üyesi Beyza Özturanlı Şanda*

ÖZ

Deniz çevresinin korunması, üç tarafı denizlerle çevrili ve Akdeniz'e en uzun kıyısı olan devletlerden biri olarak Türkiye için fazlasıyla önem arz etmektedir. Deniz çevresine ilişkin ekolojik, tarihsel ve kültürel unsurların korunması ve denizdeki canlı ve cansız kaynakların sürdürülebilir kullanımına yönelik olarak alınabilecek en etkili hukuki tedbirlerden biri deniz koruma alanlarının kurulmasıdır. Türkiye açısından deniz koruma alanlarının hukuki statüsünü düzenleyen uluslararası hukuk kuralları, deniz yetki alanlarında devletlerin hak ve yükümlülüklerini tanımlayan teamül hukuku kuralları ve doğrudan konuya ilişkin olması nedeniyle önem arz eden Akdeniz'in Deniz Ortamı ve Kıyı Bölgesinin Korunması Sözleşmesi'ne (Barselona Sözleşmesi) Ek Akdeniz'de Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitliliğe İlişkin Protokol hükümleridir. Türk hukukunda "deniz koruma alanları" kurulması ve yönetilmesine ilişkin müstakil bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Oysa Türkiye, 1980'li yıllardan bu yana, Akdeniz ve Ege bölgelerinde, kıyı ve deniz alanlarını içeren özel çevre koruma bölgeleri ihdas etmiştir. Bununla beraber, taraf olunan sözleşmelerin deniz koruma alanlarına ilişkin düzenlemelerinin iç hukukta hukuki ve kurumsal karşılığının bulunması ve etkin şekilde uygulanması gerekmektedir. Bu çalışmada, Türkiye'de deniz koruma alanlarının kurulmasına ilişkin ulusal mevzuat, uluslararası teamül hukuku kuralları ve Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitliliğe İlişkin Protokol'den kaynaklanan hak ve yükümlülükler açıklanarak karşılaştırılacak ve uygulama-daki sorunlara dönük birtakım öneriler getirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Deniz Koruma Alanları, Ulusal Hukuk, Barselona Sözleşmesi, Ek Protokol, Yükümlülük.

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

📞 0000-0003-4184-5563 ✉ bozturanli.sanda@ogu.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

The protection of the marine environment is of great importance for Turkey, as one of the countries with the longest coastline on the Mediterranean, and surrounded by three seas. One of the most effective legal measures that can be taken for the protection of ecological, environmental and cultural assets features to the marine environment and the sustainable use of living and non-living sources in the sea is the establishment of the marine protected areas. The international rule of law regulating the legal status of marine protected areas in respect of Türkiye are the rule of customary international law defining the rights and duties of States in their marine jurisdictional areas and the provisions of Protocol concerning Specially Protected Areas and Biological Diversity to the Convention for the Protection of the Marine Environment and Coastal Zone of the Mediterranean (Barcelona Convention) which is also important since its relevancy in terms of marine protected areas. There is no distinct legal regulation in Turkish law regarding the establishment and management of “marine protected areas”. However, Türkiye has established special environmental protection zones including coastal and marine areas along the Mediterranean and Aegean regions since the 1980s. However, the provisions concerning to the marine protected areas in the conventions which Türkiye is party to, should have legal and institutional correspondances in domestic law and should be implemented in practice effectively. In this paper, the national legal framework of the Türkiye related to marine protected areas, and relevant rule of customary international law, the rights and responsibilities arising out of Protocol on Special Protected Areas and Biological Diversity will be explained comparatively and some suggestions will be put forward for the problems in practice.

Keywords: Marine Protected Areas, National Law, Barcelona Convention, The Protocol, Obligation.

GİRİŞ

Türkiye, kuzeyinde Karadeniz, kuzey batısında Marmara Denizi, batısında Ege Denizi ve güneyinde Akdeniz çevrili ve 8,333 km kıyı uzunluğuna sahip, deniz ve kıyı biyolojik çeşitliliği bakımından zengin bir yarımada ülkesidir.¹ Sadece karasuları içerisinde 480'i deniz balığı türü olmak üzere 3000'e yakın bitki ve hayvan türü tespit edilmiş olup, bu türler küresel biyolojik çeşitlilik bakımından da önemli kabul edilmektedir.²

Bu denizlerden Karadeniz, kıyı ve deniz biyoçeşitliliği insan kaynaklı baskılar nedeniyle ciddi tehdit altındadır. Özellikle şehirleşme, sanayileşme, gemi kaynaklı kirlilik ve aşırı avlanma nedeniyle meydana gelen ötrofikasyon, Karadeniz'de pek çok türün yaşam alanlarının giderek yok olmasına neden olmaktadır. Karadeniz'de deniz ve kıyı kirliliği ve ekosistemin bozulması ile mücadele etmek ve biyolojik çeşitlilik kaybını azaltmak amacıyla kıyıdaş devletlerce 1992 yılında imzalanan Bükreş Sözleşmesi, 1994 yılında yürürlüğe girmiştir.³ Bununla birlikte Bükreş Sözleşmesi çerçevesinde Karadeniz'de kurulmuş bir deniz koruma alanı olmadığı gibi, Sözleşme'nin taraf devletlerce etkin şekilde uygulanması için daha fazla çaba gösterilmesi gerekmektedir.

Türk boğazlar sistemine ev sahipliği yapan Marmara denizi, Karadeniz ve Akdeniz sularını birbirine bağlayan biyolojik bir koridor niteliğinde, küçük ama dinamik, iki katmanlı bir ekosistemdir. Marmara denizi üst katmanında Karadeniz kökenli daha az tuzlu su bulunurken, alt kısmında Çanakkale'den gelen daha tuzlu Akdeniz suları bulunmaktadır.⁴ Karadeniz kaynaklı kirlilik ve Marmara'da seyreden gemilerin neden olduğu kirlilik, Marmara bölgesi sanayi faaliyetlerinin neden olduğu kirlilik ile birleşince Marmara denizi üzerinde ağır bir baskı oluşturmaktadır.⁵ Bununla birlikte bir iç deniz niteliğindeki Marmara denizi, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin uygulama alanı dışında bırakılmaktadır.⁶

¹ Oğuz Erol, "Turkey", *Encyclopedia of the World's Coastal Landforms* (Eric C. F. Bird), Dordrecht, Springer, s. 2010, s. 833

² Filiz Kucuksezgin vd., "The Coasts of Turkey", *World Seas: an Environmental Evaluation* Volume I: Europe, The Americas and West Africa (Charles Sheppard), 2th edition, Academic Press, 2019, s. 307-332.

³ Türkiye, Karadeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması Sözleşmesi (Bükreş Sözleşmesi) ve Eki Protokoller, 3937 Sayılı Uygun Bulma Kanunu ile 7.12.1993 tarihinde kabul etmiştir (Resmî Gazete Tarih: 14.12.1993, Sayı: 21788).

⁴ Filiz Kucuksezgin, Idil Pazi, Ferah Kocak, Tolga Gonul, Muhammet Duman, Hüsnü Eronat, "The Coasts of Turkey" in *World Seas: an Environmental Evaluation* (Second Edition), Volume I: Europe, the Americas and West Africa, 2019, Pages 307-332.

⁵ Gökhan Kaboğlu, Harun Güçlüsoy ve K. Can Bizsel, "Marine protected areas in Turkey: History, current state and future prospects", INOC International Workshop on Marine and Coastal Protected Areas, Miknas, Morocco, 2005, s. 140.

⁶ Bükreş Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre Sözleşmenin uygulama alanı, Karadeniz'in güney sınırını Keleğra ve Dalyan burunları arasındaki hattın oluşturduğu alanda her Akit Tarafın Karadeniz'deki kara sularını ve münhasır ekonomik bölgesini kapsayacaktır. Bükreş Sözleşmesi'ne Ek Karadenizde Biyolojik Çeşitliliğin ve Peyzajın Korunması Protokolü'nün uygulama alanı ise, Protokol'ün 3. Maddesine göre Keleğra ve Dalyan burnunun kuzeyinde kalan Karadeniz alanı, sular, deniz yatağı, ve tatlı su sınırlarına kadar olan toprak altı tabakasıdır. Barcelona Sözleşmesi'nin 1(1) maddesine göre Sözleşme ve Ek Protokollerin uygulama alanı, körfezler ve denizler dahil olmak üzere, batıda Cebelitarık Boğazı girişindeki Cape Spartel deniz feneri üzerinden geçen meridyen çizgisi, doğuda ise Çanakkale Boğazı Mehmetçik ve Kumkale deniz fenerleri arasındaki güney uçları ile sınırlanan Akdeniz sularıdır.

Türk boğazlar sistemi ile Marmara denizinin batıda açıldığı Ege denizi ise girintili çıkıntılı kıyı yapısı, ada ve kayalıklar arasındaki dar geçitlerine rağmen, hem kara kökenli hem gemi kaynaklı kirliliğe maruz kalmakta, aşırı avlanma, şehirleşme ve sanayileşmeye ek olarak turizm altyapılarının ağır etkisi ile ciddi kirlilik tehdidi altındadır.⁷ Ege denizi, bölgesel düzeydeki koruma rejimleri çerçevesinde yürütülen teknik çalışmalarda, Akdeniz'in alt bölgelerinden biri olarak kabul edilmektedir.⁸ Ege denizinin güneyde bağlandığı Akdeniz'e en uzun kıyısı olan ikinci devlet Türkiye'dir. Diğer denizlere nazaran daha dinamik bir nitelik taşıyan Akdeniz ise coğrafi olarak yarı kapalı bir deniz olmakla beraber, kendine has iklim özellikleri nedeniyle biyolojik çeşitlilik bakımından küresel düzeyde en yüksek endemik tür oranına sahip ve dünya denizlerindeki toplam türlerin %4 ila %18'ine ev sahipliği yapmaktadır.⁹ Ancak son yıllarda Akdeniz Havzası, yine insan kaynaklı baskılar ve iklim değişikliği nedeniyle en hızlı ısınan deniz haline gelmiştir. Gemi kaynaklı kirlilik, kıyılarda yığılan şehirleşme, aşırı avlanma, enerji rekabeti, turizm gibi yoğun etkilere uzun süredir açık olan Akdeniz'de aşırı hava olayları giderek artmakta, yerel türlerin yerini istilacı türler almaya başlamakta ve ekosistemler giderek yok olmaktadır.¹⁰ Türkiye, Akdeniz'e kıyıdaş devletlerin 1970'lerden bu yana deniz ekosistemlerinin korunması için gerçekleştirdiği iş birliği çalışmalarının tamamında yer almıştır. 1976'da İspanya'nın Barselona kentinde imzalanan Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunmasına Ait Sözleşme (Barselona Sözleşmesi) ve yıllar içerisinde bu Sözleşme'ye eklenen Protokoller ile yapılan tedrici değişiklikler, kıyıdaş devletlerin Akdeniz'de ulusal yargı yetkisi içindeki ve ötesindeki deniz alanlarında deniz koruma alanları kurmasına izin vermektedir.¹¹

Son yıllarda çevresel krizlerin artışı sadece Akdeniz havzasına özgü değildir. Ekosistemlerin çöküşü, habitatların ve biyoçeşitliliğin hızla azalması kıyı ve deniz alanları kadar, bunlara bağımlı yaşayan insan topluluklarını da etkilemektedir. Günümüzde, daha bütünlük bir bakış açısıyla, deniz çevresinin korunmasında fiziksel, sosyo-ekonomik, idari ve yargısal unsurları içine alan planlama çalışmalarından biri de deniz koruma alanlarının kurulmasıdır.¹² Deniz koruma alanları, insan faaliyetlerinden kaynaklanan etkilere karşı canlı türlerinin ve biyolojik çeşitliliğin korunmasında başvurulan etkili yöntemlerden biridir. Ayrıca bilimsel çalışmalar göstermektedir ki deniz ve kıyı ekosistemleri karbon yönetiminde önemli bir rol oynamakta ve iklim değişikliğinin hafifletilmesine yardımcı olmaktadır.¹³

⁷ Kaboğlu vd., "Marine protected areas in Turkey: History, current state and future prospects", s. 140.

⁸ Specially Protected Areas Regional Activity Centre (SPA/RAC), Conservation of marine and coastal biodiversity in the Aegean Sea and levantine basin subregion by 2030 and beyond, Tunis, 2021, s. 23.

⁹ Programme des Nations Unies pour l'Environnement/Plan d'Action pour la Méditerranée et Plan Bleu, État de l'Environnement et du Développement en Méditerranée, Nairobi, 2020, s. 104.

¹⁰ World Wide und (WWF), "İklim Değişikliğinin Akdeniz'deki Etkileri Endişe Verici", <https://www.wwf.org.tr/?10921/iklim-degisikliginin-akdenizdeki-etkileri-endise-verici> (erişim: 12.06.2024); MedECC, Summary for Policymakers, in *Climate and Environmental Change in the Mediterranean Basin – Current Situation and Risks for the Future*, First Mediterranean Assessment Report (Cramer W, Guiot J, Marini K.) Plan Bleu, UNEP/MAP, Marseille, France, 2020, s. 11-40.

¹¹ İmam Bakır Kanlı ve Nahide Nur Falcıoğlu, "Barselona Sözleşmesi Kapsamında Akdeniz ve Kıyıların Korunmasında Çevresel İşbirliğinin Önemi", *IBAD Sosyal Bilimler Dergisi* (9), 2021, s. 117-142.

¹² M. Luisa Pérez-Cayeroa vd., "Marine protected areas in the 21st century: Current situation and trends", *Ocean and Coastal Management* (171), 28–36.

¹³ Uğur Sunlu, Aslı Kaymakçı ve F. Sanem İzgören, "Denizlerde Karbon Dinamiği", *E.Ü. Su Ürünleri Dergisi*, (18/1-2), 2001, s. 233-241.

Bununla beraber, deniz koruma alanlarının kurulması ve yönetilmesi süreci, temelde kamusal otoriteler tarafından yürütülen ve hukuki çerçevesi belirlenmesi gereken bir süreçtir. Türkiye'nin, kendi yargı yetkisi altındaki ve ulusal yargı yetkisinin ötesindeki deniz alanlarında deniz koruma alanlarının kurması ve yönetmesine ilişkin hukuki rejimin temelini, ulusal ve uluslararası hukuk kuralları oluşturmaktadır. Zira bir devletin karasularında, karasularının ötesindeki deniz yetki alanlarında ve açık denizde deniz çevresinin korunmasına ilişkin olarak aldığı tedbirlerin uluslararası hukuka uygun olması gerekmektedir.

Aşağıda, Türk hukukunda deniz koruma alanlarının oluşturulmasına ilişkin ulusal hukuk kuralları, uluslararası hukuktan kaynaklanan hak ve yükümlülükler ve bu çerçevede Barcelona Sözleşmesi'ne Ek Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitliliğe İlişkin Protokol'den (Özel Koruma Alanları Protokolü) kaynaklanan hak ve yükümlülükler karşılaştırılarak, uyumsuzluklar tespit edilecek ve uygulamadaki sorunlara ilişkin bazı çözüm önerileri getirilecektir.

I. DENİZ KORUMA ALANI KAVRAMI

Deniz koruma alanlarının uluslararası hukukta genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamakla beraber, muhtelif uluslararası belgelerde çeşitli tanımlar bulunmaktadır. Örneğin, biyolojik çeşitliliğin korunmasına ilişkin çalışmaları ile bilinen bir hükümet-dışı kuruluş olan Uluslararası Doğal Hayatı Koruma Birliği (IUCN) tarafından 1988 yılında deniz koruma alanı, "*hukuki ya da diğer etkili yöntemlerle muhafaza edilen kapalı bir çevrenin bir kısmı ya da tamamının su, ona ait flora ve fauna, tarihi ve kültürel özellikleriyle birlikte nehir ağzı ve deniz alanlarında bulunan alan*" olarak tanımlanmıştır.¹⁴ Türkiye'nin de tarafı olduğu Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin¹⁵ 2004 yılında gerçekleşen taraf devletler toplantısında deniz koruma alanı, "*hukuki bir düzenleme ya da teamüle dayanarak, deniz çevresi içerisinde veya ona bitişik ve sınırları belirlenmiş bir alanda, deniz veya kıyı biyolojik çeşitliliğinin yüksek düzeyde korumadan faydalanması*" olarak tanımlanmıştır.¹⁶

Tarihsel olarak benzer koruma tedbirlerine karasal alanda da başvurulmakla beraber, deniz koruma alanlarının sayısı yakın zamanda bir hayli artmış ve bu alanlar, farklı isimler almaya başlamıştır. Yukarıda verilen tanımlara uyan alanlara, ulusal, ulus-üstü, uluslararası hukuk belgelerinde *milli park, hassas alan, özel koruma alanı, ekolojik koruma alanı, kıyı koruma alanı, vahşi yaşam alanı* gibi farklı isimler verilmektedir. Uluslararası hukukta kesin bir tanım olmamasının önemli bir nedeni de bu tanım belirsizliğidir. Dolayısıyla bazı yazarlar deniz koruma alanlarını çerçeve bir kavram olarak niteleyerek diğer kavramların onun altında sınıflandırılabilceğini savunmaktadırlar.¹⁷

¹⁴ 17th Session of the General Assembly of IUCN, 17th Technical Meeting, San José, Costa Rica, 1-10 February 1988, s. 18.

¹⁵ Türkiye, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'ni 29.8.1996 tarihli ve 4177 sayılı Kanunla onaylamıştır (Resmi Gazete, Tarih: 27.12.1996, Sayı: 22860).

¹⁶ Conference of Parties (COP) to the Convention on Biological Diversity, Decision VII/5, 13 April 2004 (UN Doc UNEP/CBD/COP/DEC/VII/5), <https://www.cbd.int/decisions/cop/7/5/59> (erişim: 12.06.2024)

¹⁷ Sarah Wolf ve Jan Asmus Bischoff, "Marine Protected Areas", *Max Planck Encyclopedias of International Law* (2013).

Türkiye'nin taraf olduğu ve aşağıda daha ayrıntılı incelenecek olan Barselona Sözleşmesi'ne Ek Özel Koruma Alanları Protokolü, taraf devletlerin Akdeniz'de biyolojik çeşitliliğin korunması için *Akdeniz'e Özgü Öneme Sahip Özel Koruma Alanları* kurabileceğini hükme bağlamakla birlikte, bu alanların tanımını vermemektedir. Onun yerine bu alanların tespitinde başvurulacak kriterler Protokol çerçevesinde alınan kararlar ile güncellenmektedir.¹⁸

Son olarak, henüz yürürlüğe girmemekle birlikte BM Genel Kurulu tarafından kabul edilerek imzaya açılan, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Kapsamında Ulusal Yargı Yetkisi Dışındaki Alanlardaki Deniz Biyolojik Çeşitliliğinin Korunması ve Sürdürülebilir Kullanımına İlişkin Andlaşma* metninde deniz koruma alanları, bir alan temelli koruma tedbiri olarak, “*bu andlaşmaya uygun olarak koruma ve sürdürülebilir kullanımını sağlamak amacıyla bir ya da birden fazla sektör ya da faaliyetin yönetilmesi amacıyla coğrafi olarak tanımlanmış alan*” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁹

Devletlerin kara ülkesinde ekolojik, tarihi, kültürel ya da arkeolojik unsurların korunması amacıyla uzunca bir süredir başvurduğu alan temelli koruma tedbirleri, deniz koruma alanlarının da öncülü niteliğindedir.²⁰ Ülkemizde de alan temelli koruma tedbirlerine başvurulması, karasal alanda milli parkların ilanı ile başlamıştır.²¹

Özellikle IUCN'in kuruluşundan sonra, karasal koruma alanları uluslararası standartlara uygunluğu ile tanımlanmaya başlamıştır.²² Deniz koruma alanları da aynı eğilimle, önceleri karaya bitişik deniz alanlarında ve tamamen iç hukuka dayalı olarak kurulmuştur. Zamanla bu alanlar, IUCN ya da Doğal Hayatı Koruma Vakfı (WWF) gibi hükümet-dışı kuruluşlar ve uluslararası hukuk belgeleri ile belirlenen teknik ve hukuki gerekliliklere uygun hale getirilmiş ve kıyıda uzak deniz alanları da muhtelif koruma rejimlerine konu olmaya başlamıştır.²³ Aşağıda da değinileceği üzere ülkemizde 1980'li yıllardan itibaren koruma alanlarına ilişkin hukuki ve kurumsal çerçeve geliştirilmeye başlanmış, taraf olunan uluslararası sözleşmeler bu çabaları hızlandırmıştır.²⁴ Türk hukukunda deniz koruma alanı tanımı bulunmamakta, daha genel çerçevede özel çevre koruma bölgesi (ÖÇKB) tanımı bulunmaktadır. Buna göre “*Ülke ve dünya ölçeğinde ekolojik önemi haiz, çevre kirlenmeleri ve bozulmalarına duyarlı, biyolojik*

¹⁸ Barselona Sözleşmesi ve Akdeniz'de Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitlilik Protokolü'nün yürürlüğe girişi ve Türkiye'nin taraf olmasına ilişkin bilgilere aşağıda ayrıntılı olarak yer verilecektir.

¹⁹ Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction (New York, 19 June 2023). Andlaşma, altmışıncı onay belgesinin depozitöre tevdiinin ardından 120 gün sonra yürürlüğe girecektir. Türkiye, nihai metnin oluşumuna ilişkin Genel Kurul görüşmelerinde olumlu oy kullanmış ancak henüz metni imzalamamıştır. Ağustos 2024 itibarıyla dört devlet taraftır. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XXI-10&chapter=21&clang=_en (erişim: 01.08.2024)

²⁰ Susan Gubbay, “Marine protected areas - past, present and future” *Marine Protected Areas* (Susan Gubbay), Conservation Biology (5), Springer, 1995, s. 1-14.

²¹ “Millî park” terimi, ilk defa 31.8.1956 Tarih ve 6831 Sayılı Orman Kanunu içerisinde kullanılmıştır (Resmî Gazete Tarih: 08.09.1956, Sayı: 9402). 09.08.1983 Tarih ve 2873 Sayılı Millî Parklar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra ise bu Kanun çerçevesinde millî parklar ilan edilmiştir (Resmî Gazete Tarih: 11.08.1983, Sayı: 18132).

²² Yasin Koç, “Dünyada ve Türkiye'de Doğa Korumanın Kuramsal Temelleri”, *IBAD Sosyal Bilimler Dergisi*, 7 (2020), s. 89.

²³ Barbara Lausche, *Guidelines for Protected Areas Legislation*, IUCN Gland, Switzerland, 2011, s. 210.

²⁴ Kaboğlu vd., “Marine protected areas in Turkey: History, current state and future prospects”, s. 129.

çeşitliliğin, doğal kaynakların ve bunlarla ilgili kültürel kaynak değerlerinin korunması ve sürdürülebilirliğinin sağlanması gerekli olan ve Bakanlar Kurulu Kararı ile ilan edilen kara, su ve deniz alanları” ÖÇKB olarak nitelendirilmektedir.²⁵

Bu tanımlardan yola çıkarak deniz koruma alanlarının tanımlanmasında birkaç unsurun varlığının gerekliliğinden söz edilebilir. Bunlar, ekolojik, tarihi ya da kültürel önemi haiz ve coğrafi olarak sınırları belirlenmiş bir alan, bu alana özel koruma amacı ve bu amaca yönelik yönetim planı ile bu alana özgü ulusal, bölgesel ve uluslararası hukuk rejiminin belirlenmesidir.

II. DENİZ ÇEVRESİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI HUKUK KURALLARI ÇERÇEVESİNDE DENİZ KORUMA ALANLARI

A. BMDHS HÜKÜMLERİ

Tarihsel olarak deniz hukukunun temel kaynağını uluslararası teamül hukuku kuralları oluşturmaktadır. Deniz hukuku kurallarının kodifikasyonu çalışmaları 1958 Cenevre Deniz Hukuku Konferansları ile başlamış, bu konferansların sonunda 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi,²⁶ 1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi,²⁷ 1958 Cenevre Açık Denizde Balıkçılık ve Canlı Kaynakların Korunması Sözleşmesi²⁸ ve 1958 Cenevre Kıta Sahaneliği Sözleşmesi²⁹ kabul edilmiştir. Ancak bu sözleşmeler, bütün devletlerin canlı kaynakları korumasına ilişkin genel yükümlülük dışında deniz çevresinin korunmasına ilişkin hüküm içermemektedir.³⁰

1973'te başlayan BM III. Deniz Hukuku Konferansları sonunda kabul edilen Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) ise 1994 yılında yürürlüğe girmiş³¹ ve devletlerin deniz çevresinin korunmasına ilişkin hak ve yükümlülüklerini öncelikle deniz yetki alanları bazında tanımlamıştır.³² Sözleşme deniz alanlarını, iç sular, karasuları, takımadada suları, münhasır ekonomik bölge (MEB) ve açık deniz olarak beşe ayırmakta; deniz yatağını ise kıta

²⁵ Özel Çevre Koruma Bölgelerinin ilanına ilişkin ulusal hukuk çerçevesi aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

²⁶ Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, Geneva, 29 April 1958, Entry into force: 10 September 1964, United Nations Treaty Series (UNTS) Vol. 516, No. I-7477. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-1&chapter=21 (erişim: 20.06.2024)

²⁷ Convention on the High Seas, Geneva, 29 April 1958, Entry into force: 30 September 1962, UNTS, Vol. 450, No. I-6465. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-2&chapter=21 (erişim: 20.06.2024)

²⁸ Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas (CFCLR), Geneva, 29 April 1958, Entry into force: 20 March 1966, UNTS, Vol. 559, No. I-8164. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-3&chapter=21 (erişim: 20.06.2024)

²⁹ Convention on the Continental Shelf, Geneva, 29 April 1958, Entry into force: 10 June 1964, UNTS, Vol. 499, No. I-7302. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXI-4&chapter=21&clang=_en (erişim: 20.06.2024)

³⁰ 1958 CFCLR, md. 3 ve 4.

³¹ United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) Montego Bay, 10 December 1982, Entry into force: 16 November 1994, UNTS Vol. 1833 (p.3), <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280043ad5> (erişim: 20.06.2024). Türkiye Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne (BMDHS) taraf değildir. BMDHS'nin, bu çalışmada başvurulan Türkçe tercümesi için bkz. Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk* (Editör Reşat Volkan Günel), Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Beta, 2013.

³² E. Mann Borgese, "A Constitution for the Oceans: Comments and Suggestions Regarding Part XI of the Informal Composite Negotiating Text", *San Diego Law Rev*, 15 (1978), s. 373.

sahanlığı ve *bölge* olarak ikiye ayırmaktadır. Kıyı devletinin ve bayrak devletinin hak ve yükümlülüklerini alan temelli olarak belirleyen bu yaklaşıma ek olarak Sözleşme, herhangi bir deniz yetki alanına gönderme yapmaksızın XII. kısmında *deniz çevresinin korunması ve muhafazası başlığı* altında genel yükümlülükleri öngörmektedir. Zira denizel canlı kaynakların korunması ve sürdürülebilir kullanımına ilişkin faaliyetlerin idari sınırlara göre yürütülmesi her zaman mümkün olmayabilir.

Öncelikle kıyı devleti karasularında, yani esas hatlardan itibaren 12 deniz miline kadar deniz alanında tam egemenlik sahibi olduğundan, deniz çevresinin korunmasına ilişkin ulusal hukuk düzenlemelerini BMDHS'nin 2. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları çerçevesinde icra etme yetkisine sahiptir. Türkiye açısından, karasularının 12 mile kadar belirlenebileceğine ilişkin BMDHS hükmünün, teamül etkisine ilişkin ısrarlı muhalefeti nedeniyle, hukuki bağlayıcılığı ileri sürülemeyecektir.³³ Ancak, kıyı devletinin deniz çevresinin korunmasına ilişkin ulusal hukuk kurallarını karasularında icra etme yetkisi ve bayrak devletinin de bu düzenlemelere uyma yükümlülüğü hukuki bağlayıcılığını sürdürmektedir. Söz konusu düzenlemelere aykırı davranan bayrak devletine ait savaş gemileri dışındaki gemiler üzerinde kıyı devleti yargı yetkisine sahip olacaktır. Kıyı devletinin karasularındaki egemenliğinin tek istisnası olan yabancı gemilerin zararsız geçiş hakkı, deniz çevresinin korunmasına ilişkin kıyı devleti düzenlemelerine uyma yükümlülüğünün istisnası değildir. Zira geçişi zararlı hale getiren fiillerden biri de Sözleşme'ye aykırı olarak gerçekleşen kasten ve ciddi kirletmedir.³⁴ Ancak Sözleşmeye göre, kıyı devletinin karasularında deniz çevresinin korunması, kirliliğin önlenmesi ve kontrol edilmesine yönelik hukuki düzenlemelerinin uluslararası hukuk kural ve standartlarına uygun olması gerekmekte ve herhalde kıyı devletinin bu düzenlemelerini yabancı gemilerin, dizayn, yapım, donanım ve teçhizine ilişkin olarak cebri icra yetkisi bulunmamaktadır.³⁵ Keza kıyı devleti, hukuki düzenlemelerine aykırı hareket eden yabancı savaş gemilerinin de karasularını terk etmesini istemek ve bayrak devletinden diplomatik yollarla zararın tazminini talep etmek dışında bir seçeneği bulunmamaktadır.

Ayrıca kıyı devletinin karasularında seyreden yabancı gemiler BMDHS'nin XII. kısmında yer alan deniz çevresinin korunmasına ilişkin genel yükümlülüklerle tabi olmaya devam etmektedir. Dolayısıyla yabancı geminin karasularında neden olduğu kirlilik, bayrak devletinin uluslararası sorumluluğuna da neden olacaktır. Yine milletlerarası seyrüsefer için kullanılan boğazlardan transit geçiş yapan bir gemi, kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesi ile ilgili uluslararası hukuk düzenlemelerine uygun davranma yükümlülüğü altındadır.³⁶ Ayrıca milletlerarası seyrüsefer için kullanılan boğazlardan geçen yabancı gemiler, kıyı devletinin gemi kaynaklı kirliliğin önlenmesine ilişkin uluslararası hukuka uygun ulusal hukuk düzenlemelerine aykırı davranması ve boğazlardaki deniz çevresine esaslı zarar vermesi ya da zarar tehdidi

³³ Aydoğan M. Özman, "Ege Karasuları Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, LXIII/3-4 (1988), s. 173-182; Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi*, 4. Bası, Beta, İstanbul, 1996, s. 97-109; Hüseyin Pazarıcı, "Ege Denizindeki Türk-Yunan Sorunlarının Hukuki Yönü", *Türk Yunan Uyuşmazlığı* (Semih Vaner), Metis, İstanbul, 1990, s. 114.

³⁴ BMDHS, md. 19/2(h)

³⁵ BMDHS, md. 21/2

³⁶ BMDHS md. 39/2(b)

oluşmasına neden olması halinde, kıyı devletinin cebri icra yetkisi olacaktır.³⁷ Özetle milletlerarası seyrüsefere açık boğazlarda hem kıyı devletinin hem bayrak devletinin deniz çevresinin korunmasına ilişkin uluslararası hukuk kurallarına işlerlik kazandırmasını gerektirmektedir. Gemi kaynaklı kirliliğe ilişkin bu hukuki çerçeveyi tamamlayan uluslararası hukuk kurallarından kasıt, elbette varsa deniz çevresinin korunmasına ilişkin bölgesel andlaşma rejimleri ve Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) gibi örgütlerin özel nitelikte düzenlemelerdir.³⁸

Karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren kıyı devletinin canlı ve mineral kaynaklar üzerinde egemen haklara ve deniz çevresinin korunması ve muhafazasına ilişkin olarak yargı yetkisine sahip olduğu alan olarak tanımlanabilecek MEB,³⁹ kıyı devleti tarafından BMDHS'e uygun olarak ilan edilmelidir. Özellikle karşılıklı veya yan yana kıyıları olan devletler bakımından Sözleşme'ye uygun olarak belirlenmiş bir MEB olmadığı sürece, karasularının ötesindeki deniz alanı açık deniz rejimine tabi olacaktır.⁴⁰ Dolayısıyla kural olarak MEB'de seyreden yabancı gemiler, bayrak devletinin yargı yetkisine tabi olmakla beraber, deniz çevresinin korunması, kıyı devletinin MEB içerisinde münhasır yetkisine giren konulardan biridir ve bu alanda kıyı devleti uluslararası hukuk kuralları ve standartlarına uygun ulusal hukuk düzenlemeleri kabul edebilir.⁴¹ Bu noktada kıyı devleti, söz konusu uluslararası hukuk rejiminin öngördüğü koruma tedbirlerinden daha sıkı tedbirlerini, ilgili bölgesel organizasyonlar aracılığıyla ve BMDHS'nin 211/6. maddesi hükmünde belirlenen usulü takip etmek suretiyle alabilir.⁴²

Ancak yabancı geminin kıyı devleti MEB'i içerisinde çöp boşaltması Sözleşme'ye aykırı olup, böyle bir fiil kıyı devletinin cebri icra yetkisini devreye sokacaktır.⁴³ Yabancı geminin

³⁷ BMDHS md. 233

³⁸ Bu düzenlemelere, Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) tarafından kabul edilen Denizlerin Gemiler Tarafından Kirlenmesinin Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme (MARPOL 73/78) veya Barcelona Sözleşmesi'ne Ek Akdeniz'de Gemilerden ve Uçaklardan Boşaltma veya Denizde Yakmadan Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesi ve Ortadan Kaldırılması Protokolü (Dumping Protokolü) örnek gösterilebilir. Türkiye, MARPOL 73/78'e 3.5.1990 tarih ve 90/442 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile taraf olmuş (Resmi Gazete Tarih: 24.06.1990, Sayı: 20558); Dumping Protokolü'ne 7.12.1980 tarih ve 8/2067 Sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile taraf olmuştur (Resmi Gazete Tarih: 12.06.1981, Sayı: 17368)

³⁹ BMDHS, md. 56 ve 57

⁴⁰ Kıyı devletinin karasularının ötesinde MEB alanı bulunmamakla beraber, kıta sahanlığı olması halinde, kıta sahanlığını oluşturan coğrafi unsurlar üzerindeki su kolonu, açık deniz rejimine tabi olacaktır. Robin Churchill, Vaughan Lowe ve Amy Sanders, *The Law of the Sea*, 4th Edition, Manchester University Press, 2022, s. 296

⁴¹ BMDHS md. 211/5.

⁴² BMDHS'İN 211/6. maddesi hükmüne göre, "(a)... milletlerarası kural ve standartların özel şartları karşılama yetersiz kaldığı ve kıyı devletlerinin, MEB'lerinin belirli, açıkça tanımlanan bir sahasının, gemilerden kaynaklanan kirliliğin önlenmesi için özel zorlayıcı tedbirlerin alınmasını oşinografik ve ekolojik bakımından olduğu kadar kaynakların kullanılması veya korunması ve (deniz) trafiğinin özel karakteri bakımından kabul edilmiş olan teknik sebeplerle de gerekli olduğu hususunda makul sebepleri olması halinde, kıyı devletleri yetkili milletlerarası teşkilat vasıtasıyla diğer ilgili herhangi bir devletle yaptıkları istişarelerden sonra, o saha bakımından sözü geçen teşkilata bir bildirim göndererek, görüşünü destekleyen bilimsel ve teknik kanıtları ve kabul tesisleri ile ilgili gerekli bilgileri verebilir. Bu bilgiyi almasından itibaren on-iki ay içerisinde teşkilat, o sahadaki şartların yukarıda belirtilen gereklerle tekabül edip etmediğini karara bağlar. Eğer teşkilat, olumlu bir sonuca varırsa, kıyı devleti, o saha içinde gemilerden kaynaklanan kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesi için teşkilat vasıtasıyla özel sahalara için uygulanan bu gibi milletlerarası kuralları ve standartları veya seyrüsefer pratiklerini hayata geçirecek kanunlar ve düzenlemeler yapabilir. Bu kanun ve düzenlemeler, bildirim teşkilata sunulmasından sonra 15 ay geçinceye kadar yabancı gemilere uygulanmayacaktır".

⁴³ BMDHS md. 210/5 ve 216/1(a)

limana kendi isteğiyle gelmesi halinde yargı yetkisinin kullanılmasında herhangi bir zorluk olmayacaktır. Ancak kıyı devletinin MEB'e ait deniz çevresinde, ilgili uluslararası hukuk standartlarına uygun olan ulusal düzenlemelerine aykırı olarak kirliliğe neden olan gemi, halen karasularında ya da MEB'de seyrediyorsa ve limana girmezse, kıyı devletinin bu gemi hakkında atabileceği ilk adım bilgi istemektir.⁴⁴ Gemiye çıkararak denetim yapılması, ancak deniz çevresinin önemli kirliliğine ya da kirlilik tehdidine ilişkin açık gerekçeler varsa ve kirliliğe neden olan gemi bilgi vermeyi reddederse, verdiği bilgi fiili duruma uymazsa ya da somut olayın şartları gerektiriyorsa mümkündür.⁴⁵ Söz konusu kirliliğin, kıyı devletinin MEB'i ya da karasularında, büyük zarara ya da büyük zarar tehdidinde neden olduğuna yönelik açık objektif kanıtlar varsa, kıyı devletinin ulusal hukukuna uygun bir adli süreci başlatması mümkündür.⁴⁶ Ancak BMDHS'nin temel felsefesi seyrüsefer serbestisinin mümkün olduğunca kısıtlanmaması olduğundan, kirliliğin önlenmesine ilişkin uluslararası kural ve standartları ihlal eden geminin terminat yatırılması halinde serbest bırakılması gerekmektedir.⁴⁷

Kıta sahanlığı, kıyı devletinin suyun altında, kıta uzantısının en dış sınırına kadar, kara ülkesinin doğal uzantısı boyunca uzanan deniz yatağı ve toprak altını kapsamakta ve sınırlandırılmasına ilişkin hususlar BMDHS'nin 76. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre coğrafi kıta uzantısı, esas hatlardan itibaren 200 milden daha az olan devletler için 200 mil ve 200 ilden geniş devletler için azami 350 mil veya 2500 metrelik derinliğin başladığı hattan itibaren 100 deniz miline kadar olan alan kıta sahanlığı hukuki rejimine tabidir.⁴⁸ Kıyı devletinin kıta sahanlığının *ipso facto* varlığı kabul edilir ve bu alanda bulunan canlı ve cansız kaynakların çıkarılması ve işletilmesi konusunda egemen hakları bulunmaktadır.⁴⁹ Kıta sahanlığı, özellikle deniz altı dağları, hidro-termal bacalar, soğuk su derin deniz ve soğuk su mercanları gibi zengin deniz ekosistemlerine ev sahipliği yapması nedeniyle deniz çevresinin korunmasına ilişkin olarak önem arz etmektedir. Dolayısıyla devletlerin kıta sahanlığında öncelikle doğal kaynakların ve sedanter türlere ait canlı organizmaların korunması için ulusal hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapma hakkı bulunmaktadır.⁵⁰ Aynı zamanda kıyı devletinin kıta sahanlığı faaliyetlerinden kaynaklanan deniz çevresi kirliliğini önlemek için gerekli olan ve en az uluslararası anlaşma ve standartların etkinliğinde hukuki tedbirler alma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁵¹ Ancak kıta sahanlığının su kolonunda üçüncü devletlerin seyrü sefer serbestisinin ve su altı kablo ve boru döşeme yetkilerinin bulunduğu ve söz konusu hukuki düzenlemeler çerçevesinde alınacak tedbirlerin, BMDHS'nin 78 ve 79. madde hükümlerine haneler getirmemesi gerektiğini

⁴⁴ BMDHS md. 220/3

⁴⁵ BMDHS md. 220/5

⁴⁶ BMDHS, md. 220/6

⁴⁷ BMDHS md. 220/7 ve 228/1

⁴⁸ BMDHS md. 76/4,5,6,

⁴⁹ BMDHS md. 77(1)

⁵⁰ BMDHS md. 77

⁵¹ BMDHS md. 208.

unutmamak gerekir.⁵² Elbette 194. maddede yer alan uluslararası toplumun deniz çevresini korumaya ilişkin yükümlülüğü bayrak devletleri için devam etmektedir.

BMDHS'nin kıyı devletinin deniz çevresinin korunmasına ilişkin hak ve yükümlülüklerini deniz yetki alanları bağlamında şekillendirdiği ve herhalde geçerli diğer uluslararası hukuk kurallarına atıf yaptığı söylenebilir. Bu bağlamda kıyı devleti karasularında deniz koruma alanları ilan edebilecek ve yabancı gemilerin zararsız geçiş hakkına ilişkin hukuki rejim ile bağdaştığı ölçüde ulusal hukukunu icra edebilecektir. Kıyı devletinin MEB ve kıta sahanlığında deniz koruma alanı kurması uluslararası hukuk bakımından mümkün olmakla beraber, bu alanda alabileceği koruma tedbirlerinin, üçüncü devletlerin başta seyrüsefer serbestisi olmak üzere Sözleşmeden kaynaklanan haklarına hâle getirmemesi gerekmektedir. Böyle bir durumda kıyı devleti, üçüncü devletleri etkileyebilecek türden koruma tedbirleri konusunda diğer devletlerle danışma süreci yürütmeli ve varsa ikili ve bölgesel anlaşma rejimlerinin müzakere kanallarını ve öngördüğü usulleri kullanmalıdır.

Ulusal yargı yetkisinin ötesindeki alan, bir başka deyişle açık denizde hâkim hukuki rejim bütün devletler için serbestlik ilkesidir. Bu ilke, seyrüsefer serbestisi başta olmak üzere, canlı kaynakların avlanması, hava ulaşımı, denizaltı kablo ve boru döşenmesi, suni ada ve tesislerin inşası, bilimsel araştırma gibi serbestileri içerir.⁵³ Açık denizde hiçbir devlet egemenlik iddiasında bulunamayacağı için bu alanda devletlerin deniz koruma alanı ilan ederek koruma tedbiri uygulamasının hukuki temeli yine bir anlaşma rejimi olmalıdır. Ancak böyle bir anlaşma da teamül niteliği kazanmadığı sürece sadece taraflar için hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Sözleşme'nin XII. Kısımında yer alan deniz çevresinin korunmasına ilişkin hukuki düzenlemeler kabul etme yükümlülüğünün bütün uluslararası topluma yönelik olduğu dikkate alındığında, açık deniz serbestilerinin sınırını da bu yükümlülüğün çizdiğini söylemek gerekir.⁵⁴ 194. maddede yer alan, teamül niteliği de taşıyan, deniz çevresinin kirlenmesini önleme, kirliliği azaltma ve kontrol altına almak amacıyla tedbir alma yükümlülüğü,⁵⁵ tüketilmiş, tehdit altında veya tehlikede canlı türlerinin korunması için gerekli olduğunda deniz koruma alanları

⁵² BMDHS'nin 78. maddesi hükmüne göre, "...(2) Kıyı devletinin kıta sahanlığı üzerindeki haklarının kullanılmasında, seyrüsefer ve diğer devletlerin bu Sözleşmede öngörülen diğer hak ve hürriyetlerini ihlal etmemeli veya bunlara haksız bir müdahale sonucunu doğurmamalıdır". 79. madde hükmüne göre, "(1) Bütün devletler, kıta sahanlığı üzerinde bu madde hükmüne uygun şekilde sualtı kabloları ve boru hatları döşemeye yetkilidir; (2) Kıta sahanlığının araştırılması, kaynaklarının işletilmesi ve boru hatlarından ileri gelen kirlenmenin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesi hususunda makul tedbirleri alma hakkı saklı kalmak üzere, kıyı devleti bu gibi kablo veya boru hatlarının döşenmesi veya bakımını engelleyemez; (3) Kıta sahanlığı üzerinde boru hatlarını döşemek için izlenecek güzergahın tayini kıyı devletinin rızasına tabidir; (4) Bu kısımdaki hiçbir hüküm, kıyı devletinin, ülkesine veya kara sularına giren kablolar veya petrol borularına uygulanacak şartları tespit etme hakkına; ve kendi kıta sahanlığının araştırılmasına veya kaynaklarının işletilmesi veya yetkisi altındaki suni adaların, tesis veya yapılarla ilişkin olarak tesis edilen veya kullanılan kablo ve petrol boruları üzerindeki yargı yetkisini etkilemez; (5) Sualtı kabloları veya petrol boruları döşerken, devletler daha önceden mevcut olan kabloları ve petrol borularını göz önünde bulunduracaklardır. Devletler özellikle, bunların tamir imkanına hâle getirmeyecektir".

⁵³ BMDHS md. 87

⁵⁴ Anna Von Rebay, *The Designation of Marine Protected Areas: A Legal Obligation*, Springer, 2023, s. 212

⁵⁵ BMDHS hükümlerine en olarak, deniz çevresinde kirliliğe neden olacak faaliyetlerin önlenmesine ilişkin pek çok bölgesel sözleşme bulunmaktadır. Deniz çevresinin kirlenmesinin önlenmesine ilişkin teamül kuralının varlığı konusunda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Alan E Boyle, "Land-Based Sources of Marine Pollution: Current Legal Regime", *Marine Policy*, 16/1 (1992) s. 25; J. Ashley Roach, "Today's Customary International Law of the Sea", *Ocean Development & International Law*, 45/3 (2014), s. 239.

kurmayı da içerebilir.⁵⁶ Ancak bu halde de devletlerin danışma ve işbirliği yükümlülüğü çerçevesinde süreci yürütmesi gerekmektedir. Herhalde açık denizde gemiler bayrak devletinin yargı yetkisi altındadır. Yani açık denizde bir deniz koruma alanı ilan edilmesi durumunda da, koruma tedbirlerine aykırı davranan geminin bayrak devletinin uluslararası sorumluluğu doğacak ve yargı yetkisi, aksi kararlaştırılmadıysa bayrak devletinin olacaktır.⁵⁷

Türkiye'nin, Karasuları mevzuatı gereği, Karadeniz ve Akdeniz'de 12 mil ve Ege Denizinde 6 mil mesafe içerisinde deniz çevresinin korunmasına ilişkin olarak, uluslararası hukuk kurallarına ve standartlarına uygun olduğu ölçüde ilgili mevzuatının uygulanmasına yönelik olarak yargı yetkisinin bulunduğu söylenebilir. Aynı husus, MEB ilan edilmiş olan ve Bükreş Sözleşmesi ile deniz çevresinin korunmasına ilişkin hukuki rejimi belirlenen Karadeniz için de geçerlidir. Bu durumda, karasularında, yabancı gemilerin zararsız geçiş hakkına halel getirmesizin ve Karadeniz'de MEB alanında, uluslararası yükümlülüklerine uygun olmak kaydıyla deniz koruma alanları kurması mümkündür. BMDHS'de açık denizde deniz koruma alanı kurulmasına engel olan bir hüküm bulunmamakla birlikte, tehdit altında veya tehlikede canlı türlerinin korunması için gerekli olduğunda, kıyıdaş diğer devletler ile danışma ve işbirliği yükümlülüğü çerçevesinde, Ege Denizi ve Akdeniz'de karasularının ötesinde deniz koruma alanları kurulması mümkündür.⁵⁸ Ancak BMDHS'nin deniz çevresinin korunmasına ilişkin ortaya koyduğu genel hükümler, ikili ya da bölgesel anlaşma rejimlerinin ortaya koyduğu özel hükümler (*lex specialis*) ile işlerlik ve esneklik kazanmaktadır.⁵⁹ Türkiye açısından, özellikle karasularının ötesindeki alanlarda kurulacak deniz koruma alanları söz konusu olduğunda aşağıda inceleneceği üzere, Barselona Sözleşmesi'ne Ek SPA/BD Protokolü hükümleri, hem bölgesel hem özel hüküm niteliğindedir ve BMDHS'nin çizdiği hukuki çerçeveyi detaylandırmaktadır.

B. BARSELONA SÖZLEŞMESİNE EK AKDENİZ'E ÖZEL KORUMA ALANLARI VE BİYOLOJİK ÇEŞİTLİLİĞE İLİŞKİN PROTOKOL HÜKÜMLERİ

Akdeniz'e kıyıdaş yirmi bir devlet ve AB'nin taraf olduğu Barselona Sözleşmesi, BM Çevre Programı (UNEP) tarafından 1974 yılında başlatılan bölgesel denizler programı çerçevesinde kabul edilen Akdeniz Eylem Planı'nın (MAP) ilk somut sonucudur. 1976 yılında *Akdeniz'in Kirliliğe Karşı Korunması Sözleşmesi* adıyla Barselona şehrinde kabul edilen Sözleşme, 1978'de yürürlüğe girmiştir.⁶⁰ Aynı sene Türkiye de Sözleşme'yi imzalamış ve 1981'de

⁵⁶ BMDHS, md. 194/5

⁵⁷ BMDHS, md. 92

⁵⁸ BMDHS, md. 194/5

⁵⁹ Aynı yönde, Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, 3th Edition, Cambridge, 2019, s. 291; Rebay, *The Designation of Marine Protected Areas*, s. 149; Lan Ngoc Nguyen, "Jurisdiction and Applicable Law in the Settlement of Marine Environmental Disputes under UNCLOS", *The Korean Journal of International and Comparative Law*, 9 (2021), s. 341; Chie Kojima, "South China Sea Arbitration and the Protection of the Marine Environment: Evolution of UNCLOS Part xii Through Interpretation and the Duty to Cooperate", *Asian Yearbook of International Law*, 21 (2015), s. 167.

⁶⁰ Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunmasına Ait Sözleşme Sözleşme 16.02.1976'da İspanya'nın Barselona şehrinde imzalanmış ve 12.02.1978'de Depoziter Devlet İspanya'ya tevdi edilmek suretiyle yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Sözleşme'yi 16.02.1976'da imzalamış ve 7.12.1980 tarih ve 8/2067 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylamıştır (Resmi Gazete Tarih:12.06.1981, Sayı: 17368). Sözleşme'nin 1976 yılı versiyonunun Türkçe metni Kültür

onaylamıştır. 1982 yılında yürürlüğe giren Sözleşme'ye Ek Akdeniz Özel Koruma Alanları Protokolü'nü Türkiye 1986'da onaylamıştır.⁶¹ 1992 yılında gerçekleşen Rio Zirvesi sonrasında sürdürülebilir kalkınma önceliklerini dikkate alarak taraflarca güncellenen ve *Akdeniz'in Deniz Ortamı ve Kıyı Bölgesinin Korunması Sözleşmesi* adını alan Barcelona Sözleşmesi'ni Türkiye 2002 yılında onaylanmıştır.⁶²

Akdeniz Eylem Planı, deniz kirliliğinin kontrolü, önlenmesi ve azaltılması konusunda kıyı devletlerinin iş birliğine dayalı bir karar alma mekanizması öngörmekle birlikte, 1995'ten itibaren, koruma ve kalkınma arasındaki ilişkiyi vurgulayan bir bakış açısıyla tekrar ele alınmıştır.⁶³ Doğal kaynakların sürdürülebilir yönetimi, bölgesel kalkınma, deniz çevresi ve kıyı alanlarının korunmasına yönelik ortak ekolojik, kültürel ve ekonomik menfaatleri, bütüncül bir bakış açısıyla ele alan Akdeniz Eylem Planı'nın bu ikinci aşaması, Barcelona Sözleşmesi ve ona Ek Protokollerin de bu menfaatler doğrultusunda güncellenmesini gerektirmiştir. Bu amaçla 1995'te güncellenen *Akdeniz Özel Koruma Alanları Protokolü*'nün ismi, *Akdeniz'de Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitlilik Protokolü* olarak değiştirilmiş; değiştirilen Protokol'ü Türkiye 2002'de onaylamıştır.⁶⁴ Protokol'ün özel koruma alanlarının kurulması, korunması ve yönetilmesine ilişkin olarak getirdiği en önemli yenilik, deniz ve kıyı biyolojik çeşitliliğinin *in situ* korunması ve "Akdeniz'de Önemi Haiz Özel Koruma Alanları" (*Specially Protected Areas of Mediterranean Importance-SPAMI*) listesinin oluşturulmasına yönelik hükümler içermesidir. Protokol'e getirilen Ek metinlerde, deniz ve kıyı koruma alanlarının belirlenmesi için başvurulacak kriterler, tehlike ve tehdit altındaki türler ve yararlanılması belirli koşullara bağlanan türler tespit edilmiştir. Bu ekler, düzenli olarak taraf devletler toplantılarında güncellenmektedir. Söz konusu Protokol'ün uygulanmasında devletlere teknik ve bilimsel konularda destek olmak üzere, Tunus devleti ve UNEP arasında yapılan anlaşmaya dayalı olarak

ve Turizm Bakanlığı web sayfasında yer almaktadır, <https://teftis.ktb.gov.tr/TR-263670/akdenizin-kirlenmeye-karsi-korunmasına-ait-sozlesme.html> (erişim: 15.07.2024). Barcelona Sözleşmesi'ne Ek altı Protokol'ün dört tanesine Türkiye taraftır. Türkiye'nin taraf olduğu bu Protokoller, Akdeniz'de Gemilerden ve Uçaklardan Boşaltma veya Denizde Yakmadan Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesi ve Ortadan Kaldırılması Protokolü (Damping Protokolü), Akdeniz'de Tehlikeli Atıkların Sınırötesi Hareketleri ve Bertarafından Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesi Protokolü (Tehlikeli Atıklar Protokolü), Akdeniz'in Kara Kökenli Kaynaklardan ve Faaliyetlerinden Dolayı Kirlenmeye Karşı Korunması Protokolü (Kara Kökenli Kirlilik Protokolü), Olağanüstü Hallerde Akdeniz'in Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Yapılacak Mücadele ve İşbirliğine Ait Protokol (Acil Durumlar Protokolü), Akdeniz'de Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitliliğe İlişkin Protokol (Özel Koruma Alanları Protokolü). Sözleşme ve Ek Protokollere taraf devletler ve onay durumlarına ilişkin bilgi için bkz. <https://www.unep.org/unepmap/who-we-are/barcelona-convention-and-protocols> (erişim: 15.07.2024)

⁶¹ Türkiye, Barcelona Sözleşmesi'ne Ek 1986 tarihli Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitliliğe İlişkin Protokol'e, de taraf olduğu 16 Şubat 1976 tarihli Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunmasına Ait Sözleşme uyarınca hazırlanmış "... bu Protokolün mevcut veya ileride değiştirilebilecek hiçbir hükmü, Türkiye'nin yarı kapalı denizlerde varolan hak ve çıkarlarını zedeleyecek ve uluslararası teamüli hukuktan kaynaklanan 'Zararsız Geçiş' hakkını kısıtlayacak manada kabul edilemez ve yorumlanamaz" ihtirazi kaydı ile birlikte, Dışişleri Bakanlığının 7.10.1988 Tarih ve 88/13151 Sayılı kararı ile katılmıştır (Resmi Gazete Tarihi: 23.10.1998 Sayı: 19968).

⁶² Barcelona Sözleşmesi'nin güncellenmiş metni Türkiye tarafından, 22 Temmuz 2002 tarih ve 2002/4545 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylamıştır (Resmi Gazete Tarih: 22.08.2002, Sayı: 24854)

⁶³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nesrin Algan, "Akdeniz Eylem Planı, Sürdürülebilir Kalkınma ve Türkiye", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 17/1-2 (2011), s. 37-54.

⁶⁴ Türkiye, Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitliliğe İlişkin Protokolü'nün (buradan sonra "Özel Koruma Alanları Protokolü" olarak anılacaktır) güncellenmiş metnini, 22.07.2002 tarih ve 2002/4545 Sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylamıştır (Resmi Gazete Tarih: 22.08.2002, Sayı: 24854).

ve Tunus ev sahipliğinde Özel Koruma Alanları Bölgesel Faaliyet Merkezi (SPA/RAC) kurulmuştur.⁶⁵

Öncelikle bir deniz alanının, SPAMI olarak belirlenmesindeki temel gaye, doğal mirasın korunmasıdır. Bunun yanı sıra, koruma amacıyla uyumlu olduğu sürece kültürel mirasın tanıtılması, bilimsel araştırma, eğitim amaçlarına yönelik alan belirlemesi de yapılabilir. Ancak Protokol ve ekleri çerçevesinde, SPAMI olarak belirlenecek alanda, taraf devletlerin ekonomik ya da siyasi menfaatlerinin önceliklendirilmesi mümkün değildir. Bununla beraber, sınırışan koruma tedbirleri söz konusu olduğunda devletler, ekolojik endişelerden ziyade, ekonomik ve siyasi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde birbirleri ile iş birliği yapmaya eğilimli oldukları da bir gerçektir.⁶⁶

Özel Koruma Alanları Protokolü'ne göre koruma altına alınacak alanda, Akdeniz bölgesine özel, nadir ekosistem ya da habitat veyahut endemik türlerin, benzersizlik, temsil edebilirlik, çeşitlilik, doğallık, tehlike altında olma veya endemik olma, kültürel olarak temsil edebilirlik özellikleri değerlendirilmelidir.⁶⁷ Bu özelliklerin öncelikle değerlendirilmesinin ardından, ekolojik, biyolojik bozulmaya neden olan muhtemel tehditlerin varlığı, bölgenin estetik veya kültürel değeri, kamuoyunun, kamusal organların, sivil toplum kuruluşlarının, alanda yer alan bilimsel toplulukların ve özellikle yerel toplulukların katılımıyla oluşmuş ilgili bölgeyi temsil eden bir organın varlığı, SPAMI ilanını sağlayacak diğer unsurlar olacaktır. Son olarak, bütün bu unsurları dikkate alan bir yönetim planının hazırlanmış olması gerekmektedir.⁶⁸

Bu özellikleri haiz deniz alanının, bir devletin karasuları veya münhasır ekonomik bölgesi içinde kaldığı ihtimalde, bütün bu değerlendirme ve hazırlıklar ilgili taraf devlet makamlarınca gerçekleştirilecektir. İlgili devlet kendi ulusal hukuku çerçevesinde, ilgili alanın uzun dönem ve etkili şekilde korunmasını sağlayacak hukuki statüyü kazandırmış olmalıdır ki Türk hukukunda bu statü, aşağıda daha detaylı incelenecek olan ÖÇKB statüsü olacaktır. Daha sonra ilgili devlet, bahsi geçen değerlendirme ve hazırlıklarını içeren SPAMI teklifini taraf devletler toplantısında görüşülmek üzere Sekreteryaya 'ya sunulacaktır. Bu süreçte elbette UNEP mekanizmalarından ve bu konuda uzman bölgesel faaliyet merkezi olan SPA/RAC'tan teknik ve bilimsel konularda destek almak mümkündür.

Söz konusu deniz alanının, kısmen ya da tamamen açık denizde veya deniz yetki alanlarının tanımlanmamış olduğu bir alanda kalması halinde, bütün bu hazırlık işlemlerinin, yönetim planlarının, alınması planlanan önlemlerin, alanın hukuki statüsünün tanımlanmasına ilişkin bütün süreçlerin kıyıdaş devletlerce birlikte gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁶⁹ Eğer SPAMI listesine dahil edilmesi planlanan alan, bir devletin deniz yetki alanı içinde kalmakla

⁶⁵ Specially Protected Areas Regional Activity Centre (SPA/RAC) <https://www.rac-spa.org/background>

⁶⁶ Peter Charles Mackelworth vd., "Geopolitics and Marine Conservation: Synergies and Conflicts", *Frontiers in Marine Science*, 6 (2019), s. 759, s. 10

⁶⁷ Özel Koruma Alanları Protokolü md. 8

⁶⁸ Protokol, düzenli aralıklarla taraf devletler toplantılarında güncellenen üç adet ek içermektedir. Bunlar, "Ek I: SPAMI listesine dahil edilecek korunan deniz ve kıyı alanlarının seçiminde başvurulacak ortak kriterler"; Ek II: Tehlike ve tehdit altındaki türler listesi; Ek III: Faydalanılması (avlanması) düzenlenen türler listesidir. <https://spa-rac.org/en/6/spa-bd-protocol> (erişim: 15.07.2024)

⁶⁹ Özel Koruma Alanları Protokolü, md. 5 ve Ek I

beraber, başka devletin deniz yetki alanına bitişik ise, bu durumda diğer devlet ile özellikle yönetim planlarının ve muhtemel koruyucu tedbirlerin uyumlu olması için işbirliği içinde hareket etmek üzere çaba göstermelidir.⁷⁰

İlgili devlet ya da devletlerce hazırlanan yönetim planlarının temel amacı, kısa ve uzun vadede, özellikle söz konusu alana yönelmiş tehditleri dikkate alan koruma ve muhafaza korumanın sağlanması olmalıdır. Yönetim planlarının, ilgili alanın çevresel durumunun takibini, alınan tedbirlerin işlevselliğinin değerlendirilmesini sağlayacak izleme programı içermelidir. Koruma, planlama ve yönetim tedbirleri, söz konusu alanı karakterize eden, doğal unsurları ile sosyo-ekonomik ve kültürel faktörleri içeren detaylı verileri, ulaşılamayan verilerin elde edilmesine yönelik bir programı içermelidir. Yönetim ve koruma tedbirlerinden sorumlu olan, uygulama, önleme ve kontrol etme yetkileri olan, yeterli teknik ve personel kapasitesini haiz makam ve bu makamın yetkileri mutlaka tanımlanmalıdır.⁷¹

SPAMI alanlarının en önemli güvencesini etkin koruma tedbirleri içeren yönetim planları oluşturmaktadır. Dolayısıyla, SPAMI teklifinde bulunan devlet ya da devletlerin yönetim planlarının ve koruyucu tedbirlerin etkin şekilde uygulanmasını güvence altına alan, hukuki düzenlemeleri olmalıdır. Bu hukuki düzenlemeler, aşağıdaki hususları içermelidir:

- a) söz konusu alanın bütünlüğünü doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyecek atık ya da diğer maddelerin boşaltılmasını ya da bırakılmasını engellenmesi;
- b) söz konusu alana türlerin girişinin ya da yeniden girişinin sağlanması;
- c) söz konusu alanın koruma statüsünü tehdit edecek, türlere zarar verecek ya da alanın, doğal, kültürel ya da estetik özelliklerini etkileyebilecek, faaliyetlerin düzenlenmesi;
- d) söz konusu alanı çevreleyen deniz ya da kıyı alanlarında uygulanacak düzenlemeleri.⁷²

Bütün bu hususları içeren yönetim planı, ilgili alanın SPAMI listesine dahil edilmesini müteakip, derhal uygulamaya geçirilmeli ve sonraki üç yıl içerisinde ayrıntılı yönetim bir planı Sekreteryaya 'ya sunulmalıdır. Aksi halde alanın SPAMI statüsü kaldırılacaktır.

Protokol'e taraf olan devletlerin bir SPAMI teklifinde bulunabilmesi için bütün bu gerekliliklere uygun hukuki, kurumsal ve teknik kapasiteyi temin etmiş olmaları gerekmektedir. Aksi halde teklif taraf devletler toplantısında kabul edilmeyecek ya da bu gerekliliklerin karşılanmadığı noktada SPAMI statüsü kaldırılacaktır.

III. TÜRKİYE'DE DENİZ KORUMA ALANLARINA İLİŞKİN HUKUKİ ÇERÇEVE VE UYGULAMA

A. ULUSAL HUKUK DÜZENLEMELERİ

Türk hukukunda deniz çevresinin korunmasına ilişkin ayrı bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Türk hukukunda hiyerarşik olarak en üst seviyede olan Anayasa'nın, sosyal ve

⁷⁰ Özel Koruma Alanları Protokolü, md. 5/2 ve 5/3

⁷¹ Özel Koruma Alanları Protokolü Ek I

⁷² ibid

ekonomik hak ve ödevler bölümü altında yer alan 43. maddesi hükmüne göre, kıyılar Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada kamu yararının öncelikle gözetilmesi gerekmektedir. Aynı hükme göre, kıyı ve sahil şeritlerinin kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartları kanunla düzenlenecektir. Kıyıların hukuki statüsü Kıyı Kanunu ile düzenlenmekle birlikte,⁷³ deniz çevresinin korunması ve sürdürülebilir kullanımına ilişkin kanuni düzenleme yapma zorunluluğu Anayasa’da yer almamaktadır. Çevresel haklara ilişkin olarak Anayasa, aynı bölüm altında 56. madde hükmünde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını düzenlemekte ve hem Devlete hem vatandaşlara çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek yükümlülüğü yüklemektedir. Bununla birlikte, aynı bölüm altındaki 43. madde ile birlikte yorumlandığında bu hükmün, kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olmasından ve kamu yararının öncelikle gözetilmesi zorunluluğundan hareketle, öncelikle devlete bir yükümlülük yüklediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Aşağıda da inceleneceği üzere Türkiye, deniz çevresinin korunmasına ilişkin hükümler içeren hem bölgesel nitelikte hem de uluslararası nitelikte andlaşmalara taraftır. Bilindiği üzere, Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına göre, Türk hukukunda uluslararası andlaşmalar kanun değerindedir. Aynı hükme göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınması gerekmektedir. Ancak Anayasa sistematığında, sosyal ve ekonomik hak ve ödevler bölümü altında düzenlenen çevrenin korunmasına ilişkin hükümlere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlarla çatışması halinde yargı makamlarınca böyle sözleşmelerin sıradan kanunlar ile eşdeğer olarak yorumlanması olasıdır. Zira Anayasa’nın 90/5 hükmünde yer alan ve yargısal uygulamaları kolaylaştırma amacı taşıyan bu hükmün, yargı organlarınca yorumlanış biçimi yeknesak değildir.⁷⁴

Türk hukukunda deniz çevresinin korunmasına ilişkin temel kanuni düzenleme 1983 tarihli ve 2872 Sayılı Çevre Kanunu olarak kabul edilmektedir. Çevre Kanunu’na göre, deniz, yeraltı ve yerüstü su kaynaklarının ve su ürünleri istihsal alanlarının korunarak kullanılmasının sağlanması ve kirlenmeye karşı korunması esastır.⁷⁵ Kanunda, Çevre Kanunu hükümlerine aykırı davranan gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanacak idari yaptırımlara ilişkin hükmün devletin egemenliği altındaki deniz alanlarındaki, yargılama yetkisine tâbi olan deniz yetki alanlarında ve bunlarla bağlantılı sularda uygulanabileceği belirtilmektedir.⁷⁶ Bunlar dışında Çevre Kanunu’nda gemi ve kara kaynaklı deniz kirliliği, izin denetim usulleri ve yaptırımlara ilişkin hükümler bulunmakta, ancak deniz koruma alanlarına ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Çevrenin korunmasına ilişkin 9. madde hükmüne göre, doğal kaynakların ve varlıklarının korunması, kirliliğinin ve tahribatının önlenmesi ve kalitesinin iyileştirilmesi için gerekli

⁷³ 04.04.1990 Tarih ve 3621 Sayılı Kıyı Kanunu (Resmî Gazete: Tarih: 17.4.1990, Sayı: 20495).

⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Yasemin Semiz, “Anayasa Mahkemesi’nin Çevre Hakkı Perspektifi”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/2 (2014), s. 9-46; Işıl Özkan, Özkan Işıl, “Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkileri”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (2013), s. 2127-2176.

⁷⁵ 2872 Sayı ve 09.08.1983 Tarihli Çevre Kanunu (Resmî Gazete Tarih: 11.08.1983, Sayı: 18132), md. 9/h

⁷⁶ Çevre Kanunu md. 20(i)

idarî, hukukî ve teknik esaslar Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından belirlenmektedir.⁷⁷ Korunan alanlara dolaylı olarak atıf yapan aynı madde hükmüne göre, “*Biyolojik çeşitlilik ile bu çeşitliliği barındıran ekosistemlerin koruma ve kullanım esasları, yerel yönetimlerin, üniversitelerin, sivil toplum kuruluşlarının ve ilgili diğer kuruluşların görüşleri alınarak belirlenir*”.⁷⁸ Aynı maddede çevre düzeni planlarına yönelik olarak, “... *ulusal mevzuat ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınarak koruma statüsü kazandırılmış alanlar ve ekolojik değeri olan hassas alanların her tür ölçekteki plânlarda gösterilmesi zorunludur. Koruma statüsü kazandırılmış alanlar ve ekolojik değeri olan alanlar, plân kararı dışında kullanılamaz*” hükmü yer almaktadır. Çevre Kanunu’nda genel olarak koruma alanlarına doğrudan değinen hükme göre ise “*Ülke ve dünya ölçeğinde ekolojik önemi olan, çevre kirlenmeleri ve bozulmalarına duyarlı toprak ve su alanlarını, biyolojik çeşitliliğin, doğal kaynakların ve bunlarla ilgili kültürel kaynakların gelecek kuşaklara ulaşmasını emniyet altına almak üzere gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi amacıyla, Özel Çevre Koruma Bölgesi olarak tespit ve ilan etmeye, bu alanlarda uygulanacak koruma ve kullanma esasları ile plân ve projelerin hangi bakanlıkça hazırlanıp yürütüleceğini belirlemeye Cumhurbaşkanı yetkilidir.*”⁷⁹

1983’ten bu yana, taraf olunan uluslararası sözleşmelerin etkisiyle pek çok defa tadil edilen Çevre Kanunu’nda güncel olarak koruma alanlarının ilanına cumhurbaşkanı yetkili kılınmış olmakla beraber, Çevre Kanunu 1983 yılında yürürlüğe girdiğinde bir *Yüksek Çevre Kurulu* teşkil edilmesini öngörmekteydi. Yüksek Çevre Kurulu, esasında pek çok konuda olduğu gibi koruma alanı ilanına ilişkin hususların kurumlar arası koordinasyon gerektirdiğinden hareketle, Başbakan veya görevlendireceği ilgili Devlet Bakanının başkanlığında dönemin İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım, Ulaştırma, Tarım ve Orman, Sanayi ve Teknoloji, Enerji ve Tabii Kaynaklar, imar ve İskân, Köy işleri ve Kooperatifler bakanları ile Devlet Planlama Teşkilatı ve Başbakanlık Çevre müsteşarlarından oluşmaktaydı.⁸⁰ Kurul’un görevlerinden biri “*Kırsal ve kentsel alanda arazi kullanımı ilkeleri ile buna paralel olarak koruma alanları ve bu alanlarda uygulanacak kullanım esaslarını belirlemek*” olarak öngörülmüştü.⁸¹ Ancak 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5 inci maddesiyle Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin yürürlükten kaldırılmasıyla, Yüksek Çevre Kurulu da lağvedilmiştir.⁸²

Çevre Kanunu 1983 yılında yürürlüğe girdiğinde, çevrenin korunması başlıklı 9. maddede, koruma alanları ve bu alanlarda uygulanacak koruma ve kullanım esaslarının yönetmelelikle belirleneceği hükmü yer almakta idi. 1988 yılında Barselona Sözleşmesi’ne Ek Akdeniz’de Özel Koruma Alanlarına İlişkin Protokol’e taraf olunmasına ilişkin Dışişleri Bakanlığı’nın girişimi üzerine, Çevre Kanunu’nun 9. maddesinde değişiklik yapılarak, “*ülke ve dünya*

⁷⁷ Çevre Kanunu md. 9/g

⁷⁸ Çevre Kanunu md. 9/a

⁷⁹ Çevre Kanunu md 9/d

⁸⁰ Çevre Kanunu, mülga md. 4, <https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/cevre-kanunu-18132-2872> (erişim: 15.07.2024)

⁸¹ Çevre Kanunu mülga md. 5/e, <https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/cevre-kanunu-18132-2872> (erişim: 15.07.2024)

⁸² 02.07.2018 Tarih ve 703 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (Resmi Gazete Tarih: 09.07.2018, Sayı: 30473) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180709M3.pdf>

ölçeğinde ekolojik önemi olan, çevre kirlenmeleri ve bozulmalarına duyarlı alanları, tabii güzelliklerin ileriki nesillere ulaşmasını emniyet altına almak üzere gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi amacıyla, 'Özel Çevre Koruma Bölgesi' olarak tespit ve ilan etme" konusunda Bakanlar Kurulu yetkilendirilmiştir.⁸³ Aynı yılın sonunda Bakanlar Kurulu kararı ile Barcelona Sözleşmesi'ne Ek Akdeniz'de Özel Koruma Alanlarına İlişkin Protokol'üne taraf olunmasının hemen ardından, Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Kurulmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.⁸⁴ Yönetmeliğe göre, Özel Çevre Koruma Kurumu'nun (ÖÇKK) temel görevi, uluslararası koruma sözleşmeleri ve çevre mevzuatı da dikkate alınarak ilgili bölgede koruma ve kullanma esaslarını tespit etmek ve araştırma ve incelemeler yapmak ve yaptırmak, gerektiğinde tüm kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili dernekler ve milletlerarası kuruluşlarla işbirliği sağlamaktır.⁸⁵ Kuruluşunda Başbakanlık'a bağlı olan Kurum'un taşra teşkilatının oluşturulmasına ilişkin Yönetmelik 1990 yılında yürürlüğe girmiştir.⁸⁶ Ancak ÖÇKK'nın hukuki varlığı 2011 yılında çıkarılan bir Kanun Hükmünde Kararname ile sonlandırılmış ve yetkileri ÇŞİD Bakanlığı Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğü'ne devredilmiştir.⁸⁷

Esasında, Protokol hükümleri gereği, taraf devletlerin özel koruma alanları belirlenmesi ve bu alanların yönetiminde yerel makamlar, yerel nüfus, sivil toplum kuruluşları ve sosyo-ekonomik aktörler ile iş birliği içinde hareket etmesi gerekmektedir.⁸⁸ Zira böyle bir alanın belirlenmesinden ilk etkileyecek olanlar yerel halk ve yerel karar alma mekanizmalarıdır. Taraf devletlerin, koruma tedbirleri alırken, yerel halkların geleneksel geçimlerini ve kültürel faaliyetlerini dikkate almaları gerekmektedir.⁸⁹ Alan tespiti için en önemli kriterlerden biri de korunulan alanın, koruma amaçlarına aykırı olması muhtemel faaliyetleri önlemek ve/veya kontrol etmek için yeterli yetki, araç ve insan kaynağıyla donatılmış yönetim organ teşkilatının oluşturulmasıdır.⁹⁰ Bu açıdan bakıldığında özel koruma alanlarının kuruluşu ve yönetiminin, özellikle bu alanın denizel bağlantısı olduğu durumlarda, yerel bir organ tarafından takibi uluslararası taahhüdün gereğidir.⁹¹ Ancak ÖÇKK'nın kaldırılmasından önceki dönemde de, uluslararası sözleşmelerden, anayasadan ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 9. maddesinden aldığı yetkileri, kurumlararası yetki çatışması nedeniyle etkin olarak kullanamadığı gerekçesiyle eleştirildiği görülmektedir.⁹²

⁸³ 2872 Sayılı Çevre Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 03.03.1988 Tarih ve 3416 Sayılı Kanun (Resmî Gazete Tarih: 11.3.1988 ve Sayı: 19751)

⁸⁴ 19.10.1989 Tarih ve 383 Sayılı Bakanlar Kurulu Kanun Hükmünde Kararnamesi (KHK) (Resmî Gazete Tarih: 13/11/1989, Sayı: 203419)

⁸⁵ 19.10.1989 Tarih ve 383 Sayılı KHK, md. 1

⁸⁶ Başbakanlık Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Taşra Teşkilatının Görevleri, Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik (Resmî Gazete Tarih: 02.12.1990, Sayı: 20713)

⁸⁷ 08.08.2011 Tarih ve 648 Sayılı Bakanlar Kurulu KHK (Resmî Gazete Tarih: 17.08.2011, Sayı: 28028).

⁸⁸ Protokol, md. 3/2

⁸⁹ Protokol, md. 18

⁹⁰ Protokol, Ek I, https://www.rac-spa.org/sites/default/files/annex/annex_1_en.pdf (erişim: 15.07.2024)

⁹¹ Aynı yönde bkz. Bayram Coşkun ve Çiğdem Pank Yıldırım, "The Legal Ground of Special Environmental Protection Areas and The Latest Developments on This Issue", *Eurasian Academy of Sciences Eurasian Education & Literature Journal*, 12 (2020), s. 56

⁹² Zuhâl Önez, "Özel Çevre Koruma Bölgeleri Yönetim Sorunları Kapsamında: Pamukkale Özel Çevre Koruma Bölgesi", *Akademik İncelemeler*, 3/1 (2008), s. 55-73.

2012 yılında çıkarılan Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik ise günümüzde deniz koruma alanlarının tahsisini doğrudan düzenleyen tek hukuki düzenleme olarak varlığını sürdürmektedir. Yönetmelik, 2013, 2017, 2020, 2022 ve 2023 yıllarında değiştirilmiştir. Yönetmelikte deniz koruma alanlarına münhasır hükümler bulunmamakla birlikte, hem korunan alan ya da korunan değer niteliği hem de koruma derecesine ilişkin muhtelif sınıflandırmalar yer almaktadır. Kapsama ilişkin hükmüne göre Yönetmelik, korunan alanları, tabiat varlığı, doğal sit alanı, ÖÇKB, milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı, tabiatı koruma alanı ve sulak alanlar olarak sınıflandırmaktadır.⁹³ Bunun dışında, doğal sit alanlarını kesin korunacak hassas alanlar, nitelikli doğal koruma alanları ve sürdürülebilir koruma ve kontrollü kullanım alanları olarak sınıflandırmaktadır.⁹⁴ Diğer yandan Yönetmelik'in deniz alanlarına atıf yapan *korunan alan* tanımı, "*Biyolojik çeşitliliğin, doğal ve bununla ilişkili kültürel kaynakların korunması ve devamlılığının sağlanması amacıyla ilgili mevzuata göre yönetilen; milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtları, tabiatı koruma alanları, doğal sit alanları, sulak alanlar, özel çevre koruma bölgeleri ve benzeri koruma statüsü bulunan kara, su ya da deniz alanlarını*" içermektedir.⁹⁵ Bunlara ek olarak *korunma alanı* ise "*Taşınmaz tabiat varlıklarının muhafazaları veya tabii çevre içinde korunmalarında etkinlik taşıyan korunması zorunlu olan alan*" ifade etmektedir.⁹⁶ Bunlar dışında Yönetmelik'te Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Önem Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşme (Ramsar Sözleşmesi) gereği uluslararası önemi haiz sulak alanlar listesine dahil edilen sulak alanlar *Ramsar alanı* olarak adlandırılmaktadır.⁹⁷ Son olarak *tabiatı koruma alanı* ise "*bilim ve eğitim bakımından önem taşıyan nadir, tehlikeye maruz veya kaybolmaya yüz tutmuş ekosistemler, türler ve tabii olayların meydana getirdiği seçkin örnekleri ihtiva eden ve mutlak korunması gerekli olup sadece bilim ve eğitim amaçlarıyla kullanılmak üzere ayrılmış tabiat parçalarını*" ifade etmektedir.⁹⁸ Yönetmelik, deniz alanlarına atıf yapan ikinci alan olarak ÖÇKB'leri, "*Ülke ve dünya ölçeğinde ekolojik önemi haiz, çevre kirlenmeleri ve bozulmalarına duyarlı, biyolojik çeşitliliğin, doğal kaynakların ve bunlarla ilgili kültürel kaynak değerlerinin korunması ve sürdürülebilirliğinin sağlanması gerekli olan ve Cumhurbaşkanı Kararı ile ilan edilen kara, su ve deniz alanları*" olarak tanımlamaktadır.⁹⁹ Yönetmelik'te yer alan ve deniz alanlarını içine alabileceğinden bahsedilen *korunan alan* tanımının, ÖÇKB'leri kapsayıp kapsamadığı belirsizdir. Ayrıca bütün bu tanımlamaların birbiri ile ilişkilendirilmemiş olması, bunların birbiri ile çakışması ihtimalinde hangisine ilişkin yönetim planının önceliklendirileceği ya da yönetimden sorumlu kurumun hangisi olacağı sorularını cevapsız bırakmaktadır.

ÖÇKB'ler bakımından, yetkili temel birim, ÇŞİD Bakanlığı bünyesindeki Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğü olarak gösterilmekte; milli parklar, tabiat parkları, tabiat

⁹³ Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik (Resmî Gazete Tarih: 19.07.2012, Sayı: 28358), md. 2

⁹⁴ Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik, md. 6(2)

⁹⁵ Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik, md. 4(1), ö

⁹⁶ Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik, md. 4(1)p

⁹⁷ Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik, md. 4(1)t Türkiye, 28/12/1993 tarihli ve 3958 sayılı Uygun Bulma Kanunu Ramsar Sözleşmesi'ne taraf olmuştur (Resmî Gazete Tarih: 17.05.1994, Sayı: 21937).

⁹⁸ Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik, md. 4(1)z

⁹⁹ Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik, md. 4(1)ş

anıtları, tabiatı koruma alanları için tescil, onay ve ilanına yönelik süreçlerin yürütülmesinde yetkili birim ise Tarım ve Orman Bakanlığı bünyesindeki Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğü olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁰ Bu durumda deniz alanını içine alacak şekilde milli park, tabiat parkı ya da tabiatı koruma alanı tespitinin yapılıp yapılmayacağı da belirsiz olduğu gibi, böyle bir tespit için iki bakanlık arasında nasıl bir işbirliği yürütüleceğine ilişkin hüküm, Yönetmelik'te bulunmamaktadır. Deniz alanları, karasal alanlar ve sulak alanlar arasında keskin bir ayırım olduğu varsayımına dayalı olarak, denizel alanların korunmasına ilişkin görev ve yetkilerin ÇŞİD Bakanlığı'na, karasal ve sulak alanlara ilişkin görev ve yetkilerin ise Tarım ve Orman Bakanlığı'na verilmiş olduğuna ilişkin hukuki bir düzenleme bulunmamaktadır. ÇŞİD Bakanlığı'nın kuruluş kararnamesinde çevrenin korunması görevinin bu Bakanlığa hasredilmesi, biyolojik çeşitliliğin korunması meselesinin bundan ayrılabilmesi sonucunu doğurmalıdır. Böyle bir ayırımın uygulamaya yansıtılması da mümkün görünmemektedir. Zira, örneğin Türkiye'nin taraf olduğu Bern (Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarının Korunması) ve Barcelona Sözleşmesi'ne Ek Protokol kapsamında deniz kaplumbağalarının korunmasına ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesinde, Bern Sözleşmesi odak noktasını Tarım ve Orman Bakanlığı yürütürken, aynı konuda yükümlülükler içeren Barcelona Sözleşmesi'ne Ek Özel Koruma Alanları Protokolü odak noktasını ÇŞİD Bakanlığı yürütmektedir. Buna karşılık, yine aynı konuda hükümler içeren Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi Odak Noktasını ise Tarım ve Orman Bakanlığı yürütmektedir. Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi çerçevesinde belirlenen ve hassas ekosistemleri temsil eden EBSA alanları,¹⁰¹ aynı zamanda deniz koruma alanlarının bilimsel alt yapısını oluşturmaktadır. Her halde, deniz koruma alanlarının belirlenmesinde ve alınması gereken koruma tedbirleri söz konusu olduğunda tek bir kuruma görev ve yetki atfetmek sürecin tıkanmasına neden olacaktır.

Açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus, ÖÇKB olarak ilan edilen alanlarda Yönetmelik gereği *ekosistem işlevlerinin sürekliliğini amaçlayan yönetim planı çalışmaları* yapılmasına ilişkin hükmün hukuki değeri ve etkinliğidir. Yönetim planlarının oluşturulması, uygulanması ve bu planlara aykırı imar planlarının akıbetinin ne olacağına ilişkin Yönetmelik'te hüküm bulunmamaktadır. İdarenin yönetim planı hazırlamaya ilişkin yükümlülüğü belirli bir süreye de bağlanmamıştır. Oysa yukarıda açıklandığı üzere, SPAMI olarak belirlenecek alanların, daha teklif aşamasında yönetim planı hazırlanmış olmalıdır. ÖÇKK lağvedilmeden önceki dönemde, korunan alanların imar planlarını yapmak, yetkisi ve sorumluluğu bu Kuruma ait olup, Kurumun bu konudaki yetkisi, uluslararası koruma sözleşmelerin gerekleri ile sınırlı idi.¹⁰² Korunan alanlara ilişkin olarak ÖÇKK'nın gerektiğinde tüm kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili dernekler ve milletlerarası kuruluşlarla işbirliği sağlamak yükümlülüğü

¹⁰⁰ Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik, md. 19

¹⁰¹ Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'ne taraf devletler, 2008 yılında düzenlenen taraf devletler toplantısında aldıkları bir karar ile okyanus sularının ve derin deniz habitatlarının korunmasına yönelik olarak, "ekolojik ve biyolojik olarak önemli deniz alanları" (ecologically and biologically important areas- EBSAs) tanımlaması için bilimsel kriterler belirlediler. Ancak bu belirlemelerin devletlerin idari sınırları, deniz yetki alanları ya da egemenlik iddiaları ile herhangi bir bağlantısı yoktur. EBSA kriterlerine uygun olan alanların, gelecekte başka bir hukuki koruma mekanizması ile korumaya alınması mümkündür. EBSA alanları bir nevi, gelecekteki alan temelli yönetim planlarına bilimsel temel oluşturmaktadır (UNEP/CBD/COP/DEC/IX/20, 9 October 2008) <https://www.cbd.int/decision/cop/default.shtml?id=11663> (erişim: 15.07.2024)

¹⁰² 19.10.1989 Tarih ve 383 Sayılı KHK, md. 1

bulunmaktaydı. ÖÇKK lağvedildikten sonra bu yetki ÇŞİDB Tabiat Varlıklarını Koruma Genel Müdürlüğü'ne verilmiş görünmektedir.¹⁰³ Yönetmelikte ÖÇKB alanı ilan edilmesine ilişkin başvuruların İl müdürlüklerine yapılacağına ilişkin hüküm bulunmakla birlikte, ÖÇKB tespitinden sonraki sürecin yönetimine ilişkin yetki ve sorumluluğun hangi kurumda olduğu ve yönetim planlarına uygunluğun nasıl değerlendirileceğine ilişkin herhangi bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla mevcut bazı ÖÇKB'lerin yönetim planı bulunmamakta, bazılarında aykırı imar planları, yargı kararıyla iptal edilmedikçe uygulamaya geçirilebilmektedir. Örneğin aşağıda değinilecek olan ve 2013 yılında bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş Finike Denizaltı Dağları ÖÇKB'nin halen bir yönetim planı bulunmamaktadır. 2020 yılında ÇŞİD Bakanlığı tarafından onaylanan Gökova ÖÇKB Yönetim Planına aykırı imar planı değişikliklerine yerel sivil toplum kuruluşlarınca Bakanlık nezdinde itiraz edilmiştir.¹⁰⁴

Korunan alanların kullanımını düzenleyen ve 2013 yılında yürürlüğe giren Tabiat Varlıkları ve Doğal Sit Alanları ile Özel Çevre Koruma Bölgelerinde Bulunan Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altındaki Yerlerin İdaresi Hakkında Yönetmelik'te de, ÖÇKB'ler de dahil olmak üzere korunan alanların yönetim planları ile ilgili hüküm bulunmamakta, daha çok bu alanların idarece kiraya verilmesi, ön izin verilmesi, kullanma izni verilmesi, işletilmesi, işlettilmesi hususları düzenlenmektedir. Söz konusu Yönetmeliğe göre, idare, korunan alanın kullanılmasına yönelik düzenlediği ihale sonucuna göre, kullanma izni elde eden yatırımcıya, fiili kullanım olmaksızın her tür ve ölçekteki imar planları ve koruma amaçlı imar planlarının yaptırılması iznini vermektedir.¹⁰⁵ Ancak söz konusu imar planlarının yönetim planlarına uygunluğuna ilişkin hüküm bu Yönetmelikte de bulunmamaktadır.

Korunan alanların, kullanımına ve işletilmesine yönelik hükümleri düzenleyen hukuki çerçeve içinde bu alanların korunmasına yönelik hükümlerin bulunmaması, bir anlamda bu alanların kaderini, kullanma izni elde eden özel kişilerin inisiyatifine bırakmaktadır. Bu alanların, koruma alanında uzmanlaşan bir kamu kurumu yerine, ÇŞİD Bakanlığı'nın taşradaki il müdürlüğüne bırakılması sonucunda, Coşkun & Yıldırım'ın haklı olarak ifade ettiği üzere, korumadan ziyade kullanmaya ilişkin menfaatlerin ağır basacağı, hukuki ve fiili bir boşluğun doğması ihtimali yüksektir.¹⁰⁶

B. TÜRKİYE'DE ULUSAL HUKUK ÇERÇEVESİNDE İLAN EDİLEN ÖÇKB'LER

Türkiye'de deniz alanlarını kapsayacak şekilde ilan edilmiş olan koruma alanları ÖÇKB olarak tanımlanmış olup, hem ilan edilmeleri hem de yönetilmelerine ilişkin normatif çerçeve,

¹⁰³ Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (ÇŞİDB), "Özel Çevre Koruma", <https://csb.gov.tr/sss/ozel-cevre-koruma> (erişim: 15.07.2024)

¹⁰⁴ "Muğla Çevre Platformu: Akyaka'ya Dokunmayın!", 08.11.2020, <https://mucep.org/mugla-cevre-platformu-akyakaya-dokunmayin/> (erişim: 22.07.2024)

¹⁰⁵ Tabiat Varlıkları ve Doğal Sit Alanları ile Özel Çevre Koruma Bölgelerinde Bulunan Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altındaki Yerlerin İdaresi Hakkında Yönetmelik (Resmi Gazete Tarih: 23.06.2018, Sayı: 30457), md. 60

¹⁰⁶ Coşku ve Yıldırım, "Özel Çevre Koruma Bölgelerinin Hukuki Zemini ve Bu Konudaki Son Dönem Gelişmeleri", s. 56

zaman içerisinde Bakanlıkların isimlerinin değişmesi, görev alanlarının değişmesi ve hatta hükümet sisteminin değişmesi gibi gelişmelerden kaçınılmaz olarak etkilenmiştir.¹⁰⁷

Özel çevre koruma bölgesi adı altında ilk olarak 12.06.1988 tarih ve 88/13019 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Özel Çevre Koruma Bölgesi tespit ve ilan edilen Fethiye-Göcek; Muğla ili, Fethiye ilçesi ve buna bağlı 6 belde ve 6 köyden oluşmakta ve Fethiye körfezini kaplayan deniz alanlarını içine almaktadır.¹⁰⁸ Bu alan aynı zamanda, Türkiye'nin taraf olduğu Bern Sözleşmesi ve Bulunan Bern Sözleşmesi ve Nesli Tehlike Altında Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme (CITES)¹⁰⁹ ile koruma altına *Caretta Caretta*, ve *Chelonia Mydas* türlerinin üreme alanları bulunmaktadır. Aynı Bakanlar Kurulu kararı ile Muğla ili sınırları içinde kalan ve Köyceğiz gölü ile birlikte Köyceğiz koyunu da içine alan Köyceğiz-Dalyan ÖÇKB'si ilan edilmiş;¹¹⁰ ve Gökova Körfezi sularını içine almakla birlikte, Datça yarımadasının doğu ucunca sınırları sona eren ve hemen karşıda bulunan Kos adası karasularına kadar olan deniz alanını içine alacak şekilde Gökova ÖÇKB'si ilan edilmiştir.¹¹¹

18.01.1990 tarih ve 90/77 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Kaş-Kekova ÖÇKB, Antalya ili önünde Kaş İlçesi'nin batısından başlayarak, karasuları dış hattına kadar ve doğuda Kekova Burnu önünde bitecek ve kıyı boyunca uzanan adaları içine alacak şekilde ilan edilmiştir.¹¹² Aynı kararda Muğla ve Antalya illerine ait Fethiye ve Kaş ilçeleri ve bunlara bağlı 5 belde 4 köy ile bunların önünde kalan ve karasuları içinde yer alan deniz alanını kaşşayacak şekilde Patara ÖÇKB ilan edilmiştir.¹¹³

Aynı yıl, 22.11.1990 tarih ve 90/1117 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Foça ve Datça-Bozburun ÖÇKB'leri ilan edilerek, Foça önünde Orak adasını içine alacak şekilde ve Datça ve Bozburun yarımadalarını çevreleyen karasularını içine alacak şekilde ÖÇKB ilan edilmiştir.¹¹⁴

Gelibolu yarımadası kuzeyinde Saros Körfezi sularının neredeyse tamamını içine alan deniz alanı 22.12.2010 tarih ve 2010/1089 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile ÖÇKB ilan edilmiştir.¹¹⁵ 2013 yılında ise 2013 yılında 2013/5153 Bakanlar Kurulu Kararı ile Finike Denizaltı

¹⁰⁷ 17.08.2011 tarihli ve 28028 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 648 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Çevre ve Orman Bakanlığı'nın çevre kanadı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, tek çatı altında bir araya getirilerek Çevre ve Şehircilik Bakanlığı kurulmuştur. 29 Ekim 2021 tarihli ve 31643 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın adı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı olarak değiştirilmiştir. <https://csb.gov.tr/tarihcemiz-i-7012> (erişim: 22.07.2024)

¹⁰⁸ 12.6.1988 Tarih ve 13019 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Resmi Gazete: 05.07.1988, Sayı: 19863)

¹⁰⁹ Nesli Tehlikede Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme (CITES) Türkiye tarafından 27.9.1994 tarihli ve 4041 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Sözleşme'nin I, II ve III sayılı ekleri Bakanlar Kurulu tarafından 27.4.1996 tarihinde onaylanmıştır (Resmi Gazete Tarih: 20 Haziran 1996, Sayı: 22672)

¹¹⁰ 12.06.1988 tarih ve 88/13019 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Resmi Gazete: 05.07.1988, Sayı: 19863)

¹¹¹ Özel Çevre Koruma Bölgelerine (ÖÇKB) ait harita ve güncel bilgiler için bkz. <https://ockb.csb.gov.tr/>

¹¹² Bu ÖÇKB'lerin sınırları, son olarak 4138 Sayı ve 24.06.2021 Tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararı ile değiştirilmiştir (Resmi Gazete Tarih: 25.06.2021, Sayı: 31522)

¹¹³ ibid

¹¹⁴ 22 Ekim 1990 Tarih ve 90/1117 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Resmi Gazete Tarih: 22.11.1990, Sayı: 20702). Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Bayram Coşkun, Duygu Ak ve Çiğdem Pank Yıldırım, "Mevzuatta Son Dönemlerde Meydana Gelen Gelişmeler Bağlamında Çevresel Açından Korunan Alan Yönetiminin Değerlendirilmesi", *Aksaray Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 10/4 (2018), s. 39

¹¹⁵ 22.12.2010 tarih ve 2010/1089 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Resmi Gazete Tarih: 22.12.2010, Sayı: 27793)

Dağları ÖÇKB ilan edilmiş ve aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere, sadece deniz alanını kapsayan koruma bölgesi olarak bir ilk niteliği taşımaktadır.

Deniz koruma alanlarının ilanı bakımından son Bakanlar Kurulu işlemi olan bu ÖÇKB'nin tespitinin ardından, 2019 yılında hükümet sisteminin değişmesi sonucu ÖÇKB Yönetmeliğinde yapılan değişiklikler gereği 14.03.2019 tarih ve 823 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Karaburun-Ildır Körfezi Özel Çevre Koruma Bölgesi olarak ilan edilmiştir.¹¹⁶ İzmir ili sınırları içinde yer alan bu ÖÇKB Karaburun Yarımadasını çevreleyen karasuları içinde kalan ve Ildır Körfezi denizel alanı ve adaları kapsamaktadır.

Özel koruma alanı ilan etme yetkisi Cumhurbaşkanına geçtikten sonra belirlenen son ÖÇKB, 04.11.2021 tarih ve 4758 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile ilan edilen Marmara Denizi ve Adalar Özel Çevre Koruma Bölgesidir.¹¹⁷ Türk boğazlar sistemi yanında, İstanbul, Kocaeli, Yalova, Bursa, Balıkesir, Çanakkale ve Tekirdağ illeri ve Prens Adaları, Kapıdağ Yarımadası, Marmara Adasının içine alacak şekilde Marmara denizinin tamamı kapsayan bu ÖÇKB,¹¹⁸ bölgedeki yoğun sanayi faaliyetlerinin, şehirleşmenin ve aşırı avlanmanın biyolojik çeşitlilik üzerindeki baskısı dikkate alındığında şüphesiz olumlu bir gelişmedir. Ancak bu kadar geniş ölçekte ilan edilen koruma alanının Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi gerekleri başta olmak üzere, deniz çevresinin korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemelerinin gereklerine uyulması, mevcut sit alanlarının güvence altına alınması sağlanması, sit alanı derecelerinin düşürülmemesi, sit alanı derecelendirmesine ilişkin raporların kamuoyu erişimine açılması yanında, sivil toplum kuruluşları ve üniversiteler dahil olmak üzere kamuoyunun karar alma süreçlerine dahil edilmesi gibi hususlar bakımından takibi önem arz etmektedir.¹¹⁹ Zira bu alan, çevrenin araştırılması, korunması ve izlenmesine ilişkin süreçler, İstanbul Büyükşehir Belediyesi başta olmak üzere, İstanbul, Kocaeli, Bursa, Balıkesir, Çanakkale ve Tekirdağ illeri yerel yönetimlerinin yetki alanlarından çıkarılarak 19/10/1989 tarihli ve 383 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri çerçevesinde ÇŞİD Bakanlığı yetkisine geçirilmiştir.

C. İLK ULUSAL DENİZ KORUMA ALANI VE MUHTEMEL BİR SPAMİ OLARAK FİNİKE DENİZALTI DAĞLARI

2013 yılında 2013/5153 Bakanlar Kurulu Kararı ile yayımlanarak ilan edilen Finike Denizaltı Dağları ÖÇKB ülkemizin sadece deniz alanlarını içine alan ilk koruma alanı ve bu anlamda ilk "deniz koruma alanı" niteliğini taşımaktadır (Şekil 1).¹²⁰ Büyük bir bölümü Türkiye karasuları dışında kalan ve bu anlamda da bir ilki oluşturan Finike Denizaltı Dağları, Öztürk'e göre, Doğu Akdeniz'de karasularının ötesindeki deniz alanlarında deniz

¹¹⁶ 14.03.2019 tarih ve 823 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı (Resmi Gazete Tarih: 30.03.2019, Sayı: 30715)

¹¹⁷ 04.11.2021 tarih ve 4758 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı (Resmi Gazete Tarih:05.11.2021, Sayı: 31650)

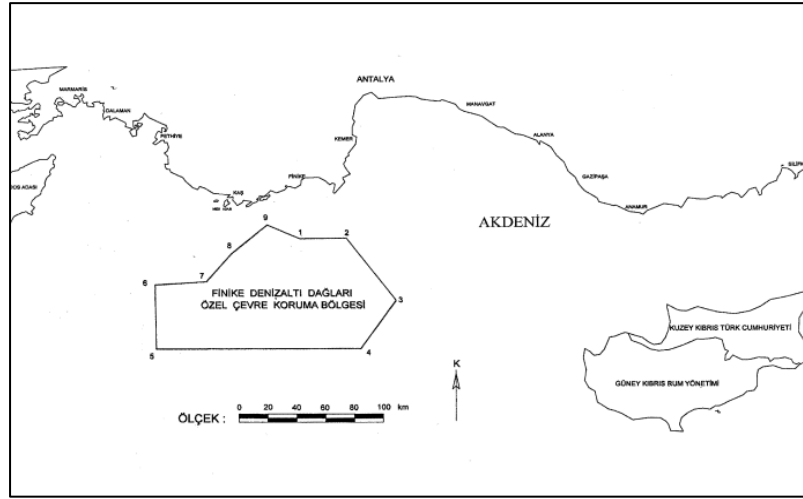
¹¹⁸ Marmara Denizi ve Adalar ÖÇKB'ye ilişkin harita ve ayrıntılı bilgi için bkz. <https://ockb.csb.gov.tr/marmara-denizi-ve-adalar-ozel-cevre-koruma-bolgesi-i-106827> (erişim: 22.07.2024)

¹¹⁹ Türk Deniz Araştırmaları Vakfı (TUDAV), Marmara Denizi 2022 Sempozyumu Sonuç Bildirgesi, Marmara Denizi 2022 Sempozyumu, 10.01.2022, İstanbul, <https://tudav.org/calismalar/deniz-alanlari/marmara-denizi/marmara2022/> (erişim: 22.07.2024)

¹²⁰ 22.07.2013 Tarih ve 5153 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Resmi Gazete Tarih: 16.08.2013, Sayı: 28737)

kaplumbağaları, orkinoslar, deniz kuşları ve deniz memelileri (*cetacean*) gibi göçmen ve hassas türler açısından işbirliği çalışmaları yürütmek gerekliliğini gözler önüne sermektedir.¹²¹

Türk Deniz Araştırmaları Vakfı çalışmaları ve ÇŞİD Bakanlığı girişimleri sonucu ulusal hukuk işlemi ile belirlenen Finike Denizaltı Dağları ÖÇKB,¹²² büyük bir kısmının açık denizde yer alması sebebiyle, diğer devletlerin başta seyrüsefer serbestisi olmak üzere, BMDHS'ye uygun diğer açık deniz serbestilerini kullanma haklarına halel getirmemelidir. Ulusal hukuk çerçevesinde ilan edilen bu deniz alanının, karasularının ötesinde kalan kısmı için alınacak koruma tedbirleri konusunda kıyıdaş devletler ile iş birliği içinde hareket etme gerekliliği de açıktır (Şekil 1). Bu alanda ulusal deniz koruma alanı belirlenmesi, alanda bölgesel iş birliği mekanizmalarının devreye sokulması için önemli bir bilimsel altlık oluşturmaktadır. Bu noktada başvurulabilecek en önemli bölgesel iş birliği mekanizması Barselona Sözleşmesi'ne ek Özel Koruma Alanları Protokolü'dür.



Şekil 1: Finike Denizaltı Dağlarının Özel Çevre Koruma Bölgesi Olarak Tespit ve İlan Edilmesine İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı Ekli Haritası

Finike Denizaltı Dağlarının, Türkiye'nin taraf olduğu Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi çerçevesinde, derin deniz memelileri habitatlarına ev sahipliği yapması nedeniyle EBSA kriterlerine uygunluğu da sivil toplum kuruluşları raporlarında değerlendirilmiştir.¹²³ Aynı zamanda

¹²¹ Bayram Öztürk, "Editor's Note to the issue dedicated to the Finike Seamounts (Anaximander) Special Environmental Protection Area, the eastern Mediterranean", *Journal of the Black Sea/Mediterranean Environment*, 28/2 (2022), s. 127-138; Bayram Öztürk, Eda Nur Topçu, Aydan Çetin Keskin, "SPAMI proposals for Finike (Anaximander) and Mediterranean (Erathosthenes) Seamounts in the eastern Mediterranean Sea" in *Proceedings of the 2012 Forum of Marine Protected Areas in the Mediterranean*, 25-28 November 2012, Marseille. Cetacean türlerin korunmasına yönelik Mücavir Atlantik Deniz Bölgesi, Akdeniz ve Karadeniz'deki Deniz Memelilerinin Korunmasına Dair Anlaşma (ACCOBAMS), Türkiye tarafından 09.03.2017 tarih ve 6998 sayılı kanun ile uygun bulunmuştur. ACCOBAMS raporlarında bölgenin cetacean zenginliği belirtilmiştir. https://accobams.org/wp-content/uploads/2022/03/ACCOBAMS_ConservingWDP_web_2022.pdf (erişim: 22.07.2024)

¹²² Bayram Öztürk, "Marine Protected Areas in The High Seas of The Aegean and Eastern Mediterranean Seas, Some Proposals" *Journal of the Black Sea/Mediterranean Environment* 15, (2012), s. 69-82.

¹²³ Greenpeace International, "Emergency Oceans Rescue Plan", 2010 <https://www.greenpeace.org/static/planet4-international-stateless/2010/10/cd7382f4-emergency-oceans-rescue-plan-final-lr.pdf>, (erişim: 22.07.2024)

pelajik balık türleri bakımından zengin biyolojik çeşitliliği bulunan Finike Denizaltı Dağları bölgesi Akdeniz Genel Balıkçılık Komisyonu çerçevesinde sınırlı balıkçılık alanı (*fisheries restricted area-FRA*) olarak belirlenmesine yönelik bilimsel çalışmalara da konu olmuştur.¹²⁴

SONUÇ VE ÖNERİLER

Deniz çevresinin korunması ve muhafazasına yönelik alan temelli koruma tedbiri olarak deniz koruma alanlarının oluşturulması, uluslararası, bölgesel ve ulusal düzeyde yeni bir gelişme değildir. Farklı isimler altında ve farklı hukuki temellere dayalı olarak oluşturulan bu alanların deniz koruma stratejileri bakımından önemi, özellikle iklim değişikliği etkilerinin en yoğun yaşandığı Akdeniz havzasında, yadsınmaz.

BMDHS'nin, devletlerin egemenlikleri altındaki ve egemen yetkilerinin bulunduğu deniz alanlarındaki hak ve yükümlülüklerini tanımladığı hukuki çerçeve, deniz koruma alanlarının kurulması ve yönetilmesine yönelik birtakım sonuçlara varmak için temel oluşturmaktadır. Ancak bölgesel koruma rejimleri bu hukuki çerçeveyi tamamlamakta ve detaylandırmaktadır. Buna ek olarak, BMDHS'nin deniz çevresinin korunmasına yönelik olarak, herhangi bir deniz alanına atıf yapmaksızın hem kıyı hem bayrak devletinin hak ve yükümlülüklerinin çerçevesini çizen 12. kısmı, kıyı devletlerinin ulusal yetkinin içindeki ve ötesindeki deniz alanlarında, üçüncü devletlerin açık deniz serbestilerine hâle getirmeksizin deniz koruma alanları kurulabilmesine cevaz vermektedir. Bununla beraber, böyle bir teşebbüste bulunan kıyı devletinin, muhtemel bir menfaat çatışmasından kaçınabilmek için hem bayrak devletleri hem de komşu devletler ile iş birliğine yönelik çaba sarfetmesi gerekmektedir. Söz konusu iş birliği için en uygun zemin de bölgesel koruma mekanizmalarıdır.

Türkiye, hem Akdeniz'e kıyıdaş hem de üç tarafı denizlerle çevrili bir devlet olarak, 1970'li yıllardan bu yana Akdeniz deniz ve kıyı çevresinin korunmasına yönelik bölgesel bir girişim olan Akdeniz Eylem Planı çerçevesinde kabul edilen Barselona Sözleşmesi ve Ek Özel Koruma Alanları Protokolü'ne taraftır. Söz konusu Protokol, bütün taraf devletlerce amacına uygun ve tam olarak uygulandığı taktirde Akdeniz'deki hassas kıyı ve deniz ekosistemlerinin korunmasına yönelik en kapsayıcı ve etkili tedbirlere hukuki temel oluşturmaya uygun hükümler içermektedir. Akdeniz'in iklim değişikliği etkilerini en ağır şekilde tecrübe eden bir coğrafya olması yanında, özellikle Doğu Akdeniz'de bulunan deniz yetki alanı uyumsuzlukları ve devletlerarası siyasi ilişkilerde ortaya çıkan istikrar sorunları devletlerin iş birliğinde bulunmak konusundaki isteksizliğine neden olmaktadır. Bu fiili duruma rağmen Türkiye'nin Protokol'ü uygulamak konusundaki etkinliği, hem ulusal düzeyde ekolojik değerlerini korumasına hem de Doğu Akdeniz'deki istikrar sorunlarına rağmen bölge devletleriyle barışçıl ilişkilerini sürdürmesine ve deniz yetki alanı iddialarını güçlendirmesine yardımcı olacaktır.

s. 31; "Report of The Mediterranean Regional Workshop to Facilitate The Description of Ecologically or Biologically Significant Marine Areas", Mediterranean Regional Workshop to Facilitate the Description of Ecologically or Biologically Significant Marine Areas (EBSAs) (Málaga, Spain, April 2014) s. 27 UNEP/CBD/EBSA/WS/2014/2/4

¹²⁴ Aydan Keskin Çetin vd., "A Short Note on Pelagic Fishes in The Finike Seamounts and Adjacent Waters, The Eastern Mediterranean Sea", *Journal of the Black Sea / Mediterranean Environment*, 28/2 (2022), s. 300-307.

Ancak Türk hukukunda deniz koruma alanlarının oluşturulmasına yönelik müstakil bir hukuki düzenleme bulunmaması, Protokol'ün uygulanması süreçlerinin etkin yürütülmesine zorlaştırmaktadır. Çevre Kanunu çerçevesinde kabul edilen, 2012 tarihli Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik olmak üzere, korunan alanları düzenleme gayesindeki ulusal hukuk düzenlemelerinin, karmaşık, birbiri ile ilişkilendirilmemiş ve kurumlararası koordinasyon gerekliliği dikkate alınmadan hazırlanmış olması, deniz koruma alanlarına ilişkin ulusal hukuk ve uluslararası hukuk kuralları arasında uyum sorunlarına neden olmaktadır. Özellikle, 2013 yılında ilan edilen ve büyük bir kısmı karasularının ötesindeki deniz alanlarında yer alan, Türkiye'nin ilk deniz koruma alanı niteliğindeki Finike Denizaltı Dağları'nın, Protokol çerçevesinde SPAMI listesinde yer almasına yönelik bilimsel çabaların, somut bir kazanıma dönüşebilmesi için ulusal düzeyde hukuki ve kurumsal alt yapının güçlendirilmesi gerekmektedir. Deniz koruma alanlarına yönelik olarak, başta Protokol ve Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi gerekleri olmak üzere, COP kararları, stratejik planlar, eylem planları doğrultusunda ilgili uluslararası yükümlülükler dikkate alınarak müstakil bir Yönetmelik hazırlanması gerekmektedir. Finike Denizaltı Dağlarının halen bir yönetim planının bulunmadığı dikkate alındığında, muhtemel bir hukuki düzenlemede, korunan alanların yönetim planlarının oluşturulmasına, korunan ekolojik, kültürel ya da tarihi değerlerin kullanmadan ziyade korumaya yönelik olarak yönetim süreçlerinin takibine, bu konuda yetkili kurumların ve kurumlar arası koordinasyon usulünün netleştirilmesine yönelik hükümler yer almalıdır. Kurumlararası koordinasyon ihtiyacına cevap vermek üzere, düzenli olarak toplanmak yükümlülüğü ve bağlayıcı kararlar almak yetkisi bulunan bir kurul tesis edilebilir. Süreçte inisiyatif alabilen Bakanlıkların, faaliyetleri ile ilgili olarak bu kurula düzenli raporlar sunması, ilgili uluslararası sözleşme ve protokol hükümlerinin etkin şekilde uygulanmasını sağlayacaktır. Böylece kurul toplantılarında, ekolojik, kültürel ve tarihi değerlerin korunması yanında, Doğu Akdeniz'deki ulusal siyasi ve ekonomik menfaatlerin uluslararası düzeyde gözetilmesine yönelik istikrarlı politikalar oluşturulabilir.

Ulusal hukuk düzenlemelerinde gerekli değişikliklerin yapılmasının ve Protokol çerçevesinde SPAMI listesine alınabilecek özel koruma alanlarının teklifine yönelik teknik ve bilimsel çalışmaların artırılması, Protokol'ün zayıf noktalarının tespiti, dile getirilmesi ve değişiklik tekliflerinin gündeme getirilmesi noktasında da Türkiye'nin konumunu güçlendirecektir. Ulusal hukuk bakımından en önemli gereklilik ise, deniz koruma alanlarının ilanından sonraki süreçte, uzman personel tarafından takibi, ilgili Bakanlık veya Bakanlıklar nezdinde konuya ilişkin arşiv çalışmalarının eksiksiz yürütülmesi, taşrada ise yerel yönetimler ve etkin sivil toplum kuruluşları ile birlikte yönetim planlarının hazırlanması ve uygulanması ile bunun kontrolüne yönelik düzenlemelerin kabulüdür.

KAYNAKÇA

- Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction (New York, 19 June 2023). https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-10&chapter=21&clang=_en (erişim: 01.08.2024)
- Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunmasına Ait Sözleşme (Barselona Sözleşmesi), 7.12.1980 tarih ve 8/2067 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Resmi Gazete Tarih:12.06.1981, Sayı: 17368).
- Algan, Nesrin, "Akdeniz Eylem Planı, Sürdürülebilir Kalkınma ve Türkiye", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 17/1-2 (2011), s. 37-54.
- Bakır Kanlı, İmam ve Falcıoğlu, Nahide Nur, "Barselona Sözleşmesi Kapsamında Akdeniz ve Kıyıların Korunmasında Çevresel İşbirliğinin Önemi", *IBAD Sosyal Bilimler Dergisi* (9), 2021, s. 117-142.
- Başbakanlık Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Taşra Teşkilatının Görevleri, Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik (Resmi Gazete Tarih: 02.12.1990, Sayı: 20713)
- Barselona Sözleşmesi'nin güncellenmiş metni, 22 Temmuz 2002 tarih ve 2002/4545 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Resmi Gazete Tarih: 22.08.2002, Sayı: 24854)
- Barselona Sözleşmesi'ne Ek 1986 tarihli Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitliliğe İlişkin Protokol, Dışişleri Bakanlığı'nın 7.10.1988 Tarih ve 88/13151 Sayılı kararı (Resmi Gazete Tarihi: 23.10.1998 Sayı: 19968).
- Barselona Sözleşmesi'ne Ek Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitliliğe İlişkin Protokol'ün güncellenmiş metni, 22.07.2002 tarih ve 2002/4545 Sayılı Bakanlar Kurulu kararı (Resmi Gazete Tarih: 22.08.2002, Sayı: 24854).
- Barselona Sözleşmesi'ne Ek Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitliliğe İlişkin Protokol Ekleri, "Ek I: SPAMI listesine dahil edilecek korunan deniz ve kıyı alanlarının seçiminde başvurulacak ortak kriterler"; Ek II: Tehlike ve tehdit altındaki türler listesi; Ek III: Faydalanılması (avlanması) düzenlenen türler listesi, <https://spa-rac.org/en/6/spa-bd-protocol> (erişim: 15.07.2024)
- Barselona Sözleşmesi'ne Ek Akdeniz'de Gemilerden ve Uçaklardan Boşaltma veya Denizde Yakmadan Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesi ve Ortadan Kaldırılması Protokolü (Dumping Protokolü), 7.12.1980 tarih ve 8/2067 Sayılı Bakanlar Kurulu kararı (Resmi Gazete Tarih: 12.06.1981, Sayı: 17368)
- Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, 29.8.1996 Tarih ve 4177 sayılı Uygun Bulma Kanunu (Resmi Gazete, Tarih: 27.12.1996, Sayı: 22860).
- Borgese, E. Mann, "A Constitution for the Oceans: Comments and Suggestions Regarding Part XI of the Informal Composite Negotiating Text", *San Diego Law Rev*, 15 (1978), s. 371-408.
- Boyle, Alan E, "Land-Based Sources of Marine Pollution: Current Legal Regime", *Marine Policy*, 16/1 (1992) s. 20-35
- Coşkun, Bayram ve Pank Yıldırım, Çiğdem, "The Legal Ground of Special Environmental Protection Areas and The Latest Developments on This Issue", *Eurasian Academy of Sciences Eurasian Education & Literature Journal*, 12 (2020), s. 53-67
- Conference of Parties (COP) to the Convention on Biological Diversity, Decision VII/5, 13 April 2004 (UN Doc UNEP/CBD/COP/DEC/VII/5), <https://www.cbd.int/decisions/cop/7/5/59> (erişim: 12.06.2024)
- Convention on the Continental Shelf, Geneva, 29 April 1958, Entry into force: 10 June 1964, UNTS, Vol. 499, No. I-7302. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXI-4&chapter=21&clang=_en (erişim: 20.06.2024)
- Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas (CFCLR), Geneva, 29 April 1958, Entry into force: 20 March 1966, UNTS, Vol. 559, No. I-8164. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-3&chapter=21 (erişim: 20.06.2024)

- Convention on the High Seas, Geneva, 29 April 1958, Entry into force: 30 September 1962, UNTS, Vol. 450, No. I-6465. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXI-2&chapter=21 (erişim: 20.06.2024)
- Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, Geneva, 29 April 1958, Entry into force: 10 September 1964, United Nations Treaty Series (UNTS) Vol. 516, No. I-7477. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXI-1&chapter=21 (erişim: 20.06.2024)
- Coşkun, Bayram; Ak, Duygu ve Pank Yıldırım, Çiğdem, “Mevzuatta Son Dönemlerde Meydana Gelen Gelişmeler Bağlamında Çevresel Açından Korunan Alan Yönetiminin Değerlendirilmesi”, *Aksaray Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 10/4 (2018), s. 29-44
- Çetin Keskin, Aydan; M. Tonay, Arda; Dede, Ayhan; Özsandıkçı, Uğur, “A short note on pelagic fishes in the Finike Seamounts and adjacent waters, the eastern Mediterranean Sea”, *Journal of the Black Sea / Mediterranean Environment*, 28/2 (2022), s. 300-307.
- Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (ÇŞİDB), “Özel Çevre Koruma”, <https://csb.gov.tr/ss/ozel-cevre-koruma> (erişim: 15.07.2024)
- Denizlerin Gemilerden Kirlenmesini Önleme Uluslararası Sözleşmesi (MARPOL 73/78), 3.5.1990 tarih ve 90/442 sayılı Bakanlar Kurulu kararı (Resmî Gazete Tarih: 24.06.1990, Sayı: 20558)
- Erol, Oğuz, “Turkey”, *Encyclopedia of the World's Coastal Landforms* (Eric C. F. Bird), Dordrecht, Springer, s. 2010, s. 833-840.
- Greenpeace International, “Emergency Oceans Rescue Plan”, 2010 <https://www.greenpeace.org/static/planet4-international-stateless/2010/10/cd7382f4-emergency-oceans-rescue-plan-final-lr.pdf>
- Gubbay, Susan, “Marine protected areas - past, present and future” *Marine Protected Areas* (Susan Gubbay), *Conservation Biology* (5), Springer, 1995, s. 1-14.
- Gündüz, Aslan, *Milletlerarası Hukuk* (Editör Reşat Volkan Günel), Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Beta, 2013
- Kaboğlu, Gökhan. Güçlüsoy, Harun ve Bizsel, Kaan. C, “Marine Protected Areas in Turkey History Current State and Future Prospects”, *INOC International Workshop on Marine and Coastal Protected Areas* (2005) Miknas, Morocco, s.127-145.
- Karadeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması Sözleşmesi (Bükreş Sözleşmesi) ve Eki Protokoller, 7.12.1993 tarih ve 3937 Sayılı Uygun Bulma Kanunu (Resmî Gazete Tarih: 14.12.1993, Sayı: 21788).
- Korunan Alanların Tespit, Tescil ve Onayına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik (Resmî Gazete Tarih: 19.07.2012, Sayı: 28358)
- Kucuksezgin, Filiz; Pazi, Idil; Kocak, Ferah; Gönül, Tolga; Duman, Muhammet; Eronat, Hüsnü, “The Coasts of Turkey” in *World Seas: an Environmental Evaluation* (Second Edition), Volume I: Europe, the Americas and West Africa, 2019, s. 307-332
- Koç Yasin, “Dünyada ve Türkiye’de Doğa Korumanın Kuramsal Temelleri”, *IBAD Sosyal Bilimler Dergisi* 7 (2020), s. 86-99.
- Kojima, Chie, “South China Sea Arbitration and the Protection of the Marine Environment: Evolution of UNCLOS Part xii Through Interpretation and the Duty to Cooperate”, *Asian Yearbook of International Law*, 21 (2015), s.166-180
- Lausche, Barbara, *Guidelines for Protected Areas Legislation*, IUCN Gland, Switzerland, 2011.
- Mackelworth, Peter Charles; Seker ,Yael Teff; Fernández, Tomás Vega; Marques, Márcia; Lopes Alves, Fátima; Giovanni, D’Anna, F. Darren A.; Goldborough, David; Kyriazi, Zacharoula; Pita, Cristina; Portman, Michelle E.; Rumes, Bob; Warr, Stephen J. ve Holcer, Draško, “Geopolitics and Marine Conservation: Synergies and Conflicts”, *Frontiers in Marine Science*, 6 (2019), s. 1-17

- Mann, Borgese E, (1978) "A Constitution For The Oceans: Comments and Suggestions Regarding Part XI of The Informal Composite Negotiating Text", *San Diego Law Rev* 15 (1978), s. 371–408.
- MedECC, Summary for Policymakers, in *Climate and Environmental Change in the Mediterranean Basin – Current Situation and Risks for the Future*, First Mediterranean Assessment Report (Cramer W, Guiot J, Marini K.) Plan Bleu, UNEP/MAP, Marseille, France, 2020
- Marmara Denizi ve Adalar ÖÇKB. <https://ockb.csb.gov.tr/marmara-denizi-ve-adalar-ozel-cevre-koruma-bolgesi-i-106827> (erişim: 22.07.2024)
- Mücvir Atlantik Deniz Bölgesi, Akdeniz ve Karadeniz'deki Deniz Memelilerinin Korunmasına Dair Anlaşma (ACCOBAMS), 09.03.2017 tarih ve 6998 sayılı uygun bulma Kanunu https://accobams.org/wp-content/uploads/2022/03/ACCOBAMS_ConservingWDP_web_2022.pdf (erişim: 22.07.2024)
- Nesli Tehlikede Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme (CITES) 27.9.1994 tarih ve 4041 sayılı uygun bulma Kanunu (Resmi Gazete Tarih: 20 Haziran 1996, Sayı: 22672)
- Nguyen, Lan Ngoc, "Jurisdiction and Applicable Law in the Settlement of Marine Environmental Disputes under UNCLOS", *The Korean Journal of International and Comparative Law*, 9 (2021), s. 337-353
- Önez, Zuhal, "Özel Çevre Koruma Bölgeleri Yönetim Sorunları Kapsamında: Pamukkale Özel Çevre Koruma Bölgesi", *Akademik İncelemeler*, 3/1 (2008), s. 55-73.
- Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşme (Ramsar Sözleşmesi) 28/12/1993 tarihli ve 3958 sayılı Uygun Bulma Kanunu (Resmi Gazete Tarih: 17.05.1994, Sayı: 21937.
- Özkan Işıl, "Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkileri", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (2013), s. 2127-2176.
- Özman, Aydoğan M. "Ege Karasuları Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, LXIII/3-4 (1988), s. 173-182
- Öztürk, Bayram, "Editor's Note to the issue dedicated to the Finike Seamounts (Anaximander) Special Environmental Protection Area, the eastern Mediterranean", *Journal of the Black Sea/Mediterranean Environment*, 28/2 (2022), s. 127-138
- Öztürk, Bayram, "Marine protected areas in the high seas of the Aegean and Eastern Mediterranean Seas, some proposals" *Journal of the Black Sea/Mediterranean Environment* 15, (2012), s. 69-82
- Öztürk, Bayram; Topçu, Eda Nur; Çetin Keskin, Aydan, "SPAMI proposals for Finike (Anaximander) and Mediterranean (Erathosthenes) Seamounts in the eastern Mediterranean Sea" in *Proceedings of the 2012 Forum of Marine Protected Areas in the Mediterranean*, 25-28 November 2012, Marseille.
- Pazarıcı, Hüseyin, "Ege Denizindeki Türk-Yunan Sorunlarının Hukuki Yönü" *Türk Yunan Uyuşmazlığı* (Semih Vaner), Metis, İstanbul, 1990, s. 106-127
- Pérez-Cayeiroa, M. Luisa; Maestro, María; Chica-Ruiz, Juan Adolfo; Reyes, Harry, "Marine Protected Areas in the 21st Century: Current Situation and Trends", *Ocean and Coastal Management* (171), s. 28–36.
- Programme des Nations Unies pour l'Environnement/Plan d'Action pour la Méditerranée et Plan Bleu, État de l'Environnement et du Développement en Méditerranée, Nairobi, 2020.
- "Report of The Mediterranean Regional Workshop to Facilitate The Description of Ecologically or Biologically Significant Marine Areas", Mediterranean Regional Workshop to Facilitate the Description of Ecologically or Biologically Significant Marine Areas (EBSAs) (Málaga, Spain, April 2014) s. 27 UNEP/CBD/EBSA/WS/2014/2/4
- Roach, J. Ashley, "Today's Customary International Law of the Sea", *Ocean Development & International Law*, 45/3 (2014), s. 239-259.
- Robin Churchill, Vaughan Lowe ve Amy Sanders, *The Law of the Sea*, 4th Edition, Manchester University Press, 2022.

- Semiz, Yasemin, "Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/2 (2014), s. 9-46
- Specially Protected Areas Regional Activity Centre (SPA/RAC), Conservation of marine and coastal biodiversity in the Aegean Sea and levantine basin subregion by 2030 and beyond, Tunis, 2021
- Sunlu, Uğur; Kaymakçı, Aslı ve İzgören, F. Sanem, "Denizlerde Karbon Dinamiği", *E.Ü. Su Ürünleri Dergisi*, (18/1-2), 2001, s. 233-241.
- Şekil 1: Finike Denizaltı Dağlarının Özel Çevre Koruma Bölgesi Olarak Tespit ve İlan Edilmesine İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı Ekli Haritası, 22.07.2013 Tarih ve 5153 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Resmi Gazete Tarih: 16.08.2013, Sayı: 28737).
- Tabiat Varlıkları ve Doğal Sit Alanları ile Özel Çevre Koruma Bölgelerinde Bulunan Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altındaki Yerlerin İdaresi Hakkında Yönetmelik (Resmi Gazete Tarih: 23.06.2018, Sayı: 30457).
- Toluner, Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi*, 4. Bası, Beta, İstanbul, 1996.
- Türk Deniz Araştırmaları Vakfı (TUDAV), Marmara Denizi 2022 Sempozyumu Sonuç Bildirgesi, Marmara Denizi 2022 Sempozyumu, 10.01.2022, İstanbul, <https://tudav.org/calismalar/deniz-alanlari/marmara-denizi/marmara2022/> (erişim: 22.07.2024)
- United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) Montego Bay, 10 December 1982, Entry into force: 16 November 1994, UNTS Vol. 1833 (p.3), <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280043ad5> (erişim: 20.06.2024).
- Wolf, Sarah ve Bischoff, Jan Asmus, "Marine Protected Areas", *Max Planck Encyclopedias of International Law* (2013).
- World Wide Fund (WWF), "İklim Değişikliğinin Akdeniz'deki Etkileri Endişe Verici", <https://www.wwf.org.tr/?10921/Iklim-DeGISikliginin-Akdenizdeki-Etkileri-Endise-Verici> (erişim: 12.06.2024)
- Von Rebay, Anna, *The Designation of Marine Protected Areas: A Legal Obligation*, Springer, 2023
- 2872 Sayılı Çevre Kanunu (Resmi Gazete Tarih: 11.08.1983, Sayı: 18132)
- 2872 Sayılı Çevre Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 03.03.1988 Tarih ve 3416 Sayılı Kanun (Resmî Gazete Tarih: 11.3.1988 ve Sayı: 19751)
- 2872 Sayılı Çevre Kanunu, mülga hükümler, <https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/cevre-kanunu-18132-2872> (erişim: 15.07.2024)
- 2873 Sayılı Milli Parklar Kanunu (Resmi Gazete Tarih: 11.08.1983, Sayı: 18132).
- 3621 Sayılı Kıyı Kanunu (Resmi Gazete: Tarih: 17.4.1990, Sayı: 20495).
- 6831 Sayılı Orman Kanunu (Resmi Gazete Tarih: 08.09.1956, Sayı: 9402).
- 12.6.1988 Tarih ve 13019 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Resmi Gazete: 05.07.1988, Sayı: 19863)
- 22.10.1990 Tarih ve 90/1117 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Resmi Gazete Tarih: 22.11.1990, Sayı: 20702).
- 22.12.2010 tarih ve 2010/1089 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (Resmi Gazete Tarih: 22.12.2010, Sayı: 27793)
- 14.03.2019 tarih ve 823 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı (Resmi Gazete Tarih: 30.03.2019, Sayı: 30715)
- 04.11.2021 tarih ve 4758 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı (Resmi Gazete Tarih:05.11.2021, Sayı: 31650)

EXTENDED SUMMARY

MARINE PROTECTED AREAS IN TURKISH LAW AND THE OBLIGATIONS ARISING FROM THE PROTOCOL ON SPECIALLY PROTECTED AREAS

Beyza Özturanlı Şanda, Assist. Prof.

Eskisehir Osmangazi University, bozturanli.sanda@ogu.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0003-4184-5563>

Protection of marine environment has a great importance for Türkiye as a country being surrounded by three seas and with the longest coastline on the Mediterranean Sea. Mediterranean Sea has the characteristics of a semi-enclosed sea, where the consequences of climate change are experienced at grave levels due to ship-based pollution, intense ship trade, land-based pollution, urbanization and industrial activities in coastal areas, energy competition and overfishing as well. The Mediterranean Sea, which has the highest salinity rate in the world, has been experienced the increasing temperature and rising sea levels much more, that all result in decline of the native species, increase of the invasive species, and the gradual decrease of habitats and biodiversity. The negative consequences of climate change combined with anthropogenic pressures indicate the urgency of taking measures to protect the marine environment. One of the most effective legal measures that can be taken for the protection of marine species, the preservation of natural habitats, the protection of historical and cultural elements in the sea, and the sustainable use of living and non-living resources in the sea is the establishment of marine protected areas.

Türkiye is one of the countries with the longest coastline in the Mediterranean Sea. The basic components of the international legal regime regarding the establishment and management of marine protected areas for Türkiye, are the customary rules of international law of the sea and the Barcelona Convention and its Protocol on Specially Protected Areas and Biological Diversity, the Convention on Biological Diversity and other instruments for the protection of certain marine species. Among those regulations, the normative framework defining the rights and obligations of States in different maritime jurisdictions, and the provisions containing general obligations regarding the protection of the marine environment which were prescribed by the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) are the part of customary international law. Additionally, the Protocol on Specially Protected Areas and Biological Diversity to the Convention for the Protection of the Marine Environment and Coastal Zone of the Mediterranean (Barcelona Convention) is also of importance as it is directly related to marine protected areas.

On the other hand, there is no separate legal regulation regarding the establishment and management of “marine protected areas” in Turkish law. However, Türkiye has established various protected areas including coastal and marine areas along the Mediterranean and Aegean Sea, under different names and under the authority and control of different Ministries. Basically the establishment and the management processes of protected areas, which are declared based on the authority granted by the Environmental Law No. 2872, must comply with the obligations arising from the international agreements to which Türkiye is a party. Also, the provisions of the agreements to which Türkiye is a party regarding the establishment and management of marine protected areas must have legal and institutional counterparts in national law and be effectively implemented. The customary provisions in UNCLOS are not directly related to the designation of marine protected areas, but regulate the rights and obligations of States as coastal and flag States in different maritime jurisdictions and the high seas for the protection of the marine environment. These provisions also emphasize the complementary feature of regional convention regimes and special agreements. Thereby, the Protocol to the Barcelona Convention prescribes a regional legal regime specific to the Mediterranean Sea. As one of the States most affected by the anthropogenic pressures and climate change consequences caused by shipping trade, coastal urbanization, energy search and overfishing in the Mediterranean, Türkiye should increase the number of marine protected areas in the Mediterranean and Aegean Seas and establish a management regime in those areas in accordance with its international law obligations. Finike Seamounts, which is currently the only marine protected area being declared within the framework of national law, is important both in terms of protecting ecological values and grounding the political interests in the Eastern Mediterranean. National legal regulations and institutional infrastructure must be built in compliance with the provisions of the Convention and the Protocol to be included this area in “List of Specially Protected Areas of Mediterranean Importance” under the Barcelona Convention.

In this paper, the national legislation regarding the establishment of marine protected areas in Türkiye will be evaluated and compared with the obligations arising from international law through by reviewing regulations of relevant Ministries and provisions of UNCLOS. In this context, first of all, the customary provisions of the UNCLOS regarding the protection of the marine environment will be discussed, then the obligations arising from the Protocol on Specially Protected Areas and Biological Diversity to the Barcelona Convention will be explained. After that, considerations will be made regarding national marine protected area practices based on the experiences since 1980’s. Finally, based on these comparative explanations, some suggestions will be offered regarding the problems in the practice to avoid noncompliance cases.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

MEDENİ USUL HUKUKUNDA İSPAT KOLAYLIĞI KAVRAMI

THE CONCEPT OF EASE OF PROOF IN TERMS OF CIVIL PROCEDURAL LAW

Doç. Dr. Hakan Albayrak*

ÖZ

İspat kolaylığı (Beweiserleichterung) kavramı tam olarak sınırları çizilmiş bir kavram değildir. İspat kolaylığı kavramından genellikle anlaşılacak şey ispat yükü ile yükümlü olan tarafın düşük derecede bir ispat faaliyeti yapmasıdır. İspat kolaylıkları ile ispat zorluklarının aşılması amaçlanır. Çünkü davanın taraflarından birinin davayı sırf iddia ettiği vakıaları ispat edememesi sebebiyle kaybetmesi usul hukukunun amaçlarından biri olan adil hüküm verme amacını sekteye uğratar. Bazı durumlarda maddi hukukun koşul vakıasının ispatı çok zor veya güç olmaktadır. Bu nedenle ispat yükü altında altına olan taraf, ilgili koşul vakıayı ispatlayamadığı için davayı kaybetme riski ile karşılaşmaktadır. Özellikle tıp hukuku alanında ve tazminat hukuku alanındaki kusurun varlığında ve iş hukuku alanında bazı ispat imkansızlıkları veya güçlüklerini aşmak için ispat kolaylıkları yargı kararları ile geliştirilmiştir. Aynı zamanda ispat kolaylıklarına çeşitli kanuni düzenlemelerde de rastlanılmaktadır. Bu şekilde ispat hakkının sağlanması ve korunması amaçlanmıştır.

İspat güçlüğü yahut ispat imkansızlığı durumları ispat ölçüsünün düşürülmesi veya karşı tarafa subjektif ispat yükünün yahut doktrindeki teorik ayırım doğrultusunda delil ikame yükünün yüklenmesi yolu ile de aşılabılır. İspat kolaylıklarının çeşitli isimler altında yargı kararları ve doktrinde yer aldığını ancak bütün bu isimler altında da olsa aslında ispat kolaylığının ya ispat ölçüsünün düşürülmesi sureti ile yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi sureti ile gerçekleştiğini izah edeceğiz. İspat kolaylıkları, doktrinde ve yargı kararlarında, ilk görünüş ispatı, yaklaşık ispat, emare ispatı, tecrübe kuralları, fiili karineler, delillerin engellenmesi gibi kavramlarla anılmaktadır. Aslında bu kavramlarda ispat kolaylığını sağlayan husus ispat ölçüsünün düşürülmesi yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesidir. Her bir kavramda ispat kolaylığını sağlayan husus farklı olabilir. Örneğin ilk görünüş ispatında ispat kolaylığını sağlayan unsur ispat ölçüsünün düşürülmesi iken delillerin engellenmesinde ispat kolaylığını sağlayan husus delil ikame yükünün yer değiştirmesidir.

Anahtar Kelimeler: İspat, Karine, Delillerin Engellenmesi, İspat Yükü, İspat Ölçüsü, Yaklaşık İspat.

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

📞 0000-0001-6097-1296 ✉ hknalbayrak@hotmail.com



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

The concept of ease of proof (Beweiserleichterung) is not a fully demarcated concept. What is generally understood by the concept of ease of proof is a low level of proof activity by the party who is obliged to bear the burden of proof. Ease of proof aims to overcome the difficulties of proof. This is because the fact that one of the parties to the case loses the case solely due to the inability to prove the facts claimed by it disrupts the purpose of fair judgement, which is one of the objectives of procedural law. In some cases, it is very difficult or difficult to prove a conditional fact of substantive law, and the party who is obliged to prove that conditional fact faces the risk of losing the case because he cannot prove that conditional fact. Especially in the field of medical law and in the field of compensation law, in order to overcome some impossibilities or difficulties of proof in the existence of defect and in the field of labour law, facilities of proof have been developed by judicial decisions. At the same time, facilities of proof are also found in various legal regulations. In this way, it is aimed to ensure and protect the right of proof.

Difficulties of proof or impossibility of proof may be overcome by lowering the measure of proof or by placing the burden of proof on the other party, or in line with the theoretical distinction in the doctrine, by placing the burden of substitution of evidence. We will explain that the ease of proof is referred to under various names in judicial decisions and doctrine, but even under all these names, in fact, the ease of proof is realised either by lowering the measure of proof or by shifting the burden of proof. Ease of proof is referred to in the doctrine and judicial decisions with concepts such as first appearance proof, approximate proof, proof by implication, rules of experience, de facto presumptions, prevention of evidence. In fact, what provides the ease of proof in these concepts is the reduction of the measure of proof or the shifting of the burden of proof. In each concept, the issue that provides the ease of proof may be different. For example, while the element that provides the ease of proof in the proof of first appearance is the reduction of the measure of proof, the element that provides the ease of proof in the prevention of evidence is the shifting of the burden of proof.

Keywords: Proof, presumption, prevention of evidence, burden of proof, measure of proof, prima facie evidence.

GİRİŞ

İspat kolaylığı sağlamanın amacı ispat zorluklarının yaşandığı yerlerde bu zorlukların aşılmasıdır. Çünkü ne kadar mükemmel maddi hukuk kuralları düzenlerseniz düzenleyin şayet bu hakkın gerçekleşmesi için gerekli olan vakıaların ispatı imkânsız ise ilgili hakkın düzenlenmesinin bir anlamı kalmamaktadır. Dolayısıyla ispatı mümkün olmayan bir hakkın düzenlenmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Özellikle tazminat hukuku alanında kusurun ve nedensellik bağının ispatında ispat kolaylıklarının ispat yükü üzerine düşen tarafa sağlanması gerekmektedir. Bunun yanında iş hukuku alanında mobbing, cinsel taciz ve ayrımcılık yasağı gibi ispatı zor olan alanlarda da ispat kolaylıklarının sağlanması suretiyle düzenlenen hakkın bir anlamı olacaktır. İspat zorluğunun aşmanın iki aracı vardır. İlk olarak ispat ölçüsünün düşürülmesidir. İspat ölçüsünün düşürülmesi suretiyle ispat zorlukları aşılmaya çalışılır. Hâkim daha düşük dereceli kanaat ile yetinerek iddia edilen vakıanın gerçekleşmiş olduğunu kabul edebilir. İspat zorluğunu aşmanın en radikal yöntemi ise delil ikame yükünün (subjektif ispat yükünün) değişmesidir. Ancak delil ikame yükünün değişmesi daha radikal bir çözüm yöntemi olarak kabul edilmekte ve son çare olarak uygulanmaktadır. Delil ikame yükünün yer değiştirmesi özellikle delillerin engellenmesi durumunda gerçekleşen çok özel bir ispat kolaylığı türüdür.

İşte bu makalede biz öncelikle ispat kolaylıkları kavramını ve ispat kolaylığını gerçekleştirmenin iki temel aracı olan ispat ölçüsünün düşürülmesi ve delil ikame yükünün yer değiştirmesi kavramlarını inceleyeceğiz. Daha sonra ispat kolaylıklarının çeşitli isimler altındaki görünümünün neler olduğunu toplu bir şekilde anlatmaya çalışacağız. İspat kolaylıklarının çeşitli isimler altında yargı kararları ve doktrinde yer aldığını ancak bütün bu isimler altında da olsa aslında ispat kolaylığının ya ispat ölçüsünün düşürülmesi sureti ile yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi sureti ile gerçekleştiğini izah edeceğiz. Bir başka deyişle değişik isimler altında nitelendirilen ispat kolaylıkları kavramlarının aslında ispat ölçüsünün düşürülmesi yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi suretiyle gerçekleştirildiğini bu şekilde belirlemeye çalışacağız.

I. İSPAT KOLAYLIĞI KAVRAMI

İspat kolaylığı (Beweiserleichterung) kavramı tam olarak sınırları çizilmiş bir kavram değildir. İspat kolaylığı kavramından genellikle anlaşılan şey ispat yükü ile yükümlü olan tarafın düşük derecede bir ispat faaliyeti yapmasıdır¹. İspat kolaylıkları ile ispat zorluklarının aşılması amaçlanır. Çünkü davanın taraflarından birinin davayı sırf iddia ettiği vakıaları ispat edememesi sebebiyle kaybetmesi usul hukukunun amaçlarından biri olan adil hüküm verme amacını sekteye uğratar. Bir yargılamada neyin adil olup olmadığını –konuyu pozitivist bir bakış açısıyla ele alırsak- uygulanacak maddi hukuk hükümleri belirler. Maddi hukuk hükümlerinin somut olaya uygulanabilmesi için de o maddi hukuk hükmünün koşul vakıasının mevcut olduğuna dair hâkimde tam bir kanaatin oluşması gerekir. İşte bu şekilde ancak ilgili maddi hukuk kuralı somut olaya uygulanabilecek ve en basit anlamıyla da adil bir kararın verilebilmesi

¹Laumen, Hans-W. «Die "Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr" – Ein beweiserrechtliches Phänomen,» NJW, 2002, 3739-3746, s. 3744.

sağlanmış olacaktır. Ancak bazı durumlarda maddi hukukun koşul vakiasının ispatı çok zor veya güç olmaktadır. Bu durumda, ispatla yükümlü olan taraf, o koşul vakıayı ispatlayamadığı için davayı kaybetme riski ile karşılaşmaktadır. Özellikle tıp hukuku alanında ve tazminat hukuku alanındaki kusurun varlığı ile ilgili bazı ispat imkânsızlıkları veya güçlüklerini aşmak için ispat kolaylıkları yargı kararları ile geliştirilmiştir². Örnek olarak yaralamada ve öldürmedeki illiyet bağı, yapı malikinin sorumluluğunda binadaki işçilik ve malzeme eksikliği, kusura dayanan boşanma davasında kusurun varlığı, tıp hukuku alanında hekimlerin sorumluluğu gibi durumlarda çoğu kez ispat zorlukları yaşanmakta³ ve bu zorlukların aşılabilmesi için de ispat kolaylıklarına başvurulmaktadır.

Kanun koyucu da ispat zorluklarını dikkate alarak ispat yüküne ve ölçüsüne ilişkin bazı özel düzenlemeler yapmıştır. Ayrıca yargı kararları ile de bazı kurumlar geliştirilmiştir. Kanuni düzenlemelere örnek olarak Alman Hukuku'nda ZPO §287, BGB §252 gibi kanuni metinler örnek gösterilebilir. Yargı kararları ile geliştirilen kurumlara örnek olarak da ilk görünüş ispatı, fiili karineler, tecrübe kuralları, delillerin engellenmesi nedeniyle ispat yükünün yer değiştirmesi gibi kurumlar verilebilir⁴. Bir hukuki sonuç, ispatı hemen hemen imkânsız koşul vakialarının ispatına tabi tutulur ve aynı zamanda ispat kolaylığı imkânı da verilmez ise, aslında o hukuki kurumu düzenleyen hükümden vazgeçmek daha yerinde olur. Zira bu hükümden kimsenin yararlanması ya mümkün olmaz yahut çok güç olur⁵.

II. İSPAT KOLAYLIĞINI SAĞLAMANIN ARAÇLARI

İspat imkânsızlığı yahut ispat güçlüğü'nün aşılabilmesi için ispatın kolaylaştırılabilmesine yönelik ilk görünüş ispatı, yaklaşık ispat, emare ispatı, fiili karineler, tecrübe kuralları, delillerin engellenmesi şeklinde birçok kavram inceleyeceğiz. İnceleyeceğimiz bu hususlar ispat güçlüğü'nü aşmak için kavramsallaştırılmış ancak iç içe geçmiş delillerin engellenmesi hariç diğerlerinin birbirilerinden çok az farkı olan kavramlardır. Aralarında delillerin engellenmesinin özel bir yeri bulunmaktadır.

İspat imkânsızlığı yahut ispat güçlüğü'nün aşılabilmesi için çeşitli çözüm yolları önerilebilir. Bunlardan en radikal ispat yükünün (delil ikame yükünün) yer değiştirmesidir⁶. Ancak doktrinde ispat kolaylıklarının delillerin değerlendirilmesi ile ilgisinin olduğu⁷ bu nedenle ispat kolaylıklarının objektif ispat yükünün (Feststellungslast) değişmesi kavramından ayrılması gerektiği belirtilmiştir⁸. İçtihatlar bu ayrımı her zaman doğru bir şekilde yapamamaktadır. Doktrinde ispat kolaylıkları durumunda ispat ölçüsünün düşürülmesi ve de bu düşük ölçüye göre bir delilin başarılı bir şekilde ikame edilmiş sayılması gerekirken, ispat yükü ve onun yer

² BGH VersR 1984, s. 63-64, (naklen, Başözen, Ahmet. *İlk Görünüş İspatı*, Adalet, Ankara, 2010, s. 188. Başözen, s. 188); BGH NJW 1990, s. 2393 (naklen, Başözen, s. 223); BGH NJW 1978, s. 2032; (naklen, Başözen, s. 197).

³ Albayrak, Hakan. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Yetkin, Ankara, 2013, s. 33.

⁴ Laumen, s. 3744.

⁵ Atalay, Oğuz. *Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir, 2011, s. 125.

⁶ İspat yükünün değişimini önerenler için, bkz.; Atalay, s. 128.

⁷ İlk görünüş ispatının delillerin değerlendirmesi ile ilgili olduğu hakkında bkz.; Yıldırım, Kamil. *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990, s. 137.

⁸ Yıldırım, s. 77.

değiştirmesinden söz edildiği belirtilmiştir⁹. İspat yükü kuralları bir son çaredir (ultima ratio). Hâkimin sunulan bütün delilleri değerlendirmesi sonucunda karar verememesi halinde, karar vermekle yükümlü hâkimin başvuracağı son çare ispat yükü kurallarıdır. Delillerin değerlendirilmesi usul hukukuna ait bir mesele iken ispat yükü maddi hukuka ait bir meseledir¹⁰. Dolayısıyla ispat imkânsızlığı yahut güçlüğü durumunda kural olarak ispat yükünün değişmediği, değişen şeyin sadece delil ikame yükü olduğu belirtilmiştir¹¹. Ancak doktrinde Taşpınar, ispat yükü-delil ikame yükü arasında yapılan ayrımların teorik olduğunu, pratik açıdan sonucu değiştiren bir etkiye sahip olmadığını söylemektedir. Hatta teorik açıdan ispat yükünün maddi hukuka ait olduğu, delil ikame yükünün ise usul hukukuna ait olduğu şeklindeki görüşün de hatalı olduğunu savunmaktadır¹². Bize göre de bu şekilde uzun teorik ayrımlar ve aşırı kavramsallaştırma uygulamada anlaşılammakta ve pratik olarak gerçekten sonuç değiştiren bir etkiye sahip olmamaktadır.

İspat güçlüğü yahut ispat imkânsızlığı durumları, ispat ölçüsünün düşürülmesi veya ispat yükünün yahut doktrindeki teorik ayırım doğrultusunda delil ikame yükünün değişmesi yolu ile de aşılabılır¹³. Bu şekilde koşul vakıayı ispat ile mükellef olan tarafa ispat kolaylıkları sağlanmış olur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki ispat kolaylıkları çeşitli isimlendirmeler altında yargı kararları ve doktrinde yer almaktadır. Ancak değişik isimler altında nitelendirilen bu ispat kolaylıkları kavramları aslında ispat ölçüsünün düşürülmesi yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle öncelikle ispat ölçüsünün düşürülmesi ve delil ikame yükünün yer değiştirmesi sureti ile ispat kolaylığının sağlanması incelenecektir. Daha sonra çeşitli isimlendirmeler altında yer alan özel ispat kolaylığı kavramları incelenemeye çalışılacaktır. Böylece çeşitli terimler altında da olsa ispat güçlüğünün aşmanın iki temel aracı olduğu daha rahat anlaşılabilir.

A. İSPAT ÖLÇÜSÜNÜN DÜŞÜRÜLMESİ SURETİYLE İSPAT KOLAYLIĞININ SAĞLANMASI

1. Genel Olarak İspat Ölçüsü ve Delillerin Değerlendirilmesi Kavramı

Alman Hukuku'nda son zamanlarda ispat ölçüsüne ilişkin çok sayıda bağımsız çalışma yapılmıştır¹⁴. Bu çalışmaların ortak noktası ZPO §286 anlamında hâkimin delileri serbestçe

⁹ Yıldırım, s. 77. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz.; (Atalay, s. 129). Aynı şekilde biz de daha önce yazdığımız yaklaşık ispata ilişkin tezimizde bu görüşte olduğumuzu belirtmiştik (Albayrak, s. 34).

¹⁰ Laumen, s. 3744.

¹¹ Fakat fiili karinelere olduğu durumlarda delil ikame yükünün yer değiştirmesi değil ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusu olduğu çünkü fiili karinelere karşı ispat değil aksi ispat faaliyeti gerçekleştiği belirtilmektedir, Taşpınar, Sema. "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", AÜHFD, 1-4., 1996, ss. 533 vd., s. 548.

¹² Taşpınar, s. 548.

¹³ İspat ölçüsünün düşürülmesinin ispat hakkının sağlanmasına yardım ettiği konusunda bkz.; Çiftçi, Pınar; Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, İstanbul 2018, s. 382.

¹⁴ Leipold, Dieter. *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess*, Berlin, 1985, s. 39; Huber, Michael. *Das Beweismass im Zivilprozess, Köln/Berlin/Bonn/München*, 1983, s. 69, 77, 89, 102; Musielak, Hans-Joachim. *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, 1975, s. 107; Motsch, Richard. *Vom Rechtsgenügenden Beweis*, Berlin, 1983, s. 24; Prütting, Hans. *Gegenswartprobleme der Beweislast*, München, 1983, s. 59; Greger,

değerlendirme ilkesi çerçevesinde, bu değerlendirme sonucunda oluşacak kanaatin, hangi ölçüye ulaştığı takdirde somut olaya uygulanacak hukuki sonucun doğduğunun kabul edileceğidir¹⁵. Türk Hukuku'nda, ispat ölçüsü konusunda bağımsız bir çalışma bulunmamakla birlikte bu konunun özel olarak değerlendirildiği eserler mevcuttur¹⁶. Türk hukukunda bu konuda çok sayıda inceleme ve problem olmamasının birinci sebebi Alman ve Türk hukukundaki delil sistemi arasındaki farklılıktır. Alman Hukuku'nda sınırlı sayıda delil sistemi olmakla birlikte bu delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi mevcuttur¹⁷. Türk Hukuku'ndaki delil serbestisi prensibinden farklı olarak, Alman Hukuku'nda "Strengbeweis" (sınırlı delil) sistemi bulunmaktadır. Buna göre, taraflar sadece ZPO' da sayılan 5 tür delille (senet, tanık, keşif, bilirkişi, isticvap) ispat faaliyetinde bulunabilir. Fakat Türk Hukuku'ndan farklı olarak, hâkimin önüne gelen bu beş tür delil üzerinde kural olarak serbest vicdani kanaatini oluşturma (Freibeweiswürdigung) yetkisi bulunmaktadır. (ZPO § 286/I). Alman hâkimin, deliller üzerindeki serbest takdir yetkisi ancak, "ispat kuralları" ile sınırlanabilmektedir (ZPO § 286/II). Senet delili hakkında Alman kanun koyucusu, ZPO § 415- 419 hükümleri arasında "ispat kurallarını" düzenlemiştir. Yani hâkim, kendisine sunulan senet delilini incelerken, bu kurallar ile bağlıdır. Bu konuda, Türk hâkiminin de kesin delillerle bağlı olması nedeniyle bir paralellik bulunmaktadır. Fakat aradaki en büyük fark, ZPO' da tıpkı HMK m. 200'de olduğu gibi, senede karşı kesin delille ispat zorunluluğu bulunmayışıdır¹⁸.

ZPO §286'ya göre Alman Hukuku'nda iddia edilen bir vakianın gerçek olup olmadığına hâkim serbest kanaatine göre karar verecektir. İşte bu ilke nedeniyle Alman Hukuku'nda hâkimin delillerin değerlendirilmesi aşamasından sonra şahsi kanaatinin oluşumu ve kanaatin derecesi yani ispat ölçüsü önem arz etmiş ve birçok çalışmanın konusu yapılmıştır. Türk Hukuku'nda ise her ne kadar Anayasa'nın 138. maddesinde ifadesini bulan "hakimler vicdani kanaatlerine göre karar verirler" hükmü ile HMK 198. maddesindeki hakimlerin delilleri serbestçe değerlendirebileceğini ilişkin hükümler bulunsa da sistemimiz delillerin değerlendirilmesi bakımından Fransız hukuku kaynaklı kesin delil ile ispat kuralını kabul etmiştir¹⁹. Bizim

Reinhard. *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1978, s. 5, 38, 49; Weber, Helmut. *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess*, Tübingen, 1997, s. 22, 25, 161; Berg-Winters, Ina. *Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht*, Frankfurt am Main, 2005, s. 98; Bringmann, Moritz. *Das Beweismass im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, Köln/Berlin/München, 2005, s. 41; Walter, Gerhard. *Frei Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, s. 262; Perband, G. Michael. *Der Grundsatz der Freien Beweiswürdigung im Zivilprozess (§286 ZPO) in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Frankfurt am Main, 2003, s. 59, 134); Deppenkemper, Gunter. *Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis*, Göttingen, 2004, s. 381; Wütz, Bernhard. *Der Freibeweis in der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Tübingen, 1970, s. 3; Schwab, Karl-Heinz. *Das Beweismass im Zivilprozess*, Festschrift für Fasching içinde, München, 1988, s. 451 vd.; Gottwald, Peter. *Das Flexible Beweismass im Englischen und Deutschen Zivilprozess*, Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag içinde, Bielefeld: Gieseking, 2000, s. 165-176; Scherer, Inge. *Das Beweismass bei der Glaubhaftmachung*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996, s. 63.

¹⁵ Başözen, s. 112.

¹⁶ Yıldırım, s. 39-74; Atalay, s. 37-46; Başözen, s. 112-114; Albayrak, s. 299-383.

¹⁷ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, 2023, s. 378.

¹⁸ Yeşilova, Ecehan. "CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti", *DEÜHFD* 7 (1), 2005, s. 237 vd., s. 268.

¹⁹ Konuralp, Haluk. *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, Ankara, 2009, s. 29.

sistemimizde HMK m. 192’de belirtilen kanunda düzenlenmeyen deliller hükmü²⁰ nedeniyle kural olarak mantığa, akla ve fenne uygun her şey delil olarak kullanılabilir. Ancak belli miktarın üzerindeki hukuki işlemlerin kesin delil ile ispat edilmek zorunda olunması yolu ile hâkimin takdir yetkisi sınırlandırılmıştır. Yani belirli miktarın üzerindeki hukuki işlemlerde hâkimin vicdani kanaati önem arz etmemekte, hâkimin bu durumda kanaatinin olduğu kabul edilmektedir. İşte bizim sistemimizde, senetle ispat kuralının istisnalarının olduğu durumlarda artık Türk hâkimi tıpkı bir Alman hâkimi- hatta bizim sistemimiz gereği- ondan da üstün olarak hiçbir delil ile sınırlı olmamak kaydıyla doğa yasalarına uygun, mantıki ve tutarlı olmak kaydıyla her türlü delil ile kanaatini oluşturabilmektedir²¹. Ayrıca bugün için Türk hukukunda senetle ispat kuralının en önemli istisnası olan delil başlangıcında (HMK m. 202) yazılılık unsurunun kalkması nedeniyle Türk hukukunda da delillerin serbestçe değerlendirilmesine daha yaklaşıldığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla bizim sistemimizde de senetle ispat kuralının istisnaları durumunda ispat ölçüsü önem arz etmektedir. Çünkü artık Türk hâkimi de delillerin değerlendirilmesinden sonra iddia edilen vakıanın gerçek olup olmadığına eldeki deliller doğrultusunda kendi şahsi kanaatine göre karar verebilecektir. Bu noktadan itibaren artık Alman Hukuku’nda ispat ölçüsü ile ilgili teoriler, yargı kararlarında benimsenen formülasyonlar hukukumuz bakımından da geçerli olabilecektir.

2. İspat Ölçüsü Teorileri

Alman doktrininde temel olarak ispat ölçüsü subjektif teori ve objektif teori olarak iki ana kısma ayrılarak incelenmektedir. Bu teoriler çerçevesinde kural ispat ölçüsünün ne olduğu belirlenmeye çalışılacak ve bu bağlamda ispat kolaylıkları durumunun ispat ölçüsüne etkisi incelenecektir. Böylece ispat zorluğunun aşılabilmesi için ispat ölçüsünün düşürülmesinin bir araç olarak kullanılıp kullanılamayacağı belirlenecektir.

a. Subjektif Teori

Subjektif teoriye göre hâkim olayın gerçekleştiğine ilişkin yeterli kanaat edinmişse, kararını vermelidir²². Hâkim iddiaların gerçekliği konusunda ikna olmalıdır. İhtimal hesaplarına

²⁰ HUMK döneminde “kanunda düzenlenmeyen deliller” yerine “özel hüküm sebepleri” kavramı kullanılmaktaydı. HUMK m. 367’ye göre, hâkim senetsiz ispatı caiz olan davalarda re’sen veya talep üzerine bu kanunda gösterilmemiş olan diğer hüküm sebeplerinin incelenmesine de karar verebilir. Özel hüküm sebepleri, hâkimin bizzat başvurabileceği, duyuları aracılığı ile doğrudan inceleyebileceği unsurlardır. Kanunun sistematiği bakımından ayrı bir kısım (yedinci kısım) halinde düzenlenmiş olan 367’nci madde, Neuchâtel Usul Kanunu’ndan iktibas edilmiş olmakla birlikte, mehzadan farklıdır. Türk Hukukunda HUMK 367’nin uygulaması ancak senetsiz ispatı caiz olan davalarda söz konusudur. Fransız kökenli m. 287, m. 288 ve m. 290 hükümleri HUMK’na alınınca delil sisteminin bütününe uyum sağlamak amacıyla m. 367’nin uygulama alanı senetsiz ispatı caiz olan davalarda ibaresi ile mehzad kanununa göre daraltılmıştır. Aksi takdirde hukuki işlemlerde senetle ispat zorunluluğunu öngören m. 288 ve 290 hükümleri uygulama alanı bulamayacak; hatta anlamsız olacaktır. Oysa, m. 367 metnine “senetsiz ispatı caiz olan davalarda” sözcüklerinin eklenmesiyle sakınca giderilerek uyum sağlanmıştır. Dolayısıyla bu maddeden çıkan sonuçlar şunlardır; deliller yalnızca kanunda açıkça belirtilenlerden ibaret değildir. Çünkü HUMK genel olarak sınırlayıcı bir delil listesi getirmemiştir. Ancak her şeyin delil olabilmesi için delil olarak getirilecek şeylerin akla ve mantık kurallarına uygun olmaları gerekir (Konuralp, s. 27, 28).

²¹ Konuralp, s. 30.

²² Walter, s. 173; Leipold, 1985, s. 11; Berg-Winters, s. 98; Zöller, Richard/ Reinhold, Geimer/ Reinhard, Greger/ Peter, Gummer/ Kurt, Herget/ Hans-Joachim, Heßler/ Peter, Philippi/ Kurt, Stöber/ Max, Vollkommer. *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem*

uymak zorunda değildir. Diğer bir deyişle, sübjektif ispat ölçüsü teorisine göre, bir olayın ispatlanmış kabul edilebilmesi için, hâkimde o olayın gerçekleştiğine yönelik kanaat oluşması gerekir²³. Bundan dolayı sübjektif ispat ölçüsü teorisi “gerçeğin iknası teorisi” veya “gerçek kanaat teorisi”²⁴ olarak (Wahrheitsüberzeugungstheorie) da adlandırılır²⁵.

Bugün için saf olarak tamamen hâkimin şahsi iknasına dayalı sübjektif teoriyi kimse savunmamaktadır²⁶. Sübjektif teoriyi savunanlar dahi hâkimin serbest kanaatine birçok sınırlama getirmişlerdir. Delillerin değerlendirilmesinin tamamen bir serbesti içinde veya tamamen hâkimin değerlendirmesine tâbi olmaması gerektiği ileri sürülmüştür²⁷. Aksi takdirde benzer olaylarda birbirine zıt kararlar ortaya çıkabileceği gibi, verilen hükmün rasyonel kontrolünün de zorlaşacağı iddia edilmiştir²⁸. Bu yüzden mahkemenin objektif nedenlere dayanmak zorunda olduğu, vermiş olduğu kararların mantık kurallarına, doğa kanunlarına, bilimsel bilgi ve yaşam tecrübelerine aykırı olmaması gerektiği söylenmiştir²⁹. Hâkimin kişisel iknasına mantık ve istatistik biliminin kurallarının yön vermesi gerektiği söylenerek mantıklı bir ideal hâkim portesi çizilmiştir³⁰. Bu sınırlamalar sübjektif teorinin objektifleştirilmesine yol açmıştır³¹. Greger bu teorik sınırlamalara karşı çıkmıştır³².

Hâkimin serbestliğini kısıtlayan bir başka durum ise delillerin taraflarca getirilmesi ilkesinin sonucu olan somut usuli sınırlamalarıdır. Hâkimin iknası doğal olarak her zaman sunulan dava malzemesi ile ve değerlendirilebilen deliller ile ilişkili olmak durumundadır. Medeni usul hukukunda taraflar için bütün olayları tamamen bildirmek ne zorunludur ne de her zaman mümkündür. Bu yüzden hâkimin iknasını oluşturacak olan şey tarafların getirmiş olduğu dava malzemesi ile sınırlı olmak zorundadır³³.

Baskın görüşe göre; hâkimin iknasının oluşum sürecine ihtimal verileri de dâhil edilmelidir. İhtimal verileri hâkimin kanaatinin objektif nedenlerini belirler³⁴. Baumgärtel, ihtimal

Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen, Köln, 2007, § 286, Rn. 13; Thomas, Heinz/ Hans Putzo, ve Klaus Reichold. «§ 284.» *Zivilprozessordnung, ZPO Kommentar* içinde, yazar Klaus Reichold, C.H.Beck, München, 2018, §286, Rn.2; Rosenberg, Leo/ Karl-Heinz Schwab/ Peter Gottwald. *Zivilprozessrecht*. München, 2018, § 114- 11, 12; Baumbach, Adolf/ Wolfgang Lauterbach/ Jan Albers/ Peter Hartmann/ Uwe Schmidt. *Zivilprozessordnung*, München, 2019, § 286, Rn. 16.

²³ Reinecke, Gerhard. *Die Krise der Freien Beweiswürdigung im Zivilprozess*, MDR 630 vd, 1986, s. 630.

²⁴ Bu çeviri için bkz.; Başözen, s. 117.

²⁵ Berg-Winters, s. 98; Baumgärtel, Gottfried. *Die Beweisvereitelung im Zivilprozess*, Festschrift für Winfried Kralik içinde, 63-74, Wien, 1989, s. 165, 166; Engels, Gudrun. *Der Anscheinsbeweis der Kausalität unter Besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung*, Frankfurt-Berlin-Bern-NewYork-Paris-Wien, 1994, s. 24; Musielak, 1975, s. 119.

²⁶ Huber, s. 70.

²⁷ Huber, s. 70.

²⁸ Baumgärtel, s. 165, 166; Musielak, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*, München, 2007, s. 281, Rn. 458.

²⁹ Baumgärtel, s. 165, 166; Greger, s. 121; Prütting, 1983, s. 65; Schwab, s. 451; Gottwald, Peter. *Schadenzurechnung und Schadensschätzung*, Berlin, 1979, s. 201; Berg-Winters, s. 99. Leipold, bu durumu kısmi objekteştirme olarak da adlandırmaktadır (Leipold, 1985, s. 11)

³⁰ Huber, s. 73; Gottwald, s. 200; Reinecke, s. 630, 634.

³¹ Leipold, 1985, s. 11.

³² Berg-Winters, s. 99; Greger, s. 114.

³³ Prütting, Hans. *Diskussionsbeitrag zum Karlsruher Forum, Sonderheft- VersR 3* vd, 1989, s. 3-7; Leipold, 1985, s. 10; Berg-Winters, s. 99.

³⁴ MüKo-Prütting, 286. Cilt Band 1, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* içinde, yazar Peter Wax und Joachim Wenzel, Hanns Prütting Thomas Rauscher. München, 2008, §286, Rd. 34.

tespiti ile gerçeğin iknasına geri dönmüştür. İhtimal gerçeğe yaklaşmayı mümkün kılan en yakın yoldur tespitinde bulunmuştur³⁵. Hagenloch ise, sübjektif ikna ile objektif ihtimal arasında bir ilişki kurmaya çalışmıştır. Ona göre ihtimal, hâkimin iknasını temellendireceği dayanaklardan sadece bir tanesidir. Hâkim iknasını yüksek bir ihtimal ile oluşturmayı başaramazsa, sadece düşük bir ihtimal ile kanaatini oluşturmuş demektir. Böyle bir durumda hâkim bu sapmanın nedenlerini ve gerekçelerini özel olarak açıklamalıdır³⁶. Rechberger ise buna karşı çıkmıştır. Bir hâkimin tespit edilen yüksek bir ihtimale karşı çıkmasını ve bu karşı çıkışını da nesnel olarak temellendirilebilmesinin mümkün olmadığını söylemiştir. Çünkü bir vakıa nesnel olarak yüksek bir ihtimal ile ortaya konulursa o zaman hâkim buna uymak durumundadır. Bunun aleyhine verdiği kararı nesnel olarak gerekçelendiremez³⁷. Dolayısıyla bu durum, sübjektivitenin sınırlandırılmasının temellendirilmesi yükümlülüğü olarak adlandırılabilir³⁸. Yani hâkim kendi kanaatini oluştururken bu kanaatinin oluşmasına neden olan durumları açıklayarak bunları temellendirmekle yükümlüdür. Sübjektif teorinin en geniş şeklini temsil eden Greger bile eksiksiz bir kanaatin oluşumu için objektif ve açıklanabilen nedenlerin var olması gerektiğini şart olarak kabul etmiştir³⁹.

Yargı kararlarına baktığımızda sübjektif ispat ölçüsünün, objektif verilerle nasıl kısıtlanacağına ilişkin ölçüler konularak, bu problemleri alana ilişkin çeşitli çözümler getirilmeye çalışılmıştır. İmparatorluk mahkemesi verdiği bir kararda insan bilgisinin sınırları dolayısıyla bir vakıanın meydana geldiğinin mutlak bir kesinlikle bilinmeyeceğine sadece yüksek bir ihtimale erişebileceğine hükmetmiştir⁴⁰. Yargı kararlarında ispat ölçüsü ile ilgili durum şu şekillerde ifade edilmiştir;

- "...ihtimalin yüksek derecesi hâkimin iknası için yeterlidir"⁴¹

- "...iddia eden tarafın iddia ettiği olayların gerçek olup olmadığını bütün mantıklı şüpheler hariç tutularak ihtimalin derecesi belirler"⁴²

- "...günlük yaşamda aranılacak ölçüde emin olma, ihtimalin oldukça yüksek derecesi için geçerlidir"⁴³

- "...ihtimalin oldukça yüksek derecesi yeterlidir. İhtimalin oldukça yüksek derecesindeki ihtimal yaşam koşullarındaki pratik bir kanaat ile aynı düzeydedir."⁴⁴

³⁵ Baumgärtel, Rd. 5, (naklen; Berg-Winters, s. 100).

³⁶ Hagenloch, Ulrich. *Wahrscheinlichkeitsermittlung beim Indizienbeweis aus revisionsrichterlicher Sicht. DRiZ* 393 vd, 1990, s. 393, (naklen; Berg-Winters, s. 100).

³⁷ Rechberger, Walter H. *Mass für Mass im zivilprozess? -Ein Beitrag zur Beweismassdiskussion in. Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag* içinde, 471 vd. Köln, 1990, s. 471, 477.

³⁸ Gottwald, 1979, s. 200; Lepa, Manfred. *Beweislast und Beweiswürdigung im Haftpflichtprozess*, Essen, s. 49; Berg-Winters, s. 100.

³⁹ Greger, s. 16; Berg-Winters, s. 100.

⁴⁰ RGZ 15, 338, 339 (naklen; Huber, s. 56, 70)

⁴¹ BGH VersR 1954, 495(naklen; Huber, s. 61)

⁴² BGHZ 18, 311, 318 (naklen; Huber, s. 61)

⁴³ BGH VersR 1956, 194 (naklen; Huber, s. 61)

⁴⁴ BGH VersR 1956, 696 (naklen; Huber, s. 61)

- “...günlük yaşamda kullanılabilen ölçüde kanaat yeterlidir.”⁴⁵

Bütün bu kararlarda hâkimin bir vakıanın nasıl ispatlanmış sayılacağı ve hâkimin kanaatinin ne zaman yeterli olacağı yahut ne zaman yeterli olması gerektiği sorunu ile ilgilenilmiştir. Burada hâkimin sübjektif iknasının objektif yanları gösterilmeye çalışılmıştır⁴⁶. Bu kararlardan anlaşılacak şey; yargı kararlarının hâkimin kanaatine vurgu yaptığı ancak bu kanaatin objektif bir biçimde formülasyonun da bulunmaya çalışıldığıdır. Günlük hayatta kullanılacak ölçüde bir kanaatin yeterli olduğu, bazı şüphelerin halen mevcut olmasının kanaatin oluşumunda etkili olmayacağı vurgusunun sıklıkla kullanılmış olması da dikkate değerdir. Dolayısıyla Alman Yargısının da orta bir yolu izlediği, saf bir sübjektif teoriyi savunmadığı, ihtimal hesaplarını da göz önüne alarak objektif kıstaslar bulmaya çalıştığı sonucu çıkarılabilir.

b. Objektif Teori

aa. Genel Olarak

Objektif ispat ölçüsü doktrinde altmışlı yılların ortalarından itibaren yer bulmaya başlamıştır. Objektif ispat ölçüsü teorisinin temelini hükmün ihtimale dayanması oluşturur⁴⁷. Bu görüşe göre ispat ölçüsü ihtimalin belirli derecesine uygun olmalıdır. Mahkeme delil araçları yoluyla ulaşılan ihtimali ölçecek, daha sonra da ulaştığı bu ihtimali değerin ispat gücünün talep edilen ihtimali değere uygun olup olmadığını incelemesi gerekecektir⁴⁸. Hâkimin, kişisel, şahsi iknasına göre karar verilemez. Hâkim şahsi olarak ikna olmasa bile talep edilen ihtimali değer tespit edilirse buna göre karar vermek zorundadır⁴⁹.

Objektif teoride de hâkimin iknasından tamamen vazgeçmek zorunlu olmamalıdır. Özellikle Musielak bu konuda “ihtimalin iknası teorisini” (Wahrscheinlichkeitsüberzeugenstheorie) geliştirmiştir. Ona göre hâkimin iknası gerçeğin iknası şeklinde değil belirli bir ihtimalin iknası şeklinde olmalıdır⁵⁰. İddia edilen vakıanın gerçek olduğunun hiçbir zaman mutlak bir kesinlik ile tespit edilemeyecek olması bu görüşün çıkış noktasını oluşturmaktadır. Usuli gerçek, ihtimalin belirli bir derecesidir⁵¹. Maassen açıkça hâkimin serbestliğinin delillerin değerlendirilmesi ile ilgili olduğunu vurgulamıştır⁵².

Mahkemenin bir vakıayı ispatlanmış olarak görmesi için gereken ihtimali değerin ne olması gerektiği konusunda objektif ispat ölçüsü savunucuları arasında da farklılıklar mevcuttur. Objektif ispat ölçüsü taraftarları, ihtimalin değerinin belirlenebileceğini ancak sadece belirli bir değer verilerek belirlenebileceği düşüncesinden yola çıkmışlardır⁵³. Bu yüzden farklı

⁴⁵ BGH VersR 1957, 362 (naklen; Huber, s. 62)

⁴⁶ Huber, s. 61.

⁴⁷ “Objektive Beweismasstheorie”, “Wahrscheinlichkeitstheorie”.

⁴⁸ Schwab, s. 451, 453.

⁴⁹ Huber, s. 120.

⁵⁰ Musielak, 1975, s. 119; Musielak, Hans-Joachim. «Das Överviktsprinzip, Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit.» *Festschrift für Kegel* içinde, Frankfurt, 1977, s. 451 vd, s. 451, 462; Baumgärtel; Engels, s. 24; Berg-Winters, s. 101.

⁵¹ Musielak, 1977, s. 451.

⁵² Maassen, Bernhard, M. *Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess*, Bonn, 1975, s. 53.

⁵³ Huber, s. 113, 116.

derecelerde ihtimali değer gücüne sahip çeşitli sınıflandırmalar önermişlerdir. Mahkeme olayda bu sınıflandırmaya uymalıdır.

Ekelöf bu sınıflandırmayı, yüksek ihtimali değerden düşüğe doğru olmak üzere şu şekilde yapmıştır⁵⁴;

“açık” (offenbar),

“şüphesiz” (gewiss),

“ihtimal dâhilinde”(wahrscheinlich), ve

“tahmini”(vermutlich).

Bir başka yerde ise⁵⁵;

“açık” (offenbar),

“ispatlanmış”(erwiesen),

“tahmini”(vermutlich),

“glaubhaft” (yaklaşık) şeklinde sınıflandırmıştır.

Huber ise ihtimali değerleri şu şekilde sınıflandırmıştır;

“kesin” (sicher),

“çok yüksek ihtimal” (hoch wahrscheinlich),

“yüksek ihtimal” (sehr wahrscheinlich) ve

“ağır basan ihtimal” (überwiegend wahrscheinlich).

Daha sonra da bu sınıflandırmaya ilişkin 0 dan 1 e kadar ispat gücü bakımından bir değerlendirme yapmıştır;

Sicher	: Beweismasserhöhung (Yükseltilmiş ispat)	: 1
Hoch wahrscheinlich	: Regelbeweismass (kanuni ispat ölçüsü)	: 1
Sehr wahrscheinlich	: Beweismassreduzierung (düşürülmüş ispat)	: 0,8
Überwiegend wahrscheinlich	: Beweismassreduzierung (düşürülmüş ispat)	: 0,5
Ungenügende Wahrscheinlichkeit	: 0	

Bu tabloda 1 en yüksek 0 ise en düşük değeri göstermektedir. “1” kesin ihtimale, “0” ise vakianın imkânsız olduğuna işaret etmektedir. Ağır basan ihtimalin altındaki değerlendirmeler herhangi bir öneme sahip değildir. Çünkü bu ihtimalin altındaki değerlendirmelerde vakia ispatlanmamış kabul edilecektir. “Kesin ihtimal” durumu oldukça yüksek bir ihtimale tekabül etmektedir. “çok yüksek ihtimal” (hoch wahrscheinlich) ise kanun koyucunun yeterli gördüğü ihtimali değer olup kanuni ispat ölçüsü olarak kabul edilir. Bunun altındaki değerler ise ispat

⁵⁴ Ekelöf, Per. «Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins.» ZZP75: 289 vd, 1962, s. 289.

⁵⁵ Ekelöf, Per. «Beweiswert.» Festschrift für Fritz Baur içinde, 343 vd. Tübingen, 1981, s. 343, 352.

durumunun düşürüldüğü yerlerde söz konusu olan ispat durumudur. Dolayısıyla ağır basan ihtimal durumu, ispat durumunun düşürüldüğü yerlerde gerekli olan ispat ölçüsü durumudur⁵⁶.

Musielak ise yargı kararlarına uygun olarak şu şekilde bir sınıflandırma yapmıştır;

“kesinlik sınırında ihtimal” (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit),

“oldukça yüksek ihtimal” (mit grosser Wahrscheinlichkeit) ve

“ağır basan ihtimal” (überwiegender Wahrscheinlichkeit)⁵⁷.

Nasıl ki sübjektif teori objektifleştirilmiş dayanak noktaları olmadan mevcut olamaz ise objektif teori de olay hâkimin ihtimali değerin belirlenmesi açısından hâkimin kişisel kanaati olmadan mevcut olamaz⁵⁸. Sonuç olarak sübjektif teorinin ve objektif teorinin farklı çıkış noktaları bulunsa dahi bugün için birbirine yaklaşmış durumdadır. İki teorinin sonucu açısından da pek bir fark bulunmamaktadır⁵⁹.

bb. Ağır Basan İhtimal Teorisi

Ağır basan ihtimal de (yahut baskın ihtimal), prensip olarak ihtimali bir durumun iknasıdır. Buna göre de hâkim gerçeğin iknası ile değil ihtimali bir durumun iknası ile yetinmelidir. Bu anlamda da ağır basan ihtimal bir ihtimali değeri ifade ettiği için objektif ispat ölçüsü teorisi içindedir. Ancak objektif teorinin bazı taraftarları, ispat ölçüsünün genel olarak ağır basan ihtimale düşürülmesini istemektedirler. Bu öğretiye göre bir davada hak talebinin şartlarının en azından %51 oranında ispatlanması durumunda ispat faaliyeti gerçekleşmiş demektir. Bu görüş özellikle Ekelöf'ün Almanya'daki çalışmaları sonucunda tanınır hale gelmiştir. Bu çalışmalar Angloamerikan⁶⁰ ve İsveç (İskandinav)⁶¹ yaklaşımından etkilenmişlerdir⁶².

Angloamerikan Hukuku'nda genel olarak kabul edilen ölçü şu şekilde ifade edilmiştir; *“ispat derinliği iyi bir biçimde oluşturulmalıdır. İhtimalin mantıklı bir derecesinin (reasonable degree of probability), meydana gelmesi zorunludur. Ancak bu derece, ceza davalarında olduğu kadar yüksek olmak zorunda değildir. Eğer bir şeyin olma ihtimali olmama ihtimalinden daha yüksek ise mahkeme karar verebilir. Ancak eşitlik halinde ihtimal oluşmamış demektir⁶³”*. Ancak belirtmek gerekir ki Angloamerikan Hukuku'nda da ihtimalin bu şekilde belirlenmesine

⁵⁶ Huber, s. 115.

⁵⁷ Musielak, 1977, s. 451, 458; Berg-Winters, s. 103.

⁵⁸ Ekelöf, 1981, s. 343; Berg-Winters, s. 103.

⁵⁹ Engels, 1994, s. 27.

⁶⁰ Angloamerikan hukuk dalında bunun için ihtimalin yoğunluğu veya ihtimalin ağır basması manasında “preponderance of probability” veya kanıtların ağır basması manasında “preponderance of evidence” kavramı kullanılmaktadır. Doktrinde Angloamerikan hukukunda özellikle Kegel ve Maassen etkilenmişlerdir (Huber 1983, s. 83). Daha geniş bilgi için bkz.; Brinkmann, Moritz. *“Probability and Conviction Irreconcilable Concepts or Two Sides of the Same Coin? A Comparative Analysis of the Standard of Proof in Civil Matters, Institute of Comparative Law”*, Montreal: McGill University, 2003, s. 29.

⁶¹ Doktrinde İsveç Hukuku'ndan özellikle Bruns etkilenmiştir (Huber, s. 83)

⁶² Ekelöf, *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*, 1962, s. 289; Motsch, s. 37; Schwab, s. 451, 452; Berg-Winters, s. 103.

⁶³ Brinkmann, s. 30.

karşı çıkan görüşler vardır. Bu görüşlerde, tıpkı Alman Hukuku'nda sübjektif teori için aktarmış olduğumuz görüşlere paralel şekilde, hâkimin bir vakianın gerçek olduğuna ilişkin ikna olması ("satisfied" that a fact exists) gerektiği, hâkimin bir takım ihtimali hesapların karşılaştırmasına göre karar veremeyeceği (mechanical comparison of probabilities) üzerinde durmuşlardır. Bu görüşe göre jüri "yüksek bir ihtimale" (more probable) göre değil, gerçek olarak kabul ettikleri üzerine ("upon what they find to be facts".) karar vermelidirler⁶⁴.

Ağır basan ihtimal ilkesi genel olarak şu argümanlara sahiptir⁶⁵;

-Ağır basan ihtimal ilkesi kural ispat ölçüsü olmalıdır.

-Yanlış karar verilme riskini iki taraf da eşit bir biçimde taşımak durumundadır. Yanlış karar verme riski azalacaktır.

-Ağır basan ihtimal ilkesi ispat yükü kurallarını gereksiz hale getirecektir. Bu ilkenin kabulü ile ispat yükü kurallarına ihtiyaç duyulmayacaktır.

Alman hukuk öğretisinde ilk defa Kegel "ağır basan ihtimalin" genel ispat ölçüsü olması gerektiğini savunmuştur⁶⁶. Kegel'e göre, ağır basan ihtimal bir kişinin elde edebileceği en iyi ihtimaldir ve bu ağır basan ihtimale göre karar vermek de adil bir yaklaşımdır⁶⁷. Kegel, özellikle nedensellik bağının ispatında ihtimalin derecesinin düşürülmesi gerekliliğine işaret etmiştir. Hâkimin kesin ihtimale ulaşması (absolute Wahrscheinlichkeit) mümkün olmadığından her ispat özünde ihtimale dayalı bir hüküm içerir. Bu ihtimali içinde ağır basan ihtimal yeterli olmalıdır⁶⁸.

Maassen'e göre de yargı kararları ve doktrin tazminat hukukunun önemli alanlarında ispat ölçüsünün ağır basan ihtimale (baskın ihtimal) düşürülmesine başlamışlardır⁶⁹. İlk görüşün ispatındaki ispat ölçüsünü de ispat ölçüsünün genel olarak düşürülmesinin bir ihtiyaç olduğunun delili olarak anlamıştır⁷⁰. Ayrıca Maassen'e göre, yargı kararlarında geçen tam ispat anlamında kural ispat ölçüsü olan "kesinlik sınırındaki ihtimal", oldukça yüksek bir ispat ölçüsüdür. Bu nedenle ispat ölçüsünün düşürülerek, daha gerçekçi bir ispat ölçüsü olan "ağır basan ihtimal" (überwiegende Wahrscheinlichkeit)'in tam ispat anlamında kural ispat ölçüsü olarak kabul görmesi gerekir⁷¹.

Motsch'a göre medeni usul hukukunda yanlış karar verilme riskini iki taraf eşit biçimde paylaşır. Motsch ağır basan ihtimal ilkesinin kullanım alanını genişletmiştir. Motsch'a göre, kanun koyucu hâkime sadece iki tane karar ihtimali sunmuştur. ZPO 286'nın ilk cümlesinin lafzından bu anlaşılmaktadır. Buna göre hâkim bir vakıa hakkında, ya olmuştur (als wahr)

⁶⁴ Bu görüşler için bkz.; Brinkmann, s. 30.

⁶⁵ Bu görüşler için bkz; Huber, s. 125.

⁶⁶ Huber, s. 83.

⁶⁷ Kegel, Gerhard. "Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach der überwiegenden Wahrscheinlichkeit." *Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für Kronstein* içinde, 1967, 321 vd, s. 321, 335, (naklen; Berg-Winters, s. 103).

⁶⁸ Kegel, 328, 333, (naklen; Başözen, s. 124)

⁶⁹ Maassen, Bernhard, M. "Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess", Bonn, 1975, s. 55.

⁷⁰ Maassen, s. 65.

⁷¹ Maassen, s. 61- 66; Başözen, s. 123.

yahut olmamıştır (nicht wahr) şeklinde bir kanaate varmak durumunda olup hâkimin üçüncü bir ihtimali (non liquet⁷²) bulunmamaktadır. Sadece gerçek anlamda üçüncü bir çözüm yolunun⁷³ bulunması halinde üçlü bir ihtimal olabilir ki bu durum (zararın paylaşılmasının ertelenmesi⁷⁴) çok nadir olarak rastlanan bir durumdur. Dolayısıyla hâkim “non liquet” durumunda yani belirsiz olan durumlarda “hayır” yani vakıanın ispatlanmamış olarak kabul etmesi gerekir. Eşitlik durumunda verilecek cevap “hayır” cevabı olmalıdır⁷⁵. Ancak “evet” kararının yanılma payı %49, “hayır” kararının yanılma payı %51 ise, hâkim “evet” kararını tercih etmek zorundadır. Çünkü evet kararının yanılma payı daha düşüktür⁷⁶.

Ağır basan ihtimal görüşünün bu argümanlarına karşı çıkmıştır. Sebep olarak da ZPO §286'nın lafzının gerçeğin iknasını istediği ve mümkün olduğunca ideal gerçeğe yaklaşılmamasının gerektiği gösterilmiştir⁷⁷. Kanun koyucu kanuni ispat ölçüsünü zaten bilinçli olarak bazı yerlerde düşürmüştür. Genel olarak kanuni ispat ölçüsünün bütün durumlarda düşürülmesi kanun koyucunun iradesinin dışındadır⁷⁸.

İspat yükü kurallarının dağılımı ise tesadüfi değildir, bilakis bir haklılık değerlendirmesi sonucunda dayanmaktadır. İspat talebindeki değişiklikler sonuçta bir hak talebinin yerine getirilmesine etki etmektedir. Böylece kanun koyucu hak talebinin şartları ve bunların ispatı arasında bir denge yaratmaya çalışmıştır⁷⁹. Maddi hukuk tarafından belirlenen sorumluluk durumundan uzaklaşmak endişe vericidir⁸⁰. Huber, ağır basan ihtimaline karşı olan görüşlerine şu şekilde bir örnek ile açıklamaya çalışmıştır; A ve B ikisi de toplum içinde gayet iyi şöhreti olan ve iyi tanınan iki insandır. Bir kilisenin açılış töreninden sonra alkolünde etkisi ile aralarında kavga etmişlerdir. İki tarafta dışlarının kırılması nedeniyle dava açmıştır. Bu aralarındaki kavgayı kimse görmemiştir. A maddi ve manevi zararlarının tazmini için açmış olduğu davada B'nin kendisine saldırdığını bu nedenle kendisini koruduğunu iddia ve dava etmiştir. B ise bu iddiaların tamamını reddetmiştir. Huber bu durumda hâkimin ne yapması gerektiğini sormuştur. Motsch'a göre, bu davanın kabul edilmesi gerekir. Çünkü dava açan dava açılana göre tercih edilmelidir. Ağır basan ihtimal ilkesine göre dava açanın tercihi yanlış karar verilme riskini azaltır. Ancak bu durum haklılık arz eder mi? Burada açıktır ki, hâkim ispat yükü kurallarına başvurmak zorundadır. Dolayısıyla kanun koyucu çok bilinçli bir biçimde ispat yükü kurallarını düzenlemiştir⁸¹. Dava açanın korunmasının haklı bir tarafı bulunmamaktadır. Aksi

⁷² Bu kavramın İngilizce kullanımı “it is not clear” dir. Bu kavramdan kasıt, hâkimin, bir davada ispat yükü kurallarına göre karar vermek zorunda olmasıdır. Bir davada verilen karar ya “evet”, ya “hayır” şeklinde olup üçüncü bir imkân yoktur. Bu durumda hâkim ispat yükü kurallarına göre karar vermelidir (Brinkmann, s. 18).

⁷³ “Tertium Lösung” kavramı iki alternatifin yanında üçüncü bir alternatifin olması durumudur.

⁷⁴ “Sachadensteilung Vertagung”

⁷⁵ Motsch, s. 248.

⁷⁶ Motsch, s. 248.

⁷⁷ MüKo-Prütting, §286, Rd. 36.

⁷⁸ MüKo-Prütting, §286, Rd. 36; Prütting, 1983, s. 79; Prütting, 1989, s. 3, 7; Leipold, Dieter. “Wahrheit und Beweis im Zivilprozess.”, *Festschrift für Hideo Nakamura zum siebzigsten Geburtstag* içinde, Berlin, 1996, s. 301 vd., s. 312.

⁷⁹ Leipold, 1996, s. 313.

⁸⁰ Baumgärtel, s. 165, 179; Engels, s. 39; Greger, s. 112; MüKo-Prütting, §286, Rn. 39; Prütting, 1983, s. 78; Walter, s. 181.

⁸¹ Huber, s. 126.

takdirde bu durum halk arasında sağlam bir şekilde inanılan, herkesi iddia ettiği hak talebini ispatlamak zorunda olduğuna ilişkin inancı sarsıcı nitelikte olur⁸².

c. Kural İspat Ölçüsü ve İspat Zorluğunun Aşılmasının Bir Aracı Olarak İspat Ölçüsünün Düşürülmesi

Görüldüğü üzere Alman Doktrinde ispat ölçüsü ve ihtimal teorilerine ilişkin çok sayıda görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerin hepsinin amacı hâkimin bir karar verirken iddia edilen vakıanın ne zaman ispat edilmiş sayılması gerektiğine ilişkin bir ölçü belirleyebilmektir. Bu anlamda hâkimin hiçbir rolü olmaması gerektiği sadece bir takım matematiksel hesaplar yolu ile belirlenen ihtimal derecesine göre karar vermesi gerektiğinden başlayarak hâkimin tamamen şahsi iknasına göre bir karar verilebileceğine ilişkin birçok görüş bulunmaktadır. Hatta denilebilir ki, bu iki görüş arasında da söylenebilecek hemen hemen her görüş belirtilmiş, her görüş kendine özgü iddialar ve karşı iddialar yolu ile görüşlerini açıklamıştır. Alman yargı kararlarına baktığımızda da her iki görüşü haklı kılacak argümanların bulunabileceği kararlar verilmiştir⁸³.

Ancak incelemelerimiz sonucunda gerek doktrin gerekse yargı kararlarında genel olarak kabul gören görüşler şu şekilde özetlenebilir;

- Öncelikle belirtmek gerekir ki ne sübjektif teori ne de objektif teori durumu tam olarak izah edebilecek durumda değildir. Bu yüzden her iki teori de birbirinin görüşlerinden faydalanmış ve gittikçe de birbirine yaklaşmıştır. Bu anlamda orta bir yolun kabul gördüğü söylenebilir.

-Sübjektif teorinin temel noktası olan hâkimin şahsi iknası genel olarak yargı kararlarında kabul görmüştür. Yani hâkim vermiş olduğu kararın arkasında durabilecek durumda olmalıdır. Hâkimin bu anlamda kişisel kanaati önemli olmaktadır. Bu yüzden sübjektif teorinin hâkimin iknasını esas alan bu görüşü isabetlidir.

-Ayrıca gerçek tam olarak hiçbir zaman bilinemez. Hâkimin vermiş olduğu karar gerçeğin kendisi değil gerçeğin ihtimali bir değeridir. Bu yüzden hâkimin iknasının bu ihtimali değer üzerinde olması gerekir. Çünkü yargılama konusu olan şey bir vakıanın gerçek olup olmadığı değil, iddia edilen vakıanın gerçek olduğuna ilişkin yüksek bir ihtimalin mevcudiyetinin hâkimin ikna edilmesidir.

-Ancak hâkim bu kanaatini oluştururken düşünce, mantık ve ilmi kurallara uygun olarak hareket etmelidir. Bu anlamda ihtimalin objektif bir biçimde belirlenebilmesine de özen gösterilmelidir.

-Hâkimin kişisel iknası, yargı kararlarında geçen ifade ile günlük yaşamda kullanılacak ölçüde bir ikna yeterli olmalıdır. Makul şüphelerin olması iknanın oluşumunu engellemez.

⁸² Berg-Winters, s. 105; Walter, s. 181; Baumgärtel, s. 165, 179.

⁸³ Bu kararlar açısından bkz.; Albayrak, s. 332 vd.

Bu anlamda Türk Hukuku'nda geçen “*hayatın olağan akışına uygun olma*”⁸⁴ formülasyonun bu şekilde Alman Hukuku ile örtüştüğü söylenebilir.

-Ayrıca “*ağır basan ihtimal ilkesi*” de kural ispat ölçüsü olarak kabul edilmemektedir. Çünkü bu şekilde kural ispat ölçüsünün düşürüldüğü yerler zaten kanun koyucu tarafından özel olarak belirtilmiştir. Bu şekilde genel bir ispat ölçüsünün düşürülmesi kanunun amacına aykırı olmaktadır. Çünkü bu şekilde verilen bir kararın güvenilirliği de sorgulanır hale gelir.

-Ancak bazen ispat ölçüsünün genel olarak yüksek ölçüde olması gerektiği kabul edilse de, yargı kararlarında geçen “*pratik hayatta kullanılabilen ölçü*” (für das praktische Leben brauchbare Grad von Gewissheit⁸⁵) kelimesinden bu ölçünün değişken olduğu savının çıkarılabileceği de söylenmiştir. Bu anlamda belirlenebilir bir ölçünün olamayacağı, genel – soyut formülasyonların pratik anlamda bir değer taşımayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu görüş, subjektif ispat ölçüsünü merkez almış ancak olaylara göre değişen bir ölçünün olabileceğini söylemiştir⁸⁶.

-Sonuç olarak Alman Hukuku'nda kural ispat ölçüsü olarak ihtimale dayalı yüksek ihtimalin (hohe Wahrscheinlichkeit) esas alınacağı genel olarak kabul görmektedir⁸⁷. Doktrinde ileri sürülen bu görüş yargı kararlarında “*kesinlik sınırında ihtimal* (an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit) şeklinde de geçmektedir. Hâkimin mantıklı bütün şüphelerden arınmış bir şekilde ikna olması gerekir⁸⁸. İspat ölçüsü maddi hukuk tarafından belirlenmektedir. İspat ölçüsünün düşürülmesi sadece kanunda belirlenen hallerde geçerlidir. Ancak yargı kararları ile de bu kesinlik sınırında ihtimal düşürülebilmektedir. Özellikle ispat güçlüğüne yaşandığı nedensellik bağının ve kusurun tespitinde ispat kolaylıkları kavramı geliştirilmiştir. Buna göre bazı durumlarda ilk görünüş ispatı, fiili karineler, tecrübe kuralları yolu ile ispat ölçüleri düşürülebilmektedir⁸⁹.

Hatta daha önce de bahsetmiş olduğumuz üzere, yargı kararları ve doktrin, tazminat hukukunun önemli alanlarında, yanlış tedaviden kaynaklı tazminat taleplerinde ve iş hukukundan kaynaklı bazı taleplerin kabulünde ispat ölçüsünü ağır basan ihtimale (baskın ihtimal) kadar düşürmektedir⁹⁰. Zaten ilk görünüş ispatı kavramı aslında ispat ölçüsünün

⁸⁴ Hayatın olağan akışı ile kastedilen tecrübe kuralları, hayatta sık tekrar eden, tekrarlanması ihtimal dahilinde olan olaylardan veya bilimsel ve teknik bilgilerin oluşturduğu ve kendilerini oluşturan somut olaylardan bağımsız hale gelmiş kurallardır (Alangoya, Yavuz. «*Senede Karşı Senetle İspat*» Kuralı ve «*Hayatın Olağan Akışı*» Kavramı.» Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan içinde, 521 vd. Ankara, 2004, s. 528, dn 32).

⁸⁵ BGH VersR 1956, 194; BGH VersR 1957, 362 (naklen, Huber, s. 62)

⁸⁶ Rommè, Oliver. “*Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast*”, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, s. 62; Berg-Winters, s. 106.

⁸⁷ Doktrinde; Musielak, 1975, s. 92; Musielak, 1977, s. 464; Baumgärtel, s. 178; Arens, Peter/ Wolfgang, Lüke. “*Zivilprozessrecht*”, München, 1994, s. 203, Rn. 257; Prütting, 1983, s. 86; Huber, s. 122; Engels, s. 40; Walter, s. 164; Berg-Winters, s. 108; Kollhossler, Helmut. «*Besprechung von Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung.*» ZZZP 270 vd., 1983, s. 271. Yargı Kararlarında: BGH VersR 1954, 495; BGH VersR 1956, 696 (naklen; Huber, s. 61)

⁸⁸ Arens/ Lüke, s. 202, Rn. 257.

⁸⁹ Başözen, s. 294, dn. 383.

⁹⁰ Maassen, s. 55.

düşürülmesinin doktrindeki teorik ifadesinden başka bir şey değildir. Bu da ispat ölçüsünün düşürülmesi suretiyle ispatın kolaylaşmasının ihtiyaç olduğunun başka bir kanıtıdır⁹¹.

Ayrıca Maassen'e göre, yargı kararlarında geçen tam ispat anlamında kural ispat ölçüsü olan "*kesinlik sınırındaki ihtimal*", oldukça yüksek bir ispat ölçüsüdür. Bu nedenle ispat ölçüsünün düşürülerek, daha gerçekçi bir ispat ölçüsü olan "*ağır basan ihtimal*" (überwiegende Wahrscheinlichkeit)'in tam ispat anlamında kural ispat ölçüsü olarak kabul görmesi gerekir⁹². Çünkü davanın taraflarından birinin davayı sırf iddia ettiği vakıaları ispat edememesi sebebiyle kaybetmesi usul hukukunun amaçlarından biri olan adil hüküm verme amacını sekteye uğratar. Ayrıca bir hakkın korunabilmesi için ne kadar mükemmel hukuk normları düzenlerseniz düzenleyin bunların ispatının imkânsız yahut çok güç olması öngörülen normun uygulanamaması ve dolayısıyla ilgili hakkın korunamaması anlamına gelecektir. Bu durumda da o normun düzenlenmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Bunun farkında olan kanun koyucu bazı yerlerde ispat ölçüsüne yönelik düzenlemeler yapma ihtiyacı hissetmiştir. Örneğin İş Kanunu'nun 5. maddesinde işverenin eşit davranma borcu düzenlenmiştir. Burada, iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak eşit davranma borcuna aykırı işlemin yapılamayacağı düzenlenmektedir. Düzenlemenin son fıkrasında ise "*20'nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur*" şeklinde bir düzenleme mevcuttur. İşverenin eşit davranma borcu ve ayırım yasakları, işçinin kişiliğinin korunması bakımından önemli bir koruma öngörmektedir. Ancak ifade ettiğimiz gibi bir maddi hukuk normunun var olması kadar o düzenleme ile korunmak istenen kişi ya da topluluğun o hakka erişimi de önemlidir. Psikolojik ya da cinsel taciz gibi işçinin kişilik hakkının ihlalini oluşturan diğer eylemlerde olduğu gibi farklı muameleye maruz kaldığının ya da ayrımcılığa uğradığının ispat edilmesi de işçi açısından oldukça güçtür⁹³. Bu nedenle İşK. 5. maddesinin 7. fıkrasında ispat yükü üzerinde olan işçi bakımından ispat kolaylığı öngörülmüştür⁹⁴. Hükümde geçen "*iddianın güçlü bir şekilde ortaya konması*" ifadesi ile ihlali oluşturan eylemin doğrudan ispatı çok güç hatta neredeyse imkânsız olacağından işçiye emareler ile ve dolayısıyla daha düşük bir ispat ölçüsüyle iddiasını ispat etme imkânı verilmektedir⁹⁵. Kanunda geçen "*ihlalin ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya konulmasından*" kasıt, kanaatimizce ispat ölçüsünün düşürülerek ilk görünüş ispatı çerçevesinde bir ispatın yeterli kabul edilmesidir. Burada kanun koyucu ayrımcılık yasağının ispatının zor olduğundan yola çıkarak hakimlere bir yol göstermek istemiştir. Buna göre hâkim düşük dereceli bir ispat ölçüsü ile yetinebilecektir. Bu düşük dereceli ispat ölçüsünü de

⁹¹ Maassen, s. 65.

⁹² Maassen, s. 61- 66; Başözen, s. 123.

⁹³ Alkış- Cemiloğlu, Deniz. *İş Yargılamasında İspat*, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü- YÖK Tez Merkezi, Adana, 2024, s. 218.

⁹⁴ Albayrak, Hakan/ Yuvalı, Ertuğrul. «*İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.*» *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 9 (34): 73-113, 2012, s. 83; Y9HD, T. 15.05.2019, E. 1423, K. 11167; Y9HD, T.23.09.2010, E. 34788, K. 25328 (naklen; Alkış Cemiloğlu, s. 218)

⁹⁵ Albayrak/ Yuvalı, s. 90.

“ihtimal” kavramı ile ifade etmek istemiştir. Yani ihtimal kavramı ile ispat ölçüsünün düşük derecede tutulduğuna vurgu yapılmak istenmiştir. Yoksa “güçlü biçimde” ifadesine takılarak ispat ölçüsünün yükseltildiği anlaşılmamalıdır. Burada “yalın bir ihtimalin” yeterli olmadığını vurgulamak için bu ihtimalin “güçlü bir biçimde” ortaya konulması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla burada yalın bir iddiadan daha fazla ancak tam bir kanaatten daha azının yeterli olduğu anlatılmak istenmiştir. Eğer işçi ayrımcılık yasağı ihlalini mevcudiyeti ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koyarsa ispat yükü karşı tarafa geçmektedir. Aslında kanun koyucunun ispat yükünün yer değiştireceğini belirtmesine dahi gerek bulunmamaktadır. Zira zaten işçi iddia etmiş olduğu ayrımcılık yasağı ihlali vakiasını kanunun koymuş olduğu ölçüde ispat etmesi durumunda işverenin bunu çürütecek bir karşı ispat faaliyeti yapması gerekecektir. İşveren, işçinin bu düşük dereceli şekilde yapmış olduğu ispat faaliyetini çürütecek bir ispat faaliyeti yapamaz ise davayı kaybedeceği söylenebilir. Dolayısıyla ispat yükünün işverene geçeceğinin kanunda yer alması sadece açıklayıcı ve hakimlere yol gösterici mahiyette olmuştur⁹⁶.

Özellikle iş hukuku alanında ispat ölçüsünün düşürülmesi suretiyle ispat kolaylıklarının sağlanmaya çalışıldığı birçok durum söz konusudur. Bu bağlamda, psikolojik tacizin (mobbingin) ispatında, cinsel tacizin ispatında, işçinin kişisel verilerinin ihlalinin ispatında, belirtmiş olduğumuz eşit davranma borcunun ihlalinin ispatında, sendikal nedenle ayırımın ispatında, fazla çalışmanın ispatında ispat ölçüsünün düşürülmesi suretiyle işçi lehine ispat kolaylıkları bazı durumlarda kanun koyucu tarafından bazı durumlarda da yargı kararları ile sağlanmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla kural ispat ölçüsü iddia edilen hakkın durumuna, menfaat dengesine göre ağır basan bir ihtimale kadar düşürülmektedir. İşte bunun doktrindeki adı ise ilk görünüş ispatıdır. Ayrıca yargılama esnasında usuli taleplerin kabulü için kullanılan yaklaşık ispatın ilk görünüş ispatında farkı ve ispat kolaylıkları içindeki yerini de ayrıntılı aşağıda incelemeye çalıştık.

B. İSPAT YÜKÜ – DELİL İKAME YÜKÜ VE DELİL İKAME YÜKÜNÜN YER DEĞİŞTİRMESİ SURETİ İLE İSPAT KOLAYLIĞININ SAĞLANMASI

1. İspat Yükü Kavramı

İspat yükü, belli somut bir vakianın gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılabilmesi, yani belirsizlik halinde hâkimin aleyhte bir kararı ile karşılaşması tehlikesidir⁹⁷. İspat yükü belirsizlik veya ispatsızlık halinde riski kimin taşıyacağı ile ilgilenecek, belirsizlik halinin aşılması ve karar vermekle yükümlü olan hâkimin kimin lehine karar vereceğini düzenleyen kurallardır.

İspat yükü delillerin değerlendirilmesi aşamasından sonra gündeme gelecek ve önem kazanacaktır. Eğer maddi meselenin açığa çıkarılması için sunulan deliller yeterli ise ispat yükünün kimde olduğu önem taşımaz. İspat yükü, tarafların taleplerini haklı göstermeye yarayan

⁹⁶ Albayrak/ Yuvalı, s. 91.

⁹⁷ Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder. *İspat Yükü*, İstanbul, 1980, s. 49; Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis. *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul, 2009, s. 309; Atalay 2011, s. 9; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 357; Görgün, Şanal/ Levent Börü/ Mehmet Kodakoğlu. *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2023, s. 441; Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara, 2022, s. 428; Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara, 2023, s. 478); Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol. *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, 2022, s. 26.

vakıa iddiaları talep edilen hukuk normunun uygulanması için yeterince açığa kavuşturulamamış ise yani bir belirsizlik hali söz konusu olmuş ise, hâkim ispat yükü kuralları gereğince bu belirsizlik halinde riski kimin taşıyacağına karar vermek zorundadır. Bu kararı verirken ispat yükünün kimin üzerinde olduğu önemlidir. İspat yükü kimin üzerinde ise ispat edilememe riskini o taşıyacak ve böylece karar aleyhine olacaktır⁹⁸.

Belirsizlik hali ile iddianın doğru olmadığına karşı tarafça ispat edilmesi halinin birbirinden ayrılması gerekir. Zira bir tarafça ileri sürülen vakıa iddiasının doğru olmadığı, karşı tarafça ileri sürülen delillerden anlaşılabilir ve hâkimde vakıa iddiasının gerçekleşmediği konusunda kanaat oluşmuş ise ispat yükü kurallarının belirlenmesine ihtiyaç yoktur.

Sonuç olarak ispat yükü kuralları niteliği gereği birer maddi hukuk kurallarıdır. Belirsizlik halinin aşılmasına hizmet eden ve belirsizlik halinde ispat yükünü taşıyan taraf aleyhine karar verilmesi yolunda hâkime görev yükleyen özel hukuka ait maddi hukuk kurallarıdır⁹⁹.

İspat yükü yer değiştirmez. Çünkü ispat yükü kuralları kanunlarda belirtilmiştir. İspat yükünün yer değiştirmesi, ispat yükünün normlara dayanan kanunlarda belirtilen dağılımının değişmesi anlamına gelir¹⁰⁰.

2. Delil İkame Yükü

Delil ikamesi; tarafların, kendi iddialarını ispat etmek ve karşı tarafın savunmalarını çürütebilmek için mahkemeye ispata elverişli delil araçlarını sunmasıdır¹⁰¹. Delil ikame yükü (Beweisführungslast) doktrinde çok değişik şekillerde adlandırılmıştır. Delil ikame yükü yerine, “*subjektif iddia yükü*”, “*subjektif ispat yükü*”, “*şekli ispat yükü*” (formelle Beweislast)¹⁰², “*gerçek olmayan ispat yükü*” (falsch Beweislast)¹⁰³ kavramları da kullanılmıştır. Bu çalışmamızda ispat yükü (objektif ispat yükü) kavramından farkının daha iyi anlaşılabilmesi için “subjektif ispat yükü kavramı yerine”, “delil ikame yükü” kavramını tercih edeceğiz. Çünkü objektif ve subjektif ispat yükü kavramının içinde ispat yükü kelimesinin kullanılması nedeniyle bu iki kavramın karıştırılması daha kolay olmaktadır. Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere doktrinde Taşpınar, ispat yükü-delil ikame yükü arasında yapılan ayrımları teorik olduğu pratik açıdan sonucu değiştirici bir etkiye sahip olmadığını söylemektedir. Hatta teorik açıdan ispat yükünün maddi hukuka ait olduğu, delil ikame yükünün ise usul hukukuna ait olduğu şeklindeki görüşün de hatalı olduğunu savunmaktadır¹⁰⁴. Bize göre de bu şekilde uzun teorik ayrımların ve aşırı kavramsallaştırma uygulamada anlaşılammakta ve pratik olarak gerçekten sonuç değiştirici bir etkiye sahip olmamaktadır. Hatta bu nedenle delillerin engellenmesi durumunda

⁹⁸ Postacıoğlu, İlhan. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 1975, s. 534; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 309; Atalay, s. 10; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 357; Görgün/ Börü/ Kodakoğlu, s. 441; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar/ Ayyavaz, s. 428; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 478; Budak/ Karaaslan, s. 261.

⁹⁹ Atalay, s. 14; İspat yükü kurallarının maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı dahil olduğu konusundaki tartışma için bkz. Umar/ Yılmaz, s. 7-16.

¹⁰⁰ Atalay, s. 16.

¹⁰¹ Umar/ Yılmaz, s. 32; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 482; Atalay, s. 16; Börü, Levent. *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*, Ankara, 2016, s. 39; Topuz, Gökçen. *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Ankara, 2012, s. 38.

¹⁰² Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 697, § 116, Rn. 4.

¹⁰³ Atalay, s. 9.

¹⁰⁴ Taşpınar, s. 548.

Alman yargısı, kararlarında delil ikame yükü yerine, ispat yükünün yer değiştirmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Birazdan bahsedeceğimiz üzere aslında burada kastedilen yahut olması gereken delillerin engellenmesi neticesinde ispat yükünün değil, delil ikame yükünün yer değiştirmesi olacaktır.

Delil ikame yükü (subjektif ispat yükü) maddi vakıaların unsurlarını, hangi tarafın uygun delilleri ileri sürmesi yoluyla ispat etmek zorunda olduğu sorununu cevaplamıştır¹⁰⁵. Bir başka deyişle, hangi tarafa, hangi delillerin toplanması talebi yöneltilecek sorununa cevap vermeye çalışır. İspatlanamama durumunda davayı kendisine delillerin toplanması talebi yöneltilen taraf kaybedecektir¹⁰⁶. Bu taraflara yüklenmiş gerçek bir “yüktür” (Last). Her kim objektif ispat yükünü taşıyor ise ilke olarak delil gösterme yükünü de taşıyor demektir. Ayrıca ispat yükü üzerinde olmayan karşı taraf da bazen istisnai olarak açıklama yükümlülüğü altında kalabilir¹⁰⁷.

Delil ikame yükü (sübjektif ispat yükü) taraflara yüklenilmiş bir yük olması nedeniyle, taraflardan, davayı kaybetmemeleri için ileri sürdükleri vakıalara ilişkin delilleri ileri sürerek ispatlamaları istenmektedir. Delillerin ileri sürülmemesi halinde, delilleri ileri sürmesi istenen taraf, davayı kesin olarak kaybeder¹⁰⁸. Delil ikame yükü davanın seyrine bağlı olarak değişir. Eğer mahkeme iddia edilen vakıaların gerçekliğine tarafların getirmiş olduğu delillerden veya ilk delillerin toplanmasından sonra geçici olarak ikna olursa, karşı taraf oluşan bu iknayı ortadan kaldırmak için başkaca deliller (karşı deliller) ileri sürmek zorundadır. Dolayısıyla karşı taraf hâkimde oluşan bu geçici iknayı sarsmak için karşı delillerini getirmek zorundadır. Hâkimde oluşan iknanın durumuna göre somut delil gösterme yükü birine veya diğer tarafa yüklenmesi değişken olacaktır¹⁰⁹. Hatta objektif ispat yükü üzerinde olmayan yani tespit yükü üzerinde olmayan tarafa dahi bu yük yüklenebilecektir¹¹⁰. Delil ikame yükünün karşı tarafa geçtiği durumlara örnek olarak, ilk görünüş ispatının caiz olduğu durumlar, ispat güclüğü veya ispat imkânsızlığı bulunan durumlar, delillerin karşı tarafın hakimiyet sahasında olduğu durumlar, hayat tecrübesi kurallarına göre normal veya olağan durumunun aksinin iddia edildiği durumlar gösterilebilir¹¹¹. Tüm bu durumlarda hâkim, ispat yükü üzerine düşen taraf aleyhine değil, delil ikame etme yükünü taşıyan aleyhine karar verecektir. Burada özellikle ilk görünüş ispatında, asıl ispatın gerçekleştiği kabulü düşüncesine yatan özel bir durum vardır¹¹². Aynı şekilde delillerin engellenmesi durumunda da delil ikame yükünün ispat yükünü taşıyan taraf aleyhine değil karşı tarafa hâkim kararı ile geçirilebilmesi mümkün olabilecektir.

¹⁰⁵ Fuchs, Gisbert. *Die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast im zivilprozessualen Eilverfahren*, Bonn, 1993, s. 19; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 697, § 116, Rn. 4.

¹⁰⁶ Gottwald, Peter. «Grundprobleme der Beweislastverteilung.» *Jura* 225 vd, 1980, s. 226; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 697, § 116, Rn. 4.

¹⁰⁷ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 697, § 116, Rn. 4.

¹⁰⁸ Musielak, Hans-Joachim. «Gegenwartsprobleme der Beweislast.» *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess (ZZP)* 100: 385-411, 1987, s. 385, 403.

¹⁰⁹ Atalay, s. 18.

¹¹⁰ Fuchs, s. 20; Musielak, 1975, s. 36.

¹¹¹ Atalay, s. 21; Prütting, 1983, s. 10-13.

¹¹² Atalay, s. 21.

Musielak, delil ikame yükünün yer değiştirmesi kavramını, “*delil ikame yükünün taraflar arasında sarkaç gibi ileri geri salınması*” olarak ifade etmiştir. Bu simgesel ifade yerindedir. Çünkü sarkaç kendiliğinden hareket etmez, itici bir güce ihtiyacı vardır. Bu itici güç ise davada delil ikame yükü bakımından taraflar veya hâkimdir. Taraflardan biri delil ikame yükünü yerine getirmiş ise sarkacın topuzunu karşı tarafa doğru itmiş olur. O taraf da kendisine düşen delil ikame yükünü (somut delil gösterme yükü) yerine getirerek sarkacı karşı tarafa itmeye çalışacaktır. Bu simgesel anlatımı ispat yükü (objektif ispat yükü) ile sübjektif ispat yükünün somut delil getirme türü arasındaki ilişki için de yapabiliriz. Sarkacın yukarıdaki sabit bağlantı noktasını ispat yüküne, topuzunu ise delil ikame yüküne benzetebiliriz. İspat yükü sabit kalırken somut delil ikame yükü taraflar arasında duruma göre gidip gelmekte, yani yer değiştirmektedir¹¹³. Delil ikame yükünün bu şekilde ileri geri gidip gelmesi, tüm deliller tükenene kadar devam edebilir¹¹⁴. İspat yükünü belirleyen kurallar maddi hukukun alanına girmesine karşın, delil ikamesine ilişkin kurallar yargılama hukukunun alanına girmektedir¹¹⁵.

Özellikle, ilk görünüş ispatı, fiili karine gibi dolaylı ispata başvurulması durumunda ispat yükünün yer değiştirdiğine dair öğretide de kullanımlar görülmektedir. Örneğin işverenin eşit davranma borcuna aykırılığının ve ayırım yasaklarının düzenlendiği İşK. md. 5’te tarafların emareler ile ihlali ispat edebileceği düzenlendiğinden burada ispat yükünün işverene geçtiğinin ifade edildiğine rastlanmaktadır. Ancak dolaylı ispat mekanizmaları ile ispat halinde aslında karşı tarafa geçen ispat yükü değil delil ikame yüküdür¹¹⁶. Zira burada ispatsızlık nedeniyle oluşan bir belirsizlik durumu yoktur. Aksine ispat yükünü taşıyan taraf iddiasını ispat ederek hâkimde kanat uyandırmıştır ve bunu emareler ya da fiili karineler aracılığıyla yapmıştır¹¹⁷. Artık delil ikame yükü kendisine geçen taraf bu kanaati sarsmak durumundadır¹¹⁸. Karşı taraf, bu faaliyetinde başarılı olamazsa dava aleyhinde sonuçlanabilir ancak bunun sebebi hâkimin ispat yükü kuralına gitmesi değil, bir tarafın, dolaylı ispat vasıtalarıyla da olsa, iddiasını ispat etmiş olması ve hâkimde kendi lehine kanaat uyandırmış olmasıdır. Hâkimde oluşan kanaatin derecesi, somut olayın özelliğine göre, daha düşük olabilir ama bu bir ispatsızlık durumu değildir. Düşük dereceyle de olsa, hâkimde bir kanaat oluştuğu için hüküm kurulmaktadır.

Bu delil ikame yükü yalnızca taraflarca hazırlanma ilkesinin olduğu davalarda geçerlidir görüşü ileri sürülmüştür¹¹⁹. Çünkü re’sen araştırma ilkesine tabi olan davalarda hâkim, taraflardan bağımsız olarak, kendisi de bizzat delil toplayabilir. Diğer görüşe göre ise, delil ikame yükü, re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda da uygulama alanı bulur. Eğer hâkim bir tarafa delil ikame yükü yüklemiş ve buna rağmen o taraf delil ikame edememiş ise davayı kaybetme riskini taşır¹²⁰.

¹¹³ Atalay, s. 21.

¹¹⁴ Musielak, 1975, s. 36-37.

¹¹⁵ Umar/ Yılmaz, s. 32; Atalay, s. 17.

¹¹⁶ Prütting, 1983, s. 5-7; Laumen, s. 3742; Alkış- Cemiloğlu 2024, s. 107.

¹¹⁷ Laumen, s. 3742; Alkış- Cemiloğlu, s. 107.

¹¹⁸ Prütting, 1983, s. 5-7; Laumen, s. 3742; Alkış- Cemiloğlu, s. 107.

¹¹⁹ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, s. 697, § 116, Rn. 4.

¹²⁰ Atalay, s. 22; Alkış- Cemiloğlu, s. 107.

III. İSPAT KOLAYLIKLARININ TÜRLERİ

İspat kolaylıklarının türlerini aşağıda belirlemeye çalıştık. Ancak bu türler kesin olarak belirlenmiş, aralarında çok büyük farkların olduğu ve birbirlerinden tamamen farklı olan kavramlar değildir. Bunlar birbirleri ile benzerlikleri olan, çoğu kez aralarındaki ayrımın çok net olarak her zaman ortaya konulamadığı, daha çok yargı kararları ile geliştirilmiş kurumlardır. Biz ispat kolaylıkları üst başlığı altında ilk görünüş ispatı, emare ispatı, fiili karineler, tecrübe kuralları, delillerin engellenmesi durumlarını incelemeyi uygun bulduk. Fakat bu belirlemeler sınırlı bir sayıda sayılmış değildir. Yargı kararlarında kullanılan ifadelerin ayrı başlıklar altında incelenmesidir. Yargı kararlarında da çoğu kez bu kavramlardan bazıları birbirlerinin yerine kullanılmıştır. Bu durumdan yeri geldikçe bahsedilecektir.

A. İLK GÖRÜNÜŞ İSPATI

İlk görünüş ispatının temelleri İngiliz Hukukuna dayanmaktadır. İngiliz Hukuku'nda, özellikle 19. Yüzyılın başından itibaren açık denizlerde meydana gelen deniz kazalarının ispatı alanında uygulanmak üzere "ilk görünüş ispatı"nın temelleri oluşmaya başlamıştır. Daha sonra geliştirilerek diğer ülkeleri de etkilemiştir. Alman Hukuku'nda "Anscheinsbeweis" "prima-facie-Beweis"¹²¹ adıyla anılan ilk görünüş ispatına, Anglo-Amerikan Hukuku'nda da "res ipsa loquitur"¹²² adı verilmektedir¹²³. Amerikan Hukuku'nda verilen mahkeme kararları ile demiryolu, uçak ve trafik kazaları, hekimin tıbbi müdahale hatalarında, üreticinin sorumluluğu gibi farklı alanlarda "res ipsa loquitur" öğretisinden yararlanılmaktadır. Kusurun ispatından başka nedensellik bağının ispatı için de kullanılabileceği kabul edilmektedir¹²⁴.

¹²¹ İngiliz hukukunda "prima-facie evidence" kavramı ile Alman hukukundaki ilk görünüş ispatı özdeş kavramlar değildir. Buna karşılık, İngiliz ve Amerikan hukukunda uygulama alanı bulan "res ipsa loquitur", Alman hukukundaki "ilk görünüş ispatı" ile örtüşmekte olup; bu kavramlar emarelerle ispat ile fiili karine olarak kabul gören "prima facie evidence" ile karıştırılmaktadır. İngiliz hukukunda "prima facie evidence" gerçekleşmesiyle karşı tarafın "aksini ispat" etmesi gerekmektedir birlikte, "res ipsa loquitur" ile ilk görünüş ispatına benzer şekilde ispat yükü yer değiştirmemek; sadece davacı yararına ispat faaliyeti gerçekleştirilmiş olmakta, karşı taraf ise hâkimde oluşan geçici kanaati sarsmak amacıyla "karşı ispat" faaliyetine girişmektedir (Başözen, s. 21, dn. 49).

¹²² İngilizcede şu şekilde ifade edilir; "the thing (matter) speaks for itself." Olay kendi kendini zaten yeterince anlatmaktadır manasına gelmektedir. (<http://www.law-glossary.com/definition/res-ipsa-loquitur.html>, erişim tarihi 23.04.2024). Bu kavramın ilk temelleri 1863 tarihli İngiliz Vergi Mahkemesinin (Court of Exchequer) "Byrne v. Boadle" kararına dayanır. Karara konu olan olayda, davalıya ait deponun ilk kat penceresinden yoldan geçen bir kişinin üzerine içi un dolu bir fiçi düşmüş; zarar gören, depo sahibinden tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, zarar verdiği iddia edilen depo sahibinin olayın gerçekleştiği sırada deponun içinde olmaması sebebiyle kusurun oluşmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Üst derece mahkemesi ise yerel mahkemenin bu kararını, herhangi bir teorik açıklama yapmaksızın "bu somut olayın oluşuna göre, davalının kusuru res ipsa loquitur kabul edilmeli" şeklindeki Latince bir terimle bozmuştur. Aynı terim iki yıl sonra bir kaza nedeniyle yine İngiltere'de verilen bir kararda (Scot v. London ve St. Katherina Docks Co. Olayı) yeniden kullanılmıştır. Davaya konu olayda, bir alışveriş merkezinde inceleme yapan gümrük memurlarının üzerine altı şeker çuvalı düşerek yaralanmalarına neden olmuş; zarar görenler tazminat talebinde bulunmuşlardır. Kazanın nedeni tam anlaşılammıştır. Ancak mahkeme, kaza, davalının veya onun çalışanlarından birinin yönetimi, kontrolü altında olmuş ise, kazayı önleme yetkisine sahip olan kişilerin hayatın olağan akışının şartlarının gerektirdiği dikkat ve özeni göstermelerinin bekleneceğine hükmetmiştir. Bu dikkat ve özeni gösterdiklerinde bu tür bir kaza oluşmayacak denilebiliyorsa; bu durum, mahkemeye ilk bakışta kabul edilebilir bir delil oluşturur. Davalının bu yükümlülüğüne aykırı davranmasına neden olan hayat olayı hakkında açıklama yapılmadığı durumlarda, kazanın gerekli dikkat ve özen gösterilmediğinden gerçekleşmiş olduğu kabul edilir (Başözen, s. 23, 24).

¹²³ Başözen, s. 20.

¹²⁴ Başözen, s. 25.

“İlk görünüş ispatı” kavramı, Alman mahkeme uygulamalarında ilk olarak, Alman İmparatorluk Mahkemesinin (Reichsgerichts) 1888 tarihli kararında geçmektedir. Kararda, kavramın tanımı, açıklaması yapılmamıştır. Söz konusu karar, gemi kazaları bakımından gemi kaptanının sorumlu tutulmasına yöneliktir. Daha sonra benzer şekilde, Alman İmparatorluk Mahkemesinin (Reichsgerichts) 27.06.1900 tarihli kararına da konu olmuş; ancak teorik temeline yönelik bir açıklama yapılmamıştır¹²⁵. Ancak 07.11.1931 tarihli kararı ile ilk görünüş ispatının, delillerin serbestçe takdir edilmesi ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu karar ile ilk görünüş ispatı karinelere ayrılmıştır. Böylece ilk görünüş ispatının olduğu yerlerde hâkimde oluşan kanaatin bir aksi ispat (Gegenteilsbeweis, Beweis des Gegenteils) ile değil, karşı ispat ile (Gegenbeweis) ile çürütülmesi gerektiği kabul edilmiştir¹²⁶. İlk görünüş ispatı fiili karinelere de bu noktada ayrılmaktadır. Alman Federal Mahkemesi de İmparatorluk Mahkemesine uygun olarak, ilk görünüş ispatının temellerini, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirilmesi yetkisi çerçevesinde ele almıştır¹²⁷. İlk görünüş ispatı kısaca, tipik hayat olayları temel alınarak formüle edilmiştir. Bu formül, bir olaya temel teşkil eden, tekrarlanan unsurların tek tek tespiti yapılmış ve doğruluğunun sınanmış olduğu durumlarda, o olayın oluş biçiminin belirli bir süreçte ortaya çıkan yaşam deneyimlerine göre, öyle gerçekleştiğinin kabul edileceği veya inanılacağı düşüncesine dayanır¹²⁸.

İlk görünüş ispatının en önemli uygulama alanları kusur ve nedensellik bağının ispatıdır¹²⁹. İlk görünüş ispatının uygulanabilmesi için öncelikle yaşam deneyimlerimize dayalı tipik bir olayın varlığı gereklidir. Yargı kararlarında bu durum genellikle “tipik yaşam deneyimleri” (typischer Geschehensablauf) şeklinde yer almaktadır. Nedensellik bağının ilk görünüş ispatı ile kabul edilmesine örnek olarak; kaynak yapılan bir yerde çıkan yangının bu kaynak işi nedeniyle oluştuğunun ilk görünüş ispatı ile kabul edilmesi verilebilir. Bu örnekte kazaları önleyici düzenlemelere ya da koruma kanunlarına aykırılık durumlarında nedensellik bağının tespitinde ilk görünüş ispatının kullanılması durumu mevcuttur. Federal mahkemeye göre, kaynak yapıldığı sırada kaynak yapılan yere yakın duvarlara metallere sıçrayan parçaların yangın çıkarmasını, (ateş çıkarmasını) engellemek amacıyla ilgili düzenleme¹³⁰ gereğince mantolama işlemi yapılması gerekir. İşte kazaları önlemeyi amaçlayan düzenlemelere aykırı davranışın tespit edildiği durumlarda, yani yangının bu yönetmelik hükümlerine aykırı davranış nedeni ile çıkmadığının, davalı tarafından ispatlanması gerekir¹³¹. Bu nedenle bu olayda davalının iddiası olan, yangının dikkatsizce depoya sigara izmariti atılmasından kaynaklandığı iddiası dinlenmemiştir. Görüldüğü üzere kanuni düzenlemelere aykırılık halinde, nedensellik bağının var olduğu ilk görünüş ispatı çerçevesinde ön kabul olarak kabul edilebilmektedir. Bu duruma ilişkin diğer örnekler şu şekildedir; trafik kazalarında alkollü araç kullanımının araç kullanmayı

¹²⁵ Başözen, s. 30.

¹²⁶ Başözen, s. 31.

¹²⁷ Berg-Winters, s. 16.

¹²⁸ Berg-Winters, s. 17; Başözen, s. 33.

¹²⁹ Leipold, 1985, s. 16; Başözen, s. 181.

¹³⁰ UVV §8, III (Unfallverhütungsvorschrift) yani kazaları önleme yönetmeliği uyarınca kaynak işi yapan yangın tehlikesine karşı gerekli önlemleri almalıdır.

¹³¹ BGH VersR 1984, s. 63-64(naklen, Başözen, s. 188).

elverişsiz hale getirmesi¹³², emniyet kemerinin veya kaskın takılmaması halinde oluşan zarardan birlikte kusur çerçevesinde değerlendirilmesi sebebiyle tazminat miktarının azaltılması¹³³, trafikte arkadan çarpma olaylarında arkadan çarpan sürücünün ilk görünüşte kusurlu olduğunun kabulü¹³⁴, bir lokantanın trafonun altına yanabilir plastik çöpleri açık bir yerde, ayrıştırılmadan toplaması sonucundan çıkan yangından sorumlu tutulması¹³⁵, bir kişinin, merdivenlerin korkuluğunun yapılmaması sebebiyle inşaattan düşmesinde güvenlik önlemlerinin alınmaması sebebiyle düşmesindeki nedensellik bağının ispatı¹³⁶, il temizlik kurulunun kararına göre evinin önündeki buzlanmayı temizlemekle yükümlü davalının bu yükümlülüğü yerine getirmemesi sebebiyle yoldan geçen kişinin ayağının kayarak düşmesindeki sorumluluğun bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kişiye yüklenmesi¹³⁷, hekimlerin sorumluluğuna ilişkin olaylardaki ispat güçlüklerinin aşılmasında ilk görünüş ispatının kullanılması¹³⁸, ilaç üreticilerinin sorumluluğunda ilk görünüş ispatının kullanılması¹³⁹, çevreye verilen zararlardan ötürü ilk görünüş ispatı ile nedensellik bağının tespiti, gibi ilk görünüş ispatının uygulanmasına ilişkin örnekler verilebilir.

B. YAKLAŞIK İSPAT

1. Yaklaşık İspat Kavramı

Yaklaşık ispat için Alman ve İsviçre hukuklarında ise genellikle kullanılan ifade “Glaubhaftmachung” ifadesidir¹⁴⁰. Bu tam ispat terimi olan “Vollbeweis” teriminden ayırmak için kullanılır. Kelime anlamı olarak “voll” tam, dolu anlamında iken, “Glaubhaftmachung” ifadesi inandırma, ikna etme anlamında, tam olmayan ikna çabası anlamında kullanılmıştır. Türk Hukukunda çeşitli ifadeler kullanılmaktadır; “inanılabilir derecede ispat”¹⁴¹, “mukaraine ispat”¹⁴², “hakikate yakın ispat”¹⁴³, “kuvvetle muhtemel görme”¹⁴⁴, “hakkın varlığını muhtemel

¹³² BGH NJW 1990, s. 2393(naklen, Başözen, s. 223).

¹³³ BGH NJW 1983, s. 1380(naklen, Başözen, s. 229).

¹³⁴ BGH NJW 1982, s. 1595(naklen, Başözen, s. 316).

¹³⁵ BGH NJW 1978, s. 2032(naklen, Başözen, s. 197).

¹³⁶ BGH VersR 1974, s. 263 (naklen, Başözen, s. 204).

¹³⁷ BGH NJW 1984, s. 432-434(naklen, Başözen, s. 210).

¹³⁸ Ancak Türk uygulaması maalesef hekimlerin sorumluluğu alanında çekingen davranmakta, hastaya katlanılamayacak yükler yüklemektedir. Yargıtay bir hastanın ölümü ile sonuçlanan olayda, hekimin tıbbi tecrübe, tedavi kurallarına aykırı davranmasını zararlı nedensellik bağı için yeterli görmemiş, bu aykırı davranıştan ötürü bu tarz bir zarar doğabileceğinin tam (kesin) ispatını aramıştır. (Y 13. HD. 25.05.2000, 2892/5141, naklen (Başözen s. 269, dn. 296). Yargıtay’ın bu tarz çekingen tutumunun sebebi ispat hukukunda son dönemdeki gelişmeleri takip edememesi, ispat kolaylıkları kavramının Türkiye’de yeterince incelenmemiş olması, uygulayıcıların bu kavramlar hakkında yeterince bilgi sahibi olmamaları gösterilebilir.

¹³⁹ BGH JZ 1971, s. 507(naklen, Başözen, s. 295).

¹⁴⁰ Yılmaz, Ejder. *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*. Cilt I. Ankara, 2001, s. 895.

¹⁴¹ Ansay, Sabri, Şakir. *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara, 1960, s. 339.

¹⁴² Yıldırım, s. 40, Deren-Yıldırım, Nevhis. *Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sinai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler*, İstanbul, 2002, s. 54.

¹⁴³ Üstündağ, Saim. *İhtiyati Tedbirler*. İstanbul, 1981, s. 5-47.

¹⁴⁴ Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara, 2011, s. 585; HMK’nın kabulünden sonra Kuru/Arslan/Yılmaz’da parantez içinde yaklaşık ispat terimini kullanmışlardır.

göstermesi ve hakkın varlığını hakikate mukarin olduğunu¹⁴⁵, “olabilirlik ispatı”¹⁴⁶, “alacağın varlığına az çok kanaat”¹⁴⁷, “yüzeysel bir izlenim”¹⁴⁸, “yaklaşık ispat”¹⁴⁹.

Yaklaşık ispat terimi yerine yaklaşık ispatın olduğu yerlerde kanunda başkaca ifade biçimleri kullanılmaktaydı. “Muhtemel görme” (HMK m. 38/6); “talebin dayandığı sebepler ile bunların delil veya emareleri” (HMK m. 97); “mahkemece kanaat getirildiği” (HMK m. 220); “haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak” (HMK m. 334), gibi ifadeler kullanılmaktaydı. Ancak açık biçimde yaklaşık ispat terimi kanuni metinlerde yer almamaktaydı.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 390. maddesi ile birlikte yaklaşık ispat terimi de hukukumuzda girmiştir. 390. maddenin üçüncü fıkrasına göre “*tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını, yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır*”. Görüldüğü gibi kanun koyucu bilinçli bir tercih ile ihtiyati tedbirlerde ispat ölçüsü konusunda “yaklaşık ispat” terimini tercih etmiştir.

6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 76. maddesinde ise bu kavram kullanılmayarak “haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar” ifadesine yer verilmiştir. 6098 sayılı Kanunun¹⁵⁰ 76. maddesi şu şekildedir: “*Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir*”. Bu ifade Borçlar Kanununun Tasarısında “gerçeğe yakın gösterme” şeklinde ifade edilmişti. Tasarının geçici ödemeler başlıklı 75. maddesine göre, “zarar gören, iddiasının haklılığını gerçeğe yakın gösteren kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene, hükmü etkilemeyecek nitelikte geçici ödeme yapmasına karar verebilir”¹⁵¹. Görüldüğü üzere tasarıdaki “gerçeğe yakın”

¹⁴⁵ Postacıoğlu, s. 488, 493.

¹⁴⁶ Atalay, s. 21.

¹⁴⁷ Postacıoğlu, İlhan/ Altay, Sümer. *İcra Hukukunun Esasları*. İstanbul, 2010, s. 869.

¹⁴⁸ Postacıoğlu/ Altay, s. 861.

¹⁴⁹ Özekes, Muhammet. *İcra ve İflas hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara, 1999, s. 219; Yılmaz, s. 35-38; Rüzgaresen, Cumhuriyet. *İflas Sebepleri*, Ankara, 2011, s. 217; Ermenek, İbrahim. *İflasın Erteleme*. Ankara, 2009, s. 246; Pekcantez/ Atalay/ Özekes, s. 366; Ermenek, s. 246; Karşlı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, 2011, s. 642. Ancak Karşlı, icra hukuku ders kitabının ihtiyati haciz bölümünde “hakikate yakın surette ispat etme” terimini de kullanmıştır (Karşlı, Abdurrahim. *İcra Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, 2010, s. 667).

¹⁵⁰ Kabul Tarihi: 11.01.2011; Yürürlük Tarihi: 01.07.2012.

¹⁵¹ Gereğe: “818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “III. Geçici ödemeler” kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının iki fıkradan oluşan 75 inci maddesinde, geçici ödemeler düzenlenmektedir. Bu yeni düzenlemeyle, meselâ, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için âcilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasında, zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumunun da gerektirmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, hâkime, istem üzerine tazminat yükümlüsünün zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak, fıkrada yapılan düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, ifa amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmamaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca zarar görene yapılan geçici ödemelerin nihai kararda hükmedilmiş olan tazminata mahsup edileceği; zarar görenin açtığı davanın reddine karar verilmesi durumunda ise hâkim tarafından, aynı davada, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine hükmedileceği öngörülmektedir”.

ifadesi, kanunlaşma aşamasında kaldırılmıştır. Böylece “haklılığını (gerçeğe yakın) gösteren” ifadesi şeklinde kanunlaşmıştır¹⁵².

Yaklaşık ispatın tanımlamaları genellikle yaklaşık ispatın ölçüsüne vurgu yapılarak yapılır. Gerçekten de yaklaşık ispat kavramından bunun anlaşılması gayet normaldir. Ancak yaklaşık ispat, ispat ölçüsünün düşük olarak önceden kabulünün zorunlu olması durumudur. Yani yaklaşık ispat faaliyetinin gerçekleştiği bütün durumlarda hâkim maddi anlamda kesin hüküm veren kararlar veremez. Dolayısıyla da her türlü delil değil hemen getirilmesi mümkün olan deliller incelenebilir. Her türlü delil incelenemediği için de oluşacak kanaat, her durumda yaklaşık kanaat olarak kalmaya mahkûm olacaktır. Örneğin bir tedbir yargılamasında hâkimde oluşacak kanaatin ölçüsü çok yüksek olsa hatta %100 olsa dahi bu yaklaşık ispat faaliyeti olarak bir “ön kabul” mecbur kılar. Çünkü hâkimde oluşacak kanaatin ölçüsünü bu şekilde rakamsal olarak ifade edemeyeceğimize göre, ön kabul olarak “*her türlü delil (bütün deliller) incelenmiş ise varılacak kanaat yaklaşık kanaat olacaktır*” demek zorunda kalacağız. İşte yaklaşık ispatı tam ispattan ayıran en önemli unsur, yaklaşık ispatın maddi hak uyumsuzluğunu çözmesi için asla kabul edilemeyecek olmasıdır. İspat ölçüsünün düşürülmesi başka bir husustur¹⁵³.

Burada bir diğer hususu daha özellikle belirtmek isteriz. Bir tedbir yargılamasında, mesela davacı, normal dava sırasında da göstereceği bütün delilleri önceden göstermiş olsa dahi, yine de bu yaklaşık ispat olarak kalacaktır. Çünkü karşı ispat faaliyeti veya karşı tarafa kendini savunma imkânı, tam anlamı ile verilememiştir. Dolayısıyla bütün delillerin gösterilmeyeceği ve bütün delillerin incelenmeyeceği önceden kabul edilmiştir. Karşı tarafa kendini savunma ve karşı ispat faaliyeti imkânı verilmediğine veya bütün deliller incelenemediğine göre oluşacak kanaat her durumda yaklaşık kanaat olacaktır. Çünkü tam kanaatin oluşması için bütün delillerin incelenmesi ve karşı tarafa kendini savunma imkânı verilmesi gerekir.

Dolayısıyla burada ve ileride de tekrar belirteceğimiz üzere yaklaşık ispat durumunu sadece ispat ölçüsü ile açıklamak biraz eksiktir. Yaklaşık ispat, bütün delillerin incelenememesi (yahut bu şekilde kabulünün zorunlu olması hali) sebebiyle bir “ön kabul” olarak bu kanaatin tam kanaat yani tam ispat olamayacağına kabulü durumudur. Yalnızca usuli taleplerin

¹⁵² Doktrinde Erişir bu maddeyi çeşitli yönlerden eleştirmiştir. Gerçeğe yakın ifadesi ile neyin kastedildiğinin açık olmadığını usul tasarısında kullanılan yaklaşık ispat kavramının burada da kullanılarak aralarında bir uyum sağlanmasının gerektiğini söylemiştir. Ayrıca bu şekilde birden fazla aynı anlama gelebilecek ifadelerin değişik kanun metinlerinde kullanılmasının, ispat ölçüsü kavramının dahi tam olarak oturmadığı ve ispat türlerinin yerleşmediği ülkemizde karışıklıklara yol açabileceği yönünde eleştiriler getirmiştir. Ayrıca yaklaşık olarak ispat edilecek konunun, yalnızca haklılık talebinin değil aynı zamanda zaruret halinin de yaklaşık olarak ispatlanması gerektiğini belirtmiştir (Erişir, Evrim. Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, 2013, s. 357-364). Bize göre de bu çok isabetli bir yaklaşımdır. Gerçekten de bu madde öncelikle bir ihtiyati tedbir kurumudur. İhtiyati tedbirlerdeki ispat ölçüsü ise yaklaşık ispattır. Dolayısıyla burada da yaklaşık ispat kavramının kullanılması gerekir. Ancak kanun koyucu tasarı kanunlaşırken “gerçeğe yakın” ifadesini dahi madde metninden çıkarmıştır. Adeta risk almaktan kaçınmış ve gerçeğe yakın ifadesinin anlaşılmasından çekinmiş gibi bir izlenim doğurmuştur. Bu yaklaşımın anlaşılır bir yanı vardır. Çünkü ülkemizde henüz ispat ölçüsü ve türleri konusunda bir çalışmanın yapılamamış olması ve yaklaşık ispat kavramının henüz oturmamış ve uygulayıcılar tarafından ne kastedildiğinin anlaşılamayacağı endişeleri ile yaklaşık ispat terimi kullanılmamış olabilir. Ayrıca gerçeğe yakın ifadesinden de yine aynı nedenlerle kaçınılmıştır.

¹⁵³ Albayrak, s. 63 vd.

kabulünde (eski hale getirme, ferî müdahale, hâkimin reddinde vb.) bu usuli taleplerin kabulü için gerekli olan şartların varlığının ispatında kullanılırlar.

2. Yaklaşık İspatın İlk Görünüş İspatından Farkı

İlk görünüş ispatı ile yaklaşık ispat sıklıkla karıştırılmaktadır. Özellikle ilk görünüş ispatında ispat ölçüsünün düşürüldüğü, yaklaşık ispat faaliyetinde de ispat ölçüsünün düşürüldüğü faraziyesinden yola çıkılması sebebiyle, bu karışıklık oluşmaktadır. İspat ölçüsü ile kastedilen şey; somut olaya uygulanacak hukuki sonucun doğduğuna karar verebilmek için varlığı ya da yokluğu iddia edilen bir olayın hangi hallerde ispatlanmış sayılacağına, yani hâkimde oluşması gereken kanaatin derecesini belirten bir kavramdır¹⁵⁴. Gerçekten Alman Hukuku'nda genel kabul gören görüş ilk görünüş ispatında ispat ölçüsünün düşürüldüğüdür. Ancak bu, her durumda, ispat ölçüsünün indirildiği manasına gelmez. Yargı kararlarına göre, ilk görünüş ispatı, somut olaydaki ispat imkânsızlığı yahut ispat zorluğunun bulunması halinde bunun aşılabileceği için kabul görür¹⁵⁵. İlk görünüş ispatı durumunda ispat ölçüsünün ne kadar düşürülebileceği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. İlk görünüş ispatında tam ispatın olması gerektiğinden, kesinlik sınırında ihtimale veya yüksek ihtimale yahut sadece ağır basan ihtimalin yeterli olması gerektiğine ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır¹⁵⁶. Ancak konumuz itibari ile bu görüşlere yer verilmeyecektir. Bizim için önemli olan ilk görünüş ispatında hangi ispat ölçüsü kabul edilirse edilsin ilk görünüş ispatı kavramının tamamen yaklaşık ispat kavramından farklı olduğu ve bu farkın da aradaki ispat ölçüsünden kaynaklanmadığıdır. İlk görünüş ispatında, ispat ölçüsü somut durumun gerektirmesi halinde düşürülerek ilgili normun olaya uygulanabilmesi sağlanır. Bu şekilde ilgili normun uygulanabilmesi için gerekli nedensellik bağı ve kusurun mevcut olduğu hâkimde çeşitli tecrübe kuralları yoluyla var kabul edilir. Hâkimde oluşan bu kanaat ancak bir karşı ispat faaliyeti ile çürütülebilecektir. Mesela, kaynak yapılan bir yerde yangının çıkması halinde oluşan bu yangının hayatın olağan akışı yahut tecrübe kuralları çerçevesinde bu kaynak işlemi sebebiyle oluştuğunun kabulü sonucunda nedensellik bağı ve kusur var olarak kabul edilir. Eğer karşı taraf bir karşı ispat faaliyetinde bulunamaz ise, yani hâkimde bu tecrübe kurallarına göre oluşan kanaati sarsamaz ise, hâkim davacının bu tazminat talebini kabul edecektir. İlk görünüş ispatı sonucunda hâkim, bütün delillerin incelenmesi sonucunda bir kanaate varacak, varacağı bu kanaat ise ölçüsü ne kabul edilirse edilsin uyumsuzluğu sona erdirici bir kanaat olacaktır. Dolayısıyla ilk görünüş ispatı, bir sübjektif hak ihlalinde, o ihlalin giderilmesi için uygulanacak normun koşul vakıalarının mevcut olduğuna ilişkin hâkimde oluştuğu kabul edilen kanaattir. Yani ilk görünüş ispatı sonucunda hâkimde oluşan kanaat karşı ispat faaliyeti ile sarsılmaz ise, hâkim davayı sona erdiren kararını, o edinmiş olduğu kanaate göre verebilecektir. Bu kanaatin derecesinin kesinlik sınırında olması yahut ağır basan ihtimal olması, durumu değiştirmez. Bu genel olarak, kural ispat ölçüsü bir başka deyişle hâkimin bir davada ne zaman hüküm vermeye yeter derecede kanaat edinmiş olması gerekir sorusu ile ilgili başkaca tartışmalardır. Oysa yaklaşık ispat faaliyetinde, hâkimin, hiçbir zaman esas uyumsuzluk hakkında hüküm vermeye yetecek derecede kanaate ulaştığı kabul edilemez.

¹⁵⁴ Greger, s. 8; Prütting, 1983, s. 58; Walter, s. 5; Yıldırım, s. 39, 66; Atalay, s. 37; Başözen, s. 112.

¹⁵⁵ Walter, s. 183, 206; Engels, s. 73; Başözen, s. 122.

¹⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz; Başözen, s. 123-144.

Çünkü yaklaşık ispat faaliyeti, davalarda, sübjektif hak ihlalinde uygulanacak ilgili normun koşul vakıalarının mevcut olup olmadığına ilişkin oluşacak kanaate ilişkin değildir. Ayrıca yaklaşık ispat faaliyetinde bütün delillerin incelenebilmesi mümkün olmaz. Yani yaklaşık ispat sonucunda hiçbir zaman hüküm vermeye yetecek derecede bütün delillerin incelendiği kabul edilmez. Yaklaşık ispat faaliyeti yalnızca birtakım usuli taleplerin kabulündeki ara kararlarda uygulanan, ilgili usuli talebin şartlarının oluştuğuna ilişkin hâkimde uyandırılacak kanaattir¹⁵⁷. Yaklaşık ispat faaliyetinde amaçlanan şey her zaman ispatı kolaylaştırmak değildir. Bilakis çoğu zaman yalın bir iddianın yeterli olmadığını, yalın bir iddiadan daha öte bir yaklaşık kanaatin oluşması gerektiğine vurgu yapılır. Yaklaşık ispat usuli taleplerin kabulü için kanunun belirttiği durumlarda kullanılabilen bir durumdur. Yaklaşık ispat ile taraflar arasındaki maddi hukuk meselesinin çözümü yoluna gidilemez. Mesela bir ferî müdahale talebinde, ferî müdahil talebinin kabulü için, o davaya müdahalede bulunmanın haklı olduğu durumunun yaklaşık bir kanaat ile ispatlanması gerekir¹⁵⁸. Hâkimin verdiği karar, yalnızca bir ara karar olup taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmez. Yalnızca usuli bir talebin kabulü için gerekli olan haklılık durumunun ispatının yaklaşık bir kanaat ile ispatının yeterli sayılması durumu mevcuttur. Yahut tedbir talebinde, tedbir talebinin haklılığının ve nedenlerinin ispatında, yalın bir iddianın yeterli olmadığı, yaklaşık bir kanaatin hâkimde uyandırılması gerektiğine vurgu vardır. Verilen karar sadece bir tedbir kararı olup, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözücü mahiyette değildir¹⁵⁹. Aynı şekilde bir eski hale getirme talebinde eski hale getirme nedenlerinin, yalın bir iddia ile değil, hâkimde yaklaşık bir kanaatin uyandırılması şeklinde olması gerektiğine vurgu vardır. Bu şekilde eski hale getirme talep eden eski hale getirme nedenlerini yaklaşık olarak ispatlar ise, yani hâkimde yaklaşık bir kanaat uyandırabilirse, bu usuli talebi kabul edilebilecektir¹⁶⁰. Ancak, bu, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözecek mahiyette değildir. Dolayısıyla da tam bir kanaatin oluşması gerekmez. Ancak bu usulü talebin de yalnızca yalın bir iddia ile de kabul edilmesi düşünülemez. İşte bu noktada yaklaşık ispat devreye girer. Yaklaşık ispat kavramı ile hâkimde yalın bir iddiadan daha fazla, ancak tam kanaatten daha az bir derecede kanaatin oluşmasının yeterli olduğu anlatılmak istenmiştir. Sonuçta verilen karar taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözücü mahiyette değildir. Yalnızca bir takım usuli problemlerin aşılmasında, gerekli ara kararın verilmesini gerekçelendiren, o ara kararda dahi belli ölçüde de olsa bir kanaatin oluşması gerektiği vurgulanmak istenmiştir. Sonuç olarak ilk görünüş ispatı ile yaklaşık ispat arasında fark, ispat ölçüsü ile açıklanabilecek mahiyette değildir. İlk görünüş ispatında bütün deliller incelenmiş ve hüküm vermeye yeter derecede bir kanaate ulaşılmış ve hüküm verilmiştir. Oysa yaklaşık ispat durumunda bütün deliller incelenmemiştir. Mesela tedbir talebinde bütün

¹⁵⁷ Albayrak, s. 39.

¹⁵⁸ Alman Hukuku'nda, ferî müdahale talebinde, tarafın itirazı üzerine hukuki yararın yaklaşık olarak ispatlanacağı açıkça yazılmıştır (ZPO § 71). Ancak Türk Hukuku'nda gerek HUMK'da gerekse HMK'da ferî müdahale talebinde hukuki yararın yaklaşık olarak ispatlanmasının gerektiği açıkça ifade edilmemiştir. HMK m. 66 da, ferî müdahale talebi için hukuki yararın var olmasının gerektiği düzenlenmiş, m. 67'de ise katılmak isteyen tarafın müdahale sebebini ve bunun dayanaklarını başvuru dilekçesinde belirtmesi gerektiği yazılmıştır. Ancak doktrinde ferî müdahale talebinde yaklaşık ispatın olduğu kabul edilmektir (Pekcanitez, Hakan. *Medeni Usul Hukukunda Ferî Müdahale*, Ankara, 1992, s. 122; Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul, 2000, s. 377); Albayrak, s. 189.

¹⁵⁹ Albayrak, s. 108.

¹⁶⁰ Albayrak, s. 196.

deliller incelenmemiş olarak kabul edilmek zorunludur. Bu kabulün sonucu, oluşacak kanaatin hiçbir zaman hüküm vermeye yeter derecede kanaat olmayacağıdır. Bunun teorik sonucu, bütün deliller incelenmediği için de varılacak kanaatin her zaman yaklaşık bir kanaat olacaktır. Çünkü bütün delillerin incelenmediği yerde hâkimin varabileceği kanaat zaten en fazla yaklaşık kanaat seviyesinde kalacaktır. Bu kanaat derecesinde de hüküm elbette verilemez. Sadece dava konusunu koruyucu gerekli tedbirlerin alınması yahut davada ortaya çıkan bazı usuli problemlerin aşılması sağlanabilir. İlk görünüş ispatı yalnızca delillerin değerlendirilmesi ile ilgili bir durumdur. Tam ispat, dava ile sağlanmaya çalışılan, hukuk devleti, adil yargılanma, hukuki dinlenilme, verilen kararın tarafların tatminini sağlama gibi işlevleri yerine getirmesi için gerekli olan kanaatin adıdır. Bu gerekli kanaatin ölçüsünün ne olması gerektiği problemi farklı bir konudur. Yaklaşık ispat ise, taraflar arasındaki sübjektif hak ihlalini doğrudan çözmeyen, davanın aşamaları sırasında çıkacak bazı usuli problemlerin aşılması için eğer bir vakianın ispatı durumu gerekiyor ise, bunun için gerekli ispat faaliyetinin adıdır. Yaklaşık ispat, seviyesi düşürülmüş bir ispat seviyesini anlatmak için değil, teknik olarak bazı usuli problemlerin aşılması için gerekli ispat faaliyetinin tam ispat seviyesinde olması gerektiğini anlatmak için yapılan bir vurgudur. Bu nedenle yaklaşık ispat çoğu durumda kolaylaştırıcı bir etki doğurmaz bazen yalın bir iddiadan daha fazla bir kanaatin oluşması gerektiğine ilişkin bir vurgu olarak, zorlaştırıcı bir etki doğurur. Ancak yaklaşık ispatta elbette ispat derecesi düşürülmüştür. Bu da göz ardı edilmemesi gereken bir durumdur¹⁶¹.

3. İspat Kolaylıklarının Yaklaşık İspattan Farkı

İspat kolaylıklarının hukuki etkisi iki türlü ortaya çıkar. İlki bu durumlarda ispat ölçüsünün düşmesi diğer ise delil gösterme yükünün değişerek davacıya bir ispat kolaylığının sağlanmasıdır. Ancak bu durumlarda ispat ölçüsünün düşürülmesi yaklaşık ispat ile karıştırılmamalıdır. Çünkü bu tür ispat kolaylıklarının hepsinde önemli olan, hâkimde hüküm vermeye yeter derece tam kanaatin ya oluşması yahut bu kanaatin oluştuğunun kabulüdür. Bu durumların hepsinde hâkim uyuşmazlığı taraflar için bitirecek şekilde bir hüküm vermektedir. Kanun yollarının tüketilmesi halinde de bu hüküm taraflar için artık kesin hüküm mahiyetini taşıyacaktır. Yani bütün bu ispat kolaylıkları durumunda, ispat ölçüsünün düşürülmesi nedeniyle hâkimde yaklaşık bir kanaat oluşmuyordur. Hâkimde oluşan kanaat yine de hüküm vermeye yeter derecede tam kanaattir. Tam kanaatin ölçüsünün bu ispat kolaylıkları nedeniyle düşürülmesi kesinlikle yaklaşık ispat ile karıştırılmamalıdır. Yaklaşık ispatta kanaatin ölçüsü ne olursa olsun hâkim asla uyuşmazlığı sonlandıran bir karar veremez. İspat kolaylıklarının amacı, ispat güçlüklerinin yaşandığı durumların aşılmaya çalışılmasıdır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmenin tek yolu, dava sırasında iddia edilen vakıaların gerçekliği konusunda hâkimde tam kanaat oluşturmaktır. Tam kanaatin ölçüsünün belirli ölçüde düşürülmesi için de mutlaka bu durumu haklı kılan sebeplerin oluşması gerekir. Yukarıda izah edilen haklı durumların oluşması durumunda ispat kolaylıklarına cevaz verilmektedir. İşte bu durumlarda hüküm vermeye yeter derecede kanaat var sayılmakta ve hâkim eğer karşı ispat faaliyeti olmaz ise davayı davacı lehine sonuçlandırmaktadır. Ayrıca bu ispat kolaylıklarının tek sonucu ispat ölçüsünün düşürülmesi değildir. İspat ölçüsünün düşürülmesinin yanında bazen delil gösterme yükünün yer

¹⁶¹ Albayrak, s. 41.

değiştirmesi durumları da söz konusu olmaktadır. Çünkü iddia edilen vakıanın ispat kolaylıkları nedeniyle kabul edilmesi nedeniyle karşı taraf artık, bazen karşı ispat faaliyetine, bazen de aksi ispat etmek faaliyetini gerçekleştirmek zorunda kalacaktır. Aksini ispat edemez ise karşı tarafın ileri sürmüş olduğu vakıalar da gerçek olarak kabul edildiği için dava ispat kolaylıklarının üzerinde etkili taraf lehine olacaktır. Nihai anlamda belirsizlik durumunu aşmayı hedefleyen ispat yükü kurallarına ihtiyaç dahi kalmayacaktır. Çünkü belirsizlik durumu oluşmamıştır. İspat kolaylıkları sebebiyle durum, belirsiz değil tam aksine belirlenmiş hale gelmiştir. Belirlenen durum ise, iddia edilen vakıaların gerçekliğinin diğer deliller ile de desteklendiği takdirde bunun kabulüdür. Ancak elbette ki diğer başka deliller ile de desteklenmiş olması gerekir. Hâkim de bu kabul edilen gerçekliğe göre karar verecektir. Elbette ki karşı ispat yahut aksi ispat faaliyetinin gerçekleşmemiş olması şarttır.

Yaklaşık ispat ise, yalnızca ispat ölçüsünün düşürülmesi anlamına gelmeyip onu da içeren teknik bir terimi anlatmak için kullanılır. Yaklaşık ispat faaliyeti durumlarının hiçbirinde hâkim taraflar arasındaki sübjektif hak uyumsuzluğını çözmez. Yaklaşık ispat faaliyeti, ya geçici hukuki himaye tedbirlerinde bu tedbirin haklılığının yaklaşık olarak ispatı için kullanılır yahut geçici hukuki himaye tedbirleri dışındaki bir takım usuli taleplerin (eski hale getirme, adli yardım, ferî müdahale talebi vb.) geçerliliği için hâkimde oluşacak kanaatin derecesini belirler. Yaklaşık ispatı tam ispattan ayıran ölçüt; ispat ölçüsü değil kullanıldığı yerlerdir. Yaklaşık ispat yalnızca usuli birtakım taleplerin kabulünde bu taleplerin kabulünün haklılığına gerekece oluşturur. Yaklaşık ispat durumunda hâkim, taraflar arasındaki esas hak uyumsuzluğını kesin olarak bitiren mahiyette bir karar vermez. Yaklaşık ispat kurumunun konulması zannedildiği gibi her zaman kolaylaştırıcı bir fonksiyona sahip olunması için değil tam tersine çoğu kez hâkimde çıplak, yalın bir kanaatin yetmediğini vurgulamak için konulmuştur. Yaklaşık ispat faaliyetinin olduğu durumlarda kanun koyucu, hâkimin önüne gelen taleplerin kabulünde belirli ölçüde de olsa bir kanaatin oluşması gerektiğini vurgulamak istemiştir.

Dolayısıyla çok sık karşılaştırılan bu iki kavram tamamen birbirinden farklıdır. İspat kolaylıkları, bir davada esas hakka ilişkin bir uyumsuzluğın çözümlenmesinde, ispat zorluğunun yaşandığı yerlerde hâkimin kanaatinin oluşmasında, hem ispat ölçüsünün düşürülmesi yolu ile hem de delil ikame yükünün yer değiştirmesi yoluyla bu zorluğun aşılmasına yardım eden araçlardır. İspat kolaylıklarının olduğu yerlerde esas hak uyumsuzluğı mutlaka bir sonuca vardırılmaktadır. Kanaatin ölçüsü ne kabul edilirse edilsin oluşan kanaatin adı tam kanaat olmaktadır. İspat kolaylıkları işte bu tam kanaatin oluşumuna yardım eden araçlardır. Hâlbuki yaklaşık ispat yalnızca ispat ölçüsünün düşürülmesi yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi olarak anlaşılmamalıdır. Yaklaşık ispat durumunda ispat ölçüsünün düşürüldüğu ve tam ispattan daha düşük bir ölçünün kabul edildiği doğrudur. Ancak yaklaşık ispat tamamen teknik bir tabirdir. Yaklaşık ispat usuli birtakım taleplerin kabul edilebilmesi için bu taleplerin maddi şartlarının, taraflarca ispatının yapılmasının zorunlu olduğu bir ispat faaliyetini izah etmek için kullanılır. Kanun koyucu, tarafların mahkemededen istedikleri ve kabul edilebilmeleri için bir takım maddi şartların ispatının gerektiği bir takım usuli taleplerin kabul edilmesi için yaklaşık ispatın yeterli olduğunu söylemiştir. Burada amaçlanan şey bu usuli taleplerin şartlarının talep eden tarafından ispatlanması ancak bu ispatın tam ispat seviyesinde olmasının gerekmediğidir.

C. EMARE İSPATI

İddia edilen vakıayı doğrudan yansıtan ve kendisinden vakıanın oluşu hakkında doğrudan kanaat edinilebilecek delillerle değil, emare teşkil eden diğer komşu vakıaların varlığına dayanarak çekişmeli vakıa hakkında hâkim tarafından delillerin değerlendirilmesiyle bir sonuca varılması yoluyla ispata çalışmaya “dolaylı ispat” veya “emare ispatı” denir¹⁶².

Emare ispatında, uygulanacak hukuk kuralındaki koşul vakıaya yabancı komşu vakıaların ispatlanması yoluyla, hayat tecrübelerine dayanarak, hukuki sonuç bakımından önem arz eden vakıalar da ispatlanmış sayılmaktadır. Örneğin, evinde yangın çıkan bir kimsenin, bu yangından kısa bir süre önce evini yüksek miktarda sigorta ettirmiş olması; ayrıca o sıra mali durumunun kötü olması ve yangın günü birkaç bidon benzin satın alması halinde evin bizzat sahibi tarafından yakıldığı kuşkusu uyandıracaktır¹⁶³. Ancak burada tüm bu komşu vakıalar birer emare olup aksi de mümkün olabilir. Çünkü ev sahibinin mali sıkıntısı gerçek olsa da geçici olabilir. O sırada birçok düşmanı olması sebebiyle evini sigorta ettirmiş olup sigorta yapmaktaki amacı kötü olmayabilir. Benzini otomobili için almış olabilir. Dolayısıyla evi gerçekten düşmanları yakmış olabilir. Ancak tek başına belki bir anlam ifade etmeyecek bu komşu vakıalar bir araya geldiğinde hayat tecrübeleri kurallarına göre evin sahibi tarafından yakıldığına ilişkin emare teşkil etmektedir¹⁶⁴.

Emare ispatı da ilk görünüş ispatı gibi dolaylı bir ispattır. Bu nedenle komşu vakıaların ispatı ile asıl vakıalar hakkında hâkimde bir kanaat oluşturulmaya çalışılır. Taraflar, komşu vakıaların kanuni unsurlarının gerçekleştiğini ispat ederlerse, hâkim bu vakıalara dayanarak, asıl ispatı gereken vakıanın da büyük ihtimalle gerçekleştiğine karar verebilir. Burada hayat tecrübeleri ve mantık kuralları önemli rol oynar. Komşu vakıalar ile asıl ispat edilmesi gereken vakıalar arasında mantıki bir bağ olmalıdır.

Emare yolu ile ispat da ispatı kolaylaştırıcı bir unsurdur. Emare yolu ile ispat ile ilk görünüş ispatı ve fiili karineler arasındaki ayrımı tespit etmek oldukça güçtür¹⁶⁵. Ancak emare ispatı ile yaklaşık ispat arasındaki ilişki için de ilk görünüş ispatı için söylediklerimiz aynen geçerlidir. Burada emare yolu ile ispat durumunda ispat ölçüsü düşürülebilmektedir. Ancak ispat ölçüsünün düşmesi, emare yolu ile ispat durumunda tam ispatın olmadığı anlamına gelmemektedir. Emare yolu ile ispat durumunda, dava konusu asıl vakıa, tam olarak ispatlanmış sayılacak ve ona göre taraflar arasında maddi anlamda kesin hüküm teşkil edebilecek bir karar verilecektir. Bu anlamda yaklaşık ispattan tamamen farklı bir fonksiyona sahiptir. Yaklaşık ispat usulü taleplerin kabulündeki ara kararlarda ve hızlı yargılamanın gerektirdiği meselelerde kullanılır. Yaklaşık ispat durumunda da ispat ölçüsü düşmektedir. Ancak ispat ölçüsünün düşmesi tek başına yaklaşık ispatı açıklamada yetersizdir. Yaklaşık ispatı daha çok kullanıldığı yere göre tespit etmek gerekir. Elbette yaklaşık ispat faaliyeti sırasında da emare yolu ile ispat kullanılabilir. Yaklaşık ispat faaliyetinin olduğu durumlarda iddia sahibi iddiasını komşu

¹⁶² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 369.

¹⁶³ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 369.

¹⁶⁴ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 369.

¹⁶⁵ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 370.

vakıaların ispatı yoluyla ve hayat tecrübelerine dayanarak mantık kuralları içinde yaklaşık olarak ispatlayabilecektir¹⁶⁶.

D. FİİLİ KARİNELER

Karineler, varlığı bilinen bir olaydan bir başka olayın varlığı veya yokluğu sonucunun hâkim tarafından çıkarılmasına imkân tanıyan kurallardır¹⁶⁷. İspat sorununu daha kolay çözmeye yarayan teknik bir kavramdır. Karine sadeleştirici ve kolaylaştırıcı bir indirgeme aracıdır. Temelinde bir olasılık veya bilgi, görgü düşüncesi yatar. Aynı olayların tekrarı karinenin dayanağıdır¹⁶⁸. Bilinen bir olaydan bilinmeyen bir olay hakkında sonuç çıkarmak şeklinde bir düşünüş biçimidir¹⁶⁹. Özellikle Alman Hukuku'nda karinelerin son çeyrek yüzyılda altın çağını, bir tür rönesansını yaşadığı söylenebilir¹⁷⁰.

Karineler kanuni karineler (gesetzliche Vermutungen) ve fiili karineler (tatsächliche Vermutungen) olmak üzere ikiye ayrılır¹⁷¹. Kanuni karine, belli bir olaydan belli olmayan olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır¹⁷². Kanuni karineler, en genel anlamda karine sonucu bakımından olay karinesi¹⁷³ ve hak karinesi¹⁷⁴; aksinin ispatının mümkün olup olmaması bakımından da kesin karine¹⁷⁵ ve adi karine olarak ayrılmaktadır¹⁷⁶. Kanuni karineler birer ispat yükü kuralı olarak, maddi hukuk kurallarından sayılır. Uyuşmazlığın çözümüne yönelik olaylar fiilen kanuni karineler yoluyla tespit edilmemekle birlikte kanun koyucu karineler yolu ile

¹⁶⁶ Albayrak, s. 44.

¹⁶⁷ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 314; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 351.

¹⁶⁸ Taşpınar, s. 533.

¹⁶⁹ Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 2002, s. 646; Umar/ Yılmaz, s. 165; Koçhisarlıoğlu, Cengiz. «Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi.» *Yargıtay Dergisi* 10, 1984, 272-273, s. 273.

¹⁷⁰ Başözen, s. 65.

¹⁷¹ Ayrıca doktrinde, TMK'nın 3. maddesindeki iyiniyet karinesi gibi kendilerine karine denilen her kuralın da karine olmadığı belirtilmektedir. Zira bu tür bir sonuç çıkarılmasına elverişli olan herhangi bir olay bilinmese de, belli durumların varlığı halinde sübjektif iyiniyetin varlığı kabul edilmektedir. Bu tür karinelere genel anlamda "sözde karine" denilmektedir. Aynı şekilde birlikte ölüm karinesi de teknik anlamda bir karine olmayıp sözde bir karinedir. Çünkü ölümlerin sırası saptanmaz ise başka bir olayın bilinmesine gerek olmaksızın, ölümlerin aynı zamanda olduğu kabul edilecektir (Umar/ Yılmaz, s. 167; Taşpınar, s. 535; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 352; Başözen, s. 68, dn. 54).

¹⁷² Bilge, Necip/ Önen, Ergun. *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara, 1978. s. 505-507; Taşpınar, s. 535.

¹⁷³ Olay karinesi; belli bir hukuki sonucun doğumu için varlığı gerekli olumlu ve olumsuz olayın gerçekleşmiş olduğunun, var olduğu anlaşılabilir fakat bu hukuki sonuçla ilgisi olmayan başka bir olaydan çıkartılmasına olanak tanıyan yasa hükümleridir. (Umar/ Yılmaz, s. 170; Taşpınar, s. 535; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 314; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 352; Başözen, s. 68). Örneğin; ölüm karinesi (TMK 31). Ölüm karinesi bir kişinin ölümüne kesin gözle bakılacak bir olayda kaybolmasına rağmen cesedinin bulunamaması halinde uygulanır. Ölüm karinesinin uygulanabilmesi için ayrıca olay yerindeki mülki amirin emri gerekir. İşte bu yasal karineye bir takım hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Böylece kişi ölmüş gibi işlem görür, malvarlığı mirasçılara paylaşılır, evli ise evlilik birliği sona ermiş olur.

¹⁷⁴ Bir hakkın veya hukuksal ilişkinin var olduğu veya olmadığı hakkında bir sonuca varılması sonucunu doğuran yasal karinelere (Taşpınar, s. 535; Başözen, s. 68). Yasal hak karinelerinin en bilinen örneği, zilyetliğin mülkiyete karine olmasıdır (TMK m. 985).

¹⁷⁵ Kesin karine bir anlamda, sonuçları bakımından fiksiyona benzer. Aynen kesin karineler gibi fiksiyonun da aksi ispat edilemez ve bu nedenle gerçekte maddi hukuka yönelik bir hukuk kuralı olarak kabul görür (Başözen, s. 67, dn. 52).

¹⁷⁶ Leipold, Dieter. *Beweisregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, Berlin, 1966, s. 101-104; Musielak, 1975, s. 61-82; Atalay, s. 46-47; Umar/ Yılmaz, s. 168-170; Taşpınar, s. 534; Başözen, s. 67.

hâkime nasıl bir yöntemle uyumsuzluğu çözebileceğine dair açık bir göndermede bulunmaktadı. Hâkim kural olarak buna bağlı kalmak zorundadır¹⁷⁷.

Fiili karineler, kanuni karinelerin aksine kanun tarafından düzenlenmiş değillerdir. Dolayısıyla fiili karineler, bilinen olaylar hakkında kanunen değil; aksine hâkim tarafından çıkarılan sonuçlar olarak da tanımlanmaktadır¹⁷⁸. Hâkimin insanlar ve yaşam konusunda ortaya çıkan tecrübe kurallarından yola çıkarak belli olmayan olaylar hakkında sonuçlar çıkarmasıdır¹⁷⁹. Konumuz açısından fiili karinelerin önemi yargı kararları ile getirilmiş ispat kolaylığı olmasıdır. Çünkü kanuni karineler maddi hukuk tarafından düzenlenmiş birer ispat yükü kuralları iken, fiili karineler yargı kararları ile geliştirilmiş, ispat kolaylığı sağlayan bir yardımcı araçtır¹⁸⁰.

Fiili karine ile ilk görünüş ispatının ayniyetinden bahsedilemez. Zira fiili karine kavramı “yaşam deneyim kuralları” ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Fiili karine de ilk görünüş ispatının da temelini yaşam deneyimi kurallarına dayalı tecrübe kurallarından alması sebebiyle ikisi benzerlik göstermektedir. Ancak ilk görünüş ispatı yaşam deneyimi kurallarının yanı sıra maddi hukuktan beslenmektedir¹⁸¹. Ancak doktrinde Taşpınar gerek emare ispatında gerek fiili karinelerde gerekse ilk görünüş ispatının temelini tecrübe kuralları olduğundan bahisle ilk görünüş ispatının fiili karinelerin bir görünümü olduğunu, aralarında çok fark olmadığını belirtmiştir¹⁸². Doktrinde fiili karinelerin, aksi ispat şeklinde tam ispatla çürütülebileceği, oysa ilk görünüş ispatında hâkimde oluşan kanaatin sadece karşı ispat faaliyeti ile çürütmenin yeterli olacağı belirtilmiştir¹⁸³. Ancak bu şekilde teorik ayrımların pratik anlamda bir faydasının olmadığını, neticede ilk görünüş ispatında hâkimde oluşan kanaat neticesinde delil ikame yükünün karşı tarafa geçeceği ve karşı tarafın ise hâkimde oluşan bu kanaati sarsması gerektiği yahut çürütmesi gerekecektir. Bunun adına ister karşı ispat faaliyeti denilsin istenirse aksi ispat denilsin neticede değişen bir şey olmayacaktır.

E. TECRÜBE KURALLARI

Hâkim delillerin değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde çeşitli tecrübe kurallarından faydalanarak kanaatini oluşturabilir. Bu anlamda tecrübe kuralları ispat kolaylıklarının omurgasını oluşturur. Mahkeme bildiği tecrübe kurallarını, taraflar getirmese ya da getiren tarafın aleyhine olsa dahi kendiliğinden uygulamakla yükümlüdür. Bu anlamda tecrübe kurallarının ispatı gerekmez¹⁸⁴.

Tecrübe kuralları, genel hayat tecrübeleri ve eğitim yolu ile elde edilebilecekleri gibi, sanat ve bilim, meslek, zanaat, ticari alandaki bilgi ve uzmanlıklar yolu ile de edinilebilirler.

¹⁷⁷ Leipold, 1966, s. 86; Prütting, 1983, s. 50; Başözen, s. 69.

¹⁷⁸ Taşpınar, s. 536; Başözen, s. 69.

¹⁷⁹ Postacıoğlu, s. 528.

¹⁸⁰ “Hilfsmittel” (Fuchs, s. 151)

¹⁸¹ Başözen, s. 74.

¹⁸² Taşpınar, s. 557, 570.

¹⁸³ Başözen, s. 175.

¹⁸⁴ Başözen, s. 158.

Tecrübe kuralları olay olmayıp, onu oluşturan olaylardan soyutlanmış, genel hayat tecrübe-lerine, özel bir meslek veya konuya, olaya ait bilgilerdir¹⁸⁵.

Tecrübe kurallarının özünü, gözlemlere dayalı çıkarımlar oluşturur. Gerçekleşen olayda ortaya çıkan şartlar daha önceki benzer olaylarda gerçekleşmiş olduğundan; bu olay bakımından da aynı şekilde yeniden gerçekleşebilir niteliktedir¹⁸⁶. Tecrübe kuralları hâkime yardımcı olur. Bu şekilde hâkimin kanaatinin oluşumu daha kolay biçimde sağlanabilir. Gerek ilk görünüş ispatının gerek fiili karinelerin gerekse emare ispatının temelini tecrübe kuralları oluşturur. Bütün ispat kolaylıkları kavramının temel unsuru tecrübe kuralları kavramıdır. Dolayısıyla tecrübe kuralları bu anlamda bir ispat kolaylığı türü olarak değil bunların bir temeli olarak incelenmelidir.

F. DELİLLERİN ENGELLENMESİ

Alman Hukuku'nda delillerin ileri sürülmesinin engellenmesi olarak "Beweisvereitelung" kavramı kullanılmaktadır. Bu durum ispat kolaylıkları altında incelenen bir kavramdır. Bilindiği üzere asıl olan tasarruf ilkesi bağlamında taraflarca hazırlanma ilkesidir. Ayrıca iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf, ispat yükü altındadır. Ancak bazen bu durumun çok sert bir biçimde uygulanması adaletsiz sonuçlara yer verdiği görülerek yargı kararları ile ispatın kolaylaştırılmasına yönelik çeşitli araçlar geliştirilmiştir. Bu araçlardan en önemli yer tutanı ispat ölçüsünün düşürüldüğü ilk görünüş ispatıdır. Bir diğer durum da daha radikal bir çözüm olarak ispat yükünün çeşitli durumlarda yer değiştirmesidir. Yargı kararlarına bakıldığında, mahkemelerin ispatın kolaylaştırılması çerçevesinde, ilk görünüş ispatına başvurmanın yanında ispat yükünün ters çevrilmesi seçeneklerine kadar çeşitli şekillerde ispatın zarar gören açısından kolaylaştırıldığı görülmektedir¹⁸⁷. Özellikle tıp hukuku alanında hekimlerin sorumluluğu ilgili çeşitli ispat yükünün yer değiştirmesi durumları, yargı kararları ile geliştirilmiştir. Alman Hukuku'nda, hekimin kusurunu ispat yükü, hastanın üzerindedir. Ancak hastanın hekimin kusurunu ispatlamasında yaşanan zorlukların muhtemel olması nedeniyle, yargı uygulamaları yoluyla hastanın durumu düzeltilmeye çalışılmıştır¹⁸⁸. Bu düzeltme anlamında ilk görünüş ispatının yanında, ispatı kolaylaştıran bir diğer araç da delillerin engellenmesi durumunda ispat yükünün yer değiştirmesi imkânıdır. Ancak belirtmek gerekir ki ilk görünüş ispatı ve ispat yükünün yer değiştirmesi çoğu kez birlikte kullanılmıştır. Delillerin engellenmesi ispat kolaylığı sağlamanın özel bir şeklidir¹⁸⁹.

Delillerin engellenmesi kavramı ile neyin kastedildiği sorusunun çözülmesi gerekir. Temel olarak delillerin engellenmesi ister kasıtlı ister ihmal suretiyle olsun delillerin her türlü manipülasyonuna neden olmayı ifade eder. Bu anlamda nesnel gerçekliği sonradan değiştirme ve böylece olayların gerçekten nasıl gerçekleştiğini ispatlamayı daha zor, hatta imkânsız hale

¹⁸⁵ Başözen, s. 159.

¹⁸⁶ Başözen, s. 159.

¹⁸⁷ Ancak burada teknik manada bir ispat yükünün yer değiştirmesi değil, delil gösterme yükünün yer değiştirmesi söz konusudur. İspat yükünün yer değiştirmesi söz konusu olduğunda ilk görünüş ispatının önemi nispi olarak azalmaktadır (Başözen, s. 310).

¹⁸⁸ Başözen, s. 319.

¹⁸⁹ Fröhlich, Daniela. «Die Beweisvereitelung im Zivilprozess.» Erişildi: Şubat 12, 2024. <http://www.opus-bayern.de/uni-wuerzburg/volltexte/2009/3706/pdf/dissFroehlich.pdf>, 2008, s. 4.

getirme girişimi de delillerin engellenmesi kavramına dahildir¹⁹⁰. Ancak, her türlü manipülasyon ve delillerin “eğilip bükülmesi” delillerin engellenmesi kapsamına girmeyebilir, zira hangi yöntemle olursa olsun davanın aleyhine sonuçlanmasından kaçınmaya çalışmak son derece insandır¹⁹¹. Bu anlamda konunun hem Alman Medeni Usul Kanunu ZPO’nun 138. maddesinde hem de HMK’nın 29. maddesinde düzenlenen doğruyu söyleme yükümlülüğü açısından da ele alınmasında fayda vardır. Doğruyu söyleme yükümlülüğünün¹⁹² ihlalinin hangi andan itibaren delillerin engellenmesine neden olacağı sorunu üzerinde de düşünülmesi gerekmektedir. Bu anlamda susma, ikrardan kaçınma veya kendini savunma anlamında doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali yahut kişisel yorum ve ifadelerinde yapabileceğinden daha azını yapması yani elinden geleni yapmaması tek başına delillerin engellenmesine neden olmayacaktır¹⁹³. Delillerin engellenmesi durumunun var olabilmesi için daha ciddi bir manipülasyona ihtiyaç vardır¹⁹⁴.

Delillerin engellenmesi genel olarak bir davada gerçeğin ortaya çıkartılmasını engelleyici eylem ve ihmali davranışlardır¹⁹⁵. Delillerin engellenmesinde taraflardan birinin, ispat ile mükellef olan karşı tarafın delillerini sunmasını imkânsız hale getirmesi yahut zorlaştırması yahut delil araçlarını yok etmesi yahut alıkoyması veya onu kullanmayı son derece zorlaştırması yahut imkânsız hale getirmesi durumu mevcuttur¹⁹⁶. Bu tür davranışlar çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir ve tüm delil türlerini etkileyebilir¹⁹⁷. Bu anlamda delillerin engellenmesi kavramını bir üst kavramı olarak kullanmaktayız. Delillerin engellenmesi delillerin karartılması, ortadan kaldırılması, değiştirilmesi, gizlenmesi, yok edilmesi benzeri fiiller ile yapılmaktadır. Bu nedenle her bir eylem için ayrı bir kavram kullanmak yerine üst bir başlık olarak delillerin engellenmesi kavramını kullanmayı uygun bulduk.

Delillerin engellenmesine ilişkin çok bilinen sürüntü örneği parçası olayı örnek verilebilir¹⁹⁸. Burada hekim tarafından bir ameliyat sırasında hasta içinde unutulmuş bir sürüntü örneği parçasının hastadan alınmasından sonra bu sürüntü örneğinin saklanmaması olayı vardır. Olayda bir sürüntü çubuğu yanlışlıkla hastanın içinde bırakılmıştır. Ancak ikinci bir operasyonla bu sürüntü parçası hastadan alınmıştır. Ancak bu sürüntü çubuğu parçası saklanmadığı gibi bu ikinci operasyonda buna ilişkin herhangi bir kayıt da tutulmamıştır. Buna ilişkin açılan tazminat davasında kusurun ve tazminat miktarının belirlenebilmesinde rol oynayacak olan bu sürüntü çubuğu parçasının niteliği ve büyüklüğü tespit edilememiştir. Federal mahkeme davalı

¹⁹⁰ Paulus, Christoph, Georg. «Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses.» AcP 197: 136-160, 1997, 137; Fröhlich, s. 4.

¹⁹¹ Paulus, 137; Fröhlich, s. 4.

¹⁹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.; Konca, Nesibe Kurt. 2016. *Medeni Usul Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü*, Ankara: Yetkin, s. 91, 112 vd.

¹⁹³ Paulus, 137.

¹⁹⁴ Fröhlich, s. 5.

¹⁹⁵ BGH, VersR 1960, 844 (846). Baumgärtel, 63; Schatz, Stefan. *Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung*. Köln: Dissertation, 1992, §286, Rn. 80.

¹⁹⁶ Thomas/ Putzo/ Reichold, § 286, Rn. 1; MüKo-Prütting, § 286, Rn. 80; NJW 86, 59; 98, 79 (naklen; Schellhammer, Kurt. *Zivilprozess, Gesetz – Praxis – Fälle*, Heidelberg, 2001, s. 255, Rn. 530)

¹⁹⁷ Fröhlich, s. 5.

¹⁹⁸ Bundesgerichtshof Urt. v. 16.04.1955, Az.: VI ZR 72/54 Bu kararın tam metni için bkz.; (https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_72-54) ; Ayrıca bu karar hakkında başkaca yorumlar için bkz.;(<https://research.wolterskluwer-online.de/document/3d4e4ad5-df26-4378-bdfd-1a910b7a92d4>)

hekimin ilk operasyonda gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediğini, bu sürüntü çubuğu parçasının saklanmaması nedeniyle yahut en azından bu parçanın tipini boyutunu ve özelliklerini tam olarak belirlememesi nedeniyle kusurun mevcut olduğuna ilişkin tespitten yola çıkarak karar vermiştir¹⁹⁹.

Delillerin engellenmesi kavramına yakından bakıldığında bu kavramın ardında birçok belirsizlik durumu mevcuttur. Hangi durumlarda delillerin engellenmesi durumunun mevcut olup olmadığının belirlenmesi oldukça güçtür. Bu nedenle de ispat kolaylığına neden olabilecek bir delillerin engellenmesi durumunun ne zaman ortaya çıkacağına dair bir kuralın konulup konulamayacağı sorunu da ortaya çıkmaktadır²⁰⁰. Delillerin engellenmesinin mevcut olduğu her durumda ispat yükünün yer değiştirmesi yaptırımının uygulanmasına gerek duyulmayabilir. Duruma göre, delillerin değerlendirilmesi kapsamında, ispat ölçüsünün düşürülmesi yolu ile daha hafif yaptırımların uygulanması yoluna gidilebilir.

Türk hukukunda delillerin engellenmesi durumunda ispat güçlüğüne aşmak için ispat yükünün yer değiştirmesi kabul edilmemiştir. Bunun sebebi olarak ispat yükü kurallarının maddi hukuk normlarından olduğu ve maddi hukuk normlarının hâkim tarafından değiştirilebilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmesidir²⁰¹. Ancak burada değişen şeyin maddi hukuk bakımından belirlenen ispat yükü kurallarının değil de usul hukukunun konusu olan delil ikame yükünün yer değiştirdiği kabul edilirse en azından bu sorun bir nebze teorik olarak çözülebilecektir. Ancak bu tarz söylemlerin yani delil ikame yükü ile ispat yükü arasında farkların olduğu hususunun pratik hayatta çok da karşılıkları bulunmamaktadır. Netice olarak -değişen şey ispat yükü değildir, değişen şey delil ikame yüküdür- söylemi soruna sadece demagojik açıdan bir çözüm tarzı üretmektedir. Nitekim doktrinde de aynı yazarlar, ispat güçlüğüne aşılabilmesi ve ispat hakkının sağlanabilmesi için karşı tarafın vakıaların aydınlatılmasına katkı yükümlülüğü ayrıca karşı tarafa delil ikame yükünün yüklenmesi yolu ile de gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir²⁰².

Delillerin engellenmesinde ispat yükünün yer değiştirmemesi gerektiğine yönelik bir diğer gerekçe ise, böyle bir çözüm tarzının benimsenmesinin gereklilik ve dar anlamda ölçülülük ilkesi bakımından hukuka uygun bir araç olarak kabul edilemeyeceğidir²⁰³. İspat yükünün yer değiştirmemesinin amaca ulaşmak için diğer taraf açısından en ağır bir yöntem olduğu belirtilmiştir²⁰⁴. Ancak yine böyle bir durumda dahi aynı yazarlar, ispat yükünün değil delil ikame yükünün yer değiştirmesi sureti ile sorunun çözüleceğini belirtilerek²⁰⁵ aslında teorik bir söylem farkında öteye gidememişlerdir.

Bütün bu karşı çıkışlar haklı olmakla birlikte delillerin engellenmesinin somut olayda mevcut olup olmadığına yönelik karar verilmesi esnasında çok hassas davranılması gerektiği

¹⁹⁹ Fröhlich, s. 5; Krapoth, Fabian. *Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess*, München: Dissertation, 1996, s. 2.

²⁰⁰ Krapoth, s. 46 vd.; Schatz, s. 106 vd.; Fröhlich, s. 6.

²⁰¹ Türk hukuku açısından bkz.; Atalay, s. 127; Umar/Yılmaz, s. 63-64; Çiftçi s. 386.

²⁰² Atalay, s. 157-161; Çiftçi, s. 384.

²⁰³ Çiftçi 2018, s. 386.

²⁰⁴ Çiftçi 2018, s. 386.

²⁰⁵ Atalay, s. 157-161; Çiftçi 2018, s. 384.

şayet bu durumun varlığının kabul edilmesi halinde ispat hakkının sağlanabilmesi için mahkemenin elinde başka bir olanağın mevcut olmadığına da kabulü gerekir. Kaldı ki zaten delillerin engellenmesine yönelik özel düzenlemelerinde mevcut olduğu, bu düzenlemelerdeki temel mantığında ispat hakkının korunması, dürüstlük ilkesi, davanın aydınlatılması ilkeleri olduğu da akıldan çıkarılmamalıdır. Özel düzenleme olmayan hususlarda ise delillerin engellenmesinin kabul edilmesi halinde ve somut olaya ilişkin olarak ispat hakkının korunması bağlamında başkaca bir çare kalmadığında ve en son çare olarak delil ikame yükünün (subjektif ispat yükü) değişmesine başvurulmasının hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz. Zaten Türk hukukunda farklı bir çözüm tarzı değil farklı kavramlar kullanılmaktadır. Yoksa delillerin engellenmesi durumunda delil ikame yükünün yer değiştirmesi gerektiği konusunda fikir ayrılığı aslında bulunmamaktadır²⁰⁶. Aksi halde bir tarafın delillerin engellenmesine yönelik dürüstlük kuralına aykırı davranışları korunmuş olur. Örneğin bir hastanenin gerekli kayıtları tutmaması yahut gerekli sonuçları yok etmesi ve diğer verdiğimiz örneklerde olduğu gibi delillerin engellenmesi maddi gereceğe ulaşmayı güçleştirecek yahut imkânsız kılacaktır. Bu nedenle hukuk doktrinindeki aşırı kavramsallaştırma nedeni ile adil yargılamanın önüne geçilmemeli menfaatler dengesi de gözetilmelidir²⁰⁷.

SONUÇ

Davanın taraflarından birinin davayı sırf iddia ettiği vakıaları ispat edememesi sebebiyle kaybetmesi usul hukukunun amaçlarından biri olan adil hüküm verme amacını sekteye uğratır. Bazı durumlarda maddi hukukun koşul vakiasının ispatı çok zor veya güç olmakta, o koşul vakıayı ispatlamakla yükümlü olan taraf, o koşul vakıayı ispatlayamadığı için davayı kaybetme riski ile karşılaşmaktadır. Özellikle tıp hukuku alanında ve tazminat hukuku alanındaki kusurun varlığı ile ilgili veya iş hukuku alanında bazı ispat imkânsızlıkları veya güçlüklerini aşmak için ispat kolaylıkları yargı kararları ile geliştirilmiştir.

İspat kolaylıklarını sağlamanın yahut ispat zorluğunun aşmanın iki aracı vardır. İlk olarak ispat ölçüsünün düşürülmesidir. İspat ölçüsünün düşürülmesi suretiyle ispat zorlukları aşılmaya çalışılır. Hâkim daha düşük dereceli kanaat ile yetinerek iddia edilen vakıanın gerçekleşmiş olduğunu kabul edebilir. İspat zorluğunu aşmanın en radikal yöntemi ise delil ikame yükünün (subjektif ispat yükünün) değişmesidir. Ancak delil ikame yükünün değişmesi daha radikal bir çözüm yöntemi olarak kabul edilmekte ve son çare olarak uygulanmaktadır.

İspat kolaylıklarının çeşitli isimler altında yargı kararları ve doktrinde yer aldığını ancak bütün bu isimler altında da olsa aslında ispat kolaylığının ya ispat ölçüsünün düşürülmesi sureti ile yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi sureti ile gerçekleşmektedir.

Alman Hukuku'nda ispat ölçüsüne yönelik çok sayıda çalışma ve teoriler mevcuttur. Bu çalışmalarda bazı teoriler yolu ile ispat ölçüsünün ne olması gerektiğine yöneliktir. Hâkimin iknasının temel alan subjektif teorinin bir takım objektif verilerle yolu ile belirlenmeye

²⁰⁶ Çiftçi 2018, s. 384.

²⁰⁷ Bu konuda ufuk açıcı bir eser için bkz.; Budak, "Kılı Kırk Yarma Makinesi" Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı 2021, s. 101.

çalışılması daha doğru bir yaklaşımdır. Bu anlamda kural ispat ölçüsü olarak ihtimale dayalı yüksek ihtimalin (hohe Wahrscheinlichkeit) esas alınacağı genel olarak kabul görmektedir. Ancak doktrinde bu ölçünün çok yüksek olduğu belirtilerek kural ispat ölçüsünün düşürülmesi gerektiğine yönelik fikirler ileri sürülmüştür. Nitekim bazı kanuni düzenlemeler (İş Kanunu m.5 gibi) de ispat ölçüsü düşürülmektedir. Ancak kanuni bir düzenleme olmasa bile yargı kararları ile de ispat gücünün yaşandığı tıp hukuku, tazminat hukuku ve iş hukuku alanlarında ispat ölçüsünün düşürülmesi suretiyle ispat kolaylığının sağlanması adil yargılanma hakkının bir gereğidir.

Bunun yanında çalışmamızda ispat yükü ve delil ikame yükü kavramlarını inceleyerek bu iki kavramın birbirinden farkını ortaya koymaya çalıştık. Buna göre ispat yükünün değişmedi maddi hukuk tarafından belirlendiği ancak delil ikame yükünün değişebileceğini tespit ettik. Bu anlamda ispat kolaylığını sağlayan bir diğer aracın ise delil ikame yükünün yer değiştirmesi olduğunu belirledik.

İspat kolaylıklarının teoride ve yargı kararlarında birçok isim altında incelendiğini belirterek bunların neler olduğunu izah ettik. Bu anlamda ilk görünüş ispatı, yaklaşık ispat, emare ispatı, tecrübe kuralları, fiili karineler, delillerin engellenmesi gibi birçok kavramın ispat kolaylığını sağlamanın kavramsallaştırılmış isimleri olduğunu izah ettik. Aslında bütün bu ispat kolaylığı kavramlarının temelinde ispat kolaylığını sağlayan unsurun ispat ölçüsünün düşürülmesi yahut delil ikame yükünün yer değiştirmesi olduğunu belirledik. Dolayısıyla ilk görünüş ispatı denilen şey ispat ölçüsünün düşürülmesinden başka bir şey olmadığını, ilk görünüş ispatının temelinde de emare ve tecrübe kurallarının oluşturduğunu belirttik. Doktrinde kullanılan bu terimlerin sadece ispat ölçüsünün düşürülmesinin başka bir kavram ile ifadesinden başka bir şey olmadığını izah etmeye çalıştık. Bu kavramlar sadece ilgili durumları açıklamak için kullanılan özel isimlerdir. Bu şekilde ilgili ispat ölçüsünün düşürülmesinin çerçevesi daha iyi belirlenmekte ve şartları ile kullanıldığı yerler daha kolay izah edilebilmektedir. Ayrıca yaklaşık ispat kavramının diğer ispat kolaylıklarından farklarına da değinmeye çalıştık. Delillerin engellenmesinde ise ispat kolaylığının delil ikame yükünün yer değiştirilmesi sureti ile sağlandığına işaret ettik.

KAYNAKÇA

- Alangoya, Yavuz. «Senede Karşı Senetle İspat» Kuralı ve «Hayatın Olağan Akışı» Kavramı.» Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan. Ankara, 2004. 521 vd.
- Alangoya, Yavuz, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım. Medeni Usul Hukuku Esasları. İstanbul, 2009.
- Albayrak, Hakan. Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat . Ankara : Yetkin, 2013.
- Albayrak, Hakan ve Ertuğrul Yuvalı. «İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi.» İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 9.34 (2012): 73-113.
- Alkış- Cemiloğlu, Deniz. İş Yargılamasında İspat. Adana: Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü - YÖK Tez Merkezi, 2024.
- Ansay, Sabri, Şakir. Hukuk Yargılama Usulleri. Ankara, 1960.
- Arens, Peter ve Wolfgang Lücke. Zivilprozessrecht. München, 1994.
- Arslan, Ramazan, ve diğerleri. Medeni Usul Hukuku. Ankara, 2022.
- Atalı, Murat, İbrahim Eremenek ve Ersin Erdoğan. Medeni Usul Hukuku . Ankara, 2023.
- Atalay, Oğuz. Menfi Vakıaların İspatı. İzmir, 2011.
- Börü, Levent. Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü. Ankara , 2016.
- Başözen, Ahmet. İlk Görünüş İspatı. Ankara: Adalet , 2010.
- Baumbach, Adolf, ve diğerleri. Zivilprozessordnung. München, 2019.
- Baumgärtel, Gottfried. «Die Beweisvereitelung im Zivilprozess.» Festschrift für Winfried Kralik. Wien, 1986. 63-74.
- Berg-Winters, Ina. Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht. Frankfurt am Main, 2005.
- Bilge, Necip ve Ergun Önen. Medeni Yargılama Hukuku . Ankara, 1978.
- Bringmann, Moritz. Das Beweismass im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht. Köln/Berlin/München, 2005.
- Brinkmann, Moritz. Probability and Conviction Irreconcilable Concepts or Two Sides of the Same Coin? A Comparative Analysis of the Standard of Proof in Civil Matters, Institute of Comparative Law. Montreal: McGill University, 2003.
- Budak, Ali Cem. "Kılı Kırk Yarma Makinesi" Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı. İstanbul, 2021.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. Medeni Usul Hukuku. İstanbul, 2022.
- Çiftçi, Pınar. Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları. Ankara, 2018.
- Deppenkemper, Gunter. Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis. Göttingen, 2004.
- Deren-Yıldırım, Nevhis. Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sinai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler. İstanbul , 2002.
- Ekelöf, Per. «Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins.» ZZP 75 (1962): 289 vd.
- Ekelöf, Per. «Beweiswert.» Festschrift für Fritz Baur. Tübingen, 1981. 343 vd.
- Engels, Gudrun. Der Anscheinsbeweis der Kausalität unter Besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung. Frankfurt-Berlin-Bern-NewYork-Paris-Wien, 1994.
- Erişir, Evrim. Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri. İstanbul , 2013.
- Ermemek, İbrahim. İflasın Ertelenmesi. Ankara, 2009.

- Fröhlich, Daniela. «Die Beweisvereitelung im Zivilprozess.» 2008. 12 Şubat 2024. <<http://www.opus-bayern.de/uni-wuerzburg/volltexte/2009/3706/pdf/dissFroehlich.pdf>>.
- Fuchs, Gisbert. Die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast im zivilprozessualen Eilverfahren. Bonn, 1993.
- Görgün, Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. Medenî Usûl Hukuku . Ankara: Yetkin, 2023.
- Gottwald, Peter. «Das Flexible Beweismass im Englischen und Deutschen Zivilprozess.» Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag. Bielefeld: Giesecking, 2000. 165 vd.
- Gottwald, Peter. «Grundprobleme der Beweislastverteilung.» Jura (1980): 225 vd.
- Gottwald, Peter. Schadenszurechnung und Schadensschätzung. Berlin, 1979.
- Greger, Reinhard. Beweis und Wahrscheinlichkeit. Köln/Berlin/Bonn/München, 1978.
- Hagenloch, Ulrich. «Wahrscheinlichkeitsermittlung beim Indizienbeweis aus revisionsrichterlicher Sicht.» DRiZ (1990): 393 vd.
- Huber, Michael. Das Beweismass im Zivilprozess. Köln/Berlin/Bonn/München, 1983.
- Huber, Michael. Medeni Yargılama Hukuku . İstanbul , 2000.
- Karşı, Abdurrahim. İcra Hukuku Ders Kitabı. İstanbul, 2010.
- Karşı, Abdurrahim. Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı. İstanbul , 2011.
- Kegel, Gerhard. «Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.» Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für Kronstein. 1967. 321 vd.
- Koçisarlioğlu, Cengiz. «Karine ve Borçlar Kanununun 96. Maddesindeki Kusur Karinesi.» Yargıtay Dergisi 10 (1984): 272-273.
- Kollhosser, Helmut. «Besprechung von Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung.» ZZP (1983): 270 vd.
- Konca, Nesibe Kurt. Medenî Usul Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü. Ankara: Yetkin, 2016.
- Konuralp, Haluk. Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı. Ankara, 2009.
- Krapoth, Fabian. Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess. München: Dissertation, 1996.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. Ankara, 2011.
- Laumen, Hans-W. «Die "Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr" – Ein beweisrechtliches Phänomen,» NJW (2002): 3739-3746.
- Leipold, Dieter. Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten. Berlin, 1966.
- Leipold, Dieter. Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess. Berlin, 1985.
- Leipold, Dieter. «Wahrheit und Beweis im Zivilprozess.» Festschrift für Hideo Nakamura zum siebzigsten Geburtstag. 1996. 301 vd.
- Lepa, Manfred. Beweislast und Beweiswürdigung im Haftpflichtprozess. Essen, 1988.
- MüKo-Prütting. «286.» Thomas Rauscher, Peter Wax und Joachim Wenzel, Hanns Prütting. Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung. Cilt Band 1. München, 2008.
- Maassen, Bernhard, M. Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozess. Bonn, 1975.
- Motsch, Richard. Vom Rechtsgenügenden Beweis. Berlin, 1983.

- Musielak, Hans-Joachim. «Das Överviktsprinzip, Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit.» Festschrift für Kegel. Frankfurt, 1977. 451 vd.
- Musielak, Hans-Joachim. Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess. Berlin: De Gruyter, 1975.
- Musielak, Hans-Joachim. «Gegenwartsprobleme der Beweislast.» Zeitschrift für deutschen Zivilprozess (ZZP) 100 (1987): 385-411.
- Musielak, Hans-Joachim. Grundkurs ZPO. München, 2007.
- Özekes, Muhammet. İcra ve İflas hukukunda İhtiyati Haciz . Ankara, 1999.
- Paulus, Christoph, Georg. «Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses.» AcP 197 (1997): 136-160.
- Pekcanitez, Hakan. Medeni Usul Hukukunda Feri Müdahale . Ankara, 1992.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. Medeni Usul Hukuku . İstanbul, 2023.
- Perband, G. Michael. Der Grundsatz der Freien Beweiswürdigung im Zivilprozess (§286 ZPO) in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Frankfurt am Main, 2003.
- Postacıoğlu, İlhan. Medeni Usul Hukuku Dersleri. İstanbul , 1975.
- Postacıoğlu, İlhan ve Sümer Altay. İcra Hukukunun Esasları. İstanbul , 2010.
- Prütting, Hans. «Diskussionsbeitrag zum Karlsruher Forum.» Sonderheft- VersR (1989): 3 vd.
- Prütting, Han. Gegenwartsprobleme der Beweislast. München, 1983.
- Rüzgaresen, Cumhur. İflas Sebepleri. Ankara, 2011.
- Rechberger, Walter H. «Mass für Mass im zivilprozess? -Ein Beitrag zur Beweismassdiskussion in.» Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag. Köln, 1990. 471 vd.
- Reinecke, Gerhard. «Die Krise der Freien Beweiswürdigung im Zivillprozess.» MDR (1986): 630 vd. .
- Rommé, Oliver. Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast. Köln-Berlin-Bonn-München, 1989.
- Rosenberg, Leo, Karl-Heinz Schwab ve Peter Gottwald. Zivilprozessrecht. München, 2018.
- Schatz, Stefan. Die Beweisvereitelung in der Zivilprozessordnung. Köln: Dissertation, 1992.
- Schellhammer, Kurt. Zivilprozess, Gesetz – Praxis – Fälle. Heidelberg, 2001.
- Scherer, Inge. Das Beweismass bei der Glaubhaftmachung. Köln/Berlin/Bonn/München, 1996.
- Schwab, Karl-Heinz. «Das Beweismass im Zivilprozess.» Festschrift für Fasching. München, 1988. s. 451 vd.
- Taşpınar, Sema. «Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü.» AÜHFHD 1-4 (1996): 533 vd.
- Thomas, Heinz, Hans Putzo ve Klaus Reichold. «§ 284.» Reichold, Klaus. Zivilprozessordnung, ZPO Kommentar. München: C.H.Beck, 2018.
- Topuz, Gökçen. Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat. Ankara, 2012.
- Umar, Bilge ve Ejder Yılmaz. İspat Yükü. İstanbul, 1980.
- Üstündağ, Saim. İhtiyati Tedbirler. İstanbul, 1981.
- Wütz, Bernhard. Der Freibeweis in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Tübingen, 1970.
- Walter, Gerhard. Frei Beweiswürdigung. Tübingen, 1979.
- Weber, Helmut. Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess. Tübingen, 1997.

Yıldırım, Kamil. Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi. İstanbul, 1990.

Yılmaz, Ejder. Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri. Cilt I. Ankara, 2001.

Yılmaz, Ejder. Hukuk Sözlüğü. Ankara, 2002.

Yeşilova, Ecehan. «CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti.» DEÜHFD 7.1 (2005): s. 237 vd.

Zöller, Richard, ve diğerleri. Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen. Köln, 2007.

EXTENDED SUMMARY

THE CONCEPT OF EASE OF PROOF IN TERMS OF CIVIL PROCEDURAL LAW

Hakan Albayrak, Assoc. Prof.

Çukurova University, hknalbayrak@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-6097-1296>

If one of the parties to the case is unsuccessful solely due to an inability to prove the facts alleged, this has the effect of disrupting one of the fundamental aims of procedural law, namely the rendering of a fair judgement. In certain instances, it is exceedingly challenging, if not impossible, to substantiate a conditional fact pertaining to substantive law. Consequently, the party tasked with proving the conditional fact is at risk of losing the case due to an inability to prove the conditional fact. In particular, within the realms of medical law and compensation law, pertaining to the existence of a defect, as well as in the domain of labour law, in order to surmount the challenges and limitations associated with proof, facilities for proof have been established through judicial decisions.

There are two methods by which the ease of proof or the difficulty of proof may be addressed. The initial approach is to reduce the level of proof required. By reducing the level of proof required, the challenges associated with proof are attempted to be surmounted. The judge may be satisfied with a lower degree of conviction and accept the veracity of the alleged fact. The most radical method of overcoming the burden of proof is to alter the burden of proof itself, specifically the subjective burden of proof. Nevertheless, modifying the burden of proof is regarded as a more radical solution and is employed as a last resort.

It is important to note that the concept of ease of proof is recognised under various names in judicial decisions and doctrine. However, despite the multiplicity of names, the ease of proof is ultimately realised either by lowering the measure of proof or by shifting the burden of proof.

There are many studies and theories on the measure of proof in German Law. These studies are orientated towards what the measure of proof should be through some theories. It is a more correct approach to try to determine the subjective theory based on the persuasion of the judge by means of some objective data. In this sense, it is generally accepted that the high probability based on probability (hohe Wahrscheinlichkeit) will be taken as the rule of proof. However, in the doctrine, it is stated that this measure is too high, and ideas have been put forward that the rule of proof should be reduced. As a matter of fact, some statutory regulations (such as Article

5 of the Labour Law) reduce the measure of proof. However, even if there is no legal regulation, it is a requirement of the right to a fair trial to provide ease of proof by lowering the measure of proof in the fields of medical law, compensation law and labour law, where the difficulty of proof is experienced by judicial decisions.

Furthermore, our study examined the concepts of burden of proof and burden of substitution of evidence, with the objective of elucidating the distinction between these two concepts. In consequence, it was established that the burden of proof is defined by the substantive law, whereas the burden of substitution of evidence may be subject to alteration. In this regard, we have identified the shifting of the burden of substitution of evidence as a further means of facilitating proof.

It has been established that the element which provides the ease of proof on the basis of all these concepts of ease of proof is the reduction of the measure of proof or the shifting of the burden of proof. In light of these considerations, we have proposed that the concept of "first appearance proof" can be understood as a reduction in the measure of proof, with the rules of evidence and experience serving as the foundation for this reduction. The aim of this paper is to demonstrate that the terms used in the doctrine are merely expressions of the reduction of the measure of proof, albeit expressed in different terms. These concepts are merely special names used to elucidate pertinent circumstances. This approach allows us to better define the framework of the reduction of the relevant measure of proof, as well as to elucidate its conditions and the contexts in which it is employed. Furthermore, we have sought to highlight the distinctions between the concept of approximate proof and the other forms of proof. It has been demonstrated that the ease of proof in the prevention of evidence is facilitated by the shifting of the burden of proof.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

SAĞLIK KURULU KARARLARINA KARŞI İTİRAZ YOLLARI

APPEALS AGAINST HEALTH COMMITTEE DECISIONS

Abdurrahim Çınar*

ÖZ

Sağlık kurulları; kamu veya özel kesimde yer alan sağlık kuruluşları ile çeşitli kamu kurumları çatısı altında faaliyet gösteren, farklı branşlardan hekimlerin bir araya gelmesiyle kurulan organlardır. Kurullar, mevzuatta sağlık kurulu raporu öngörüldüğü hallerde veya tek hekimin yetkisi dışında kalan durumlarda muhatabının sağlık durumu hakkında karar almakla yetkilendirilmiştir. Sağlık kurulu kararları, muhatabının engel oranı tespit edilmek suretiyle sağlık durumunun rapor biçiminde belgelendirildiği kararlardır. Kararlar, kendilerinden sonra alınacak kararlara dayanak teşkil eden ve bu kararların alınabilmesi için işletilmesi gereken birer idari usul aşaması niteliğindedir. Kurul kararlarından; engelli haklarından kamu hizmetine girişe, ceza infaz usullerinden kamu görevlilerinin izinlerine kadar oldukça geniş bir yelpazede yararlanılmaktadır. Sağlık kurulu kararları teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren değerlendirme durumlarından olup kurul kararı alınması gereken konularda idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, uygulamada sağlık kurulu kararlarının yargısal denetimi çoğunlukla bilirkişi raporları üzerinden yürütülmektedir. Söz konusu denetim, kurul kararlarının ilgili mevzuatta uygun düzenlenip düzenlenmediğinin belirlenmesi ile sınırlıdır. Sağlık kurulu kararlarına karşı mevzuatta öngörülen itiraz yolları sayesinde kurul kararları idare tarafından denetlenerek muhatabı hakkında yeni bir kurul kararı alınabildiğinden yargı yoluna başvurulmadan uyuşmazlığın çözülebilmesi mümkün olabilecektir. Uyuşmazlığın yargı önüne taşınmadan çözümlenmesiyle yargı yükü hafiflemiş ve sağlık kurulu kararlarının denetimi için daha kolay ve etkili bir olanak sağlanmış olacağından sağlık kurulu kararlarına karşı mevzuatta öngörülen itiraz yolları önemli bir yer tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık kurulu kararları, idari başvurular, idari işlemler, yargısal denetim, bilirkişi raporları.

* Arş. Gör., Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü İdare Hukuku Ana Bilim Dalı.

Bu çalışma, yazarın "Sağlık Kurulu Kararlarının Hukuki Rejimi" başlıklı yayımlanmış yüksek lisans tezinden üretilmiştir. Abdurrahim Çınar, *Sağlık Kurulu Kararlarının Hukuki Rejimi*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2024.

0000-0002-1538-4997 abdurrahim.cinar@ogu.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under Attribution-NonCommercial 4.0 International.

ABSTRACT

Health committees are entities established through the collaboration of physicians from various disciplines, operating within both public and private healthcare organizations, as well as under various public institutions. These committees have the authority to make decisions regarding the health status of individuals in situations where health committee reports are mandated by legislation or in situations exceeding the jurisdiction of a single physician. Health committee decisions involve documenting the individual's health condition in the form of a report, typically by determining the degree of impairment. These decisions serve as administrative procedural stages that provide the basis for subsequent decisions and must be followed to make such decisions. Health committee decisions are utilized across a wide spectrum of areas, ranging from penal execution procedures to entry into public services. Health committee decisions involve evaluations that require technical knowledge and expertise, and are not subject to administrative discretion. In practice, judicial review of these decisions typically relies on expert reports and is confined to assessing compliance with relevant legislation. Appeal procedures allow disputes to be resolved administratively without judicial recourse, as a new decision can be made by the committee concerning the relevant party. Resolving disputes without judicial recourse reduces the burden on the courts; thus, the appeal procedures occupy a significant place.

Keywords: Health committee decisions, administrative appeals, administrative acts, judicial review, expert reports.

GİRİŞ

Sağlık kurulları; kamu veya özel kesimde yer alan sağlık kuruluşları ile çeşitli kamu kurumları bünyesinde faaliyet gösteren, farklı branşlardan hekimlerin bir araya gelmesiyle kurulan organlardır. Kurullar, mevzuatta sağlık kurulu raporu öngörüldüğü hallerde veya tek hekimin yetkisi dışında kalan durumlarda muhatabın sağlık durumu hakkında karar almakla yetkilendirilmiştir. Kurulları meydana getiren hekimlerin branşları, hakkında karar alınacak kişinin engel durumuna bağlı olarak değişiklik göstermektedir.

Sağlık kurullarına dair en dikkat çeken husus, kurul faaliyetlerinin “multidisipliner” yapıda olmasıdır. Kurullarda farklı disiplinler ortak bir amaç için bir arada çalışmakta ve muhatabın sağlık durumuna yönelik çeşitli branşlardan hekimler tespitlerde bulunmaktadır. Birden fazla uzmanlık alanını ilgilendiren durumlarda tek hekimle alınamayacak yahut alınması uzun sürecek kararların daha verimli ve kısa sürede alınabilmesini sağladıkları için sağlık kurullarına ihtiyaç duyulmaktadır. Danıştay bir kararında; mevzuatta tek hekim raporu yerine sağlık kurulu raporu alınması gerektiğini öngören düzenlemelerin, hastaların daha nitelikli sağlık hizmeti alabilmelerini ve kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanımını sağlamayı amaçladığını belirtmiştir.¹ Yüksek mahkeme bir başka kararında ise ortada bir sağlık kurulu raporu mevcutken tek hekim tarafından düzenlenen raporun, muhatabına dair karara esas alınabilecek “ağırlıkta ve nitelikte olmadığı(nı)” ifade etmiştir.²

Sağlık kurulu kavramından, tek hekimin yetkisini aşan konularda karar alabilen bütün kurulların anlaşılması mümkündür. Ancak, aşağıda açıklanacağı üzere sağlık alanında görev yapan her kurul birer sağlık kurulu niteliği taşımamakta, aksine sağlık kurulları bunların yalnızca bir türünü oluşturmaktadır. Sağlık kurullarının sağlık alanında faaliyet gösteren diğer kurullardan ayrışmalarını sağlayan çeşitli özellikleri bulunmaktadır. Çalışmanın kapsamı sağlık kurulu kararları ile sınırlandırılmış olduğundan aşağıda adı geçen ve bu çalışma kapsamında sağlık kurulu niteliği taşımayan bazı kurullar kapsam dışında bırakılmıştır.

İlk olarak, sağlık kurullarında hekimler dışında üye bulunmamaktadır.³ Örneğin, sağlık alanında faaliyet göstermesine rağmen üyelerinin yarısına yakını hekimlik dışındaki mesleklerden bir araya gelen Umumi Hıfzıssıhha Kurulları, bu çalışma kapsamında sağlık

¹ Danıştay 10. Daire, 13.02.2023 tarih ve E.2019/7047, K.2023/503 sayılı kararı.

² Danıştay 5. Daire, 23.01.2014 tarih ve E.2013/5981, K.2014/467 sayılı kararı.

³ **Madde 4-** “Kurul; Kurum tarafından görevlendirilen en az 4 (dört) hekimden oluşur. Kurul öncelikle Kurum bünyesinde bulunan hekimlerden, gerek duyulması halinde ise resmi sağlık hizmeti sunucularından görevlendirilecek uzman hekimlerden oluşturulur.” Kurum Sağlık Kurulları Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları. (2014). Sosyal Güvenlik Kurumu, 15.08.2014.; **Madde 4-** “Kurul; Milli Savunma Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Yüksek Öğretim Kurulu, en fazla üyeye sahip işveren, işçi ve kamu çalışanlarını temsil eden konfederasyonlar, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu, Türk Tabipleri Birliği, Türkiye Ziraat Odaları Birliği ve kurum tarafından görevlendirilecek birer uzman hekimden oluşur.” Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik. (2013). T. C. Resmi Gazete, 28695, 02.07.2013.

kurulu niteliği taşımamaktadır. Bu durumun tek istisnası, Merkez Sağlık Kurulunun bir üyesinin “Gelirler Genel Müdürlüğü’nün bir temsilcisi” olacağını öngören düzenlemedir.⁴

Sağlık kurulu kararları, kural olarak muhatabı üzerinde çeşitli hak ve yükümlülükler doğurabilmektedir.⁵ Kurullarda hak ve yükümlülük doğurmayan, danışma ve görüş bildirme niteliğinde kararlar da alınmaktadır ancak bu tür kararların alınması kurulların tali görevlerindedir. Bu doğrultuda sağlık alanında görev yapan bir kurulda teknik ve bilimsel görüş bildiren kararların alınması, bu çalışma kapsamında tek başına o kurulun sağlık kurulu niteliği taşıdığını göstermez. Örneğin Adli Tıp Üst Kurulları ile Adli Tıp İhtisas Kurulları, görev alanlarına giren konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmekle görevlendirilmiştir. Kurulların yetkileri arasında sağlık kurullarının temel görevlerinden olan sağlık kurulu raporu düzenlemek veya ilgilinin sağlık durumu hakkında karar vermek bulunmamaktadır. Bu nedenle, sağlık alanında faaliyette bulunmalarına rağmen adı geçen kurullar birer sağlık kurulu olarak kabul edilmemiştir.

Son olarak, sağlık kurulu kararları yalnızca muhatabının sağlık durumuna ilişkin olup faaliyetleri gereği kurullarda kamu sağlığına yönelik kararlar alınmamaktadır.⁶ Bu nedenle sağlık alanında faaliyet göstermelerine rağmen kamu sağlığına ilişkin karar almakla görevlendirilen Sağlık ve Gıda Politikaları Kurulu ile Umumi Hıfzıssıhha Kurullarının bu çalışma kapsamında sağlık kurulu niteliği taşıdığı söylenemez. Sağlık ve Gıda Politikaları Kurulu, gıda sağlığı konusunda araştırma yapmak, gıda sağlığının korunması, sağlık sisteminin geliştirilmesi ve bağımlılıkla mücadele konularında politika önerileri hazırlamakla görevlendirilmiştir. Umumi Hıfzıssıhha Kurulları ise kamu düzeninin unsurlarından biri olan genel sağlığa yönelik, toplum sağlığının korunması ve bu doğrultuda gerekli tedbirlerin alınmasıyla görevlidir.

Yukarıda açıklanan özellikleri doğrultusunda Türk hukuk mevzuatında dört farklı sağlık kurulu bulunduğu söylenebilir. Söz konusu kurullar; Engellilik Sağlık Kurulları, Kurum Sağlık Kurulları, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu ve Merkez Sağlık Kuruludur. Sağlık kurulları, başvuruda bulunan kişiye ait teşhislerle laboratuvar ve muayene bulgularının üyeler tarafından müzakere edilmesi sonucunda muhatabın sağlık durumunun belirlenmesi şeklinde karar alır. Kararlarda yer alan sağlık durumu tespiti, mevzuatta öngörülen çeşitli yöntem ve esaslara

⁴ **Madde 10-** “Merkez Sağlık Kurulu, Maliye Bakanlığı Başhekiminin başkanlığında, Sağlık Bakanlığı’na görevlendirilecek iki uzman hekim ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na görevlendirilecek bir uzman hekimden ve Gelirler Genel Müdürlüğü’nün bir temsilcisinden oluşur.” Sakatlık İndiriminden Yararlanacak Hizmet Erbabının Sakatlık Derecelerinin Tesbit Şekli ile Uygulanması Hakkında Yönetmelik. (1981). *T. C. Resmi Gazete*, 17324, 28.04.1981.

⁵ **Madde 25-** “Sigortalının veya işverenin talebi üzerine Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi sonucu, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60’ını, (c) bendi kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün en az %60’ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalı, malül sayılır.” Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu. (2006). *T. C. Resmi Gazete*, 26200, 16.06.2006.

⁶ **Madde 22-** “Sağlık kurulları tek tabibin yetkisi dışında kalan hususlarda veya mevzuatta sağlık kurulu raporu öngörüldüğü hallerde, kişilerin sağlık durumları hakkında karar vermeye yetkili organlardır.” Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği. (1982). *T. C. Resmi Gazete*, 17927, (Mükerrer), 13.01.1983.

uygun olarak yapılmaktadır. Söz konusu yöntemler ilgilinin engel durumuna ve engelin bulunduğu bölgeye göre değişiklik göstermektedir. Çalışma kapsamında öncelikle sağlık kurulu kararlarının türleri ve kararlarda öne çıkan tespit unsuru ortaya konulacak, ardından bu kararlara karşı itirazın önemi ve mevzuatta yer verilen itiraz türleri açıklanacaktır.

I. SAĞLIK KURULU KARARLARI

Sağlık kurulu kararları, muhatabının mevcut sağlık durumunu gösteren belgelerdir. Kurul karar alırken gerekli görmesi halinde muhatabı bizzat muayene edebilir veya muhatabın kontrol muayenesine tabi tutulmasını isteyebilir. Kurul kararları genellikle rapor biçiminde düzenlenmektedir. Bununla beraber halihazırdaki rapor üzerinde ayrıca bir bölüm açılması veya rapordan farklı bir belge düzenlenmesi suretiyle alınan kararlar da mevcuttur. Kurul kararları temel olarak muhatabının engel oranı, çalışma gücü kaybı, erken yaşlanma veya maluliyet durumlarını içermektedir. Bunların yanı sıra kararlarda bakım ihtiyacı, yardımcı alet gereksinimi ve çalıştırılabilme durumu gibi muhatabın sağlık durumu hakkında ek bilgilere de yer verilmektedir.

Muhatabının çeşitli haklardan yararlanması için kendilerinden sonra gelen nihai işleme dayanak teşkil eden sağlık kurulu kararları, birçok farklı nedenle alınabilmektedir. Bu doğrultuda kurul kararları geniş bir uygulanma alanına sahiptir. Örneğin, hükümlülerin hücreye koyma cezalarının infazında, silah ruhsatı alınmasında, kamu görevlilerinin sıhhat ve mazeret izinlerinde, memuriyete girme ve sağlık sebebiyle memuriyetten erken emekli olma durumlarında sağlık kurulu kararlarına başvurulmaktadır.

Sağlık kurulu kararları birbirinden farklı özelliklerde olup içerikleri bakımından danışma ve tespit kararları şeklinde sınıflandırılabilir. Danışma kararları yalnızca Merkez Sağlık Kurulu, Yüksek Sağlık Kurulu ve Kurum Sağlık Kurullarında alınabilirken sağlık kurullarının tamamında tespit kararı alınabilmektedir. Danışma kararları, idarenin veya muhatabın talebi üzerine kurulların görev alanlarına giren konularda bilimsel ve teknik (tıbbi) görüş belirttiği kararlardır. Bu kararlar nihai işleme tesis edecek olan idari makamı aydınlatmak amacıyla tesis edilir. Sağlık kurullarının tespit kararları ise muhatabının engel oranı tespit edilmek suretiyle sağlık durumunun rapor biçiminde belgelendirildiği kararlardır. Bu kararlar, muhatabının karar öncesinde ortaya çıkan ancak hukuken belirsiz nitelikteki durumunun hukuki niteliğinin belirlenmesine yöneliktir. Anılan kararlarla hukuken belirsiz olan durumu belirliliğe kavuşan (sabitlenen) muhatap, yeni bir hukuki statüye girerek o statünün getirdiği belirli haklardan yararlanmayı talep edebilecektir. Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde herhangi bir ayırım yapılmaksızın kullanılan “sağlık kurulu kararları” ifadesi ile kurulların tespit kararları anlatılacaktır.

Sağlık kurulu kararlarında tespit, şekil olarak yazılı olmakla beraber usul kuralları bakımından farklılıklar göstermektedir. Örneğin Engellilik Sağlık Kurullarında, bizzat kurul karşısına çıkan muhatap hakkında yeni bir kurul raporu düzenlemek suretiyle karar alınır. Bununla beraber Merkez Sağlık Kurulu, Yüksek Sağlık Kurulu ve Kurum Sağlık Kurullarında, gerekli görülmedikçe muhatabın kurul karşısına çıkmamasının yanı sıra yeni bir kurul raporu da düzenlenmemektedir. Bu kurullarda tespit, muhataba dair belgeler üzerinden yapılır ve

varılan sonuç önceden düzenlenmiş olan kurul raporu üzerindeki müstakil bir bölüme kaydedilir. Çalışma kapsamında inceleme kolaylığı sağlaması açısından tespit kararları, anılan usul farkı bakımından doğrudan ve dolaylı tespit kararları olarak ikiye ayrılmıştır. Buna göre Engellilik Sağlık Kurullarının kararları doğrudan tespit; Merkez Sağlık Kurulu, Yüksek Sağlık Kurulu ve Kurum Sağlık Kurullarının kararları ise dolaylı tespit kararları şeklinde ifade edilecektir.

II. SAĞLIK KURULU KARARLARINA KARŞI İTİRAZIN ÖNEMİ

Sağlık kurulu kararları; “değerlendirme durumları” şeklinde adlandırılan, idarenin uzmanlık gerektiren kararlarla karşı karşıya olduğu durumlardan bir tanesidir.⁷ Söz konusu durumlarda idareden teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bir değerlendirme istenmektedir. Anılan değerlendirmenin “genel objektif anlayışa” yahut “idare ajanının subjektif anlayışına” bırakılmasına göre idareye tanınan yetki nitelik yönünden farklılaşmaktadır.⁸ Sağlık kurulu kararları genel değerlendirme niteliğindedir ve bu değerlendirme genel objektif anlayışa göre yapıldığından, kurul kararı alınması gereken konularda idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı kabul edilmiştir.⁹

Sağlık kurulu kararları, muhatabının mevcut sağlık durumuna yönelik muayene ve laboratuvar bulguları ile teşhislerin değerlendirilerek engel, vücut fonksiyon kaybı veya çalışma gücü kaybı oranlarının tespit edilmesini içermektedir. Kurullarda tespit, önceden belirlenen ve ilgili mevzuatın eklerinde yer alan, oldukça kapsamlı şekilde düzenlenmiş teknik ve ölçütlere uygun surette yapılmaktadır. Örneğin Engellilik Sağlık Kurulu kararlarındaki tespitler, Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmeliğin ekinde yer alan “Erişkinler için Engelli Sağlık Kurulu Raporları Engel Oranları Alan Kılavuzuna” uygun olmalıdır.¹⁰ Bu tür kılavuzlar, kişinin engel ve çalışma gücü kaybı oranlarının belirlenmesi sürecinde kurullarda görev yapan uzman hekimler için objektif ve standart bir yaklaşım sağlamak üzere düzenlenmektedir.

Sağlık kurulu kararlarının örnek teşkil ettiği değerlendirme durumlarında, kararı verecek olan idarenin doğrudan almış olduğu kararlarla değil, bu idare dışındaki birtakım uzmanların

⁷ Şükrü Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”, *Türk İdare Dergisi*, 63/392, (1991), s.75.; Halil Kalabalık, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2, (1997), s.213.; Oğuz Sancakdar, “İdare Hukukuna Özgü Tazmin Nedenlerinin Bulunmaması Kavramı”, *Manisa Barosu Dergisi*, 18/69, (1999), s.28.; Onur Kaplan, *İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.56.

⁸ Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”. s.75.; Ayrıca bkz. Sinan Seçkin ve Gül Üstün, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, 21/2, (2015), s.514-515.

⁹ Karatepe, “İdarenin Takdir Yetkisi”. s.75.; Kalabalık, “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”. s.213.

¹⁰ Erişkinler için Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmeliğin ekleri için bkz. https://www.lexpera.com.tr/Appendix/BYLAW_TR/RG801Y2019N30692S1_275131846_1.pdf (Erişim Tarihi: 19.03.2024); Çalışma gücü kaybına yönelik tespitler ise Maluliyet ve Çalışma Gücü Kaybı Tespiti İşlemleri Yönetmeliğinin ekine uygun olarak yapılmak durumundadır. Anılan ek için bkz: https://www.lexpera.com.tr/Appendix/BYLAW_TR/RG801Y2021N31612S3_402265105_1.pdf (Erişim Tarihi: 07.04.2024)

raporlarına dayanılarak değerlendirme yapılmaktadır.¹¹ Uzmanlık raporu alınan konuda nihai kararı vermekle yetkili olan idarenin yaptığı iş, rapora dayanarak örneğin muhatabın engellilik indiriminden yararlanıp yararlanamayacağına karar vermektir. İdarenin kararına sağlık kurulu raporları esas alınacağından, muhatabın engellilik indiriminden yararlanması gerektiğini söyleyen sağlık kurulu raporuna karşın idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu öne sürerek aksi yönde karar vermesi mümkün değildir.¹² Zira yukarıda da belirtildiği üzere sağlık kurulu kararları genel objektif anlayışa göre değerlendirme yapılan durumlardır. Bu tür durumlarda, teknik ve uzmanlık gerektiren konuya dair nihai kararı verecek olan idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı kabul edilmiştir.¹³ Burada takdir yetkisinin bulunmamasının sebebi bizzat raporun niteliğinin teknik ölçütlere bağlı olmasıdır.¹⁴

Sağlık kurulu kararlarının teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmesi nedeniyle Danıştay, iptal davalarında önüne gelen sağlık kurulu kararları karşısında, İYUK'un 20. Maddesi uyarınca re'sen araştırma ilkesine göre bilirkişiye başvurarak denetim yapmaktadır.¹⁵ Yüksek mahkeme; nispeten eski tarihli bir kararında davaya konu sağlık kurulu kararlarındaki engel (veya çalışma gücü kaybı) oranlarının uyuşmaması durumunda bilirkişi sıfatıyla Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulları yahut hakem hastane¹⁶ bünyesindeki sağlık kurulları tarafından ayrıca rapor düzenlenerek ona göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiş,¹⁷ sonraki kararlarında ise sağlık kurulu kararlarına yönelik bilirkişinin hakem hastane niteliğinde olması gerektiği

¹¹ Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi". s.75.; Kalabalık, "İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması". s.213.

¹² Karatepe bu konuda, evin dayanıklı veya çürük olmasına bağlı olarak o evde oturulup oturulamayacağı yönündeki idare kararını örnek vermiştir: "*Kararın alınmasında ise, uzmanların raporları dayanak alınacağından, bilirkişinin oturulabilir dediği bir eve idarenin takdir yetkisi bulunduğunu ileri sürerek oturulamaz raporu vermesi söz konusu olamaz.*" Karatepe, "İdarenin Takdir Yetkisi". s.75.

¹³ Ibid. s.75.

¹⁴ Kaplan, İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri, s.79.

¹⁵ Danıştay 9. Daire, 20.02.2018 tarih ve E.2016/8730, K.2018/895 sayılı kararı: "*Aktarılan kurallara göre, mahkemenin uyuşmazlığın çözümünün hukuki bilgi dışında, özel ve teknik bilgi gerektirmesi durumunda, bilirkişinin oy ve görüşüne başvurabileceği, tanzim edilen bilirkişi raporunda eksiklikler tespit edilmesi durumunda bilirkişiye yeni sorular yönelterek, ek rapor tanzim etmesini isteyebileceği ya da dosyayı başka bir bilirkişiye tevdi edip uyuşmazlık hakkında tekrar rapor alabileceği anlaşılmaktadır.*" Danıştay 3. Daire, 27.12.2012 tarih ve E.2010/2375, K.2012/4914 sayılı kararı: "*2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun gönderme yaptığı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266'ncı maddesinde; Mahkemelerce, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verileceği belirtilmiştir.*" İdari yargıda bilirkişilik müessesesi hakkında bkz. Deniz Kaylıoğlu, "Türk İdari Yargılama Hukukunda Bilirkişilik", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2019.; Ramazan Yıldırım vd. "İdare Mahkemeleri Örneğinde Bilirkişilik Uygulamaları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1, (2011), s.9-38.

¹⁶ Hakem hastaneler, kişisel müracaata istinaden alınan sağlık kurulu kararlarında karşı itiraz mercilerindedir.

¹⁷ Danıştay 3. Daire, 27.12.2012 tarih ve E.2010/2375, K.2012/4914 sayılı kararı: "*Uyuşmazlığın çözümü, söz konusu raporun düzenlendiği tarih esas alındığında 16.7.2006 tarihli ve 26230 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Özürlülük Ölçütü Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmeliğin Ek-1'de yeralan özürlü sağlık kurulu raporu vermeye yetkili sağlık kuruluşlarından birinde, davacının yeniden muayenesinin yaptırılması veya bilirkişi sıfatıyla Adli Tıp Kurumuna (yönetmelikte belirtilen incelemeleri yapabilecek bir heyetçe) yaptırılacak inceleme sonucunda çalışma gücü kaybının ne olduğunun belirlenerek buna göre karar verilmesi gerektiğinden işlemi iptal eden Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.*" Danıştay burada yer verilen kararında ayrıca sağlık kurulu kararları dava konusu olduğunda bilirkişi olarak tek bir hekim atanamayacağını, bilirkişinin mutlaka bir kurul olması gerektiğini belirtmiş; bilirkişi olarak tek bir hekim belirleyen ilk derece mahkemesinin kararını bu gerekçeyle bozmuştur.

yönünde karar kılmıştır.¹⁸ Bir örnekte Danıştay, bilirkişi olarak Adli Tıp Kurumundan karar alınması üzerine verilen vergi mahkemesi kararını, ilgili yönetmelik uyarınca bilirkişi sıfatıyla hakem hastanelerin birinden karar alınmadığı gerekçesiyle bozmuştur.¹⁹

Danıştay kararına konu olayda, muhatabı hakkında üç ayrı hastanede, farklı tarihlerde toplam dört adet Engellilik Sağlık Kurulu raporu düzenlenmiş ve bu raporlara dayanarak Merkez Sağlık Kurulunca birbirinden farklı çalışma gücü kaybı oranları tespit edilmiştir. Merkez Sağlık Kurulunun son kararı esas alınarak hakkında engellilik indiriminden yararlanamayacağına yönelik tesis edilen işlemin iptali talebiyle muhatabın dava açması üzerine Danıştay, davaya konu engellilik sağlık kurulu raporu ile Merkez Sağlık Kurulu kararındaki oranlar arası çelişkinin giderilmesi için re'sen araştırma ilkesi gereğince muhatabın hakem hastaneye sevk edilerek hakkında yeniden sağlık kurulu raporu düzenlenmesi ve bu rapora dayanılarak engellilik indiriminden yararlanmasına karar verilmesi gerektiğinden ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.²⁰

Danıştay kararlarında, sağlık kurulu kararlarının teknik bilgi gerektirmesi nedeniyle bilirkişi tarafından düzenlenen kurul raporuna uyma eğilimi görülmektedir.²¹ Yüksek mahkeme, içerdiği eksikliklere yönelik ek veya yeni bir rapor istenmeden bilirkişi raporundaki orandan farklı yönde karar alınmasını hukuka uygun bulmamaktadır. Örnek olayda, hakkında düzenlenen birden fazla raporda (ve bu raporların Merkez Sağlık Kurulunca incelenmesi sonucu verilen kararlarda) engel oranının yüzde kırkın altında olduğu belirlenen ve engellilik indiriminden yararlandırılmayan davacının, anılan işlemin iptaline yönelik olarak açtığı davada vergi mahkemesi, davanın konusu teknik bilgi ve uzmanlık gerektirdiğinden kişiyi yeni bir kurul raporu alınmak üzere hastaneye sevk etmiştir. Sevke istinaden alınan rapordaki engel oranı %34 çıkmasına karşın mahkeme; davacının, farklı hastalıklarının da bulunduğunu ve düzenli ilaç kullanması nedeniyle sonuçlarının normal çıktığını, hastalığa yönelik en az

¹⁸ Bu hususta bkz. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 08.11.2017 tarih ve E.2017/549, K.2017/537 sayılı kararı.; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 26.03.2014 tarih ve E.2013/415, K.2014/182 sayılı kararı.; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 05.03.2014 tarih ve E.2013/227, K.2014/150 sayılı kararı.; Danıştay 9. Daire, 20.02.2018 tarih ve E.2016/2563, K.2018/900 sayılı kararı.; Danıştay 9. Daire, 21.02.2018 tarih ve E.2016/7382, K.2018/915 sayılı kararı.; Danıştay 4. Daire, 05.11.2015 tarih ve E.2015/788, K.2015/5139 sayılı kararı.

¹⁹ Danıştay 9. Daire, 20.02.2018 tarih ve E.2016/2563, K.2018/900 sayılı kararı: "*Vergi Mahkemesince, davacının engel oranının tespit edilmesi amacıyla, bilirkişi sıfatıyla Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığı'na muayene için gönderildiği, adı geçen Kurum tarafından davacının engellilik oranının %55 olduğu tespit edilmiş ve, davacının engelli indiriminden yararlandırılması gerektiği gerekçesiyle aksi yönde tesis edilen işlemin iptaline karar verildiği anlaşılmakta ise de, yukarıda yer verilen Yönetmelik maddeleri dikkate alındığında, davacının, "engelli sağlık kurulu raporu vermeye yetkili hakem hastaneler"den birinde muayenesinin sağlanarak, engel oranının, başvuru tarihinde yürürlükte olan "Özürlülük Ölçütü Sınıflandırılması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik" hükümlerine göre belirlenmesi ve tespit edilen bu orana göre davacının engelli indiriminden faydalanıp faydalanamayacağına karar verilmesi gerektiğinden mahkeme kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.*"

²⁰ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 26.03.2014 tarih ve E.2013/415, K.2014/182 sayılı kararı.

²¹ Bu yönde kararlar için bkz. Danıştay 9. Daire, 20.02.2018 tarih ve E.2016/5969, K.2018/892 sayılı kararı.; Danıştay 9. Daire, 21.02.2018 tarih ve E.2016/7382, K.2018/915 sayılı kararı.; Danıştay 9. Daire, 20.02.2018 tarih ve E.2016/2563, K.2018/900 sayılı kararı.; Bilirkişi raporlarının bağlayıcılığı bakımından öğretide hakiminden bilirkişi raporu doğrultusunda karar vermesi gerektiğini savunan ve hakimin bilirkişi raporunu serbestçe takdir edebileceğini savunan görüşler söz konusudur. Bu görüşler hakkında bkz. Deniz Kayılıoğlu, "Türk İdari Yargılama Hukukunda Bilirkişilik", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2019, s.149-160.

etkilenme seviyesi de göz önünde bulundurulunca (%20) engel oranının %40'ı geçeceğini belirterek engellilik indiriminden yararlandırılmamasına yönelik işlemi iptal etmiştir. Danıştay, vergi mahkemesinin kararını; hastanede düzenlenen son raporda engel oranının yüzde %34 olarak belirlenmesi üzerine, raporda görülen eksikliklere binaen ek veya yeni bir rapor istenmeden engel oranının %40'ı geçtiği yönünde karar alınamayacağı gerekçesiyle bozmuştur.²²

Buraya kadar anlatılanlar doğrultusunda, Danıştay'ın sağlık kurulu kararlarını konu edinen iptal davalarında, kurul kararının mevzuatta öngörülen usullere ve şekil şartlarına uygun düzenlenip düzenlenmediğini bilirkişiye başvurarak denetlemekten ziyade bilirkişinin yeni bir rapor düzenlemesini talep ettiği görülmektedir. Yüksek mahkemenin buradaki tutumu hukukilik denetiminin sınırlarını aştığından, Anayasanın 125. maddesi ile İYUK'un 2. maddesinde düzenlenen "idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemez" hükmüne aykırıdır.²³ Zira yargı organının, yasalarla tanınan yargı yetkisinin sınırlarını aşarak idarenin yerine geçmesi ve onun adına işlem tesis etmesi yahut idareyi bir karar almaya zorlaması mümkün değildir.²⁴ Burada Danıştayın, kişinin engellilik indiriminden yararlanıp yararlanamayacağına yönelik nihai işleme esas alınacak dolaylı tespit kararını, özel ve teknik bilgi gerektirdiğinden bilirkişiye gitmek suretiyle mevzuatta yer verilen usullere uygun düzenlenip düzenlenmediği yönünden hukukilik denetimine tabi tutarak karar vermesi gerekirdi.²⁵

Danıştay kararlarında, sağlık kurulu kararlarındaki oranlar arası çelişkinin giderilmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus söz konusu oranların niteliğidir. Nitekim Danıştay, hakem hastanelerde yeniden kurul raporu düzenlenmesi yönündeki içtihadını re'sen araştırma ilkesi uyarınca kurul kararlarındaki oranlar arası çelişkinin giderilmesi şeklinde gerekçelendirmekle beraber yukarıda ifade edildiği üzere anılan

²² Danıştay 9. Daire, 20.02.2018 tarih ve E.2016/8730, K.2018/895 sayılı kararı; Benzer bir karar için bkz. Danıştay 9. Daire, 21.02.2018 tarih ve E.2016/7382, K.2018/915 sayılı kararı.

²³ Bu yönde bkz. Danıştay 4. Daire, 15.03.2016 tarih ve E.2015/7115, K.2016/1111 sayılı kararı: KARŞI OY- "Yukarıda yer verilen Anayasa ve Kanun hükmü uyarınca, Mahkemece, dava konusu işlemin dayanağı olan ... sağlık kurulu raporu üzerinde yaptırılacak bilirkişi incelemesiyle, Merkez Sağlık Kurulunca belirlenen çalışma gücü kayıp oranının 14.1.2012 günlü 28173 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan "Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik" eki tabloda yer alan ölçütlere göre belirlenip belirlenmediği tespit edildikten sonra, dava konusu işlem hakkında iptal sebebi varsa, tespit edilen bu iptal gerekçesiyle davanın kabulüne ya da iptal sebebinin bulunmadığı halde davanın reddine karar verilmesi gerekirken, idarenin yerine geçmek suretiyle davacının yeniden hakem hastanede muayenesinin sağlanarak, bu hastane tarafından verilen rapora istinaden karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığından, mahkeme kararının yukarıda açıklanan gerekçeyle bozulması gerektiği görüşüyle Dairemiz kararına gerekçe yönünden katılmıyoruz. "; Benzer yönde bir karşı oy gerekçesi için bkz. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 23.10.2018 tarih ve E.2018/687, K.2018/794 sayılı kararı.

²⁴ Hulusi Alphan Dinçkol, "İdari Yargı'da Hakimın Takdir Yetkisinin Denetlenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19/2, (2013), s.1578.; Seçkin ve Üstün, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", s.522.

²⁵ Hukuka uygunluk denetimi ve idari işlem niteliğinde karar verme yasağı hakkında bkz. Seçkin ve Üstün, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", s.509-533.; Dinçkol, "İdari Yargı'da Hakimın Takdir Yetkisinin Denetlenmesi". s.1567-1594.; İdari yargıda yargısal denetimin sınırları hakkında bkz. Züleyha Keskin, "İdari Yargıda Yargısal Denetimin Kapsamı ve Sınırları.", Doktor Tezi, Ankara Üniversitesi, 2021.; Mahmut Şen, "İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/1-2, (2013), s.1623-1641.

oranlar birbirinden farklı niteliktedir.²⁶ İlk kurul kararında (kurum sevkine istinaden alınan doğrudan tespit kararı) belirlenen oran muhatabın engel oranı olup Engellilik Sağlık Kurulları çalışma gücü kaybını tespit etmekle yetkilendirilmemiştir.²⁷ Ayrıca bu tespit kararı yalnızca prosedür niteliğinde bir aşama olup nihai karara esas alınamaz. İkinci kurul kararında (dolaylı tespit kararı) belirlenen oran muhatabın çalışma gücü kaybı oranı olup bu karar kişinin engellilik indiriminden yararlanıp yararlanamayacağına yönelik idarenin nihai kararına esas teşkil etmektedir. Bu bağlamda anılan iki kurul kararı arasındaki muhtemel oran farkı bir “çelişki” niteliğinde olmayıp kararların tespit ettikleri durumlarla alınma usullerinin farklı olmasından kaynaklanmaktadır.

Sağlık kurullarından yalnızca Merkez Sağlık Kurulunun tespit kararlarına karşı mevzuatta itiraz yolu öngörülmemiştir. Bu durum özellikle diğer sağlık kurulu kararlarına nazaran Merkez Sağlık Kurulu kararlarının esas teşkil ettiği işlemlere karşı açılan, içerik bakımından birbirine yakın çok sayıda davada kendisini göstermektedir.²⁸ Danıştay’ın sağlık kurulu kararlarına yönelik denetimi, bu kararların teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmesi nedeniyle bilirkişi raporlarına dayalı bir denetim olup yalnızca kararların ilgili mevzuata uygun düzenlenip düzenlenmediğinin belirlenmesi (hukuka uygunluk denetimi) ile sınırlıdır. Merkez Sağlık Kurulunun tespit kararlarına karşı öngörülebilecek bir idari itiraz yoluyla anılan kararlar idare tarafından denetlenebilir ve muhatabı hakkında yeni bir dolaylı tespit kararı alınabilir. Nitekim sağlık kurulu kararlarına karşı idari başvuru yolları, muhatabına yönelik yeniden bir tespit kararı alınması ile sonuçlandığından yargı yoluna başvurulmadan sorunun çözülebilmesine olanak tanımaktadır. Bu sayede uyuşmazlığın yargı önüne taşınmadan çözümlenme ihtimalinin artmasıyla yargı yükü hafiflemiş ve sağlık kurulu kararlarının denetimi için daha kolay ve etkili bir olanak sağlanmış olacağı için sağlık kurulu kararlarına karşı mevzuatta öngörülen itiraz yolları önemli bir yer tutmaktadır.²⁹

²⁶ Söz konusu durum dolaylı tespit kararlarının konu teşkil ettiği iptal davaları için geçerlidir. Her ne kadar Danıştay gene de bilirkişiye başvurup muhatabı hakkında tekrar rapor düzenlenmesini talep etse dahi, kişisel müracaata istinaden alınan doğrudan tespit kararları söz konusu olduğunda her iki kararda da muhatabının engel oranı belirlenmektedir.

²⁷ Engellilik Sağlık Kurulları, *Erişkinler için Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelikte* düzenlendiği üzere muhatabı hakkında engel oranını belirleyen kurul raporları (doğrudan tespit kararları) düzenlemekle yetkili kurullardır.

²⁸ Bu yönde çeşitli örnek kararlar için bkz. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 26.03.2014 tarih ve E.2013/415, K.2014/182 sayılı kararı.; Danıştay 4. Daire, 05.11.2015 tarih ve 2015/1440, K.2015/5130 sayılı kararı.; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 08.11.2017 tarih ve E.2017/549, K.2017/537 sayılı kararı.; Danıştay 3. Daire, 15.12.2020 tarih ve E.2019/538, K.2020/5567 sayılı kararı.

²⁹ Sağlık kurulu kararlarıyla ilgili olmamakla beraber, farklı bağlamda benzer bir görüş için bkz. Turgut Tan, “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 51/1, (1996), s.422-423.; İdari Başvuruların işlevleri için bkz. Lütfi Duran, “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 12/1, (1946), s.169.; Füsün Ceren Küçük, *İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. Maddesi Uyarınca Yapılan Başvurunun Kapsam ve Sonuçları*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019, s.12-14.; Yusuf Sertaç Serter, *İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s.39-40.

III. İDARİ ANLAMDA KESİNLİK KAVRAMI VE SAĞLIK KURULU KARARLARINA KARŞI MEVZUATTA ÖNGÖRÜLEN İTİRAZ TÜRLERİ

Halka işlem niteliğindeki sağlık kurulu kararları, muhatabı üzerinde hukuki sonuç doğurabilmeleri durumunda kendi içinde kesinlik şartını sağlamak suretiyle zincirden ayrılarak iptal davasına konu edilebilmektedir. Nitekim İYUK'un 14. maddesi kapsamında kesin işlem, idari karar alma süreci tamamlanmış ve idarenin nihai iradesini beyan etmiş olduğu idari işlemdir. Bununla beraber mevzuatta sağlık kurulu kararlarının belirli durumlarda "kesin" olacağını öngören düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik'in 12. maddesine göre, Engellilik Sağlık Kurulunun kişisel müracaata istinaden alınan tespit kararlarına karşı itiraz yolu açıktır.³⁰ İtiraz üzerine muhatabı, en yakın farklı bir hastaneye yönlendirilerek hakkında yeniden rapor düzenlenir. Raporlardaki kararların aynı yönde olması durumunda rapor kesinleşirken farklı olması halinde itirazı devam eden muhatap, üçüncü bir rapor düzenlenmek üzere en yakın hakem hastaneye sevk edilir. Maddenin devamında hakem hastanede alınacak kararın kesin olduğu ifade edilmektedir. Bu örnekten yola çıkarak mevzuatta sağlık kurulu kararlarının (idari işlemlerin) kesin olduğunu belirten düzenlemelerden ne anlaşılması gerektiği ve bu düzenlemelerin İYUK'un 14. maddesinde yer verilen "kesin ve yürütülmesi gereken işlem" koşulundan farkı ortaya konmalıdır.³¹

Günday, mevzuatta kesin olduğu belirtilen kararların idare tarafından geri alınmasının olanaksız olduğunu, böyle bir durumdaki kesinliğin yargısal değil idari anlamda bir kesinliği ifade ettiğini belirtmiştir.³² Yazar idari anlamda kesinliği "o işlem ve karara karşı idari başvuru yolunun kapatılmış olduğu ve dolayısıyla da İdarenin böyle bir işlem ya da karara hiçbir surette dokunamayacağı" şeklinde tanımlamış ve aksi yöndeki bir yorumun idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu ifade eden Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrası hükmüne

³⁰ **Madde 12-** "... (2) Rapora itiraz edilmesi hâlinde birey, müdürlük tarafından yetkili en yakın farklı bir sağlık kuruluşuna ya da önceki raporu farklı sağlık kuruluşundan alınmış ise sürekli izleminin yapıldığı sağlık kuruluşuna gönderilir. İtiraz edilen rapor ile itiraz üzerine verilen rapordaki kararlar aynı yönde ise rapor kesinleşir. Rapor sonuçlarının farklı olması ve itirazın devam etmesi hâlinde, müdürlük tarafından en yakın hakem hastaneye yönlendirilir. Hakem hastane tarafından verilen karar kesindir.

... (5) Hakem hastane kararı ile süresinde itiraz edilmeyerek kesinleşen rapor hakkında aynı gereksinim alanı ile ilgili yeni rapor başvurusu en erken altı ay sonra kabul edilir."

³¹ Mevzuatta sağlık kurulu kararlarının kesin olduğu ifadesinin bir örneği için bkz. Sakatlık İndiriminden Yararlanacak Hizmet Erbabının Sakatlık Derecelerinin Tesbit Şekli İle Uygulanması Hakkında Yönetmelik Madde 11: "Maliye Bakanlığı, Merkez Sağlık Kurulu tarafından incelenmiş ve kesin karara bağlanmış olan raporları ilgili Gelir Müdürlüğüne, Vergi Dairesi Müdürlüğüne, veya Malmüdürlüğüne gönderir..."; İdari başvurular hakkında bkz. Duran, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi", s.130-199.; Danıştay kararlarında idari başvuru yollarının incelenmesine yönelik bir eser için bkz. Yasin Sezer ve Hüseyin Bilgin, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57/4, (2008), s.337-366.

³² Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi, 2017, s.172.; Özyörük'ün ifadesiyle kesin karar, aleyhinde idari başvuru yolu kalmayan yahut en başından böyle bir yolun mevcut olmadığı karardır. Mukbil Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973, s.230.; Zıt bir görüş olarak Karahanoğulları, idari işlemlerin "kesinleşmesi" tabirinin doğru olmadığını, bu tabirin ancak "idari aşamalarını tamamlayarak hukuki etkisini gösterecek aşamaya gelmiş olmak" anlamında kullanılabileceğini belirtmiştir. Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018, s.332.

açıkça aykırı olacağını belirtmiştir.³³ Yılmaz idari anlamda kesinliğin işlemin tamamlanma sürecine ilişkin olmayıp işleme karşı başvuru yolunun kapatılmış olduğu ve işlemi tesis eden makam yahut hiyerarşik üst tarafından idari işleme müdahalede bulunulamayacağı anlamına geldiğini belirtmiştir.³⁴

İdari anlamda kesinlik kavramına yönelik tanımlarda yer alan “*idarenin işlem veya karara hiçbir surette dokunamayacağı*” ifadesi tartışmaya açıktır. Zira Sevgili Gençay’ın belirttiği üzere, her ne kadar dava açma süresini durdurmayan, “etkisiz” bir başvuru³⁵ olarak kabul edilse de hiyerarşik yetkiler her zaman kullanılabilirliğinden yasada kesin olduğu ifade edilen işlemlere yönelik hiyerarşik başvuruda bulunulabilmesi mümkündür.³⁶ İdare burada dilekçe hakkının düzenlendiği Anayasanın 74. maddesi uyarınca kendisine yapılan başvurulara cevap vermek zorunda olup başvuru üzerine işlemin hukuka aykırılığını fark etmesi halinde gereğini yapmak durumundadır.³⁷ Karahanoğulları, idari işlemlerin “kesinleşmesi” tabirinin doğru olmadığını belirtmiş ve bu işlemlerin tesis edildikleri idare tarafından geri alınabileceğini, değiştirilebileceğini veya kaldırılabilirliğini ifade etmiştir.³⁸ Yazar bu durumu “*İdarenin iradesi ile oluşan kural ve statü etkisi, değiştirilemeyecek biçimde kesinleşmez, koşullar gerçekleştiğinde değiştirilebilmek üzere zaman içinde sabitlenir.*” şeklinde açıklamıştır.³⁹

Buraya kadar anlatılanlar doğrultusunda mevzuatta kesin olduğu belirtilen idari işlemler için, Yıldırım’ın ifadesiyle “*idari karar aleyhine başka bir idari makama etkili başvuru yapılamaması*” durumu söz konusu olacaktır.⁴⁰ Dolayısıyla mevzuatta sağlık kurulu kararlarının “kesin” nitelikte olduğunu öngören düzenlemeler, bu kararlarda iradenin ortaya çıkmasına yönelik değildir; kurul kararlarına karşı başvuru yolunun kapalı olduğunu ve dava açma süresini durdurabilecek nitelikte idari başvuru yapılamayacağını ifade eder. Mevzuatta kesin olduğu ifade edilen kararın muhatabı, iptal davası açabilmesinin yanı sıra sonuç

³³ Günday, İdare Hukuku, s.172.; Yıldırım, idari anlamda kesinliği, “*idari karar aleyhine başka bir idari makama etkili başvuru yapılamaması*” şeklinde tanımlamıştır. Ramazan Yıldırım, *İdari Başvurular*. Konya: Mimoza Yayınevi, 2006, s.109-110. (Aktaran: Dilşat Yılmaz, “Türk İdare Hukuku’nda İdari İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21/2, (2017), s.113. Bkz. Dipnot 43.)

³⁴ Dilşat Yılmaz, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Ankara: Astana Yayınları, 2014, s.81.

³⁵ Etkisiz idari başvurular, hukuki sonuç doğurmayan ve idareyi eylem veya işlem yapmaya zorlamayan başvurular şeklinde tanımlanabilir. İdari başvuruların hukuki sonuç doğurabilmeleri bakımından etkili/etkisiz idari başvuru ayrımı hakkında bkz. Sezer ve Bilgin, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, s.341-347.; Yıldırım, *İdari Başvurular*, s.63. (Aktaran: Fatma Didem Sevgili Gençay, *Türk İdare Hukukunda Hiyerarşi Yetkisi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2023, s.132. Bkz. Dipnot 441.)

³⁶ Sevgili Gençay, *Türk İdare Hukukunda Hiyerarşi Yetkisi*. s.132-133.

³⁷ Ibid. s.132.; Sevgili Gençay bu hususta hiyerarşi yetkisinin kapsamının, bu yetkinin kullanılacağı işlemi tesis etme yetkisinin kime verildiğine bağlı olduğunu ve idari başvuru yapılmasıyla hiyerarşik üst makamın tesis edilen idari işleme müdahale etme yetkisine her zaman sahip olmayacağını da belirtmiştir. Buna göre hiyerarşi yetkisinin kapsamı; idari işlemi tesis etme yetkisinin hiyerarşik asta verilmesi halinde daralacak, hiyerarşik üste zorunlu idari başvuru yolu düzenlenmişse artacaktır. Ibid. s.116, 135.

³⁸ Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, s.332.

³⁹ Ibid. s.332.

⁴⁰ Burada etkililik, başvurunun hukuki sonuç doğurabilmesi anlamında kullanılmıştır. Yıldırım, *İdari Başvurular*, s.109-110. (Aktaran: Yılmaz, “Türk İdare Hukuku’nda İdari İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik”, s.113. Bkz. Dipnot 43.)

alınabilmesi yönünden elverişli olmasa da yerindelik denetimi de yapılabileceği için hiyerarşik başvuruda bulunmayı tercih edebilecektir.⁴¹ Bu bağlamda idari anlamda kesinlik, İYUK'nun 14. maddesinde düzenlenen ve idari işlemlerin iptal davalarına konu edilebilmeleri için aranan “kesin ve yürütülmesi gereken işlem” koşulundan farklıdır. Zira kesin ve yürütülmesi gereken işlem şartını taşımayan idari işlemler iptal davalarına konu edilemez ancak mevzuatta kesin olduğu ifade edilen (idari anlamda kesin olan) işlemlere karşı iptal davası açılabilmesi mümkündür.

İdari karar alma süreci tamamlanmış bir sağlık kurulu kararına karşı iptal davası açılabilmesinin yanı sıra mevzuatta öngörülen itiraz yollarına gidilebilmesi de mümkündür. Aşağıda açıklanacağı üzere, mevzuatta kurul kararlarına karşı ihtiyari ve zorunlu nitelikte çeşitli itirazlar öngörülmüştür. İhtiyari başvuru öncesinde sağlık kurulu kararları bütün aşamaları ile tamamlanmış ve idarenin karara yönelik iradesi ortaya çıkmış olur.⁴² Yılmaz, ihtiyari idari başvuru öncesinde de İYUK 14. madde bağlamında “kesin”, yani idari karar alma süreci tamamlanmış ve idarenin iradesinin belirgin bir şekilde beyan edildiği/ortaya çıktığı bir idari işlem bulunduğunu ifade etmiştir.⁴³ Buna göre ihtiyari başvuru, idari işlemin kesin işlem olma niteliğini etkilemez ve Akyılmaz/Sezginer/Kaya'nın ifadesiyle muhatabına idareye müracaat etme konusunda “takdir yetkisi” tanır⁴⁴; ihtiyari başvuru söz konusu olduğunda muhatap, idareye başvurabilir, doğrudan dava açabilir veya yapmış olduğu başvurunun sonuçlanmasını beklemeden iptal davası açabilir.⁴⁵ Danıştay ihtiyari itiraz yoluna başvurulmasının idari işlemin kesinlik kazanmasını engellemeyeceğini belirtmiştir:

*Yukarıda anılan Yönetmeliğin 47. maddesinde belirtilen itiraz yoluna başvurulması zorunlu bir idari prosedür olmadığından bu yola başvurulmasının idari işlemin kesinlik kazanmasını engellemeyeceği, itiraz yoluna başvuran ilgilinin aynı zamanda dava açma hakkını da kullanabileceği açık olup...*⁴⁶

Erkut; nihai işlemde bağımsız bir hukuki değer taşıyabilen ve hukuki sonuç doğurabilen işlemlerin zincirden ayrılma yeteneklerine göre İYUK'un 14. maddesi kapsamında kesinlik niteliği taşıdıklarını ve ayrılabilir işlem kuramı gereğince iptal davasına konu olabileceklerini, nihai işlemle aralarında doğrudan ve zorunlu bir bağ bulunan kararlardaki hukuka aykırılıkların ise zincir işlem kuramı gereğince ancak nihai işleme karşı açılan davada incelenebileceğini ifade etmiştir.⁴⁷ Bu doğrultuda nihai işlemde bağımsız bir hukuki değer taşıyan ve muhatabı üzerinde hukuki sonuç doğurabilen sağlık kurulu kararları 14. madde

⁴¹ Sevgili Gençay, Türk İdare Hukukunda Hiyerarşi Yetkisi, s.133.

⁴² Yılmaz, “Türk İdare Hukuku’nda İdari İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik”, s.116.

⁴³ Ibid. s.116.

⁴⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2019, s.513.

⁴⁵ Ibid. s.513.; Benzer yönde bkz. Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı: İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2024, s.313.

⁴⁶ Danıştay 12.Daire, 07.07.2003 tarih ve E.2003/380, K.2003/2077 sayılı kararı.; Benzer yönde bkz. Danıştay 15. Daire, 24.01.2017 tarih ve E.2016/3955, K.2017/444 sayılı kararı; Danıştay 15. Daire, 30.03.2016 tarih ve E.2016/1154, K.2016/2170 sayılı kararı.

⁴⁷ Celal Erkut, “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap – İdari Yargı*, Ankara, 1991, s.113.

kapsamında kesinlik niteliğini haiz olup iptal davasına konu edilebilecektir. Erkut, bu nedenle kesinlik kavramı ile nihai işlem kriterinin ancak ortada kanuni ve zorunlu bir başvuru usulü bulunması halinde katı bir uygulama alanı bulabileceğini ifade etmiştir.⁴⁸ Yazara göre söz konusu durumda işlem tamamlanmış olmakla beraber anılan başvuru yolunun yerine getirilmemesi işlemin kesin olmasını engelleyecektir.⁴⁹ Danıştay da idari işleme karşı öngörülmuş zorunlu başvuru yoluna gidilmedikçe işlemin 14. madde kapsamında “kesin işlem” niteliği kazanamayacağını ifade etmiştir.⁵⁰ Bu hususta zorunlu idari başvurunun 14. madde kapsamında işlemin “kesin” niteliği ile ilgili olmadığını belirten görüşler de bulunmaktadır.⁵¹

Sağlık kurulu kararları, mevzuatta etkili idari başvuru yolu öngörülmuş olması bakımından itiraz yolu açık olan ve itiraz yolu açık olmayan kararlar şeklinde ikiye ayrılabilir. Kurum Sağlık Kurullarının tespit kararları ile Engellilik Sağlık Kurullarının kişisel müracaata istinaden alınan tespit kararlarına karşı itiraz yolu öngörülüşken Merkez Sağlık Kurulu ile Yüksek Sağlık Kurulunun tespit kararlarına karşı itiraz yolu kapalıdır.

Anılan sağlık kurulu kararlarına yönelik itiraz yolları incelenmeden önce, hazırlık işlemi niteliğinde olduklarından itirazlara konu edilemeyen, sağlık kurullarının danışma kararları ile kurum sevkine istinaden alınan doğrudan tespit kararlarına değinmekte fayda vardır. Duran'ın ifadesiyle bu tür kararlar “*hukuki durumlarda değişiklik ve yenilik yapma iradesi taşımadığından*” ve “*ilgilileri hukuk yönünden de etkilemedikleri için*” şikayet ve itirazlara konu edilememektedir.⁵² Örneğin sağlık kurullarının danışma kararları, nihai işlemin tesisi

⁴⁸ Ibid. s.113.

⁴⁹Bu husus Fransa İdare Hukukunda “recours parallèle” başlığıyla incelenmektedir. Buna göre, kanunlarla öngörül-
müş bir idari başvuru yolu varken yargısal başvuru yapılamaz; işlemin tamamlanması bakımından “entelektüel
faaliyetin tamamlanmasıyla” işlemin “hukuk düzenine katılması yönündeki yetkinin kullanılması” bir bütündür.
Bu nedenle işlemin hukuk düzenine katılması yönündeki yetki kullanılmadan işlemin idari bakımdan kesin ve
yargısal olarak “dava konusu edilebilir” nitelikte sayılamayacağı kabul edilmiştir. Ibid. s.113.

⁵⁰ Danıştay 12.Daire, 07.07.2003 tarih ve E.2003/380, K.2003/2077 sayılı kararı: “*Yukarıda anılan Yönetmeliğin
47. maddesinde belirtilen itiraz yoluna başvurulması zorunlu bir idari prosedür olmadığından bu yola başvurul-
masının idari işlemin kesinlik kazanmasını engellemeyeceği, itiraz yoluna başvuran ilgilinin aynı zamanda dava
açma hakkını da kullanabileceği açık olup buna göre davacının iki yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası
ile cezalandırılması ve bu cezanın ağırlığından 1/4 oranında kesinti yapılması suretiyle uygulanması yolundaki dava
konusu işlemin hukuki sonuçları gözönüne alındığında bu işlemin kesin bir işlem olduğu ve dolayısıyla iptal
davasına konu edilebileceği anlaşıldığından, idare mahkemesince davanın esası incelenerek karar verilmesi gere-
kirken, dava konusu işlemin kesin bir işlem olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesinde hukuki
isabet görülmemiştir.*”; Ayrıca bkz. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 26.11.1999 tarih ve E.1999/166,
K.1999/493 sayılı kararı.

⁵¹ Karahanoğulları, zorunlu idari başvuruların idari işlemin kesinliği ile ilgili olmadığını şöyle ifade etmiştir: “*Zo-
runlu idari başvuru yolunun bulunması idari işlemin kesinliği ile ilgili değildir. Zorunlu idari başvuru yolları
genellikle itiraz ya da şikayet adını alır. Zorunlu idari başvuru bulunması durumunda, idareye başvurmadan dava
açmak idareyi aşmak, İYUK'un kullandığı kavramla, idari merci tecavüzü yapmış olmaktadır. İdari işleme karşı dava
açılmadan önce başvurulması zorunlu olan bir idari yol varsa ve bu yola başvurulmadan dava açılmışsa idari merci
tecavüzü yapılmış olur ve bu önkoşuldaki eksiklik nedeniyle dilekçenin görevli idareye gönderilmesine karar veri-
lir. Bu karara karşı kanun yolu açıktır.*” Karahanoğulları, İdari Yargı: İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Karar-
larına Dayalı Bir İnceleme), s.312.; Zorunlu idari başvurulara yönelik detaylı bir çalışma için bkz. Kaya Burak
Öztürk, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.

⁵² Duran, gösterici, hazırlayıcı ve iç düzen işlemlerini idarenin idari karar sayılmayan işlemleri olarak nitelendirmiş
ve söz konusu ifadeleri bu tür işlemler için kullanmıştır. Yazarın tanımları doğrultusunda, sağlık kurullarının
danışma kararları ile kurum sevkine istinaden alınan doğrudan tespit kararlarının hazırlayıcı işlem niteliğinde
olduğu söylenebilir. Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982, s.398.

sürecinde idarenin bilimsel veya teknik konularda kurullardan görüş talep etmesi üzerine alınır. Sağlık kurullarının belirli bir konuda görüşünü içeren bu kararlar, nihai işlemi tesis edecek olan idari makamı kurulun görev alanına giren hususlarda aydınlatmak ve koşullara uygun idari işlem tesis edilmesini sağlamak amacıyla alınmaktadır. Buna göre birer hazırlık işlemi niteliğinde olan kararlar, muhatabı üzerinde hukuki etki doğurabilme niteliğini haiz değildir.

Bir diğer örnek olan kurum sevkine istinaden alınan doğrudan tespit kararları ise nihai işlemin tesis aşamalarında düzenlenir. Yalnızca muhatabının başvuru anındaki sağlık durumunu göstermeye yönelik olan bu kararlar, düzenlenmelerinin ardından muhatabının çalışma gücü kaybını belirlemek üzere Kurum Sağlık Kurullarına, Merkez Sağlık Kuruluna veya Yüksek Sağlık Kuruluna iletilir. Söz konusu kararlar bilgi verici nitelikte olup hukuki düzlemde herhangi bir sonuç doğurmaya elverişli değildir. Bu doğrultuda sağlık kurullarının danışma ve kurum sevkine istinaden alınan doğrudan tespit kararları, Duran'ın belirttiği olduğu üzere muhatabı üzerinde hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmadıklarından itirazlara konu edilememektedir.

IV. İTİRAZ YOLU AÇIK OLAN SAĞLIK KURULU KARARLARI

A. ZORUNLU İTİRAZ YOLU ÖNGÖRÜLEN KARARLAR

Kişisel müracaata istinaden alınan doğrudan tespit kararlarına karşı itiraz yolu, Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik'in 12. maddesinde düzenlenmiştir.⁵³ Maddeye göre, muhatabına tesliminden itibaren otuz gün içinde kurul kararına karşı muhatabı, vasisi veya talepte bulunan kurum tarafından il sağlık müdürlüğüne bir dilekçe ile itirazda bulunulmalıdır. Kurum itirazları yazılı olarak yapılmak durumundadır.

İtirazın ardından muhatap, il sağlık müdürlüğü tarafından yetkili en yakın farklı bir sağlık kurumuna yönlendirilir. Bu kurumda ilgiliye dair yeni bir doğrudan tespit kararı alınır. Yeni ve eski kararlar aynı yönde ise rapor kesinleşir. Kararların farklı olması durumunda itirazı devam eden muhatap, müdürlük tarafından en yakın hakem hastaneye sevk edilir. Hakem hastanenin alacağı karar kesindir. (m.12) İlk kurul raporu yahut itiraz üzerine farklı bir kurul tarafından tesis edilen ikinci rapor hakem hastane tarafından alınmış olsa bile hakem hastane raporu yerine geçmeyecektir.

Söz konusu durumların gerçekleşmesi halinde kurul kararı, madde metninde belirtildiği üzere kesin nitelik taşır.⁵⁴ (m.12) Buradaki kesinleşme ifadesi, yukarıda ifade edildiği üzere, kurul kararına karşı etkili idari başvuru yollarının kapanmış olduğu anlamına gelmektedir. Bu

⁵³ **Madde 12** – “(1) Raporlara, engelli birey, vasisi veya raporu talep eden kurum tarafından müdürlüğe itiraz edilir. Bireysel rapor itirazları, ilgisine teslim tarihinden itibaren otuz gün içerisinde yapılır. Süresinde yapılmayan itirazlar değerlendirilmez. Kurum itirazları gerekçe belirtilerek yazılı olarak yapılır.”

⁵⁴ **Madde 12** – “... (2) İtiraz edilen rapor ile itiraz üzerine verilen rapordaki kararlar aynı yönde ise rapor kesinleşir. Rapor sonuçlarının farklı olması ve itirazın devam etmesi hâlinde, müdürlük tarafından en yakın hakem hastaneye yönlendirilir. Hakem hastane tarafından verilen karar kesindir.” ... (5) Hakem hastane kararı ile süresinde itiraz edilmeyerek kesinleşen rapor hakkında aynı gereksinim alanı ile ilgili yeni rapor başvurusu en erken altı ay sonra kabul edilir.”

aşamadan sonra muhatabı, karara karşı itirazı sürmesi halinde iptal davası açma yolunu tercih edebilir.

5378 sayılı Kanun'da kişisel müracaata istinaden alınan doğrudan tespit kararlarına karşı itiraz yolu öngörülmemiştir. Burada incelenen itirazın düzenlenmesi yukarıda adı geçen yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu durum, bir idari itirazın zorunlu nitelik taşıyabilmesi için kanunla düzenlenmesi gerektiği yönündeki Danıştay içtihadına aykırıdır.⁵⁵ Halihazırda bu konuya ilişkin bir mahkeme kararı bulunmamakla beraber, Danıştay'ın ileride önüne gelen bir davada, söz konusu düzenlemenin kanunilik ilkesine aykırı olduğu hükmüne varacağı öngörülebilir.

İlgili yönetmelikte öngörülen itiraz yolunun, 12. maddenin ifadesinden yola çıkarak zorunlu nitelikte olduğu söylenebilir.⁵⁶ Zira, mülga yönetmeliğin 10. maddesinde yer alan itiraz usulüne yönelik "*itiraz edilebilir*" ifadesi, halihazırda 12. maddede "*itiraz edilir*" olarak değiştirilmiştir.⁵⁷ Danıştay mülga yönetmelikteki itiraz usulünün ihtiyari nitelikte olduğunu ifade etmiştir.⁵⁸ Mülga yönetmeliğin yürürlükte olduğu dönemde itiraz yolu ihtiyari nitelikte olduğundan; ilk hastaneden alınan sağlık kurulu kararı üzerine itiraz yoluna gidilmeden,⁵⁹ itiraz üzerine ikinci hastaneden alınan sağlık kurulu kararı üzerine hakem hastaneye gidilmeden⁶⁰ veya hakem hastaneden kurul kararı aldıktan sonra⁶¹ iptal davasına gidildiğine dair örnekler bulunmaktadır.

Buna karşın, halihazırda öngörülen itiraz yolunun ifade ediliş biçimi, söz konusu itirazın zorunlu nitelik taşıdığını göstermektedir.⁶² Buna göre, kişisel müracaata istinaden alınan doğrudan tespit kararına karşı iptal davası açılmadan önce anılan itiraz yoluna gidilmesi gerekecektir. Aksi takdirde idari merci tecavüzü söz konusu olacak ve İYUK'un 15. maddesinin birinci fıkrasının e bendi uyarınca, dava dilekçesinin görevli idare merciine tevdiine karar verilecektir.⁶³

⁵⁵ Danıştay, zorunlu idari başvuruların kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Danıştay 8. Daire, 04.11.1998 tarih ve E.1998/2534, K.1998/3508 sayılı kararı. (Aktaran: Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, s.513-514.); Bu hususta ayrıca bkz. Öztürk, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, s.15.; Derya Deviner Erguvan, "İdari Mercii Tecavüzü" Mü? "Zorunlu Başvurunun Yapılmaması" Mı?, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26/2(2022), s.546.

⁵⁶ İtirazın zorunlu nitelikte olmasının, düzenlemenin lafzından anlaşılması hususunda bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, s.514.

⁵⁷ Adı geçen yönetmelik, *Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmeliktir*.

⁵⁸ Danıştay 15.Daire, 30.03.2016. tarih ve E.2016/1154, K.2016/2170 sayılı kararı.; Danıştay 15.Daire, 24.01.2017 tarih ve E.2016/3955 K.2017/444 sayılı kararı.

⁵⁹ Danıştay 15. Daire, 26.05.2015 tarih ve E.2015/1220, K.2015/3174 sayılı kararı.

⁶⁰ Danıştay 15. Daire, 17.03.2015 tarih ve E.2014/10026, K.2015/1551 sayılı kararı.

⁶¹ Danıştay 15. Daire, 24.01.2017 tarih ve E.2016/8113, K.2017/442 sayılı kararı.

⁶² Kanunun emredici lafzı gereği itirazın zorunlu niteliği ve "itiraz edilir" ifadesi hakkında bkz. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, s.514.

⁶³ İdari merci tecavüzü hakkında bkz. Ibid. s.512.

B. İHTİYARİ İTIRAZ YOLU ÖNGÖRÜLEN KARARLAR

1. Kurum Sağlık Kurulunun Tespit Kararları

5510 sayılı Kanun'un 58. ve 95. maddeleri⁶⁴ uyarınca Kurum Sağlık Kurullarının tespit kararlarına karşı itiraz yolu açık olup söz konusu itirazlar Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır. Buna göre muhatabı Kurum Sağlık Kurulunun tespit kararına karşı en yakın sosyal güvenlik il müdürlüğü veya il merkezlerine bir dilekçe vererek karara itirazda bulunabilir.⁶⁵ Dilekçe ile birlikte muhatabın dosyası, Yüksek Sağlık Kuruluna iletilmek üzere Maluliyet ve Sağlık Kurulları Daire Başkanlığına gönderilir.

Kurum Sağlık Kurulu kararlarına itiraz edilmesi üzerine toplanan Yüksek Sağlık Kurulu, önüne gelen dosyadaki tüm sağlık kurulu kararlarını ve kararlara dayanak teşkil eden belgeleri inceleyerek muhatabın çalışma gücü kaybı, iş göremezlik ve malullük oranı ile iş kazası ve meslek hastalığı durumunu tespit eder.⁶⁶ Kurulun tespit kararları, içerik olarak Kurum Sağlık Kurulunun tespit kararları ile aynıdır. Karar alınırken, muhatabın talebi üzerine bir uzman hekimin veya SGK dışından uzman kişilerin kurula davet edilerek görüşlerinin alınması mümkündür. Kurul gerekli gördüğü takdirde muhataba kontrol muayenesi yapılmasını da isteyebilir. Kontrol muayenesi kararı; kurum dosyalarında verilirse muayene Kurum Sağlık Kurulu, dava dosyalarında verilirse Yüksek Sağlık Kurulu tarafından yerine getirilir.⁶⁷

Kurum Sağlık Kurulunun tespit kararlarına karşı 5510 sayılı Kanun'da öngörülen itiraz yolu ihtiyari niteliktedir. Mevzuatta bu itirazın niteliğine yönelik bir ifade bulunmamakla beraber Öztürk'ün belirttiği üzere zorunlu başvurular istisnai niteliktedir ve mevzuatta itirazın zorunlu nitelikte olduğu açıkça ifade edilmek durumundadır.⁶⁸ Bu nedenle söz konusu itirazın ihtiyari nitelikte olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Bu durumda, tespit kararının muhatabı, kararı tebellüğ etmesinin ardından doğrudan iptal davası açabileceği gibi itiraz yoluna gitmeyi de tercih edebilir. İtiraz üzerine alınan Yüksek Sağlık Kurulunun tespit kararı,

⁶⁴ **Madde 58-** "...Kurul, sigortalılar hakkında vazife malullük derecesi, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu süreklî iş göremezlik derecesi tespiti ile çalışma gücünün malûliyeti gerektirecek derecede kaybına ilişkin Kurumca verilen kararlardan itiraza konu olanları inceleyerek karara bağlar..."; **Madde 95-** "...Usûlüne uygun sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgeler ile gerekli diğer belgelerin incelenmesiyle; yurt dışında tedavi için yapılacak sevk-lere, vazife malullük derecesini, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu tespit edilen meslekte kazanma gücünün kaybına veya meslekte kazanma gücünün kaybı derecelerine ilişkin usulüne uygun düzenlenmiş sağlık kurulu raporları ve diğer belgelere istinaden Kurumca verilen karara ilgililerin itirazı halinde, durum Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır..."

⁶⁵ <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/a2409dc8-914e-48fa-857e-4fb8c44027e6/Maluliyet-Tespit-Islemleri-2022-05-14-08-53-34> (Erişim Tarihi: 29.10.2023)

⁶⁶ Bkz. 5510 sayılı Kanun. Madde 58/4.

⁶⁷ Bkz. Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik. Madde 15.

⁶⁸ Öztürk, Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, s.15.; Benzer yönde bir görüş için bkz. Erguvan, "İdari Merci Tecavüzü" Mü? "Zorunlu Başvurunun Yapılmaması" Mı?", s.546.; Danıştay bir kararında zorunlu idari başvuruların kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Danıştay 8. Daire, 04.11.1998 tarih ve E.1998/2534, K.1998/3508 sayılı kararı. (Aktaran: Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, s.513-514.)

Kurum Sağlık Kurullarını bağlar ve kararın gereği SGK'nın ilgili birimi veya Kurum Sağlık Kurullarınca yerine getirilir.⁶⁹

2. Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun Tespit Kararları

Yüksek Sağlık Kurulu; sigortalıların maluliyet, erken yaşlanma ve çalışma gücü kaybı durumlarının belirlenmesi taleplerine yönelik idari karar alma sürecinde, Kurum Sağlık Kurullarının tespit kararlarına karşı itiraz merci olarak görev yapmaktadır. Kurullarda karar alınırken eksik olduğu belirlenen bilgi ve belgelerin temin edilmesi, uzman görüşüne başvurulması, hekim dinlenilmesi ve kontrol muayenesine ilişkin değerlendirme yapılması mümkündür.

Yüksek Sağlık Kurulunun tespit kararlarına karşı mevzuatta özel bir itiraz yolu öngörülmemiştir. Bununla beraber, anılan kararlara karşı itiraz yolunun kapalı olduğunu belirten herhangi bir ifadeye de yer verilmemiştir. Buna göre muhatap, ihtiyari bir itiraz yolu olan İYUK'un 11. maddesindeki başvuru yoluna gidebilecektir. Nitekim anılan itiraz yolu, Ulusoy'un ifadesiyle bir "genel idari usul kuralı" niteliğinde olup aksi kanunda açıkça belirtilmediği sürece bütün idari işlemler için muhataplarına tanınmış bir genel başvuru hakkıdır.⁷⁰ O halde, kurulun tespit kararını tebellüğ eden muhatapı, karara karşı itirazının devam etmesi durumunda İYUK'un 11. maddesi uyarınca itiraz yoluna gidebileceği gibi iptal davası da açabilecektir.⁷¹

V. İTİRAZ YOLU AÇIK OLMAYAN SAĞLIK KURULU KARARLARI

Merkez Sağlık Kurulu, hizmet erbabının engellilik indiriminden yararlanmasına yönelik karar alma sürecinde bir üst kurul, idarenin son karar mercii olarak görev yapmaktadır. Kurul, önüne gelen kurum sevkine istinaden alınan doğrudan tespit kararındaki bulgu ve teşhisleri inceleyerek muhatabın çalışma gücü kaybı oranını tespit etmektedir. Kurulda karar alınırken eksik görülen bilgi ve belgelerin temin edilmesi, uzman görüşüne başvurulması, hekim dinlenilmesi ve kontrol muayenesine ilişkin değerlendirme yapılması mümkündür. Ayrıca kurul, gerekli görürse önüne gelen sağlık kurulu kararını tekrar incelenmesi için düzenlendiği hastaneye iade edebilir veya yeni bir kurul kararı alınması için muhatabın farklı hastanedeki bir sağlık kuruluna gönderilmesini isteyebilir.

⁶⁹ Bkz. Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik. Madde 22.; Ayrıca bkz. Maluliyet ve Çalışma Gücü Kaybı Tespiti İşlemleri Yönetmeliği. Madde 17.

⁷⁰ Ali Dursun Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020, s.140.

⁷¹ Danıştay 11.Daire, 27.06.2018 tarih ve E.2017/3613, K.2018/3150 sayılı kararı: "...Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliğine göre durumunun vazife malullüğü yönünden değerlendirilmesi talebiyle ... başvurduğu; Eskişehir Devlet Hastanesinin 07.01.2013 tarihli sağlık kurulu raporuyla ... şeklinde raporun düzenlendiği; Sosyal Güvenlik Kurumu Kocatepe Sağlık Kurulunun 15.03.2013 tarihli kararıyla Eskişehir Devlet Hastanesinden alınan raporda ... malul olmadığına karar verildiği; davacı tarafından bu karara itiraz edilmesi üzerine, Sosyal Güvenlik Kurumu Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun 18.09.2013 tarihli kararıyla itirazın reddedildiği ve davacının mevcut hastalık ve arızalarına göre malul olmadığına karar verildiği; bu kararın 11.10.2013 tarihli işlemlerle davacıya bildirilmesi üzerine, bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır." Benzer bir karar için bkz. Danıştay 15. Daire, 26.05.2015 tarih ve E.2015/453, K.2015/3175 sayılı kararı.

Merkez Sağlık Kurulunun tespit kararlarına karşı mevzuatta itiraz yolu öngörülmemiş olup bu kararların kesin nitelikte olduğu ifade edilmiştir.⁷² Kurul kararları, muhatabının engellilik indiriminden yararlanma talebine dair idarenin nihai irade beyanı niteliğindedir. Danıştay, kararlarında Merkez Sağlık Kurulunun tespit kararlarının “kesin” niteliğine değinmiştir:

*Ayrıca, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 31'inci maddesinde sözü edilen yukarıda hükümleri yazılı yönetmelik maddelerinde sakatlık konusunda re'sen ve nihai kararın Merkez Sağlık Kurulunca verileceği, sakatlık indiriminden yararlanacak hizmet erbabının çalışma gücü kayıp oranının Merkez Sağlık Kurulu tarafından kesin olarak karara bağlanacağı, gelir müdürlüklerinin yalnızca bu Kurulun verdiği kararı çalışanların kurumlarına bildireceği kuralları yer almaktadır.*⁷³

O halde, Merkez Sağlık Kurulunun tespit kararını tebellüğ eden muhatabı, karara karşı itirazının halen devam etmesi durumunda iptal davası açma yoluna gidebilecektir.⁷⁴

Danıştay, Merkez Sağlık Kurulunun tespit kararlarının konu edildiği davalarda, muhatabın çalışma gücü kaybını belirlemek için re'sen araştırma ilkesi uyarınca Erişkinler için Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik'in 12. maddesinde düzenlenen itiraz yolunu işletmektedir. Merkez Sağlık Kurulu kararı ile öncesindeki kurum sevkine istinaden alınan doğrudan tespit kararındaki oranların uyuşmaması durumunda yüksek mahkeme, 12. maddede düzenlenen itirazın son aşaması niteliğindeki hakem hastanelere başvurmak suretiyle muhatabı hakkında yeni bir kurul kararı alınması ve bu karara göre muhatabın engellilik indiriminden yararlanıp yararlanamayacağına karar verilmesi gerektiğine hükmetmektedir.⁷⁵

Nihayetinde söylenebilir ki sağlık kurulu kararları, her ne kadar tespit unsuru temelinde birleşiyor olsa da tespitin biçimi ve uygulama alanı bakımından önemli farklılıklar taşımaktadır. Ayrıca kurulların danışma niteliğinde kararlarının da bulunduğu ve muhatabı

⁷² **Madde 10-** “Laboratuvar bulguları, sakatlık bulguları, klinik muayene bulguları ve teşhis ile söz konusu cetvellerde belirtilen ve rapora ilgili sağlık kurulunca yazılan oranlar arasın da çelişki görülmesi halinde Kurul, Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmeliğe ekli cetvellere yer alan sakatlık arızalarına göre çalışma gücü kayıp oranları doğrultusunda re'sen ve nihai olarak karar verir.”; **Madde 11-** “Maliye Bakanlığı, Merkez Sağlık Kurulu tarafından incelenmiş ve kesin karara bağlanmış olan raporları...” Sakatlık İndiriminden Yararlanacak Hizmet Erbabının Sakatlık Derecelerinin Tesbit Şekli ile Uygulanması Hakkında Yönetmelik.

⁷³ Danıştay 15. Daire, 26.05.2015 tarih ve E.2014/7239, K.2015/3173 sayılı kararı.; Ayrıca bkz. Danıştay 4. Daire, 07.06.2021 tarih ve E.2017/2339, K.2021/2994 sayılı kararı.

⁷⁴ Danıştay bu kararların kesin ve nihai nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Bu yönde bkz. Danıştay 4. Daire, 07.06.2021 tarih ve E.2017/2339, K.2021/2994 sayılı kararı: “...ilgili mevzuatta da hizmet erbabının çalışma gücünün hangi oranda kaybettiğine nihai olarak karar verecek birimin Maliye Bakanlığı'na bağlı Merkez Sağlık Kurulu olduğu hususunda düzenleme yer aldığı dikkate alındığında, hasım mevkiine Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı alınarak davanın sonuçlandırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığından işin esası incelenerek karar verilmesi gerektiğinden temyize konu kararda isabet görülmemiştir.”

⁷⁵ Danıştay 4. Daire, 05.11.2015 tarih ve E.2015/1440, K.2015/5130 sayılı kararı: “Merkez Sağlık Kurulu işleminin dava konusu edilmesi halinde, davacıya hastane tarafından verilen raporda belirtilen çalışma gücü kayıp oranı ile Merkez Sağlık Kurulu tarafından belirlenen çalışma gücü kayıp oranı arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20 nci maddesinde öngörülen re'sen araştırma ilkesinin de gereği olarak, Mahkeme tarafından, davacının Yönetmelik ekinde belirtilen hakem hastanelerden herhangi birinde muayenesi sağlanarak davacının çalışma gücü kayıp oranının başvuru tarihinde yürürlükte olan Özürlülük Ölçütü Sınıflandırılması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre belirlenmesi ve tespit edilen bu orana göre davacının sakatlık indiriminden faydalanıp faydalanamayacağına karar verilmesi gerekmekte olup, bu yola başvurulmaksızın verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.”

üzerinde hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmadıklarından bu kararların itirazlara konu edilemediği de unutulmamalıdır. Bu nedenle, kurul kararlarına karşı itirazlar somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak, her bir karar için ayrı ayrı değerlendirilmek durumunda. Nitekim mevzuatta “sağlık kurulu kararı” nitelemesine karşılık gelen birden fazla karar türü mevcuttur.

SONUÇ

Sağlık kurulu kararları, kural olarak idare tarafından idari işlev kapsamında tesis edilen, icrai ve tek yanlı işlemlerdir. Anılan özellikleri taşıdığından sağlık kurulu kararlarının idari işlem olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca kurul kararları; kurul üyelerinin muhatabına dair teşhis ve bulguları müzakere ederek, iradelerinin aynı konu ve amaç üzerinde birleşmesi suretiyle alındıklarından iradelerin sayısı bakımından kolektif işlem, muhatabına özgü bir hukuki durum meydana getirdikleri ve muhatabın durumu kararın içeriğini belirlediğinden maddi açıdan sübjektif işlem niteliğindedir.

Sağlık kurulu kararlarına karşı mevzuatta ihtiyari ve zorunlu nitelikte çeşitli itiraz yolları öngörülmüştür. Kararı tebellüğ ettikten sonra muhatabı iptal davası açabilmenin yanı sıra itiraz yoluna da başvurabilir. Kişisel müracaata istinaden alınan doğrudan tespit kararları, Kurum Sağlık Kurulları ve Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun tespit kararlarına karşı itiraz yolu açıkken Merkez Sağlık Kurulunun tespit kararlarına karşı itiraz yolu öngörülmemiştir. Sağlık kurullarının danışma kararları ile kurum sevkine istinaden alınan doğrudan tespit kararları ise hazırlık işlemi niteliğinde olup muhatabı üzerine hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmadığından itiraza konu edilememektedir.

Sağlık kurulu kararları; değerlendirme durumları olarak da nitelendirilen, idareden teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bir değerlendirmenin istendiği durumlardan bir tanesidir. Kararların içerdiği değerlendirme genel objektif anlayışa göre yapıldığından, kurul kararı alınması gereken konularda idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı kabul edilmiştir. Danıştay, sağlık kurulu kararlarını konu edinen iptal davalarında, re’sen araştırma ilkesini gerekeç göstererek sıklıkla bilirkişiye başvurmaktadır. Yüksek mahkemenin bu tutumu karşısında, kurul kararlarına karşı itiraz usulünün işletilmesi suretiyle Danıştay’ın iş yükü azaltılabilecektir. Nitekim itiraz sonucunda muhatabına yönelik yeni bir sağlık kurulu kararı tesis edilebileceğinden yargı yoluna gidilmeden uyuşmazlığın çözülmesi mümkün olabilecektir. Bu nedenle, sağlık kurulu kararlarına yönelik daha etkili bir denetim niteliğindeki itiraz yollarının önemi göz önünde bulundurularak halihazırdaki mevzuatın yeniden düşünülmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Duran, Lütfi. “İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 12/1, (1946), s.130-199. <https://dergipark.org.tr/pub/iuhfm/issue/9160/114757> (Erişim: 12.01.2024).
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Dinçkol, Hulusi Alphan. “İdari Yargı’da Hakimın Takdir Yetkisinin Denetlenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 19/2, (2013), s.1567-1594. <https://dergipark.org.tr/pub/maruhad/issue/48280/629507> (Erişim: 11.01.2024).
- Erguvan, Derya Deviner. ““İdari Merci Tecavüzü” Mü? “Zorunlu Başvurunun Yapılmaması” Mı?”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26/2, (2022), s.525-562. <https://dergipark.org.tr/pub/ahbvuhfd/issue/69981/1116500> (Erişim: 18.05.2024).
- Erkut, Celal. “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap – İdari Yargı*, Ankara, 1991.
- Kalabalık, Halil. “İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2, (1997), s.205-332. https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/1_2_13.pdf (Erişim: 09.04.2024).
- Karahanoğulları, Onur. *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Karahanoğulları, Onur. *İdari Yargı: İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.
- Karatepe, Şükrü. “İdarenin Takdir Yetkisi”, *Türk İdare Dergisi*, 63/392, (1991), s.63-119. [http://www.tid.gov.tr/kurumlar/tid.gov.tr/tum-sayilar\(2\)/1976-2000/1991/Yil63_392_1991_.pdf](http://www.tid.gov.tr/kurumlar/tid.gov.tr/tum-sayilar(2)/1976-2000/1991/Yil63_392_1991_.pdf) (Erişim: 10.05.2024).
- Kaplan, Onur. *İdari İşlem Teorisi Açısından İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kayıoğlu, Deniz. “Türk İdari Yargılama Hukukunda Birlikçilik”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2019.
- Keskin, Züleyha. “İdari Yargıda Yargısal Denetimin Kapsamı ve Sınırları.”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2021. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim: 18.05.2024).
- Küçük, Füsün Ceren. *İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. Maddesi Uyarınca Yapılan Başvurunun Kapsam ve Sonuçları*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Öztürk, Kaya Burak. *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Özyörük, Mukbil. *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1973.
- Sancakdar, Oğuz. “İdare Hukukuna Özgü Tazmin Nedenlerinin Bulunmaması Kavramı”, *Manisa Barosu Dergisi*, 18/69, (1999), s.20-31.
- Seçkin, Sinan ve Üstün, Gül. “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, 21/2, (2015), s.509-534. <https://dergipark.org.tr/pub/maruhad/issue/27556/289900> (Erişim: 17.03.2024).
- Serter, Yusuf Sertaç. *İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Sevgili Gençay, Fatma Didem. *Türk İdare Hukukunda Hiyerarşi Yetkisi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2023.
- Sezer, Yasin ve Bilgin, Hüseyin. “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57/4, (2008), s.337-366. <https://dergipark.org.tr/pub/auhfd/issue/42568/513003> (Erişim: 14.04.2024).

- Şen, Mahmut. "İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/1-2, (2013), s.1623-1642. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48109/608422> (Erişim: 11.03.2024).
- Tan, Turgut. "Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 51/1, (1996), s.409-423. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3110/43072> (Erişim: 15.12.2023).
- Ulusoy, Ali Dursun. *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- Yıldırım, Ramazan. *İdari Başvurular*, Konya: Mimoza Yayınevi, 2006.
- Yıldırım, Ramazan, Zehra Odyakmaz, Ayşegül Çoban Atik, A. Ziya Çalışkan, A. Kürşat Ersöz, Yusuf Deniz. "İdare Mahkemeleri Örneğinde Bilirkişilik Uygulamaları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1, (2011), s.9-38. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26647/281209> (Erişim: 22.04.2024).
- Yılmaz, Dilşat. *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Ankara: Astana Yayınları, 2014.
- Yılmaz, Dilşat. "Türk İdare Hukuku'nda İdari İşlemin "Kesin" Liği Üzerine Bir Değerlendirme: "Kime Göre?", "Ne İçin?" Kesinlik", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21/2, (2017), s.105-154. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48091/608089> (Erişim: 05.06.2024).
- Danıştay 8. Daire, 04.11.1998 tarih ve E.1998/2534, K.1998/3508 sayılı kararı.
- Danıştay 12.Daire, 07.07.2003 tarih ve E.2003/380, K.2003/2077 sayılı kararı.
- Danıştay 3. Daire, 27.12.2012 tarih ve E.2010/2375, K.2012/4914 sayılı kararı.
- Danıştay 5. Daire, 23.01.2014 tarih ve E.2013/5981, K.2014/467 sayılı kararı.
- Danıştay 15. Daire, 17.03.2015 tarih ve E.2014/10026, K.2015/1551 sayılı kararı.
- Danıştay 15. Daire, 26.05.2015 tarih ve E.2015/1220, K.2015/3174 sayılı kararı.
- Danıştay 15. Daire, 26.05.2015 tarih ve E.2015/453, K.2015/3175 sayılı kararı.
- Danıştay 15. Daire, 26.05.2015 tarih ve E.2014/7239, K.2015/3173 sayılı kararı.
- Danıştay 4. Daire, 05.11.2015 tarih ve E.2015/788, K.2015/5139 sayılı kararı.
- Danıştay 4. Daire, 05.11.2015 tarih ve 2015/1440, K.2015/5130 sayılı kararı.
- Danıştay 4. Daire, 15.03.2016 tarih ve E.2015/7115, K.2016/1111 sayılı kararı.
- Danıştay 15. Daire, 30.03.2016 tarih ve E.2016/1154, K.2016/2170 sayılı kararı.
- Danıştay 15. Daire, 24.01.2017 tarih ve E.2016/3955, K.2017/444 sayılı kararı.
- Danıştay 15. Daire, 24.01.2017 tarih ve E.2016/8113, K.2017/442 sayılı kararı.
- Danıştay 9. Daire, 20.02.2018 tarih ve E.2016/8730, K.2018/895 sayılı kararı.
- Danıştay 9. Daire, 20.02.2018 tarih ve E.2016/2563, K.2018/900 sayılı kararı.
- Danıştay 9. Daire, 20.02.2018 tarih ve E.2016/5969, K.2018/892 sayılı kararı.
- Danıştay 9. Daire, 21.02.2018 tarih ve E.2016/7382, K.2018/915 sayılı kararı.
- Danıştay 11.Daire, 27.06.2018 tarih ve E.2017/3613, K.2018/3150 sayılı kararı.
- Danıştay 3. Daire, 15.12.2020 tarih ve E.2019/538, K.2020/5567 sayılı kararı.
- Danıştay 4. Daire, 07.06.2021 tarih ve E.2017/2339, K.2021/2994 sayılı kararı.
- Danıştay 10. Daire, 13.02.2023 tarih ve E.2019/7047, K.2023/503 sayılı kararı.
- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 26.11.1999 tarih ve E.1999/166, K.1999/493 sayılı kararı.
- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 05.03.2014 tarih ve E.2013/227, K.2014/150 sayılı kararı.
- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 26.03.2014 tarih ve E.2013/415, K.2014/182 sayılı kararı.
- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 08.11.2017 tarih ve E.2017/549, K.2017/537 sayılı kararı.
- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 23.10.2018 tarih ve E.2018/687, K.2018/794 sayılı kararı.

EXTENDED SUMMARY

APPEALS AGAINST HEALTH COMMITTEE DECISIONS

Abdurrahim Çınar, RA.

Eskisehir Osmangazi University, abdurrahimcinar_24@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-1538-4997>

Health committees are entities established through the collaboration of physicians from various specialties, operating within both public and private healthcare institutions, as well as various public institutions. These committees are authorized to make decisions about an individual's health status in cases where a health committee report is required by legislation or in situations beyond the authority of a single physician.

The term "health committee" refers to all committees that are authorized to make decisions in matters beyond the scope of a single physician's authority. However, as will be explained below, not all committees working in the health sector qualify as health committees; rather, health committees constitute only one type of these. There are various characteristics that differentiate health committees from other committees operating in the health field. According to Turkish legal regulations, there are four different types of health committees: Disability Health Committees, Institutional Health Committees, Social Insurance High Health Committee, and Central Health Committee.

Health committee decisions have different characteristics and can be classified into advisory and determination decisions. Advisory decisions can only be made by the Central Health Committee, High Health Committee, and Institutional Health Committees, whereas determination decisions can be made by all health committees. Advisory decisions are made upon request from the administration or the individual concerned and provide scientific and technical (medical) opinions on matters within the committees' jurisdiction. These decisions aim to inform the administrative authority that will establish the final action. Determination decisions of health committees are decisions that document the individual's health status in the form of a report by determining the disability rate. These decisions aim to clarify the legal nature of a situation that is legally ambiguous but exists prior to the decision. With these decisions, the individual, whose previously uncertain situation has been clarified (established), can enter a new legal status and request the rights associated with that status.

The determination decisions of health committees are written in form but vary in procedural rules. For instance, in Disability Health Committees, a new committee report is prepared based on the individual presenting in person. However, in the Central Health Committee, High Health Committee, and Institutional Health Committees, unless deemed necessary, the individual does not appear before the committee and a new report is not prepared. In these committees, determination is made based on documents concerning the individual, and the result is recorded in a separate section of the previously prepared report. For ease of review, determination decisions are classified into direct and indirect determination decisions based on procedural differences. Accordingly, decisions from Disability Health Committees are considered direct determinations; whereas decisions from the Central Health Committee, High Health Committee, and Institutional Health Committees are referred to as indirect determinations.

This study aims to evaluate the appeal mechanisms provided by the legislation for health committee decisions and to examine the administrative and judicial oversight of these decisions. In this context, the relevant legislation on health committee decisions has been thoroughly reviewed, and the current situation has been presented along with various proposals for improvement. Health committee decisions can be divided into two categories based on whether there are effective administrative appeal procedures: decisions with open appeal and decisions without an appeal route. Appeals are available against the determination decisions of Institutional Health Committees and Disability Health Committees taken in response to personal applications, while appeals are not available against the determination decisions of the Central Health Committee and the High Health Committee. Advisory decisions of health committees and direct determination decisions made in response to institutional referrals do not have legal consequences for the individual and cannot be subject to appeal. Health committee decisions are one of the “evaluation situations” where the administration faces decisions requiring expertise. In such situations, the evaluation requested from the administration involves technical knowledge and expertise. Depending on whether this evaluation is based on “general objective understanding” or “subjective understanding of the administrative agent,” the nature of the authority granted to the administration differs. Health committee decisions are of a general evaluative nature, and since this evaluation is based on general objective understanding, it is accepted that the administration does not have discretionary power in matters requiring a health committee decision. The Council of State’s oversight of health committee decisions is limited to determining whether the decisions are compliant with the relevant legislation due to their technical knowledge and expertise requirement. However, health committee decisions can be reviewed by the administration through the administrative appeal mechanisms provided by the legislation, potentially resulting in a new indirect determination decision concerning the individual. Thus, administrative appeal procedures for health committee decisions are significant as they allow for the resolution of issues without resorting to judicial review, thereby reducing the burden on the judiciary and providing a more accessible and effective means of oversight.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

İNTERNET BANKACILIĞI ARACILIĞIYLA BAŞKALARININ HESAPLARINDA USULSÜZ İŞLEMLER YAPILMASI SURETİYLE YARAR SAĞLANMASINDA SUÇUN MAĞDURU

THE VICTIM OF THE CRIME IN PROVIDING UNLAWFUL BENEFIT BY
PERFORMING IRREGULAR TRANSACTIONS IN THE ACCOUNTS OF
OTHERS THROUGH INTERNET BANKING

Dr. Öğr. Üyesi Muammer Ketizmen*

ÖZ

İnternet Bankacılığı olarak da adlandırılan bankacılık uygulamasında başkalarının hesapları üzerinden usulsüz işlem yapılması suretiyle yarar sağlanması, 5237 sayılı TCK'nin yürürlüğe girdiği ilk dönemde TCK'nin 244/4. maddesi kapsamında değerlendirilirken, sonrasında, Yargıtay CGK'nin 2009 yılında verdiği karar ile nitelikli hırsızlık olarak nitelendirilmiştir. Aynı kararda malvarlığında azalma olan kişi yani suçun mağduru olarak da hesap sahibinin kabul edildiği görülmekle, fiilin nitelikli hırsızlık suçu değerlendirmesine ilişkin kimi tartışmalar yapılmış olmakla birlikte, suçun mağduruna ilişkin bu değerlendirme herhangi bir tartışma konusu olmamıştır. İşbu çalışmada internet bankacılığında usulsüz işlem yapılması suretiyle yarar sağlanması durumundan suçun mağdurunun kim olacağına ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır. Bu değerlendirme yapılırken öncelikli olarak ceza hukukunda suçun mağduru kavramına kısaca değinilecek, sonrasında, İnternet bankacılığı açısından öncelikli olarak banka ile mevduat sahibi arasındaki ilişki ve bu ilişkinin hukuki niteliği ve bu hukuki nitelik doğrultusunda tarafların hakları ve bu hakların niteliği kısaca açıklanacaktır. Bu saptamalar doğrultusunda İnternet bankacılığında usulsüz işlem yapılması suretiyle yarar sağlanmasında hukuki değeri ihlal olunan kişi yani mağdur tespit edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler İnternet bankacılığı, hırsızlık, mağdur, suçun hukuki konusu.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

0000-0001-6357-2960 ketizmen@hacettepe.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıntı-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

In the first period of the enactment of the TCK no. 5237, the act of benefiting from the banking application, also known as Internet Banking, by making irregular transactions through the accounts of others was evaluated within the scope of 244/4 of the TPC, but later, with the decision of the Yargıtay CGK in 2009, it was qualified as qualified theft. In the same decision, it is seen that the account holder is shown as the victim of the crime, and although there have been some discussions regarding the evaluation of the act as a qualified theft crime, this evaluation regarding the victim of the crime has not been the subject of any discussion. In this study, evaluations will be made regarding who will be the victim of the crime in the case of benefiting by making irregular transactions in Internet banking. In this evaluation, firstly, the concept of victim in criminal law will be briefly mentioned, then, in terms of Internet banking, the relationship between the bank and the depositor and the legal nature of this relationship and the rights of the parties in line with this legal nature and the nature of these rights will be briefly explained. In line with these determinations, the person whose legal value is violated in the benefit obtained by making an irregular transaction in Internet banking, namely the victim, will be tried to be determined.

Keywords Internet banking, theft, victim, legally protected interest of crime.

GİRİŞ

Ülkemizde 1997¹ yılından itibaren kullanılmaya başlanan bir hizmet olarak internet bankacılığı, kısaca hesap sahiplerinin internet aracılığıyla bankaların sunucularına bağlanmak suretiyle kendisine tanınan yetkiler doğrultusunda işlem yapabilmesine olanak sağlayan bir bankacılık işlemi olarak tanımlanabilir². Bu hizmet internet bankacılığı yanında mobil bankacılık, şubesiz bankacılık gibi adlarla da adlandırılmaktadır. İnternet bankacılığı hizmeti ile kullanıcılarına kendi hesapları üzerinde, kural olarak hesabın temsil ettiği alacak değeri (yani aktifleri üzerinde) alacağını azaltıcı (aktiflerini azaltıcı) işlemler yetkisini sunmaktadır. Bu haliyle havale transfer borç ödemeleri, diğer ödemeler gibi işlemler ile mevduatın ve buna ek olarak banka tarafından tanımlanan kredi (ek hesap vs.) limitleri dahilinde -bu durumda pasiflerini arttırmak suretiyle- işlemler yapılabilmektedir³.

Teknik olarak bu yetki hedef sunucular (bankanın bilişim sistemleri) üzerinde işlem yapılabilmesi yetkisi olarak karşımıza çıkar. Söz konusu yetki uzak bilişim sistemlerine (bilişim sisteminin bir kısmına erişim) ve genel olarak teknik olarak yetkilendirildiği ölçüde okuma yazma ve çalıştırma yetkilerini içerir⁴.

Söz konusu usulsüz işlemler açısından 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay içtihadı bu tür fiillerin 525b/2. Kapsamında olduğu yönündeydi.⁵ 5237 sayılı TCK'nin yürürlüğe girdiği ilk dönemlerde bu tür usulsüz işlemlerin gerçekleştirilmesi 2009 yılında verilen aşağıda aktarılan CGK kararına kadar TCK'nin 244 son fıkrasında düzenlenen "(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız

¹ Türkiye'de internet bankacılığının ilk uygulamasına, 1997 yılında İş bankası başlamıştır. (Özkan & İpekten, 2017), s. 651. Dünyadaki gelişimi için bkz. a.g.m., s. 650.

² Yargıtay HGK kararında İnternet bankacılığı şu şekilde tanımlanmıştır. "Bankalar tarafından hazırlanan sözleşmelerde yer alan yaygın tarifleriyle internet bankacılığı ise; şahsın kablololu, kablosuz iletişim sistemleri ile teknik şartlara haiz bilgisayar, GSM, telefon gibi araçlar üzerinden ve internet-wap aracılığı ile otomatik, sesli yanıt sistemi ile şifre ve parolayı kullanarak, bankanın belirleyeceği kurallar ve limitler dahilinde şahsın banka hesapları üzerinde her türlü işlem yapma yöntemidir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), E. 2012/550, K. 2012/820, T. 21.11.2012. Hukuktürk (www.hukukturk.com) E. T. 02.07.2024.

³ "İnternet bankacılığı hizmeti veren bankaların web sayfaları aracılığıyla sundukları hizmetleri aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür. Bunlar: • Hesap Açılışları (vadeli, vadesiz, yatırım, vb.) • Para Transferleri (havale, EFT, otomatik havale talimatları) • Yatırım İşlemleri (repo, yatırım fonu, hisse senedi, döviz, hazine bonusu gibi menkul kıymetlerin alımı ve satımı) • Ödeme İşlemleri (fatura, vergi, trafik, üniversite harç, vb. ödemeler) • Kredi Kartı İşlemleri (her türlü kredi kartı borç ödemeleri) • Başvuru İşlemleri (hesap açma, kredi kartı istemi, otomatik ödeme talimatı verme, vb.) • Bilgi Hizmetleri (hesaplarınızla ilgili anlık ve geriye yönelik tüm bilgiler) olarak sıralanabilmektedir" (Özkan ve İpekten 2017), s.649.

⁴ Dosya ve dizinler üzerindeki yetki kontrolleri temel olarak okuma (read - r), yazma (write - w) ve çalıştırma (execute - x) bitleri üzerinden kontrol edilir. (Demirten, tarih yok)

Windows ntfs dosyalama sisteminde yetkiler açısından bkz., (Windows'da Dosya ve Klasör İzinlerini Anlama, 2024)

⁵ Örnek olarak bkz., Yargıtay 11. CD., E. 2006/6653, K., 2006/9374, T. 22.11.2006" "... Oluşa uygun olarak sübutu kabul edilen, sanık Temel'in diğer sanıklarla fikir ve eylem birliği içerisinde, yaptıkları bilgisayar programı sayesinde şikâyetçiler Yusuf, Emin, Mehmet ve Hülya'ya ait internet bankacılığı şifre bilgilerini ele geçirip, bu şifreleri kullanarak onların hesaplarından kendi hesaplarına ya da sahte isimlerle açtırdıkları hesaplara para aktarmaları eylemlerinde gerçek kişiye yönelik bir hile ve desise bulunmadığından yüklenen bu eylemlerin bir butun halinde suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 Sayılı TCK'nun 525/b-2 maddesinde öngörülen bilişim suçlarını oluşturduğu gözetilmeden... şekilde hüküm kurulması" <https://karararama.yargitay.gov.tr/> E.T. 05.08.2024.

bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükümlenir.” hükmü kapsamında değerlendirilmiştir.⁶

Bu dönem içerisinde verilen kararlardan örnek kararlar aktaracak olursak: Yargıtay 11. CD'nin bir kararında,

“Sanığın, şikayetçilere ait hesaplardan internet aracılığı ile kendi hesabına para aktarmaktan ibaret eyleminde gerçek kişiye yönelik hile ve desise bulunmadığı gözetilmeden 5237 Sayılı TCK. nun 244/4. maddesi yerine suç vasfında hataya düşülerek dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması ,2-Kabule göre de; Bilişim sistemindeki verileri değiştirmek suretiyle haksız menfaat elde edilmesi suçunun sanık tarafından havalenin şikayetçilerin hesaplarından kendi hesabına intikali anında tamamlandığı gözetilmeyerek eylemin teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle eksik ceza tayini,”

hukuka aykırı kabul edilmiştir.⁷ Yargıtay 9. CD'nin de aynı yönde karar verdiği görülmektedir. Kararın ilgili bölümü şu şekildedir:⁸

“Somut olayda; sanığın, mağdurların bankalarda bulunan para hesaplarındaki var olan verileri (bilgileri) sahte kimliklerle açtığı hesaplara internet yoluyla göndererek, yine sahte kimliklerle bu paraları çekmek istemesinden ibaret eylemlerinin; paranın sanığın açtığı hesaplara intikaline kadar gerçek kişilere yöneltilmiş hile bulunmayıp eylemlerin tamamen bilişim sistemi içinde gerçekleştirildiğinden, her bir mağdura karşı işlenmiş ayrı ayrı 5237 sayılı TCK. nun 244/4 maddesine uyan suçu oluşturduğu ve paranın açtığı hesaplara transferiyle suçun tamamlanacağı...”

İnternet bankacılığında yapılan usulsüz işlemleri içeren fiillerin nitelendirilmesi açısından Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2009 yılındaki içtihadında söz konusu fiillerin yukarıda aktarılan kararlardakinden farklı olarak bilişim sistemleri kullanılması suretiyle hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Nitekim karara göre,

“[B]irlikte hareket ederek, **daha önceden haksız bir şekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık şifresini kullanmak suretiyle, katılanın Ş...bank Ankara K... Şubesindeki hesabından 10.750 YTL'yi Ş...bank-İstanbul Z... Şubesinde sanık ... adına açtıkları hesaba havale edip, aynı gün banka şubesinden çekmek şeklinde gerçekleştirdiği eylemdeki kastı, katılan firmanın banka hesabında bulunan, taşınır nitelikteki parayı** bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi banka hesaplarına geçirmeye, **katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya;** başka bir anlatımla varolan veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil ettiği parayı alarak mal edinmeye yöneliktir. Kaldı ki sanığın katılanın internet bankacılık hesabında bulunan parasına ulaşmak için bilişim sistemlerini araç olarak kullanmaktan başka alternatifi de yoktur. Dolayısıyla olayımızda,

⁶ Söz konusu düzenleme hakkında ayrıntılı inceleme için bkz., (Ketizmen, 2008), s. 144. vd., (Açıkoz, 2020), s. 61 vd., (Geçmez, 2020), s. 133 vd.

⁷ Yargıtay 11. CD. E. 2007 / 6963 K. 2007 / 5533, T. 18.09.2007, Hukuktürk, (www.hukukturk.com) Erişim T. 02.07.2024.

Benzer şekilde “*Dolandırıcılık suçunda unsur olan hileli davranışların gerçek kişiye yönelmesi ve bunun sonunda onun veya başkasının malvarlığı aleyhine sanığın veya başkasının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekeceği, somut olayda ise, sanığın bilgisayara virüs bulaştırmak suretiyle ele geçirdiği şifreleri kullanarak şikayetçinin G. Bankası Bergama Şubesi'nde bulunan yatırım hesabına girip hesaptaki paradan 21.400TYL'yi G. Bankası Galata Şubesine Ö. K. adına havale ettirmek ve sahte kimlikle parayı çekmekten ibaret eyleminde, gerçek kişiye yönelen hileli bir hareket bulunmaması nedeniyle dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmadığı, fiilin TCK.nun 244/4.maddesinde öngörülen "bilişim sistemini bozma suretiyle haksız çıkar sağlama" suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde "bilişim sistemlerinin aracı olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık" suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi,” Yargıtay 11. CD, E., 2009/3019, K. 2009/6644, T. 28.05.2009. Hukuktürk, (www.hukukturk.com) Erişim T. 02.07.2024.*

⁸ Yargıtay 9. CD, E. 2007 / 6709, K. 2007 / 6012, T. 27.09.2007, Hukuktürk (www.hukukturk.com) Erişim T. 02.07.2024.

5237 sayılı TCY'nin 142/2-e maddesinde düzenlenmiş bulunan bilişim sistemi kullanılmak suretiyle hırsızlık" suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. **Şu halde, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCY'nin 142/2-e maddesindeki nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi karşısında; 244. maddenin 4. fıkrası uyarınca uygulama yapma olanağı da bulunmamaktadır.**"⁹

Yargıtay CGK bu içtihadı sonrasında söz konusu fiiller ile ilgili olarak yapılan hukuki nitelendirmeler içtihat paralelinde olmuş ve hırsızlık suçunun unsurlarının oluştuğu yönünde kararlar verilmiştir. Aşağıda bu içtihada ilişkin tartışmalara ayrıntılı bir şekilde değinilmeyerek bu hırsızlık suçu nitelendirmesi kapsamında suçun mağdurunun kim olduğuna ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.¹⁰

I. BANKA İLE MEVDUAT SAHİBİ ARASINDA KURULAN İLİŞKİ VE BU İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ KAPSAMINDA SUÇUN MAĞDURU

Bilindiği üzere mağdur kavramı gerek ceza hukukunda gerek ceza muhakemesi hukukunda ve benzer şekilde diğer alanlarda sadece teorik düzeyde kalan bir tartışmanın konusunu oluşturan bir kurumu ifade etmemektedir. Ceza hukuku açısından suçun kime karşı işlendiğinin tespiti örn. zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ya da ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin uygulanmasında rıza göstermeye ehil kişinin tespiti açısından; ceza muhakemesinde ise en başta mağdura tanınan hakların kullanılmasında pratikte de önem arz etmektedir.

⁹ Yargıtay CGK, E. 2009/11-193, K. 2009/268, T. 17.11.2009

<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/552/dosya/2009-19328-06-202113-58.pdf> Erişim T. 07.06.2024

¹⁰ Bu içtihat ile ilgili olarak gerek karşı oy yazısından ve gerekse doktrinde çeşitli itirazlar dile getirilmiş olmakla birlikte bunlar suçun mağdurunun tespiti açısından ikincil nitelikteki tartışmayı içerdiği için burada yer verilmemiştir. Ayrıca TCK'nin 244. maddesinin son fıkrasında da düzenlenen suç açısından da aşağıda özellikle banka ve hesap sahibi arasında kurulan ilişki ve bu ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi ve bunun sonuçları önem arz etmemekte, buradan elde edilen sonuçlar da her iki niteleme açısından belirleyici olmaktan ve nihai değerlendirmede fark yaratmamaktadır.

Bu kapsamda kısaca belirtmek gerekirse, söz konusu karara, paranın sanıkların hesaplarına kaydı olarak geçmesi (hesap bilgilerinin içeren veri üzerinde yazma yetkisi kullanılması suretiyle değişiklik yapılması) ile failin aktiflerini artırması (alacak hakkı miktarını) nedeniyle yararın sağlanması suretiyle suçun tamamlandığı bu an itibarıyla de başka bir suç oluşturmadığı ve yararın sağlandığı anda taşınır bir malın bulunduğu yerden alınmasının söz konusu olmadığı gerekçesi ile katılmamakla birlikte bu husus ayrı bir çalışma konusu da teşkil edebildiğinden işbu çalışmanın kapsamı dışında özellikle bırakılmıştır. Bu kapsamda kimi tartışmalar ve aksi görüşler için örnek olarak bkz., (Yıldız, 2010), s. 129-150.

Tartışmalardan örnek olarak bkz., (Başbüyük, 2013), s. 197-214: Yazar sonuç olarak İnternet bankacılığında söz konusu fiilin kaydı para üzerinde gerçekleştirilmesi nedeniyle, taşınır mal unsurunu arayan hırsızlık suçunu oluşturmadığı gerekçesi ile karara katılmamakta; 244/son fıkrada yer alan düzenlemenin ise sadece bilişim sistemine ızzar fiilleri neticesinde yarar elde edilmesini düzenlediği gerekçesi ile internet bankacılığı aracılığıyla havale yapılması fiiline uygulanamayacağını belirtmektedir. S. 213.

Buna karşın Şen Yargıtay CGK kararı ile aynı yönde "Bu fiil, TCK m.244'ün koruduğu hukuki yarar anlamında veriler odaklı olmadığı gibi, bu verilerin üzerinden yarar sağlanmasını, örneğin verilerin başkasına satılmasını veya menfaat karşılığı kullanılmasını kapsamamaktadır. Suça konu fiil, bilişim sisteminin araç olarak kullanılması suretiyle paranın bizzat alınıp götürülmesini değil, fakat bulunduğu yerden el değiştirmesini, zilyedin hakimiyet ve kullanım alanından izinsiz çıkarılması ile icra edilmiştir. Burada hukuki yarar, bilişim sistemi ve verinin değil, bizzat taşınır bir malın zilyedin rızası dışında bulunduğu yerden alınmasından bahsederken, malın ne şekilde götürüldüğünü ayrıca tanımlamayıp, taşınır mal üzerinde zilyedinin tasarruf olanağına son verilmesini dikkate alıp, hırsızlık suçu saymıştır." görüşünü dile getirmiştir. (Şen 2012) s. 325.

Suçun mağdurunun tespiti açısından getirilen ölçütlerin kendisi suçun mağdurunun kim olduğunu ya da daha doğru bir ifade ile bir suç nedeniyle etkilenen kişilerden kimlere mağdur sıfatının yükleneceğini belirler. Maddi ceza hukuku alanında mağdur, suçla korunan hukuki değer ya da diğer bir ifade ile suçun hukuki konusu esas alınarak belirlenmekte ve de tanımlanmaktadır.¹¹ Söz konusu yaklaşıma göre suçun mağduru suç oluşturan fiil ile ihlal olunan varlık ya da menfaatin hamilidir¹². Bu kapsamda suçun mağduru kavramından, suç fiilinden zarar gören herkesi değil, sadece bu fiil ile ihlal olunan ve cezai korumanın konusunu oluşturan varlık ya da menfaatlerin hamillerini anlamak gerekir.¹³

Suçun mağdurunun saptanması açısından suçla korunan değer/suçun hukuki konusunun saptanması önem arz edince, konumuz açısından da İnternet bankacılığı kapsamında usulsüz işlem yapılması suretiyle yarar sağlanması fiilinin TCK kapsamında hukuki nitelendirilmesinin ve bu belirlemeye göre suçun hukuki konusunun saptanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Yukarıda aktarıldığı üzere Yargıtay CGK içtihadı ve bu içtihat sonrasında diğer Yargıtay kararlarında CGK ile aynı yönde İnternet bankacılığı kullanılmak suretiyle usulsüz işlem yapılması durumunda hırsızlık suçunun unsurlarının oluştuğu sonucuna ulaşılmıştır. İnternet bankacılığında yapılan usulsüz işlemlere ilişkin bu değerlendirme, hırsızlık suçunun hukuki konusunun ne olduğu sorusunun yanıtlanmasını gerekli kılmaktadır.

Genel olarak incelendiğinde hırsızlık suçunun hukuki konusu ile ilgili olarak farklı görüşlerin dile getirildiği görülmektedir.¹⁴ Buna göre, hırsızlık suçunun hukuki konusunun zilyetlik,¹⁵ mülkiyet¹⁶ ve son olarak mülkiyet ve zilyetliğin birlikte korunması olduğu saptamaları yapılmıştır¹⁷ Yargıtay CGK'nin 2014 yılında verdiği kararında ise suçun hukuki konusu ile ilgili olarak şu saptamaya yer verilmiştir¹⁸

“Hırsızlık suçuyla korunan hukuki yarar zilyetlik ve buna bağlı haklardır. Bu nedenle hırsızlık suçunun mağduru malın sahibi değil, zilyetliği altında bulunan mal çalınan kişidir. Burada zilyetliğin hukuka uygun ya da aykırı tesis edilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak malı çalarak zilyetliği ele geçiren kişinin elinden de malın çalınması halinde hırsızlık suçu oluşabilecektir.”

¹¹ Suçun hukuki konusu ve suçla korunan hukuki değer tartışmalarına ilişkin ayrıntılı olarak bkz., (Toroslu, 2019), (Ünver, 2003)

¹² (Katoğlu, 2012), s. 661.

¹³ (Katoğlu, 2012), s.662.

¹⁴ (Hafizoğulları & Özen, 2016).s 332.,

¹⁵ Örn. olarak bkz., “...Gerçekten de genel kanaat, hırsızlıkta, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin “zilyetlik” olduğudur. Suçun. Mağduru suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin hamili kişidir, madem hırsızlıkta suçun hukuki konusu zilyetliğin korunmasıdır, öyle ise zilyet suçun mağduru.” (Hafizoğulları & Özen, 2016), s. 332

¹⁶ Bkz. Yazarlara göre mülkiyet asıl olmakla birlikte ikinci derece zilyetliğin korunduğu görüşünü de yerinde bulmaktadırlar. (Tezcan, Erdem, & Önok, 2021), s. 738.

¹⁷ (Koca & Üzülmöz, 2019), s. 508 “Yazarlar hırsızlık suçu ile mülkiyet hakkının ve bu hakkın malike eşya üzerinde sağladığı tasarruf imkânının korunduğunu, belirtmekte ve devamında “Ancak bir hukuki ilişkiye dayanarak taşınır eşya üzerinde fiili hakimiyet kurması ve bu durumun o kişiye malikten bağımsız haklar sağlaması mümkündür. Bir eşyanın zilyedi o eşyanın maliki olabileceği gibi zilyedi de olabilir.... İşte bu kişilerin zilyetliğinin rızaları olmaksızın üçüncü kişiler tarafından ihlali halinde de hırsızlık suçunun oluşacağına şüphe yoktur. Bu itibarla hırsızlık suçunun hem zilyetliği hem de mülkiyeti koruyan bir suç tipi olduğunu kabul etmek daha isabetli görülmektedir” görüşünü dile getirmektedirler (Koca & Üzülmöz, 2019), s.508-509. Aynı yönde (Özbek, Doğan, & Bacaksız, 2022).s. 622. (Şen, 2012), s. 322.

¹⁸ Yargıtay, Ceza Genel Kurulu, E. 2013/262, K. 2014/37, T. 4.02.2014 Hukuktürk, E.T. 20.08.2024

Yargıtay CGK'nin 2016 yılında verdiği başka bir kararında ise suçun hukuki konusu ve bununla bağlantılı olarak suçun mağdurunun kim olduğunun tespiti açısından önceki karardan farklı olarak, şu sonuca varılmıştır:¹⁹

“Hırsızlık suçu ile korunan hukuki yarar mülkiyet hakkı ile birlikte zilyetliktir. Kanunda "zilyet" kelimesi ile "başkasına ait" olma kelimesi aynı anda kullanılmıştır. Bu şekilde kanun koyucu, iki farklı hukuki duruma aynı anda yer vererek hırsızlık suçunda zilyetlik ile mülkiyeti ayırmış, her ikisini de koruma altına almıştır.”

Yargıtay CGK'nin 2017 yılında verdiği kararında zilyetlik ile mülkiyeti birlikte korunduğu görüşü teyit edilmiş ve devamında şu vurgu yapılmıştır.²⁰

“Hırsızlık suçu ile korunan hukuki yarar mülkiyet hakkı ile birlikte zilyetliktir. Kanunda 'zilyet' kelimesi ile 'başkasına ait olma' kelimesi aynı anda kullanılmıştır. Bu şekilde kanun koyucu, iki farklı hukuki duruma aynı anda yer vererek hırsızlık suçunda zilyetlik ile mülkiyeti ayırmış, her ikisini de koruma altına almıştır...Suçun maddi konusu ise başkasına ait taşınır maldır. Bu nedenle malın malikinin bu suçun faili olması mümkün değildir. Suçun mağduru ise malik olabileceği gibi zilyet de olabilir. **Çalınan mal, malikin elinden alınmış ise mağdur, malın malikidir. Zilyedin elinden alınmışsa mağdur zilyet, malik ise suçtan zarar görendir.**”

Doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları incelendiğinde suçun hukuki konusu açısından aynı hak olarak şekillenen bir hukuki bağın veya fiili egemenliğin olması şartınının arandığı görülmektedir; saf hukuki bağ mülkiyet, fiili egemenlik ise zilyetlik olarak tanımlanmaktadır.²¹ Mağdurun kim olduğu sorusu ise bu kapsamda korunan hukuki konudaki tercihe göre malik ya da zilyet olarak ifade edilmektedir.²²

Bu görüşler kapsamında malik ya da zilyedin kim olduğunun saptanması suçun mağdurunun kim olduğu sorusunun yanıtlanması açısından önem arz eder. Söz konusu yanıtı ulaşılabilmek açısından Yargıtayın 2015/159 E. sayılı, kararında yer alan, “*malın kime ait olduğu özel hukuk kurallarına göre belirlenir*” tespitinden yola çıkmak, doğru bir sonuca ulaşmak için önem arz eder.²³ Bu da öncelikli olarak banka ile hesap sahibi arasında kurulan ilişkinin ve bu ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesini zorunlu kılar.

A. MEVDUAT VE BU KAPSAMDA KURULAN İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İnternet bankacılığı hizmetlerinin kullanılması açısından öncelikli olarak banka ile hesap sahibi arasında bir hizmet sözleşmesi kurulmakta ve bu sözleşme şartları kapsamında vadeli ya da vadesiz hesap açmaya ilişkin olarak kural olarak önceden kurulan bir hukuki ilişkiye binaen mevduat sahibinin vadeli ya da vadesiz hesapları üzerinde işlem yapabilmesine izin

¹⁹ Yargıtay, Ceza Genel Kurulu, E. 2014/159, K. 2016/257, T. 10.05.2016 Hukuktürk E.T. 20.08.2024 Aynı yönde Yargıtay 17. CD., “...[Ö]te yandan kanun koyucunun hırsızlık suçunun zilyede karşı işlenebileceğini ifade etmesinin sadece malı elinde bulunduran kişiyi işaret etmeyip, hem fer'i zilyedin yani malı o an elinde bulunduranın ve hem de asli zilyedin yani malın malikinin hukuki yararını koruma amacını taşıdığı, somut olayda...” Yargıtay, 17. Ceza Dairesi, E. 2016/10590, K. 2018/11008, T. 24.09.2018 Hukuktürk E.T., 20.08.2025

²⁰ Yargıtay, Ceza Genel Kurulu, E. 2016/546, K. 2017/70, T. 14.02.2017 Hukuktürk 20.08.2025.

²¹ (Koca & Üzülmöz, 2019), s.509

²² Bkz., (Tezcan, Erdem, & Önok, 2021) s. 789, (Koca & Üzülmöz, 2019)509-510., (Hafizoğulları & Özen, 2016) 332. (Özbek, Doğan, & Bacaksız, 2022), s.626.

²³ Yargıtay, Ceza Genel Kurulu, E. 2014/159, K. 2016/257, T. 10.05.2016 Hukuktürk, E.T. 20.08.2024. Aynı yönde Yargıtay, Ceza Genel Kurulu, E. 2016/546, K. 2017/70, T. 14.02.2017

verilmektedir. Sorunun kapsamının anlaşılabilmesi açısından banka ile hesap sahibi arasında hesap açılması suretiyle kurulan bu ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Bunu belirlerken öncelikli olarak mevzuatımızda yer alan banka, mevduat gibi kavramların ne anlama geldiğine kısaca değinmekte fayda vardır. Bankacılık Kanununda birden fazla banka tanımı yapılmakta, bu tanımlarla bağlı olarak farklı işlem ve bu işlemlere ilişkin tanımlara yer verilmektedir. Konu burada Bankacılık Kanununa göre banka çeşitleri ve bunların faaliyetleri, bu faaliyetlere katılan kişilerin hukuki konumları ve işlemlerin niteliği olmadığından burada aralarındaki farklara ve ayrıntılarına girmeden genel olarak mevduat hesapları üzerinden açıklama yapılmakla yetinilecektir. Ceza hukuku açısından, taraflar arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliği değişmediği durumda diğer tür hesaplarla ilgili olarak da bu açıklamaların geçerliğini koruyacağı kuşkudan uzaktır. Konu bu kapsamda incelenecek olursa şu hususlar ön plana çıkar:

Bankacılık faaliyetlerinin asıl olarak düzenleme konusu yapıldığı 5411 sayılı Bankacılık Kanununda, banka “*Mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını*” ifade etmektedir.²⁴ “Mevduat” da “*Yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen parayı*” (Bankacılık Kanunu m. 3) ifade eder.²⁵ Uygulamada mevduat kavramı sıklıkla mevduat sözleşmesi ve bankacılık faaliyetlerini ifade etmek için de kullanılsa da mevduat, hukuki ilişkiye verilen bir ad veya hukuki bir fiil olmayıp tevdi edilmiş bir miktar para anlamına gelmesi sebebiyle ancak hukuki ilişkinin bir unsuru olarak nitelenebilir.²⁶

Mevduatı konu alan sözleşmelerin hukuki niteliği açısından doktrinde bir kısım görüşlere göre tüketim ödücü (karz), bir kısmına göre usulsüz tevdi (misli şeylerin saklanması) olduğu belirtilmekte diğer bir kısım görüşler de hesabın vadeli ya da vadesiz olmasına göre şekillenen karma sözleşme ya da kendine özgü bir sözleşme olduğu görüşlerini benimsemektedirler.²⁷

Tüketim ödücü sözleşmesi, TBK'nin 386. Maddesinde “*Tüketim ödücü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç*

²⁴ Adı geçen Kanununun 3. Maddesinde tanımlar şu şekildedir: “*Mevduat bankası: Bu Kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini, Katılım bankası: Bu Kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini, Kalkınma ve yatırım bankası: Bu Kanuna göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini, ...*”

²⁵ “Mevduat ve Katılım Fonlarının Vadeleri ve Türleri Hakkında Tebliğ (Sayı:2007/1)”de ise mevduat türleri şu şekilde tasnif edilmiştir: “**MADDE 5 - (1)** *Mevduatın türleri aşağıdaki şekilde belirlenmiştir. a) Tasarruf b)Resmi-Kuruluşlar c) Ticari Kuruluşlar d) Bankalar e) Diğer Kuruluşlar*”

Mevduat ve Katılım Fonlarının Vadeleri Ve Türleri Hakkında Tebliğ (SAYI:2007/1) <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Banka+Hakkında/Mevduat/Bankacilik/>

²⁶ (Er, 2022), s. 493.

²⁷ (Er, 2022), s. 493.

alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır. Hukuki niteliği açısından bakıldığında tüketim ödünç sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak tanımlanabilmekle birlikte sözleşmenin konusu para ise ve kullanım süresi için faiz ödenmesi kararlaştırılmışsa tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak kabul edilir.²⁸ Bu sözleşme kapsamında devredilen para ya da tüketilebilen şey üzerinde devredenin, daha önceden varsa, aynı bir hakkı kalmamakta bunlar üzerindeki mülkiyet hakkı ödünç alana geçmektedir²⁹.

Saklama sözleşmesinin bir türü olarak usulsüz tevdi ya da saklama olarak da adlandırılan misli şeylerin saklanması sözleşmesi ise (TBK 570), para ve diğer misli eşyanın aynen değil, mislen geri verilmek kaydıyla saklanmak üzere bırakılmasını ifade eder³⁰. Misli şeylerin saklanması (usulsüz tevdi) sözleşmesinde, bırakılan paranın mülkiyeti saklayana geçer ve bırakılan paranın yararı ve hasarı, aksi kararlaştırılmadıkça saklayana ait olur (TBK 570/1).³¹ *“Usulsüz saklamada saklanmak üzere bırakılan misli şeyin mülkiyeti saklayana geçtiği için saklatan şeyi geri isterken ona karşı aynı bir talepte bulunamaz Saklatanın saklayana karşı şeyi geri vermesi için ileri sürebileceği hak, şahsi bir talepten, bir alacak hakkından ibarettir.”*³² Bu kapsamda bankaların vadesiz mevzuat hesapları söz konusu olduğunda banka parayı kullanabilmekte ve elde ettiği gelir de kendisine ait olmaktadır. Banka paranın çıkan yangında yanmasına, soygunda çalınmasına, usulsüz işlemlerle başkasına aktarılmasına da katlanmak, saklatana parayı bırakılan miktar olarak geri vermek zorundadır.³³

Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği kapsamında gündeme getirilen karma görüş ise, mevduat sözleşmesinde kişilerin saklama ve faiz elde etme amacını bir arada bulundurduğu ve bu şekilde Borçlar Kanunu’nda iki ayrı sözleşme tipine ait unsurların adı geçen Kanunda öngörülme bir biçimde bir araya getirildiği görüşünden hareket etmektedir.³⁴

Son olarak kurulan ilişkinin hukuki niteliği açısından kendine özgü yapısı olan sözleşme olduğu görüşü de dile getirilmiştir. Bu görüşe göre, faiz elde etme amacı ile tüketim ödünç sözleşmesine yaklaşan unsurları güvenilir olan bankada saklama isteği ile de saklama sözleşmesine yaklaşan unsurlar bir arada barındırdığından kendine özgü sözleşme olarak kabul edilmektedir. Karma görüşe sözleşme görüşüne, farklı sözleşme türlerinin tüm unsurlarını kapsamadığı gerekçesi ile itiraz edilen ve bu nedenle kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğu belirtilen

²⁸ (Ceylan, 2023), s. 383.

²⁹ (Ceylan, 2023), s.379. *“Tüketim ödünç sözleşmesi, de aslında bir şeyin kullanılmasının devri borcunu içeren bir sözleşmedir. Ancak burada kullanılan, şeyin kendisi değil, değeridir. Bu nedenle, bu sözleşmede bir miktar para veya tüketilebilen (misli) bir şeyin değerinin kullanılmasının devri ancak o para veya şeyin mülkiyetinin devri ile mümkün olabilir.”* (Eren, 2015), s. 499.

³⁰ (Doğan, 2023), s. 830

³¹ (Doğan, 2023), s.830 *“Misli eşyayı saklama sözleşmesinde saklayan taraf, saklatan tarafından kendisine bırakılan şeyin mülkiyetini kazanır. Gerçekten de bu sözleşmede aynen ödünç sözleşmesinde olduğu gibi, saklanmak üzere verilen para, kıymetli evrak ya da misli şeyin mülkiyeti, saklayana geçmektedir.”* (Eren, 2015), s. 756

³² (Eren, 2015), s. 757.

³³ (Doğan, 2023), s. 830.

³⁴ (Er, 2022), s. 503.

bu görüş kapsamında, saklama ve gelir elde amaçlarını içeren, içerisinde kendine has özellikleri barındıran kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğu ileri sürülmüştür.³⁵

Yargıtay HGK'nun 2012 yılında verdiği bir kararında ise banka ile hesap sahibi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği şu şekilde tanımlanmıştır:

"Bankalar, yazılı veya sözlü duyurularla halktan faiz veya ivaz karşılığında topladıkları paraları Türk ekonomisinin güçlenmesi doğrultusunda değerlendiren ve aynı zamanda bu mevduatlardan para kazanan kuruluşlardır. Bankalar kendilerine yatırılan paraları istenildiğinde veya belli bir vadede aynı veya misli olarak iade etmekle yükümlüdürler. Bu tanımlamaya göre **mevduat ödünç (karz) ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir** Bununun sonucu mevduatın niteliğine uygun düştüğü oranda karz(ödünç) veya usulsüz tevdi hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir(aynı ilkelere HGK'nun 15.06.1994, 1994/11-178-398 sayılı kararında da yer verilmiştir)..."³⁶

Kararın devamında ise söz konusu tanımlama kapsamında Borçlar Kanunundaki hükümler değerlendirilmiştir. Buna göre:

"Bilindiği üzere, ödünç sözleşmesi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) "karz akdi" başlıklı 306. vd. maddesinde düzenmiş olup, anılan yasa hükmü; *"Karz, bir akittir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut diğer bir misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri geri vermekle mükellef olur."* şeklindedir. Bu hükme göre; ödünç alan konumundaki banka, kendisine ödünç verilen parayı kararlaştırılmışsa faizi ile birlikte iadeye mecburdur... Bu hükme paralel düzenleme 5411 sayılı Bankalar Kanunu'nun 61. maddesinde yer almaktadır. Anılan maddenin birinci fıkrasında; "4721 sayılı Türk Medenî Kanununun rehinlere ve hapis hakkına, BK'nun alacağın devir ve temlikine, takasa dair hükümleri ile diğer kanunların verdiği yetkiler ve koyduğu yükümlülükler saklı kalmak şartıyla **mevduat ve katılım fonu sahiplerine ödenmesi gereken tutarları geri alma hakları hiçbir suretle sınırlandırılmaz.**" şeklinde düzenleme yapılmıştır... Vedia akitlerinde usulsüz tevdi durumunun hükme bağlandığı BK'nun 472/1. maddesi uyarınca da usulsüz tevdi durumunda paranın nef'i ve hasarı mutlak şekilde saklayana geçecektir."³⁷

B. HESAP SAHİBİ İLE BANKA ARASINDAKİ İLİŞKİ VE İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ DOĞRULTUSUNDA MAĞDUR

Kurulan ilişkinin hukuki niteliğine ilişkin söz konusu görüşler kimi açılardan farklılıklar içerirse de bizim açımızdan önemli olan husus paranın saklamak üzere ya da ödünç olarak kabul edilmesi ile birlikte paranın mülkiyetinin ve dahi zilyetliğinin bankaya geçmiş olmasıdır³⁸. Sözleşmenin kurulması ile birlikte artık hesap sahibi bankadan bir alacak hakkına sahip olmaktadır. Dolayısıyla mevduat sözleşmesinde banka tarafından kabul edilen paranın üzerindeki aynı hak bankaya ait olmakta hesap sahibinin sadece bankaya yönelik olarak özünde sözleşmeden

³⁵ (Er, 2022), s.503-504.

³⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), E. 2012/550, K. 2012/820, T. 21.11.2012. Hukuktürk (www.hukukturk.com) Erişim T. 02.07.2024.

³⁷ a.g.k.

³⁸ (Er, 2022)s. 495. "Uygulamada banka işlemleri arasında tasarruf hesabı sözleşmeleri önemli yer tutmaktadır. Tasarruf sahibi parasını bankaya yatırırken banka ile tasarruf hesabı sözleşmesi yapar. Tasarruf sahibinin mevduat olarak yatırdığı paranın mülkiyeti bankaya geçer." (Eren, 2015), s. 504

doğan alacak hakkı ortaya çıkmaktadır. Yukarıda aktarılan HGK kararının devamında bu husus şu şekilde açıkça vurgulanmıştır;

“[İ]nternet bankacılığı faaliyeti yürüten bankalar, bankadaki paranın internet ortamında üçüncü kişilerce usulsüz olarak havale edilmesi durumunda mudinin parasını yukarıda açıklanan mevzuat çerçevesinde iade etmekle yükümlüdürler. **Usulsüz işlemlerle çekilen paralar aslında doğrudan doğruya bankanın zararı niteliğinde olup, mevduat sahibinin bankaya karşı alacağı aynen devam eder.** Banka, usulsüz işlemin gerçekleşmesinde mevduat sahibinin müterafik kusurunun bulunduğu ispat etmesi halinde tazminatta indirim isteyebilir.”

Yargıtay 11. HD İnternet bankacılığı ile ilgili usulsüz işlemlerle ilgili olarak verdiği bir kararında da usulsüz işlemlere konu olan paranın doğrudan bankanın zararına olduğunu³⁹, mevduat sahibinin bankaya karşı alacağının aynen devam ettiğini açıkça vurgulamıştır. Karardan aktaracak olursak:

“ ‘Mevduat’; ödünç ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir. 818 Sayılı BK’nın 306 ve 307. maddeleri, 6098 Sayılı TBK’nın 386 ve 387. maddeleri uyarınca ödünç alan, akdin sonunda ödünç verilen parayı, eğer kararlaştırılmışsa faiziyle birlikte iadeye mecburdur. 818 Sayılı BK’nın 472/1. maddesi, 6098 Sayılı TBK’nın 570/1. maddesi uyarınca da ‘usulsüz tevdi’ halinde paranın nef’i ve hasarı mutlak şekilde saklayana geçtiği için ayrıca açıklamaya gerek kalmadan saklayan bu parayı kendi yararına kullanabilir. **Bu açıdan değerlendirildiğinde, usulsüz işlemlerle çekilen paralar aslında doğrudan doğruya bankanın zararı niteliğinde olup, mevduat sahibinin bankaya karşı alacağı aynen devam etmektedir.** Usulsüz işlemlerin gerçekleşmesinde, ispatlandığı takdirde mevduat sahibinin müterafik kusurundan söz edilebilir ve banka bu kusur oranı üzerinden hesap sahibinin alacağından mahsup talebinde bulunabilir.”⁴⁰

Aktarılan bu kararlar esas alındığında, Yargıtay CGK’nin 2009 yılında verdiği ve yukarıda aktarılan içtihadındaki hukuki nitelendirmesi doğrultusunda, söz konusu fiilin hırsızlık suçu kapsamında değerlendirilmiş olması durumunda da mülkiyetin ve zilyetliğin bankada olması, hesap sahibinin, ne zilyet ne de malik olması nedeniyle, suçun hukuki konusu olarak kabul edilen söz konusu hukuki değerlerin hamili olarak değerlendirilemeyecek ve dolayısıyla da suçun mağduru olarak kabul edilmesi söz konusu olamayacaktır. Burada önemli olan husus mevduat sahibinin bankaya karşı sözleşmeden doğan alacak hakkının olması ve bunun da devam ediyor oluşudur. Bu kapsamda tüzel kişilerin suçun mağduru olduğu görüşü esas alındığında paranın mülkiyetin dahi zilyetliğinin bankada olması nedeniyle banka suçun mağduru olarak, tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağı görüşü esas alındığında ise yine banka suçtan zarar gören olarak tanımlanabilecektir.⁴¹

³⁹ Aynı yönde ayrıntılı bir inceleme için bkz., (Lale, 2010), s. 21-28: Yazara göre de usulsüz işlemler ile çekilen paralar doğrudan doğruya bankanın zararı niteliğinde olup, mevduat sahibinin bankaya karşı alacağı aynen devam eder. s. 27. Hukuki sorumluluk açısından ayrıca bkz., (Ceylan E. E., 2015), s. 131-139: “Ayrıca, mudinin bankada parası olamaz ancak bankadan belli bir meblağ alacağı olur. Dolayısıyla bilişim sistemleri ile bankadan tahsil edilen para mudinin parası değil bankanın parasıdır. Bu durumda haksız fiil müdiye karşı değil bankaya karşı işlenmiş olur” (Ceylan E. E., 2015), s.134.

⁴⁰ Yargıtay 11. HD, E. 2017/2386, K. 201 /4206, T. 11.09.2017. Hukuktürk (www.hukukturk.com) Erişim T. 02.07.2024.

⁴¹ Tüzel kişilerin suçun mağduru olup olamayacaklarına ilişkin tartışma için bkz., (Katoğlu 2012), s. 62-673. Yargıtay ise bir kararında “Mağdur; Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğünde, ‘haksızlığa uğramış kişi’ olarak tanımlanmaktadır. Ceza hukukunda ise mağdur kavramı, suçun konusunun ait olduğu kişi ya da kişilerdir. 5237

Buna karşın Yargıtay CGK'nin mezkûr 2009 yılına ait içtihadına göre mağdur hesap sahibidir. Nitekim kararda vurgulanan, "Temyiz davasına konu olan olayda sanık, bilişim sistemine zarar verme veya verileri yok etme, bozma, erişilmez kılma amacıyla hareket etmemektedir. Hedefi bilişim sistemi olmayıp, amacı bilişim sistemini kullanarak **şikayetçinin banka-daki parasını çalmak, ele geçirmektir.**" saptama ve devamında aynı "**katılanın**⁴² **rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya**" tespiti ve devamında "**Kaldı ki sanığın katılanın internet bankacılık hesabında bulunan parasına ulaşmak için bilişim sistemlerini araç olarak kullanmaktan başka alternatifi de yoktur.**" değerlendirmesi suçun mağdurunun hesap sahibi olarak kabul edildiğini açıkça göstermektedir. Aynı yönde Yargıtay 6. CD. de,

"...[İ]nternet aracılığıyla yakınana ait Yapı Kredi Bankası Y... şubesi bünyesindeki banka hesabından, ...havale ettikleri...olayda; sanıkların kastının yakınanın banka hesabında bulunan parayı bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi banka hesaplarına geçirmeye, **yakınanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya**, başka bir anlatımla var olan veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil edildiği parayı alarak mal edinmeye yönelik olduğu, eylemin 5237 sayılı Yasanın 142/2-e maddesine uyan hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin yazılı şekilde anılan Yasanın 244. maddesinden hüküm kurulması.."

yönünde karar vererek hesap sahibinin malvarlığında azalma olduğu görüşü de açık bir şekilde dile getirilmiştir⁴³.

Yargıtay CGK ve ilgili Daireye göre hesaptaki paranın maliki banka olmayıp hesap sahibi olan gerçek ya da tüzel kişidir. Karara göre paranın sözleşme uyarınca bankaya tevdi edilmiş olması bu kapsamda paranın üzerindeki mülkiyet ya da zilyetlik açısından herhangi bir önem arz etmemekte hesap sahibinin sözleşmeye dayalı bir hukuki alacağından çok mülkiyet ilişkisi devam etmektedir. **Mezkûr değerlendirme yukarıda aktarılan görüşler ve yine yukarıda aktarılan gerekçelerle ve hukuk dairelerinin kararlarındaki açıklamalar doğrultusunda kanaatimizce doğru bir tespiti içermemektedir.**

Özetleyecek olursak, banka mevduat sözleşmesi ile hesap sahibinin bankadan alacak hakkının ortaya çıktığı bir hukuki ilişki kurulmakta, bu hukuki ilişki kapsamındaki sözleşme ister karz akdi ister usulsüz tevdi veya karma sözleşme ya da kendine özgü sözleşme kapsamında değerlendiriliyor olsun, paranın mülkiyeti ve zilyetliği de bankaya geçmektedir. Hesap sahibinin ise bankaya karşı sözleşmeden kaynaklanan bir alacak hakkı doğmaktadır. Özünde bankanın mülkiyetinde olan paranın usulsüz işlemler yapılması suretiyle ele geçirilmesini içeren bu durumda ise doğrudan banka (hem malik hem de fiilen hakimiyetinde olması nedeniyle) ihlal eden hukuki değerini hamili olarak ortaya çıkmaktadır. İnternet bankacılığı ile kullanıcının hesap üzerinde işlem yapmasına ilişkin yetkiler ise bağımsız bir tasarrufta bulunma yetkisinden çok Banka'nın emir, talimat ve sınırlamaları ile belirlenmiş bir sınırlı/bağımlı yetki olarak

sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde suçun maddi unsurları arasında yer alan mağdur, ancak gerçek bir kişi olabilecek, tüzel kişilerin suçtan zarar görmeleri mümkün ise de bunlar mağdur olmayacaklardır... Bazı suçlarda mağdur belirli bir kişi olmayıp; toplumu oluşturan herkes (geniş anlamda mağdur) olabilecektir." Görüşünü dile getirerek tüzel kişilerin suçun mağduru olmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay, Ceza Genel Kurulu, E. 2012/1490, K. 2013/59, T. 19.02.2013 Hukuktürk E.T. 18.08.2025.

⁴² Söz konusu yargılamada katılan "A... Telekomünikasyon İnşaat Taah. San. Tic. Ltd. Şti" dir.

⁴³ Yargıtay 6 CD., E. 2013/35219, K., 2014/12749, T. 19.06.2014. Hukuktürk (www.hukukturk.com) Erişim T. 03.08.2024.

ortaya çıkmaktadır. Yargıtay'ın hukuk dairelerince açıkça vurgulandığı üzere, hesap sahibinin bankadan olan alacağı olduğu gibi devam etmektedir (ve ancak kusuru varsa kusuru oranında banka indirim talep edebilmektedir). Sonuç olarak, bankanın, mevduat sözleşmesi kapsamında devredilen paranın maliki ve fiilen hâkimi olarak suçun mağduru olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda incelendiği şekliyle banka ile mevduat sahibi arasında kurulan ve mevduat sahibine sözleşmeden doğan bir alacak hakkı olarak (mülkiyet ya da zilyetlik olarak bir aynı haktan kaynaklanmayan) bir hak tesis eden hukuki ilişkinin varlığının tespiti söz konusu mevduat üzerinde yapılan kötüye kullanımlar açısından hukuken korunan değerlerin hamilinin kim olduğu sorusunun yanıtlanmasını sağlamaktadır. Bu haliyle söz konusu hesaplar üzerinde hukuka aykırı işlemler yapılması suretiyle zarar verilmesi durumunda bu zarar bankaya ait bir zarar olarak kendini gösterir. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere paranın mülkiyeti ve ayrıca her türlü nef'i ve hasarı mutlak olarak bankadadır. Hesap sahibinin ise bankadan sözleşmeden doğan alacak hakkı devam eder ve zarardan sorumluluğu ise, eğer varsa, müterafik kusur nedeniyle ortaya çıkar. Hesap sahibinin banka nezdine gerçekleşen zararın oluşumunda kusuru varsa bu kusura göre denkleştirme yapılır. Dolayısıyla mevduat konusu para üzerinde mülkiyet ya da zilyetliği bulunmayan hesap sahibi, bankaya yönelik olarak gerçekleştirilen fiillerden duruma göre ancak zarar gören olarak tanımlanabilecek bir konumda olabilecektir. Banka ise suç teşkil eden ya da diğer hukuka aykırı fiiller açısından kendisine ait değeri asıl olarak ihlal edilen kişidir. Bu nedenle de tüzel kişilerin de suçun mağduru olabileceği görüşünü kabul etmemiz nedeniyle banka, suçun mağduru olarak ortaya çıkar; tüzel kişilerin suçun mağduru olabileceğine ilişkin bu görüş benimsenmezse, banka da suçtan zarar gören olarak kabul edilir.

KAYNAKÇA

- Açıköz, E. İ. (2020). *Bilişim Sistemi Aracılığıyla Haksız Yarar Sağlama Suçu (Tck M. 244/4)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Başbüyük, İ. (2013, Nisan). İnternet Bankacılığı Aracılığıyla Yapılan Hukuka Aykırı Havalenin Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi. *Ceza Hukuku Dergisi*, 8(21), 197-214.
- Ceylan, E. (2023). Ödünç Sözleşmeleri. E. Ceylan, M. Doğan, Ş. Akipek Öcal, H. Özdemir, K. Şenocak, E. Cumaloğlu, & S. Sert Sütçü içinde, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (s. 367-397). Ankara: Seçkin.
- Ceylan, E. E. (2015). İnternet Bankacılığında Bankaların Hukuki Sorumlulukları. *İstanbul Barosu Dergisi*, 89(1), 131-139.
- Demirten, M. (tarih yok). *Kullanıcı, Grup ve Erişim Yetkileri*. Ağustos 6, 2024 tarihinde Linux Sistem Programlama: <https://murat-demirten.gitbook.io/linux-sistem-programlama/users> adresinden alındı
- Doğan, M. (2023). Saklama Sözleşmeleri. E. Ceylan, M. Doğan, Ş. Akipek Öcal, H. Özdemir, K. Şenocak, E. Cumaloğlu, & S. Sert Sütçü içinde, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (s. 801-842). Ankara: Seçkin.
- Er, B. (2022). Mevduat Sözleşmesinin Tanımı, Kurulması Ve Türleri. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*(49), 491-516.
- Eren, F. (2015). *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler* (2 b.). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Geçmez, İ. (2020). *Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme Veya Değiştirme Suçları (Tck M.244)*. Ankara: Seçkin.
- Hafizoğulları, Z., & Özen, M. (2016). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar* (5. b.). Ankara: US-A.
- Katoğlu, T. (2012). Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının sınırları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61(2), 657-694.
- Ketizmen, M. (2008). *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Koca, M., & Üzülmüş, İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Lale, M. (2010). İnternet Bankacılığında Hukuki Sorumluluk. *Terazi Hukuk Dergisi*, 5(42), 21-28.
- Özbek, V., Doğan, K., & Bacaksız, P. (2022). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. b.). Ankara: Seçkin.
- Özkan, T., & İpekten, O. B. (2017, Haziran). İnternet Bankacılığı Kullanımını Etkileyen Faktörler: Atatürk Üniversitesi Personeli Üzerine Bir Uygulama. *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 21(2), 647-664.
- Şen, E. (2012). Hırsızlık Suçları. *Ankara Barosu Dergisi*(3), 321-357.
- Tezcan, D., Erdem, M. R., & Önok, M. (2021). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. b.). Ankara: Seçkin.
- Toroslu, N. (2019). *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Ünver, Y. (2003). *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Windows'da Dosya ve Klasör İzinlerini Anlama*, 4. (2024, Temmuz 8). 8 2, 2024 tarihinde Dell Technologies: <https://www.dell.com/support/kbdoc/tr-tr/000137238/windows-da-dosya-ve-klasor-izinlerini-anlama> adresinden alındı
- Yıldız, M. (2010, Aralık). İnternet Bankacılığı Hakkında Yargıtay'ın 17.11.2009 Tarih, 2009/11-193 Esas Sayılı Kararının İncelenmesi. *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(14), 129-150.

EXTENDED SUMMARY

THE VICTIM OF THE CRIME IN PROVIDING UNLAWFUL BENEFIT BY PERFORMING IRREGULAR TRANSACTIONS IN THE ACCOUNTS OF OTHERS THROUGH INTERNET BANKING

Muammet Ketizmen, Assist. Prof.

Hacettepe University, ketizmen@hacettepe.edu.tr

<https://orcid.org/0000-0002-1538-4997>

As known, with a bank deposit agreement, a legal relationship is established in which the account holder's right of receivable arises from the bank, and within the scope of this legal relationship, the ownership and possession of the money passes to the bank, whether it is considered within the scope of a loan contract, an improper deposit, a mixed contract or a unique contract. The account holder, on the other hand, has a contractual right of claim against the bank. In this case, which in essence involves the seizure of money that is the property of the bank through irregular transactions, the bank directly emerges as the holder of the violating legal value (since it is both the owner and in actual possession). The authorization of the user to perform transactions on the account through internet banking is a limited/dependent authority determined by the Bank's orders, instructions and limitations rather than an independent authority to make disposals. As clearly emphasized by the legal chambers of the Court of Appeals, the account holder's receivable from the bank continues as it is (and only if there is a defect, the bank can claim a discount in proportion to the defect). The determination of the existence of a legal relationship between the bank and the depositor, which establishes a right to the depositor as a contractual right of receivable (not arising from a right in rem in the form of ownership or possession), enables the question of who is the holder of the legally protected value in terms of the misuse of the deposits in question to be answered. As such, in the event of damage caused by unlawful transactions on the accounts in question, this damage manifests itself as a damage belonging to the bank. As a matter of fact, the ownership of the money, as well as all kinds of benefits and damages, belongs to the bank. The account holder, on the other hand, continues to have a contractual right to claim from the bank, and its liability for the damage, if any, arises in the form of contributory negligence. If the account holder is at fault for the damage caused to the bank, compensation is made according to this fault. Therefore, the account holder, who does not have ownership or possession of the deposited money, can not be in a position to be defined as the victim of the acts committed against the bank. The bank, on the other hand, is the person whose value is actually violated in terms of criminal or other unlawful acts. Therefore, if the view that legal persons can also be victims of the crime is accepted, the bank emerges as the victim of the crime.



CILT / VOLUME 4
SAYI / ISSUE 2

- **Aslıhan KART**
Elektronik Ticarete Rekabet Hukuku Üzerinden Cezalandırma Politikaları ve Avrupa Birliği Dijital Piyasalar Yasası Örneği
Penal Policies on the Basis of Competition Law Rules in Eletronical Commerce and European Union Digital Markets Law Sample
- **Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Nihal AYDINOĞLU YALÇIN**
Türkiye Çevre Ajansının Hukuki Yapısı ve Çevrenin Korunmasındaki Rolü
Legal Structure of Turkish Environmental Agency and its Role in Protecting the Environment
- **Dr. Öğr. Üyesi Seda BAŞ ve Dr. Öğr. Üyesi Sezgin BAŞ**
Anayasa Mahkemesinin TMK m. 187 Hükümüne İlişkin İpral Kararından Sonra Evlenen Kadının Soyadı
The Married Woman's Surname After the Annulment Decision of the Article 187 of Turkish Civil Code by the Decision of the Constitutional Court
- **Dr. Öğr. Üyesi Veysel GÖRÜCÜ**
Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Merkezden Yönetim Üzerinde Yansımaları
Presidential Government System Reflections on Central Management
- **Dr. Öğr. Üyesi Harun Mirsad GÜNDAĞ**
Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Önalm Hakkı Sürelerine İlişkin Hukuki Düzenlemeler
The Legal Regulations Regarding the Period of Pre-emption Rights on Turkish Swiss and German Law
- **Tuncay RENK**
Kendi Kaderini Tayin Meselesi ve Mikro-Milliyetçilik
The Issue of Self-Determination and Micro-Nationalism
- **Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU**
Sahte Fatura Yoluyla Nitelikli Dolandırıcılık Suçu
Offence of Qualified Fraud Through False Invoice
- **Dr. Öğr. Üyesi Ş. Esra KIRAZ**
Ticarette Yeşil Dönüşüm: Çevre Etiketleri ve Hukuki Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme
Green Transition in Trade: An Analysis on the Environmental Label and its Legal Nature
- **Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR ve Dr. Öğr. Üyesi Nurgül KUTLU DOĞAR**
Toplu Yapılarda Geçici Yönetim
Temporary Management in Mass Buildings
- **Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ERHAN BULUT**
Devletlerin Uluslararası Ceza Mahkemesi İle İşbirliği Yükümlülüklerinin İhlali ve Yaptırım Mekanizmaları
Violation of Cooperation Obligations with the International Criminal Court and Enforcement Mechanisms
- **Doç. Dr. İslam Safa KAYA ve Hüseyin KARABAY**
Uluslararası Yaklaşımın Yapay Zeka ve Yapay Zeka Marifetiyle Delillere Erişim
Artificial Intelligence from an International Perspective and Access to Evidence through Artificial Intelligence
- **Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin KARAYAKA**
İslam Hukukuna Göre Temel Hak ve Hürriyetler Bağlamında Göçmenlerin İnanç Hürriyeti
Freedom of Belief of Immigrants in the Context of Fundamental Rights and Freedom According to Islamic Law
- **Dr. Öğr. Üyesi Burcu DEĞİRMENCİOĞLU**
AIHM Esas Denetiminde Kullanılan Özel Bir Metot Olarak "Pilot Karar Usulu" ve Türk Anayasa Yargısı Özeline Değerlendirilmesi
The "Pilot Judgment Procedure" as a Special Method used by ECHR in Substantive Review and its Evaluation in the Context of Turkish Constitutional Jurisdiction
- **Dr. Öğr. Üyesi Sinan SARIKAYA**
Yönetim Kurulu Toplantı Çağrısında Yeni Düzen: TTK m. 392/VII'ye Bakış
New Order in the Convening of Board of Directors Meeting: Overview of TCC art. 392/VII
- **Ar. Gör. Elif BAYDEMİR**
Türk İdari Teşkilatında Yapay Zeka Alanında Düzenleyici ve Denetleyici Kurum İhtiyacı
The Requirement for a Regulatory and Supervisory Institution in the Turkish Administrative Organization in the Field of Artificial Intelligence
- **Dr. Öğr. Üyesi Beyza ÖZTURANLI ŞANDA**
Türk Hukukunda Deniz Koruma Alanları ve Özel Koruma Alanları Protokolünden Kaynaklanan Yükümlülükler
Marine Protected Areas in Turkish Law and the Obligations Arising from the Protocol on Specially Protected Areas
- **Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK**
Medeni Usul Hukukunda İspat Kolaylığı Kavramı
The Concept of Ease of Proof in Terms of Civil Procedural Law
- **Ar. Gör. Abdurahim ÇINAR**
Sağlık Kurulu Kararlarına Karşı İtiraz Yolları
Appeals Against Health Committee Decisions
- **Dr. Öğr. Üyesi Muammer KETİZMEN**
İnternet Bankacılığı Aracılığıyla Başkalarının Hesaplarından Usulsüz İşlemlerin Yapılması Suretiyle Yazar Sağlanmasında Suçun Mağduru
The Victim of the Crime in Providing Unlawful Benefit by Performing Irregular Transactions in the Accounts of Others Through Internet Banking