

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



Erzincan Law Review

ÇİLT/VOL: 28 SAYI/NO: 2 ARALIK/DECEMBER 2024

KAMU HUKUKU ♦ÇAPAR, Güncellenmesi Gereken Bir Disiplin Suçu Olarak Devlet Memurlarının Mal Bildiriminde Bulunmaması ♦ÇAKMAK, Bireysel Başvuruda İkincillik Çağı ♦DABANLIOĞLU ALANUR, Uluslararası Yargı Kararları Işığında Estoppel İlkesi ♦LALOĞLU, Vergi Kaçakçılığı Suçlarından Defter ve Belgeleri Gizleme Suçu Bağlamında Nemo Tenetur İlkesinin Yaptırımın Türü Açısından İncelenmesi ♦ORHAN, Modern Devlet'in Karanlık Yüzü ve Devlet Suçları ♦ÜLKER, 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Kapsamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı ♦KARABULAT/ÜNAL, Hükümlülerin Oy Hakkının Sınırlandırılması Sorunu ve Çözüm Önerileri.

ÖZEL HUKUK ♦DOĞU, Türk Spor Hukukunda Çocukların Korunmasına İlişkin Bir Adım: Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Talimatı Üzerine Bir İnceleme ♦DEMİR, Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senedinin Delil Değerinin Delil Başlangıcı Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi ♦KILINÇ, Takviye Edici Gıdalara İlişkin Aldatıcı Reklamlar Karşısında Tüketicinin Korunması ♦RUHİ, Uluslararası Tahkim Yargılamalarında Yapay Zekâ Sistemlerinin Kullanımı ♦SEÇER, Same-Sex Adultery as a Ground for Divorce ♦DOĞAN, İfaya Ekli Ceza Koşulunun Varlığı Hâlinde Çekince Beyanı ♦ŞAHİN ALTINTAŞ, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin İstemi ile Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş (TMK m. 206).

ERZİNCAN – 2024

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



Erzincan Law Review

CİLT/VOL: 28 SAYI/NO: 2 ARALIK/DECEMBER 2024

KAMU HUKUKU ♦ÇAPAR, Güncellenmesi Gereken Bir Disiplin Suçu Olarak Devlet Memurlarının Mal Bildiriminde Bulunmaması ♦ÇAKMAK, Bireysel Başvuruda İkincilik Çağı ♦DABANLIOĞLU ALANUR, Uluslararası Yargı Kararları Işığında Estoppel İlkesi ♦LALOĞLU, Vergi Kaçakçılığı Suçlarından Defter ve Belgeleri Gizleme Suçu Bağlamında Nemo Tenetur İlkesinin Yaptırımın Türü Açısından İncelenmesi ♦ORHAN, Modern Devlet'in Karanlık Yüzü ve Devlet Suçları ♦ÜLKER, 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Kapsamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı ♦KARABULAT/ÜNAL, Hükümlülerin Oy Hakkının Sınırlandırılması Sorunu ve Çözüm Önerileri.

ÖZEL HUKUK ♦DOĞU, Türk Spor Hukukunda Çocukların Korunmasına İlişkin Bir Adım: Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Talimatı Üzerine Bir İnceleme ♦DEMİR, Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senedinin Delil Değerinin Delil Başlangıcı Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi ♦KILINÇ, Takviye Edici Gıdalara İlişkin Aldatıcı Reklamlar Karşısında Tüketicinin Korunması ♦RUHİ, Uluslararası Tahkim Yargılamalarında Yapay Zekâ Sistemlerinin Kullanımı ♦SEÇER, Same-Sex Adultery as a Ground for Divorce ♦DOĞAN, İfaya Ekli Ceza Koşulunun Varlığı Hâlinde Çekince Beyanı ♦ŞAHİN ALTINTAŞ, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin İstemi ile Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş (TMK m. 206).

ERZİNCAN - 2024



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD)
Erzincan Law Review (ErLR)

Sahibi / Owner

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager
Yılmaz ÖZKER

Dizgi ve Mizanpaj / Typesetting and Layout

Doç. Dr. Ahmet NAR
Arş. Gör. Maide POLAT
Arş. Gör. Miraç Fırat ÇOĞAN

İletişim Bilgileri / Contact Information

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Mimar Sinan Mah.
24070 - Merkez / Erzincan
Telefon / Phone: +90 (446) 225 17 41-42-43
Faks / Fax: +90 (446) 225 17 45
E-mail: dergihukuk@erzincan.edu.tr
<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/> - <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd>

Baskı / Printed by

Doğu Ciltevi Dijital Baskı Merkezi
İnönü Mah. 14. Sokak No: 8, 24180 - Merkez / Erzincan

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

Tüm hakları saklıdır. EBYÜ-HFD, Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan, ULAKBİM TR Dizin tarafından taranan, ulusal, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir. Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca'dır. Dergide ileri sürülen görüşlerin hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.

All rights reserved. ErLR is a scholarly, national, ULAKBİM TR Dizin indexed, peer-reviewed and open-access journal published twice a year in June and December. The publication languages of the journal are Turkish, English, German and French. The legal responsibility for the opinions expressed in the articles belongs to the authors.

Derginin eski ismi "Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi"dir.
Former name of the journal is "Erzincan University Law Review".

Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "EBYÜ-HFD" kısaltmasının kullanılmasını önerilir. For citations please use the abbreviation: "ErLR"

Erzincan, Aralık 2024 / Erzincan, December 2024



Baş Editör* / Editor-in-Chief**

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Editörler* / Editors****Özel Hukuk Alan Editörü / Private Law Editor**

Doç. Dr. Ahmet NAR (*anar@erzincan.edu.tr*)

Doç. Dr. Hatice Duygu ÖZER (*hdozer24@gmail.com*)

Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ (*sal@erzincan.edu.tr*)

Dr. Öğr. Üyesi Nagehan OKUMUŞ (*nokumus@erzincan.edu.tr*)

Kamu Hukuku Alan Editörü / Public Law Editor

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI (*ikokusari@erzincan.edu.tr*)

Doç. Dr. Ercan YAŞAR (*ercan.yasar@erzincan.edu.tr*)

Yabancı Dil Editörü / Foreign Language Editor

Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ (*melihsonmez@erzincan.edu.tr*)

Editör Yardımcıları* / Co-Editors**

Arş. Gör. Maide POLAT (*maide.polat@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Fuat ALTUNTAŞ (*fuat.altuntas@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ahmet Töresin ODLUYURT (*ahmet.odluyurt@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR (*elif.ozdemir@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ensar ERCAN (*ensar.ercan@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Erdoğan KESKİN (*erdogan.keskin@erzincan.edu.tr*)

Yayın Kurulu/ Editorial Board

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Cem BAYGIN (*cbaygin@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*ibrahim.ozbay@gop.edu.tr*)

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Tokat, Türkiye

Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Law, Tokat, Turkey

Prof. Dr. Şafak NARBAY (*safaknarbay@sakarya.edu.tr*)

Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

Sakarya University, Faculty of Law, Sakarya, Turkey

Doç. Dr. Zülküf AYRANGÖL (*zayrangol@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Doç. Dr. Ercan SARICAĞLU (*esaricaoglu@trabzon.edu.tr*)

Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Trabzon, Türkiye

Trabzon University, Faculty of Law, Trabzon, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR (*fatih.aydemir@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

* Yukarıda adları geçen baş editör, editörler, yabancı dil editörü ve editör yardımcıları halen Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editor-in-chief, editors, foreign language editor and co-editors listed above currently work at Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law.

Danışma Kurulu* / Advisory Board**

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*akendigelen@istanbul.edu.tr*)

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*acbudak@ticaret.edu.tr*)

İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN (*aceylan@ticaret.edu.tr*)

İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Fatih UŞAN (*fusan@ybu.edu.tr*)

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye

Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*ilhan.uzulmez@hbv.edu.tr*)

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye

Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Melikşah YASİN (*meliksah.yasinistanbul.edu.tr*)

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat DOĞAN (*murat.dogan@erciyes.edu.tr*)

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, Türkiye

Erciyes University, Faculty of Law, Kayseri, Turkey

Prof. Dr. Nihat BULUT (*nihat.bulut@medipol.edu.tr*)

İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

Istanbul Medipol University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*ramazan.caglayan@hbv.edu.tr*)

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye

Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ (*saktas@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (*sukru.yildiz@ihu.edu.tr*)

İbni Haldun Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

İbni Haldun University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*vahitdogan@aydin.edu.tr*)

İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

Istanbul Aydın University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

** The academics in the Advisory Board are listed in alphabetical order.

Yayın İlkeleri

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD), bilimsel, hakemli ve ulusal bir dergidir.
2. Dergi'nin yayın dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.
3. Dergi, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Dergi'nin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 30 Nisan; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 31 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek çalışmalar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.
4. Dergi'ye gönderilen çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın Dergi'ye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
5. Dergi'de, makale, karar incelemesi, çeviri, yasal kurallar değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi çalışmalara yer verilir. Bu tür çalışmaların yayımlanıp yayımlanmayacağına, Yayın Kurulu tarafından karar verilir. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasını gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
6. Çalışmaların, dergipark üzerinden Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve derginin yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış bir şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, makalede değil kapak yazısı dosyasında akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü, ORCID kimliği ile yazarın kurumsal e-posta adresine yer verilmelidir.
8. Çalışmaların ilk değerlendirilmesi editör tarafından yapılacak ve daha sonra Yayın Kuruluna sunulacak olup; intihal raporu sonucunun yayın kurulunca belirlenen oranı aşması, olağanın dışında yazım yanlışlarının bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yayın ilkelerine uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi, çalışmanın Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Gönderilen çalışmaların yayınlanmasında nihai takdir Dergi Yayın Kuruluna aittir.
9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen çalışmalar, “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip en az iki hakemin incelemesine sunulur. Yazarlara çalışmanın hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Dergi'de yayımlanacak çalışmalar, çift kör hakemlik esasına göre hakem incelemesinden geçirilerek hakemlerden gelen rapor doğrultusunda çalışmanın yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakeme gönderilip gönderilmemesi yayın kurulunun takdirindedir. Üçüncü hakem incelemesine gönderilmeyen veya üçüncü hakem raporunun da olumsuz olması durumunda çalışma yayımlanmayacaktır. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda, yazar, hakem tarafından belirtilen düzeltmeler dışında esaslı değişiklikler yapamaz. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra, hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Yayımlanmayan çalışmalar, yazarına geri gönderilmez, yazara sadece durum hakkında bilgi verilir.
11. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça Dergi'nin bir sonraki sayısı için değerlendirilir.
12. Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
13. Dergi'de yayımlanan çalışmalardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.

Publication Principles

1. Erzincan Law Review (ErLR) is a scientific, peer-reviewed and national journal.
2. The publication language of the journal is Turkish, English, German and French.
3. The journal is published twice a year, in June and December. The latest deadline for submission of the June issues of the Journal is at 31st of April; and the latest deadline for submission of the December issue is at 31st of October. The studies submitted after these dates will be contained in the publication evaluation list for the next issue.
4. Studies submitted to the Journal should be related to the public law, private law or economy-finance fields and should not been published in any other Journals or sent for the publication. Any works that have been sent to the Journal will be accepted as the commitment of the author on this matter.
5. The Journal contains studies, such as article, case analysis, translation, evaluation of legal rules and book criticism. Whether all these submitted studies will be published or not is decided by the Editorial Board. A copy of the translations in the original language should be sent. In translations, it is also essential to get a writing permission from the rights holders on the original work in accordance with the Intellectual Property Law for the translating authors.
6. The papers should be sent via dergipark as the Microsoft Word format and should be prepared in accordance with the writing rules of the Journal. The submitted paper should not contain any statement that would identify the author. In the e-mail the author should indicate his/her name, academic title (if any), the ORCID number, the institution he/she works for, contact details, telephone number and e-mail address.
7. In the file of cover page only the name of the author, academic title, the university, the faculty, department, ORCID number and the official e-mail address should be indicated respectively.
8. The first examination of the papers will be completed by the Editor and then submitted to the Editorial Board. If the result of the plagiarism report exceeds the rate determined by the Editorial Board; if there are unusual and major spelling and writing mistakes; if the submitted study is non-compliance with the scientific criteria; if it is determined that the work does not match with the publication principles, the submitted study will be rejected by the Editorial Board. The final discretion about the publication of the submitted works belongs to the Editorial Board of the Journal.
9. In accordance with “the objective evaluation principle”, after the initial examination of the submitted works that is completed by the Editor, all of the studies are submitted to the review of at least two referees in the relevant interested areas, who have a higher academic degree than the author. The authors are not informed about the peer-reviewed process. The studies to be published in the journal are subject to the double blind refereeing. According to the referees report, the submitted works can be published or can have minor/major corrections or can be rejected. The authors are informed as soon as possible about the referees report.
10. If one of the reports from the referees is negative and the other is positive, the Editorial Board has a discretion on whether to send it to a third referee or not. The study shall not be published if the third referee report is also negative. In case the referees request corrections in their reports, the author cannot make any substantial changes other than the corrections that are specified by the referees. After these corrections are completed by the author, peer review can be applied again in accordance with the recommendations of the referees. Unpublished works shall not be sent back to the authors.
11. Papers, the peer review process of which are not completed within the time limit, may be published in the next issue of the Journal, unless the work is not withdrawn by the author.
12. If the papers are accepted for the publication, Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law will have all copyrights on the submitted works including publishing them as full text in any format. It is deemed to be accepted by the authors that no royalties will be paid.
13. Responsibilities for the views and opinions in the published studies of the Journal belong to the author or authors.

Yazım Kuralları / Citation and Writing Rules

1. Gönderilecek çalışmaların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto; dipnotların 10 punto olarak hazırlanması ve 50 sayfayı (bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot metni, iki yana yaslı ve 3 nk aralıkla yazılmalıdır. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The manuscripts to be submitted should be in Times New Roman, 1.5 lines spacing of the main text and 12-type size. Footnotes should be prepared in 10-font size and the papers should not be exceed 50 pages (this number of pages is valid for the specified format, it may increase after the layout). Footnotes should be indicated at the bottom of the page. Footnote text should be justified and written with 3 pt spacing. At the end of the submitted article, there should be a bibliography, where all the sources used in the study are listed according to the surnames of the authors.

2. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, hem Türkçe hem de İngilizce olmak üzere çalışma başlığı (title), en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan öz (abstract) ve en az 5 en fazla 10 sözcük veya sözcük grubundan oluşan anahtar kelimeler (keywords) belirtilmiş olmalıdır.

In the papers submitted to the Journal, both Turkish and English titles, abstracts consisting of at least 100 and maximum 200 words, and key words consisting of at least 5 and maximum 10 words must be indicated.

3. Metin iki yana yaslı olarak yazılmalıdır. Çalışmalarda Microsoft Word otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar, tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Virgül, nokta ve diğer noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

The text should be written as justified on both sides. Automatic titles of Microsoft Word should not be applied in the studies. Direct or abbreviated quotations should be italics and indicated in quotation marks. One character space should be left after all punctuation marks.

4. Giriş, Sonuç/Değerlendirme ve Kaynakça başlık numarası verilmeksizin bold (kalm) ve tümü büyük harfle yazılır. Metin içerisinde başlıklar bold (kalın) olmak üzere düzenlenmelidir.

The introduction, conclusion and bibliography should be written in bold and with the all capital letters without numbering.

ÖZ

ABSTRACT

GİRİŞ

I. TÜM HARFLER BÜYÜK

A. Sadece İlk Harfler Büyük

I. Sadece İlk Harfler Büyük

a. Sadece İlk Harfler Büyük

1) Sadece İlk Harfler Büyük

a) *İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük*

SONUÇ

KAYNAKÇA

ABSTRACT

ÖZ

INTRODUCTION

I. ALL LETTERS CAPITALIZED

A. First Letters Capitalized

I. First Letters Capitalized

a. First Letters Capitalized

1) First Letters Capitalized

a) *First Letters Capitalized and Italicized.*

CONCLUSION

REFERENCES

VIII

Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda Chicago atıf sistemi takip edilmelidir. Dergi'nin bütünselliği açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır. Daha fazla örnek için EBYÜ-HFD Yazım Kuralları (<https://dergipark.org.tr/pub/ebyuhfd/writing-rules>)'na bakılabilir.

In cases where there is no rule in the citation method detailed below, the Chicago citation system should be followed. For the integrity of the Journal, the examples shown below should be followed. For more examples, see ErLR Writing Rules (<https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/writing-rules>).

Tek Yazarlı Kitap / Book with a Single Author

1. Dipnotta / In the Footnote

Ad **Soyad**, Eser Adı, Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir yayım yılı, sayfa numarası.

Ayhan **Döner**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

2. Tekrar eden atıflarda / Repetitive citations

Yazarın **Soyadı**, Sayfa Numarası.

Döner, s. 24.

3. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda / Cites to different works of the same author

Döner, İnsan Hakları, s. 24.

4. Kaynakçada / In the Bibliography

Soyad, Ad. Eser Adı. Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir ve yayım yılı.

Döner, Ayhan. İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

İki Yazarlı Kitap / Book with Two Authors

İbrahim **Özbay**/Taner Emre **Yardımcı**, Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 60.

Üç Yazarlı Kitap / Book with Three Authors

Bihlerin **Vural Dinçkol**/Mehmet **Akad**/Nihat **Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 34.

Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap / Book with More than Three Authors

Cem **Baygın** ve **diğerleri**, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları – III (Eşya Hukuku), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 10.

Makale / Article

Dergi adı uzun yazılabileceği gibi, standart ve yaygın bir kısaltma tercih edilebilir.

Sururi **Aktaş**, "Hukuk Kavramının Analizi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 67, S. 2, Y. 2018, (227-252), s. 25.

Tez / Thesis

Muhammet Emin **Ruhi**, 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s. 79.

Yargı Kararları / Judicial Decisions

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Esas numarası, Karar numarası, Karar Tarihi, (Kararın Yayım Yeri)

Yarg. 4. HD., E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, (Erişim kaynağı ya da bağlantısı)

AYM, E. 2015/17, K. 2015/20, 05.03.2015, (RG., 19.6.2015, S. 29391).

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Doç. Dr. Asuman ÇAPAR

Güncellenmesi Gereken Bir Disiplin Suçu Olarak Devlet Memurlarının Mal Bildiriminde Bulunmaması

The Failure of Public Officials to Declare Assets as a Disciplinary Offense in Need of Revision 351–371

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Ufuk Ramazan ÇAKMAK

Bireysel Başvuruda İkincillik Çağı

The Age of Subsidiarity in Individual Application 373–393

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR

Uluslararası Yargı Kararları Işığında Estoppel İlkesi

Estoppel Principle in the Light of International Judicial Decisions 395–430

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Arzu LALOĞLU

Vergi Kaçakçılığı Suçlarından Defter ve Belgeleri Gizleme Suçu Bağlamında Nemo Tenetur İlkesinin Yaptırımın Türü Açısından İncelenmesi

A Study of the Nemo Tenetur Principle in the Context of the Concealing Books and Documents Crime, One of the Tax Evasion Crimes, in Terms of the Type of Sanction 431–474

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Salim ORHAN

Modern Devlet'in Karanlık Yüzü ve Devlet Suçları

The Dark Side of the Modern State and State Crimes 475–514

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÜLKER

6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Kapsamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

The Principle of Equality and the Prohibition of Discrimination under the Turkish Human Rights and Equality Institution Law No. 6701 515–565

Araştırma Makalesi / Research Article

Arş. Gör. Dr. Efe Can KARABULAT/Dr. Öğr. Üyesi Osman Gazi ÜNAL
 Hükümlülerin Oy Hakkının Sınırlandırılması Sorunu ve Çözüm Önerileri
The Conundrum of Restricting Prisoner Voting Rights and Proposed Solutions 567–619

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW*Araştırma Makalesi / Research Article*

Doç. Dr. Hakkı Mert DOĞU

Türk Spor Hukukunda Çocukların Korunmasına İlişkin Bir Adım: Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Talimatı Üzerine Bir İnceleme
A Step Regarding the Protection of Children in Turkish Sports Law: A Review Instruction of Athlete Well-being and Child Safeguarding in Football 623–646

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk DEMİR

Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senedinin Delil Değerinin Delil Başlangıcı Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi
Evaluation of the Evidentiary Value of a Expired Bill of Exchange in Terms of the Elements of the Commencement of Proof 647–675

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nur KILINÇ

Takviye Edici Gıdalara İlişkin Aldatıcı Reklamlar Karşısında Tüketicinin Korunması
The Protection of the Customer Against Deceptive Advertising Regarding Dietary Supplements 677–720

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemal RUHİ

Uluslararası Tahkim Yargılamalarında Yapay Zekâ Sistemlerinin Kullanımı
The Use of Artificial Intelligence Systems in International Arbitration Proceedings 721–741

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçem SEÇER

Same-Sex Adultery as a Ground for Divorce
Bir Boşanma Nedeni Olarak Aynı Cinsiyetten Kişilerin Zinası 743–773

*Araştırma Makalesi / Research Article***Arş. Gör. Burak DOĞAN****İfaya Ekli Ceza Koşulunun Varlığı Hâlinde Çekince Beyanı***Declaration of Reservation in the Presence of a Penalty Clause Attached to the Performance* 775–792*Araştırma Makalesi / Research Article***Av. Arb. Mehtap ŞAHİN ALTINTAŞ****Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin İstemi ile Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş (TMK m. 206)***Transition to an Extraordinary Property Regime at the Request of One Spouse under the Acquired Property Regime (Turkish Civil Code Art. 206)* 793–831

Kamu Hukuku / Public Law



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

Güncellenmesi Gereken Bir Disiplin Suçu Olarak Devlet Memurlarının Mal Bildiriminde Bulunmaması

The Failure of Public Officials to Declare Assets as a Disciplinary Offense in Need of Revision

  Doç. Dr. Asuman ÇAPAR*

 10.60002/ebyuhfd.1564155

ÖZ

Anayasa'nın 71. maddesinde kamu hizmetine girenler bakımından mal bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. 3628 sayılı Kanun'da göreve girişte, görev esnasında belirli aralıklarla ve aylık gelirin beş katı oranında mal edinmesi gibi bazı hallerde kamu görevlilerinin kendileri, eşleri ve reşit olmayan çocukları bakımından bir aylık süre içerisinde mal bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Mal bildirim yükümlülüğü 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda ise disiplin suçu olarak 125/D-j maddesinde düzenlenmiştir. 657 sayılı Kanun'da mal bildirim yükümlülüğüne uyulmaması durumunda kademe ilerlemesinin durdurulması cezası öngörülmüştür. Bu ceza disiplin cezaları ile hedeflenen kurum düzeninin sağlanması amacıyla aşar nitelikte olup, işlenen fiil ile verilen ceza arasında orantılılık

* Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 09.10.2024 | **Kabul/Accepted:** 11.11.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Asuman Çapar, "Güncellenmesi Gereken Bir Disiplin Suçu Olarak Devlet Memurlarının Mal Bildiriminde Bulunmaması", EBYÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (351-371).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

bulunmamaktadır. Mal bildiriminde bulunmama fiiline öngörülen ceza ile fiil arasında ölçülülük sağlanamamaktadır. Bu nedenle mal bildiriminde bulunmama fiiline verilen disiplin cezasının uyarma ya da kınama cezası olarak yeniden düzenlenmesi gerektiğini değerlendirmekteyiz. Ayrıca mal bildirim süresi üç aya uzatılmalı ve mal bildiriminin elektronik ortamda yapılması sağlanarak kamu görevlilerinin işi kolaylaştırılmalıdır. Disiplin soruşturması başlatılmadan önce idare ilgiliye ihtar göndermelidir.

Anahtar Kelimeler: Devlet memuru, disiplin cezası, mal bildirim yükümlülüğü, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, ölçülülük ilkesi.

ABSTRACT

Article 71 of the Constitution establishes the obligation of asset declaration for those entering public service. As stated in the Law No. 3628, public officials, as well as their spouses and minor children, are required to declare their assets within a month under specific circumstances, such as upon entering service, at regular intervals, and when acquiring assets valued at five times their monthly income. In the Civil Servants Law No. 657, the obligation to declare assets is regulated as a disciplinary offense under Article 125/D-j. Non-compliance with the asset declaration obligation results in the suspension of career progression as a disciplinary punishment, as stipulated by Law No. 657. This penalty, however, goes beyond the goal of maintaining institutional order, since the proportionality between the committed act and the imposed penalty is lacking. The current penalty for failing to declare assets does not align with the principle of proportionality between the offense and the penalty. Therefore, the present study recommends that the disciplinary penalty for failing to declare assets be revised to a warning or reprimand. Furthermore, the asset declaration period should be extended to three months, and the process should be facilitated through electronic means to ease the burden on public officials. Before initiating a disciplinary investigation, the administration should send a warning to the relevant party.

Keyword: Civil servant, disciplinary punishment, asset declaration obligation, suspension of career progression as a disciplinary punishment, the principle of proportionality.

GİRİŞ

Mal bildirim yükümlülüğü temel olarak Anayasal bir zorunluluk olarak Anayasa'nın 71. maddesinde kamu hizmetine girenler bakımından getirilmiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda (657 sayılı Kanun)

düzenlenen disiplin fiilleri arasında 125/D-j maddesinde mal bildiriminde bulunmamak fiili düzenlenmiştir.¹

Bu çalışmanın amacı kamu görevlilerinin mal bildirim yükümlülüğünü, 657 sayılı Kanun kapsamında, disiplin hukuku boyutuyla incelemeyi hedeflemektedir. Mal bildirim yükümlülüğüne uyulmamasının ceza hukuku bakımından etkileri bu çalışmanın kapsamına girmemektedir. Bu minvalde kamu görevlilerinin mal bildirim yükümlülüğü, ihlal edilmesi durumunda memurların karşılaşılabileceği yaptırım incelenerek, ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirme hedeflenmektedir.

I. MAL BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAĞI

Kamu hizmetine girenler bakımından mal bildirim yükümlülüğü anayasal bir zorunluluk olarak getirilmiştir. Anayasa'nın 71. maddesinde "Mal Bildirimi" başlığı altında "Kamu hizmetine girenlerin mal bildiriminde bulunmaları ve bu bildirimlerin tekrarlanma süreleri kanunla düzenlenir. Yasama ve yürütme organlarında görev alanlar, bundan istisna edilemez." şeklinde kamu hizmetine girenlerin mal bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Mal bildirim yükümlülüğüne ilişkin detaylı düzenlemeler 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda (3628 sayılı Kanun) yapılmıştır.² 3628 sayılı Kanun'un 1. maddesinde bu Kanun'un amacı; "rüşvet ve yolsuzluklarla mücadele cümlesinden olarak; bu Kanunda sayılanların mal bildiriminde bulunmalarını, bildirimlerin yenilenmesini, mal edinmelerin denetimiyle, haksız mal edinme veya gerçeğe aykırı bildirimde bulunma halinde uygulanacak hükümleri, bu Kanunda belirlenen suçlarla bazı suçlardan dolayı kamu görevlileri ve suç ortakları hakkında takip ve muhakeme usulünü düzenlemektir." 3628

-
- 1 Mal bildirim yükümlülüğü *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ve İcra İflas Kanunu* gibi başka bazı kanunlarda da düzenlenmiştir ve bu yükümlülüğe aykırı davranış çeşitli yaptırımlara tabi tutulmuştur.
 - 2 3628 sayılı Kanun'a yönelik eleştiriler için bkz. Hüsametin Uğur, "3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'na Eleştirel Bir Bakış ve Çözüm Önerileri", TBB Dergisi, S. 76, 2008, s. 289-320 (3628 Sayılı Kanun).

sayılı Kanun'un 2. maddesinde ise mal bildiriminde bulunacak kişiler belirtilmiştir. Özel kanunlarına göre mal bildirim yükümlülüğü bulunanların da bu Kanun'a tabi olacağı belirtilmiştir.³

3628 sayılı Kanun'un 6. maddesinde⁴ ise mal bildiriminin zamanı düzenlenmiştir. Buna göre mal bildirimlerinin; bu Kanun kapsamındaki göreve atanmada, seçilmeye, mal varlığında önemli bir değişiklik meydana geldiğinde ve görevin sona ermesi durumunda bir ay içinde, seçimle gelinen görevlerde seçimin kesinleşmesi tarihini izleyen iki ay içerisinde verilmesi zorunludur.⁵

-
- 3 Madde 2 "*Mal Bildiriminde Bulunacaklar*": "*a) Her tür seçimle iş başına gelen kamu görevlileri ile Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar (Muhtarlar ve ihtiyar heyeti üyeleri hariç)*
b) Noterler,
c) Türk Hava Kurumunun genel yönetim ve merkez denetleme kurulu üyeleri ile genel merkez teşkilatında ve Türk Kuşu Genel Müdürlüğünde, Türkiye Kızılay Derneğinin merkez kurullarında ve Genel Müdürlük teşkilatında görev alanlar ve bunların şube başkanları,
d) Genel ve katma bütçeli daireler, il özel idareleri, belediyeler ve bunlara bağlı kuruluş veya alt kuruluşlarda, kamu iktisadi teşebbüsleri (İktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları) ile bunlara bağlı müessese, bağlı ortaklık ve işletmelerde, özel kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan ve kamu hizmeti gören kurum ve kuruluşlar ile bunların alt kuruluşlarında veya komisyonlarında aylık, ücret ve ödenek almak suretiyle kamu hizmeti gören memurları, işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ile yönetim ve denetim kurulu üyeleri,
e) (Mülga: 24/6/1995 - KHK - 557/21 md.)
f) Siyasi parti genel başkanları, vakıfların idare organlarında görev alanlar, kooperatiflerin ve birliklerinin başkanları, yönetim kurulun üyeleri ve genel müdürleri, yerli mali müşavirler, kamu yararına sayılan dernek yöneticisi ve deneticileri,
g) Gazete sahibi gerçek kişiler ile, gazete sahibi şirketlerin yönetim ve denetim kurulu üyeleri, sorumlu müdürleri, başyazarları ve fıkra yazarları,
Mal bildiriminde bulunmak zorundadırlar.
Özel Kanunlarına göre mal bildiriminde bulunmak zorunda olanlar da bu Kanun hükümlerine tabidir."
- 4 "*a) Bu Kanun kapsamındaki göreve atanmada, göreve giriş için gerekli belgelerle, b) Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanmalarda, atamayı izleyen bir ay içinde, c) Seçimle gelinen görevlerde seçimin kesinleşmesi tarihini izleyen iki ay içinde, d) Mal varlığında önemli bir değişiklik olduğunda bir ay içinde, e) Yönetim ve denetim kurulu üyelikleri ile komisyon üyeliklerine seçim ve atamalarda göreve başlama tarihini izleyen bir ay içinde, f) Görevin sona ermesi halinde, ayrılma tarihini izleyen bir ay içinde, g) Gazete sahibi gerçek kişiler ile, gazete sahibi şirketlerin yönetim ve denetim kurulu üyeleri faaliyete geçme tarihini, sorumlu müdürleri, başyazarları ve fıkra yazarları bu işe veya görevlerine başlama tarihini izleyen bir ay içinde, verilmesi zorunludur."*
- 5 **Uğur**, 3628 Sayılı Kanun, s. 305.

3628 sayılı Kanun'un "*Bildirim yenilenmesi*" başlığını taşıyan 7. maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamında belirtilen görevleri icra edenler, görevde buldukları süre boyunca, sonu (0) ve (5) ile biten yılların en geç Şubat ayı sonuna değin mal bildirimini yenilemek zorundadır. 3628 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, bu Kanun'da belirtilen sürelerde mal bildiriminde bulunmayanlar hakkında bildirimlerin verileceği merciler tarafından ihtarda bulunulacağı belirtilmiştir. İhtarın kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde mazeretsiz olarak bildirimde bulunmayanlara üç aya kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür.

Mevzuatımızda mal bildiriminde bulunma zorunluluğu memurları ve tüm kamu görevlilerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. 3628 sayılı Kanun'da mal bildirim yükümlülüğünde bulunacakların kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Bu Kanun'un 1. maddesi ile yalnızca kamu görevlilerini değil aynı zamanda işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ile yerine getirdikleri görevlerin önemi nedeniyle kamu görevlisi olmayan fakat kamu adına görev yapan bir kısım kişiler de mal bildiriminde bulunmakla yükümlü tutulmuştur. Hatta kamu personeli olmamakla birlikte kamu yararına çalışan birtakım kişiler ve kamu sektörü ile ilgisi olmayan bazı meslek sahiplerinin de haksız kazanç elde etmesinin engellenmesi amacıyla bunlar da bu yükümlülüğe tabi kılınmıştır.⁶

3628 sayılı Kanun'un uygulanmasını düzenlemek amacıyla Mal Bildiriminde Bulunulması Hakkında Yönetmelik⁷ kabul edilmiştir. Bu Yönetmeliğin amacı 1. maddesinde; "*Kanun gereğince verilecek olan mal bildiriminin şeklini, düzenleniş biçimini, sayısını, neleri kapsayacağını, merciine nasıl ulaşılabileceğini ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.*" şeklinde belirtilmiştir. Mal bildirimine ilişkin belgeler kamu görevlisinin özlük dosyasına konur. Bu Yönetmelikte kamu görevlileri haricinde siyasi parti başkanlığını yürütenler ve gazete sahibi gerçek kişilerde olduğu gibi birtakım görevleri yürütenlere de mal bildirim yükümlülüğü getirilmiştir.

657 sayılı Kanun'un "*Ödev ve Sorumluluklar*" başlığını taşıyan ikinci bölümünün 14. maddesinde mal bildirim yükümlülüğü düzenlenmiş olup buna göre, "*Devlet memurları, kendileriyle, eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına ait taşınır ve taşınmaz malları, alacak ve borçları hakkında, özel kanunda yazılı hükümler uyarınca, mal bildirimini verirler.*"

6 Metin **Erdem**, Kamu Görevlisinin Mal Bildiriminde Bulunma Mecburiyeti (3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu Kapsamında), Yüksek Lisans Tezi, Antalya Üniversitesi SBE, 2018, s. 15.

7 Resmi Gazete (RG), 15.11.1990, S. 20696.

Bunların haricinde kimi özel düzenlemelerde de mal bildirim yükümlülüğü getirilmiştir.⁸ Anayasa’da kamu hizmetine girenler bakımından mal bildirim yükümlülüğü getirildiği için kamu personeline ilişkin bazı kanunlarda açık olarak bu husus belirtilmiştir. Kimi kanunlarda ise kıyas yolu ile ilgili kamu görevlilerinin mal bildirim yükümlülüğünün olduğu söylenebilir. Örneklendirmek gerekirse 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nda 66. maddede “*Kademe ilerlemesini durdurma*” cezasını gerektiren haller arasında “*c) Belirlenen durum ve sürelerde mal beyanında bulunmamak*” fiili düzenlenmiştir. Burada her ne kadar ceza öngörülen fiil içerisinde “*gerçeğe aykırı mal bildirimini*” bulunmasa da disiplin fiilleri arasında kıyas hükümlerinin uygulanabilirliği, kanun koyucunun amacı gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde, mal bildirimini gerçeğe aykırı yapılması fiilinin de bu kapsamda değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz.

Ayrıca kanunda düzenlenmeyen ve bu konuda 657 sayılı Kanun’a atıf yapmayan hallere 6085 sayılı Sayıştay Kanunu⁹ ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu¹⁰ örnek verilebilir. Açıkça düzenlenmese bile Anayasal bir yükümlülük olarak, 3628 sayılı Kanun uyarınca ilgili kamu görevlilerinin mal bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 22. maddesinde; “*Mal bildiriminde bulunma*” hususu düzenlenmiştir. Buna göre;

“Kamu görevlileri, kendileriyle eşlerine ve velayeti altındaki çocuklarına ait taşınır ve taşınmazları, alacak ve borçları hakkında, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri uyarınca, yetkili makama mal bildiriminde bulunurlar.

Kurul, gerek gördüğü takdirde mal bildirimlerini inceleme yetkisine sahiptir. Mal bildirimlerindeki bilgilerin doğruluğunun kontrolü amacıyla ilgili kişi ve kuruluşlar (bankalar ve özel finans kurumları dahil) talep edilen bilgileri, en geç otuz gün içinde Kurula vermekle yükümlüdürler.”

8 Örneğin 4628 sayılı Kanun’un 7. maddesine göre Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu üyeleri göreve başlama ve görevden ayrılmadan itibaren bir ay içinde ve görevleri devam ettiği sürece her iki yılda bir, mal bildiriminde bulunmak zorundadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 53/f maddesi uyarınca Kamu İhale Kurulu üyeleri, göreve başlama ve görevden ayrılma tarihlerini izleyen bir ay içerisinde ve görevleri devam ettiği sürece her yıl genel mal bildiriminde bulunmak zorundadır. Uğur, 3628 Sayılı Kanun, s. 294.

9 RG, 19.12.2010, S. 27790.

10 RG, 16.02.2013, S. 28561.

Yönetmeliğin 18. maddesinde memurların mal bildirimini gerçeğe uygun yapıp yapmadığının denetiminin, yetkili amirler tarafından yapılacağı kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte kurumsal uygulamalarda çoğu zaman bir ihbar ya da memurun herhangi bir nedenle soruşturma geçirmesi gibi durumlarda gün yüzüne çıkmaktadır. Diğer hallerde gerçeğe uygun bildirim verilmesi bile olağan seyirde bunun açığa çıkması güç bir ihtimaldir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu (2547 sayılı Kanun) bakımından incelenecek olursa bu Kanun’da mal bildirim yükümlülüğüne ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda 657 sayılı Kanun’a yapılmış bir atıf da yoktur. 2547 sayılı Kanun’un 53. maddesinde yer alan “657 sayılı Kanundaki fiillere ilave olarak” ifadesi Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından iptal edilmiş¹¹ ve ilerleyen süreçte kanun koyucu 2547 sayılı Kanun’da öğretim elemanları bakımından yeni disiplin hükümleri düzenlemiştir.

Konuya ilişkin en yakın düzenleme olarak 2547 sayılı Kanun’un “Disiplin ve Ceza İşleri”ni düzenleyen dokuzuncu bölümünde, “Genel Esaslar” başlıklı 53/(b)(1) p maddesinde “Kınama” cezasını gerektiren fiiller arasında “(Ek: 15/4/2020-7243/7 md.) Mevzuatta öngörülen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemek” düzenlemesi görülmektedir. Belirtildiği üzere 3628 sayılı Kanun ile kamu görevlileri bakımından mal bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Bu düzenlemeler çerçevesinde mal bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen öğretim elemanlarına 2547 sayılı Kanun’un 53/(b)(1) p maddesinde öngörülen düzenleme kapsamında *kınama* cezası verilebilir.

Mal bildirim belgeleri ilgililerin özel dosyalarında saklanırlar. Bunlar soruşturma ve kovuşturmayaya yetkili makamlar tarafından istenecek bilgi ve belgelerin verilmesi durumu haricinde gizlidirler. Bunlar hakkında kimseye bilgi verilemez ve açıklama yapılmaz.¹²

II. MAL BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AMACI

Kamu görevlileri bakımından öngörülen disiplin cezalarının genel hedefi kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak olduğu için disiplin yaptırımları, mesleki statüsüne ya da mali haklarına etki yaparak

11 AYM, E. 2017/33, K. 2019/20, 10.04.2019, RG, 17.07.2019, S. 30834.

12 İbrahim Pınar, Disiplin ve Ceza Soruşturması Esasları, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2024, s. 114.

kamu görevlisinin görevinde daha dikkatli ve özenli davranmasını sağlamaya yöneliktir.¹³ Mal bildirimini yapılması ile kamu personeli olan ve kamu personeli olmamakla birlikte ilgili kanunlarla önem taşıyan bazı meslekleri icra edenlerin rüşvet gibi bazı suçları işlemesinin engellenmesi ve bu şekilde yolsuzlukla mücadele ederek haksız mal/kazanç elde edilmesinin önlenmesi hedeflenmektedir.¹⁴

Danıştay 1. Dairesinin mal bildiriminde bulunmanın amacı hakkında vermiş olduğu bir görüşte; üstlendiği hizmetin özelliği dikkate alınarak kanun koyucu tarafından belirlenmiş olan görevlilerin mal bildirimini vermekle yükümlü tutulmasının amacının, bunların rüşvet ve her türlü yolsuzluk suçu işlemesini önlemek ve bu tür suçlamalardan korunmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir. Buna göre bu hedefin gerçekleşmesi için genel olarak kişinin her türlü mal, gelir, hak ve borçlarının bilinmesi gerekir.¹⁵

Mal bildirim yükümlülüğünün amacı göz önünde tutulduğunda, kamu görevlileri bakımından bir gereklilik olduğu aşikardır. Mal bildirim yükümlülüğü kamu kesimini kontrol mekanizmalarından birisi olarak değerlendirilebilir. Mal bildirim yükümlülüğünün olmaması, bu alanı tamamen başıboş bırakabilecek, bir sonraki aşamaya geçişi zorlaştıracaktır. Disiplin suçu kapsamında düşünüldüğünde mal bildirim yükümlülüğünün amacı kurum düzeninin korunmasının sağlanmasıdır. Mal bildirim yükümlülüğü ile kamu görevlisinin haksız kazanç elde etmesini engellenmeye, kamu görevlisinin bu tür suçlara bulaşma ihtimalinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Böylelikle kurum düzeninin bozulması engellenmek istenmektedir.

Mal bildirim yükümlülüğüne ilişkin mevzuattaki düzenlemelerle birlikte, bu yükümlülük ile hedeflenen haksız mal edinmenin ve yolsuzlukla mücadelenin engellenmesi amacıyla hukuk sistemimizde kabul edilmiş çeşitli düzenlemeler vardır. Nitekim 3628 sayılı Kanun'un yanı sıra 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda,¹⁶ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda¹⁷ ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'da¹⁸ olduğu gibi bazı kanunlarda yolsuzluğu önlemek adına birtakım hükümlere yer verilmiştir. Bu kapsamda, kamuda şeffaflığın artırılmasını

13 Turan **Yıldırım** ve diğerleri, *İdare Hukuku*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 202.

14 **Erdem**, s. 12-13; Dan. 12. D., E. 2010/4144, K. 2014/3203, 02.05.2014, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 23.09.2024).

15 Dan. 1. D., E. 1991/3, K. 1991/7, 22.01.1991, (<https://legalbank.net/>, 23.09.2024).

16 RG, 01.11.2005, S. 25983.

17 RG, 22.01.2002, S. 24648.

18 RG, 18.01.2006, S. 26323.

amaçlayan 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu da yolsuzluğun ortaya çıkarılmasına ve önlenmesine hizmet etmektedir. Bunun gibi kanunların yanı sıra ülkemizde yolsuzlukla mücadele eden Sayıştay, Kamu Denetçiliği Kurumu gibi çeşitli kurumlar bulunmaktadır.¹⁹

III. MAL BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KONUSU

3628 sayılı Kanun'un 5. maddesinde; *“Bu Kanun kapsamına giren görevlilerin kendilerine, eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına ait bulunan taşınmaz malları ile görevliye yapılan aylık net ödemenin, ödeme yapılmayan görevlilerin ise, 1 inci derece Devlet Memurlarına yapılan aylık net ödemenin beş katından fazla tutarındaki her biri için ayrı olmak üzere, para, hisse senetleri ve tahviller ile altın, mücevher ve diğer taşınır malları, hakları, alacakları ve gelirleriyle bunların kaynakları, borçları ve sebepleri mal bildiriminin konusunu teşkil eder.”* denilmiştir.

Yönetmeliğin 2. maddesinde *“Mevzuata veya genel ahlaka uygun olarak sağlandığı ispat edilemeyen mallar ya ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu yönetmeliğin uygulanmasında haksız mal edinme sayılır.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Bu hükme ve Yönetmeliğin 8. maddesine göre mal bildiriminde bulunmak durumunda olan görevliler kendilerine, eşlerine ve velayeti altında bulunan çocuklarına ait olan mallardan, değerine bakılmaksızın arsa ve kooperatif hisseleri dahil taşınmaz malları, kendilerine aylık ödenenler ise net aylık tutarının beş katından fazla değerdeki, aylık ödenmeyenler ise genel idare hizmetleri sınıfında birinci derecenin birinci kademesindeki şube müdürüne ödenen net aylığın beş katından fazla değer ve tutarındaki para ve para hükmüne geçen değerli kağıtları, tahvilleri ve hisse senetlerini, altın ve mücevherleri, her türlü deniz, hava ve kara taşıtları, araçları, hak ve alacakları, borçları ve gelirleri bildirmek zorundadır. Bildirimlerde malın bildirim tarihindeki değeri esas alınmaktadır.²⁰

Mal bildirim yükümlülüğü halihazırda görev yapan kamu görevlileri bakımından öngörülmüştür. Mal bildirim yükümlülüğü konusunda devlet memurluğundan çıkarılan kişileri kapsayıcı bir hüküm bulunmamaktadır.

19 Batuhan **Aktaş**, “Yargıtay Kararları Işığında 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu’nda Düzenlenen Suç Tipleri”, MÜHF-HAD, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, C. 23, S. 3, 2017, s. 798.

20 https://tbb.gov.tr/storage/userfiles/rehber_ve_bilgi_notlari/mal_bildirimine_iliskin_dp_rehber.pdf, E.T. 10.09.2024.

Bu nedenle Danıştay kamu görevinden çıkarılan kişi hakkında mal bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği için verilen disiplin cezasının hukuka uygun olmadığını belirterek, aksi yöndeki yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir. Danıştay bu kararına gerekçe olarak disiplin cezalarının amacının memuru görevine bağlamak olduğunu, bununla kamu hizmetinin en iyi şekilde gereği gibi yürütülmesinin, memurların hiyerarşik düzen içinde uyumlu hareket ederek, şeref ve haysiyetinin korunmasının, böylelikle memurların iyi yola sevk edilmesinin amaçlandığını belirtmiştir. Zira disiplin cezalarının amacının 657 sayılı Kanun'un 124/2. maddesinde kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle memuriyetteki davranışları nedeniyle bir kişiye disiplin cezası verilmesi mümkün iken memuriyetin sona ermesinden sonraki dönemlerde işlenen fiillerden dolayı disiplin cezası verilebilmesi hukuka mümkün değildir.²¹

Kamu görevlisi disiplin suçu işledikten ama henüz disiplin işlemi yapılmadan önce emeklilik, istifa ve ihraç gibi sebeplerle görevden ayrılmış olabilirler. Bu durumda ilgili personel hakkında disiplin işlemi yapılıp yapılamayacağı konusunda genel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda doktrinde ağırlıklı görüş ayrılmış olsa bile ilgili personel hakkında disiplin soruşturması açılabilmesi ve ceza verilebileceği yönündedir.²² Bu bakımdan kamu görevi devam ederken mal bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen, ilerleyen süreçte kamu görevinden ayrılan kişi bakımından mal bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle disiplin soruşturması başlatılabilir. Nitekim Danıştayın vermiş olduğu bazı kararlarda²³ da disiplin soruşturmalarının kanunda öngörülen süreler içerisinde kamu görevinde ayrılanlar bakımından da yürütülebileceği belirtilmiştir.

Mal bildiriminde bulunmama gibi gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunmak da 3628 sayılı Kanun'un 12. maddesi kapsamında suç teşkil etmektedir. Gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunmak çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Örneğin mevcut bir malvarlığı hiç gösterilmeyebilir ya

21 Dan. 12. D., E. 2009/7516, K. 2013/6366, 18.09.2013, (<https://legal.com/>, 08.09.2024).

22 Celâl Işıklar, "Kamu Görevinden Ayrılanlara Disiplin Cezası Verilmesi ve Konuyla İlgili Yeni Düzenlemeler", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 57, 2024, s. 301.

23 Dan. 3. D, E. 1977/47, K. 1977/42, 27.01.1977, DD, S. 28-29, s. 116. Aynı yönde Dan. 10. D, E. 1985/1977, K. 1635,02.12.1985; Dan. DDK, E. 1980/256, K. 1981/463, 24.04.1981, DD, S. 44-45; Dan. 8. D, E. 1997/5324, K. 3368, 21.11.1997, DD, S. 96, s. 461-463, aktaran Işıklar, s. 312.

da olduğundan daha düşük gösterilebilir ya da olmayan bir malvarlığı varmış gibi gösterilebilir.²⁴ Gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunma fiili bir malvarlığı, hak ve alacağın cinsi, miktarı, niteliği hakkında gerçeğe aykırı, yanıltıcı bildirimde bulunmak şeklinde veya gerçekte mevcut olduğu halde bir malvarlığı, hak ve alacağın bildirimde gösterilmemesi şeklinde ortaya çıkabilir. Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçunun oluşabilmesi için özel kasta gerek yoktur, genel kast yeterlidir.²⁵ Bu minvalde gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunma fiili disiplin suçu kapsamına da girmektedir.

Danıştay vermiş olduğu bir kararda mal bildiriminde bulunmama suçunun gerçekleşebilmesi için kasten işlenmesini aramıştır. Danıştay bu kararında 657 sayılı Kanun'un 125/D-j maddesinde düzenlenen cezanın konuluş amacı göz önünde tutulduğunda, aracın taşıt kredisi ile alınmış olması, davacının satın aldığı aracın tescilini yaptırmış olması, haksız ve geliri ile mütenasip olmayan mal edindiğine ve edindiği malı gizleme amacı taşıdığına yönelik iddia ve tespitin bulunmaması durumları birlikte değerlendirildiğinde, davacının suç işleme kastıyla hareket etmediği neticesine varıldığından, verilen disiplin cezasını hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir.²⁶

Danıştayın fiilin suç kastıyla işlenmesi gerektiğini belirten bu kararına katılmaktayız. Mal bildiriminde bulunmama fiilinin gerçekleşebilmesi

24 Hüsamettin **Uğur**, “Haksız Mal Edinme ve Olmayan Malın Malvarlığında Gösterilmesi Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 25, Eylül 2008, s. 100-101 (Haksız Mal Edinme). Olmayan malvarlığının gerçekte var gösterilmesi halinin de ileride edinilecek haksız kazançlara önceden kılıf hazırlama teşkil edebileceği yönündeki görüş için bkz. **Uğur**, Haksız Mal Edinme, 101. Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararda, gerçekte olmayan malvarlığının bildirilmesinin, gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunmama suçunu oluşturabilmesi için beyanda bulunanın ileride edineceği haksız kazançlara kılıf bulma kastının olması gerektiğini belirterek, söz konusu olayda gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunmama suçunun maddi ve manevi unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir. Yarg. 7. CD., E. 1998/10419, K. 1998/11215, aktaran **Uğur**, Haksız Mal Edinme, s. 102.

25 **Erdem**, s. 95.

26 Dan. 12. D., E. 2010/4144, K. 2014/3203, 02.05.2014, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 23.09.2024): “657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/D-j maddesinde düzenlenen cezanın konuluş amacı göz önünde bulundurulduğunda, davacının satın aldığı aracın tescilini yaptırmış olması, aracın taşıt kredisi ile alınmış olması, haksız ve geliri ile mütenasip olmayan mal edindiğine ve edindiği malı gizleme maksadı taşıdığına yönelik iddia ve tespitin bulunmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, davacının suç işleme kastıyla hareket etmediği sonucuna ulaşıldığından, davaya konu işlemden hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir.”

için fiilin kasten işlendiğinin açıkça ortaya konulması gerekir. Aksi takdirde hükmün amacını aşan, adaletsiz bir uygulama ortaya çıkabilir. Kanundaki bu boşluk Danıştay kararı ile doldurulsa da uygulama birliğinin sağlanması bakımından fiilin cezalandırılabilmesi için 657 sayılı Kanun'da yapılacak düzenleme ile bu fiilin kasten işlenmiş olmasının aranması yerinde olacaktır.

Mal bildiriminin 3628 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca göreve atanmada, göreve giriş için gerekli belgelerle birlikte, görevin sona ermesi halinde ayrılma tarihini izleyen bir ay içinde, mal varlığında önemli bir değişiklik olması halinde yapılması gerekir. Ayrıca Yönetmeliğin 10. maddesinde ek mal bildirimini düzenlenmiştir.

IV. MAL BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALI HALİNDE ÖNGÖRÜLEN DİSİPLİN CEZASI VE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

A. Disiplin Cezasını Gerektiren Bir Fiili Olarak Mal Bildirim Yükümlülüğü

657 sayılı Kanun'un "Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller" başlıklı 125. maddesinin D-j bendinde ise "Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak" fiili kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren haller arasında düzenlenmiştir. Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası "Fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademedeki ilerlemesinin 1- 3 yıl durdurulmasıdır."

Ayrıca bu cezadan daha ağır ya da hafif cezanın uygulanma ihtimali de bulunmaktadır. 657 sayılı Kanun'un 125. maddesi uyarınca;

"Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların özlük dosyasından silinmesine ilişkin süre içinde tekrüründe bir derece ağır ceza uygulanır. Aynı derecede cezayı gerektiren fakat ayrı fiil veya haller nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasında bir derece ağır ceza verilir.

Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalarını olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olmanı uygulanabilir."

Bu durumda mal bildirim yükümlülüğüne uymayan kamu görevlisinin daha önce disiplin cezası almış olup olmamasına göre alabileceği disiplin cezası değişkenlik gösterebilir. Bu fiili işlemi halinde kamu görevlisi daha hafif bir ceza alabileceği gibi daha ağır bir ceza alması da gündeme gelebilir.

Mal bildiriminde kamu kurum ve kuruluşları arasında farklı uygulamalar da bulunabilmektedir. Örneğin Ticaret Bakanlığı mal bildirim formunun yanı sıra tapu kayıt belgesi, kredi sözleşmesi, araç satış sözleşmesi, kooperatif ortaklık belgesi, veraset ilamı gibi belgelerin de eklenmesini öngörmektedir. Kayıtlardaki satış bedelinden ziyade gerçek satış bedelinin bildirilmesi öngörülmüştür. Böyle bir istem ile resmi belgelerde geçen alım satım miktarlarının gerçeği yansıtmayacağı algısını doğurmaktadır.²⁷ Malvarlığındaki artışın, aylık kazancının beş katını aşması durumunda tüm bunlar ilgili kamu görevlileri için külfet doğurmaktadır. Bunun yerine mal bildirimini elektronik ortamda yapılması için gerekli düzenleme yapılmalıdır. Kanımızca günümüz şartlarında ek belgelerin sunulmasına lüzum bulunmamaktadır. Zira gerek bulunması halinde ilgili kurum ve kuruluşlardan bunlara ilişkin bilgi ve belgeler alınabilir.

Belirtildiği üzere 657 sayılı Kanun'un 125. maddesindeki düzenleme uyarınca belirlenen süre içerisinde mal bildiriminde bulunmamak fiili disiplin suçu olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, mal bildirimini geç yapılması halinde disiplin cezası verilemeyeceği gündeme gelebilecek sorunlardan bir diğeridir. 657 sayılı Kanun'un lafzi düzenlemeleri uyarınca mal bildirimini öngörülen süreler içerisinde yapılması gerekmekte olup, mal bildirimini geç yapılması, kanundaki süreler içerisinde yapılmaması anlamına geleceği için disiplin eylemi kapsamında değerlendirilebilir. Fakat mal bildirimini gerçeğe aykırı yapılması, disiplin suçlarında kıyasa imkan veren 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde belirtilen *“Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir”* hükmü kapsamında değerlendirilerek disiplin fiili olarak kabul edilebilir.

Disiplin hukuku ile kamu görevlilerinin kimi zaman suç niteliğinde olan kimi zaman da suç niteliği taşımayan fiil ve davranışlarıyla bozulan kurum düzeninin yeniden tesis edilmesi ve böylelikle kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi hedeflenmektedir.²⁸ Disiplin cezaları açısından 657 sayılı Kanun bakımından kanunilik ilkesi geçerli iken disiplin suçları açısından kanunla düzenleme ilkesi tamamen geçerli değildir.²⁹ Aksi yönde

27 “Ticaret Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü Mal Bildirimine İlişkin Rehber”, <https://personel.ticaret.gov.tr/data/65dc9b6413b8762768385d22/Mal%20Bildirimine%20C4%B0li%C5%9Fkin%20Rehber.pdf>, E.T. 10.06.2024.

28 Selman Sacit **Boz**, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, 2017, s. 20.

29 Cemil **Kaya**, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C. 38, S. 2, s. 67.

kararları bulunsa da³⁰ Danıştayca disiplin cezalarının kıyasla ya da kanun dışındaki düzenleyici işlemlerle konulamayacağı ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Disiplin suçlarının ise kıyas yoluyla türetilebileceği kabul edilmektedir.³¹

Memurların mal bildirim yükümlülüğü konusunda karşılaşılan sorunlardan bir diğeri, disiplin soruşturması başlatabilmesi için idarenin ilgili memura ihtar yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı sorunudur. Danıştay bazı kararlarında; *“Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, mal bildiriminde bulunulmadığının idarece tespiti halinde bu hususun davacıya ihtar edilmesi gerekliliğinin bir idari usul olarak düzenlenmiş bulunduğu görülmektedir. Bu usul, aynı zamanda davacının suç işleme kastıyla hareket edip etmediğinin açığa kavuşturulması bakımından da önem arz etmektedir. Dolayısıyla, mal bildiriminde bulunmadığı belirlenen davacıya ilk olarak ihtarın bulunması, ihtarın otuz gün içinde mazeretsiz olarak bildirimde bulunmadığı takdirde şartları varsa disiplin cezası tesis edilmesi yoluna gidilmelidir.”*³² şeklinde karar vermiştir. Görüldüğü üzere Danıştay vermiş olduğu bazı kararlarında, 3628 sayılı Kanun’da belirtilen ihtar yükümlülüğünü disiplin cezaları bakımından da aramaktadır. Danıştaya göre mal bildiriminin zamanında yapılmaması durumunda ilgili kişiye ihtarın bulunması, bunun üzerine bir ay içerisinde bildirim yapılması halinde disiplin cezası verilmelidir.³³

Bu kararların aksine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun incelemiş olduğu bir dosyada, mal bildirim yükümlülüğünün zamanında yerine getirilmemesinden dolayı verilen disiplin cezasının iptali için dava açılmıştır. Açılan davada yerel mahkeme, verilen disiplin cezasının hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Bunun üzerine Danıştay 5. Dairesi disiplin cezasının verilmesinden önce idarenin ilgili kişiye 3628 sayılı Kanun uyarınca ihtarın bulunması gerektiğini, ihtarın otuz günlük bildirim süresi

30 Dan. İDDGK, E. 2000/646, K. 2000/1119, 09.11.2000, aktaran Atila **Erkal**, İdare Hukukunda Kıyas, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2022, s. 109.

31 Dan. İDDGK, E. 2000/646, K. 2000/1119, 09.11.2000; Dan. İDDK, E. 2011/2486, K. 2012/1698, 05.11.2012, Aktaran **Erkal**, s. 109. Disiplin suçları bakımından kıyas yönteminin uygulanabilirliğine eleştirel bakış için bkz. Bahtiyar **Akyılmaz**, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, GÜHFD, C. 6, S. 2, 2002, s. 241-262.

32 Dan. 2. D., E. 2021/1475, K. 2023/279, 19.01.2023; Dan. 5. D., E. 2016/17722, K. 2017/12426, 09.05.2017, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 23.09.2024).

33 Örneğin bkz. Dan. 5. D., E. 2016/17722, K. 2017/12426, 09.05.2017; Dan. 5. D., E. 2017/14078, K. 2019/5376, 10.10.2019, Dan. 5. D., E. 2016/16289, K. 2018/14641, 30.05.2018, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 23.09.2024).

içerisinde mal bildirimini yapılmaması halinde bu cezanın verilebileceğini belirtilmiştir ve yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Israr kararı üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu yerel mahkemenin kararını hukuka uygun bulmuştur. Buna göre süresinde mal bildiriminde bulunmaktan dolayı disiplin cezası verilebilmesi için idarenin ihtar yükümlülüğünün bulunmadığını, ihtar yükümlülüğünün yalnızca 3628 sayılı Kanun'da belirtilen hapis cezasının uygulanabilmesi için bir yükümlülük olduğunu, kanun koyucunun bunu amaçladığını belirtmiştir.³⁴

Kanımızca da 3628 sayılı Kanun'un lafzi yorumu çerçevesinde mal bildiriminde bulunmaktan dolayı disiplin cezası verilebilmesi için 3628 sayılı Kanun'da disiplin soruşturmasına başlanıp, disiplin cezası verilmesi bakımından idareye ihtar yükümlülüğü getirilmemiştir.³⁵ İhtar yükümlülüğü hapis cezası verilebilmesi için bir ön koşul olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte ifade edildiği üzere yoğun iş temposunda çalışan kamu görevlileri bakımından bu durum hakkaniyetli olmayan bir sonuç doğurmaktadır. Bu nedenle ihtar yükümlülüğünün disiplin suçları bakımından da öngörülmesi, ihtarla rağmen mal bildirimini yapılmaması halinde disiplin soruşturmasının başlatılması yönünde kanuni düzenleme yapılması hakkaniyete uygun olacaktır.

Belirtmek gerekir ki bu görüş bir yönü ile eleştiriye tabi olabilir. Şöyle ki; disiplin cezası öncesinde idareye bu yönde bir ihtar yükümlülüğü getirilmesi, bu konudaki kötü niyetli davranışları artırarak, bunun suistimal edilmesi sonucunu doğurabilir. Böylelikle hukuki olarak var olsa da fiili olarak mal bildiriminde bulunmama fiilinin cezasız kalması gündeme gelebilir. Diğer yandan ihtar yükümlülüğünün idareye ek külfet getireceği aşikardır.

34 Dan. İDDK, E. 2020/628, K. 2020/1616, 24.09.2020, (www.lexpera.com, 05.08.2024). Aksi yöndeki bir karar için bkz. Konya BİM, 1. İDD, E. 2020/950, K. 2021/117, 21.01.2021, (<https://legalbank.net/>, 23.09.2024).

35 Burada belirtilen ihtar yükümlülüğü, savunma hakkından farklı olup, disiplin cezası verilmeden önce memurun savunmasının alınması gerekir. Memurların savunma hakkının kullanımı konusunda ayrıntılı inceleme için bkz. Sencer Abdullah **Akkoyunlu**, "Disiplin Soruşturmasında Memurun Savunma Hakkını Kullanımında İdarenin Uyması Gereken Esaslar", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 48, 2023, s. 3-63.

B. Mal Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Halinde Öngörülen Disiplin Cezasının Ölçülülük İlkesi Çerçevesinde Değerlendirmesi

Mal bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde öngörülen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası 657 sayılı Kanun'da düzenlenen disiplin cezaları arasında en hafifinden ağırına doğru dördüncü kademede yer almaktadır. Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası öncesinde uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları bulunmaktadır. Kanımızca kademe ilerlemesinin durdurulması cezası mal bildiriminde bulunmama fiili bakımından ölçülülük ilkesine uymayan bir cezadır.³⁶ Daha öncesinde ilgili kamu görevlisinin başka bir disiplin cezası almış olma ihtimalinde, bu cezanın üstü konumundaki cezanın da uygulanabileceği göz önünde tutulduğunda, cezanın ağırlığı daha çok göze çarpmaktadır.

Ayrıca 657 sayılı Kanun'un 132/4. maddesi uyarınca *"kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile tecziye edilenler 10 yıl boyunca daire başkanı kadrolarına, daire başkanı kadrosunun dengi ve daha üstü kadrolara, bölge ve il teşkilatlarının en üst yönetici kadrolarına, düzenleyici ve denetleyici kurumların başkanlık ve üyeliklerine, vali ve büyükelçi kadrolarına atanamazlar."* Bu durumda mal bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyenler, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası yanında, birtakım idari görevlere atanma haklarından mahrum kalacaklardır. Bu ise cezanın ölçüsüzlüğünü daha da artırmaktadır.

Hatırlamak gerekirse ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan kriterlerden birisidir. İdare hukuku boyutuyla ölçülülük ilkesi idarenin davranışlarında ve hareketlerinde kullandığı imkan, araç ve gereçlerin, bu davranışla elde etmek istediği sonuçlara uyarlanması olarak tanımlanabilir.³⁷ Anayasa'nın 13. maddesinde güveneye alınan ölçülülük ilkesi, AYM'ye göre; *"elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmaması"*

36 Mal bildirim yükümlülüğüne öngörülen cezaya ilişkin eleştirel bakış için bkz. **Erdem**, s. 134.

37 Yücel **Oğurlu**, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 21.

nın mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir."³⁸

Disiplin hukukunda ölçülülük ilkesi iki farklı boyutta ortaya çıkmaktadır. İlki düzenleyici işlemlerde fiil ile yaptırım arasında ölçülülük, ikincisi ise somut olay açısından işlenen fiille karşılığı yaptırım arasında ölçülülüktür. Disiplin fiilleri düzenlenirken fiilin ağırlığıyla korunan düzen açısından ortaya çıkacak sakınca ve ihlalin ağırlığı göz önünde tutularak, eylemle yaptırım arasında ölçülülüğün gözetilmesi gerekir. Bu noktada somut olay açısından işlenen fiille disiplin yaptırımı arasındaki adil denge değil, düzenleme yapılırken disiplin fiilleri ile karşılığı öngörülen yaptırımların ölçülü olması gerekir. İhlal edilen düzen ya da sebep olunan zarar karşılığında öngörülen yaptırım arasında makul bir uyum olmalıdır.³⁹

Danıştay bir kararında disiplin cezalarında ölçülülük ilkesine değinmiştir. Bu karara göre, *"bir memur hakkında takdir edilen disiplin cezası ile ilgilinin eylemi arasında adil bir dengenin bulunması ilkesi disiplin hukukunun temel ilkelerindedir. Bu denge kurulurken olayın oluş biçimi, ilgilinin suç kastının bulunup bulunmadığı, irade dışı etkenlerin eylemin meydana gelmesine etkisi gibi hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.*"⁴⁰

Mal bildirim yükümlülüğü, özellikle iş yoğunluğu altında çalışan kamu görevlileri bakımından ağır bir külfet haline dönüşebilir. Örneğin eşi ticari faaliyette bulunan kamu görevlileri bakımından düşünülecek olursa, kamu görevlisinin sürekli mal bildirim yükümlülüğü altına girmesi, eşinin ticari faaliyetlerini takip etmesi gerekir. Kamu görevlisinin eşi ve velayeti altında bulunan çocuklarının ticari faaliyette bulunmaları durumunda edindikleri malvarlığı değerlerinin sürekli bildirilmesi, ticari faaliyet kapsamında gerek şirket malvarlığına gerekse şahsi malvarlıklarına girdilerin olması halinde bunların her daim kısa süre olarak değerlendirilebilecek bir ay içerisinde kamu görevlisi tarafından çalıştığı idareye bildirilmesi çok güç olacak, bazı hallerde belki de mümkün olmayacaktır. Bu durumda ise mal bildirim yükümlülüğü önemli bir tehdit unsuru haline

38 AYM, E. 2017/21, K. 2020/77, 24.12.2020, § 49, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, 08.09.2024).

39 Mücahit **Kelek**, Disiplin Hukukunda İspat ve Delil, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 97.

40 Dan. 8. D., E. 1995/3680, K. 1997/3928, 11.12.1997, (<https://lib.kazanci.com.tr>, 23.09.2024).

gelecek, kamu görevlisinin sürekli bu işle meşgul olmasına, gereksiz bir zaman ve emek kaybına; sürekli soruşturma tehdidi altında kalmasına neden olacaktır.

Mal bildiriminde bulunmama fiiline karşılık verilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık koşullarını gerçekleştirecek nitelikte olmadığı ileri sürülebilir. Bu ceza ile kişi hakkına yapılan müdahale ile korunmak istenen amaç olan kurum iç düzeninin sağlanması- kamu düzeninin gereği gibi yürütülmesi hedefi, her koşulda gerçekleşmeyebilir. Mal bildiriminde bulunmama fiilinin kademe ilerlemesine engel olan bir disiplin suçu olarak düzenlenmesinin, bu fiilin işlenmesini önleyici (en azından önemli) bir etkisinin olmayacağını değerlendirmekteyiz. Bu fiilin disiplin suçu teşkil etmesi haksız mal edinimi, rüşvet gibi suçların engellenmesi; böylelikle kurum iç düzeninin korunması bakımından kesin tesiri olabilecek, *bir yönüyle* engelleyicilik ve caydırıcılık özelliği olan bir ceza değildir. Rüşvet ve yolsuzlukla mücadele amacıyla getirilmiş olsa da bu yola başvurmak isteyen kamu görevlileri bakımından, mal bildirim yükümlülüğünün olması tek başına engelleyici ve caydırıcı nitelik taşımamaktadır.

Haksız mal edinimi niyetinde olan bir kamu görevlisinin, mal bildirim yapacağı endişesiyle bu niyetinden vazgeçmesi, kesin olarak ulaşılabilecek bir sonuç değildir. Bu durumda mal bildirim yapmama fiiline öngörülen ceza, hükmün getirilmesi ile amaçlanan sonuca ulaşma bakımından elverişli bir vasıta olarak ortaya çıkmayabilir. Bu bakımdan elverişlilik ilkesinin burada gerçekleşmediği ileri sürülebilir. Üstelik bu yönde bir ithamın olması durumunda adli makamlarca gerekli soruşturma ve kovuşturma yapılmaktadır. Bu kapsamda ulaşılabilmek istenen amacı gerçekleştirme bakımından bu yönde bir düzenlemenin zorunlu olduğu, diğer bir deyişle gereklilik ilkesinin karşılandığı da ileri sürülemez.

Diğer yönüyle orantılılık ilkesi bakımından bakılacak olursa, özellikle ihmali olarak işlenen mal bildiriminde bulunmama fiilinde, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ağır nitelikte bir disiplin cezası olarak kalacaktır. Zira ifade edildiği üzere mal bildiriminin zamanında ve gerçeğe uygun yapılması, kimi zaman kamu görevlisinin istemi dışında gerçekleşmeyebilir. Yukarıda belirtilen Danıştay kararında her ne kadar bu fiile ceza verilebilmesi için fiilin kasten işlenmesi aranmış olsa da idareler genellikle bu fiilin kasten ya da ihmalle işlenmiş olmasını dikkate almamakta ya da kamu görevlisinin kastını belirleme bakımından her zaman isabetli davranmamakta, ilgili hakkında soruşturma başlatmaktadır. Netice itibarıyla kamu görevlisinin önünde uzun bir yargı süreci beklemektedir. Bu ise kişi bakımından güvencesiz bir ortam yaratmaktadır. Bu nedenle bir

aylık süre içerisinde mal bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde öngörülen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, yaptırım olarak ağırdır ve orantılılık ilkesini karşılamamaktadır.

İşlenen fiil ile verilen cezalar arasındaki bu ölçsüzlükten dolayı, kanımızca bunun yerine kanuni düzenleme ile bu fiile uyarma cezasının, hiç değilse kınama cezasının verilmesi öngörülmelidir. Yukarıda ifade edildiği üzere 2547 sayılı Kanun'a tabi öğretim elemanları bakımından kınama cezası gerektiren bir fiilin 657 sayılı Kanun'a tabi personel bakımından kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektirmesi hukukun genel ilkelerinden, Anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesiyle örtüşmemektedir. Eşitlik ilkesi aynı durumda olan kişilerin aynı muameleye tabi tutulmasını gerektirir. Aynı disiplin suçunun, her iki kamu çalışanı bakımından farklı cezaya tabi tutulmasının makul bir gerekçesi bulunmamaktadır. Üstelik öngörülen cezalar arasında açık dengesizlik vardır. Esasında ölçülülük ilkesi bakımından isabetli olan ceza, 2547 sayılı Kanun'daki kınama cezasıdır. Bu bakımdan da 657 sayılı Kanun'daki mal bildirim yükümlülüğüne aykırı davranış yeni bir düzenleme gerektirmektedir.

Aynı zamanda mal bildirim süresinin üç aya çıkarılması, mal bildirimiminin bu süre içerisinde verilmesi durumunda, disiplin cezası verme yetkisinin düşürülmesi gündeme gelebilir. Ayrıca mal bildirimiminin zamanında yapılmaması halinde disiplin cezaları bakımından da ihtar yükümlülüğünün getirilmesi, kamu görevlisinin fiilin işlenmesine yönelik kastının aranması, özellikle yoğun iş temposu altında çalışan kamu görevlileri bakımından yerinde bir düzenleme olacaktır. Böylelikle maksadı aşan bir şekilde, mal bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kamu görevlileri bakımından, kanunun amacına uygun çözüme ulaşılmış olur.

Mal bildirim yükümlülüğü konusunda uygulamada görülen bir diğer sorun ise bildirim şeklidir. Günümüzde pek çok işlem elektronik ortamda yapılmaktadır. Kamu görevlilerine mal bildirimini elektronik ortamda yapma imkanı tanınmalıdır. Nitekim kamu görevlisinin mal varlığının tespiti konusunda, gerek görülmesi durumunda malvarlığı değerlerine ilgili kanunlarla yetkilendirilmiş organlar sistem üzerinden ulaşabilmektedir.

SONUÇ

Günümüz itibariyle kamu görevlileri bakımından mal bildirim yükümlülüğünün, getiriliş amacına uygun bir şekilde mevcut düzenlemelerin güncellenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Anayasal bir zorunluluk olan mal bildirim yükümlülüğü konusunda güncel ihtiyaçları karşılayacak, günümüz şartlarına uygun kanuni düzenlemeler getirilmelidir. Mevcut kanuni düzenlemeler hakkaniyete uymayan bazı hususlar içermektedir.

Mal bildirimine ilişkin hükmün getiriliş amacı göz önünde bulundurulduğunda, amaç rüşvet ve yolsuzlukla mücadele olarak düşünülürse, bir ay gibi kısa bir sürede bildirim yükümlülüğü getirmek hükmün amacına aykırı düşmektedir. Mal bildirim süresinin üç aya çıkarılması, disiplin suçunun oluşabilmesi için kastın aranması, mal bildirimini yapılmaması halinde idareye ihtar yükümlülüğünün getirilmesi hükmün getiriliş amacına uygun hale getirecek, kamu görevlisinin mal bildirim yükümlülüğü konusundaki sorumluluğuna ve bu konudaki kaygılarına engel olacaktır.

Mal bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme halinde öngörülen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ölçülülük ilkesini ihlal eder nitelikte olup elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri bu ceza ile karşılanmamaktadır. Bu ceza kurum düzeninin bozulmaması, haksız mal ediniminin engellenmesi bakımından elverişli olmayıp, kamu görevlisinin iş yoğunluğu karşısında orantısız bir ceza olarak kalmaktadır. Ayrıca 2547 sayılı Kanun'da bu fiile kınama cezası öngörülmüş iken, 657 sayılı Kanun'da kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının öngörülmesi Anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesi ile örtüşmemektedir.

Açıklanan nedenlerden ötürü mal bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ya da zamanında bildirim yapılmaması halinde kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının yerine uyarma, hiç değilse kınama cezasının verilmesi daha hakkaniyetli bir çözüm olacaktır. Böylelikle kastı aşan bir şekilde bu fiilin işlenmesi ve bunun ispat edilememesi halinde, kamu görevlisinin ölçsüz bir ceza ile karşılaşma ihtimali azalacaktır. Ayrıca mal bildirimini elektronik ortamda yapılması ve bildirim süresinin uzatılması günümüz koşullarının gereğidir.

KAYNAKÇA

- Akkoyunlu**, Sencer Abdullah, “Disiplin Soruşturmasında Memurun Savunma Hakkını Kullanımında İdarenin Uyması Gereken Esaslar”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 48, 2023, s. 3-63.
- Aktaş**, Batuhan, “Yargıtay Kararları Işığında 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu’nda Düzenlenen Suç Tipleri”, MÜHF-HAD, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, C. 23, S. 3, 2017, s. 793-881.
- Akyılmaz**, Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, GÜHFD, C. 6, S. 2, 2002, s. 241-262.
- Boz**, Selman Sacit, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, 2017, s. 15-41.
- Erdem**, Metin, Kamu Görevlisinin Mal Bildiriminde Bulunma Mecburiyeti (3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu Kapsamında), Yüksek Lisans Tezi, Antalya Üniversitesi SBE, 2018.
- Erkal**, Atila, İdare Hukukunda Kıyas, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2022.
- İşıklar**, Celâl, “Kamu Görevinden Ayrılanlara Disiplin Cezası Verilmesi ve Konuyla İlgili Yeni Düzenlemeler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 57, 2024, s. 301-322.
- Kaya**, Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler”, AİD, C. 38, S. 2, s. 61-87.
- Kelek**, Mücahit, Disiplin Hukukunda İspat ve Delil, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Oğurlu**, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- Pınar**, İbrahim, Disiplin ve Ceza Soruşturması Esasları, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2024.
- Uğur**, Hüsamettin, “3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu’na Eleştirel Bir Bakış ve Çözüm Önerileri”, TBB Dergisi, S. 76, 2008, s. 289-320.
- Uğur**, Hüsamettin, “Haksız Mal Edinme ve Olmayan Malın Malvarlığında Gösterilmesi Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 25, Eylül 2008, s. 95-104.
- Yıldırım**, Turan/**Yasin**, Melikşah/**Kaman**, Nur/**Özdemir**, H. Eyüp/**Üstün**, Gül/**Okay Tekinsoy**, Özge, İdare Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

Bireysel Başvuruda İkincillik Çağı
The Age of Subsidiarity in Individual Application

  Dr. Öğr. Üyesi **Ufuk Ramazan ÇAKMAK***

 10.60002/ebyuhfd.1515639

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme veya AİHS) yorumunda sıklıkla başvuru alan ilkelerin başında ikincillik prensibi gelmektedir. İkincillik ilkesine göre hak ve özgürlüklerin korunması noktasında asıl yükümlülük Sözleşmeciler devletlere ait olup, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (Mahkeme veya AİHM) yetkisi ikincil niteliktedir. Önceki AİHM Başkanı Robert Spano 2010 yılından sonra Sözleşme sisteminde yaşanan gelişmeleri "ikincillik çağı" olarak nitelendirmiştir. İkincillik ilkesinin hayata geçirilebilmesi için AİHM tarafından çeşitli araçlar kullanılmaktadır. Bunların başında iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda başvuruların önceki belirlenen içtihattan daha özenli davranması gelmektedir. Bunun dışında pilot karar, takdir marjı, dördüncü derece yargı merci olmama, ulusal mercilerin kararlarının kalitesi ikincillik ilkesinin gerçekleştirilmesi için AİHM tarafından sıklıkla atıf yapılan hususlardır. İkincillik çağında

* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 13.07.2024 | Kabul/Accepted: 09.08.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Ufuk Ramazan Çakmak, "Bireysel Başvuruda İkincillik Çağı", EBYÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (373-393).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

AİHM'nin kararlarının yanı sıra ulusal mercilerin kapasitesi de son derece önemlidir. Bu bağlamda ulusal hukukta yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, AİHM kararlarının yerine getirilmesi gibi hususlar ikincillik ilkesine saygıyı güçlendirici niteliktedir. Sözleşme sisteminde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi yargılamasında da ikincillik ilkesi önemli bir yere sahiptir. Anayasa Mahkemesi söz konusu ilkeyi AİHM'nin yaklaşımına uygun olarak yorumlama eğilimindedir.

Anahtar Kelimeler: İkincillik İlkesi, İkincillik Çağı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi.

ABSTRACT

The principle of subsidiarity is one of the most frequently invoked principles in the interpretation of the European Convention on Human Rights (the Convention or ECHR). According to the principle of subsidiarity, the primary obligation to protect rights and freedoms belongs to the Contracting States and the competence of the European Court of Human Rights (the Court or the ECtHR) is secondary. The former President of the ECtHR, Robert Spano, characterised the developments in the Convention system after 2010 as the "age of subsidiarity". Various tools are used by the ECtHR to realise the principle of subsidiarity. The most important of these is that the applicants have been more diligent in exhausting domestic remedies than the previously established case-law. Apart from this, pilot judgments, margin of appreciation, not being a fourth instance judicial authority, and the quality of the decisions of national authorities are frequently referred to by the ECtHR for the realisation of the principle of subsidiarity. In the era of subsidiarity, the judgements of the ECtHR as well as the capacity of national authorities are of utmost importance. In this context, issues such as the independence and impartiality of the judiciary in national law and the fulfilment of ECtHR judgments strengthen respect for the principle of subsidiarity. As in the Convention system, the principle of subsidiarity has an important place in the proceedings of the Constitutional Court. The Constitutional Court tends to interpret this principle in line with the ECtHR's approach.

Keywords: Principle of Subsidiarity, Age of Subsidiarity, European Court of Human Rights, Constitutional Court, Exhaustion of Domestic Remedies.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) kapsamındaki hak ve özgürlüklerin korunması konusunda asli yükümlülük taraf devletlere aittir¹. Sözleşme'nin 35. maddesine göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM veya Mahkeme) bireysel başvuruda bulunabilmek için iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunludur. Sözleşme kapsamında

1 Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, 07/12/1976, paras. 48-49.

oluşturulan koruma mekanizması ulusal sistemlere nazaran ikincil nitelikte olup, tamamlayıcı bir korumadır.

Interlaken Deklarasyonu'nda Sözleşme tarafından oluşturulan denetim mekanizmasının ikincil niteliği ve insan haklarının ulusal düzeyde korunması ve güvenceye alınmasında özellikle hükümetler, mahkemeler ve parlamentolar gibi ulusal makamların oynaması gereken temel rol vurgulanmıştır². Brighton Deklarasyonu'nda da Sözleşme sisteminin, ulusal düzeyde korumaya göre ikincil nitelikte olduğu belirtilmiştir. Ayrıca ulusal yetkili makamların yerel ihtiyaçları ve şartları değerlendirme konusunda uluslararası bir mahkemeden kural olarak daha iyi bir pozisyonda bulduklarının altı çizilmiştir³. Söz konusu deklarasyonda ikincillik ilkesi ve takdir marjı konusunda Mahkeme'nin içtihadını geliştirmesinin memnuniyet verici olduğu belirtilerek bu iki ilkenin Sözleşme'nin önsözüne eklenmesine karar verilmiştir⁴.

Mahkeme'nin uzun yıllar boyunca kararlarında dile getirdiği ikincillik prensibi, sonunda 15 No'lu Ek Protokolle birlikte normatif bir dayanağa sahip olmuştur. AİHS'nin Önsözünün sonuna, *“İkincillik ilkesi uyarınca, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanmış hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun öncelikli olarak Yüksek Sözleşmeciler taraflara ait olduğunu ve Yüksek Sözleşmeciler tarafların bunu yaparken işbu Sözleşme ile kurulmuş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetleyici yargı yetkisine tabi bir takdir marjına sahip olduklarını teyit ederek”* ibaresi eklenmiştir.

İkincillik ilkesinin normatif bir dayanağa sahip olması yeni bir gelişme olsa da söz konusu ilkeye AİHM içtihatlarında sıklıkla yer verilmekteydi. Mahkeme'nin erken dönemdeki içtihatlarında da ikincillik ilkesine yer verilmiştir. Bununla birlikte Sözleşme sisteminde yıllar içerisinde yaşanan evrim süreci, Mahkeme'nin ikincillik ilkesine ilişkin yaklaşımını da etkilemiştir. Çalışmada ikincillik ilkesi tüm yönleriyle ele alınmayacak olup, Sözleşme uygulamasında “ikincillik çağı”⁵ olarak adlandırılan 2010

2 Para. 6 of Interlaken Declaration of 19 February 2010, https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf, E.T. 25.04.2024.

3 Para. 11 of the Brighton Declaration of 20 April 2012, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=>, E.T. 27.05.2024.

4 Para. 12(a), (b) of the Brighton Declaration of 20 April 2012, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=>, E.T. 27.04.2024.

5 Önceki AİHM başkanı Robert Spano 2014 yılında yayımlanan bir makalesinde Sözleşme sisteminin içinde bulunduğu dönemi “ikincillik çağı” olarak nitelendirmiştir. Robert **Spano**, “Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Review*, Vol. 14, Is. 3, 2014, s. 491.

sonrası dönemdeki gelişmeler incelenecektir. Anayasa Mahkemesi'nin de konuya ilişkin yaklaşımı, mümkün olduğu ölçüde AİHM içtihatlarıyla karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

I. İKİNCİLLİK İLKESİNİN EVRELERİ

A. Esasların Yerleştirilmesi Evresi

İkincillik ilkesine atfedilen önem son yıllarda gittikçe artmaktadır. Önceki AİHM Başkanı Robert Spano'ya göre Sözleşme'nin hali hazırdaki dönemi, dönüştürücü bir dönemdir. Spano, Mahkeme'nin tarihsel gidişatının başlangıcı olan 1959 yılı ile 2010-2012 yılları arasında Interlaken, Brighton ve İzmir'de gerçekleştirilen konferanslara kadar geçen evreyi Mahkeme'nin "esasları yerleştirme aşaması" olarak nitelendirmektedir⁶. Esasları yerleştirme aşamasında Mahkeme ilk olarak yaşayan belge doktrini, Sözleşme'deki hakların özerkliği ilkesi, etkililik ilkesi, ikincillik ilkesi ve takdir marjı doktrini gibi Sözleşme'nin yapısal, yorumlayıcı ve kurumsal ilkelerini oluşturmuştur.

İkinci olarak Sözleşme'de yer alan neredeyse tüm haklar için genel yorum ilkeleri ortaya konulmuştur. Esasları yerleştirme aşamasında üçüncü olarak Sözleşme sisteminde birçok reform yapılarak AİHS'nin ulusal düzeyde yerleşikliği artırılmıştır. Tarihsel gelişim sürecinde son olarak Sözleşme'nin sahada uygulanmasını sağlamak için Büyük Daire tarafından objektif yorum kriterleri benimsenmiştir⁷.

B. Usullerin Yerleştirilmesi Evresi

Esasların yerleştirilmesi aşaması, tarihsel süreçte "usulleri yerleştirme aşaması"na dönüşmüştür. Bu bağlamda Spano 2010 sonrasında Sözleşme'nin usuli meselelerinin temel alındığı dönemi "ikincillik çağı" olarak nitelendirmektedir. Bu dönemde olası insan hakları sorunlarının iç hukuk aşamasında çözülmesine daha fazla önem verilmektedir⁸. Büyük Daire'nin Vuckovic ve Diğerleri/Sırbistan kararında, iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda başvuranların önceki içtihatla belirlenenen daha

6 Robert **Spano**, "The Future of the European Court of Human Rights-Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law", *Human Rights Law Review*, Vol. 18. Is. 3, 2018, s. 480.

7 **Spano**, *The Future of the European Court*, s. 476-477.

8 **Spano**, *The Future of the European Court*, s. 474, 485.

özenli davranmaları gerektiğine hükmedilmiştir. Bu doğrultuda başvuruların ihlal iddiasını iç hukukta Sözleşme açısından ileri sürmeleri gerekmektedir⁹.

2010 sonrası dönemde AİHM'nin ikincilik ilkesine bakış açısı, süreç temelli bir denetim anlayışıdır. Esasları yerleştirme aşamasında Mahkeme, ulusal karar alma süreçlerini sıkı bir şekilde denetlemekte ve kendi kararını ulusal makamların kararının yerine koyabilmekteydi. Usulleri yerleştirme aşamasında ise AİHM'nin, ulusal karar alma süreçlerini denetlerken daha çerçeve odaklı bir rol üstlendiği görülmektedir. Yani AİHM, gittikçe artan bir şekilde, Sözleşme ilkelerinin ulusal hukuk düzeyine yeterince yerleştirilip yerleştirilmediğine ilişkin bir inceleme yapmaktadır. Süreç temelli denetimde Mahkeme, ulusal tedbirlere ilişkin bağımsız bir Sözleşme'ye uygunluk değerlendirmesinden ziyade ulusal karar alma sürecinin Sözleşme sistemindeki yerleşik ilkelere uygun olarak analiz edilip edilmediğine odaklanmaktadır¹⁰.

Yakın tarihli kararlarında Mahkeme Sözleşme ilkelerinin taraf devletlerce tam olarak uygulanması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Örneğin, Mahkeme 8 Haziran 2023 tarihli Fragoso Dacosta/İspanya kararında şu hususa dikkat çekmiştir: “*İnsan haklarının korunması sorumluluğu Taraf Devletler ve Mahkeme arasında paylaşılır*” ve *ulusal makamlar ve mahkemeler iç hukuku, Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan hak ve özgürlükleri tam olarak tanıyacak şekilde yorumlamalı ve uygulamalıdır*”¹¹. Süreç temelli denetim döneminde Spano, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunabilmesi için ulusal karar mercilerinin görevlerini yerine getirebilecek kapasitede olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu çerçevede taraf devletlere önemli rol düşmektedir¹². Mahkeme, örneğin, Büyük Daire olarak verdiği Grzeda/Polonya kararında Sözleşme sisteminin bağımsız yargıçlar olmadan düzgün işleyemeyeceğini vurgulamıştır. Bu nedenle, Sözleşmeciler Tarafaların yargı bağımsızlığını sağlama görevi hayati önem taşımaktadır¹³.

2018 tarihli Kopenhag Deklarasyonu'nda da iç hukuk yollarını tüketirken “başvuranların Sözleşme şikâyetlerini ülke içinde iletme konusunda daha gayretli olmalarının sağlanması da dahil olmak üzere” kabul edilebi-

9 **Spano**, The Future of the European Court, s. 486.

10 **Spano**, The Future of the European Court, s. 480-481.

11 **Fragoso Dacosta v. Spain**, Application no. 27926/21, 08/06/2023, para. 27.

12 **Spano**, The Future of the European Court, s. 473.

13 **Grzeda v. Poland**, Application no. 43572/18, 15/03/2022, para. 324.

lirlik kriterlerinin “kesin ve tutarlı bir şekilde devam eden” AİHM uygulamasının memnuniyetle karşılandığı belirtilmiştir¹⁴. Kopenhag Deklarasyonu’nda her ne kadar AİHM uygulamasının tutarlı olduğundan bahsedilse de bu durum eleştiriye açıktır. Özellikle Birleşik Krallık’tan Mahkeme önüne gelen yakın tarihli bazı davalarda başvuranların şikâyetlerini ulusal hukukta dile getirme konusunda daha gayretli olmaları gerektiğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte Mahkeme bu katı duruşu tutarlı bir şekilde devam ettirmemektedir¹⁵.

II. İKİNCİLLİK İLKESİNİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİNİN USULİ ARAÇLARI

A. Genel Olarak

Sözleşme uygulamasında “ikincillik ilkesi”nin etkisinin gittikçe arttığı görülmektedir. Bu çerçevede Mahkeme, söz konusu ilkenin uygulanmasına yönelik çeşitli araçlara vurgu yapmaktadır. Öğretide söz konusu araçlar usuli ve maddi araçlar olarak iki başlık altında ele alınmaktadır¹⁶. Türk hukukunda bireysel başvuru yolu, 2010 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile hukuk sistemimize girmiştir. Bireysel başvuruların kabul edilmeye başlandığı tarih ise 23 Eylül 2012’dir. Sözleşme sisteminde 2010 sonrası dönemin “ikincillik çağı” olarak adlandırıldığı düşünüldüğünde bu kapsamda ikincillik ilkesinin AYM yargılamasında nasıl uygulandığına değinmek gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin yargılamada büyük ölçüde AİHM içtihatları doğrultusunda karar verme eğilimindedir. Bu nedenle Sözleşme sisteminde yaşanan “ikincillik çağı”, AYM uygulamasını da etkilemektedir. Anayasa Mahkemesi de tıpkı AİHM gibi sıklıkla “ikincillik ilkesine” göndermede bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine yönelik iddiaların öncelikle olağan kanun yolları ile çözüme kavuşturulması esastır¹⁷. AYM’ye

14 Para. 32 of Copenhagen Declaration of 13 April 2018, <https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>, E.T. 04.06.2024.

15 Lize R. Glas, “The age of subsidiarity? The ECtHR’s approach to the admissibility requirement that applicants raise their Convention complaint before domestic courts”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 41, Is. 2, June 2023, s. 91.

16 Glas, s. 78.

17 AYM, Bayram Gök, Başvuru No. 2012/946, 26/3/2013, para. 18.

göre bireysel başvuru, iddia edilen ihlallerin derece mahkemeleri tarafından giderilememesi durumunda başvurulabilecek olan ikincil nitelikte bir başvuru yoludur¹⁸.

B. Usuli Araçlar

1. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Kuralı

Bir davanın kabul edilebilirliğinin incelenmesinde ikincilik ilkesine saygının en önemli usuli yolu, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralıdır¹⁹. Sözleşme'ye ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde birincil sorumlu ulusal makamlardır. İkincilik çağında Sözleşme'de yer alan ilkelerin ulusal makamlar tarafından doğrudan uygulanması hedeflenmektedir²⁰. İleri sürülen insan hakkı ihlalinin giderilebilmesi için ilgili devlete yeterli fırsatın tanınmış olması şarttır. İkincilik ilkesi uyarınca, kural olarak ancak taraf devletin ihlali durdurmadığı ya da ihlalin sonuçlarını gereğince ortadan kaldıramadığı durumlarda AİHM'ye bireysel başvuru yapılabilmektedir²¹. AİHM'ye göre; iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, Sözleşme'nin 13. maddesinde yer alan etkili başvuru hakkı ile yakın ilişkili olup, iddia edilen ihlalle ilgili olarak etkili bir hukuk yolunun mevcut olduğu varsayımına dayanmaktadır²².

AİHM yargılamasında olduğu gibi Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu da ikincil niteliktedir²³. Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bireysel başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. 6216 sayılı Kanun'un 45/2 hükmünde de benzer bir hüküm yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre; "*İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmali için kanunda öngörül-müş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir*". Bireysel başvurunun ikincil nitelikte bir hak arama yolu olması nedeniyle, aslolan hak ve özgürlüklere kamu otoritelerince saygı gösterilmesi ve olası bir ihlal durumunda bunun idari ve/veya yargısal olağan yollarla giderilmesidir. Bu nedenle AYM'ye

18 AYM, Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, Başvuru No. 2012/403, 26/03/2013, para. 17.

19 Glas, s. 78.

20 Spano, The Future of the European Court, s. 486.

21 Murat Açıll, "İnsan Haklarının Uluslararası Hukuk Düzeninde Korunması", İnsan Hakları Hukuku, Editörler, Tuğba Bayraktar/Ufuk Ramazan Çakmak, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 132.

22 Vučković and Others v. Serbia, Application no. 17153/11, 25/03/2014, para. 69.

23 Hasan Tahsin Gökcan, "Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu", TBB Dergisi, S. 135, 2018, s. 17.

bireysel başvuru yapılabilmesi için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekmektedir²⁴.

İkincilik çağında AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda daha katı bir yaklaşım sergilemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin de olağan kanun yollarının tüketilmesi noktasında benzer bir tutum içinde olduğu söylenebilir. AİHM yargılamasında iç hukuk yollarının tüketilmesi iki farklı açıdan ele alınmaktadır. Buna göre; iç hukuk yollarının şekli ve maddi anlamda tüketilmesi gerekir. İç hukuk yollarının şekli anlamda tüketilebilmesi için ulusal hukuktaki yürürlükteki kurallara ve usullere uygun hareket edilmesi gerekir²⁵. Benzer şekilde AYM yargılamasında olağan kanun yollarının şekli anlamda tüketilmiş sayılabilmesi için başvuru yollarının mevzuatta öngörülen usullere uygun bir şekilde kullanılması gerekir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; bir kanun yoluna başvurulmuş olması tek başına bu yolun tüketildiği anlamına gelmemektedir. Bir kanun yolunun tüketildiğinden söz edilebilmesi için öncelikle başvurunun usulüne uygun bir şekilde yapılması, yapılan başvurunun sonucunun beklenmesi ve inceleme süresince öngörülmüş olan yöntem, biçim, süre ve diğer koşullara uygun hareket edilmesi gerekir²⁶.

AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmiş sayılması için sadece şekli anlamda bir başvuru yapılmasını yeterli görmemektedir. İç hukuk yollarının maddi anlamda da tüketilmesi gerekir. Maddi anlamda tüketmeden kasıt, başvuranın bir hak ihlaline ilişkin iddialarını iç hukuk yolları aşamasında da ileri sürmesidir²⁷. Bu bağlamda şikâyetin iç hukukta nasıl ileri sürülebileceğine değinmek gerekir. Mahkeme'ye göre başvuranlar şikâyetlerini iç hukukta açıkça dile getirebilir ya da “en azından özü itibarıyla” ileri sürmeleri gerekir²⁸. AİHM'ye göre Sözleşme'nin 35. maddesinin amacı,

-
- 24 AYM, Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, Başvuru No. 2012/403, 26/03/2013, para. 17. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde olağan kanun yolları istinaf ve temyizdir. Ceza yargılaması açısından itiraz, istinaf ve temyiz olağan kanun yollarıdır. İdari yargılama hukukunda ise olağan kanun yolları istinaf ve temyizdir. Hakan Sabri **Çelikyay**, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi”, İÜHFM, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 32; Abdulkadir **Karaarslan**, “Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirliğe Dair Bir Usul Sorunu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve Kanunla Kurulan Tazminat Komisyonları”, TBB Dergisi, S. 132, 2017, s. 20-21.
- 25 Hüseyin **Turan**, “Bireysel Başvuru Usulünde Kabul Edilebilirlik Kriterleri”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Editörler, Hüseyin Turan/Recep Kaplan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2015, s. 100.
- 26 AYM, Özlem Türkeş, Başvuru No. 2014/505, 17/7/2014, para. 31.
- 27 Gafgen v. Germany, Application no. 22978/05, 01/06/2010, para. 142.
- 28 Castells v. Spain, Application no. 11798/85, 23/04/1992, para. 32.

taraf devletlere, kendilerine karşı iddia edilen ihlaller henüz Mahkeme önünde ileri sürülmeden önce, bu ihlalleri önleme ve düzeltme olanağı tanımaktır²⁹. Anayasa Mahkemesi bir kararında ikincilik ilkesi ve olağan kanun yollarının maddi anlamda tüketilmesi arasındaki ilişkiyi şu şekilde belirtmiştir: “*Bireysel başvurunun ikincil niteliğinin bir sonucu olarak olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde dayanılmayan iddialar Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet konusu edilemeyeceği gibi genel mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgeler de Anayasa Mahkemesine sunulamaz.*”³⁰.

2. Pilot Karar

İkincilik ilkesine hizmet eden bir diğer araç pilot karar usulüdür. AİHM'nin vermiş olduğu kararlar normalde davanın tarafları için etki doğuran bir niteliğe sahiptir³¹. Bununla birlikte pilot kararlar üçüncü kişileri de etkilemektedir³². AİHM önünde derdest olan davaların önemli bir kısmı, ulusal hukuklardaki işleyiş sorunlarından kaynaklanan mükerrer davalardır. Pilot karar usulüyle mükerrer davaların altında yatan yapısal sorunlar tespit edilerek ilgili devletlere bu sorunları ortadan kaldırma konusunda yükümlülük getirilmektedir³³. Pilot karar usulü, yapısal veya sistematik bir sorunun, birbirine benzer nitelikte çok sayıda bireysel başvuru

29 Lütfiye Zengin and Others v. Turkey, Application no. 36443/06, 14/04/2015, para. 38.

30 AYM, Bayram Gök, Başvuru No. 2012/946, 26/3/2013, para. 20.

31 Cem **Şenol**, “AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi”, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, 2017, s. 268; Adam **Bodnar**, “Res Interpretata: Legal effect of the European Court of Human Rights’ Judgments For Other States Than Those Which Were Party To The Proceedings”, Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century, Editörler, Yves Haeck/Eva Brems, Springer, 2014, s. 226; Elisabeth **Lambert Abdelgawad**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Avrupa Konseyi Yayınları, Çev. İnan Sevinç, Strasbourg 2008, s. 9; Giuseppe **Martinico**, “National Courts and Judicial Disobedience to the ECHR: A Comparative Overview”, Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU and National Legal Orders, Editörler, Oddný Mjöll Arnardóttir/Antoine Buyse, Routledge, London 2016, s. 73.

32 İsmail **Köküarı**, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlâl Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi”, EBYÜHFD, C. XXII, S. 1-2, 2018, s. 43; George **Nicolaou**, “The New Perspective of the European Court of Human Rights on the Effectiveness of its Judgments”, Festschrift für Renate Jaeger Grundrechte und Solidarität: Durchsetzung und Verfahren, Editörler, Christine Hohmann-Dennhardt/Peter Masuch/Mark Villiger, Kehl am Rhein Engel, 2011, s. 172.

33 The European Court of Human Rights: “Pilot Judgements”, Factsheet. November 2023, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_pilot_judgments_eng, E.T. 04.05.2024.

yapılmasına yol açtığı ya da bu sorun nedeni ile ileride yeni başvuruların yapılabileceğinin öngörüldüğü hallerde işletilen bir usuldür³⁴.

Sözleşme'nin 19. maddesinde Mahkeme'nin görevlerinden biri "Yüksek Sözleşmeci Tarafların Sözleşme ve Protokollerinde üstlendikleri taahhütlere uyulmasını sağlamak" olarak belirtilmiştir. AİHM'ye göre bu görev, çok sayıda davada aynı bulguları tekrarlayarak en iyi şekilde yerine getirilemez³⁵. Bu nedenle Mahkeme, yapısal sorunun iç hukukta çözülmesi için davalı devlete belli bir süre verebilmektedir³⁶. Söz konusu yapısal sorunun ulusal merciler tarafından giderilmesi durumunda AİHM benzer başvuruları esaslanmaz. Bu durumda söz konusu sistemik problemin iç hukukta çözülmesi, ikincillik ilkesinin gerçekleşmesine de hizmet eder³⁷. İlgili taraf devlet, pilot kararın hüküm kısmına uygun davranmaması durumunda Mahkeme ertelenen başvuruların incelemesine yeniden devam etmektedir³⁸.

Pilot karar, AİHM'nin yoğun iş yükünün azaltılmasında önemli bir yere sahiptir³⁹. 30 Nisan 2024 tarihi itibarıyla AİHM önünde 65.500 adet

34 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 Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 3, 2020, s. 13; **Açıl**, s. 182. AİHM İçtüzüğü'nün Pilot Karar Usulü başlığını taşıyan 61. maddesine göre; Mahkeme, kendisine sunulan bir başvuruya dayanak oluşturan olayların, ilgili taraf devlette yapısal veya sistemik bir sorunu ya da diğer benzer başvuruların yapılmasına neden olan ya da olabilecek nitelikte başka bir aksaklığın varlığını ortaya koyması durumunda, pilot karar usulünü uygulamaya karar verebilmektedir.

35 Rutkowski and Others v. Poland, Application no. 72287/10, 07/07/2015, para. 202.

36 Mahkeme İçtüzüğü'nün 61/4 hükmüne göre; "*Mahkeme, verdiği pilot kararın hüküm kısmında, gereken tedbirlerin niteliğini ve tespit ettiği soruna ulusal düzeyde çözüm getirilebilecek hızı göz önünde tutarak, yukarıda geçen 3. paragrafta belirtilen tedbirlerin alınması için belirlenen süreyi belirtebilmektedir.*"

37 Kopenhag Deklarasyonu'nda da pilot karar usulünün olumlu etkilerinden bahsedilmiştir. Deklarasyon'a göre pilot karar usulü sistemik veya yapısal insan hakları problemlerini ele alarak Sözleşme'nin ulusal düzeyde uygulanmasının gelişimine katkı sağlamaktadır. Para. 17 of the Copenhagen Declaration of 13 April 2018, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=>, E.T. 05.06.2024.

38 AİHM İçtüzüğü'nün 61/8 hükmüne göre; "*İlgili Sözleşmeci Tarafın pilot kararın hüküm kısmına uygun davranmaması halinde, Mahkeme, aksi yönde bir karar vermedikçe, yukarıda geçen 6. paragraf uyarınca ertelenen başvuruların incelemesine yeniden devam etmektedir.*"

39 Tuğba **Bayraktar**, "İnsan Haklarının Uluslararası Hukuk Düzeninde Korunması", İnsan Hakları Hukuku, Editörler, Tuğba Bayraktar/Ufuk Ramazan Çakmak, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 253.

derdest dava bulunmaktadır. Bu davaların yüzde 36,6'sı Türkiye ile ilgilidir⁴⁰. AİHM'nin etkin bir şekilde çalışabilmesi, karşı karşıya olduğu iş yükünden bağımsız olarak ele alınamaz. 15 No'lu Ek Protokolle Sözleşme metnine dahil edilen "ikincilik ilkesi" pratikte AİHM'nin iş yükünü hafifletecek düzenlemelerden biridir. Nitekim AİHM çeşitli kararlarında "ikincilik ilkesi" ile iş yükü arasında ilişkiye atıfta bulunmaktadır⁴¹.

Pilot karar, Sözleşme sisteminde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi yargılamasında da başvuru bir usuldür. Bu konuda Anayasa'da ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da (6216 Sayılı Kanun veya AYM Kanunu) herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Pilot karara ilişkin hüküm AYM İçtüzüğü'nün 75. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hükme göre; "*Bölümler, bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler.*"

Anayasa Mahkemesi, pilot karar usulünde, tespit ettiği yapısal sorunu ve bunun çözümü için alınması gereken tedbirleri belirtmektedir. Pilot karar, ihlalin sorumlusu olan ilgili mercilere gönderilir ve AYM'nin belirlediği ilkeler çerçevesinde başvuranların mağduriyetlerinin giderilmesi istenir. Örneğin bir pilot kararında Anayasa Mahkemesi bir yıl ertelemeye karar vermiştir. Söz konusu karara göre; "*işbu karar tarihine kadar aynı mahiyette yapılmış olan başvurular ile bu tarihten sonra gelmeye devam edecek yeni başvuruların İçtüzük'ün 75. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca bir yıl süreyle incelenmesinin ertelenmesine ve ilgililerin bu hususta bilgilendirilmesine karar verilmesi gerekir*"⁴². Anayasa Mahkemesi'nin belirlediği sürede yapısal sorunun ortadan kaldırılmaması halinde askıdaki başvuruların tekrar incelenmesine başlanmaktadır⁴³.

Pilot karar usulü, Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü doğrudan ilgilendirmektedir. Bireysel başvuru yolunun yürürlüğe girdiği 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesi'ne de çok sayıda başvuru yapılmıştır. 31 Mart 2024 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi'nin önündeki toplam derdest bireysel başvuru sayısı 101.983'tür. Pilot kararın iş yüküne

40 <https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/stats-pending-month-2024-bil>, E.T. 07.05.2024.

41 Keçecioğlu and Others v. Turkey, Application no. 37546/02, 20/07/2010, para. 18; Demiroğlu and Others v. Turkey, Application no. 56125/10, 04/06/2013.

42 AYM, Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, Başvuru No. 2016/5903, 10/3/2022, para. 126.

43 Açıl, s. 182.

nasıl etki ettiğini değerlendirebilmek için Y. T. başvurusuna değinmek gerekir. Söz konusu davada Anayasa Mahkemesi'nin aynı konuya ilişkin önüne gelen çok sayıda başvurunun temelinde bir kanun hükmü vardır. Anayasa Mahkemesi ihlâlin, 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinde yapılan ve 29/10/2016 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikten kaynaklandığına hükmetmiştir. İlgili düzenlemeye göre idari mercilere, hakkında sınır dışı etme kararı verilen kişinin mahkemeye başvurmasına imkân tanınmadan ülke dışına çıkarma olanağı tanınmaktadır. Anayasa Mahkemesi, 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinde yapılan değişikliğin ardından benzer nitelikte olan 1.545 başvurunun yapıldığını ve yeni başvuruların yapılmaya devam ettiğini belirtmiştir⁴⁴. Bu başvurular, mevzuata ilişkin yapısal bir sorundan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla AYM'nin benzer nitelikte her davada aynı bulgulara hükmetmesi yerine söz konusu yasa hükmünün değiştirilmesi daha işlevseldir.

İkincillik ilkesi bağlamında AYM'nin “Keser Altıntaş” kararına değinmek gerekir. Anayasa Mahkemesi “*Nevriye Kuruç*” pilot kararında, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin ihlallerin yapısal bir sorundan kaynaklandığını tespit etmiş, bu konuda etkili bir başvuru yolu olmadığını belirterek sorunun çözümü için kararı TBMM'ye göndermişti. Kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde yapılan değişiklikle sadece Anayasa Mahkemesi önünde derdest olan başvurulara ilişkin olarak Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı getirilmiştir⁴⁵. Bununla birlikte 09/03/2023 tarihinden sonra makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmadan önce başvuru yapılabilecek bir mekanizma oluşturulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi 10 Ekim 2023 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan, 14/03/2023 başvuru tarihli makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan “*Keser Altıntaş*” kararında “başvurunun düşmesine” hükmetmiştir. AYM, geçen sürede idari veya yargısal bir başvuru yolunun oluşturulmadığını, diğer bir deyişle pilot kararın gereğinin yerine getirilmediğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, mevcut aşama itibarıyla makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların esasını incelemeyi sürdürmesinin “*Nevriye Kuruç*” kararına ve bu kararda açıkladığı üzere bireysel başvurunun ikincilliği ilkesine aykırı olacağını belirtmiştir. Makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili başvuruların ancak

44 AYM, Y.T, Başvuru No. 2016/22418, 30/5/2019, para. 74.

45 AYM, Keser Altıntaş, Başvuru No. 2023/18536, 25/7/2023, para. 57.

etkili bir idari veya yargısal yol oluşturulduktan sonra bireysel başvuruya konu edilebileceği ifade edilmiştir⁴⁶.

Sonuç olarak AYM, yapısal bir sorunun tespit edildiği durumlarda ilk elden inceleme yapmasının “ikincilik ilkesi” ile bağdaşmayacağına kanaat getirmiştir. AYM’nin bu kararının altında yatan nedenlerden biri şüphesiz makul sürede yargılanma hakkı açısından karşı karşıya bulunduğu iş yükünün giderek artmasıdır. Makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla AYM’ye yapılan başvuruların sayısı dikkate alındığında bu iddiaların ilk elden Anayasa Mahkemesince incelenmesi, Anayasa’nın 148. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru hakkının kullanılmasını ve bu yolun etkili bir şekilde işlenmesini de önemli ölçüde güçleştirmektedir⁴⁷. Sistemik problemin devam ettiği durumlarda iç hukukta oluşturulacak başvuru yollarının süreklilik arz etmesi, ikincilik ilkesi ve bireysel başvuru yolunun etkin bir şekilde işlenmesi açısından önemlidir. Anayasa Mahkemesi tarafından başvuru pilot karar usulü, “ikincilik ilkesi”nin gerçekleştirilmesinin araçlarından biridir. AYM’nin pilot dava usulünü uygulaması sadece iş yükü ile açıklanacak bir durum değildir. Yüksek Mahkeme pilot karar usulü ile aynı zamanda sistemik sorunların çözülmesine katkı sağlamaktadır.

III. İKİNCİLLİK ÇAĞINDA MADDİ ARAÇLAR

A. Dördüncü Derece Yargı Doktrini Olmama

İkincilik ilkesine saygının sağlanabilmesi için Mahkeme tarafından başvuru çeşitli maddi araçlar bulunmaktadır. AİHM’nin bu çerçevede kullandığı maddi araçlardan biri, ulusal bir mahkeme tarafından yapıldığı iddia edilen fiili veya hukuki hatalar üzerinde, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece, inceleme yapmamasıdır⁴⁸. Bu konuda Anayasa Mahkemesi de benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Bir anayasal hakkın ihlali iddiasını içermeyen, sadece derece mahkemelerinin kararlarının yeniden incelenmesi talep edilen başvurular kabul edilemez bulunmaktadır⁴⁹. AİHM ve Anayasa Mahkemesi’nin

46 AYM, Keser Altıntaş, Başvuru No. 2023/18536, 25/7/2023, paras. 68-70.

47 AYM, Keser Altıntaş, Başvuru No. 2023/18536, 25/7/2023, para. 59.

48 **Glas**, s. 80. İlgili karar için bkz. García Ruiz v. Spain, Application no. 30544/96, 21/01/1999, para. 28.

49 AYM, Ahmet Soysal, Başvuru No. 2012/237, 26/3/2013, para. 22. Anayasa Mahkemesi’ne göre; “ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan

bir temyiz mahkemesi gibi hareket etmemesi, bireysel başvurunun ikincil niteliğini güçlendirici niteliktedir.

B. Takdir Marjı

Maddi araçlar kapsamında ele alınması gereken bir diğer husus, takdir marjı doktrini. Takdir marjı, Sözleşme'nin yorumlanmasında taraf devletlere bırakılan belirli bir serbest hareket alanını ifade eder⁵⁰.

AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin korunması görevi, birincil olarak taraf devletlere aittir. Bununla birlikte bu yetkinin sınırsız bir yetki olmadığını ifade etmek gerekir. Sözleşme'nin 19. maddesine göre; taraf devletlerin Sözleşme'de yer alan yükümlülüklerle uyup uymadığını tespit etme görevi AİHM'ye aittir⁵¹.

Takdir marjının dar veya geniş olmasına göre AİHM'nin ikincil rolünün derecesi değişkenlik göstermektedir. Takdir marjının geniş olması durumunda taraf devlet, Sözleşme'de yer alan bir hakka nasıl sınırlama getirileceğini tespit ederken daha geniş bir hareket serbestisine sahiptir. Buna karşılık, takdir marjının dar olması halinde Mahkeme davalı devletin kararlarını daha yoğun bir şekilde ele almaktadır. Bu durumda AİHM'nin ikincil rolünün zayıfladığını söylemek mümkündür⁵².

C. Ulusal Mercilerin Kapasitesi

Değinilmesi gereken diğer bir mesele, taraf devletteki ulusal mercilerin kararlarının kalitesidir. Brighton Deklarasyonu'na göre; Sözleşmenin

sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda bariz bir takdir hatası içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermedikçe Anayasa Mahkemesince esas yönünden incelenemez." AYM, Ümit Caner ve Erge İnşaat San. Tur. Tic. Ltd. Şti., Başvuru No. 2013/1422, 5/11/2014, para. 19.

50 Tolga Şirin, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", Anayasa Hukuku Dergisi, C. 2, S. 4, 2013, s. 363; Jeffrey A. Brauch, "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", Columbia Journal of European Law, Vol. 11, 2005, s. 115; Yutaka Arai-Takahashi, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York 2001, s. 2.

51 Mahkeme, yerleşik içtihadında, taraf devletlerin sahip olduğu ulusal takdir marjının Avrupa denetimiyle el ele yürüdüğünü ve nihai kararı vermede yetkinin kendisine ait olduğunu belirtmektedir. Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, 07/12/1976, paras. 48-49.

52 Glas, s. 82.

ulusal düzeyde tam anlamıyla uygulamaya konulması, üye devletlerin ihlalleri önlemek amacıyla etkin tedbirler almalarını gerektirmektedir. Bu bağlamda bütün kanunların ve politikaların Sözleşme'nin tam anlamıyla uygulanmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesi ve bütün kamu görevlilerinin görevlerini bu amaçla yerine getirmesi gerekir⁵³. AİHM'ye göre, ulusal alanda tedbirin gerekliliği konusunda gerçekleştirilen yasama ve hukuki incelemenin kalitesi, takdir marjının uygulanması konusu dahil olmak üzere özel bir önem taşımaktadır⁵⁴.

Ulusal makamların, AİHM'nin içtihadına uygun olarak yasal tartıma gitmesi durumunda Mahkeme, ulusal yargı mercilerinin görüşü yerine kendi görüşünü ikame etmesi için güçlü nedenlerin varlığını gerekli görmektedir⁵⁵. Bu bağlamda değinilmesi gereken önemli bir karar, ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı arasında denge kurulmasına ilişkin Von Hannover/Almanya davasıdır. AİHM'ye göre ulusal otoriteler bu iki hak arasında Mahkeme içtihadında ortaya konulan kriterlere uygun bir şekilde bir denge kurmuşlar ise, bu durumda Mahkeme'nin düşüncesini iç yargı organlarının yerine geçirmesi için ciddi nedenlerin bulunması gerekmektedir⁵⁶. AİHM, ulusal organların, ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı arasında denge kurarken Mahkeme'nin yerleşik içtihadına uygun karar verdiğini, ulusal yargı mercilerinin konuya ilişkin AİHM içtihadını açıkça dikkate aldığını belirtmiştir⁵⁷.

Değinilmesi gereken diğer bir husus, AİHM kararlarının yerine getirilmesidir. Sözleşme'nin 46. maddesine göre Mahkeme'nin kararları bağlayıcıdır. AİHM kararlarının sistematik olarak yerine getirilmediği bir taraf devlette ikincilik ilkesine saygıdan bahsedilemez. Bir taraf devletin

53 Para. 7 of the Brighton Declaration of 20 April 2012, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=,> E.T. 27.05.2024.

54 Animal Defenders International v. The United Kingdom, Application no. 48876/08, 22/04/2013, para. 108.

55 Saadet **Yüksel**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Hakların Yorumu: Kurumsal ve Kuramsal Açılımlar”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 39, S. 1, 2022, s. 370.

56 Von Hannover v. Germany (No. 2), Application nos. 40660/08, 60641/08, 07/02/2012, para. 107. AİHM, olayların ortaya konulması konusunda ilk derece mahkeme hakiminin rolünü almaktan, belirli bir davanın şartlarında bunun kaçınılmaz olması dışında, sakınmaktadır. Genel bir kural olarak, iç hukukta yargılama gerçekleşmişse Mahkeme, kendi değerlendirmesini, önüne gelen kanıtlara dayanarak olayları tespit etmiş olan ulusal mahkemelerin olaylara ilişkin değerlendirmelerinin yerine koyamamaktadır. Austin and Others v. The United Kingdom, Application nos. 39692/09, 40713/09, 41008/09, 15/03/2012, para. 61.

57 Von Hannover v. Germany (No.2), Application nos. 40660/08, 60641/08, 07/02/2012, paras. 124-125.

AİHM kararlarının hangisine uyup uymayacağını takdir etme yetkisi bulunmamaktadır.

D. Objektif Yorum Kriterleri

“İkincillik çağı”nda dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus, özellikle Büyük Daire kararlarında Sözleşme’nin temel düzeyde uygulanmasına rehberlik edebilecek objektif yorum kriterlerinin ortaya konulmasıdır. Özellikle karmaşık konularda AİHM’nin yerleşik içtihadı ulusal yargıçların karar verme sürecinde etkili olmaktadır⁵⁸.

AİHM yargılamasında objektif yorum kriterleri özellikle Büyük Daire’nin kararlarında ortaya konulmaktadır. Mahkeme, Sözleşme’de yer alan neredeyse bütün hak ve özgürlükler için Sözleşme’nin uygulanmasına rehberlik edecek açıklayıcı kriterlere yer vermiştir. Örneğin ceza yargılamasında adil yargılanma hakkına ilişkin esasları İbrahim ve Diğerleri/Birleşik Krallık davasında⁵⁹, hakaret davalarında özel hayat ile ifade özgürlüğü arasında dengenin kurulmasına ilişkin esasları Von Hannover/Almanya davasında⁶⁰ ortaya koymuştur⁶¹.

Sözleşme’nin yorumunda Avrupa Konseyi tarafından çıkarılan kılavuz kitaplar da önemli bir yere sahiptir. Söz konusu kılavuz kitaplarda Sözleşme’de yer alan birçok hak ve özgürlükle ilgili genel prensibler ortaya konulmaktadır⁶². Bu sayede ulusal makamlar, Sözleşme’de yer alan hükümleri yorumlarken AİHM’nin yaklaşımının ne yönde olduğunu büyük ölçüde tespit edebilirler.

SONUÇ

Mahkeme, kuruluş tarihi olan 1959 yılından günümüze kadar birçok reform geçirmiştir. Bu süreçte ikincillik ilkesine ilişkin yaklaşımın da zaman içerisinde değiştiğini söylemek mümkündür. Tarihsel gelişim sürecinde özellikle 2010 yılından sonraki dönemde ikincillik ilkesine daha çok vurgu yapıldığı görülmektedir. Bu kapsamda Interlaken, Brighton ve Kopenhag Deklarasyonlarında dile getirilen ikincillik prensibi, Sözleşme’ye Ek 15 Numaralı Protokol’ün yürürlüğe girmesiyle beraber normatif bir te-

58 **Spano**, The Future of the European Court, s. 487.

59 **Ibrahim and Others v. The United Kingdom**, Application no. 50541/08, 13/09/2016.

60 **Von Hannover v. Germany (No. 2)**, Application nos. 40660/08, 60641/08, 07/02/2012.

61 **Spano**, The Future of the European Court, s. 487.

62 <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/human-rights-handbooks>, E.T. 12.06.2024.

mele sahip olmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunu düzenleyen mevzuatta ikincillik ilkesi açıkça zikredilmemiştir. Bununla birlikte AYM içtihatlarına bakıldığında söz konusu ilkeye sıklıkla atıf yapıldığı görülmektedir.

AİHM yargılamasında ikincillik ilkesinin tarihsel gelişim süreci iki aşamada ele alınmaktadır. Esasları yerleştirme döneminde Sözleşme'nin yapısal ve kurumsal ilkelerinin oluşturulması, objektif yorum kriterleri benimsenmesi ve Sözleşme'nin ulusal düzeyde yerleşikliğinin artırılması gibi hususlara önem verilmiştir. Usulleri yerleştirme aşamasında ise Sözleşme sisteminin usuli meseleleri öncelikli olarak ele alınmaktadır.

İkincillik ilkesinin hayata geçirilmesinde usuli ve maddi olmak üzere çeşitli araçlar kullanılmaktadır. Usuli araçlar kapsamında iç hukuk yollarının tüketilmesi ve pilot karar usulü ele alınmaktadır. Özellikle iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının, ikincillik çağında en öne çıkan araç olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Kopenhag Deklarasyonu'nun yanı sıra AİHM'nin Vuckovic ve Diğerleri/Sırbistan kararında da başvuruların iç hukuk yollarının tüketilmesi noktasında daha özenli davranmaları gerektiği vurgulanmıştır. Maddi araçlar kapsamında ise takdir marjı, dördüncü derece yargı doktrini olmama, ulusal mercilerin kapasitesi gibi hususlar önem arz etmektedir.

Sözleşme sistemi günümüzde dönüştürücü bir dönemi yaşamaktadır. İkincillik çağı olarak adlandırılan dönemde ikincillik ilkesinin hayata geçirilmesinde süreç temelli denetim önemli bir yer tutmaktadır. Süreç temelli denetim döneminde Sözleşme'nin ulusal hukuk sistemlerine yerleştirilmesi ve Sözleşme ilkelerinin ulusal yargıçlar tarafından uygulanması hedeflenmektedir. Bu bağlamda ulusal mercilerin etkinliği son derece önemlidir. Ulusal mahkemelerin bağımsız ve tarafsız hareket etmesi, AİHM içtihatlarını göz önünde bulundurması ikincillik ilkesinin gerçekleşmesine hizmet edecektir. Diğer bir deyişle ikincillik ilkesinin başarıyla uygulanabilmesi için AİHM içtihatlarının yanı sıra taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerinin kapasitesi de belirleyicidir.

İkincillik çağında hak ve özgürlüklerin korunmasında Sözleşme'ye taraf devletlerin birincil sorumluluğuna daha fazla vurgu yapılmaktadır. AİHS'nin ulusal hukukların bir parçası haline gelmesiyle beraber iç hukuk yollarının tüketilmesi noktasında başvuruların daha özenli davranmaları beklenmektedir. Bu çerçevede Mahkeme iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğine ilişkin incelemesinde daha katı bir yaklaşım sergilemektedir. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi de kabul edilebilirlik kriterlerini ele alırken AİHM'nin yaklaşımına uygun hareket etme eğilimindedir.

Sözleşme sisteminde başta gelen sorunlardan biri AİHM'nin iş yükü konusudur. Bu soruna çözüm bulunabilmesi amacıyla çeşitli reformlar yapılmasına rağmen Mahkeme önünde halen çok sayıda derdest dava bulunmaktadır. Sözleşme'ye ilişkin şikâyetlerin ulusal düzeyde çözülmesi, AİHM'nin uzun yıllardır karşı karşıya olduğu iş yükü sorununun azaltılmasının en etkili yollarından biridir. Bireysel başvuru yolunun yürürlüğe girdiği 2012 yılından günümüze kadar Anayasa Mahkemesi'ne de çok sayıda başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında ikincilik ilkesine atıfta bulunarak uyuşmazlığın olağan kanun yolları aşamasında çözülmesinin önemine vurgu yapmaktadır.

KAYNAKÇA

Açıl, Murat, “İnsan Haklarının Uluslararası Hukuk Düzeninde Korunması”, İnsan Hakları Hukuku, Editörler, Tuğba Bayraktar/Ufuk Ramazan Çakmak, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Arai-Takahashi, Yutaka, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerp/Oxford/New York 2001.

Bayraktar, Tuğba, “İnsan Haklarının Uluslararası Hukuk Düzeninde Korunması”, İnsan Hakları Hukuku, Editörler, Tuğba Bayraktar/Ufuk Ramazan Çakmak, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Bodnar, Adam, “Res Interpretata: Legal effect of the European Court of Human Rights’ Judgments For Other States Than Those Which Were Party To The Proceedings”, Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century, Editörler, Yves Haeck/Eva Brems, Springer, 2014.

Brauch, Jeffrey A., “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”, Columbia Journal of European Law, Vol. 11, 2005, s. 113-150.

Çelikyay, Hakan Sabri, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi”, İÜHFİM, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 21-62.

Glas, Lize R., “The age of subsidiarity? The ECtHR’s approach to the admissibility requirement that applicants raise their Convention complaint before domestic courts”, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 41, Is. 2, June 2023, s. 75-96.

Gökcan, Hasan Tahsin, “Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, TBB Dergisi, S. 135, 2018, s. 9-76.

Karaarslan, Abdulkadir, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirliğe Dair Bir Usul Sorunu Olarak Başvuru Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve Kanunla Kurulan Tazminat Komisyonları”, TBB Dergisi, S. 132, 2017, s. 9-54.

Köküsarı, İsmail, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlâl Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi”, EBYÜHFD, C. XXII, S. 1-2, 2018, s. 1-56.

Lambert Abdelgawad, Elisabeth, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Avrupa Konseyi Yayınları, Çev. İnan Sevinç, Strasbourg 2008.

Martinico, Giuseppe, “National Courts and Judicial Disobedience to the ECHR: A Comparative Overview”, Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU and National Legal Orders, Editörler, Oddný Mjöll Arnardóttir/Antoine Buyse, Routledge, London 2016.

Nicolaou, George, “The New Perspective of the European Court of Human Rights on the Effectiveness of its Judgments”, Festschrift für Renate Jaeger Grundrechte und Solidarität: Durchsetzung und Verfahren, Editörler, Christine Hohmann-Dennhardt/Peter Masuch/Mark Villiger, Kehl am Rhein Engel, 2011.

Özbek, Nimet/**Kuşçu**, Döndü, “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 Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 3, 2020, s. 3-39.

Spano, Robert, “The Future of the European Court of Human Rights-Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law”, Human Rights Law Review, Vol. 18. Is. 3, 2018, s. 473-494.

Spano, Robert, “Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, Human Rights Law Review, Vol. 14, Is. 3, 2014, s. 487-502.

Şenol, Cem, “AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi”, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, 2017, s. 260-288.

Şirin, Tolga, “Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 2, S. 4, 2013, s. 359-399.

Turan, Hüseyin, “Bireysel Başvuru Usulünde Kabul Edilebilirlik Kriterleri”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, Editörler, Hüseyin Turan/Recep Kaplan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2015.

Yüksel, Saadet, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasal Hakların Yorumu: Kurumsal ve Kuramsal Açılımlar, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 39, S. 1, 2022, s. 367-372.

İnternet Kaynakları

The European Court of Human Rights: “Pilot Judgements”, Factsheet. November 2023, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_pilot_judgments_eng, E.T. 04.05.2024.

<https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/stats-pending-month-2024-bil>, E.T. 07.05.2024.

<https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/human-rights-handbooks>, E.T. 12.06.2024.

Interlaken Declaration of 19 February 2010, https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf, E.T. 25.04.2024.

Brighton Declaration of 20 April 2012, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/reform&c=>, E.T. 27.05.2024.

Copenhagen Declaration of 13 April 2018, <https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>, E.T. 04.06.2024.

Mahkeme Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Animal Defenders International v. The United Kingdom, Application no. 48876/08, 22/04/2013.

Von Hannover v. Germany (No. 2), Application nos. 40660/08, 60641/08, 07/02/2012.

Austin and Others v. The United Kingdom, Application nos. 39692/09, 40713/09, 41008/09, 15/03/2012.

Ibrahim and Others v. The United Kingdom, Application no. 50541/08, 13/09/2016.

Castells v. Spain, Application no. 11798/85, 23/04/1992.

García Ruiz v. Spain, Application no. 30544/96, 21/01/1999.

Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, 07/12/1976.

Rutkowski and Others v. Poland, Application no. 72287/10, 07/07/2015.

Gafgen v. Germany, Application no. 22978/05, 01/06/2010.

Vučković and Others v. Serbia, Application no. 17153/11, 25/03/2014.

Grzeda v. Poland, Application no. 43572/18, 15/03/2022.

Fragoso Dacosta v. Spain, Application no. 27926/21, 08/06/2023.

Demiroğlu and Others v. Turkey, Application no. 56125/10, 04/06/2013.

Lütfiye Zengin and Others v. Turkey, Application no. 36443/06, 14/04/2015.

Keçecioglu and Others v. Turkey, Application no. 37546/02, 20/07/2010.

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, Ahmet Soysal, Başvuru No. 2012/237, 26/3/2013.

AYM, Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, Başvuru No. 2012/403, 26/03/2013.

AYM, Bayram Gök, Başvuru No. 2012/946, 26/3/2013.

AYM, Keser Altıntaş, Başvuru No. 2023/18536, 25/7/2023.

AYM, Özlem Türkeş, Başvuru No. 2014/505, 17/7/2014.

AYM, Ümit Caner ve Erge İnşaat San. Tur. Tic. Ltd. Şti., Başvuru No. 2013/1422, 5/11/2014.

AYM, Y.T, Başvuru No. 2016/22418, 30/5/2019.

AYM, Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve Diğerleri, Başvuru No. 2016/5903, 10/3/2022.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

Uluslararası Yargı Kararları Işığında Estoppel İlkesi
Estoppel Principle in the Light of International Judicial Decisions

  Dr. Öğr. Üyesi Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR*

 10.60002/ebyuhfd.1516868

ÖZ

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde Divan'ın önüne gelen uyuşmazlıkların çözümünde başvurabileceği kaynaklardan biri olarak üçüncü sırada “medeni milletlerce kabul edilmiş genel hukuk ilkeleri”ne yer verilmiştir. Estoppel ilkesi de bir tarafın kendi çelişkili davranışından yararlanmasını önlemeyi amaçlayarak, uluslararası ilişkilerde tutarlılığı, istikrarı, güveni korumayı sağlamaya hizmet eden bir genel hukuk ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır. İyi niyet, hakkaniyet, ahde vefa (söze bağlılık) gibi diğer bazı ilkelere yakından bağlı olan ilke Anglo-Sakson hukuk sistemi kapsamında geliştirilmiş ve daha sonra uluslararası hukukta uygulanabilir hale gelmiş ve dünya çapında da çeşitli hukuk sistemlerinde benimsenmiştir. İlke, bir devletin ortaya koyduğu bir beyana veya takındığı tutuma diğer devletin güvenerek bir pozisyon almasına ve bu durumdan diğer devletin kendisi lehine bir avantaj ya da fayda sağlamasına sebep olduktan

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 16.07.2024 | Kabul/Accepted: 06.08.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Nesrin Dabanlioğlu Alanur, “Uluslararası Yargı Kararları Işığında Estoppel İlkesi”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (395-430).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

sonra bu beyan veya tutuma aykırı davranmasının engellenmesini ifade eder. Bu makale, uluslararası hukuk bağlamında estoppel ilkesinin ulusal hukuktan farklı şekilde uygulandığını vurgulayarak Uluslararası Adalet Divanı (UAD) ve Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın (USAD) çeşitli içtihatları ışığında uluslararası estoppelin oluşabilmesi için gerekli olan unsurları ele almakta ve bu mahkemelelerin estoppel ilkesini uygularken ne derece tutarlı davrandığını ortaya koymaya çalışmakta ve bu ilkenin uygulamadaki sorunlu alanlarını tespit ederek çözüm önerisi sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Estoppel İlkesi, Uluslararası Hukuk, Anglo-Sakson Hukuk, Common Law, Beyan, Sessizlik, Güven.

ABSTRACT

In Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, “general principles of law accepted by civilized nations” are included in the third place as one of the sources that the Court can refer to in resolving the disputes that come before it. The principle of estoppel appears as a general law principle that aims to prevent a party from benefiting from its own contradictory behavior and serves to maintain consistency, stability and trust in international relations. The principle, which is closely linked to some other principles such as good faith, fairness, and fidelity to promises, was developed within the scope of the Anglo-Saxon legal system and later became applicable in international law and was adopted in various legal systems around the world. The principle refers to preventing another state from relying on a statement or attitude taken by a state to determine its situation or to act contrary to this statement or attitude after causing it to gain an advantage or benefit from this situation. This article emphasizes that the principle of estoppel is applied differently in the context of international law than in national law, and discusses the elements necessary for the formation of international estoppel in the light of various jurisprudence of the International Court of Justice and the Permanent Court of International Justice, and tries to reveal how consistently these courts act in applying the principle of estoppel and how this principle is implemented. It identifies problematic areas and offers solutions.

Keywords: estoppel principle, international law, Anglo-Saxon law, common law, declaration, acquiescence, reliance.

GİRİŞ

Uluslararası hukukta, ulusal hukuktan farklı olarak, taraflar üzerinde üstün bir otorite hâkim değildir, her egemen diğeriyle eşit düzeyde bir konuma sahiptir. Bu durum uluslararası hukukta düzenin sağlanması için gerekli olan kuralların oluşturulmasında özellikle devletlerin iradesini ön plana çıkarmaktadır. Devletler en başta antlaşmalar yoluyla kendilerinin istek ve serbest iradeleriyle belirlediği kurallara uymayı taahhüt etmekte-

dirler. Ancak uluslararası ilişkilere uygulanan kurallar antlaşmalarla sınırlı değildir. Uluslararası teamül hukuku ve ulusal hukukta düzenin sağlanmasında temel önemi haiz olan ve uluslararası hukuka da aktarılan genel hukuk ilkeleri de bulunmaktadır. Uluslararası hukukun kaynakları olarak da ifade edilen bu kurallar UAD Statüsü'nün 38. maddesinde Divanın önüne gelen uyuşmazlıkların çözümünde başvurabileceği kaynaklar olarak sıralanmıştır. Estoppel ilkesi de birçok alanda uluslararası iş birliğinin ve bu iş birliğinin temeli olan güven ve itimadın giderek daha önemli hale geldiği bir çağda, uluslararası ilişkilerde kesinliği, istikrarı ve öngörülebilirliği teşvik etme potansiyeline sahip genel hukuk ilkelerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır¹. Belli bazı iç hukuk düzenlerinde olduğu gibi uluslararası hukuk uygulamasında da tutarlılığın teşvik edilmesi, iyi niyet, hakkaniyet, ahde vefa (söze bağlılık) gibi diğer bazı ilkelerle birlikte varlığı çok eskilere dayanan estoppel ilkesinin uygulanması yoluyla sağlanmaktadır². Bu ilke UAD³ ve onun selefi olduğu USAD⁴ tarafından en az bir kez uygulanmış ve ayrıca sayısız uluslararası tahkim kararında da yerini almıştır⁵. Uluslararası yargı pratiğinde toprak anlaşmazlıklarıyla ilgili davalarda çoğunlukla uygulama alanı bulmakla birlikte başka konularda da bu ilkeye başvurulabileceği belirtilmelidir.

Uluslararası hukukun karmaşık alanında, uluslararası anlaşmazlıklar ve çözülmesi gereken benzersiz sorunlar sıklıkla ortaya çıkabilmektedir. Estoppel, bu tür anlaşmazlıkların çözümünde dayanak gösterilmesi nedeniyle büyük önem kazanmış bir hukuki ilke olarak daha yakından incelemeyi hak etmektedir.

I. ESTOPPEL TERİMİ VE ANLAMI

İlke esasında İngiliz özel hukukundan türemiş olmasına rağmen, “estoppel” teriminin kökeni Fransızca'da hukuksal olmayan kavramsal kar-

-
- 1 Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, 1974, ICJ Rep., s. 253.
 - 2 Bin **Cheng**, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Cambridge University Press, Cambridge 1953, s. 140.
 - 3 Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), Judgement of 6 April 1955, ICJ Rep. s. 4; Fisheries (United Kingdom v. Norway), Judgement, 18 Dec. 1951, ICJ Rep. s. 130; Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgement, 15 June 1962, ICJ Rep., s. 31; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgement, 26 Nov. 1986, ICJ Rep., s. 14.
 - 4 Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v. Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes) (1929) PCIJ (ser A/B) No 20/21; The Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway), 1933, PCIJ (ser A/B) No 53.
 - 5 Maritime Boundary Dispute (Norway v. Sweden), PCA (Permanent Court of Arbitration), 1910; Tinoco Arbitration (Costa Rica v. United Kingdom), PCA, 1924.

şılığ⁶ “tıpa” veya bir şeyin taşmasını durduran “tıkaç” anlamına gelen “es-touppail” kelimesinden gelmektedir⁶. Çeşitli kaynaklarda estoppel ilkesi, estoppel teorisi⁷ veya İngiliz doktrininde estoppel adıyla anılan ilkenin kelime kökeni olan “estop” ise kelime anlamı olarak, “durdurmak, menetmek, engel olmak, önlemek” anlamlarına gelmektedir. Sözlük anlamı “bir kişinin yaptığı bir beyanın doğruluğunu veya var olduğunu iddia ettiği gerçekleri inkâr etmesini engelleyen bir delil kuralı veya hukuk kuralı” olan “estoppel” kavramının, hukuki açıdan Türkçe karşılığı tam olarak bulunmamaktadır⁸.

Aynı şeyi ifade etmek üzere Anglo-Sakson Hukukunda “*estoppel*” kullanılırken Kıta Avrupası hukukunda *preclusion* (men, önleme) ya da *bar* (yasaklama, engelleme) ifadeleri kullanılmaktadır⁹. Uluslararası kararların bazılarında “*to be estopped from*” ifadesine yer verilirken bir kısmında ise “*to be precluded from*” ya da “*to be barred from*” olarak kullanılmıştır. Ancak anlamları hemen hemen aynı olduğu için bu kararların hepsi estoppel ilkesinin uygulanması olarak kabul edilmelidir¹⁰. Bir başka ifadeyle, uluslararası mahkemeler önünde görülen birçok davada estoppel,

-
- 6 Alexander **Ovchar**, “Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ a Principle Promoting Stability Threatens To Undermine It”, *Bond Law Review*, Vol. 21 (1), 2009, s. 3; John **Cartwright**, “Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law”, (Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006), *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 10 (3), 2006, s. 2; Alastair **Hudson**, *Equity and Trusts* Taylor & Francis, London 2004, s. 477.
 - 7 Örneğin, Charles Crozat’ın Devletler Umumi Hukuku kitabının çevirisini yapan Çelik, “estoppel nazariyesi” (teorisi) ifadesini tercih etmiştir. Bkz. Charles **Crozat**, *Devletler Umumi Hukuku (Umumi Prensipler ve Tarihçe)*, C. 1, Çev. Edip F. Çelik, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, s. 141; Toluner’in ise “ilke” anlamında “estoppel prensibi” ifadesini kullandığı görülmektedir. Sevin **Toluner**, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977, s. 296.
 - 8 Boz, estoppel kuramını Türk İdare Hukuku bağlamında değerlendirdiği makalesinde bu kavramın Türkçe karşılığı olarak “durdurulmuş”, “itiraz hakkının düşmesi (dava engeli)” ve “önceki davranışlara aykırı tasarruf yasağı” nitelendirmelerini kullanmaktadır. Selman Sacit **Boz**, “Türk İdare Hukukunda Estoppel Kuramının Uygulanabilirliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 34, Y. 9, 2018, s. 232-233; Bkz. Duygu Didem **Tarı**, *Güney Kuril Adaları’nın Hukuki Statüsü*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2023, s. 114.
 - 9 Yehuda Z. **Blum**, *Historic Titles in International Law*, The Hague, Netherlands, 1965, s. 90; **Tarı**, s. 114.
 - 10 **Tarı**, s. 114.

“engelleme”¹¹ veya eşdeğer diğer terimlere bunlar arasında ayırım gözetmeksizin atıfta bulunulmuştur¹². Özelde uluslararası mahkemelerin terminolojinin kullanımında tutarlı olmadığını genel olarak da uluslararası hukukta terimde birlik sağlanamadığını söylemek mümkündür¹³.

Uluslararası hukuk alanında henüz estoppelin genelgeçer bir tanımı bulunmamakla beraber doktrinden ve yargı kararlarından farklı tanımlamalara ulaşmak mümkündür¹⁴. UAD önünde görülen *Preah Vihear Tapınağı* davasında Yargıç Spreader ilkeyi şöyle tanımlamıştır: estoppel ilkesi, bir devletin, başka bir devlete karşı daha önceden bulunduğu açık ve kesin bir beyana veya zımni olarak takındığı bir tutuma diğer devletin dayanma hakkına sahip olduğu ve bu beyana yada tutuma dayanarak kendi durumunu belirlediği veya bu durumdan kendi lehine bir avantaj ya da fayda sağladığı bir durumda ilk devletin gerçekleştirdiği kendi tutumuna Divan huzurunda itiraz etmesini engelleyen ilkeyi ifade etmektedir¹⁵. Söz konusu doktrinin temel fikirlerinden biri şudur: “Hukuk açısından bir kişi, kendi davranışının diğer taraflar üzerinde yarattığı etkiyi inkâr edemez”¹⁶.

Estoppel bir kişinin, sözlerle, sessizlikle veya eylemlerle ortaya koyduğu önceki istikrarlı tutumuyla çelişen yeni bir tutumu daha sonradan

-
- 11 Birçok uluslararası mahkeme kararında aleyhine estoppel ilkesinin uygulandığı tarafın “engellenmesi”nden söz edilmektedir. Bu çalışmada da aynı ifade estoppel ilkesini kastetmek için kullanılmaktadır.
 - 12 **Ovchar**, s. 3; Alfred P. **Rubin**, “The International Legal Effects of Unilateral Declarations”, *American Journal of International Law*, 71 (1), 1977, s. 16, 19-20; Divan, estopeli tartışırken, “estoppel, engelleme, rıza ve yasaklama” gibi terimleri birbirinin yerine kullanarak terminoloji kullanımında tutarlı davranmamıştır. Ancak bu durum önemli değildir, çünkü estoppelin unsurlarının oluşması halinde söz konusu ilke fiilen uygulanmış olur. O halde, Divan tarafından hangi terimin kullanıldığının esas itibarıyla hiçbir önemi yoktur. *Temple of Preah Vihear*, 40 (Separate Opinion of Judge Alfaro), 62 (Separate Opinion of Judge Fitzmaurice); *Territorial Dispute*, 77 (Separate Opinion of Judge Ajibola). Ayrıca bkz. Georg **Schwarzenberger**, *International Law*, 3rd. ed., Stevens and Sons Ltd., London 1957, s. 566; **Wagner**, s. 1780; **Robert Jennings/Arthur Watts** (eds), *Oppenheim’s International Law*, 9th ed., Longman, London 1992, s. 527.
 - 13 Bkz. Megan L. **Wagner**, “Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice”, *California Law Review*, Vol. 74 (5), 1986, s. 1778; **MacGibbon**, *Estoppel in International Law*, s. 468, 477.
 - 14 Christopher **Brown**, “A Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law”, *University of Miami Law Review*, Vol. 50 (2), 1995, s. 384.
 - 15 *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, ICJ Merits, (Dissenting Opinion of Sir Percy Spender), 143-44.
 - 16 Wolfgang **Friedmann**, *Legal Theory*, Columbia University Press, 1967, s. 522; Kilian **O’Brien**, “Representation in the Doctrine of Estoppel in International Law”, *The Irish Yearbook of International Law*, Vol. 3, 2008, s. 80.

benimsemesinin, önceki konuma güvenen başka bir kişiye haksız yere zarar verecek bir durum yaratması nedeniyle, kişinin önceki tutumuna aykırı ikinci davranışının hukuken bir anlam ifade etmesini bir başka ifadeyle geçerliliğini engelleyen ilkedir. Estoppel ilkesi, bir tarafın hukuki öneme sahip olan önceki açıklamaları veya davranışlarıyla tutarsız bir iddia veya savunma ileri sürmesini, verdiği sözden geri dönmesini engellemeyi, yani, bir devletin kendi tutarsız tutumlarından yararlanmasını ve dolayısıyla başka bir devletin zararına neden olmasını önlemeyi amaçlamaktadır¹⁷. Bu ilke, devletlerin birbirlerinin beyanlarına veya davranışlarına güvenerek hareket etmiş olabileceği uluslararası anlaşmazlıklarda kendini göstermektedir. MacGibbon, “hukuki belirlilik sağlamak amacıyla” ya da UAD’nin ifadesiyle “kesinlik, istikrar ve öngörülebilirlik sağlamak amacıyla estoppelin, bir devleti hukuki bir duruma veya belli bir olaya yönelik tutumunda tutarlı olmaya zorunlu kıldığını” belirtmiştir¹⁸.

İngiliz delil hukukunun teknik bir kuralı olan estoppel, taraflardan birinin daha önce gerçekleştirdiği hukuki öneme sahip bir olay beyanını, bu beyanın yapıldığı diğer kişinin buna dayanarak kendi zararına hareket etmesi veya beyanda bulunanın yararına sonuçlar doğması üzerine mahkeme huzurunda reddetmekten hukuken men edilmesi şeklinde de tanımlanabilir¹⁹. Estoppel ilkesi, bir devletin belli yöndeki eylem ve işlemlerine güvenmek suretiyle hareket eden ve pozisyon alan iyi niyetli muhatap devletlerin bu iyi niyetli hareketlerinin, daha sonra aksi yöndeki başka bir eylem veya işlemle boşa çıkarılmamasını amaçlar²⁰. İyi niyet ve adalet ilkelere dayanan ilke, bir tarafın kendi tutarsız açıklamalarından veya davranışlarından faydalanmasının önüne geçmektedir. Estoppelin altında yatan prensip genellikle “*maxim allegans contraria non audiendus est*,” (kişi kendi tutarsızlığından faydalanmamalıdır/çıkar sağlamamalıdır) şeklinde ifade edilen Latince özyeşle ifade edilir²¹.

17 James **Crawford**, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9th ed., Oxford University Press, UK 2019, s. 420.

18 Ian **MacGibbon**, “Estoppel in International Law”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 7 (3), 1958, s. 468; *Nuclear Tests (Australia v. France)*, s. 253.

19 **Blum**, s. 90; **Tarı**, s. 113.

20 Bkz., Mehmet Emin **Çağran**, *Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri*, Platin Yayınları, Ankara 2005, s. 385-388.

21 **Ovchar**, s. 3; *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, 1962, ICJ Rep. 6, 39 (Separate Opinion of Judge Alfaro); *North Sea Continental Shelf (Denmark v. Federal Republic of Germany, Netherlands v. Federal Republic of Germany)*, 1969, ICJ Rep 4, 120 (Separate Opinion of Judge Ammoun); Bu, bu konuda çoğu bilim adamının tercih ettiği temsili bir çeviridir. Kelimenin tam anlamıyla çeviri “çelişkili

Estoppel önceki beyanlara aykırı tutum yasağı²², çelişkili davranma yasağı, tutarlı davranma kuralı, önceden yapılan beyanın değiştirilmesinin yasaklanması, önceki ifadenin savunmayı engellemesi, itiraz hakkının düşmesi gibi genel anlamları bulunan ilke, uluslararası hukukta, devletlerin başka bir devletin beyanlarından veya davranışından kaynaklanan meşru beklentilerini korumaktadır.

Uluslararası estoppel kuralının, hem İngiliz hukuk geleneğinden türemiş olan Anglo-Sakson hukukunda (*common law-ortak hukuk*), hem de “engelleme” veya “önleme” anlamında benzer bir kavramı içeren Kıta Avrupası Hukukunda (*civil law*) hatta Kıta Avrupası hukuk geleneğinin tarihsel temelini oluşturan Roma Hukuku’nda tarihi bir temeli vardır²³. Hem Alman hem de Fransız Hukukunda, tarafların konumlarını basitçe bir başkasının zararına değiştirememesini sağlayacak temel etkiye sahip genel hükümler bulunmaktadır²⁴. Anglo-Sakson hukuk sistemi, estoppel doktrininin son derece teknik, son derece gelişmiş bir biçimini kabul etmektedir²⁵.

Estoppel önemli bir genel hukuk ilkesi olarak birçok hususta uygulama potansiyeline sahip olmakla beraber, UAD tarafından, özellikle de sınır ve toprak anlaşmazlıklarının konu olduğu birçok davada uygulanmıştır²⁶. Bu tür uyuşmazlıklarla ilgili olarak, bir tarafın bir hukuki durumu, olayı veya olguyu kabul etmesi, örneğin başka bir devletin belli bir bölgedeki eylemini tanıması ve onaylaması, daha sonra buna aykırı herhangi bir eyleme karşı delil teşkil edecek ve böylece söz konusu ilke gereği bu tutuma güvenerek kendi davranışına yön veren uyuşmazlığın diğer tarafına zarar verecek tutarsız eylemlerde bulunmasının engellenmesi mümkün olacaktır. Örneğin, A Devleti, kendi topraklarındaki ihtilafli bölge üzerinde B Devletine egemenlik iddiasında bulunmayacağını beyan ederse veya B devletin bu bölgedeki egemenliğini tanıyan bir beyan veya tutumda bulunursa ve yeni egemen devlet olan B devleti bu tutuma dayanarak söz konusu topraklar üzerinde egemenliğini gösterir hareketlerde bulunursa A Devletin daha sonra bölge üzerinde egemenlik iddiasında bulunması söz konusu ilke gereği engellenebilir. A devleti tanıma işleminin

beyanlarda bulunan kişinin dinlenmemesi” demektir. Bkz. Lord **McNair**, *Law of Treaties*, Oxford University Press, 1961, s. 485.

22 Örneğin Boz, idarenin önceki iradesine aykırı bir davranışta bulunmasını engelleyen estoppel kavramının hukuki karşılığını, çalışması kapsamında “önceki davranışlara aykırı tasarruf yasağı” olarak ifade etmiştir. **Boz**, s. 232-33.

23 **Rubin**, s. 19-20; **Wagner**, s. 1778.

24 **O'Brien**, s. 72.

25 **O'Brien**, s. 72.

26 **Ovchar**, s. 1.

geçersizliğini öne sürerek bu işlemi geri alamayacaktır. Hatta yapmış olduğu açıklama hatalı ya da yanlış olsa dahi, buna aykırı bir açıklaması geçerli sayılmayacak, bu devlet yapmış olduğu ilk açıklama ile o topraklar üzerinde egemenlik iddia etme hakkını kaybetmiş sayılacaktır²⁷. Bu durumda estoppel, geçmişteki kabulün, gelecekteki reddi imkansız kılması sonucunu doğurmaktadır²⁸. Bir başka ifade ile bu ilkenin işlevi devletin sonraki iddiasının gerçeğe uygun olduğu doğrulansa dahi bunu ileri sürme hakkının yitirilmesine yol açmasıdır²⁹.

II. ESTOPPELİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Uluslararası düzeyde geniş çapta tanınan estoppel ilkesinin uluslararası hukukun genel bir ilkesi olduğu genellikle kabul edilmektedir³⁰. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38/c maddesinde Divan'ın önüne gelen uluslararası bir uyuşmazlığı çözerken başvurabileceği bir uluslararası hukuk kaynağı olarak üçüncü sırada "medeni milletlerce kabul edilmiş genel hukuk ilkeleri"ne yer verilmiştir. Genel hukuk ilkeleri, doktrinde genel olarak "birçok ulusal hukuk düzeninde yer alan ve uluslararası hukuk düzenine aktarılmalarına ne hukuk mantığı ne de devletlerin değer yargıları bakımından herhangi bir engel bulunan devletlerin ortak hukuk değerlerini içeren kurallardır" şeklinde tanımlanmaktadır³¹. Hem uluslararası hakemlik kararlarında hem de uluslararası mahkeme kararlarında hukukun genel ilkelerinin bir uluslararası hukuk kaynağı olarak ayrı varlığını kabul eden ifadeler bulunmaktadır. USA'D'nin hiçbir kararında genel hukuk ilkelerinden açıkça söz edilmese de Divanın bazı genel hukuk ilkelerini uyguladığı görülmektedir³². UAD'nin genel hukuk ilkelerinin adını tam olarak vermeden bu nitelikli kuralları uyguladığı birçok karar bulunmaktadır³³.

27 **Crozat**, s. 141; **Tarı**, s. 113-114.

28 Yücel **Acer**/İbrahim **Kaya**, Uluslararası Hukuk, İngilizce Özetli Temel Ders Kitabı, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 42.

29 **Toluner**, s. 297.

30 Ian **Brownlie**, Principles of Public International Law, 6. ed, Oxford University Press, 2003, s. 616; **Ovchar**, s. 1; **Crawford**, s. 421; Bkz. Melda **Sur**, Uluslararası Hukukun Esasları, 3. bs., Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 78.

31 Hüseyin **Pazarıcı**, Uluslararası Hukuk, 6. bs., Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 114; Enver **Bozkurt**/Yasin **Poyraz**/Selcan **Erdal**, Devletler Hukuku, Yetkin Basımevi, Ankara 2021, s. 71-72.

32 Hukuk genel ilkeleri ilk kez 1920'de Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde açıkça uluslararası hukukun asli kaynakları arasında sayılmak suretiyle, genel hukuk ilkeleri kategorisi ortaya çıkmıştır. Aslan **Gündüz**, Milletlerarası Hukuk, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 24; **Pazarıcı**, s. 117.

33 **Pazarıcı**, s. 117-18.

Genel ilkeler, bir ulusal hukuk düzeninin temel öneme sahip ve genel kabul görmüş kurallarıdır. Bu ilkeler hukuk sisteminin işleyişi için gereklidir. Özellikle devletlerin özel hukukunda geçerli olan bu ilkeler uyumsuzluk çözümünde önemli bir rol oynamaktadır. Bu tür ilkelerin çoğu çeşitli uluslararası aktörler arasında da genel bir kabul görmektedir³⁴. Estoppel ilkesi de bunlardan biridir. Estoppel doktrini veya farklı isimle ifade edilse de bunun eşdeğeri bir ilke veya kural, ulusal hukuk sistemleri olan Kıta Avrupası hukuk sistemi (Civil Law) ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerinden (Common Law) uluslararası hukuka aktarılmıştır³⁵. Estoppel, “herhangi bir hukuk sisteminde bulunabilecek en güçlü ve esnek araçlardan” biri olarak kabul edilmektedir³⁶. Birkaç İngiliz yargıcının estoppeli tüm medeni milletlerin kanunlarında bulunduğu inandıklarını belirterek, ilkeyi evrensel olarak kabul edilen genel bir ilke olarak tanımlaması da dikkat çekicidir³⁷.

Ulusal düzeyde farklı biçimlerde ve isimlerde olsa da estoppelin kolaylıkla hukukun genel bir ilkesi olarak tanımlanması için tüm bu uygulamalar yeterince benzerdirler³⁸. Bu hem uluslararası yorumcular hem de uluslararası mahkemeler tarafından kabul edilmiştir. Hersch Lauterpacht çok net bir şekilde estoppel ilkesinin tüm özel hukuk sistemleri tarafından tanındığını belirtmiştir³⁹. Ayrıca, USAD, estoppelin statüsünü bir uluslararası hukuk ilkesi olarak ve hatta genel bir hukuk kavramı olarak teyit etmiştir⁴⁰. Estoppelin uluslararası teamül olarak kabul edilmesi için ise yeterli desteğin oluşup oluşmadığı daha muğlaktır⁴¹. Estoppelin kaynağının uluslararası teamül mü yoksa medeni milletlerin hukukunun genel ilkeleri mi olduğu konusunda tartışmalar olsa da uluslararası hukukun genel bir ilkesi olarak estoppelin varlığını sorgulayacak kesim çok daha azdır⁴².

34 **Hudson**, s. 478.

35 **Crawford**, s. 421; **Hudson**, s. 478.

36 **Ovchar**, s. 1.

37 **O'Brien**, s. 72.

38 **O'Brien**, s. 72.

39 Wilhelm **Friede**, “Das Estoppel Prinzip im Völkerrecht”, Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 5, 1935, s. 517.

40 **Factory at Chorzów** (Germany v. Poland) 1933 PCIJ (ser A) No 17, 29.

41 **O'Brien**, s. 72; MacGibbon, estoppel doktrini için geçerli bir teamüli temelin bulunduğunu ifade etmiştir ve bununla birlikte, “estoppelin bazı yönlerinin, uluslararası bir teamülün gerektirdiği kriterleri henüz karşılamasa da karşılama sürecinde olduğu düşünülebilir.” demektedir. **MacGibbon**, Estoppel in International Law, s. 468, 513.

42 **Brown**, s. 385.

Estoppelin uluslararası hukukun genel bir ilkesi olduğu ve iyi niyet ve tutarlılık ilkelerine dayandığı görüşü uluslararası alanda kayda değer bir çoğunluk tarafından desteklenmektedir⁴³. İyi niyet, uluslararası estoppelin kavramsal temelini oluştururken, tutarlı davranmanın teşvik edilmesi bu ilkenin pratik amacına hizmet etmektedir⁴⁴. Bu ilke uluslararası bir mahkeme önünde bir hakkaniyet ve eşitlik ilkesi olarak işleyebilmektedir⁴⁵. Uluslararası estoppelin bu iyi niyet temeli estoppel ilkesine daha büyük bir boyut kazandırmaktadır. İyi niyetle hareket etme yükümlülüğü hukukun genel bir ilkesidir ve dolayısıyla uluslararası hukukun bir parçasıdır⁴⁶. Sonuç olarak, modern görüş, estoppel kavramını medeni milletler tarafından tanınan genel hukuk ilkelerinden biri düzeyine yükseltme eğilimindedir⁴⁷. Bu, sayısız uygulamaya uygun geniş bir kavramdır ve UAD yargılamalarında da güçlü bir ağırlık taşıdığı gözlenmektedir⁴⁸. Kökleri hakkaniyete dayanan bir hukuk doktrini olan estoppel, uluslararası hukukta sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynamaktadır. Uluslararası hukuk bağlamında estoppel, adaleti teşvik etmek, bu sayede adaletsizliği önlemek ve küresel ilişkilerin istikrarını korumak için bir araç olarak hizmet vermektedir.

III. ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUKTA ESTOPPEL FARKI

Estoppel doktrini, ilk olarak İngiltere'nin Anglo-Sakson (Common Law) sisteminde ortaya çıkan bir terimdir. Ancak estoppelin altında yatan prensip, birçok ulusal hukuk sistemine yakındır. Anglo-Sakson sistemi farklı estoppel biçimlerini tanımıştır. Her bir biçim, farklı bir dogmatik ve pragmatik temel üzerinde geliştirilmiştir ve *Anglo-Sakson* hukuk sisteminde mevcut olan çeşitli estoppeller, çok farklı durumlarda geçerli olan farklı teorik dayanaklara sahiptir⁴⁹.

43 **Crawford**, s. 420.

44 Estoppel ilkesinin, iyi niyet prensibinin bir uygulaması olduğu ifade edilmektedir. **Toluner**, s. 296; Derek William **Bowett**, "Estoppel Before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence", *British Yearbook of International Law*, Vol. 33, 1957, s. 186; **MacGibbon**, *Estoppel in International Law*, s. 468.

45 **Jrawford**, s. 421; Ayrıca bkz. **Bowett**, s. 176, 195; Hersch **Lauterpacht**, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, Cambridge 1958, s. 168-72.

46 **Bowett**, s. 176; **MacGibbon**, *Estoppel in International Law*, s. 487; **Rubin**, s. 2, 13.

47 Ian **MacGibbon**, "The Scope of Acquiescence in International Law", *British Yearbook of International Law*, Vol. 31, 1954, s. 143, 147-48.

48 **Wagner**, s. 1779; **MacGibbon**, *Estoppel in International Law*, s. 470.

49 **Brown**, s. 369, 371.

Yargıç Alfaro'nun *Preah Vihear Tapınağı* davasında gözlemlediği gibi, ulusal ve uluslararası mahkemelerin içtihatlarında estoppel arasında benzerlikler olmasına rağmen, uluslararası alanda benimsenen ve uygulanan basit ve net kural ile ulusal sistemin karmaşık sınıflandırmaları, yöntemleri, türleri, alt türleri ve usule ilişkin özellikleri arasında çok önemli bir fark vardır⁵⁰. Ulusal hukuktan uluslararası alana dahil olurken ve daha sonra uluslararası hukukçular tarafından kullanılırken, estoppel kavramı o kadar genişlemiştir ki, ulusal hukuk sistemlerindeki estoppel ile yapılan kıyas yanıltıcıdır. Çünkü uluslararası estoppel iç hukuk sistemleri olan Common Law ve Civil Law'da tanındığı şekildedir⁵¹. UAD yargıç Alfaro, uluslararası estoppelin ulusal estoppeli ya da Kıta Avrupası Hukukundaki "engelleme" kuralını tam olarak yansıtmadığını belirtmiştir⁵². Uluslararası hukukta estoppel ilkesi, Anglo Sakson hukukundaki estoppel kurallarından türetilmiş olsa da, Anglo-Sakson hukukundaki gibi zengin ve ayrıntılı bir kurallar sistemi geliştirememektedir. Ayrıca, estoppelin uluslararası hukuktaki gelişiminin henüz tam olarak sağlanmadığı ileri sürülmektedir. Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde öngörülen çeşitli estoppel biçimlerinin dikkate alınması gerekmele birlikte, uluslararası hukukta estoppelin varlığı tespit edilirken, ulusal hukuk çerçevesinden ilkeyi yorumlamaya çalışmak gerçekçi değildir⁵³. İç hukukla olan yakınlığını göstermek için estoppeli iç hukuktaki gibi detaylı ve kapsamlı bir şekilde sınıflandırmaya çalışmanın ve Anglo Sakson sistemindeki alt estoppel ilkelerini uluslararası hukuka katı bir şekilde zorla kabul ettirmeye çalışmanın ne gerekli ne de yararlı olduğu vurgulanmalıdır⁵⁴. Bu yönde bir düşünce uluslararası hukuktaki estoppel uygulamasında daha net, daha yeknesak, daha öngörülebilir, daha yönetilebilir bir doktrine yol açacaktır.

Ulusal estoppel uygulamasında detaylı şart ve unsurların aranmasının ulusal bağlamda estoppelin uygulama alanını daralttığına şüphe yoktur. Buna karşılık, uluslararası estoppel daha kapsamlı çizgiler çizmektedir⁵⁵.

50 Temple of Preah Vihear, 39 (Separate Opinion of Judge Alfaro); Anthony D'Amato, "Consent, Estoppel, and Reasonableness: Three Challenges to Universal International Law", Virginia Journal of International Law, Vol. 10, 1969, s. 1, 8; Uluslararası hukuk uygulamasında "açıklama yoluyla estoppel" şeklinde tek bir estoppel kategorisi yaratılarak doktrin basitleştirilmiştir. Burada beyan terimi, estoppel şemsiyesi altında fiil, davranış, beyan gibi mümkün olduğunca çok sayıda açıklama türünü kapsamak niyetiyle geniş şekilde yorumlanmıştır.

51 MacGibbon, Estoppel in International Law, s. 468, 477.

52 Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), 1962 I.C.J. 6, 39 (June 15).

53 O'Brien, s. 79.

54 Brown, s. 369.

55 MacGibbon, The Scope of Acquiescence in International Law, 147-48.

Uluslararası kavramı düzenleyen teknik kuralların bulunmaması, bu kavramın giderek daha geniş çeşitlilikte davalara uygulanmasına olanak tanıyabilir. Bir başka ifadeyle estoppelin uygulanabilmesi için gereken şart ve unsurların ulusal estoppele göre daha sınırlı olması bu ilkenin çok daha geniş yorumlandığını göstermektedir. Üstelik doktrinin kapsamı açıkça tanımlanmadığından, UAD yargıçları doktrini genişletmenin yanı sıra sınırlandırma da yapabilmektedir⁵⁶.

Sonuç olarak, uluslararası hukukta bilindiği şekliyle estoppel doktrininin, dar yorumlanan Anglo Sakson sistemindeki şeklinden çok daha geniş olduğu söylenebilir. Uluslararası hukuk, estoppelin basit ve tamamen teknik olmayan bir anlayışını benimsemiş ve bunu yalnızca delil veya usul kuralı olarak değil, esasa ilişkin bir kural olarak uygulamıştır. Bu basitleştirmeye rağmen, Divan estoppel uygulamasında tutarlı olmamıştır⁵⁷. Ulusal ve uluslararası estoppel doktrinleri aynı olarak kabul edilememekle birlikte, yine de tutarlı bir estoppel doktrininin oluşturulması ve geliştirilmesi için estoppel ilkesine başvurmak isteyen tarafın ulusal hukukta aranan zarara uğraması gerekliliği gibi estoppele ilişkin belirli bazı kriterlerin daha iyi incelenmesi uluslararası hukukta estoppelin sınırları konusunda iyi bir yol gösterici olabilir.

IV. ESTOPPEL İLKESİNİN UNSURLARI

Uluslararası hukukta estoppel oluşması için belirli unsurların mevcut olması gerekir. Bir takım ulusal uygulamalardan yararlanılarak estoppel doktrininin çeşitli unsurlarının doğru şekilde ayırt edilmesi ve sınırlandırılması, daha yeknesak bir estoppel teorisinin ve dolayısıyla daha fazla hukuki kesinliğin sağlanmasına hizmet edecektir. Estoppel, bir devlet tarafından belli bir rejimin kabul edildiğini açık ve tutarlı bir şekilde ortaya koyan ve aynı zamanda başka bir devletin böyle bir davranışa güvenerek kendi durumunda değişiklik yaratmasına veya bu güven nedeniyle mağdur olmasına neden olan fiil, beyan ve benzeri bir davranışından çıkarılabilir⁵⁸. Sürekli Tahkim Mahkemesi verdiği bir kararda estoppele şu şartların var olması halinde başvurulabileceğini belirtmiştir:

1-Bir devletin sözlü, davranışsal veya sessiz kalma yoluyla irade açıklamasında bulunması, 2-Bu tür beyan veya davranışların, söz konusu konu ile ilgili olarak devlet adına konuşmaya, hareket etmeye yetkili bir temsilci aracılığıyla yapılmış olması, 3-Estoppel ilkesini ileri süren devletin, bu tür

56 **Wagner**, s. 779.

57 **Bowett**, s. 201.

58 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. the United States of America)*, Judgment, 26 Nov.1984, s. 415.

beyanlar ve tutumlarla kendi zararına hareket etmeye, zarara uğramaya veya beyanda bulunan devlete fayda sağlamaya ikna edilmeye çalışılması, 4-Devletin beyan, davranış yada başka türlü ortaya koyduğu tutuma diğer tarafın güvenmiş ve buna göre hareket etmiş olması. Mahkeme, devletin güvenme hakkına sahip olduğu bir tutum olduğu için bu tür bir güvenin meşru sayılacağını da kararında belirtmiştir⁵⁹.

Estoppelin unsurları davanın özel koşullarına bağlı olarak değişmekle birlikte, yaygın olarak kabul edilen üç temel unsurdan söz edilmektedir. Bowett, ulusal hukuk ilkeleri ile kıyaslama yaparak ve uluslararası mahkemelerin kararlarına atıfta bulunarak estoppelin unsurlarının şunlar olduğunu belirtmiştir⁶⁰: ilk olarak, bir durumun, olgunun ifade edilmesi; ikinci olarak, bunun serbest iradeyle, koşulsuz olarak ve yetkili şekilde yapılması; son olarak, estopeli ileri sürecek tarafın zararına veya beyanda bulunan tarafın yararına olacak şekilde duyulan güven⁶¹.

Divan ulusal estoppelin aksine belirli estoppel biçimlerinin teknik özelliklerini benimsememiş, bunun yerine, *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği* davasında estoppelin üç temel unsurdan oluştuğunu belirtmiştir. Hepsinin eşzamanlı olarak yerine getirilmesi gereken bu şart veya unsurlar ilk olarak, bir devletin diğerine beyanda bulunması; ikinci olarak, beyanın serbest iradeyle, koşulsuz olması ve meşru yetkiyle yapılması ve son olarak, estopeli ileri sürecek tarafın zararına ya da beyanda bulunan tarafın yararına bu beyana iyi niyetle güvenilmiş olması gerekliliğidir⁶². Üç unsurun tamamının varlığı tespit edilirse, estoppel ortaya çıkabilir⁶³. İlk iki unsur pek tartışma yaratmamasına rağmen, üçüncüsü tartışmalara neden olmuştur⁶⁴. Bu gerekli faktörler, UAD tarafından görülen birçok davada tekrar tekrar teyit edilmiştir⁶⁵.

A. İrade Açıklaması

İrade açıklaması, estoppel oluşması için gereken ilk unsurdur. Bir tarafın estoppel ilkesi kapsamında ortaya koymaya çalıştığı herhangi bir iddianın mutlaka başka bir tarafça yapılan açık veya zımni irade beyanıyla

59 Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. UK), PCA (2015), 172, para. 438.

60 Bowett, s. 202.

61 Crawford, s. 420; Wagner, s. 1777; Bowett, s. 176; Jennings/Watts, s. 527.

62 North Sea Continental Shelf, 26; Wagner, s. 1777.

63 Ovchar, s. 2.

64 Wagner, s. 1779. İlgili başlık altında bu konuya yer verilecektir.

65 Örneğin, North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Territorial Dispute (Libya v. Chad), 1994, IICJ Reports 7.

ilgili olması gerekir. Bu beyan aslında çok çeşitli şekillerde yapılabilir. Aşağıda belirtilen temel gereklilikler dışında, bir irade açıklamasının estoppelin temeli olarak kabul edilmesi için yerine getirilmesi gereken katı bir resmi gereklilik yoktur. Bu çalışma bağlamında irade açıklaması, bir tarafın niyetini veya durumunu ifade edebilen ve objektif bir değerlendirmeye göre diğer bir tarafın buna güvenme hakkına sahip olduğu ve güvenerek hareket ettiği herhangi bir eylem veya davranış olarak anlaşılmalıdır.

İrade açıklaması unsuru, ilgili devletlerin açık veya zımni davranışlarıyla ilgilidir ve çoğunlukla ihtilafa düşen devletlerin yetkili temsilcileri tarafından yapılan açıklamaları içerir. Uluslararası uygulamaya göre bu unsur ilk olarak tek taraflı vaat/tahahhüt veya benzer şekilde açık ve net bir sözlü beyanı ifade etmekle beraber, davranış yoluyla yani zımni kabul olarak değerlendirilebilecek bir eylem veya sözlü beyan görevi olduğunda susma şeklinde (sessizlikten doğan zımni beyan) ki bir tutumu da yani eylemsizliği de kapsamaktadır⁶⁶. Daha önce estoppel doktrininin gelişimine hakim olan sınıflandırmanın büyük ölçüde terk edilebileceği ve bunun yerine irade açıklaması kavramının geniş bir şekilde yorumlandığı “açıklama yoluyla estoppel” kavramının getirilebileceği ileri sürülmektedir. Bu duruma karşı çıkanlar, “irade açıklaması”nın geniş bir tanımının, potansiyel estoppel iddialarının çok fazla olmasına yol açacağını iddia edebilir. Ancak aşağıda kanıtlandığı gibi, estoppelin başarılı bir şekilde savunulabilmesi için hala aşılması gereken çok sayıda önemsiz sayılamayacak engel bulunduğundan durum böyle olmayacaktır⁶⁷.

66 Divan yargıcı Fitzmaurice, Preah Vihear Tapınağı davasında muhtemel estoppel etkisinin, beyan unsuru olarak bir açıklamadan veya sessizlikten kaynaklanabileceğini belirtmiştir. Temple of Preah Vihear, 62 (Separate Opinion of Judge Fitzmaurice); Ayrıca bkz. Elettronica Sicula SPA (the United States of America v. Italy), 1989, ICJ Rep 15, 44. ABD'nin yatırım anlaşmazlığı nedeniyle İtalya'ya açtığı bu davada Divan estoppel ilkesinin uygulanabilirliği konusunda açıklama yapma fırsatı buldu. İtalya, İtalya merkezli şirkette %100 hisseye sahip olan ilgili iki ABD şirketinin İtalya'daki yerel hukuk yollarını tüketmediği gerekçesiyle ABD'nin davayı UAD'ye götürmesine itiraz etmiştir. Buna cevaben ABD, İtalya'nın ABD'ye daha önceki cevabında yerel hukuk yolları iddiasını gündeme getirmediğinden İtalya'nın bu koşullardaki sessizliğinin estoppel teşkil ettiğini, yani İtalya'nın sessizliğini koruması nedeniyle itiraz hakkından vazgeçmiş sayılacağını belirtmiştir. Divan ise, her ne kadar bir şeyin söylenmesi gereken bazı durumlarda sessizlikten estoppelin ortaya çıkabileceği göz ardı edilemese de amaçsız bir diplomatik görüşmede salt belli bir meseleden bahsetmemenin estoppel oluşturmasında bariz zorluklar olduğunu ifade etmiştir.

67 **O'Brien**, s. 80.

1. Tek Taraflı Bir Beyan veya Taahhüt

Uluslararası hukukta estoppel için temel oluşturabilecek ilk açıklama türü olarak, bir taahhüdün, yeterli bir bağlanma niyetinin de var olması halinde bağlayıcı bir etkiye sahip olabileceği ileri sürülebilir. Bu tür bir taahhüdün varlığı durumunda estoppel etkisinin oluşacağı, Anglo-Sakson hukukunda da kesinlikle kabul edilmektedir⁶⁸. Bir taahhüdün mevcut olması halinde estoppelin oluşabileceğinin teyit edildiği ünlü İngiliz kararında⁶⁹ şu ifadeler yer verilmiştir: “Hukuki ilişki yaratmayı amaçlayan bir sözün, söz veren kişinin bilgisi dahilinde, söz veren yani vaatte bulunan kişi tarafından yerine getirileceği ve gerçekte de öyle yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu gibi durumlarda mahkemeler verilen sözün yerine getirilmesi gerektiğini belirtmektedir”. Estoppel, bir tarafın diğerine bir söz vermesi ve daha sonra diğer tarafın bu söze kendi zararına güvenmesi durumunda ortaya çıkar. Bu tür bir estoppel, resmi bir sözleşmeyle desteklenmese dahi, söz verenin sözünden geri dönmesini engeller.

Doğu Grönland’ın Hukuki Statüsü davası, uluslararası hukukta estoppel ilkesinin uygulamasının güzel bir örneğidir ve aynı zamanda bu konuda tartışmalara yol açan ilk davalar arasındadır. Danimarka ile Norveç arasında Doğu Grönland’daki egemenlik konusunda yaşanan anlaşmazlığa ilişkin olan bu davada USAD, Norveç Hükümeti adına Dışişleri Bakanı’nın 22 Temmuz 1919 tarihli beyanına⁷⁰ atıfta bulunmuştur; bu beyanda açıkça şu ifadeler yer almaktadır:

“Bugün Danimarka Bakanına, Norveç Hükümetinin bu sorunun çözümünde herhangi bir zorluk çıkarmayacağını söyledim”. USAD, her ne kadar Dışişleri Bakanlığı’nın Danimarka’nın Grönland üzerindeki egemenliğini devretmeye ve tanımaya niyeti olmasa da, Danimarkalı mevkidaşının Doğu Grönland’la ilgili konuda gerekeni yapmasını Norveç’in engellemeyeceği taahhüdüne Danimarka Hükümetinin yine de güvenebileceğine karar vermiştir. Divan, Norveç Dışişleri Bakanının bu tür bir taahhüdünün dolaylı olarak Norveç’i bağladığı sonucuna varmış ve dolayısıyla Norveç’in, Dışişleri Bakanının beyanı gereği, Danimarka’nın Grönland üzerindeki egemenliğini tartışmaktan, bu toprak parçasını ya da bir kısmını işgal etmekten kaçınma yükümü altında olduğunu kabul etmiştir. Bu davada, USAD tarafından, tek taraflı beyanların, söz konusu devletler ara-

68 **O'Brien**, s. 80.

69 “Central London Property Trust Ltd - High Trees House Ltd.” adlı ünlü İngiliz kararı hakkında bkz. **O'Brien**, s. 81.

70 Nils Claus Ihlen tarafından yapılan beyanat “Ihlen Deklerasyonu” olarak ifade edilmektedir.

sında daha geniş bir müzakere bağlamında verildiği takdirde bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir⁷¹. Bu davanın koşulları aynı zamanda açık olma, serbest irade ile yapılma ve ilgili taraflarca güven duyulması şeklinde sıralanabilen estoppel şartlarını da karşılamaktadır⁷².

Bir devletin belirli bir hukuki sorunla ilgili olarak gerçekleştirmeyi planladığı belirli eylem planına ilişkin diplomatik temaslar kapsamında yapılan bir beyan da estoppel etkisi doğurabilir. Tek taraflı beyanın bağlayıcı etkisinin olup olmadığı konusunda şüphesiz en önemli kararlardan biri UAD'nin *Nükleer Denemeler* davasındaki kararıdır. Bu karar, ilk kez bir beyanın (veya dava konusu olayda birkaç beyanın), müzakere süreci gibi özel koşullar altında beyan edilmeden bağlayıcı bir etki yarattığını göstermesi bakımından önemlidir⁷³. Bu davada Avustralya ve Yeni Zelanda, Fransa'nın Güney Pasifik'te gerçekleştirdiği atmosferik nükleer denemelerin durdurulması talebiyle iddialarını UAD'ye sunmuştur. Dava devam ederken Fransız Hükümeti bir dizi denemeyi tamamladığını duyurmuş ve daha fazla deneme yapmayı planlamadığını belirtmiştir. UAD, tek taraflı bir beyanın, bu tür bir beyanda bulunan bir devlet için açık ve net şekilde ifade edilmesi halinde hukuken bağlayıcı yükümlülükler oluşturabileceğini vurgulamıştır⁷⁴.

Dava konusu olayda toplamda, tek taraflı beyan sayılabilecek altı açıklama yapılmıştır. Bunlardan en önemli ikisi, Fransa Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nın bir basın toplantısında yeni tamamlanan test turunun son test olacağını ilan ettiği açıklaması ve ikincisi, Savunma Bakanının bir basın toplantısı ortamında tekrar başka test yapılmayacağını söylediği bir başka açıklamadır. Divan, bu konuyla ilgili yapılan diğer tüm açıklamaların aksine, bu belirli açıklamalara önemli bir ağırlık vermiş ve kararında şu ifadeleri kullanmıştır:

71 Norveç Dışişleri Bakanı Nils Claus Ihlen ve Danimarka elçisi arasında 14.07.1919 tarihindeki görüşmede Danimarka elçisi ileride yapılacak Paris Konferansında Norveç'in Spitzbergen ile ilgili taleplerine Danimarka'nın karşı çıkmayacağını buna karşılık Norveç'in de Danimarka'nın Grönland üzerinde egemenliğine karşı çıkmamasını istemiştir. 22.07.1919'da yapılan ikinci görüşmede Ihlen, Norveç hükümetinin Danimarka'nın Grönland ile ilgili talepleri konusunda herhangi bir güçlük çıkarmayacağını belirtmiştir. Ancak sonrasında yaşanan gelişmelerde farklı uygulamaların ortaya çıkması nedeniyle Danimarka, durumu USAD'ye taşımıştır.

72 Tran Thang Long, "The Application of Estoppel in International Law and Experiences for Vietnam", Vietnamese Journal of Legal Sciences, Vol. 1 (1), 2019, s. 94

73 O'Brien, s. 78.

74 Nuclear Tests (Australia and France; New Zealand and France), ICJ. Reports 1974, s. 267, para. 43, s. 269, para. 51, and s. 472, para 46, s. 474, para. 53

“Hukuki veya fiili durumlara ilişkin tek taraflı beyanlar, hukuki yükümlülük doğurma etkisi yaratabilir. Bu tür beyanlar çok spesifik olabilir ve sıklıkla da öyledir. Beyanda bulunan devletin kendi şartlarına göre bağlı olması gerektiği yönündeki niyeti olduğunda, bu niyet beyana hukuki bir taahhüt niteliği kazandırır. Devletin o andan itibaren hukuki olarak beyana uygun bir davranış tarzı izlemesi gerekir⁷⁵. Nasıl ki andlaşmalar hukukundaki *pacta sunt servanda* kuralı iyi niyete dayanıyorsa, uluslararası bir yükümlülüğün bağlayıcı niteliği de tek taraflı beyanla üstlenilir⁷⁶. Divan, bu kararda “estoppel” terimini kullanmamış olsa da Fransa’nın atmosferik nükleer denemelerin yakında sona ereceğine ilişkin tek taraflı beyanının bağlayıcı bir ifade olduğunu ve dolayısıyla tamamen geçerli olduğunu kabul ederek Fransa’nın başka test yapmama yükümlülüğü üstlendiği tespitinde bulunmuştur.

UAD’nin kararında, tek taraflı taahhütlerin de bir estoppel etkisi oluşturabileceği görüşü ifade edilmiştir. Her ne kadar “beyanlar” ile “taahhütler” arasındaki fark tam olarak net olmasa da bağlayıcı olması açısından bu tür davranışların açık bir niyet göstermesinin önemli olduğu kabul edilebilir. Divan devletler tarafından tek taraflı olarak yapılan beyanın taşıdığı bağlayıcı niyetin önemine vurgu yapmıştır. Buna göre Divan, tek taraflı beyanların tamamının devletler için bağlayıcı olmasa da, bu beyanlardan çıkarılacak niyetin hukuki geçerliliği olacağını belirtmiştir. Aynı zamanda, “bir devletin tek taraflı beyanlarının, bu devlete daha sonra bu beyanla tutarlı eylemleri uygulama yönünde hukuki yükümlülük yüklediğini” ifade etmiştir⁷⁷.

Uluslararası hukukta verilen bir sözün belirsiz rolü nedeniyle, bu tür estoppel son derece tartışmalı olmaya devam etmektedir. Bu açıdan özellikle ilgi çekici olan, bu tür bir vaat ile tek taraflı bir beyan arasında görülen yakın bağlantıdır. Hem vaatler hem de tek taraflı beyanlar açısından temel mesele aynıdır; yani söz veya beyanın yalnızca bir tarafın değişken siyasi algısının bir ifadesi olarak mı görülmesi gerektiği, yoksa açıklamayı yapan tarafı bağlayıcı olarak mı görülmesi gerektiğidir. Divan’ın Nükleer Denemeler davasındaki kararı, “açık beyan’a atıf yapmakla birlikte, tek taraflı devlet işlemindeki hukuki bağlanma iradesinin, işlemin yapıldığı

75 Nuclear Tests Case (Australia v. France) ICJ 20 Dec 1974, s. 267. Dolayısıyla bu tamamen söz konusu devletin niyetine bağlıdır ve Divan, “hukuki yükümlülük yaratabilecek tek taraflı bir beyanın sahibinin kastettiği anlam ve kapsam hakkında kendi görüşünü oluşturmanın” Divan’ın görevi olduğunu vurgulamıştır (s. 269, 474).

76 Nuclear Tests Case (Australia v. France) ICJ 20 Dec. 1974, s. 268.

77 Nuclear Tests Case (Australia v. France), s. 268.

dönemin koşullarıyla birlikte değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir⁷⁸. Burkina Faso ve Mali arasındaki *Sınır Anlaşmazlığı* davasında da UAD, tek taraflı beyanda bulunan tarafın niyetini değerlendirmek için, eylemlerin ortaya çıktığı tüm koşulların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁷⁹.

Ayrıca Divan *Nükleer Denemeler* davasında, beyanın estoppel oluşturması için ne diğer devletler tarafından beyanın ardından kabul edilmesinin, ne de herhangi bir cevap veya tepkinin gerekli olduğunu ifade etmiştir⁸⁰. Bu nedenle tek taraflı bir beyanın hukuki bir sonuç doğurması bakımından bu dava önemlidir⁸¹.

a. Beyanın Şekli

Tek taraflı bir beyanın şeklinin onun hukuki geçerliliğini etkilemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir. Divan, *Nükleer Denemeler* davasında, beyanın şekli konusunda bunun uluslararası hukukun detaylı, net ve katı kurallar koyduğu bir alan olarak görülmediğini vurgulamıştır. Dolayısıyla belirli durumlarda sözlü veya yazılı olarak yapılan bir beyan, önemli bir fark yaratmamakta olup, uluslararası hukukta taahhütler oluşturabilmektedir. Beyanın mutlaka yazılı olması gerekmediğinden şekil meselesi estoppelin oluşması için belirleyici bir kriter değildir. UAD, *Preah Vihear Tapınağı* davasında da ilgili tarafın tek taraflı bir beyanının şeklinin önemsiz oluşuna değinmiştir.

Nükleer Denemeler davasında Divan, Fransa'nın 1974 tarihli "tek taraflı eylemlerinin yasal yükümlülükler doğurduğunu"⁸² ortaya koyarken, tek taraflı taahhütlerin sağlanması gereken koşulları da açıklığa kavuşturmuştur. İlk olarak, tek taraflı taahhüt beyanı kamuoyuna açıklanmalıdır; ikinci olarak, taahhütte bulunan tarafın bağlayıcı olma niyetinin bulunması gerekir, böylece taahhüt uluslararası müzakereler yoluyla verilmiş olsa dahi açıkça ve bağlanmak niyetiyle yapıldığı için bağlayıcı olur⁸³.

Özetle, tek taraflı bir beyan, bir devlet açısından yükümlülük oluşmasına ve dolayısıyla daha sonra yapılacak aksine bir beyanın uluslararası hukukta geçerliliğinin engellenmesine (estoppel etkisi) yol açabilecektir.

78 Elif **Uzun**, "Uluslararası Hukukta Bildirimin Tek Taraflı Devlet İşlemi Niteliği Üzerine Bir İnceleme", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2, Y. 4, 2019, s. 11.

79 *The Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali) Judgment*, 22 Dec. 1986, s. 574, para. 40.

80 *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, Merits, 1974, ICJ Rep 253, 267.

81 **Ovchar**, s. 21.

82 *Nuclear Tests (Australia v. France)*, s. 253.

83 *Nuclear Tests (Australia v. France)*, s. 267.

Böyle bir beyan, ancak açık ve net bir şekilde ifade edilmesi halinde estoppel etkisi doğuracaktır. Bu tür yükümlülüklerin içeriği açıklanırken, beyanın verildiği durum ve koşulların yanı sıra, öncelikle beyanın metni dikkate alınmalı ve beyan estoppel için en önemli unsur olarak kabul edilmelidir.

b. Beyan Açık ve Net Olmalı

Estoppele yol açabilmesi için, bir beyanın açık ve net olması gerekir, en azından estoppeli ileri süren tarafın bu beyana atfettiği anlamı mantıken desteklemesi gerekir⁸⁴. Estoppel ilkesi her şeyden önce bir devletin dürüst ve güvenilir olmasını gerektirir. Bir devlet önceki açıklamasının aksine bir açıklama yapamaz. Bu nedenle, bir devletin dürüst ve güvenilir olup olmadığına karar vermek için, niyetini kamuya açık şekilde diğer devlete ya da uluslararası topluma net ve tutarlı bir şekilde ifade edip etmediğini tespit etmek gerekir. Çünkü ancak bir devlet kesin bir beyanda bulunduğu anda, diğer devletler onun irade beyanının gerçek manasını anlayabilir ve dolayısıyla onun sözlerine ve eylemlerine makul bir güven duyabilir. Beyanın açık ve net olması gerekliliği, devletin bir beyan veya eylem yoluyla iradesinin açıklanmasının somut ve şeffaf bir şekilde yapılması gerektiği anlamına gelir. Bu durumda, tarafın niyetinin yanlış yorumlanmasını önlemek için uluslararası anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallar uygulanmalıdır. Bu gereklilikten birçok davada bahsedilmiştir⁸⁵. *Sirbistan Kredileri* davasında USAD, bir beyanın estoppele yol açabilmesi için açık ve net⁸⁶ olması gerektiğini belirtmiştir. UAD'ye göre de yalnızca "çok kesin, çok tutarlı bir davranış tarzı" estoppele yol açabilmektedir⁸⁷. *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği* davasında UAD, onaylamadığı bir Sözleşmeyi⁸⁸ ancak açık ve tutarlı bir şekilde kabul ettiğini göstermesi halinde

84 Ian Sinclair, "Estoppel and Acquiescence", Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings, Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds), 1996, s. 107; **Ovchar**, s. 9; **Wagner**, s. 1779.

85 Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v. Serb.-Croat-Slovene), 1929, PCIJ (ser A) No 20, 38; El Salvador v. Honduras (Application For Permission To Intervene), 1990, ICJ Rep 92. 44 Nicaragua v. United States of America, (Jurisdiction), 1984, ICJ Rep 392, 415. 45 Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), 1998, ICJ Rep 275, 303. Bkz. **D'Amato**, s. 25.

86 Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v. Serb.-Croat Slovene), 1929, PCIJ (ser A) No 20, 38.

87 **Ovchar**, s. 6.

88 Geneva Convention on the Continental Shelf (Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Sözleşmesi), 29 Nisan 1958, 499 UNTS 311 (Yürürlüğe Giriş: 10 Haziran 1964).

Federal Almanya Cumhuriyeti'nin "engellenebileceğini" (estoppel doğacağını) belirtmiştir. Divan'a göre, salt Sözleşme taslağının hazırlanmasında yer almak ve ona uygun hareket etmek bu kriteri karşılamak için yeterli değildi; ancak Federal Almanya Cumhuriyeti'nin çok kesin, çok tutarlı bir davranış tarzı mevcut koşullar altında bir estoppele yol açabilirdi⁸⁹.

Kara, Ada ve Deniz Sınır Anlaşmazlığı davasında UAD, El Salvador ve Honduras'ın "Nikaragua çıkarlarının varlığı veya niteliğine ilişkin görüşler" şeklinde ifadelerde bulunmasını değerlendirmiştir. Divan, bu tür ifadelerin açık ve tutarlı beyanlar olmaması nedeniyle bu durumun estoppel doğuramayacağını, bunların yalnızca muğlak görüş açıklamaları olduğunu belirtmiştir⁹⁰. *Nikaragua İçinde ve Nikaragua'ya Karşı Yürütülen Askeri ve Paramiliter Faaliyetler* davasında, UAD, "belirli bir durumu açıkça ve tutarlı bir şekilde kabul ettiğini ortaya koyan bir devletin davranışlarından, beyanlarından ve benzer tutumundan estoppel sonucunun çıkarılabileceğini"⁹¹ belirtmiştir. Benzer şekilde, UAD Kamerun ve Nijerya arasındaki *Kara ve Deniz Sınırı* davasında estoppelin ancak Kamerun'un eylemleri veya beyanlarıyla Divan'a sunulan sınır anlaşmazlığını yalnızca ikili yollardan çözmeyi kabul ettiğini sürekli olarak ve açıkça belirtmesi durumunda ortaya çıkabileceğine kanaat getirmiştir⁹².

Doğu Grönland'ın Hukuki Statüsü davasında⁹³ 1919'da Norveç Dışişleri Bakanı tarafından yapılan bir beyanın tüm Grönland'ı Danimarka olarak tanıdığına⁹⁴, bu beyanın açık ve Norveç'in daha önceki beyanları ile tutarlı olması nedeniyle 1919'da yapılan beyanın daha sonraki aksine beyanları engellediğine yani, estoppele yol açtığına karar vermiştir⁹⁵.

Estoppel ilkesinin geniş kapsamlı yargısal uygulamasına iyi bir örnek olan İspanya Kralı tarafından 23 Aralık 1906'da verilen tahkim kararına ilişkin davada Honduras, Nikaragua'nın hakemin atanmasını kabul ederek hakemin yetkisinin geçerliliğini sorgulamasının artık engellendiğini savunmuştur. Divan Honduras'ın iddiasını kabul ederek şunları belirtmiştir:

89 North Sea Continental Shelf (Denmark v. Federal Republic of Germany; Netherlands v. Federal Republic of Germany), 1969, ICJ Rep 4, 120, 26.

90 Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening) Judgment, 11 Sep. 1992.

91 Nicaragua v. United States of America, (Jurisdiction), 1984, ICJ Rep 392, 415.

92 Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria), 303.

93 The Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway), 1933, PCIJ (ser A/B) No 53.

94 Legal Status of Eastern Greenland, 68.

95 Legal Status of Eastern Greenland, 64-66.

“Nikaragua, açık beyanı ve davranışıyla tahkim kararının geçerli olduğunu kabul etmiştir ve artık Nikaragua’nın bu tanımadan geri dönmesi ve kararın geçerliliğine itiraz etmesi mümkün değildir”⁹⁶. Dolayısıyla Nikaragua’nın kararın geçerliliğini sorgulaması “engellenmiştir”⁹⁷.

2. Sessizlik (İtirazın Yokluğu) veya Zımni Kabul

Bir tarafın uzun bir süre boyunca tutarlı bir davranışının, estoppel yaratma kapasitesine sahip bir irade açıklaması olduğu kabul edilmiştir. Anglo-Sakson hukuk düzeninin tabiriyle, bu duruma “davranış yoluyla estoppel” adı verilmektedir. Bir devlet niyetini söz ve davranış gibi açık yollarla ya da sessiz kalarak zımni şekilde ifade edebilir. Açık beyan olarak adlandırılan davranışla, ilgili devletin kendi içindeki anlamını dışarıya doğru açıkça ifade eden kavramlar, anlamı belirten işaretler, ifadeler kastedilmektedir. Zımni beyan eylemi ise, devletin açık bir ifade eylemi yapmamasına rağmen, davranışının ilgili kurallara göre şüpheye mahal vermeyecek açıklıkta belli bir anlama gelmesini ifade etmektedir.

Estoppel açık beyan dışında sessizlikten veya hareketsizlikten de (itirazın yokluğundan da) doğabilir. “Sessizlik yoluyla estoppel” olarak adlandırılan bu durum, bir kişinin daha önce konuşma fırsatı ve görevi olmasına rağmen bunu yapmaması durumunda, kişinin başkasının aleyhine bir iddiada bulunmasını engelleyen estoppeli ifade etmektedir. Divan istikrarlı bir şekilde bir beyanın ancak açık ve tutarlı olması durumunda estoppel doğuracağı yönünde kararlar vermekle birlikte sessizliğin de estoppel etkisi doğurabileceğini kabul etmiştir. Fakat Divan, sessizliğin hangi koşullar altında estoppele yol açacağı konusunda tutarlı bir tutum ortaya koymamıştır. Pek çok hukukçuya göre de bir devletin başka bir devletin beyanından veya mevcut koşullara zımni olarak rıza göstermesinden estoppel doğabilir⁹⁸. Bu çalışmada zımni kabul terimi, haklarına yönelik bir

96 The Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 Dec. 1906 (Honduras v. Nicaragua), Judgment, 1960 I.C.J. (Nov. 18). 192, 213.

97 Nikaragua Hükümetinin, bu açık tutumu, daha önce anlaşmazlığı çözdüğü için İspanya Kralı’na minnettarlığını ifade ettiği açıklaması, tahkim kararının verilmesinden altı yıl sonra itirazlarını engellemiştir. Divan’ın ifadesi şöyledir: “Nikaragua, açık beyan ve davranışla tahkim kararının geçerli olduğunu kabul etmiştir ve Nikaragua’nın artık bu tanımadan geri dönmesi ve tahkim kararının geçerliliğine itiraz etmesi mümkün değildir.” The case concerning The Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 Dec. 1906 (Honduras v. Nicaragua), Judgment, 1960 I. C. J. 192, 213 (Nov. 18); Crawford, s. 421.

98 İtiraz etmenin gerekli olduğu durumlarda duruma itiraz edilmemesi, ilgili tarafın konumu üzerinde olumsuz bir etki doğurmaktadır. Bkz. Ted L. Stein, “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, Harvard International Law Journal, Vol. 26 (2), 1985, s. 457.

tehdit veya ihlal oluşturan bir durumla karşı karşıya kalan bir devletin eylemsizliğini tanımlamak için kullanılmaktadır. Dolayısıyla burada rıza, genellikle itiraz niteliğindeki bir tepkiyi gerektiren durumlarda sessizlik veya itirazın yokluğu şeklini almaktadır⁹⁹.

Sessizliğin estoppele yol açtığı durumlarla ilgili, taban tabana zıt iki yaklaşım ortaya çıkmaktadır. Birinci yaklaşım, salt sessizlik olgusunun estoppele yol açtığını ileri sürmektedir. Bu yaklaşıma göre, sessizlik ve itirazın olmaması o kadar asli niteliktedir ki, anlaşmazlıktaki meseleyi tek başına karara bağlamak için yeterlidir¹⁰⁰. Bir başka ifadeyle farklı bir çıkarıma yol açabilecek diğer kanıtları dikkate almaya gerek yoktur; sessizlik, estoppel kurulmasında kat'idir. *Preah Vihear Tapınağı* davasında Yargıç Alfaro'ya göre sessizlik, "bir devletin başka bir devletin olumsuz iddiasına karşı çıkma hakkından vazgeçtiğinin kabul edildiğine ilişkin bir varsayım oluşturur"¹⁰¹. Karşıt ikinci yaklaşım ise, estoppele yol açmak için sessizliğin, içinde bulunulan koşullar bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürer. Sessizlikten kaynaklanan rıza karinesi, aksi niyetin açık bir delili ile çürütülebilir. Bu nedenle sessizlik yalnızca delil değerine sahiptir¹⁰².

Sessizlikten kaynaklanan estoppel ilk kez *Balıkçılık* davasında değerlendirilmiştir¹⁰³. Birleşik Krallık, Norveç'in Kuzey Denizi boyunca kıyı şeridini sınırlandırma yöntemine, bu tür bir sınırlama yönteminin Norveç karasularını etkili sonuçlar doğuracak şekilde açık denizlere kadar genişlettiği ve halbuki bu bölgenin tüm ulusların kullanımına açık bırakılması gerektiği argümanına dayanarak itiraz etmiştir. Ancak Divan, Norveç'in sınır belirleme usulünün altmış yılı aşkın bir süre boyunca Norveç makamları tarafından istikrarlı bir şekilde uygulandığını, bu durumun Birleşik Krallık'ın Kuzey Denizi'ndeki konumunu önemli ölçüde etkilemesi nedeniyle Birleşik Krallık'ın buna daha önce karşı çıkması gerekmesine rağmen böyle bir usule itiraz edecek herhangi bir girişimde bulunmadığını, bu nedenle de Norveç'in bu düzeni Birleşik Krallık'a karşı uygulayabileceğini ve Birleşik Krallık'ın artık bu sorunu dava etmesinin "engellendiğini (*estopped*)" belirtmiştir¹⁰⁴. Bu olayda bir devletin sürekli ve kesin davranışıyla, olayların durumunu kabul ettiği izlenimini uyandırması ve bunun da hukuken zımni kabul olarak kabul edilmesi söz konusudur.

99 **MacGibbon**, *The Scope of Acquiescence in International Law*, s. 143.

100 *Temple of Preah Vihear*, 43 (Separate Opinion of Judge Alfaro).

101 *Temple of Preah Vihear*, 44 (Separate Opinion of Judge Alfaro).

102 **Ovchar**, s. 10.

103 *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, 1951, ICJ Rep 116; Bkz. **Ovchar**, s. 12.

104 *Fisheries Case*, 140.

Birleşik Krallık'ın bu sınırlandırma yöntemine karşı uzun süre itirazdan kaçınma biçimindeki sessizliği, bir estoppele yol açmıştır¹⁰⁵.

Estoppelin en açık uygulaması Kamboçya ile Tayland arasındaki *Preah Vihear Tapınağı* davasıydı. 1954'te Fransa'nın Kamboçya'dan çekilmesinin ardından Tayland askeri güçleri Tapınağı işgal etmiş ve bunun üzerine Tapınağın mülkiyeti konusunda çıkan anlaşmazlık UAD önüne getirilmiştir. Bu dava o zamanlar Fransız Çinhindi olarak bilinen Kamboçya ile Siam olarak bilinen Tayland arasında Preah Vihear Tapınağı konusunda yaşanan toprak anlaşmazlığına odaklanmıştır. İki ülke arasındaki sınır çizgisinin kesin hatlarını belirlemek için 1904 yılında topografya uzmanlarından oluşan ortak bir komite kurulmuş ve bu komite, 1907'de Taylandlı yetkililere gönderilen ve Tapınağın Kamboçya topraklarında bulunduğunu gösteren bir harita hazırlamıştır. Taylandlı yetkililerden bu haritaya ne o zaman ne de daha sonraki yıllar boyunca herhangi bir tepki gelmiştir¹⁰⁶. Divan, Tayland'ın bu haritaya herhangi bir itirazının olmadığını ve bunun Tayland tarafının oluşturulan haritaya uymak zorunda kalmasına yol açtığını bir başka ifadeyle Tayland'ın Tapınak üzerinde egemenlik iddiasının engellenmesi gerektiğini savunmuştur. Divan gerekçe olarak, özellikle Tayland'ın, diğer hususların yanı sıra, bir dizi haritanın kullanılmasına ve bir Tayland prensinin ziyareti sırasında Kamboçya'nın işgalci sömürge gücü olan Fransa bayrağının çekilmesine itiraz etmemesini göstermiştir. Divan, bu eylemlerin, "tepkî gerektiren bir durumda herhangi bir tepki vermeme yoluyla, Kamboçya'nın Preah Vihear üzerindeki egemenliğinin Tayland tarafından zımnen tanınması anlamına geldiği" sonucuna varmıştır¹⁰⁷.

105 Fisheries Case, 139: Divan, Büyük Britanya'nın Kuzey Denizi'ndeki konumu, soruna olan ilgisi ve uzun süreli çekimser kalması, her halükârda Norveç'in kendi sistemini Birleşik Krallık'a karşı uygulamasını haklı çıkaracaktır" ifadelerini kullanmıştır. Bu sonuç çoğunluk tarafından benimsenmiş olsa da muhalif görüşe sahip yargıç McNair ve Reid, Birleşik Krallık, Norveç tarafından kullanılan spesifik sınırlama sisteminden tam olarak haberdar olmadığından ve Birleşik Krallık sınırlandırma yöntemine ilişkin yapıcı bildirim almadığından, bu yönetime itiraz etmekten alıkonulmaması gerektiği sonucuna varmıştır. Fisheries Case, 172, 180 (Dissenting Opinion of Judge McNair). Fisheries Case, 200 (Dissenting Opinion of Judge Reid); MacGibbon, zımnî kabul yoluyla estoppel söz konusu olduğunda, her iki tarafın da hukuki olarak ilgili durum hakkında bilgi sahibi olması gibi gereklilikler karşılanmadığı müddetçe sessizliğin doğrudan kabul sonucunu doğurmayacağını ileri sürmektedir. **MacGibbon**, Estoppel in International Law, s. 468.

106 Temple of Preah Vihear (Cambodi v. Thailand), Merits, 1962, ICJ Rep 6, 23.

107 Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) ICJ 15 June 1962, 31; Tayland, Tapınak bölgesinde tam egemenlik uyguladığına dair çok sayıda kanıtı sahip olduğunu savunmuştur. Bu nedenle Tayland, haritanın içeriğine karşı çıktığı için herhangi bir

Sorun şu ki, salt bir sessizlik olgusu estoppele yol açar mı? Bu soruyla ilgili yaklaşımlardan biri şudur: Preah Vihear Tapınağı davasında karşıt görüş sunan Yargıç Alfaro'ya göre, suskunluk ve itiraz etmeme o kadar temel bir meseledir ki, tek başına bu iki durumla uyumsuzluk konusu karara bağlanabilir ve dolayısıyla bununla bir devletin diğer devlet tarafından öne sürülen aleyhteki iddiasına karşı itiraz etme hakkından vazgeçtiği kabul edilir ve bu, “bir devletin haklarından feragat ettiğini gösteren hukuki bir karine” teşkil eder. Bu nedenle, farklı bir çıkarıma yol açabilecek diğer delillerin dikkate alınması gerekli değildir, estoppel için sessizlik kati ve yeterlidir¹⁰⁸. Ancak karşıt görüşe göre sessizliğe, bu tutumun sürdürüldüğü koşullar bağlamında bakılmalıdır. Sessizlikten kaynaklanan rıza karinesi, aksi niyetin açıkça belirtilmesiyle çürütülebilir. Dolayısıyla sessizliğin yalnızca delil değeri taşıdığı kabul edilmektedir¹⁰⁹. Diğer faktörler araştırılmadıkça bu tür bir sessizlik tek başına bir estoppel oluşturmaz¹¹⁰.

Tapınak davasında muhalif görüşe sahip yargıçlar görüş gerekçelerinde, davanın daha geniş koşulları ışığında, özellikle de Tayland'ın Tapınak üzerindeki egemenlik uygulaması göz önüne alındığında, Tayland'ın karşı çıkmamasının, bir estoppele yol açmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir¹¹¹. Onlara göre, Tayland'ın sessizliği davaya esas kabul edilecek tek durum olarak kabul edilmemeliydi, bu sessizlik tek başına kendisi hukuki etki yaratmayan bir durumdur, sadece delil niteliğinde tamamlayıcı bir değere sahiptir¹¹².

Yargıçlar arasındaki bu görüş farklılığının nedeni her bir yargıcın Tayland'ın sessizliğine atfettiği hukuki önemin farklı boyutlarda olmasıdır. Çoğunluk, Tayland'ın Tapınak üzerindeki egemenliğini kullanması gibi aksi yöndeki delillere bakılmaksızın, Tayland'ın sessizliğinin bir estoppele yol açtığını gözlemlemiştir. Görünüşte çelişkili davranışlara rağmen mevcut duruma itirazın olmayışı estoppele yol açmıştır. Bu nedenle ço-

estoppel kurulamayacağını ileri sürmüştür. Divan heyetinin çoğunluğu, söz konusu haritanın, eğer Siyam yetkilileri haritayı kabul etmiyorlarsa ya da harita ile ilgili ciddi sorunlar taşıyorlarsa makul bir süre içerisinde bir tepki verilmesi gerektiren koşullar yarattığını gözlemlemiştir.” Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), 24.

108 Temple of Preah Vihear (Separate Opinion of Judge Alfaro).

109 Temple of Preah Vihear (Dissenting Opinion of Judge Spender).

110 Long, s. 97.

111 Temple of Preah Vihear (Dissenting Opinion of Judge Koo), 70 (Dissenting Opinion of Judge Quintana), 130 1 (Dissenting Opinion of Judge Spender).

112 Temple of Preah Vihear, 71.

ğunluğa göre sessizlik, estoppel kurulmasında belirleyiciydi ve hukuki sonuçlar yaratan bir durum olarak kabul edilmiştir¹¹³. Bu konuyu ele alan davalarda ayrıntılı bir incelemesi, Divan'ın sessizliğin ne zaman estoppele yol açacağını belirlemede tutarlı olmadığını hiçbir görüşün yaygınlık kazanmadığını ortaya koymaktadır. Bunun nedeni sessizliğe verilen çelişkili hukuki önemdir: sessizlik bazen kesindir, bazen ise estoppelin tesis edilmesinde yalnızca delil niteliğinde bir ağırlık taşır¹¹⁴. Divan tercih ettiği yaklaşım konusunda net olmadığından sessizlik konusu, estoppel uygulamasında esaslı tutarsızlığın olduğu ilk alandır¹¹⁵.

B. Yetkililik, Koşulsuzluk ve Serbest İrade

Estoppelin ikinci unsuru, devletin niyet açıklamasının yani beyanın yetkili otoriteden çıkmış olması, koşulsuz olması ve serbest irade ile yapılması gerektiğidir. Bu unsurun yerine getirilmemesi durumunda, açık ve tutarlı olsa dahi bir beyan, estoppel doğurmaz.

1. Yetkililik

Tek taraflı bir beyan, ancak yetkili bir temsilci tarafından yapılması halinde devleti hukuki ve uluslararası açıdan bağlar. Bu nedenle, estoppel oluşturacak açıklama veya eylemler devlet adına hareket etmeye tam yetkili bir kişi veya temsilci tarafından yapılmalıdır ve bu durum devletin bu konudaki iç hukuk hükümlerine uygun olmalıdır¹¹⁶. Bu durumda, beyanda veya eylemde bulunan kişinin özel statüsü büyük önem taşımaktadır. Devlet tüzel kişiliği “her biri birçok bireyden oluşan birçok organın bir araya gelmesinden oluşur”¹¹⁷. Bu, bir devletin aynı anda tüm organlarıyla “tek ses” olarak konuşması gibi bariz bir zorluğa yol açmaktadır. Nitekim böyle bir zorunluluk da bulunmamaktadır¹¹⁸. En azından belli kişilerin bağlı olduğu devletini uluslararası alanda temsil etmeye yetkili olduğu ve bu kişilerin beyan ve eylemlerinin devletini bağlı kılacağı kabul edilmektedir.

113 Esasında bu husus ısrarlı itiraz (persistent objector) doktrini ile çok yakından ilgilidir. İsrarlı itiraz doktrininin en yakın bağı, zımni kabul yoluyla estoppel iledir. İsrarlı itiraz kuralının zımni kabul yoluyla estoppelin farklı bir biçimi olduğu söylenebilir. Bkz. **Moisés Montiel Mogollón**, “The Consent-Based Problems Surrounding The Persistent Objector Doctrine”, Michigan Journal of International Law, Vol. 43 (2), s. 310.

114 Temple of Preah Vihear, 131 (Dissenting Opinion of Judge Spender).

115 **Ovchar**, s. 10.

116 **Ovchar**, s. 17.

117 Fisheries Case, 200 (Dissenting Opinion of Judge Reid).

118 **Ovchar**, s. 29.

Bu konu, USAD tarafından ve daha sonra UAD tarafından çeşitli uyuşmazlıkların çözümlenmesi sırasında açıklığa kavuşturulmuştur. UAD, *Kongo Bölgesindeki Askeri Faaliyetler* davasındaki kararında, uluslararası antlaşma hukukunun teamül kuralı olan ve daha sonra 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 2. paragrafında açıklanan kurala atıf yapmıştır. Söz konusu madde, "Görevleri gereği ve yetki belgesine başvurmaksızın devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanlarının, bir andlaşmanın akdi ile ilgili her türlü işlemin yapılması amacıyla devletlerini temsil ettikleri kabul edilir" şeklindedir. Madde hükmü, tam yetkiyle hareket etme hakkına sahip kişilerin bir listesini vermektedir. Uluslararası uygulama, bir devlet için yasal yükümlülük teşkil eden tek taraflı beyanların çoğunlukla hükümet başkanları veya dışişleri bakanları tarafından ve nadiren devlet başkanı tarafından verildiğini göstermektedir. *Nükleer Denemeler* davasında, UAD, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesine açıkça atıfta bulunmaksızın, örneğin devlet başkanları ve diplomatik misyon başkanları gibi devletlerini bağlayıcı hale getirecek beyanlarda bulunma yetkisine sahip olduğu kabul edilen kişilerin benzer bir listesini sunmuştur¹¹⁹.

Divan içtihatlarında bu unsurla ilgili tutarlı davranmıştır. İstikrarlı şekilde, bir beyanın yalnızca devleti bağlamaya yetkili bir organ tarafından yapılması durumunda estoppel etkisinin doğabileceğini savunmuştur¹²⁰. Geçerli yetki sorunu esasında ilk olarak *Doğu Grönland'ın Hukuki Statüsü* davasında tartışılmıştır. Bu davada USAD, somut olaya ilişkin kararında yabancı bir devletin diplomatik temsilcisinin bir sorunla ilgili talebine yanıt olarak, kendi alanına giren bu sorun ile ilgili hükümeti adına dışişleri bakanı tarafından verilen cevabın, bakanın temsil ettiği devleti bağlayıcı nitelikte olduğunu kabul etmiştir¹²¹. Bu davada USAD, bakanın fikir beyan etmek için gerçekten yetkiye sahip olup olmadığı konusunda ilgilenmemiş, bunun yerine bakanın devletini bağlama yetkisine sahip olup olmadığına bir başka ifadeyle, bakana bağlı olduğu devleti uluslararası alanda bağlı kılma yetkisinin verilip verilmediğine odaklanmıştır. Divan durumun böyle olduğu sonucuna vardığında söz konusu beyanın yetkili olduğuna kanaat getirmiştir¹²².

119 Nuclear Tests Case (Australia v. France) ICJ 20 Dec 1974, 270.

120 **Ovchar**, s. 17.

121 Legal Status of Eastern Greenland, 51.

122 Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Series A/B. No 53, S.71; **Bowett**, s. 192.

Yetkilendirmeye ilişkin bu özel görüş, *Nottebohm* Davasında¹²³ desteklenmiştir. Her ne kadar Divan, açık ve tutarlı bir beyanın mevcut olduğuna karar verse de, daha sonra, konsolosluğun bir devleti bağlamakla yetkili bir organ olmadığı için beyanın yetkiye dayanmadığı sonucuna varmıştır. Konsoloslara bu tür konularda (uluslararası ilişkilerde) uluslararası açıdan devleti bağlı kılma yetki ve sorumluluğu verilmemektedir. Dolayısıyla Divan, Guatemala Başkonsolosu'nun beyanının yetkili olma şartını yerine getirmedeğinden, konsolos beyanının estoppele yol açmadığı sonucuna varmıştır¹²⁴.

Benzer şekilde, *Maine Körfezi* davasında¹²⁵ Divan, açık ve tutarlı bir beyan olmasına rağmen orta düzeyde bir hükümet görevlisi olarak - ABD Arazi Yönetim Bürosu'nun Arazi ve Madenlerden Sorumlu Müdür Yardımcısının uluslararası sınırları belirleme veya yabancı iddialar konusunda Hükümeti adına bir pozisyon alma yetkisine sahip olmaması, bir başka ifadeyle, Müdür Yardımcısının kendi devletini uluslararası alanda bağlı kılma yetkisine sahip olmaması nedeniyle açık ve tutarlı olmasına rağmen beyanın estoppele yol açmadığı sonucuna varmıştır¹²⁶. Bu faktör belirleyicidir, çünkü yetkili, açık ve tutarlı bir beyan veya davranış unsurlarının karşılanmaması durumunda estoppel etkisi doğmayacaktır¹²⁷.

2. Koşulsuzluk

Bir beyanın engel teşkil edebilmesi yani estoppel oluşturabilmesi için, yetkilendirilmiş olmanın yanı sıra o devletin temsili davranışının koşulsuz olarak yerine getirilmesi gerekir. Bir beyan, örneğin bir uyumsuzluğa ortak bir çözüm bulmak amacıyla devam eden bir dizi müzakerenin parçası olarak kayıtlı ya da koşul altında yapılırsa ve bu koşullar gerçekleştirilmezse veya başka koşulların yerine getirilmesine tabi tutulursa, bu durumda estoppel uygulanamaz¹²⁸.

Doğu Grönland'ın Hukuki Statüsü davasında Norveç, Danimarka'ya yönelik kendi beyanının Spitzbergen Takımadası üzerindeki ayrı bir egemenlik meselesinde Danimarka'nın işbirliği yapmasına bağlı olduğunu ileri sürmüştür¹²⁹. Ancak USAD, müzakereler sırasında yapılmadığı için

123 *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala), 1955, ICJ Rep 4.

124 *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala), 17-18.

125 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area* (Canada v. United States of America), 1984, ICJ Rep 246.

126 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, s. 307.

127 *Ovchar*, s. 3.

128 *Bowett*, s. 191.

129 *Legal Status of Eastern Greenland*, s. 71.

Norveç'in beyanının koşulsuz olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca USAD, Norveç'in argümanı doğru olsaydı, herhangi bir estoppelin ortaya çıkmayacağını da belirtmiştir¹³⁰.

UAD içtihatlarında yetki konusunda olduğu gibi bu unsurla ilgili olarak da tutarlı davranarak, istikrarlı biçimde, bir uzlaşının görüşmeleri sırasında yapılmadığı yani müzakerelerin dışında yapıldığı sürece veya açık koşullara tabi olmadığı sürece bir beyanın koşulsuz sayılacağını kabul etmiştir¹³¹. Sonuç olarak, estoppelin bu unsuru açıktır; Divan kendi içinde tutarlı bir şekilde, bir beyanın estoppel doğurabilmesi için yetkili ve koşulsuz olması gerektiğine karar vermiştir.

3. Serbest İrade

Bir estoppel oluşabilmesi için, aleyhine estoppel ileri sürülen tarafın kendi isteğiyle bir başka ifadeyle serbest iradesiyle beyanda bulunmuş olması gerekir. Dolayısıyla bir tarafın baskı altında hareket etmesi veya hileli bir şekilde beyana ikna edilmesi durumunda geçerli bir estoppel oluşturulması mümkün değildir. Uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak, açıklama veya eylemlerin tehdit veya zorlama olmaksızın, tamamen serbest irade ile yapılması gereklidir. Serbest irade beyanı şartı, *Srbistan Kredileri* davasında USAD tarafından açıkça dile getirilmiştir¹³². Ne var ki, bu davadan 30 yıldan biraz daha uzun bir süre sonra, UAD bu şartı göz ardı etmiş ya da en azından *Preah Vihear Tapınağı* ile ilgili kararında buna çok az önem vermiştir. Bu davada Divan, Tayland'ın sessizliği nedeniyle ihtilaflı bölgeyle ilgili herhangi bir iddiada bulunmasının artık "engellenmesine" karar vermiştir. Divan heyetinin çoğunluğu tarafından gönüllü olduğu açıkça kabul edilen Tayland Devleti'nin sessizliğinin, tüm koşullar daha yakından incelendiğinde gerçekten gönüllü ve kendi isteğine bağlı olarak yapıldığının söylenip söylenemeyeceği şüphelidir.

C. Güven Unsuru

Estoppel ilkesinin üçüncü ve son unsuru, estopeli ileri süren tarafın diğer tarafın yaptığı beyana makul ölçüde güvenmiş olması gerektiğidir¹³³. Estoppel uygulamasının temel amacı ilgili devletin karşı tarafa duyduğu güvenden doğan menfaatinin korunmasıdır. Hakkaniyet ve adaletin sağla-

130 Legal Status of Eastern Greenland, s. 43.

131 *Ovchar*, s. 17.

132 Payment of Various Serbian Loans Issued in France (France v. Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes) 1929 PCIJ (ser A/B) No 20/21, 39.

133 North Sea Continental Shelf, 1969, ICJ Rep 4, 25.

nabilmesi için, iradesini ortaya koyan tarafın, diğer devletin bu irade beyanına ya da tutuma güvenmesi nedeniyle zarara uğramasını önlemek amacıyla, tutumuna bağlı kalması ve sözünden dönmemesi gerekmektedir. Duruma diğer taraf cephesinden bakılırsa, bir devlet, diğerinin beyanlarına güvenmeden önce bugün söylenenlerin yarın inkâr edilmeyeceğine inanmalıdır. Uluslararası aktörler arasındaki etkili ilişkiler, bu aktörlerin birbirlerine karşı yaptıkları beyanlara, özellikle de bu tür beyanların doğrudan veya dolaylı olarak etki doğurmaları durumunda güven duymalarını gerektirir. Bu nedenle bir devlet, diğer uluslararası hukuk sùjelerinin bu tür eylem veya beyanlara güvenilebileceği ve buna göre hareket edebileceği şekilde davranmalıdır¹³⁴. Ancak salt güvenme, muhtemel hukuki sonuçlara yol açmaz. Burda kabul edilmesi gereken güven, meşru ve bu nedende hukuki korumaya değer olan güvenme durumudur¹³⁵. Ancak bu güvenmeyi “zararlı güvenme”yle karıştırmamak gerekir. Güven her zaman bir zarara yol açmaz, zarardan söz edebilmek için bir devletin, güven nedeniyle maddi açıdan “kötü durumda” olması gerekir.

Estoppel doğabilmesi için güvenen tarafın zararına ya da beyanda bulunan tarafın yararına olacak şekilde bir tarafın diğer tarafın beyanına ya da eylemine iyi niyetle güven duyması gerektiği ileri sürülmektedir¹³⁶. Buna göre, estoppel talebinde bulunan taraf, diğer tarafın beyanlarına veya davranışlarına makul ölçüde güvendiğini ve bunun sonucunda bir tür zarara maruz kaldığını kanıtlamalıdır. Bir başka ifadeyle, estoppelin ancak beyanda bulunan tarafın bir avantaj elde etmesi veya beyana güvenmek isteyen tarafın, daha sonraki tutarsız davranış nedeniyle zarara uğraması durumunda etkili olacağı söylenebilmektedir.

Güven unsuru, estoppelin sorunlu alanlarından bir diğeridir. Çünkü, bu hususta Divan kararlarında istikrarlı bir uygulama ve içtihat oluşamamıştır. Uluslararası mahkeme kararlarında, estoppelin ortaya çıkması için bir devletin bu güven nedeniyle zarara uğramasının gerekip gerekmediği açık değildir. Bu kararların bazıları, estoppelin ortaya çıkması için zarar doğuran bir güvenme durumunu zorunlu kılarken, diğerleri ise zarara neden olan güvenmenin gerekli olmadığı yönünde olmuştur.

Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Paramiliter Faaliyetler davasında, güvenin gerekliliği UAD tarafından teyit edilmiştir. Bu davadaki görüşlere göre, “estoppel, bir devletin, başka devletlerin kendisine güven duyduğu davranışlarından, beyanlarından ve benzer tutumlarından

134 **MacGibbon**, Estoppel in International Law, s. 478; **Wagner**, s. 1779.

135 **O'Brien**, s. 79.

136 **Wagner**, s. 1780.

çıkarılabilir... ki bu davranışlar bu tür bir davranışa güvenen bir başka devletin ya da devletlerin kendi zararlarına olacak şekilde durumunu değiştirmesine veya bazı zararlara maruz kalmasına neden olabilecek türdendir". Bu tür davranışların estoppele yol açabilmesi için estoppel talebinde bulunan devletin, diğer devletin beyanlarına veya eylemlerine güvenerek bazı eylemlerde bulunduğunu yani pozisyon değiştirdiğini veya eylemde bulunmadığını ve bunun zarara veya dezavantaja yol açtığını kanıtlaması gerekir. Güven şartı, uluslararası ilişkilerde devletler arasındaki iyi niyetle yakından ilgilidir.¹³⁷

Bu görüş, *Kara, Ada ve Deniz Sınır Uyuşmazlığı* davasında da desteklenmiştir¹³⁸. Kamerun ve Nijerya arasındaki Kara ve Deniz Sınırı davasında da Divan benzer şekilde, estoppelin ancak bir devletin bir başkasının beyanına dayanarak "kendi zararına pozisyon değiştirmesi veya bazı önyargılara maruz kalması durumunda ortaya çıkabileceğine" karar vermiştir¹³⁹. *Preah Vihear Tapınağı* davasında çoğunluk, estoppel uygulamak için zarar doğuran bir güvenin gerekli olduğunu savunmuştur. Özellikle çoğunluk, Kamboçya ile bir sınırı olan Tayland'ın elde ettiği fayda nedeniyle Kamboçya'nın estoppele başvurabileceğine karar vermiştir¹⁴⁰. Yargıç Fitzmaurice, kendi ayrık görüşünde, estoppel etkisinin temel şartının şöyle olduğunu ileri sürmüştür: "kuraldan yararlanan taraf, diğer tarafın beyanlarına veya davranışlarına, kendi zararına veya diğerlerinin yararına güvenmiş olmalıdır"¹⁴¹. Dolayısıyla bu davalar, bir estoppelin ortaya çıkması için zarar veren bir güvenin tesis edilmesi gerektiğini açıkça göstermektedir.

Güven unsurunun konu edildiği *Doğu Grönland* davasında USAD, Norveç Dışişleri Bakanının Danimarkalı mevkidaşına verdiği sözlü güvenceye dayanmış olduğunu ileri süren Danimarka'nın kendi aleyhine hareket etmemesine rağmen Norveç'in "menedildiğini/engellendiğini" belirtmiştir. Bu şekilde USAD kararında, estoppelin ortaya çıkması için zarar verecek derecede güvenmenin gerekli olmadığını ima etmiştir¹⁴². Es-

137 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, s. 392, s. 415, para. 51.

138 *Application by Nicaragua to Intervene, (El Salvador v. Honduras)*, 1990, ICJ Rep 3, 118.

139 *Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria)*, 304.

140 *Temple of Preah Vihear*, 32.

141 *Temple of Preah Vihear*, 63. (Separate Opinion of Judge Fitzmaurice).

142 *Legal Status of Eastern Greenland*, 70-1.

toppel kelimesi kullanılmamasına rağmen, bunun estoppel olduğu şeklindeki önermenin ikna edici olduğu söylenemez. Her şeyden önce estoppelin özü, başkalarının tutarsız eylemleri sonucunda mağdur olanları korumaktır¹⁴³. *Nükleer Denemeler* davasında UAD, estoppel oluşması için zarar doğuran bir güvenmenin gerekli olmadığına karar vermiştir. Avustralya'nın güveninden herhangi bir zarar görmemesine rağmen, Fransa'nın beyanından geri dönmesi "engellenmiştir" (estoppel etkisi). Bu nedenle, aslında Divan, estoppel iddiasını, bunu ileri süren devletin herhangi bir zarara maruz kalmasını gerektirmeden kabul etmiştir¹⁴⁴. Bu davalarda, estoppelin tesis edilmesi için zarar verici güven gerekli görülmemiştir.

Kararların çoğu, estoppelin ortaya çıkması için bir tarafın diğer tarafın beyanına güvenerek ya kendi zararına ya da diğerinin avantajına farklı eylemlerde bulunduğunu göstermesi gerektiği önermesini desteklemektedir¹⁴⁵. Ayrıca, bu kararların tümü, zarar doğuran bir güvene çok geniş açıdan bakmaktadır. Doğrudan zarar görmeyen bir devlet, diğer devletin elde ettiği fayda nedeniyle de estoppeli ileri sürebilir¹⁴⁶. Fakat yine de estoppel uygulamasında zarar kriterini de içeren ulusal hukuk düzenlerinin unsurlarını uluslararası hukuk düzenine kolayca aktarmanın basiretli olmadığı gerekçesiyle böyle bir kriterin varlığından şüphe duyulmuştur¹⁴⁷. Estoppelin ortaya çıkması için zararlı bir güvenin gerekli olmadığı görüşü de teoride sağlam temellere dayanmamıştır¹⁴⁸. Yargı kararları estoppelin işlenmesi için gerçekten zarara neden olan bir güvenmenin gerekli olup olmadığı konusunda bölünmüştür. Bazı davalar zarar doğuran güvenmenin gerekli olduğunu desteklerken, diğer davalar aksini ileri sürmektedir. Bu nedenle uluslararası mahkemelerin bu konuda tutarlı olmadığı açıktır.

SONUÇ

Uluslararası hukukta adalet, iyi niyet ve tutarlılık ilkelerine dayanan estoppel ilkesi her ne kadar iç hukuktan kaynaklansa da, uzman hukukçuların teorileri ve uluslararası yargı içtihatlarının teşvikiyle uluslararası hukukta genel bir hukuk ilkesi haline gelmiştir. Anglo-Sakson Hukuk sistemi

143 **Wagner**, s. 1777.

144 Bkz. **Brown**, s. 409.

145 Temple of Preah Vihear, 63 (Separate Opinion of Judge Fitzmaurice); North Sea Continental Shelf, 26; Land, Island and Maritime Frontier Dispute, 118.

146 Temple of Preah Vihear, 63 (Separate Opinion of Judge Fitzmaurice).

147 **McNair**, *The Law of Treaties* (1961), s. 487.

148 Nuno **Sergio**/Marques **Antunes**, *Estoppel, Acquiescence and Recognition in Territorial and Boundary Dispute Settlement*, International Boundaries Research Unit Boundary and Territory Briefings, IBRU, 2000, s. 35; Vladimir **Degan**, *Sources of International Law*, Boston 1997, s. 55-59.

tarafından oluşturulan estoppel ilkelerine sıkı sıkıya bağlılık, aşırı sınıflandırmaya ve uluslararası estoppel için uygun olmayan kategorilere yol açmaktadır. Bu nedenle doktrinin uluslararası hukuk versiyonunun daha basitleştirilmiş olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, estoppelin Anglo-Sakson hukukundaki oluşumu ve gelişmesiyle karşılaştırıldığında, bazen belirsiz ve değişken olduğu düşünülmektedir.

Uluslararası yargı uygulaması, estoppelin devlet anlaşmazlıklarının, özellikle de toprak anlaşmazlıkları ve deniz yetki alanlarının sınırlandırılması gibi konulardaki anlaşmazlıkların çözümünde artan rolünü göstermeye devam etmektedir. Estoppel, devletlerin diplomasisine ilişkin tek taraflı deklarasyonlar, tek taraflı eylemler ve resmi olmayan anlaşmalar gibi devletlerin davranışlarının düzenlenmesinde olumlu bir rol oynayabilmektedir. Estoppel doktrini, modern uluslararası hukukta tarafların güven duyacağı hukuki ilişkilerin oluşumunda yararlı bir araç olarak uygulanır. Bir tarafın diğer tarafın daha önceki beyanları veya davranışlarıyla çelişen bir iddia veya savunma ileri sürmesini önlemek için bir kalkan olarak bu ilkeye dayanılabilir.

“Bir devlet önceki tutarlı konumunu keyfi olarak değiştiremez” prensibiyle işleyen ve esasen masum bir tarafı başka bir tarafın eylemlerine iyi niyetle güvenmenin zararlı sonuçlarından korumayı amaçlayan bu doktrinin uluslararası mahkemeler tarafından birçok uygulamasına rağmen gelişimi iyimser değildir. UAD ve selefi olan USAD tarafından pek çok kararda kendisine yer bulan ve bu kararlarla geliştirilmiş olan estoppel, gereken netlikten yoksun olduğu eleştirisiyle karşı karşıya kalmıştır. Geçmişte bu belirsizliğin nedeni olarak kısmen hem uygulayıcıların hem de teorisyenlerin bu doktrini aşırı karmaşıklaştırma eğiliminden kaynaklandığı gösterilmiştir. UAD, doktrininin dogmatik temeli, belirli unsurları veya uygulaması hakkında kapsamlı bir şekilde ayrıntıya girmeyi reddetmiştir. UAD'nin bu çekimserliği, geçmişte yorumlanmasında zorluklara neden olan bu doktrinin tam kapsam ve içeriğine açıklık getirmek için birçok fırsatın kaçırılmasına yol açmıştır.

Estoppele ilişkin Divan içtihatlarının neden tutarlılıktan yoksun olduğunu açıklığa kavuşturmaya çalışırken bu makale, Divanın estoppelin iki unsuru konusunda tutarsız olduğunu ileri sürmüştür. Birincisi, sessizliğin estoppele yol açtığı koşullarda netlik bulunmamaktadır: bazen sessizlik mutlak, bazen ise sadece estoppelin tesis edilmesinde delil niteliğinde bir ağırlık taşır. İkinci olarak, bir estoppelin ortaya çıkması için zarar doğuran bir güvenin gerekli olup olmadığı hususu açık değildir. Bazı kararlarda estoppelin ortaya çıkması için zarar kriterinin karşılanması aranırken bazı kararlar ise zarar neticeli güvenme gerekliliğini reddetmektedir.

Sessizliğe kesin ve nihai nitelikte ağırlık verilmesine yönelik mutlak görüş estoppel talebinde bulunan devlete haksız bir avantaj sağlamanın yanı sıra sürekli ve güçlü itirazlara büyük önem vermektir ve bunları teşvik etmektedir. Bu da uygulamada devletlerin kendilerine karşı bir estoppel doğması korkusuyla uluslararası ilişkilerde olağanüstü derecede “çekimser” olmaya, birbirlerinin kanunlarını incelemeye ve akla gelebilecek her fırsatta kendi konularına ilişkin çekinceler koymaya mecbur kaldıkları bir durum yaratır. Bu durum devletlerin kendilerini ortaya çıkması muhtemel olumsuz bir estoppel etkisinden korumak için medya açıklamalarına benzeyen devlet beyanları yağmuruna yol açacaktır. Bu durumun ise uyuşmazlık konusu olan durumlarda işbirliğini teşvik etmesi pek muhtemel değildir, sadece devletlerin ileride kendi aleyhine bir durum yaratması ihtimali ile karşısına çıkan bir çok hususta itiraz ihtiyacını körükler.

Belirli bir yargısal karar, sadece davanın tarafları için resmi olarak bağlayıcı olsa da Divan’ın bir uyuşmazlığın çözümünü ararken ve bir karar verirken her zaman mevcut olaylarla ilgili olan önceki kararları incelemesi ve bunları dikkate alması beklenmektedir. Bu, Divan’ın içtihatlarına saygının sürdürülmesi bakımından büyük önem taşır. Tutarsız kararlar devletlerin Divanın düzgün işleyişine ilişkin algısını zayıflatmakla kalmayıp, aynı zamanda hukuki belirsizlik yaratarak, ileride gerçekleşecek devlet davranışlarına bir rehber olarak uluslararası hukukun değerini de zayıflatmaktadır. Bunun yanında, Divan’ın başarısı büyük ölçüde tarafsız yargılama konusundaki itibarına da bağlıdır. Yargısal tutarlılık, taraf tutma suçlamalarını önlemenin de bir yolunu teşkil etmektedir. Bu nedenle, estoppel ile ilgili olanlar dahil diğer tüm tutarsız kararlar devlet adamlarının Divan’ın dürüstlüğüne ilişkin algısını ve devletlerin aralarındaki uyuşmazlıkları Divan önüne getirme konusundaki istekliliğini etkiler. Divan’ın bu tutarsızlıkları nasıl gidermesi gerektiğine ilişkin bir öneri olarak özellikle, sessizliğin sadece delil niteliğinde görülmesi ve zarar verici derecede güvenmenin estoppel başvurusu için bir ön koşul olması gerekir. Bunlar, estoppele ilişkin olarak Divan içtihadında kısmen öngörülebilirlik sağlar ve istikrarı teşvik eden ilkenin zarar görmesini engeller.

KAYNAKÇA

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim, Uluslararası Hukuk, İngilizce Özetli Temel Ders Kitabı, Legal Yayınevi, İstanbul 2012.

Blum, Yehuda Z., Historic Titles in International Law, The Hague, Netherlands, 1965.

Bowett, Derek William, “Estoppel Before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence”, British Yearbook of International Law, Vol. 33, 1957.

Boz, Selman Sacit, “Türk İdare Hukukunda Estoppel Kuramının Uygulanabilirliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 34, Y. 9, 2018, s. 231-251.

Brown, Christopher, “A Comparative and Critical Assessment of Estoppel in International Law”, University of Miami Law Review, Vol. 50 (2), 1995, s. 369-412.

Brownlie, Ian, Principles of Public International Law, 6. ed, Oxford University Press, 2003.

Cartwright, John, “Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law”, (Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006), Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 10 (3), 2006.

Cheng, Bin, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Cambridge University Press, Cambridge 1953.

Crawford, James, Brownlie’s Principles of Public International Law, Eighth Edition, OUP, UK, 2012.

Crawford, James, Brownlie’s Principles of Public International Law, 9th ed., Oxford University Press, 2019.

Crozat, Charles, Devletler Umumi Hukuku (Umumi Prensipler ve Tarihçe), C. 1, Çev. Edip F. Çelik, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950.

Çağırın, Mehmet Emin, Uluslararası Hukukta Devletin Tek Tarafılı İşlemleri, Platin Yayınları, Ankara 2005.

D’Amato, Anthony, “Consent, Estoppel, and Reasonableness: Three Challenges to Universal International Law”, Virginia Journal of International Law, Vol. 10, 1969, s. 1-27.

Friede, Wilhelm, “Das Estoppel Prinzip im Völkerrecht”, Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 5, 1935, s. 517-545.

Friedmann, Wolfgang, Legal Theory, Columbia University Press, 1967.

Hudson, Alastair, Equity and Trusts, Taylor & Francis, London 2004.

Jennings, Robert/Watts, Arthur (eds), Oppenheim’s International Law, 9th ed, Longman London 1992.

Lauterpacht, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, Cambridge 1958.

Long, Tran Thang, “The Application of Estoppel In International Law And Experiences For Vietnam”, *Vietnamese Journal of Legal Sciences*, Vol. 01 (1), 2019, s. 89-114.

MacGibbon Ian, “The Scope of Acquiescence in International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 31, 1954, s. 143-186.

MacGibbon, Ian, “Estoppel in International Law”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 7, No. 3, 1958, s. 468-513.

McNair, Lord, *Law of Treaties*, Oxford University Press, 1961.

Mogollón, Moisés Montiel, “The Consent-Based Problems Surrounding The Persistent Objector Doctrine”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 43 (2), s. 301-359.

O’Brien, Killian, “Representation in the Doctrine of Estoppel in International Law”, *The Irish Yearbook of International Law*, Vol. 3, 2008, s. 69-90.

Ovchar, Alexander, “Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ a Principle Promoting Stability Threatens to Undermine it”, *Bond Law Review*, Vol. 21 (1), 2009, s. 1-33.

Rubin, Alfred P., “The International Legal Effects of Unilateral Declarations”, *American Journal of International Law*, 71 (1), 1977, s. 1-30.

Schwarzenberger, Georg, *International Law*, 3rd. ed, Stevens and Sons Ltd., London 1957.

Sinclair, Ian, “Estoppel and Acquiescence”, *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds), 1996.

Stein, Ted L., “The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 26 (2), 1985, s. 457-482.

Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 3. bs., Beta Yayınevi, İstanbul 2008.

Tarı, Duygu Didem, *Güney Kuril Adaları’nın Hukuki Statüsü*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2023.

Toluner, Sevin, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1977.

Uzun, Elif, “Uluslararası Hukukta Bildirimin Tek Taraflı Devlet İşlemi Niteliği Üzerine Bir İnceleme”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2, Y. 4, 2019, 1-22.

Wagner, Megan L., “Jurisdiction by Estoppel in the International Court of Justice”, *California Law Review*, Vol. 74 (5), 1986, s. 1777-1804.

Uluslararası Mahkeme Kararları

North Sea Continental Shelf (Denmark v. Federal Republic of Germany), Judgment of 20 February 1969, ICJ Reports, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/51/051-19690220-jud-01-00-enc.pdf>.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. the United States of America), Judgment of 26 November 1984, ICJ Reports <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/070-19841126-JUD-01-00-EN.pdf>.

Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, 1974, ICJ Reports, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-00-EN.pdf>.

Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) Judgment, 6 April 1955, ICJ Reports, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>.

Fisheries (United Kingdom v. Norway), Judgment, 18 December 1951, ICJ Reports, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf>.

Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Judgment, 15 June 1962, ICJ Reports, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/45/045-19620615-JUD-01-00-EN.pdf>.

Serbian Loans Issued in France (France v. Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes) 1929, PCIJ (ser A/B) No 20/21, <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-serbian-loans-judgment-friday-12th-july-1929>.

The Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway), 1933 PCIJ (ser A/B) No 53. <https://www.sfu.ca/~palys/IntlCourt1933-LegalStatusOfGreenland.pdf>.

Tahkim Kararları

Maritime Boundary Dispute (Norway v. Sweden), PCA, 1910.

Tinoco Arbitration (Costa Rica v. United Kingdom), PCA, 1924.

Award of Her Majesty Queen Elizabeth II for the Arbitration of a Controversy between the Argentine Republic and the Republic of Chile Concerning Certain Parts of the Boundary between their Territories, PCA, 1967.

Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. UK), PCA (2015), 172.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

**Vergi Kaçakçılığı Suçlarından Defter ve Belgeleri
Gizleme Suçu Bağlamında Nemo Tenetur İlkesinin
Yaptırımın Türü Açısından İncelenmesi**

A Study of the Nemo Tenetur Principle in the Context of the
Concealing Books and Documents Crime, One of the Tax
Evasion Crimes, in Terms of the Type of Sanction

  Dr. Öğr. Üyesi Arzu LALOĞLU*

 10.60002/ebyuhfd.1526318

ÖZ

Nemo tenetur ilkesinin idare hukukunda, vergi hukukunda ve hukuk davalarında uygulanmasına ilişkin görüşler olmakla birlikte ortaya çıkış nedeni ceza hukukunda kişinin kendini suçlamaktan korunması olduğundan, bu hak daha çok ceza hukukuna ilişkin bir yaptırım söz konusu olduğunda gündeme gelmektedir. Vergi kaçakçılığı suçlarından *defter ve belgeleri gizleme suçunun* yaptırımı ise, hapis cezasıdır. Vergi kaçakçılığı suçlarından *defter ve belgeleri gizleme suçuna* ilişkin yaptırımın idari nitelikte bir yaptırım olması halinde *nemo tenetur* ilkesine başvurulmasının engellenip engellenemeyeceğinin ortaya konulması önem arz et-

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 02.08.2024 | Kabul/Accepted: 26.11.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Arzu Laloğlu, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarından Defter ve Belgeleri Gizleme Suçu Bağlamında Nemo Tenetur İlkesinin Yaptırımın Türü Açısından İncelenmesi”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (431-474).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

mektedir. Bu bakımdan *defter ve belgeleri gizleme suçuna* yönelik öngörülebilecek yaptırım türlerinin *nemo tenetur* ilkesinin kullanımını engelleyip engellemediği ve hangi yaptırım türünün belirlenmesinin daha doğru olduğunun tartışılması gerekmektedir. Bu bağlamda bu çalışmada öncelikle *nemo tenetur* ilkesi açılacak, daha sonra vergi kaçakçılığı suçlarında ilkenin neden diğer suçlardan farklı değerlendirmeye tabi tutulduğundan bahsedilecek ve geçerliliğine ilişkin görüşler belirtilecek, son olarak adli ve idari yaptırım türleri incelenerek bunlardan birinin tercih edilmesi halinde ilkenin nasıl etkileneceği değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Nemo tenetur* ilkesi, vergi kaçakçılığı suçu, *defter ve belgeleri gizleme suçu*, adli yaptırım, hapis cezası, idari yaptırım, idari ceza.

ABSTRACT

Although there are opinions on the application of the principle of *nemo tenetur* in administrative law, tax law and civil law procedure, this right comes to the fore when there is a sanction related to criminal law procedure, since the reason for its emergence is the protection of the person from self-incrimination in criminal law. The sanction for the tax evasion crimes is a sentence of imprisonment, which falls within the scope of criminal law. It is important to determine whether the application of the principle of *nemo tenetur* can be prevented if the sanction for the tax evasion crimes is an administrative sanction. In this respect, it is necessary to discuss whether the types of sanctions that can be foreseen for the tax evasion crimes prevent the use of the *nemo tenetur* principle and which type of sanction is more appropriate. In this context, firstly, the principle of *nemo tenetur* will be explained, then it will be mentioned why the principle of *nemo tenetur* is evaluated differently from other crimes in tax evasion crimes and the opinions on the validity of the principle of *nemo tenetur* will be stated, and finally, the types of judicial and administrative sanctions will be examined and how the principle of *nemo tenetur* will be affected if one of them is preferred.

Keywords: The principle of *nemo tenetur*, tax evasion crimes, *the crime of concealing books and documents*, criminal sanction, sentence of imprisonment, administrative sanction, administrative penalty.

GİRİŞ

Nemo tenetur ilkesi, bir kimsenin kendisini suçlayan beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaması anlamına gelen ana-

yasal ve evrensel bir ilkedir. Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen bu ilke¹, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararlarında ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin² (AİHS) 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. *Nemo tenetur ilkesi* asıl olarak bir suç işlendiğinin öğrenilmesiyle başlayan ceza muhakemesi evrelerinde gündeme gelmektedir. Ancak VUK'un 359. maddesinde defter ve belgeleri ibraz etmemenin suç olarak düzenlenmesinden ötürü henüz ceza muhakemesi işlemleri başlamadan önce, defter ve belge ibrazına ilişkin vergi denetim yöntemlerinde de ilkenin gündeme geleceğine ilişkin tartışma bulunmaktadır.

Vergi kaçakçılığı suçuna sebebiyet veren fiillerinden *defter ve belgeleri gizlemenin*³ suç olarak düzenlenmesi ve yaptırımının hapis cezası olması nedeniyle mükellef nezdinde *defter ve belgeleri gizleme suçunun* kişi üzerinde baskı oluşturarak kişinin kendisi aleyhine olan delilleri ibraz etmeye zorlanması, bu suç fiilini *nemo tenetur* ilkesi bakımından tartışmalı hale getirmektedir. Bu açıdan vergi kaçakçılığı suçlarından olan defter ve belgeleri gizleme fiiline yönelik öngörülen yaptırımın değişmesinin *nemo tenetur* ilkesine ne şekilde etki edeceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu soruya cevap aramak amacıyla hazırlanan bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde *nemo tenetur* ilkesi açıklanmış, ikinci bölümde vergi kaçakçılığı suçlarında *nemo tenetur* ilkesine başvurulabilmesine ilişkin görüşler incelenmiş, üçüncü bölümde ise belirlenen yaptırıma göre

- 1 Anayasa'nın "suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinin 5. fıkrasına göre, "hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."
- 2 Avrupa Konseyi üyesi devletlerin dışişleri bakanları tarafından Roma'da 04.11.1950 tarihinde imzalanmış ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, AİHS'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun (Resmi Gazete Tarih: 19.03.1954, Sayı: 8662) ile onaylamıştır. AİHS'nin onay belgesi 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmiştir. Bu tarih AİHS'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği tarih olmaktadır.
- 3 VUK'un 359'uncu maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığına suçuna sebep olan defter ve belgeleri gizleme davranışı doktrinde gizleme suçu olarak da anılmaktadır. Bkz. Ümit Süleyman **Üstün**, "Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, 2011, s. 363; Doğan **Şenyüz**, "Susma Hakkı Karşısında VUK'daki Defter ve Belgeleri Gizleme (Kaçakçılık) Suçu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2013, s. 29; Serkan **Ağar**, Vergi Kaçakçılığı Suçu Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 85; İskender **Ekici**, Türk Vergi Hukukunda Mükelleflerin Defter ve Belge Muhafaza ve İbraz Mecburiyetleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 255. Bu çalışmada *defter ve belgeleri gizleme suçu* olarak anılacaktır.

vergi kaçakçılığı suçlarında *nemo tenetur* ilkesinin durumu değerlendirilmiştir.

I. NEMO TENETUR İLKESİ

A. Tanımı

Latince bir deyim olan “*nemo tenetur se ipsum accusare*” ile ifade edilen kural, kimsenin kendini itham etmek zorunda bırakılamayacağı anlamına gelmektedir⁴. Başka bir kaynakta, “*nemo tenetur se ipsum prodere*” kuralı, kimse kendisine ihanet etmek zorunda bırakılamaz şeklinde geçmektedir⁵. Kişinin kendini suçlayıcı nitelikte beyanlarda bulunmaya veya bu yönde delil göstermeye zorlanamaması olarak tanımlanan *nemo tenetur* ilkesi, bir kişinin kendi suçsuzluğunu ispat yükü altında olmaması, suçun ispatı hususunda yargılama makamlarına yardım etmeye zorlanamaması ve yargılamadaki pasif tutumunun kendi aleyhine yorumlanamaması anlamlarına gelmektedir⁶. *Nemo tenetur* ilkesi Anayasa’da da düzenlenen evrensel bir ilkedir. Anayasa’nın “suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesinin 5. fıkrasına göre, “Hiç kimse kendisini ve yanında gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” Anayasamızda kimsenin kendini suçlamaya

-
- 4 Richard H. **Helmholz**, “Origins of the Privilege Against Self-Incrimination: The Role of the European *Ius Commune*”, *New York University Law Review*, S. 65, 1990, s. 962, 975; Akhil Reed **Amar**/Renee B. **Lettow**, “Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause”, *Michigan Law Review*, S. 98, 1995, s. 896; Albert W. **Alschuler**, “A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent”, *Michigan Law Review*, C. 94, S. 8, Ağustos, 1996, s. 2638; Luis E. **Chiesa**, “Beyond Torture: The *Nemo Tenetur* Principle in Borderline Cases”, *Pace Law Faculty Publications*. Paper 642, <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/642>, 2009, s. 35.
 - 5 John H. **Wigmore**, “*Nemo Tenetur Seipsum Prodere*”, *Harvard Law Review*, C. 5, S. 2, 1891, s. 84; E. M. **Morgan**, “The Privilege Against Self-Incrimination”, *Minnesota Law Review*, C. 34, S. 1, 1949, s. 8; **Alschuler**, s. 2638. Aynı yönde “*nemo debet prodere se ipsum*” kimsenin kendisine ihanet etmesinin beklenemeyeceği şekilde de kullanılmıştır. Bkz. Murat Volkan **Dülger**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Doktrini)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 168; **Helmholz**, s. 982.
 - 6 Bu yasak Latince’de, “Suçlayan olmadıkça ceza verilmez (*Nemo punitur sine accusatore*)” ve “Hiç kimse kendi ayıbını açıklamak zorunda değildir (*Nemo tenetur detegere turitudinem suam*)” anlamlarına da gelen “Kimse kendine ihanet etmek zorunda değildir (*Nemo tenetur se ipsum prodere*)” ve “Kimse kendini suçlamak zorunda değildir (*Nemo tenetur se ipsum accusare*)” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Rezzan **İtişgen**, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı*, İstanbul 2013, s. 3.

zorlanamayacağına ilişkin *nemo tenetur* ilkesiyle birlikte kimsenin yanında gösterilen yakınlarını suçlamaya zorlanamayacağı da düzenlendiğinden Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrası kişi bakımından *nemo tenetur* ilkesinden daha geniş düzenlenmiştir. Ancak bu çalışmanın konusu *nemo tenetur* ilkesi ile sınırlandırıldığından, sadece kişinin kendisi aleyhine beyan vermeye ve bu yolda delil göstermemeye zorlanamaması açısından inceleme yapılacaktır.

Nemo tenetur ilkesi Türk literatüründe, bu isimle anıldığı gibi⁷ bazen susma hakkı⁸, kendini suçlama yasağı⁹ gibi ifadelerle de anılmaktadır. Susma hakkı ise, yalnızca kendi aleyhine ifade vermeme ve sorulara cevap vermeme hakkı olarak kullanıldığı gibi¹⁰ hem kendi aleyhine ifade vermeme hem de kendi aleyhine delil göstermeme hakkı olarak da kullanılabilir¹¹. Son zamanlarda daha çok iki hakkı da kapsayacak şekilde kullanımı artmaktadır. *Nemo tenetur* ilkesi, kişinin itham edildiği bir suçtan dolayı hem ifade vermeme hem de uhdesindeki bilgi ve belgeleri yetkililere vermeme hakkını kapsamaktadır. Türk literatüründe susma hakkı ve kendini suçlama yasağı olarak da anılan ilke iki hakkı da kapsadığından dolayı bu çalışmada *nemo tenetur* ilkesi olarak anılacaktır.

-
- 7 Çağrı **Kan Aydın**, “Adil Yargılamanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, TBB Dergisi, S. 91, 2010, s. 158; **İtişgen**, s. 3; Z. Özen **İnci**, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2017, s. 119; Ali Tanju **Sarıgül**, “Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğünün Getirilen Sınır-Nemo Tenetur Seipsum Accusare İlkesi”, TBB D, S. 153, 2021, s. 39.
 - 8 Faruk **Erem**, “Susma Hakkı”, Yargıtay Dergisi, C. 18, S. 3, 1992, s. 297; Bahri **Öztürk**, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s. 151; Billur **Yaltı**, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s. 139; Tahir **Erdem**, “Gizleme Suçu mu, Susma Hakkı mı?”, Mali Pusula, C. 3, S. 36, Aralık, 2007, s. 34-45; Mustafa **Özen**, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 213; Ali **Yıldırım**, “Sanığın Susma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 5-6, 1998, s. 683; **Üstün**, s. 363 vd.; **Şenyüz**, Susma Hakkı, s. 29; Asuman **İnce Tunçer**, “Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2018, s. 357; Nuran **Haydar**, Susma Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 29; Cumhur **Şahin/Neslihan Göktürk**, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 142; **İnci**, s. 12; Serhat Sinan **Kocaoğlu**, “Susma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2011, s. 31; Nihal **Saban**, Vergi Hukuku, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 372.
 - 9 **İtişgen**, s. 3.
 - 10 **Öztürk**, s. 151; **Özen**, s. 213; **Yıldırım**, s. 683.
 - 11 **Şahin/Göktürk**, s. 142; **Yıldız**, s. 156; **Şenyüz**, Susma Hakkı, s. 29; **Erem**, s. 297; **İnci**, s. 121.

B. Amaçları

Nemo tenetur ilkesinin amaçlarına ilişkin çeşitli görüşler ortaya konulmaktadır. Hatta ilkenin doğal haklar arasında olduğu, devlet tarafından kişiye sağlanan bir hak olmadığı ve her bireyin doğuştan bu hakka sahip olduğu ileri sürülmektedir. Bu düşünceye göre ilke doğal haklardan olduğundan nadiren istisna kabul edilmektedir¹².

Nemo tenetur ilkesinin amaçlarından biri herkesin hatta masumların bile soruşturma sırasındaki sorgulama yöntemleri ile yıldırılması veya hileye maruz kalması neticesinde işlemediği bir suçtan ceza almasının önüne geçmektedir¹³. Diğer yandan ilke, ceza hukukunda asıl amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet etmektedir. Baskılardan kurtulmak amacıyla kişinin suçu işlediğini söylemesi, maddi gerçeğe ulaşmaya engel olacaktır¹⁴. İlke aynı zamanda soruşturma ve kovuşturma makamlarına olan güvenin artmasına katkı sunmakta ve kişinin ifade sırasında verdiği cevapların ve itirafın güvenilirliğini sağlamaktadır¹⁵.

Eski ceza muhakemesi sistemlerinde, sanığın kendisi de delil elde edilebilecek bir obje olarak görülmekteydi. Bu durum ise sanıktan itiraf elde edebilmek için sanığa karşı işkence ve kötü muamele gibi suistimallerin yaşanmasına sebep olmaktadır¹⁶. İşkence yasağı ile *nemo tenetur* ilkesi arasında neden sonuç ilişkisi vardır. Keza, ilkenin kabul edilmesindeki en büyük etken itiraf almak için yapılan baskı ve işkencelerin önüne geçektir¹⁷. Böylece şüpheli veya sanığı ifade vermeye ve bu bağlamda gerçeğin ortaya çıkarılmasına katılmaya zorlanmasını önleyerek insan onurunun korunmasına katkı sağlamaktadır¹⁸.

İlkenin diğer bir amacı soruşturma ve kovuşturma esnasında kamu gücü ve yetkisinden yararlanan, güçlü araştırma ve savunma araçları olan devletin karşısında güçsüz durumda olan bireyi korumaktır. Devlet erkinin yetkisinde polis memurları, savcılar ve diğer devlet görevlileri, bu kamu görevlilerinin yanı sıra belgelere erişim hakkı gibi birçok ayrıcalığı vardır¹⁹. İlkenin kabul edilmiş amaçlarından biri de suçlanan kişinin suçunun kamu gücü tarafından kanıtlanması gerektiği düşüncesidir. Buna göre,

12 Patric **Granfield**, "The Right to Silence ", Theological Studies, C. 26, S. 2, 1965, s. 286.

13 **Amar/Lettow**, s. 861.

14 **Chiesa**, s. 36, 37.

15 U. S. Supreme Court "Michigan v. Tucker", 417 U.433, 448-49 (1974).

16 **İtişgen**, s. 27.

17 **Chiesa**, s. 36; Ayrıca bkz. **Amar/Lettow**, s. 865.

18 **Demirbaş**, s. 86.

19 **Amar/Lettow**, s. 893.

kamu gücü tarafından soruşturma yapılabilmesi için makul-basit şüphe, ceza davası açılabilmesi için kuvvetli şüphe bulunması gerekmektedir. Bir kişi hakkındaki kuvvetli-yeterli şüphenin, kamu gücü tarafından suçlanan kişiden bağımsız olarak kanıtlanması gerekmektedir²⁰.

Nemo tenetur ilkesinin kabul edilmesi gerekçelerinden biri olarak acımasız üçlem gösterilmektedir. *Nemo tenetur* ilkesinin kabul edilmemesi, kişiyi suçunu itiraf etmek, kınanmak ve yalan söylemekten oluşan üç durumdan biri içerisinde bırakacak ve hangisini seçerse seçsin büyük bir ıstırap yaşayacaktır²¹.

Nemo tenetur ilkesinin, amaçlarına yönelik eleştiriler getirilmektedir. En büyük eleştiri ilkenin masumları değil suçluları koruması yönündedir²². Bu hak, masumların gerçeklere dayanan, doğru savunma yapmasını engellerken suçlu olanlara yardım etmek için tasarlanmış gibi görünmektedir²³. Birçok düşünürre göre, masum bir kimsenin susmak için bir nedeninin yoktur; suçlanan kişinin dava konusu hakkında konuşmaktan çekinmesi, reddedemeyeceği bir suçtan sorumlu olmasından ileri gelmektedir²⁴. Diğer bir görüşe göre ise, suç ile itham edilen kişinin devlet görevlileri tarafından kötü muameleye maruz kalması nedeniyle kabul edildiğinden, işkence ve kötü muamelenin yasaklanmasıyla ayrıca ilkeye gerek kalmamaktadır²⁵.

20 Kevin **Reitz**, “Clients, Lawyers, and the Fifth Amendment The Need for a Projected Privilege”, Duke Law Journal, S. 41, 1991, s. 581-82; AİHM, Saunders v. The United Kingdom, 17.12.1996, Başvuru No. 19187/91.

21 Jeffrey K. **Walker**, “A Comparative Discussion of the Privilege Against Self-Incrimination”, NYLS Journal of International and Comparative Law, 14/1, 1993, s. 4; U.S. Supreme Court “Murphy/Waterfront Commn.”, 378 U.52,55 (1964); U.S. Supreme Court, “Miranda v. Arizona”, 384 U.436, 460 (1966).

22 Jeremy **Bentham**, A Treatise on Judicial Evidence, Editor, M. Dumont, Fred B. Rothman & Co., 1825, s. 241. (Aktaran: Daniel J. **Seidmann**/Alex **Stein** “The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege”, Harvard Law Review, December, C. 114, S. 2, 2000, s. 451, 452; Bkz. **Wigmore**, s. 86; Stephen A. **Saltzburg**, “The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination”, The University of Chicago Law Review, S. 53, 1986, s. 8. (İlkenin ABD düzenlemesine yönelik en güçlü saldırılardan biri, bunun düzgün davranış temel kavramlarına meydan okuduğudur.)

23 **Amar/Lettow**, s. 860, 861.

24 Bkz. **Seidmann/Stein**, s. 431; J. M. **Beattie**, Crime and the Courts in England 1660–1800, Princeton University Press, 1986, s. 348, 349; Eliot T. **Tracz**, “Doctrinal Evolution and the Right Against Self-Incrimination”, The University of New Hampshire Law Review, C. 18, S. 1, 2019, s. 113; **Amar/Lettow**, s. 860, 861.

25 **Wigmore**, s. 85, 86.

VUK'un 359. maddesi a bendinin 2 no'lu alt bendinin ilgili hükmüne göre *defter ve belgeleri gizleme suçu*; varlığı noter kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesidir. Bu suç bakımından *nemo tenetur* ilkesi kişinin acımasız üçlem içinde kalmasını engellemekte ve güçlü konumda olan devlete karşı bireyi korumakta ayrıca devletin kişiye isnat ettiği suç fiilini kendi çabasıyla kanıtlaması amaçlarına hizmet etmektedir. Ancak hizmet ettiği tüm bu amaçların yanında ilkenin suç işleme kararını güçlendirme aracı olarak görülmesinin de önüne geçmek gerekmektedir. İlkenin henüz suç işlenmeden önce getirilmiş defter ve belge düzenine ilişkin hükümlere uyulmamasına izin verdiği şeklinde anlaşılması ilkenin hizmet ettiği bu amaçlara rağmen meşruiyetinin sorgulanmasına sebep olmaktadır. Bu bakımından ileride değineceğimiz üzere ilkenin idarenin hukuka uygun yetkilerine dayanarak ifa ettiği rutin denetimlerinde herhangi bir suç şüphesi yönelik bir kanıt araması olmadığından bu denetimlerde ilkeye başvurulamayacağının kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak suç şüphesinden sonra daha çok bir suç fiilini kanıtlamaya yönelik bir denetim yapılması söz konusu olduğunda şüpheli veya sanık haklarından olan ilkeye başvurulabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

C. Kapsamı

Nemo tenetur ilkesi, ifadesinin alınması esnasında kişiye yemin ettirilmesini engellemektedir. Anglo-Sakson hukukunda kişinin yemin etmesi, sorulan sorulara doğru cevaplar vermesini gerektirmektedir. Anglo-Sakson hukukuna göre yapılan bir soruşturma veya görülmekte olan bir dava sırasında, sorulan sorulara doğru cevaplar verilmemesi durumunda yalan tanıklık suçuyla karşı karşıya kalınmaktadır²⁶. Tanık olarak dinlenen kişilerin yemin etmesi zorunludur. Sanık sorgusu sırasında sorulara cevap vermeyi reddedebilmekte ancak soruya cevap verdiğinde doğru cevap vermek zorunda olduğu kabul edilmektedir²⁷. Yanlış cevap vermesi durumunda suçlanan kişi de olsa yalan tanıklık suçundan ceza almaktadır²⁸. Bu durum ilkeyi etkisiz hale getirmektedir. *Nemo tenetur* ilkesinin tam olarak sağlanması için şüpheli veya sanığın ifade verirken yemin etmek zorunda

26 **Tracz**, s. 109-141; **Wigmore**, s. 77; John H. **Langbein**, "The Historical Origins of the Privilege Against Self-incrimination at Common Law", Michigan Law Review, 92, 1994, s. 1073.

27 **Helmholz**, s. 965; Ahmet **Özdemir** "Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukukunda Yalan Tanıklık Suçu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 942.

28 **Langbein**, s. 1073.

bırakılmaması gerekmektedir. Kıta Avrupası hukukunda ise, kişinin doğru söylemekle yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır²⁹. Ancak yemin bu ülkeler açısından da *nemo tenetur* ilkesine aykırı görülmemekte, kişinin kedisinin şüpheli veya sanık olması durumunda ifade veya sorguda yemin vermesi istenmemektedir³⁰.

Nemo tenetur ilkesi, kişinin susmasına olumsuz sonuç bağlanmasını engellemektedir³¹. İlkeye ilişkin korumanın sağlanabilmesi için suçlanan kişinin *nemo tenetur* ilkesini kullanması durumunda herhangi bir ceza tehdidiyle karşı karşıya kalmaması gerekmektedir. Aksi takdirde kişi, kendini ifade vermek zorunda hissedebilmektedir. Bu nedenle, *nemo tenetur* ilkesine ilişkin tam koruma sağlanması, ilkeye başvurulması durumunda susmaya olumsuz sonuç bağlanmaması ile mümkündür. Ancak, diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde olumsuz bir sonuca varılmasını gerektiren istisnai durumlarda, ilkeye dayanarak susma hakkının kullanılması aleyhe değerlendirilen deliller arasında kabul edilebilmektedir³².

Nemo tenetur ilkesi, kişinin sorulan sorulara yanıt vermeye zorlanmasını engellediği gibi kişinin kendi aleyhine olan delilleri mahkemeye sunmaya zorlanmasını da engellemektedir³³. Kişinin aleyhine olan delillerin

29 Almanya hakkında bkz. **Haydar**, s. 63; Fransa için bkz. G. Arthur **Martin**, “The Privilege Against Self-Incrimination under Foreign Law”, (Alt Bölüm: Walter **Clemens** “D. Germany”), Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, S. 51, 1960, s. 170.

30 **Martin**, s. 170; **Haydar**, s. 63.

31 U. S. Supreme Court, “Griffin v. California”, 380 U.609, 615 (1965). (Bu kararında Yüksek Mahkeme, suçluluğu gösteren tek delil olarak sanığın susmasının kabul edilemeyeceğini ve susmanın kanıt olabilmesi için suçluluğun ilk bakışta gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.); AİHM, Condron/United Kingdom 31 Eur. Ct. H.R. 1, 25 (2000), 56. paragraf; AİHM, 08.02.1996 tarih ve 18731/9 sayılı John Murray/Birleşik Krallık, 47. paragraf. (Bu kararında Mahkeme, mahkûmiyetin sadece ya da esas olarak sanığın susmasına, sorulara cevap vermeyi ya da delil sunmayı reddetmesine dayandırmayacağını beyan etmiştir). Ayrıca bkz. **Profit**, s. 168; **İtişgen**, s. 4; **İnci**, s. 130; Dilaver **Nişancı**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Asgari Sanık Hakları (AİHS 6. Madde Kapsamında), Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 72.

32 Jenkins v. Anderson, 447 U.231, 238–39 (1980) Bu davada, sanık suçlayıcı deliller hakkında yorum yapmak istememiş ve deliller karşısında *nemo tenetur* ilkesini kullanmıştır. Mahkeme ise, kişinin suçlayıcı delillere bir cevap vermemesinin delil olarak kullanılmasında ilkeye aykırılık görmemiştir. Fletcher v. Weir, 455 U.603, 607 (1982); Salinas v. Teksas, 570 U.178, 133 Ct. 21742, (2013), 174.

33 Thomas **Dingeldey**, Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozeßrecht, JA 1984, s. 412; Gerald **Grünwald**, Anmerkung-BGH Beschluß v. 30.4.1968- 1 StR 625/67 (OLG Karlsruhe), JZ 1968, s. 752; Günter **Haas**, Der Beschuldigte als Augenscheinobjekt, GA 1997, s. 368 vd.; Peter **Kasiske**, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess, JuS 2014, s. 15-19, s. 18; Klaus **Rogall**, Der Beschuldigte als

kişinin elinde bulunduğunun öğrenilmesiyle, kişiden bu delilleri sunması istenebilmektedir. Ancak kişinin elindeki delilleri sunması, kendisi hakkındaki suçlamaya yardım etmesi anlamına gelmekte ve ilkeye aykırılık teşkil etmektedir.

Kişinin *nemo tenetur* ilkesine başvurarak hiçbir ifade vermeme hakkı olduğu gibi ifade vermeyi kabul edip, ifade sırasında sorulan bazı sorulara yanıt vermeme hakkı da bulunmaktadır³⁴. Kişinin ifade vermeyi tercih etmesi tam susma hakkı³⁵, ifade vermeyi kendi rızasıyla kabul ettikten sonra bazı sorulara cevap vermeyi tercih etmesi ise kısmi susma hakkı olarak değerlendirilmektedir³⁶. İlkenin etkili bir şekilde uygulanması açısından kişiye hem tam susma hakkının hem de kısmi susma hakkının sağlanması gerekmektedir. Kişi, kendi savunması açısından hangisinin uygun olduğuna inanıyorsa onu tercih edebilmelidir. Ancak kısmi susma konusunda tartışmalar mevcuttur. Bir kimsenin bazı sorulara yanıt verip bazılarına yanıt vermemesinin hâkim tarafından değerlendirilmesi gerektiği ve bazı durumlarda kişinin kısmi susmasına olumsuz sonuç bağlanabileceği belirtilmektedir³⁷.

Nemo tenetur ilkesi bazı bilgi ve deliller açısından tartışmalıdır. Kişiden elde edilen fiziksel deliller, kamu yararına hizmet eden belgeler, yalan makinesi gibi bazı uygulamalar ve kimlik bilgilerine yönelik bilginin verilmesi tartışmaların en çok yoğunlaştığı alanlardır³⁸. VUK'ta ibraz yükümlülüğü getirilen belgeler de kamu yararına hizmet eden belgeler olduğundan ilkenin tartışmalı alanlarından birini oluşturmaktadır.

Çalışma konumuzu ilgilendirdiğinden kamu yararına hizmet eden belgelerde *nemo tenetur* ilkesinin nasıl uygulanacağına ilişkin değerlendirme yapmakta fayda vardır. Kişinin kişisel belgeleri herhangi bir kanun tarafından tutulması, düzenlenmesi ve ibrazı öngörülmeven belgeleri oldu-

Beweismittel gegen sich selbst- Ein Beitrag "Nemo tenetur seipsum proderere" im Strafprozeß, Berlin 1977, s. 67 vd., s. 54.; Heinrich Amadeus **Wolff**, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung- Das Verbot des Zwangs zur aktiven Mitwirkung am eigenen Strafverfahren und seine Ausstrahlungswirkung auf die gesetzliche Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrechts, Berlin 1997, s. 95. (Aktaran: **İnci**, s. 136.).

34 **İnci**, s. 130.

35 **Şahin/Göktürk**, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, s. 140.

36 Bkz. **Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, s. 144; **İtişgen**, s. 32-33; Stephen **Rushin**, "Rethinking Miranda: The Post-Arrest Right to Silence", California Law Review, S. 99, 2011, s. 170-171.

37 **Haydar**, s. 63.

38 Ayrıntılı bilgi için bkz. **İtişgen**, s. 81 vd.; **Haydar**, s. 63.

ğundan bu belgelerinin talep edilmesi halinde *nemo tenetur* ilkesine dayanarak bunları ibrazdan kaçınılabilmektedir. Ancak kamu yararına hizmet eden belgelerin tutulması, düzenlenmesi ve ibrazı kanunlarca zorunlu tutulmakta ve ibraz edilmemesi halinde cezai ve idari bazı yaptırımlar öngörülmektedir. Bu belgelerin ibrazında kamu yararı bulunduğundan bu belgelerin ibrazından ilkeye dayanarak kaçınılamaması gerektiği düşünülmektedir³⁹. Bazı yazarlar ise ilkenin kamu yararına hizmet eden belgeler açısından da kabul edilmesi gerektiğini savunmakta⁴⁰ ve konu tartışmalı hale gelmektedir.

Kamu yararına hizmet eden belgelerin ibrazı söz konusu olduğunda aktif katılım söz konusudur. VUK'un defter ve belge ibrazına ilişkin hükümlerine göre bir kişiden vergi denetimleri amacıyla defter ve belgelerinin ibrazı talep edildiğinde mükellefin bu defter ve belgeleri ibraz etmesi gerekir. Diğer bir deyişle mükellefin aktif bir harekette bulunması beklenir ve bu hareketin gerçekleştirilmemesi halinde mükellefin cezai sorumluluğu doğar. Belge delili kişiden parmak izi, kan ve doku örneği alınmasına benzetilebilirse de birbirinden farklı durumlardır. Ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğü ilkesi pasif katılımı zorunlu kılar⁴¹. Parmak izi, kan ve doku örneği alınmasında kişinin pasif katılımı söz konusudur⁴². Kişinin herhangi bir harekette bulunması istenmemekte yalnızca yapılan kan ve doku örneği alma işlemine katlanması beklenmektedir. Belgelerin ibrazında kişinin aktif katılımı söz konusu iken kan ve doku örneği alınmasında kişinin pasif katılımı olduğundan ilke bakımından birbirinden farklı değerlendirilmesi gereken durumlardır.

-
- 39 Alman Anayasa Mahkemesi vergilere ilişkin ibraz ödevi verilen defter ve belgelerin kamu yararına hizmet eden belgeler olduğundan bu belgeler bakımından *nemo tenetur* ilkesine başvurulamayacağını belirtmektedir. Bkz. BVerfGG (Federal Kanun Gazetesi I 1473) 27 Nisan 2010, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/04/lk20100427_2bv1001307.html, Erişim Tarihi: 12.12.2022.
- 40 Judith **Hauer**, "Book Review - Lutz Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts [The Privilege Against Self-Incrimination in Criminal Proceedings at the Beginning of the 21st Century] (2007)", German Law Journal, C. 9, S. 8, 2008, s. 1048.
- 41 Nur **Centel**/Hamide **Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s. 157; Cumhuriyet **Şahin**, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, 2005, s. 241; **İnci**, s. 120; Hüseyin **Ertuğrul**, Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, S. 1-2, 2008, s. 693.
- 42 Timur **Demirbaş**, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 87; Pervin **Aksoy İpekçioğlu**, Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasa'ya Uygunluğu, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s. 1168.

Diğer yandan ABD Yüksek Mahkemesi, içtihatlarında *nemo tenetur* ilkesi ihlallerinin üç unsuru içermesi gerektiği sonucuna varmıştır; kendini suçlama (*self-incrimination*), zorlama (*compell*) ve tanıklık (*testimony*)⁴³. ABD Anayasası'nın ilkenin düzenlendiği beşinci değişik hükmüne göre, “bir suçla itham edilen kimse, kendisine karşı tanıklık etmeye zorlanamaz”. Suçlama ve zorlama unsurları sağlam bir zemine oturtulsa da tanıklık hiçbir zaman net bir şekilde tanımlanmamıştır⁴⁴. ABD Yüksek Mahkemesi tarafından net bir değerlendirme yapılmamasına rağmen, öğretide görülen davalarda, “tanıklığı” şüpheliden elde edilen bilginin asli içeriği, insanların sahip olduğu veya ürettiği hakikat değeri olan önermeler şeklinde tanımlanmaktadır. Tanıklık kavramına, doğruluk değeri olan önermeler oluşturma ve ifade değeri olan herhangi bir belge üretmenin de dâhil olduğu savunulmaktadır⁴⁵. Tanıklık niteliğindeki bir iletişim, açıkça veya dolaylı olarak olgusal bir iddiayı ileten ve bilgiyi ifşa eden iletişimdir⁴⁶. Diğer bir deyişle ABD Yüksek Mahkemesi fiziki delilleri ilke kapsamına dahil etmezken beyan delilleri ilkenin kapsamına girmektedir. İlkenin yalnızca tanıklık boyutuyla ele alınması nedeniyle, kendi aleyhine delil vermeye zorlanmama boyutuna ilişkin tam bir koruma sağlanmamaktadır. Bu nedenle ABD Yüksek Mahkemesine göre bir kimsenin kendisinin düzenlediği defter ve belgeler ilke kapsamında beyan delili sayılmakta ve korunmakta iken muhasebecisinin düzenlediği defter ve belgeler mükellefin tanıklığına değil muhasebecisinin tanıklığına dayandığından tanıklık unsurunu sağlamamakta ve mükellef tarafından ilkeye başvurulamamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda ise hem kendi aleyhine beyan vermeye hem de delil vermeye zorlanmama koruma altına alındığından ABD hukukundan farklı bir değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır.

43 Timothy M. **Todd**, “The Fifth Amendment and the Conjurer’s Circle: Exploring the Privilege Against Self-Incrimination in Federal Tax Practice”, *Charleston Law Review*, 9/1, 2014, s. 150, 151; Ayrıca Bkz. Lance **Cole**, “The Fifth Amendment and Compelled Production of Personal Documents After *United States v. Hubbell-New Protection for Private Papers?*”, *29 American Journal of Criminal Justice*, 2002, s. 123 vd.

44 Ronald J. **Allen**/M. Kristin **Mace**, “The Self-Incrimination Clause Explained and Its Future Predicted”, *Journal of Criminal Law & Criminology*, S. 94, 2003-2004, s. 259.

45 **Allen/Mace**, s. 246.

46 **Todd**, s. 154, 155.

II. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA NEMO TENETUR İLKESİNE BAŞVURULABİLMESİNE İLİŞKİN TARTIŞMA

A. Genel Olarak

Genel olarak diğer suçların soruşturması bakımından ceza muhakemesinin soruşturma evresi ile başlayan *nemo tenetur* ilkesi vergi kaçakçılığı suçları gibi ekonomik suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma evreleri öncesindeki idari süreçlerde de gündeme gelebilmektedir. Vergi hukukunda ise öngörülen defter, kayıt ve belge ibraz yükümlülükleri ve bu yükümlülüklere uyulmadığında öngörülen *defter ve belgeleri gizleme suçu* bakımından soruşturma ve kovuşturma evreleri öncesinde yapılan vergi denetimleri bakımında da gündeme gelmektedir.

Vergi kaçakçılığı suçunda *nemo tenetur* ilkesine ilişkin tartışma defter ve belgeleri ibraz etmemenin suç olarak düzenlenmesinden dolayı gündeme gelmektedir⁴⁷. Defter ve belgeleri gizleme suçu VUK'un kaçakçılık suçları ve cezaları başlıklı 359. maddesinin a bendinin 2 no'lu alt bendinde düzenlenmiştir. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi suç olarak düzenlenmiş ve faillerin on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. *Defter ve belgeleri gizleme suçunun* oluşabilmesi için defter ve belgelerin vergi kanunlarına göre tutulma, saklanma ve ibraz mecburiyetine tâbi olması, defter ve belgelerin varlığının sabit olması, ibrazın vergi incelemesi amaç ve kapsamında istenmesi, defter ve belgelerin vergi incelemesine yetkili kişilerce istenmesi, ibraz talebinin saklama (muhafaza) süresi içinde yapılması, ibraz için süre verilmesi, ibraz etmemenin meşru sebebe dayanmaması gerekmektedir⁴⁸.

B. Vergi Kaçakçılığı Suçu Bağlamında Nemo Tenetur İlkesine Başvurulabilirliğe İlişkin Görüşler

VUK'un 359. maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığı suçlarının suç olma vasfından dolayı faillerinin şüpheli ve sanık haklarından yararlanması gerekmektedir. Vergi kaçakçılığı suçunun faillerinin sanık haklarından yararlanması gerekmele birlikte bu haklardan yararlanmanın hangi zamandan itibaren mümkün olduğu doktrinde tartışmalıdır. Çalışmanın

47 **Yaltı**, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 148; **Saban**, s. 369; **Şenyüz**, Susma Hakkı, s. 31; **Üstün**, s. 363.

48 **Şenyüz**, Susma Hakkı, s. 29, 30. Aynı yönde bkz. Doğan **Şenyüz**, Vergi Ceza Hukuku, 12. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2022, s. 450, 451; Yusuf **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 285-287.

konusu bakımından önemli olmasından dolayı öncelikle *nemo tenetur* ilkesine hangi andan itibaren başvurulabileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

*Defter ve belgeleri gizleme suçunun nemo tenetur ilkesine aykırı olduğuna yönelik ilk görüşe göre ilkeye aykırılık suça ilişkin öngörülen yaptırımın kişide oluşturduğu baskıdan ileri gelmektedir*⁴⁹. Aynı görüşte olan bazı yazarlar ise *defter ve belgeleri gizleme suçunun* suç olmaktan çıkarılarak kabahat olarak düzenlenmesi ve idari para cezası verilmesi halinde ilkeye aykırılığın giderilebileceğini belirtmektedir⁵⁰. Bizim de katıldığımız, *defter ve belgeleri gizleme suçunun* sadece suç şüphesinden sonra yapılan vergi incelemeleri bakımından geçerli olacağına ilişkin görüşe göre, suç şüphesi hasıl olduktan sonra yapılan vergi denetimleri ile soruşturma ve kovuşturma evresinde ilkeye başvurulabileceği kabul edilmektedir⁵¹. Başka bir görüşe göre ise vergi kaçakçılığı suçu bakımından ilkeye ceza muhakemesi evrelerinde başvurulabilmektedir. Bir suç soruşturması ve kovuşturması bulunmayan hallerde ilkeye başvurulamayacağı kabul edilmektedir⁵². Anayasa Mahkemesi (AYM) de vergi kaçakçılığı suçu

-
- 49 **Yaltı**, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 140-149. Aynı yönde bkz. Ercan **Sarıcaoğlu**, Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 359-369; Mahmut **Kaşıkcı/Altan Rençber**, Vergi Ceza Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2023, s. 304 vd.; AYM, 2019 yılında VUK'un 359. Maddesinde düzenlenen defter ve belgeleri gizleme suçunun *nemo tenetur* ilkesine aykırılığı iddiasına ilişkin somut norm denetimi yaparak, defter ve belgeleri gizleme fiilinin suç olarak düzenlenmesinin Anayasa'ya uygun olduğuna karar vermiştir. AYM'nin çoğunluk görüşüne katılmayan yedi üyesi karşı oy değerlendirmelerinde genel olarak aynı gerekçelere dayanarak defter ve belgeleri gizleme suçunun bu haliyle Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatlerini dile getirmişlerdir. Bkz. AYM, E. 2019/80, K. 2022/31, 24.03.2022, Resmi Gazete Tarih: 22.06.2022, Sayı: 31874.
- 50 **Şenyüz**, Susma Hakkı, s. 39; **Üstün**, s. 386.
- 51 Turgut **Candan**, "Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler", Editörler, İlhan Ulusan/Funda Başaran Yavaşlar, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul Kültür Üniversitesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 276, 277; Onur **Özcan**, Vergi Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 226.
- 52 Funda **Başaran Yavaşlar**, "İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları", Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl Sempozyumu (11-12 Mayıs 2006), Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2008, s. 149,150; Sibel **İnceoğlu**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 278; Aynı yönde bkz. Melikşah **Yasin**, İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 65-69; **Erdem**, Gizleme Suçu mu, Susma Hakkı mı?, s. 34-45; **Özen**, s. 38, 39.

bağlamında ilkeye başvurulabilmesinin ceza muhakemesi işlemlerinin başlamasından sonra geçerli olduğu kanaatindedir⁵³.

AİHM ise önüne gelen başvurularda iç hukuk kurallarının hukuka uygunluğunu değerlendirmek yerine somut olaydaki tüm şartları değerlendirerek, AİHS ile korunan bir hakkın zedelenip zedelenmediğine karar vermektedir. Bundan dolayı, vergi incelemesinin *nemo tenetur* ilkesine aykırı olup olmadığına dair AİHM'in net bir görüşü bulunmamaktadır. İlke AİHS'de açıkça düzenlenmese bile, AİHM bu ilkeyi AİHS'nin adil yargılanmaya ilişkin 6. maddesi kapsamında değerlendirmekte, verdiği kararlarında ilkenin öncelikle, sanığın ceza yargılaması bağlamında susma iradesine ve cezaî kovuşturmalarda zorunlu olarak elde edilen bilgilerin kullanılmamasına saygı gösterilmesiyle ilgili olduğunu vurgulamaktadır⁵⁴. Bununla birlikte, verginin hesaplanması ve değerlendirilmesi amacıyla gelir ve sermayenin açıklanması yükümlülüğünün, devletlerin vergi sistemlerinin ortak bir özelliği olduğunu ve bu yükümlülük olmadan vergi sisteminin etkin bir şekilde işlemlerini tasavvur etmenin zor olacağını belirtmektedir⁵⁵. Aynı zamanda, iş alanı ve ekonomik konularda devletlerce özel önlemler alınabileceği konusunda hem fikir olduğunu, ne banka hesaplarının ibrazına dair yükümlülükler ne de para cezalarının uygulanmasının doğrudan adil yargılanma hakkına aykırı olmayacağı kanaatini dile getirmektedir⁵⁶.

İdarî denetimlerin baskın amacı ceza soruşturmasına ilişkin delil toplama olduğu durumlarda ise, AİHM'in *nemo tenetur* ilkesinin zedelendiğine hükmettiği görülmektedir⁵⁷. Funke/Fransa başvurusunda, mükellefin

53 AYM, E. 2019/80, K. 2022/31, 24.03.2022, Resmi Gazete Tarih: : 22/6/2022, Sayı: 31874, § 23, 24.

54 AİHM Funke v. France, 10828/84, 25.02.1993, § 22, 44; AİHM John Murray v. The United Kingdom, 18731/9, 08.02.1996, § 45; AİHM, Saunders v. The United Kingdom, 19187/91, 17.12.1996; AİHM, J.B. v. Switzerland, 31827/96, 03.05.2001; AİHM, O'halloran and Francis v. The United Kingdom, 15809/02, 29.06.2007; Dovydas Vitkauskas/Grigoriy Dikov, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Çev. Serkan Yalçın, Avrupa Konseyi Yayını, Strazburg 2012, s. 70; Christoph Heinrich/Christian Rauch/Axel Wiehrer, “‘Nemo’ Tenetur Se Ipsum Accusare?”, (Çevrimiçi) <http://kanzleirauch.de/wp-content/uploads/2011/07/crthemis.pdf>, 10.03.2021, E.T. 31.07.2024.

55 AİHM, Allen v. The United Kingdom (Kabul edilebilirlik kararı), 76574/01, 10.09.2002; AİHM, Abas v. Netherlands, 27943/95, 26.02.1997; AİHM, Van Weerelt v Netherlands, 784/14, 16.06.2015; AİHM, King v. United Kingdom, 13881/02, 08.04.2003.

56 AİHM, Funke v. France, 10828/84, 25.02.1993, § 43.

57 Bkz. AİHM, Funke v. France, 10828/84, 25.02.1993; AİHM, Saunders v. The United Kingdom, 19187/91, 17.12.1996; AİHM, J.B. v. Switzerland, 03.05.2001, Başvuru

vergi kaçırdığına ilişkin şüphe söz konusudur ve mükellefe ait faturalar mahkeme aracılığıyla talep edilmiştir⁵⁸. Funke'nin bu belgeleri mahkeme kararı öncesi ibraz etmediği süre için ve karardan sonra ibraz etmeyeceği her gün için belli bir miktar para cezasına çarptırılmıştır. Funke bu belgeleri ibraz etmeye zorlanmasının *nemo tenetur* ilkesine aykırı olduğundan adil yargılanma hakkını zedelediğini iddia ederek AİHM'ye başvurmuştur. AİHM, gümrük yetkililerinin varlığından emin olmadığı sadece varlığına ilişkin şüphelerinin olduğu belgeleri Funke'den talep etmesi aynı zamanda mahkeme zoruyla bu belgelerin ibrazı talep edilmiş olması dolayısıyla somut davada *nemo tenetur* ilkesinin ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının zedelendiğine karar vermiştir⁵⁹.

Saunders kararı aslında vergilere ilişkin bir karar değildir. Ancak *nemo tenetur* ilkesine ilişkin mahkeme öncesi yapılan işlemlerin, adil yargılanma hakkını zedeleyip zedelediği konusunda önemli tespitler içermektedir. Saunders/Birleşik Krallık başvurusunda ise başka bir şirket hiselerini devralmak için rekabet kurallarına aykırı olarak hileli işlemler yaptığı ve bu işlemlerde İngiltere kanunlarına aykırı hareket ettiği iddiaları sonrasında müfettişlerce yapılan sorgusunun yargılamada kullanılmış ve Saunders hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılmıştır. Bunun üzerine Saunders AİHM'ye başvurmuş ve müfettişlerce alınan ifadenin yargılamada kullanılması neticesinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM, Saunders'in müfettişlerce yapılan ceza muhakemesi evrelerinden önce gerçekleştirilen sorgusunun yargılamada kullanılmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir⁶⁰.

J. B. /İsviçre başvurusuna konu olayda J.B.'nin bazı şirketlere yatırım yaptığı halde, bu yatırımları beyannamesine dâhil etmediği tespit edilmiştir. Bunun üzerine J.B.'ye karşı vergi kaçakçılığında işlem başlatılmış ve J.B.'den yatırım yaptığı şirketlerle ilgili tüm belgeleri ibraz etmesi istenmiştir. Bunun üzerine vergi idaresi tarafından gelirin ödenmeyen kısmı için ek tarhiyat yapılmıştır. Ayrıca J.B.'ye ibrazdan kaçınması sebebiyle idari para cezaları kesilmiştir. J.B., bu cezalara itiraz etmiş ancak tatmin edici bir sonuç alamamış ve neticede AİHM'ye başvurmuştur. AİHM, *nemo tenetur* ilkesine ilişkin değerlendirmelerine geçmeden önce devletin, verginin doğru tarh edilmesini sağlamak amacıyla, vergi yükümlüsüne

No. 31827/96; AİHM, Chambaz v. Switzerland, 11663/04, 05.04.2012. (Çevrimiçi) <http://ndfr.nl/Pdf/echr11663-04.pdf>, Son Erişim: 12.10.2023.

58 AİHM, Funke v. France, 10828/84, 25.02.1993, § 43.

59 AİHM, Funke v. France, 25.02.1993, Başvuru No. 10828/84, 44. Paragraf.

60 AİHM, Saunders v. The United Kingdom, 19187/91, 17.12.1996; **Kağıtçıoğlu**, s. 122.

bilgi verme yükümlülüğü getirip getiremeyeceği meselesini değerlendirmediğini özellikle vurgulamıştır⁶¹. AİHM'nin, devletlerin, beyan usulünün uygulanmasından dolayı vergilerin doğru tarh edilebilmesi için belge ve bilgi talep edebilmesine ilişkin kanuni düzenlemelerin, doğrudan adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmediği kanaatinde olduğu görülmektedir. J.B.'ye idari para cezaları kesilmesi ile, gelir elde ettiğini kanıtlamaya yönelik olarak gerekli bilgileri vermeye zorlanmıştır⁶². Bu nedenlerle AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında *nemo tenetur* ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶³.

Chambaz/İsviçre başvurusunda, Chambaz'ın serveti ile beyan edilen gelirlerinin orantısız olduğunun gelir idaresince tespit edilmesinin ardından gelir idaresince kendisinden bu durum için bilgi istenmiş, Chambaz ise bilgi vermeyi reddetmiştir. İstenilen bilgileri vermeyi reddetmesinden ötürü Chambaz'a bu fiilinden dolayı hem para cezası kesilmiş hem de vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin inceleme başlatılmıştır. Yapılan kaçakçılık incelemesine binaen Chambaz'a para cezası uygulanmıştır. Bunun üzerine Chambaz, iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'ye başvurmuştur. AİHM, bilgi ve belge vermeyi reddetmesi nedeniyle para cezası kesilmesinin başvuru açısından bir tehdit oluşturduğuna ve bu nedenle AİHS'nin 6. maddesinin unsurlarından olan *nemo tenetur* ilkesinden kaynaklanan sessiz kalma ve kendini suçlamama hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmiştir⁶⁴.

Kanaatimizce *nemo tenetur* ilkesine suç şüphesi bulunan vergi incelemeleri, suç soruşturma ve kovuşturması evrelerinde başvurulabilmektedir⁶⁵. Herhangi bir suç şüphesi bulunmadan yapılan vergi incelemeleri; idarenin rutin vergi denetimi takvimine göre yapılan vergi incelemeleridir. Ortada bir suç şüphesi bulunmadığından ceza muhakemesi anlamında bir soruşturmaya kanıt aranması amacı söz konusu olmayıp ödenen vergilerin doğruluğunu araştırma ve sağlama amacı söz konusudur. Mükellefin incelemeye sevk edilmesi, genel olarak yapılan risk analizine göre, vergi

61 AİHM, J.B./İsviçre, Başvuru No: 31827/96, 03.05.2001, 63. paragraf.

62 AİHM, J.B./İsviçre, 03.05.2001, Başvuru No: 31827/96, 65. ve 66. paragraf.

63 AİHM, J.B./İsviçre, 03.05.2001, Başvuru No. 31827/96. (Aktaran: Billur Yaltı "Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359) (a) (2)'nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu", Vergi Dünyası, S. 285, Mayıs 2005, s. 30.).

64 AİHM, Chambaz v. Switzerland, 05.04.2012, Başvuru No. 11663/04. (Çevrimiçi) <http://ndfr.nl/Pdf/echr11663-04.pdf>, Son Erişim: 12.10.2019.

65 Aynı yönde bkz. Candan, s. 276, 277; Çamurcu, s. 89.

inceleme elemanının veya cumhuriyet savcılığının talebi⁶⁶ üzerine, ihbar veya şikayet üzerine gerçekleşmektedir. Risk analizine göre incelemeye sevk bazı durumlarda kara para incelemesi, sahte belge kara listesine girilmesi gibi durumlar nedeniyle yapılabilmektedir. Kara para incelemesi, sahte belge kara listesine girilmesi gibi durumlardan dolayı vergi incelemesine sevk haricindeki risk analizine göre vergi incelemesine sevk hallerinde bir suç şüphesinin hasıl olduğundan bahsedilemez. Ancak vergi inceleme elemanının veya cumhuriyet savcılığının talebi üzerine, ihbar veya şikayet, risk analizinde kara para incelemesi, sahte belge kara listesine girilmesi gibi durumlar nedeniyle incelemeye sevk edilmesi halinde ise artık idare nezdinde bir suç şüphesinin hasıl olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁶⁷. Suç şüphesinin başlamasından sonra ise *nemo tenetur* ilkesine başvurulabilmektedir⁶⁸. Suç şüphesinden sonra ilkeye başvuru mümkün olmakla birlikte, bu aşamadan sonra da ilkeye başvurulabilmesinin belirlenecek yaptırıma göre değişip değişmeyeceğinin ortaya koyulması gerekmektedir.

III. BELİRLENEN YAPTIRIMA GÖRE VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA NEMO TENETUR İLKESİNİN DURUMU

Yaptırım, toplumda yaşayan kişiler tarafından kabul edilen, uyulması zorunlu düzen kurallarına uymamaları neticesinde toplum tarafından gösterilen tepki olarak tanımlanmaktadır⁶⁹. Toplumca hoş görülmeyen bir davranış sergileyen kişinin kınanması ahlaki yaptırım, günah işleyen kimşenin ebedi dünyada cezalandırılması baskısı dini yaptırım iken bir de hukuki yaptırımlar bulunmaktadır. Hukuki anlamda yaptırım, en genel anlamıyla kişinin yükümlülüklerine aykırı davranışına bağlanan hukuki sonuçtur. Sergilenen haksız davranış neticesinde hukuk düzenince kurulan

66 VUK'un 367. maddesinin 2. fıkrasına göre, 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ittila hasıl eder. Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder. Bu durumda cumhuriyet savcılığının talebi üzerine vergi incelemesi yapılmaktadır.

67 Çamurcu, s. 87, 88.

68 İleride değineceğimiz üzere bazı idari yaptırımlar da AİHM tarafından cezai ağırlığa ulaşan yaptırım olarak nitelendirilmekte ve adil yargılanma hakkının kapsamında incelenebilmektedir. Bu bakımdan suç şüphesi olarak ifade edilen kavramın suç veya kabahat fiilinin işlendiğine ilişkin vergi idaresi veya Cumhuriyet savcılığında oluşan şüphe olarak anlaşılması gerekmektedir.

69 Zeki Hafızoğulları, Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Seçkin Yayınevi, Ankara 1987, s. 142.

denge bozulmaktadır. Haksızlık teşkil eden davranışı sergileyen kişiye yönelik yaptırımın uygulanması ile dengenin yeniden tesis edilmesi amaçlanmaktadır⁷⁰. VUK'ta vergi kaçakçılığı oluşturan fiillere adli yaptırımlardan olan hapis cezası öngörülmüştür. Vergi kaçakçılığı suçuna belirlenen yaptırımın adli bir yaptırım veya idari bir yaptırım olmasının *nemo tenetur* ilkesine başvuruabilirliğe etkisi bulunmaktadır. Bu bakımdan vergi kaçakçılığı fiillerinden defter ve belgeleri gizleme fiiline adli bir yaptırım ve idari bir yaptırım öngörülmesi halinde failin ilkeye başvurusunun nasıl etkileneceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

A. Adli Bir Yaptırım Öngörülmesi Durumunda

Suçlar açısından yaptırım, suç teşkil eden fiile bağlanan hukuki sonuçtur⁷¹. Gerçekleştirilen her haksızlık kanun koyucunun iradesine doğrultusunda suç olarak düzenlenmemektedir. Haksız fiil niteliğindeki bu davranışların bazıları kabahat olarak düzenlenmekte ve idari bir yaptırımla karşı karşıya kalmakta, bazıları yalnızca karşı tarafın zararlarının tazmine yönelik özel hukuk sorumluluğuna sebep olmakta, bazıları ise cebri icra veya hukuki hükümsüzlük yaptırımına konu olmaktadır. Suç olarak düzenlenen fiiller ise, kamu düzenini bozucu niteliklerinin daha ağır addedilmesinden ötürü ceza hukuku yaptırımlarına maruz bırakılmaktadır⁷².

Türk ceza hukukunda suçlar açısından yaptırım olarak ya cezalara ya da güvenlik tedbirlerine hükmedilmektedir. Ceza yaptırımı, failin fiili bakımından kusurlu olmasını ve hükmedilecek cezanın kusurunu aşmamasını gerektirirken, güvenlik tedbirlerinin uygulanması açısından bazı hallerde failin kusuru aranmamaktadır⁷³. Bu kabul, cezanın temelinde kusur prensibinin, güvenlik tedbirinin temelinde ise toplumu ve faili koruma amacının gözetilmesinden kaynaklanmaktadır⁷⁴. Failin kusurunun bulunduğu durumlarda hem cezaya hem de güvenlik tedbirine ilişkin yaptırım uygulanabilirken, failin kusurunun olmadığı durumda yalnız güvenlik tedbirine başvurulabilmektedir⁷⁵.

70 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 785.

71 Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 569.

72 Bkz. Koca/Üzülmöz, s. 42.

73 İzzet Özgenç, "Suç ve Yaptırım Teorisine İlişkin Yeni Gelişmeler Işığında Türk Ceza Kanunu Tasarısı", Türkiye Barolar Birliği, Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel, 21-22 Mayıs 2004, Ankara 2004, s. 67.

74 Özgenç, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 39.

75 Koca/Üzülmöz, s. 569, 570.

Ceza, kusurlu bir iradeyle suç teşkil eden fiili işlenmesi halinde, devlet tarafından uygulanan ve faili bazı yoksunluklara tabi kılan ıstırap verici, korkutucu ve caydırıcı yaptırımdır⁷⁶. Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 45. maddesine göre, suçun karşılığı olarak uygulanan cezalar hapis ve adli para cezalarıdır. TCK'da suç karşılığında ceza olarak, hapis cezası ve adli para cezasının tek başına uygulanmasının öngörüldüğü hükümler olduğu gibi adli para cezasının hapis cezasına seçenek olarak öngörüldüğü veya her iki cezanın birlikte uygulanmasının öngörüldüğü hükümler de bulunmaktadır⁷⁷.

1. Hapis Cezası Öngörülmesi Durumunda

Hapis cezaları, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan cezalardır. TCK'nın 46. maddesinde, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olarak hapis cezasına yer verilmiştir. TCK'da suç fiiline karşılık olarak genellikle hapis cezası öngörülmektedir. Hapis cezası, hükümlünün kanunlarla belirlenen süre boyunca hürriyetinin kısıtlanmasına ve yaşamını kapalı bir ceza infaz kurumunda geçirmesine neden olmaktadır.

Vergi kaçakçılığı suçu, TCK'da değil VUK'ta düzenlenmiştir. Bu nedenle VUK ceza normu içeren kanun niteliği taşımaktadır⁷⁸. Bu açıdan vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin yargılama ceza hukukunun temel ilkeleri ve ceza muhakemesi hukukuna göre yapılmakta ve yapılan yargılama sonucunda suçun sabit olması halinde faile hapis cezası ve/veya adli para cezası uygulanmaktadır⁷⁹. Bazı durumlarda ise vergi kaçakçılığı suçunun niteliği ve vergi hukukunun ilkelerine dayanarak ceza hukukunun genel ilkelerinden ayrıksı düzenleme yapıldığı gözlemlenmektedir⁸⁰. Vergi kaçakçılığı suçu bakımından VUK'ta TCK'dan farklı hükümler öngörülmüş olması halinde, TCK'nın genel VUK'un özel kanun olmasından dolayı, VUK hükümleri uygulanmaktadır⁸¹. Herhangi bir düzenleme olmaması

76 **Koca/Üzülmez**, s. 571; Özgenç'e göre ise cezanın faili bazı yoksunluklara tabi kılan ıstırap verici, korkutucu ve caydırıcı yaptırım şeklinde algılanması eski anlayışın bir devamıdır. Özgenç'e göre ceza; işlemiş olduğu haksızlık nedeniyle kişinin kınanması gerektiği hususunun somutlaşmasıdır ve birincil amacı failin topluma kazandırılması, toplum bakımından zararsız güvenilir hale getirilmesidir. Bkz. **Özgenç**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 788, 789.

77 **Koca/Üzülmez**, s. 576.

78 VUK'un ceza normu içeren hükümleri bakımından özel ceza kanunu olduğuna dair bkz. **Karakoç**, s. 80; **Şenyüz**, Vergi Ceza Hukuku, s. 8.

79 **Karakoç**, s. 80.

80 **Mehmet Taştan**, Vergi Kaçakçılığı Suçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 4.

81 **Karakoç**, s. 81; **Şenyüz**, Vergi Ceza Hukuku, s. 385.

halinde ise genel kanun olan TCK'nın genel hükümlerine göre hareket edilmesi gerekmektedir⁸².

Vergi kaçakçılığı suçunun yaptırımı, VUK'un 359. maddesinde belirlenmiştir. Vergi kaçakçılığı suçu açısından fail, işlediği suç fiiliyle bağlantılı olarak yapılan yargılama neticesinde somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak yapılan değerlendirmeye istinaden 18 ayla 8 yıl arasında değişen hapis cezasıyla karşı karşıya kalmaktadır.

Vergi kaçakçılığı suçunun yargılaması, ceza mahkemelerinde yapılmaktadır. Ceza mahkemelerinde yapılan yargılamalar bakımından nemo tenetur ilkesine başvurabilmektedir⁸³. İlkeye dayanan susma hakkı, CMK'nın 147. maddesinin 1 fıkrasının e bendinde ve 148. maddesinin 1. fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Soruşturma evresinde, şüpheli veya sanığın susma hakkına sahip olduğu hatırlatılmalıdır. Şüpheli veya sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bu açıdan vergi kaçakçılığı suçuna hapis cezası öngörüldüğünden ilkeye riayet edilmesi gerekmektedir. *Nemo tenetur* ilkesinin ne zaman başlayacağına ilişkin açıklama ise yukarıda belirtilmiştir. Suç şüphesi öncesi vergi incelemeleri açısından ilkeye

82 TCK'nın 5. maddesine göre; TCK'nın genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır. Ancak bu hükme ilişkin özel ceza kanunlarındaki hükümlerin söz konusu 5. maddeye uygun düzenlenmesi bakımından kanun koyucunun gerekli değişiklikleri yapması için 5349 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 5. maddenin yürürlüğü 31 Aralık 2006 tarihine kadar ertelenmiştir. Özel ceza kanunlarının 5237 sayılı TCK'ya uyumunun sağlanması amacıyla 23 Ocak 2008 tarihli 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun kabul edilmiştir. 5728 sayılı Kanun'un 271 ile 281. maddeleri VUK'un cezalara ilişkin bölümünü içeren hükümlere ilişkin değişiklik yapılmış ve VUK'un vergi kaçakçılığına ilişkin maddesi yeniden düzenlenmiştir. Kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkelere göre birbiriyle çelişen hükümlerin bulunduğu kanunlar bakımından alt norm- üst norm, önceki- sonraki kanun, özel kanun-genel kanuna ilişkin çeşitli ilkeler geliştirilmiştir. Bu ilkelere göre genel kanun hükmünden sonra düzenlenen özel - kanun hükmü düzenlediği alanla sınırlı olarak uygulanmaktadır. (Bkz. Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 13. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2015, s. 302; Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 58). VUK'un vergi kaçakçılığına ilişkin hükümlerinin özel ceza kanunu niteliğinde olması ve VUK'un vergi kaçakçılığına ilişkin maddesinin genel kanun hükmü olan TCK'nın 5. maddesinden sonra düzenlenmiş bulunmasından dolayı VUK ile TCK'nın genel hükümlerinin çelişmesi halinde VUK'un vergi kaçakçılığına ilişkin hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. 31 Aralık 2006-23 Ocak 2008 tarihleri arasında ise TCK'nın 5. Maddesi gereği VUK'un TCK'yla çelişen hükümlerinin uygulanmaması gerekmektedir.

83 **Amar/Lettow**, s. 874-83; AİHM'de Engel kriterlerine göre bir yaptırımın iç hukukta cezai yaptırım olarak nitelendirilmesi halinde sanık haklarından yararlanacağını belirtmektedir. AİHM, Engel and Others v. The Netherlands, 5370/72, 08.07.1976. Bkz. Altan **Rençber**, Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 93; **Kaşıkçı/Rençber**, s. 89.

başvurarak defter, kayıt ve belge ibrazından kaçınılamazken, suç şüphesinden sonra yapılan vergi incelemelerinde, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde ise mükellef ilkeye başvurarak defter, kayıt ve belge ibrazından kaçınabilecektir. Suç şüphesi sonrası yapılan vergi incelemelerinde susma hakkının mükellefe hatırlatılması gerekmektedir. Öte yandan suç şüphesi öncesi yapılan rutin vergi incelemeleri sırasında suç izlendiği izlenimi oluşabilir ve suç delili olan belgeler bulunabilir. Bu durumda suç şüphesi öncesi hukuka uygun verilmiş bir vergi incelemesi yapılmasına ilişkin bir idari işlem bulunduğundan vergi incelemesine devam edilebilir ve vergi inceleme raporu düzenlenebilir⁸⁴. Aynı zamanda Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmeliğin 16. maddesinin 6. fıkrasına göre, inceleme sırasında vergi inceleme elemanınca suç delili olduğu tespit edilen defter ve belgelerin mükellefin rızasına bakılmaksızın alıkonulması gerekmektedir.

2. Adli Para Cezası Öngörülmesi Halinde

Malvarlığını etkileyen ceza olarak TCK'da adli para cezasına yer verilmiştir. Kanun koyucunun takdirine bağlı olarak, belli ağırlık derecesine ulaşmamış suçlar açısından kabul edilmiş bir yaptırım türüdür. Genel olarak hapis cezasına alternatif bir yaptırım olarak kabul edilmektedir. Belli

84 Suç şüphesi öncesi gerçekleştirilen vergi incelemesi devam ederken inceleme elemanının bir suç işlendiği izlenimi oluşması durumu önleme aramalarına benzetilebilir. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) önleme aramasına ilişkin 9. maddesi ve bu Kanun'a dayanarak çıkarılan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 24. maddesine göre, polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla sulh ceza hâkiminin kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arayabilmekte; alınması gereken tedbirleri alabilmekte, suç delillerini koruma altına alarak CMK hükümlerine göre gerekli işlemleri yapabilmektedir. Söz konusu Yönetmeliğin "önleme aramalarında elde edilen bilgi ve bulgular ile yakalanan şüpheliler hakkında yapılacak işlemler" başlıklı 24. maddesine göre; önleme aramalarında elde edilen ve adli soruşturmalarda kullanılacak bilgi, bulgu ve şüpheliler hakkında 10. madde hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 10. maddesinde ise, usulüne uygun yapılan aramada; yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen bir delilin koruma altına alınacağı ve durumun Cumhuriyet başsavcılığına derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için Cumhuriyet savcısından yeni bir yazılı emir isteneceği hüküm altına alınmıştır. Yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek, bir delil elde edilmesi halinde de aynı işlem uygulanmaktadır. Buna benzer bir düzenleme Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmeliğin 16. maddesinin 6. fıkrasına göre, inceleme sırasında vergi inceleme elemanınca suç delili olduğu tespit edilen defter ve belgelerin mükellefin rızasına bakılmaksızın alıkonulması gerekmektedir.

ağırlık derecesine ulaşmamış suçlar açısından ilk defa suç işleyen kişiyi hapis cezasına mahkûm etmenin sebep olacağı sakıncaları gidermek adına alternatif bir yaptırım olarak öngörülmüştür.⁸⁵

Vergi kaçakçılığı suçları bakımından ülkelerin tercih ettiği yaptırımlara bakıldığında hem hürriyeti bağlayıcı hem de adli para cezası düzenlendiği görülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde İç Gelir Yasası (Title 26 USC § 7201)'de⁸⁶ vergi kaçakçılığı suçu açısından beş yıla kadar hapis cezası ve/veya adli para cezası öngörülmektedir. Kanada'da vergi kaçakçılığı suçu açısından hem para ceza hem de hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmektedir⁸⁷. Almanya'da vergi kaçakçılığı suçu *Abgabenordnung*'nun⁸⁸ (AO) 369 ila 376. maddelerinde düzenlenmiştir. AO'nun 370. maddesine göre vergi kaçakçılığı suçunun cezası 5 yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Ayrıca aynı maddede suçun ağırlaştırıcı sebepleri de düzenlenmiş bu ağırlaştırıcı haller açısından altı aydan 10 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Fransa'da da Genel Vergi Kanunu'nun⁸⁹ 1741. maddesinde, hem beş yıla kadar hapis hem de adli para cezası öngörülmüştür.

Yaptırım olarak adli para cezasının tek başına veya hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte öngörülmesi açısından bir fark bulunmamaktadır. Ceza mahkemelerinde yargılanması, ceza hukuku ve ceza muhakemesi ilkelerinin adli para cezaları için de geçerli olması nedeniyle, vergi kaçakçılığı suçuna hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmesi açısından yapılan değerlendirmeler yaptırım olarak yalnız adli para cezası öngörülmesi halinde de geçerlidir.

B. İdari Yaptırım Öngörülmesi Durumunda

İdari yaptırım, yasalarla haksızlık olgusu ve çerçevesi belirlenmiş alanda, bir idari işlem ile idare hukukuna özgü usullerle verilen idari cezalar ve uygulanan diğer yaptırımlardır⁹⁰. İdari yaptırımlar ile amaçlanan

85 Özgenç, s. 906.

86 Internal Revenue Code, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26,E.T.01.08.2024>.

87 Innes/Williams, s. 1464.

88 Abgabenordnung, Ausfertigungsdatum: 16.03.1976, BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61.

89 Code Général des Impôts, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITE XT000006069577/2024-04-11,E.T.12.12.2022.

90 İl Han Özyay, İdari Yaptırımlar: Kuramsal Bir Deneme, Özdem Kardeşler Matbaacılık, İstanbul 1985, s. 35; Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, 1491; Metin Günday, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2017, s. 305; Ali D. Ulusoy, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İdari Yaptırımlara Bakışı", Yıldırım Uler'e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2014, s. 635. Belirtmek gerekir ki, idari yaptırımın bazen idari

idari düzenin bozulmasına sebep olabilecek davranışların önlenmesi yoluyla böyle bir davranışın ortaya çıkması halinde kamuya verilen zararın giderilmesidir⁹¹. İdari yaptırımların en önemli özelliği; idare tarafından, idari usullerle kararlaştırılmasıdır⁹². İdari yaptırım kararı, araya yargısal bir süreç girmeden bir idari işlemle verilmektedir⁹³. Yaptırım kararından sonra, kanuni idare ve hukuk devleti ilkeleri gereği idari yargı yerlerinde İYUK hükümlerine göre dava konusu edilebilmektedir.

1. İdari Para Cezası Öngörülmesi Durumunda

İdari para cezası, hukuka aykırı davranışta bulunmaları nedeniyle bireylerin malvarlığına tesir eden, sahip oldukları bazı şeylerden yararlanmalarını engelleyen idari bir yaptırımdır⁹⁴. Kabahat adı verilen, basit nitelikli itaatsizlikleri cezalandırmak açısından öngörülebilmektedir⁹⁵.

İdari para cezasının teknik anlamda bir ceza olup olmadığı tartışmalıdır. İdari para cezasının teknik anlamda bir ceza niteliğinde olup olmadığı, ceza hukukunun ve ceza yargılamasının ilkelerinin idari para cezalarına uygulanıp uygulanamayacağı belirlenmesi bakımından önemlidir. İdari para cezalarının teknik anlamda ceza olup olmadığı konusunda çeşitli görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre, idari yaptırımlar kanunlarda kabahat veya ceza kavramı altında düzenlense de, bu yaptırımlara idare tarafından bir idari işlemle karar verilmesi nedeniyle ceza olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir. Bu yaptırımlar, teknik anlamda birer ceza değil, idari yaptırımdır ve

tedbir olarak kullanıldığı görülmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesinde idari yaptırımların para ceza ve diğer idari tedbirler olduğu hükmü yer almaktadır. AYM, (AYM, E. 2007/68, K. 2010/2, 14.01.2010, RG. 28.04.2010/27565) Kanun'da geçen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararını bir idari tedbir olarak değerlendiren Danıştay, (Dan. 13. D. E. 2011/4274, K. 2012/4033, 25.12.2012) bu işlemin bir idari yaptırım olarak değerlendirmektedir. Kağıtçıoğlu'na göre bu durum terminoloji açısından bir karmaşa bulunduğunu göstermektedir. Bkz. Mutlu **Kağıtçıoğlu**, "İdare Hukuku Yaklaşımıyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yapısal Tedbirler", TAAD, C. 12, S. 47, Temmuz, 2021, s. 133.

91 Ramazan **Çağlayan**, İdari Yaptırımlar Hukuku: Kabahatler Kanunu Yorumu, 1. Baskı, Asil Yayın, Ankara 2006, s. 28.

92 **Özay**, s. 46.

93 Yasin **Aslan**, "İdari Yaptırımlar", TBB Dergisi, S. 85, 2009, s. 177.

94 **Özay**, s. 46.

95 Klaus **Tiedemann**, Ekonomi Ceza Hukuku, Çev. Ayşe Nuhoglu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 80.

ceza hukukunun kapsamına girmemektedir⁹⁶. Vergi cezalarının mahiyetinde de idari vasıf daha hâkimdir⁹⁷. Vergi cezalarında ceza ve tazmin amacı bir arada bulunmaktadır⁹⁸.

Bir görüşe göre, idari yaptırımların bir kısmı “*cezalandırma*” amacı taşımaktadır⁹⁹. İdare hukukunun özerk bir alan olması¹⁰⁰ ve idari yatırımların idare tarafından idari bir işlemle uygulanması nedeniyle idari cezalar açısından ceza hukuku prensiplerinin uygulanmaması yönünde temel kabul olmakla birlikte, bu kabulün temel hak ve hürriyetlerin korunmasına olumsuz etkisi olmaktadır¹⁰¹. Bu nedenle, tüm ceza hukuku prensiplerinin değil de belirli bir takım ceza hukuku prensiplerinin idari cezalar açısından da uygulama alanı bulması gerekmektedir¹⁰².

Diğer bir görüşe göre, suç teşkil etmeyen kabahatlere idare tarafından verilen idari yaptırımlar idare hukuku ve ceza hukukunun ortak bir alanıdır¹⁰³. Suç teşkil etmeyen mali cezalar, ne tam olarak ceza ne de tam olarak bir hukuki tazmin mahiyeti taşımaktadır¹⁰⁴. Karma bir niteliğe sahip olan bu yaptırımların tümü, idari ceza hukuku olarak adlandırılmakta, hem

96 **Aslan**, s. 180.

97 **Özay**, s. 61.

98 **Aslan**, s. 180.

99 Onur **Kaplan**, “Danıştay Kararları Çerçevesinde İdari Yaptırımlarda Lehe Hükümün Uygulanması İlkesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 2, 2021, s. 449.

100 André **Demichel**, , Le contrôle de l’État sur les organismes privés: essai d’une théorie générale, LGDJ, Paris 1960, s. 293, (Aktaran: Kaplan, s. 449).

101 Fransız hukukunda AİHM tarafından verilen Bendenoun kararıyla birlikte (AİHM, Bendenoun v. France, 12547/86, 24.02.1994) idare hukukunun özerkliği ve ceza hukuku ilkelerine uygulamamaya yönelik katı tutum yumuşamıştır. Bkz. **Kaplan**, s. 449.

102 Danıştay kararlarında idari ceza ve disiplin cezalarında, cezanın uygulanmasının tamamlanmamış olması halinde lehe kanun uygulamasını kabul ettiğine dair, Bkz. **Kaplan**, s. 479.

103 Marcel **Waline**, “Vergi Cezalarının Hukuki Niteliği”, Çev. Tahsin Yağmurlu, Danıştay Dergisi, S. 28-29, 1978, s. 76.

104 **Waline**, s. 77.

idare hukukunun hem de ceza hukukunun niteliklerini bünyelerinde barındırmaktadır¹⁰⁵. Kabahatler TCK'dan çıkarılmış olsa da Kabahatler Kanunu'nda TCK'ya birçok atıf yapılması da bu karma niteliği göstermektedir¹⁰⁶.

Günümüzde Almanya, İtalya, Portekiz gibi devletlerde idari yaptırım hukukunun genel ilkeleri ve garantileri idare hukuku esaslarına göre değil, ceza hukuku esas ve ilkelerine göre yapılandırılmaktadır¹⁰⁷. Almanya'da yalnızca parasal idari yaptırımları, yani idari para cezalarını kapsamakta iken; İtalya'da tüm idari yaptırımları kapsayacak şekilde ceza hukukunun genel ilkelerine uyulmaktadır. İspanya'da ise İspanya Yüksek Mahkemesi içtihatları, idari yaptırımların ceza hukuku genel ilkelerine uygun olması gerektiği yönündedir¹⁰⁸.

Defter ve belgelerini ibraz etmeyen mükellefe hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmesinin *nemo tenetur* ilkesine aykırılık teşkil ettiğini savunan bir görüşe göre¹⁰⁹ defter ve belgeleri gizleme fiilince cezai yaptırım yerine vergi kabahatlerinde olduğu gibi idari bir yaptırım öngörülmesi durumunda *nemo tenetur* ilkesinin varlığından söz etmek mümkün değildir. Vergi hukukunda ilkenin uygulanmasına ilişkin değerlendirmelerini, AİHM görüşleri üzerinden değil Anayasa'da ilkenin düzenlendiği 38. maddenin 5. fıkrasına dayanarak yapan Şenyüz, defter ve belgelerin ibrazından kaçınılmasının yaptırımsız bırakılmasının ise belge ve kayıt düzeyine dayalı vergi sistemine uygun olmayacağını düşünmektedir. Bu nedenle ilkeye aykırılık sorununun giderilmesi açısından, vergi kaçakçılığı

105 Guido **Zanobini**, “İdari Ceza Hukukunda Kıstas Meselesi”, Çev. Dr. Yılmaz Günel, http://www.politicsyf.ankara.edu.tr/dergi/pdf/18/3/14_Guido_Zanobini.pdf, E.T. 27.07.2024, s. 301 vd.; İl Han **Özay**, İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3326, İstanbul 1985, s. 144 vd.; Fatih Selami **Mahmutoğlu**, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yaptırım Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları No:143, İstanbul 1995, s. 53 vd.; Feyyaz **Gölcüklü**, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, http://www.politicsyf.ankara.edu.tr/dergi/pdf/18/2/7_Feyyaz_GOLCUKLU.pdf, E.T. 27.07.2024, s. 117 vd.; Kayıhan **İçel**, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 50, S. 1-4, İstanbul 1984, s. 117-131.

106 Duygu **Tüzün**, “Kabahatler Kanununun Genel Hükümleri ve İdari Yaptırımlar Üzerine Bazı Gözlemler”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Nisan, 2020, s. 3319.

107 **Tiedemann**, s. 271.

108 **Tiedemann**, s. 271.

109 **Şenyüz**, Susma Hakkı, s. 38. Aynı yöndeki görüş için bkz. **Üstün**, s. 388. Bununla birlikte Üstün, ibraz etmeme fiilinin sadece para cezasına çarptırılacak olması halinde de kişinin *nemo tenetur* ilkesinin ihlal edileceği yönündeki AİHM yaklaşımına katılmamaktadır.

suçuna sebebiyet veren “defter ve belgeleri gizleme” fiiline idari nitelikte bir yaptırım öngörülmesi gerektiğini belirtmektedir¹¹⁰.

Başka bir görüşe göre, Anayasa’nın “suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesi hükümleri zaten AYM tarafından disiplin yaptırımları ve diğer hukuki yaptırımlar bakımından idare hukukunda uygulanmaktadır. AİHM tarafından da idari faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara AİHS’nin adil yargılanmaya ilişkin 6. maddesi uygulanmaktadır. İdare hukukunun hem idari hem cezai olan gri alanlarda *nemo tenetur* ilkesinin kendine özgü uygulaması söz konusu olabilmektedir. Özellikle, idari işlemin suç isnadıyla yapılması ve bu suç isnadından dolayı idarenin bilgi ve belge talep etmesi durumunda, bu bilgi ve belgelerin ceza yargılaması işlemleri sırasında kullanılması, *nemo tenetur* ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bilgi ve belge ibraz yükümlülüğünün, bir zorlama veya baskı olarak kabul edilmesi halinde hukuka uygunluk açısından tartışılır bir hal almaktadır. Bunun önüne geçmek için, Anayasa’da ilkenin yeniden düzenlenmesi, hükme ilişkin istisnalar getirilmesi ya da kanunlarda *nemo tenetur* ilkesine aykırı hükümlerin değiştirilebileceği kanaatleri ileri sürülmektedir¹¹¹.

AİHM, konuya farklı bir şekilde yaklaşmaktadır. AİHM, hukuka aykırılık sonucunda uygulanan yaptırımın cezai niteliğini yalnızca ülkelerin iç hukuklarında bu yaptırımların nasıl tanımlandığına göre yapmayacağını Engel kararında belirtmiştir¹¹². Engel kararında bir yaptırımın cezai veya idari yaptırım olup olmadığına ilişkin değerlendirmesini; yaptırımı konu fiilin ülkelerin iç hukukunda nasıl sınıflandırıldığı, suçun niteliği ve cezanın ağırlık derecesini dikkate alarak belirleyeceğini açıklamıştır¹¹³. AİHM, cezai niteliğe ilişkin Engel ölçütleri olarak da adlandırılan bu değerlendirmeye, idari para cezalarını AİHS’nin adil yargılanmaya ilişkin 6. maddesi kapsamında “*cezai alan*” olarak kabul etmekte ve bu madde kapsamında somut olayı çözmeye kendisini yetkili görmektedir.

Belirtmek gerekir ki Engel ölçütlerine göre yapılan değerlendirmeye, vergi cezaları AİHS’nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilip adil yargılanma bakımından incebebilirken, salt vergi matrahına ilişkin olan veya

110 Şenyüz, s. 39.

111 Kağıtçıoğlu, s. 147, 148.

112 Dourado/Dias, s. 137; Heinrich/Rauch/Wiehrer, “Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare?”, s. 10.

113 AİHM, Engel and Others v. Netherlands, 5370/72, 08.06.1976 § 82. Aynı yönde bkz. AİHM, Lutz v. Germany, 9912/82, 25.08.1987, § 55; AİHM, Weber v. Switzerland, 11034/84, 22.05.1990, § 31-34; AİHM, Demicoli v. Malta, 3057/87, 27.08.1991, § 30-35.

suç işlenmesini caydırmak amacıyla ziyade geç ödeme nedeniyle vergi idaresi nezdinde oluşan zararın giderimi amacıyla uygulanan faiz gibi uygulamalarla ilgili davalar adil yargılanma kapsamında değerlendirilmemektedir¹¹⁴. Bu durum, AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamının “*medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar*¹¹⁵ ya da cezai alanı” kapsamından ileri gelmektedir. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalar ve cezai alan kavramları kullanıldığı için suç isnadına yönelik davaları kapsamakta iken idari nitelikli davalar genel olarak¹¹⁶ devletlerin çekirdek egemenlik alanına dâhil kabul edilmekte ve adil yargılanma hakkı kapsamında AİHM değerlendirmesine konu olmamaktadır¹¹⁷.

AİHM, Engel kararına göre suç isnadının adil yargılanma hakkı kapsamında incelenebileceğine karar verildikten sonra birçok idari yaptırım açısından özerk suç isnadı değerlendirmesine dayanarak AİHS'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin somut olaydaki idari yaptırımı uygulanıp uygulanmayacağını değerlendirmiştir. Bu başvurulardan biri olan Campbell ve Fell v. Birleşik Krallık başvurusunda¹¹⁸ AİHM, Engel kriterlerini hatırlatmış, suç isnadı kavramının özerkliğine dikkat çekmiş ve Öztürk kararında¹¹⁹ vardığı sonuçları yinelemiştir. AİHM'ye göre, devletlerin iç hukuklarında takdir yetkilerini kullanarak bir fiili suç değil de kabahat olarak nitelendirmesi; AİHM'nin başvurunun esasına girmesinin engellenmesi ve bu yolla AİHS'nin suçlara ilişkin 6. ve 7. maddelerinin kapsamı dışında bırakılması anlamına gelmektedir. Devletlere tanınan bu

114 R. Cordeiro **Guerra/S. Dorigo**, “Taxpayer’s Rights as Human Rights During Tax Procedures”, Human Rights and Taxation in Europe and the World, Editör, Georg Kofler/Miguel Poiaras Maduro/Pasquale Pistone, IBFD, Netherlands 2011, s. 432.

115 Medeni hak ve yükümlülükler kavramının özel hukuk alanını kapsadığı yönünde bir tartışma bulunmazken idare hukuku alanını kapsayıp kapsamadığı hususu tartışmalıdır. Bkz. Feyyaz **Gölcüklü**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (İlhan Öztrak’a Armağan), C. 49 S. 1-2, 1994, s. 203; Burçin **Kızılcıklı**, İdari Yargılama Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 28 vd.

116 AİHM, özel hukuk kişileri arasında akdedilen sözleşmelere yönelik idari uyuşmazlıklar, mülkiyet hakkına ve maddi nitelikteki menfaatlere ilişkin uyuşmazlıklar, idarenin kusurundan doğan zararlar, ticari ve mesleki bir faaliyetin icrasına ilişkin uyuşmazlıklar, aile yaşamına saygı hakkını etkileyen uyuşmazlıklar, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, kamu personeline ilişkin uyuşmazlıklar medeni hak ve yükümlülük kapsamına girdiğini kabul etmektedir. Bkz. **Kızılcıklı**, s. 28 vd.

117 **Guerra/Dorigo**, s. 428-432.

118 AİHM, Campbell And Fell v. The United Kingdom, 7819/77; 7878/77, 28.06.1984, § 68.

119 AİHM, Öztürk v. Germany, 8544/79, 21.02.1984, § 48-50.

ölçüde geniş bir serbesti Sözleşme'nin amacına uygun olmayan sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle AİHM, bir fiilin devletin iç hukukunda suç veya kabahat olarak düzenlenmesiyle bağlı olmayıp; fiilin "iç hukukta nasıl tanımlandığı, niteliği, cezasının ağırlık derecesi ve amacını"¹²⁰ inceleyerek özerk bir değerlendirmeye fiilin kabahat veya suç olup olmadığına ve böylece AİHS'nin adil yargılanmaya ilişkin 6. maddesinin kapsamına girip girmediğine karar vermektedir.

AİHM, cezanın ağırlığı yönünden somut başvuruya ilişkin yaptığı değerlendirme sonucunda, idari ceza öngörülen bazı fiilleri cezai olarak kabul ederken bazı fiilleri ise yeterli cezai ağırlığa ulaşmadığından dolayı idari yaptırım olarak kabul etmemiş ve adil yargılanma hakkı kapsamında görmemiştir. AİHM, Weber v. İsviçre¹²¹ başvurusunda 500 İsviçre Frangına kadar olan ve bazı durumlarda kısa süreli hapis cezasına çevrilebilen idari para cezasının, AİHS kapsamında cezai olarak değerlendirileceğine karar vermiştir. Ancak Ravensborg v. İsveç¹²² davasında sadece para cezası öngörülen bir fiil söz konusu olan bir başvuruda, idari para cezasının ceza hukukuna giren bir yaptırım olarak değerlendirilebilecek ağırlığa ulaşmadığına karar vermiştir.

AİHM, Delcourt/Belçika¹²³ kararında, adil yargılanma hakkının kapsamını belirlemenin zor olduğunu kabul etmiş ve özellikle suç isnadından ne anlaşılması gerektiğine yoğunlaşmıştır. Buna göre, suç isnadının hem fiili hem de hukuki anlamda sağlam temelli olması gerekmektedir. AİHM'nin bir suç isnadı bulunmaması nedeniyle adil yargılanma hakkına ilişkin AİHS'nin 6. maddesinin uygulanma imkânının olmadığına karar verdiği başvurular da bulunmaktadır¹²⁴.

Bendenoun v. Fransa¹²⁵ kararında AİHM, vergi hukuku alanında idari para cezalarının adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilebilece-

120 AİHM, Engel and others v. The Netherlands, 5370/72, 08.06.1976, 34-35, § 82; AİHM, Öztürk v. Germany, 8544/79, 21.02.1984, § 50; AİHM, J.B./İsviçre, 31827/96, 03.05.2001, § 44.

121 AİHM, Weber v. Switzerland, 11034/84, 22.05.1990.

122 AİHM, Ravensborg v. Sweden, 23.03.1994, No. 14220/88, § 35; Aynı yönde bkz. AİHM, Inocêncio v. Portugal, 43862/98, 11.01.2001; Morel v. France, 54559/00, 03.06.2003.

123 AİHM, Delcourt/Belgium, 2689/65, 07.01.1970, § 25/2.

124 Örneğin salıverilmeye ilişkin işlemlerin silahların eşitliği ilkesine uygun olmadığından adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin başvuru herhangi bir suç isnadı olmadığından reddedilmiştir. Bkz. AİHM, Neumeister v Austria, 1936/63, 27.6.1968, § 23; Matznetter v Austria, 10.11.1969, Başvuru No. 2178/64, § 13.

125 AİHM, Bendenoun/France, 12547/86, 24.02.1994.

ğine kanaat getirmiştir. Bu başvuruya konu olaya göre, Michel Bendenoun, Zürih'te yaşayan bir madeni para satıcısıdır. 1973 yılında madeni paraların ticaretini yapmak adına bir limited şirket kurmuştur. Bendenoun bu şirketin paylarının büyük bir kısmına sahiptir ve şirketin başkanı da kendisidir. Faaliyetleri nedeniyle kendisi hakkında gümrük, vergi ve ceza davası olmak üzere üç dava daha açılmış ve bu davalar paralel olarak devam etmiştir. Bu davalar neticesinde Bendenoun, özellikle getirilen ek vergisel yükümlülükler nedeniyle idare mahkemesinde adil yargılanmadığını gerekçe göstererek AİHM'ye başvurmuştur. Bendenoun'a göre, gelir idaresi suç teşkil eden belgeleri dikkatlice seçip vergi mahkemesine sunarken kendisine bu belgelerin önemli bir kısmı verilmemiştir¹²⁶. AİHM, Öztürk kararına işaret ederek, bu başvurunun adil yargılanma hakkı kapsamında görülebilmesi için gerekli olan dört temel unsur bakımından uygun olduğuna karar vermiştir. Öncelikle, yasa maddeleri belirli bir grup için değil tüm vatandaşlar için getirilmiştir. İkinci olarak, ek vergisel yükümlülükler verginin geç elde edilmesine yönelik tazmin amacıyla değil yeniden suç işlenmesini caydırmak amacıyla getirilmiştir. Üçüncüsü, hem cezalandırma hem de caydırma amacı taşıyan genel bir kanun hükmüne dayanılmıştır. Dördüncü olarak, Bendenoun'a vergi idaresi tarafından oldukça önemli bir ceza kesilmiş ve cezai düzenlemeler somut olarak kişiye uygulanmıştır¹²⁷. Üstelik Bendenoun tarafından bu meblağ ödenmediğinde, kişinin hürriyeti bağlayıcı cezalarla karşı karşıya kalması da söz konusudur. Mahkeme, bu olgulardan hareketle uygulanan yaptırımın cezai nitelikte bir yaptırım olduğuna karar vermiştir. Başvurana cezai bir yaptırım uygulandığından dolayı adil yargılanma hakkına bu olay özelinde başvurulabileceğini kabul etmiştir¹²⁸. AİHM, idari para cezalarına ilişkin başvurularda bu kıstaslara göre değerlendirme yapmakta ve bu kıstasları bünyesinde taşıyan idari para cezalarında suç isnadının varlığını kabul etmektedir. AİHM tarafından, suç isnadının var olduğunun belirlenmesi halinde, AİHM'e idare hukukuna ilişkin davalarda adil yargılanma hakkına başvurulamayacağına dair hükmü uygulanmamakta ve adil yargılanmaya ilişkin değerlendirme yapılabilmektedir.

Vergi para cezalarına ilişkin başka bir başvuru olan J. B. v. İsviçre başvurusunda, AİHM öncelikle olaydaki idari para cezası öngörülen vergi

126 AİHM, Bendenoun v. France, 12547/86, 24.02.1994, § 49.

127 AİHM, Bendenoun/France, 12547/86, 24.02.1994, § 47; Durmuş **Tezcan**, "AİHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil Yargılanma Hakkı", 2006 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, 2006, (Çevrimiçi) https://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105203.pdf, s. 25, 26. E.T. 09.11.2022.

128 AİHM, Bendenoun v. France, 24.02.1994, Başvuru No: 12547/86, § 47.

kaçakçılığı fiillerinin niteliğini belirlemiştir. Vergi kaçakçılığı başvuruları, AİHS'nin 6. maddesinde geçen adil yargılanma hakkı da dâhil olmak üzere usuli güvencelerin uygulandığı bir ceza davasını teşkil etmektedir. Olayda vergi kaçakçılığına sebebiyet veren kabahatler için kaçırılan vergilere ek olarak ödenmesi gereken bir para cezası öngörülmüştür. Somut olayda öngörülen para cezasının, hem önleyici ve baskıcı işlevi olan hem de kaçırılan vergi miktarının dört katına kadar uygulanabilen bir yaptırım olması nedeniyle ilgili kişi için ceza mahkûmiyeti ile aynı etkiye sahip olduğuna hükmetmiştir¹²⁹. Janosevic v. İsveç kararında¹³⁰ da mükelleflerin beyannamelerinde yanlış bilgi vermeleri halinde verilen ek vergi cezasının kanuni yükümlülüklerle uymaları için baskı yapmak ve cezalandırma amacı taşıdığını, ayrıca üst sınırı olmayan para cezasının cezai nitelik taşıyan ağırlıkta olduğuna kanaat getirmiş ve AİHS'nin 6. maddesinde geçen adil yargılanma hakkı kapsamında incelenebileceğine kanaat getirmiştir.

AİHM görece yeni tarihli bir kararında ise vergi idaresi tarafından kesilen vergi cezalarına karşı açılan bir davada Engel kararında belirlediği kriterleri uygulamış, söz konusu para cezasının zararın tazminini amaçlamaktan ziyade suç işlenmesini caydırma amacı taşıdığını belirterek başka bir kritere göre değerlendirme yapılması gerekmediğini belirtmiştir¹³¹. Aynı kararında AİHM, cezanın ağırlığı ve niteliğine yönelik kriterlerin her ikisinin kümülatif bir şekilde aranması gerekmediğini, iki kriterin de göz önünde bulundurularak yapılan değerlendirmeye göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu değerlendirmeye göre fazlaca bir ağırlığa ulaşmayan vergi para cezaları da cezalandırma ve caydırma amacının ağır basması halinde cezai nitelikte kabul edilebilecektir¹³². AİHM, daha önce Morel v. Fransa başvurusunda¹³³ idari nitelikli vergi cezasının yeterli ağırlığa ulaşmadığı nedeniyle adil yargılanma hakkı kapsamına girmediği yönünde verdiği kararın ise yerleşik bir karar olmadığını belirtmiştir¹³⁴. Bu karardan AİHM tarafından verilecek kararlarda fazlaca bir ağırlığa ulaşmayan vergi para cezalarının her zaman adil yargılanma hakkı kapsamına girmeyeceği sonucunun çıkarılamayacağı anlaşılmaktadır¹³⁵.

129 AİHM, J.B. v. Switzerland, 03.05.2001, Başvuru No: 31827/96, § 26.

130 AİHM, Janosevic v. Sweden, 21.05.2003, Başvuru No: 34619/97, § 68.

131 AİHM, Jussila v. Finland, 73053/01, 23.11.2006.

132 AİHM, Jussila v. Finland, 73053/01, 23.11.2006, § 31.

133 AİHM, Morel v. France, 54559/00, 03.06.2003.

134 AİHM, Jussila v. Finland, 73053/01, 23.11.2006, § 35.

135 AİHM'nin bu yorumu Engel kriterlerinden cezanın ağırlığına ilişkin üçüncü kriteri kaldırdığı yönünde de anlaşılmaktadır. Bkz. Giuseppe Marino, Limitation of

2. Para Cezası Dışında İdari Yaptırım Öngörülmesi Durumunda

İdari düzene aykırılıklar açısından bir genel kanun olan Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesine göre, kabahatin gerçekleştirilmesi halinde uygulanacak idari yaptırımlar; idari para cezası ve idari tedbirler olarak belirlenmiştir. İdari tedbirler ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak öngörülmüştür. Bu açıdan idari kabahatler için diğer kanunlara bakıldığında, bir meslek ve sanatın yerine getirilmesinin yasaklanması, işyerinin kapatılması, yapı izninin verilmesi, inşaatın durdurulması, radyo ve televizyon yayının durdurulması gibi tedbirler öngörülmüştür. Ancak bunlar sınırlı sayıda değildir. Günün değişen koşullarına göre kendini yenileyen ve değişebilen tedbirlerdir. Çağdaş yaşamın gerekleriyle birlikte yeni birçok yaptırım türüyle karşılaşılması muhtemeldir¹³⁶.

Kanunla öngörülen ve ceza olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan farklı idari tedbirler kabul edilmesi halinde kabahat işlendiği şüphesinden sonraki bir idari denetimde *nemo tenetur* ilkesinin kullanılması yaptırımın nitelik olarak ceza ağırlığına ulaşip ulaşmadığına göre değişebilmektedir. Yaptırım, ceza olarak nitelendirilebilecek dereceye ulaşmıyor ise ilkeye başvurulamayacaktır. Ancak yaptırım adil yargılanma hakkı kapsamında cezai bir ağırlığa ulaşıyorsa bu durumda suç şüphesinin oluşmasıyla birlikte ilkeye başvurulması hukuka uygun olacaktır.

KDV Kanunu'nda belgelendirme yükümlülüklerine uyulmaması halinde yaptırım olarak değerlendirilmeyen bir uygulama öngörülmüştür. KDV Kanunu'nun "*vergi indirimi*" başlıklı 29. maddesine göre, mükellef yalnızca fatura ve benzeri belgelerde gösterilen KDV'yi indirebilmektedir. Böyle bir durumda kişinin *nemo tenetur* ilkesine dayanarak belgeleri ibraz etmemesi halinde kişinin hesabına KDV iadesi gerçekleştirilmesi söz konusu olmayacaktır. Defter, kayıt ve belgeleri ibraz etmeyenler, vergi idaresine karşı vergi iadelerinin sebeplerini ispat edememekte bu nedenle de vergi iadelerini alamamaktadır. Türk vergi hukukunda yapılan giderlerin ve KDV indirimlerinin yapılan işlemlerin ispatı şartına bağlanması ilkeye başvurularak defter kayıt ve belgelerin ibraz edilmemesi halinde mükellefin de hak kaybına uğramasına sebep olmaktadır. Ancak bu hak kayıpları cezai bir amaç içermeyen, tamamen giderlerin kazançtan indirile-

Administrative Tax Penalties by the European Convention of Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights, *Direito Tributário Atual*, S. 34, 2015, s. 103; **Kaşıkcı/Rençber**, s. 91.

136 **Özay**, s. 45.

bilmesine ve iadelerin yapılmasına dayanak olan delillendirme yöntemleridir. KDV indiriminin kabul edilmemesi maddi hak kayıplarına sebep olsa da bu düzenlemenin cezai olarak nitelendirilmesine sebep olmayacaktır. Bu açıdan bakıldığında, AIHM'nin somut olayda karşılaşılan böyle bir uygulamayı *Engel* kriterlerine göre değerlendirmesi sonucu olayda suç isnadının bulunduğu kanaatine varması olası görünmemektedir. Bu durumda bir cezalandırma ve caydırmadan ziyade ödenecek iadenin miktarını belirleme amacı söz konusudur. İdarenin ispat edilemeyen KDV giderlerini kabul etmemesinin cezai olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Diğer bir durum ise vergi idaresi tarafından *nemo tenetur* ilkesine dayanılarak ibraz edilmeyen defter, kayıt ve belgelere istinaden yapılan gider ve indirimlerin kabul edilmemesidir¹³⁷. Mükellefin ilkeye dayanarak defter, kayıt ve belgeleri ibraz etmemesi durumunda idarece beyannameye gösterilen gider ve indirimlerin kabul edilmemesi olası durumlardandır. Mükellefin giderlerin gerçekten yapıldığını kanıtlaması gerekmektedir. Böyle bir durumda AIHM'nin suç isnadına yönelik değerlendirmesine göre, yaptırımın suç olduğuna karar vermesi mümkün görünmemektedir. Dayanaksız gider ve indirimlerin vergi idaresince kabul edilmesi beklenemeyeceğinden, bu uygulamanın amacının cezalandırma ve caydırma olmadığı söylenebilmektedir.

Kanunda öngörülmemesine rağmen mükellefin daha önce ibraz etmediği defter, kayıt ve belgeleri daha sonra yapılacak bir yargılamada kendisi lehine kullanmak istemesi halinde bu defter ve belgeleri kullanmasının engellenmesi de bir yaptırım olarak düşünülebilir. Vergi hukukuna ilişkin kanuni düzenlemelerde böyle bir hüküm öngörülmemiştir. Ancak böyle bir hüküm öngörülmesi durumunda bu hüküm cezai bir hüküm olarak nitelendirilemeyeceği için *nemo tenetur* ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir¹³⁸.

137 W. S. Weiss, "Self Incrimination and Income Tax Investigations", Taxes - The Tax Magazine, C. 42, S. 10, October, 1964, s. 711.

138 Danıştay, vergi incelemesi sırasında ibraz edilmeyen belgelerin vergi yargılaması aşamasında vergi mahkemesine ibrazının mümkün olup olmadığına ilişkin istikrarlı bir içtihat oluşturamamıştır. Bazı kararlarında vergi incelemesi sırasında ibraz edilmeyen belgelerin bir bilirkişi tayin edilerek yargılama sırasında incelenebileceğini değerlendirirken, (Bkz. Dan. VDDGK, E. 1995/18, K. 1996/269, 14.06.1996) bazı kararlarında ise böyle bir uygulamanın yargının idarenin yerine işlem tesis etmesi yasağı içinde değerlendirmektedir. Belirtmek gerekir ki Danıştay, bu konuya ilişkin kararlarında *nemo tenetur* ilkesine ilişkin değerlendirme yapmadan, idari yargılamaya hakim olan genel ilkelerden re'sen araştırma ilkesi gereği defter ve belgelerin yargılama makamı tarafından incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Dan.

Vergi kaçakçılığına ilişkin fiillerin söz konusu olması durumunda mükellefiyetin terkin ve yaptığı meslekten men edilmesi, işletme ruhsatının iptal edilmesi gibi bir yaptırım öngörülmesi olasılığı da bulunmaktadır. Bu durumda yine bu yaptırımların ağır bir ceza olarak kabul edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu yaptırımlar ceza ağırlığına ulaşan yaptırımlar olarak görülebilecektir. Mükellefe böyle bir yaptırım uygulandığında mükellef, işini ve işletmesini kaybedecek ve iş yapamaz hale gelecektir. Bu durum, mükellef yönünden çok ağır sonuçlar doğurması mümkün olduğundan bu ceza ağır bir ceza olarak değerlendirilebilecek ve bu nedenle de böyle bir yaptırım öngörülmesi halinde nemo tenetur ilkesi gündeme gelebilecektir.

KDV Genel Uygulama Tebliği'nin¹³⁹ “özel esaslar” bölümünde, sahte veya yanıltıcı belgelerle KDV'nin yolsuz olarak indirilmesini önlemeyi amaçlayan hükümler düzenlenmiştir. Söz konusu Tebliğ'de KDV Kanunu'nun 36. maddesiyle idareye verilen yetkiye dayanılarak, işletme büyüklüğü, çalışan sayısı, vergiye uyum, daha önce sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlenip düzenlenmemesi gibi kriterlere göre mükelleflere farklı iade ve mahsup yöntemleri belirleme yetkisini kullanarak bazı mükellefleri özel esaslar statüsüne almaya yönelik esaslar belirlenmiştir. Özel esaslar statüsüne alınan kimseler diğer mükelleflere göre daha ağır iade ve mahsup koşullarına tabi tutulmaktadır. Tebliğ'de, yaptırım olarak değerlendirilmeyen bu durum, uygulamada mükellefleri oldukça endişelendiren bir uygulama olarak varlığını sürdürmektedir. Vergi kaçakçılığı fiillerine yaptırım olarak böyle bir uygulamanın öngörülmesi durumunda, bu uygulamanın ceza vasfına ulaşmayan bir yaptırım olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle özel esaslara alma uygulamasının vergi kaçakçılığı suçuna yaptırım olarak öngörülmesi durumunda mükellefin suç şüphesi sonrası nemo tenetur ilkesine başvurarak bilgi vermekten veya defter, kayıt ve belge ibrazından çekinmesi nemo tenetur ilkesinin hukuka uygun kullanımı olarak değerlendirilmeyecektir¹⁴⁰.

VDDK, E. 2010/707, K. 2012/618, 26.12.2012; Dan. 4. Daire, E.2009/9359, K.2012/3655, 22.06.2012, www.kazanci.com, E.T. 07.04.2024.

139 Hazine ve Maliye Bakanlığı, Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği, Resmi Gazete Tarihi: 26.04.2014, Sayı: 28983.

140 KDV bakımından özel esaslara ilişkin hukuki düzenlemeler, vergi idaresi uygulaması ve yargı kararlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Billur **Yaltı**, ““Kod Listeleri”nden “KDV İadesi Risk Analizi”ne Geçiş: KDV İndirim Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Değerlendirmeler”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 258, Mart, 2010, s. 21 vd.; Yıldırım **Taylor**, “Özel Esaslara İlişkin Uygulama Ve Yargı Kararları Perspektifinden Vergi Hukukunda Hukuka Aykırı Bir İşlemden Hukuka Uygun Bir Tarhiyat Çıkıp

Vergi kaçakçılığı suçunda ibraz yükümlüğüne uyulmaması halinde teşviklerin iptal edilmesi ve teşviklerden yararlanmaktan men etmek de bir yaptırım olarak öngörülebilir. Bu durumda hukuka aykırı bir davranış neticesinde elde edilecek bir menfaatin elde edilememesi söz konusudur. Teşviklerden men edilmenin yaptırım olarak öngörülmesi halinde bu yaptırım ceza olarak nitelendirilemeyecektir. Bu açıdan *nemo tenetur* ilkesine başvurulması mümkün olmayacaktır.

Hile ile elde edilen ödemelerden ek cezai ücret alınması, devlet desteği verilmesinin yasaklanması, ek faiz uygulanması, güvencenin irat kaydedilmesi gibi kısmen idari para cezası kısmen idare hukuku yaptırımına benzeyen yaptırımlar da bulunmaktadır¹⁴¹. Bunlardan da yapısı vergi hukukuna uygun olanların uygulanması durumunda ağır cezai boyuta ulaşmayan yaptırımlar öngörülmesi durumunda *nemo tenetur* ilkesine başvurulması mümkün olmayacaktır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Vergi kaçakçılığı fiillerine öngörülen yaptırım şüphesiz *nemo tenetur* ilkesinin kullanımını etkilemektedir. Vergi kaçakçılığı fiillerine hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmesi suç şüphesi öncesi yapılan vergi incelemelerinde ilkeye başvurmayı haklı kılmazken, suç şüphesi sonrası ilkeye başvuruyu mümkün kılmaktadır. Bu durumda suç şüphesi öncesi vergi incelemeleri açısından ilkeye başvurulamayacağını ancak suç şüphesinden sonra yapılan vergi incelemesi, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde ilkeye başvurulmasının mümkün olduğuna yönelik kanaatimizi daha önce belirtmiştik. Suç şüphesi sonrası vergi incelemeleri ve yargılama aşamasında da ilkeye başvurulmasının önüne geçilmek istenmesi halinde defter ve belgeleri gizleme fiiline farklı bir yaptırım öngörülmesi gerekmektedir.

Vergi kaçakçılığı fiillerinden defter ve belgeleri gizleme fiiline yönelik öngörülen cezanın hürriyeti bağlayıcı ceza olması veya dli para cezası olması durumunda ceza mahkemelerinde yargılanan ve suç olarak nitelenen bir fiil olduğundan yine suç şüphesi öncesi vergi incelemeleri haricinde *nemo tenetur* ilkesine başvurulması hukuka uygundur. İdari para cezası olması durumunda ise AİHM tarafından ikili bir ayırım yapılmakta ve Engel kriterleri olarak bilinen kriterlere göre idari para cezasının ağırlığına, niteliğine ve amacına göre bir değerlendirme yapılmaktadır.

Çıkmayacağı Sorunu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2021, s. 774 vd.; Kerem **Öncü**, “Katma Değer Vergisi İadesi Yönünden Özel Esaslar”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2023, s. 217 vd.
141 **Tiedemann**, Ekonomi Ceza Hukuku 2017, s. 81.

Vergi kaçakçılığına sebep olan fiillerin suç değil de kabahat olarak öngörülmesi ve bunlara idari para cezası öngörülmesi durumunda AİHM kararlarına göre, doğrudan *nemo tenetur* ilkesine başvurmanın önüne geçilmesi mümkün değildir. Bu durumda vergi kaçakçılığına sebebiyet veren fiillere öngörülen cezanın ağırlık derecesi ve yaptırımın amacına göre bir değerlendirme yapılacaktır.

Vergi ziyayı cezası idari para cezalarındandır. Ülkemiz hukuku gereği, vergi kaçakçılığı suçuna hürriyeti bağlayıcı ceza verilirken bu fiiller nedeniyle aynı zamanda vergi ziyasına sebebiyet verildiği durumlarda vergi ziyayı cezasına da hükmedilmekte ve üç kat artırımlı uygulanmaktadır. Vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin fiiller ceza mahkemelerinde yargılanmakta iken vergi ziyayı kabahatinin cezası vergi idaresi tarafından kesilmekte ve kesilen cezaya karşı hukuka aykırılık iddiaları vergi mahkemelerinde görülmektedir. Vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin fiiller ile aynı zamanda bir vergi ziyasına da neden olunması durumunda zaten idari bir para cezası olan vergi ziyasına ilişkin cezaya çarptırılmakta ve bu ceza ziyaa uğratılan verginin üç katı olmaktadır. Bu açıdan vergi kaçakçılığına sebebiyet veren fiillerin suç değil kabahat olarak düzenlenmesi halinde üç kat vergi ziyayı cezası uygulanması olasıdır.

Vergi kaçakçılığına sebebiyet veren fiillerin suç olmaktan çıkarılıp vergi ziyayı kabahatinin ağır nitelikli hali olarak düzenlenmesi ve vergi ziyayı kabahatine ilişkin VUK'un 344. maddesinin 2. fıkrasında geçen üç kat vergi ziyayı cezası ile cezalandırılması halinde AİHM'nin kararlarından yararlanılarak *nemo tenetur* ilkesine başvurulmasının engellenmesi mümkün gözükmemektedir. AİHM'nin Engel kriterlerine göre, cezanın ağırlık derecesi önemli bir boyutta ise ve amacı ziyaa uğratılan verginin tazmini değil de caydırma ve cezalandırma ise ceza olarak değerlendirilmektedir. Üç kat vergi ziyayı cezası parasal anlamda ağır bir ceza izlenimi vermektedir. Amacının ise tazminden ziyade caydırma ve cezalandırma olduğu görülmektedir. Bu açıdan üç kat vergi ziyayı cezası öngörülmesi halinde vergi kaçakçılığı fiilleri işleyen kişinin *nemo tenetur* ilkesine başvurusunun önüne geçilemeyecektir.

İdari para cezası haricinde başka bir yaptırım öngörülmesi durumunda da benzer bir değerlendirme AİHM tarafından yapılmaktadır. AİHM tarafından verilen bir kararda kişinin işyerinin belge ibrazına kadar kapalı tutulması kişiyi ağır derecede etkileyecek cezai nitelikte bir yaptırım olarak değerlendirilmiş ve *nemo tenetur* ilkesine aykırı kabul edilmiştir. Bu açıdan idari para cezası haricinde başka bir idari yaptırım türü öngörülmesi durumunda cezanın niteliği, ağırlık derecesi ve caydırma amacının olup olmadığı bu idari yaptırım açısından da önemli olmaktadır.

Yapılan incelemeler neticesinde, suç şüphesi sonrası bilgi verme ve belge ibraz yükümlülüğüne ilişkin *nemo tenetur* ilkesinin geçerli olması için kişiye uygulanacak yaptırımın cezai boyuta ulaşmaması gerektiği görülmektedir. Bu açıdan vergi kaçakçılığı suçuna öngörülen yaptırımın hürriyeti bağlayıcı ceza, adli para cezası, yüksek boyutlara ulaşan idari para cezası ile yine vergi yükümlüsüne etkileri ağır boyutta idari yaptırımlar olması durumunda suç şüphesi öncesi vergi incelemeleri haricinde vergi yükümlüsü tarafından *nemo tenetur* ilkesine başvurulması hukuka uygun gözükmemektedir. Ancak KDV Kanunu'nda düzenlenen indirimlerin belgeye bağlanması, diğer kanunlarda yer alan gider ve indirimlerin kabulünün belge ile ispat şartına bağlanması veya kanunda öngörülme bir durum olarak vergi incelemesi sırasında ibraz edilmeyen belgelerin dava aşamasında da kabul edilmemesi gibi yaptırımlar öngörüldüğünde bu yaptırımlar gerekli ve ağır nitelikte yaptırımlar sayılmayabileceğinden ilkeye başvurulmasını engelleyebilecektir.

Belirtmek gerekir ki bu başlık altında daha çok AİHM yönünden değerlendirme yapılmış olsa da belirtilen hususlar Türkiye Cumhuriyeti idari yargı yerlerince de dikkate alınması gereken hususlardır. İdari yargı yerlerince *nemo tenetur* ilkesine başvurulması öğretide tartışılmakta iken yargı yerlerince ilke ile doğrudan ilişkili bir karar verilmemiştir¹⁴². Ancak AİHM kararlarına bakıldığında özellikle idari para cezaları bakımından adil yargılanma hakkına ilişkin gereklere uyulması gerektiği bu kapsamda mükellefin ilkeye ilişkin haklarına riayet edilmesi gerektiği görülmektedir. AİHM kararları uyarınca kabahatlerde de yaptırımın niteliği, cezanın ağırlık derecesi ve amacına göre bir inceleme yapılması ve buna göre ilkeye başvurulmasının hukuka uygun olup olmadığının yargılama aşamasında vergi mahkemelerince değerlendirilmesi gerekmektedir.

Suç şüphesi sonrası vergi incelemeleri ve yargılama aşamasında failin *nemo tenetur* ilkesine başvurmamasının engellenmesi için öngörülen yaptırımın ceza boyutuna ulaşmaması gerekirken, bu durum vergi kaçakçılığı fiillerinin mükelleflerce daha fazla işlenmesinin önünü açabilecektir. Verilen cezanın ağırlığı elbette vergi kaçakçılığı fiillerinin işlenmesini önlemede etkili bir yöntemdir. Türk vergi hukukunda vergi kaçakçılığı suçlarına verilen cezaların seyri de bu yönde olmuştur. Vergi kaçakçılığı suçuna neden olan fiillere öngörülen yaptırımlara bakıldığında önce idari para cezası, sonrası da hürriyeti bağlayıcı ceza verilmiş ve öngörülen cezalar azaltılmamış, aksine artırma yönünde bir politika izlenmiştir. Bu ba-

142 Bkz. **Yasin**, s. 69; **İtişgen**, 140 vd.; **Haydar**, s. 84 vd.; **Kağıtçıoğlu**, s. 140.

kımdan vergi kaçakçılığı suçuna ceza niteliği taşımayan bir yaptırım öngörülmesi halinde vergi kaçakçılığına yönelik fiillerin azalmayacağı hatta artacağı öngörülebilir. Bizce *defter ve belgeleri gizleme suçunun* yaptırımı hürriyeti bağlayıcı ceza olarak kalmalı ya da adli nitelikli yüksek bir miktar para cezası olarak belirlenmelidir. Sonuç olarak yaptırımda bir değişikliğe gitmek yerine VUK'a ilkeyi koruyucu birtakım önlemler alınabilir. Özellikle suç şüphesi sonrası vergi incelemesi yapılmayacağı ve arama koruma tedbirine başvurulacağına ilişkin bir hüküm getirilebilir. Arama sonucu hem mükellefin defter ve belgeleri ilkeye başvurarak ibraz etmesinin önüne geçilmekte, hem de arama neticesinde vergi incelemesi de yapılabildiğinden defter ve belgelerde yer alan vergi kaçakçılığı suçları tespit edilebilecektir.

KAYNAKÇA

Ağar, Serkan, Vergi Kaçakçılığı Suçu Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2016.

Allen, Ronald J./**Mace**, M. Kristin, “The Self-Incrimination Clause Explained and Its Future Predicted”, *Journal of Criminal Law & Criminology*, S. 94, 2003-2004, s. 243-294.

Alschuler, Albert W., “A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent”, *Michigan Law Review*, C. 94, S. 8, 1996, s. 2625-2672.

Aksoy İpekçioğlu, Pervin, Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasa’ya Uygunluğu, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s. 1157-1176.

Amar, Akhil Reed/**Lettow**, Renee B., “Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause”, *Michigan Law Review*, S. 98, 1995, s. 857-928.

Aslan, Yasin, “İdari Yaptırımlar”, *TBB Dergisi*, S. 85, 2009, s. 173-188.

Başaran Yavaşlar, Funda, “İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl Sempozyumu (11-12 Mayıs 2006)*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara 2008, s. 131-179.

Beattie, J. M., *Crime and the Courts in England 1660–1800*, Princeton University Press, 1986.

Candan, Turgut, “Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler”, *Ulusan, İlhan/Başaran Yavaşlar, Funda (Editörler), İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul Kültür Üniversitesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009*, s. 246-285.

Centel, Nur/**Zafer**, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10 Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.

Chiesa, Luis E., “Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle in Borderline Cases”. *Pace Law Faculty Publications*. Paper 642. <http://digital-commons.pace.edu/lawfaculty/642>, 35-66, 2009.

Cole, Lance, “The Fifth Amendment and Compelled Production of Personal Documents After *United States v. Hubbell*-New Protection for Private Papers?”, *29 American Journal of Criminal Justice*, 2002, s. 123-192.

Çamurcu, Zeynep Nihan, “Mükellefin Susma Hakkı: Anayasa Mahkemesi’nin 2019/80 E. 2022/31 K. Sayılı İçtihadına Yönelik Bir Değerlendirme” *Vergi Sorunları Dergisi*, C. 45, S. 415, Nisan, 2023, s. 81-92.

Demirbaş, Timur, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

Dülger, Murat Volkan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Doktrini), Seçkin Kitabevi, Ankara 2014.

Ekici, İskender, Türk Vergi Hukukunda Mükelleflerin Defter ve Belge Muhafaza ve İbraz Mecburiyetleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021.

Erdem, Tahir, “Gizleme Suçu mu, Susma Hakkı mı?”, Mali Pusula, C. 3, S. 36, Aralık, 2007, s. 34-45.

Erem, Faruk, “Susma Hakkı”, Yargıtay Dergisi, C. 18, S. 3, 1992, s. 296-299.

Ertuğrul, Hüseyin, Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, S. 1-2, 2008, s. 687-699.

Gölcüklü, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (İlhan Öztrak’a Armağan), C. 49 S. 1-2, 1994, s. 199-234.

Gölcüklü, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, http://www.politicsyf.ankara.edu.tr/dergi/pdf/18/2/7_Feyyaz_GOLCUKLU.pdf, E.T. 27.07.2024.

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, 13. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2015.

Granfield, Patric, “The Right to Silence”, Theological Studies, C. 26, S. 2, 1965, s. 280-298.

Guerra, R. Cordeiro/**Dorigo**, S., “Taxpayer’s Rights as Human Rights During Tax Procedures”, Human Rights and Taxation in Europe and the World, (Editörler, Georg Kofler/Miguel Poiares Maduro/Pasquale Pistone), IBFD, Netherlands 2011.

Günday, Metin, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2017.

Hafizoğulları, Zeki, Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Seçkin, Ankara 1987.

Hauer, Judith, “Book Review - Lutz Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts [The Privilege Against Self-Incrimination in Criminal Proceedings at the Beginning of the 21st Century] (2007)”, German Law Journal, C. 9, S. 8, 2008, s. 1043-1052.

Haydar, Nuran, Susma Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

Heinrich, Christoph/**Rauch**, Christian/**Wiehrer**, Axel, ““Nemo” Tenetur Se Ipsum Accusare?”, (Çevrimiçi) <http://kanzleirauch.de/wp-content/uploads/2011/07/crthemis.pdf>, 10.03.2021, E.T. 31.07.2024.

Helmholz, Richard H., “Origins of the Privilege Against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune”, New York University Law Review, S. 65, 1990, s. 962-990.

İnce Tunçer, Asuman, “Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2018, s. 355-379.

İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

İnci, Z. Özen, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2017, s. 119-168.

İtişgen, Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013.

Langbein, John H., “The Historical Origins of the Privilege Against Self-incrimination at Common Law”, Michigan Law Review, 92, 1994, s. 1047-1085.

Kağıtçioğlu, Mutlu, “İdare Hukuku Yaklaşımıyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Yapısal Tedbirler”, TAAD, C. 12, S. 47, Temmuz, 2021, s. 115-152.

Kan Aydın, Çağrı, “Adil Yargılamanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, TBB Dergisi, S. 91, 2010, s. 146-180.

Kaplan, Onur, “Danıştay Kararları Çerçevesinde İdari Yaptırımlarda Lehe Hükmün Uygulanması İlkesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 2, 2021, s. 445-486.

Karakoç, Yusuf, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.

Kaşıkcı, Mahmut/**Rençber**, Altan, Vergi Ceza Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2023.

Kayıhan, İçel, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 117-131.

Kızılıklı, Burçin, İdari Yargılama Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

Koca, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

Koca, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

Kocaoğlu, Serhat Sinan, “Susma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 2011, s. 29-58.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda Yaptırım Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları No:143, İstanbul 1995.

Martin, G. Arthur, “The Privilege Against Self-Incrimination under Foreign Law”, (Alt Bölüm: Walter Clemens “D. Germany”), Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, S. 51, 1960, s. 161-188.

Morgan, E. M., “The Privilege Against Self-Incrimination”, *Minnesota Law Review*, C. 34, S. 1, 1949, s. 1-45.

Nişancı, Dilaver, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Asgari Sanık Hakları (AİHS 6. Madde Kapsamında)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitabevi, İstanbul 1966.

Öncü, Kerem, “Katma Değer Vergisi İadesi Yönünden Özel Esaslar”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, 2023, s. 217-233.

Özay, İl Han, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Yayın No:3326, İstanbul 1985.

Özay, İl Han, *İdari Yaptırımlar: Kuramsal Bir Deneme*, İstanbul, Özdem Kardeşler Matbaacılık, İstanbul 1985.

Özcan, Onur, *Vergi Suçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.

Özdemir, Ahmet, “Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukukunda Yalan Tanıklık Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, Aralık 2020, s. 923-945.

Özen, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Özgenç, İzzet, “Suç Ve Yaptırım Teorisine İlişkin Yeni Gelişmeler Işığında Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, *Türkiye Barolar Birliği, Türk Ceza Kanunu Reformu Birinci Kitap, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu*, Panel, 21-22 Mayıs 2004, Ankara 2004.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

Öztürk, Bahri, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995.

Rushin, Stephen, “Rethinking Miranda: The Post-Arrest Right to Silence”, *California Law Review*, S. 99, 2011, s. 151-178.

Reitz, Kevin, “Clients, Lawyers, and the Fifth Amendment The Need for a Projected Privilege”, *Duke Law Journal*, S. 41, 1991, s. 572-660.

Rençber, Altan, *Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

Saban, Nihal, *Vergi Hukuku*, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021.

Saltzburg, Stephen A., “The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination”, *The University of Chicago Law Review*, S. 53, 1986, s. 6-44.

Sarıcaoğlu, Ercan, Vergi Hukukunda Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat, Adalet yayınevi, Ankara 2017.

Sargül, Ali Tanju, Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğün Getirilen Sınır-Nemo Tenetur Seipsum Accusare İlkesi, TBBB, S. 153, 2021, s. 39-64.

Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005.

Şahin, Cumhuriyet/**Göktürk**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 12. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

Seidmann, Daniel J./**Stein**, Alex, “The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege”, Harvard Law Review, December, C. 114, S. 2, 2000, s. 430-510.

Şenyüz, Doğan, “Susma Hakkı Karşısında VUK’daki Defter Ve Belgeler Gizleme (Kaçakçılık) Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2013, s. 29-40.

Şenyüz, Doğan, Vergi Ceza Hukuku, 12. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2022.

Taylar, Yıldırım, “Özel Esaslara İlişkin Uygulama Ve Yargı Kararları Perspektifinden Vergi Hukukunda Hukuka Aykırı Bir İşlemden Hukuka Uygun Bir Tarhiyat Çıkıp Çıkmayacağı Sorunu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2021, s. 774-790.

Tezcan, Durmuş, “AİHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil Yargılanma Hakkı”, 2006 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, 2006, (Çevrimiçi) https://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105203.pdf, s. 25, 26. E.T. 09.11.2022.

Tiedemann, Klaus, Ekonomi Ceza Hukuku, Çev. Ayşe Nuhoglu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

Todd, Timothy M., “The Fifth Amendment and the Conjurer’s Circle: Exploring the Privilege Against Self-Incrimination in Federal Tax Practice”, Charleston Law Review, 9/1, 2014, s. 147-212.

Tracz, Eliot T., “Doctrinal Evolution and the Right Against Self-Incrimination”, The University of New Hampshire Law Review, C. 18, S. 1, 2019, s. 109-141.

Tüzün, Duygu, “Kabahatler Kanununun Genel Hükümleri ve İdari Yaptırımlar Üzerine Bazı Gözlemler”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Nisan, 2020, s. 3315-3335.

Ulusoy, Ali D., “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İdari Yaptırımlara Bakışı”, Yıldırım Uler’e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2014, s. 635-644.

Üstün, Ümit Süleyman, “Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15 S. 3, 2011, s. 363-390.



- Waline**, Marcel, “Vergi Cezalarının Hukuki Niteliği”, (Çev. Tahsin Yağmurlu), *Danıştay Dergisi*, S. 28-29, 1978, s. 76-82.
- Walker**, Jeffrey K., “A Comparative Discussion of the Privilege Against Self-Incrimination”, *NYLS Journal of International and Comparative Law*, 14/1, 1993, s. 1-37.
- Weiss**, W. S., “Self Incrimination and Income Tax Investigations”, *Taxes - The Tax Magazine*, C. 42, S. 10, October, 1964, s. 706-712.
- Vitkauskas**, Dovydas/**Dikov**, Grigoriy, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması*, (Çeviren: Serkan Yalçın, Avrupa Konseyi Yayını, Strazburg 2012.
- Wigmore**, John H., “Nemo Tenetur Seipsum Prodere”, *Harvard Law Review*, C. 5, S. 2, 1891, s. 71-88.
- Yaltı**, Billur, ““Kod Listeleri”nden “KDV İadesi Risk Analizi”ne Geçiş: KDV İndirim Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Değerlendirmeler”, *Vergi Sorunları Dergisi*, S. 258, Mart, 2010.
- Yaltı**, Billur, “Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359) (a) (2)’nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, *Vergi Dünyası*, S. 285, Mayıs 2005, s. 24-33.
- Yaltı**, Billur, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul 2006.
- Yasin**, Melikşah, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- Yıldırım**, Ali, “Sanığın Susma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 5-6, Aralık, 1998, s. 682-701.
- Zanobini**, Guido, “İdari Ceza Hukukunda Kıstas Meselesi”, Çev. Dr. Yılmaz Günel, http://www.politicsyf.ankara.edu.tr/dergi/pdf/18/3/14_Guido_Zanobini.pdf, E.T. 27.07.2024.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

Modern Devlet'in Karanlık Yüzü ve Devlet Suçları
The Dark Side of the Modern State and State Crimes

  Dr. Öğr. Üyesi Salim ORHAN*

 10.60002/ebyuhfd.1532382

ÖZ

Modern devlet, siyasal iktidarın kurumsallaşmış ve merkezileşmiş biçimi olarak, meşru şiddet tekeli elinde bulunduran yarı-tanrısallık kapasiteye sahip bir yapı olarak ortaya çıkmıştır. Bu tanrısallık gücün toplum üzerindeki tecellisi ve tezahürü, uygarlık ile barbarlık sarkacında olabilmektedir. Bu çalışma, modern devletin kavramsal doğuşunu, kuramsal temellerini ve tarihsel pratiklerini derinlemesine inceleyerek modern devletin karanlık yüzüne ve bu yüzün bir yansıması olan devlet suçlarına odaklanmaktadır. Öncelikle, modern devletin kavramsal kökenleri ve kuramsal temelleri ışığında, bu yapının barış ve güvenliği sağlama iddiasıyla ortaya çıktığı, ancak gerçekte şiddet ve korku üzerine inşa edilmiş bir yapı olduğu vurgulanmaktadır. Ardından, modern devletin uygarlık ile barbarlık sarkacındaki konumu detaylı bir şekilde ele alınmakta; özgürlük ve güvenlik/barış vaatlerinin arkasında daha yoğun ve kapsamlı şiddet ile cezalandırma pratiklerinin mevcut olduğu ayrıntılı olarak tartışılmaktadır. Çalışmanın son bölümünde, devlet suçları

* Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article
Geliş/Received: 13.08.2024 | Kabul/Accepted: 03.10.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Salim Orhan, “Modern Devlet'in Karanlık Yüzü ve Devlet Suçları”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (475-514).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

rının modern devletin karanlık yüzünün bir tezahürü olduğu ve bu suçların devletin yapısal ve işlevsel özelliklerinden kaynaklandığı belirtilmektedir. Bu çalışma, modern devletin hem aydınlık/uygarlık hem de karanlık/barbarlık yüzlerinin birlikte var olduğunu ve bu iki yönün de devletin doğasına içkin olduğunu savunarak, devletin koruyucu olduğu kadar tehdit edici ve yıkıcı bir doğaya sahip olduğunu ortaya koymaktadır. En sonunda ise, devlet suçlarının kontrol altına alınmasının, insan haklarına dayalı çoğulcu bir demokrasi ile mümkün olacağı belirtilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Modern Devlet, Devlet Suçları, Şiddet, Şiddet Tekeli, Uygarlık ve Barbarlık, Egemenlik, İnsan Hakları.

ABSTRACT

The modern state, as the institutionalized and centralized form of political power, has emerged as an entity with a quasi-divine capacity, holding the monopoly on legitimate violence. The manifestation of this divine power over society can oscillate between the poles of civilization and barbarism. This article examines in detail the conceptual origins, theoretical foundations, and historical practices of the modern state, with a particular focus on its dark side and state crimes as a manifestation of this dark side. First, it emphasizes that the modern state, which emerged with the claim of providing peace and security, is in fact a structure built on violence and fear, as seen through its conceptual origins and theoretical underpinnings. Then, the study examines the position of the modern state within the pendulum of civilization and barbarism, discussing in detail how intense and comprehensive practices of violence and punishment exist behind its promises of freedom and security/peace. Lastly, it claims that state crimes are a manifestation of the dark side of the modern state and stem from its structural and functional characteristics. It argues that both the bright/civilized and dark/barbaric sides of the modern state exist together, and they are inherent in its nature and revealing the state as both a protective and threatening/destructive entity. Finally, it is noted that the control of state crimes can only be achieved through a pluralistic democracy based on human rights.

Keywords: Modern State, State Crimes, Violence, Monopoly of Violence, Civilization and Barbarism, Sovereignty, Human Rights.

GİRİŞ

“Devlet” (*stato, estate/état, estado, state*) terimi, modern öncesi siyasi terminolojide ve görece yakın bir zamana kadar çeşitli Avrupa dillerinde yer almamış, 15. yüzyılda kullanılmaya başlanmış bir kavramdır.¹ Modern

1 “Devlet” teriminin Avrupa dillerinde kullanım karşılığı şu şekilde olmuştur: İngilizce *state*, İtalyanca *stato*, İspanyolca ve Portekizce *estado*, Fransızca *état*, Almanca ve Hollandaca *Staat*.

dönem öncesinde siyasi örgütlenme ve iktidar ilişkilerini tanımlamak için kullanılan *polis*, *res publica*, *regnum*, *civitas* gibi muhtelif terimler yerine; modern dönemde aynı konum “devlet” terimi üzerinden tanımlanmıştır. Hiç de tesadüfi olmayan bu kavramsal değişim, başlı başına önceki dönemlerden farklı yeni bir durumun ve olgunun varlığına işaret etmektedir. Başka bir anlatımla, devlet kavramının modern dönemde siyasi ve hukuki terminolojiye girmesi ve temel bir kavram olarak yer edinmesi, yeni dönemin siyasi ve hukuki açıdan önceki dönemlerden temelden ayrıştığını ve farklılaştığını göstermektedir.² Bu farklılaşma, ilk olarak Batı Avrupa’da terimin kullanılmaya başlandığı dönemde siyasi iktidar ilişkisinde belirginleşmiştir. Bu bağlamda, modern anlamda yeni bir nesne olan “devlet, kuramsal ve olgusal temelleri 14. ve 17. yüzyıllar arasında Batı Avrupa coğrafyasında atılan kendine özgü (nevi şahsına münhasır) bir siyasi örgütlenmenin adıdır.”³ Modern devlet, bu noktada, genel kabul görmüş bir yaklaşım ile “kurumsallaşmış siyasi iktidar tipi” olarak tanımlanmaktadır.

Esas olarak, neredeyse, bir bilinmezi/anlaşılmazı (modern devleti) başka bir bilinmez/anlaşılmaz (kurumsallaşmış siyasal iktidar) ile açıklamaya çalışan bu tanım, modern devletin anlaşılmasız zorluğunu veya muğlaklığını ve müphemliğini bütünüyle ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim bu zorluğu ve muğlaklığı “devlet meselesi, Varlık meselesi kadar karmaşıktır” şeklinde belirten Bourdieu, onu “nerdeyse düşünülemez bir nesne” olarak değerlendirmektedir.⁴ Modern devletin oldukça “kafa karıştırıcı” ve “karmaşık” bir olgu olduğu ve kavramın kendisinin sıklıkla “esasen tartışmalı” olarak adlandırılan kavramların başlıca bir örneği olduğu konusunda neredeyse bir görüş birliği söz konusudur.⁵

Modern devletin kesin ve kapsamlı bir tanımını yapmanın zorluğunu kabul etmekle birlikte, doğumumuzdan ölümümüze kadar geçen süreçte

-
- 2 Devlet kavramının kullanılması ve evrimi ile ilgili bkz. Jean-Pierre **Brancourt**, “Estat’lardan Devlete: Bir Sözcüğün Evrimi”, Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akal, Çev. Beki Haleva/Pınar Güzelyürek, Dost Kitabevi, Ankara 2000, s. 177-191; Alessandro **Passerin d’Entreves**, “Devlet Kavramı”, Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akal, Çev. Başak Baysal, Dost Kitabevi, Ankara 2000, s. 193-211.
 - 3 Ozan **Erözden**, “Makyavelizm, Hikmet-i Hükümet ve Modern Devlet”, Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite, Haz. Cemal Bali Akal, Dost Yayınları, Ankara 2012, s. 67.
 - 4 Pierre **Bourdieu**, Devlet Üzerine, Çev. Aslı Sümer, İletişim Yayınları, İstanbul 2015, s. 17, 49.
 - 5 Robert N. **Berki**, “Vocabularies of the State”, Politics and Social Theory, Editor, Peter Lassman, Routledge, London 1989, s. 12.

neredeysse her an yanımızda bir yerlerde olduğunu da duyumsarız.⁶ Hayatın her anında görülen böyle bir duyumsamanın kendisi, siyasal iktidarın değişimi ve dönüşümü üzerinden önceki siyasal iktidar tiplerinden ayrıışan modern devletin mahiyeti hakkında pek çok şeyi ifade etmektedir. Çünkü modern öncesi dönemlerdeki kurumsallaşmamış siyasal iktidarlarda böyle bir seziniş bulunmamaktadır.

Doğum ile ölüm arasındaki süreçte hayatın her anında hissedilen bu yapı, siyasal iktidarın en ağır ve önemli modern açılımına denk düşmektedir.⁷ Dolayısıyla, modern devlet daha önce hiçbir siyasal iktidar tipinin sahip olmadığı büyüklükte bir güce ve kapasiteye sahiptir. Kuramsal ve olgusal gelişim süreci modern devletin yüksek kapasitesini belirlemiş ve onu yarı tanrısal bir güç olarak ortaya çıkarmıştır. Yarı-tanrısal veya ölümlü tanrı olan modern devletin kendine içkin bu gizemli kudreti, öncelikle sahip olduğu ve kullandığı araçlar üzerinden tespit edilebilir. Bu araçların en belirginini ise, şiddet tekelidir. Tam da bu noktadan hareketle, geleneksel bir kabul ve yaklaşım ile modern devlet “meşru şiddet tekelini” elinde bulunduran yapı olarak tanımlanmaktadır. Böyle bir Tanrısal gücün toplum üzerinde tecelli ve tezahürü, bir yandan “lütf” ve “rahmet” diğer yandan “kahır” ve “gazap” biçiminde veya bu iki “uçun” sarkacında olabilmektedir. Yani; her yerde hazır ve nazır bir güce sahip modern devlet, Roma Tanrısı Janus’un iki yüzüne benzer şekilde, uygarlık ile barbarlık ya da aydınlık ile karanlık gibi zıt özellikleri bünyesinde barındıran bir yapı biçiminde tecelli edebilir.

Ayrıca, her yerde bulunan ama tanımlanamayan tanrısal yapının, teorik olarak, her iki görünüm biçimi de aynı “meşruiyete” sahip ve aynı “amaç/akıl” çerçevesinde olabilmektedir. Yani, bu tecelli ve tezahür biçiminin hikmeti bizatihi varlığında münderiç olup hikmetinden sual olunmaz kutsal bir meşruiyet ve akıl ile gerçekleşmektedir. Modern devletin özünü/ruhunu oluşturan ve “devlet aklı” veya “hikmet-i hükümet” olarak kavramsallaştırılan bu “derin aklın” sorgulanamaz veya sorgulansa bile şümüllü bir biçimde kavranamaz oluşu, aynı zamanda onun “karanlık” yönünün bizatihi varlığına delil ve dolayısıyla aydınlığa kavuşmasına da engel oluşturmaktadır. Dahası, gizemli yarı tanrısal varlığının bütüncül ve kapsayıcı bir şekilde kavranamaz oluşundan dolayı, günlük hayattaki tecelli ve tezahürlerinden hareketle nitelenmiş ve tanımlanmıştır. Nitekim,

6 Christopher **Pierson**, Modern Devlet, Çev. Neşet Kutluğ/Burcu Erdoğan, Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul 2011, s. 19.

7 Gianfranco **Poggi**, Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği, Çev. Aysun Babacan, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversiteleri Yayınları, İstanbul 2011, s. 24.

Pierson onu tanımlayamayacağını ancak gördüğünde tanıdığını belirtmiştir.⁸

Modern devletin Janus yüzlü yapısı veya bir çelişkiler mozaği oluşu, onun salt kavramsal teorisi veya kuramsal boyutuyla sınırlı değildir. Tarihsel ve olgusal gelişim yapısı da aynı görünümde. Modern devletin gelişim ve dönüşüm süreciyle bu yapıya muhatap olan veya dahil olan kişiler, bir “yurttaş” statüsüne yükselmiş ve daha önce var olmayan veya sahip ol(a)madıkları birçok yeni hakka (insan hakları) kavuşmuşlardır. Ancak, aynı zamanda bu devasa güç karşısında toplum, tarihin diğer dönemlerinde görülmemiş büyüklükte bir örgütlü ve kolektif şiddete maruz kalmıştır. Bu bağlamda, modern devletin doğum coğrafyasında bütün unsurlarıyla yerleşik hale geldiği veya kemale erdiği ve dünyanın geneline yayılarak küresel bir olgu halini aldığı 20. yüzyıl, adeta “şiddetin uzun yüzyılı” olmuştur.⁹ Charles Tilly'nin ifadesiyle, “*kesin ifadeler -ve muhtemelen kişi başına düşen oranlar- ile geçen on bin yıla bakıldığında 20. yüzyıl, dünya üzerinde kolektif şiddete en çok yolu düşen yüzyıl olmuştur.*”¹⁰

Bu dönem, tarihin birikimindeki şiddet biçimlerine yenilerini de ekleyerek en kaba ve en incelikli şekliyle şiddetin her türünün -kitlesel katliamlar, soykırım, toplama kampları, etnik temizlik, zora dayalı kitlesel nüfus transferleri, nükleer patlamalar, ağır insan hakları ihlalleri vb.- deneyimlendiği bir zaman olmuştur. İnsanlığın maruz kaldığı bu “acımasız” deneyim, kuşkusuz yarı tanrısal yapı olarak modern devletin “karanlık” yüzünün yansımasıdır veya en iyimser ifadeyle bu yansımanın bir “yan ürünüdür”. Üstelik, bu karanlık yansıma, çoğu zaman, “istisna hali” veya “olağanüstü hal” gibi kavramlar üzerinden açıklanan “kriz” durumunun gerektirdiği zorunluluk yasası ile gerekçelendirilerek, “aydınlığa” kavuşturulmaya çalışılır. Böyle bir durumda modern devletin aydınlık çehresi de, karanlığın dehlizlerinde kaybolur. Bu bağlamda, modern devletin -akademik ve entelektüel düzlemde de yeterince incelenmeyen- “devlet

-
- 8 Christopher Pierson, ABD Yüksek Mahkemesi'nde bir yargıcın baktığı bir taciz davasında pornografinin tanımını yapma durumunda kalması ve bu durum karşısında pornografinin net bir tanımını yapamaması ancak “pornografiyi gördüğümde anlarım” demesine atıf yaparak, modern devletin tanımını için de benzer bir durumun söz konusu olduğunu, devletin kesin ve kapsamlı bir tanımını yapmanın zor olduğunu ama muhatap olduğumuzda bunun devlet olduğunu anladığımızı belirtmektedir. **Pierson**, s. 19.
- 9 John **Keane**, Şiddetin Uzun Yüzyılı, Çev. Bülent Peker, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 1998.
- 10 Charles **Tilly**, Kolektif Şiddet Siyaseti, Çev. Seda Özel, Phoenix Yayınevi, Ankara 2009, s. 94 (Kolektif Şiddet).

suçları” konusundaki duyarsızlığı ve “devlete karşı suçlar” konusundaki hassas ve panik/alarmik tutumu da bu çehresinin bir gereği veya özündeki paradokstur.

Bu çalışma, modern devletin kavramsal doğuşunu, kuramsal temellerini ve tarihsel pratiklerini detaylı inceleyerek modern devletin “karanlık yüzüne” ve bu yüzün bir yansıması olan devlet suçlarına odaklanmaktadır. Öncelikle modern devletin kavramsal doğuşu ve gelişimi ve kuramsal olarak ele alınışı, akabinde modern devletin tezahür biçimleri, devletin yapısındaki doğal paradoksu veya uygarlık ile barbarlık sarkacında konumu; en sonda ise, modern devletin karanlık yüzünün bir görünümü olarak devlet suçları incelenecektir. Devlet suçlarının detaylı bir biçimde incelenmesi bu çalışmanın hacmini açacağından, salt modern devletin şiddet içerikli karanlık çehresinin anlaşılabilirliğini daha belirginleştirmek için genel bir yaklaşımla ele alınmaktadır.

I. MODERN DEVLETİN DOĞUŞU: KAVRAMSAL KÖKENİ, KURAMSAL ELE ALINIŞI VE YANSIMA BİÇİMLERİ

Modern devlet, ancak kavramsal olarak düşünölmeye başlandıktan sonra var olmaya başlamıştır. Başka bir anlatımla, modern “devlet, kavramsal açıdan, insanlar onu düşünöbilmeye başladıktan sonra” var olabilmıştır.¹¹ Dolayısıyla modern devletin tarihsel varlığını, “devlet” kavramının oluşturulması ve anlam kazanması/yüklenmesi ile başlatmak mümkündür. Onu düşünönenlerin kavramsallaştırması üzerinden okuyan Burdeau’ya göre de modern “*devlet, büyük ölçüde, teorisyenlerin ürünüdür. ... Ortaya bir devlet teorisi koymuş tüm o 16. ve 17. yüzyıl hukukçuların makalelerini ele alan bazı filozoflar, onlarla teori üzerine tartıştıkları meslektaşları muamelesi yapar ancak üzerine kafa yormakta oldukları nesneyi bizzat onların üretmiş olduklarını unuturlar.*”¹²

Kuşkusuz modern devlet, yalnızca teorisyenlerin kuramlarının sonucu olarak değeriendirilemez. Teorisyenlerin düşünceleriyle etkileşim halinde olan tarihsel ve olgusal gelişmeler ve nedenler de modern devletin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Genel olarak birbirinden bağımsız düşünölemeyen düşünsel düzlemdeki değışim ile toplumsal/siyasal uygulama düzlemindeki değışim gerçeği, modern devletin doğuş ve gelişimi için de geçerlidir. Ancak ortaya çıkan teoriler, kısmen olgusal durumun veya pratikliğin teorik bir yansıması olduklarından, teorilerle ele alınan bir nesne aynı za-

11 Cemal Bali **Akal**, İktidarın Üç Yüzü, 5. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara 2012, s. 38.

12 **Bourdieu**, s. 37-38.

manda olgusal olarak da incelenmiş olur. Dolayısıyla, modern devlet olarak adlandırılan siyasal iktidar ve örgütlenmeye yönelik herhangi bir analiz, öncelikle kavramsal ve kuramsal açıdan yapılabilir.

Bu bağlamda, pek çok kişi için modern devletin kuramsal açıdan en önemli figürü, İngiliz düşünür Thomas Hobbes'tan başkası değildir. Nitekim, Pierson da Hobbes'un "birçok kişi tarafından modern devletin ilk kuramcısı olarak" tanımlandığını belirtmektedir.¹³ Elbette, Hobbes hem devlet anlayışıyla hem de devlet için kullandığı dil ve terimlerle öncü bir figürdür¹⁴ ve ondan bu yana siyasi ve hukuki olan, geleneksel anlayışa göre, çok farklı düşünülmektedir.¹⁵ Tasvirini yaptığı ve arzuladığı yeni siyasi iktidar ve örgütlenmeden hareketle Hobbes "modern devletin resmini çizen ilk düşünür"¹⁶ olarak değerlendirilmiş ve "Hobbes'un kuramında beliren mutlak iktidar anlayışı modern devletin ta kendisi"¹⁷ şeklinde görülmüştür. Dolayısıyla, modern devlet veya onun herhangi bir yönüyle ilgili yapılacak çalışmalar, kendisiyle bu denli özdeşleştirilen Hobbes'un kuramını ele almak veya ona uğramak zorundadır. Hobbes'un resmini çizdiği, bütün uzuvlarıyla doğmuş bir yapının resmidir. Bu çerçevede, Hobbes, kendi seleflerinin kuramları ile rahme yerleşmiş, ruh kazanmış ve doğmuş bir nesnenin göbek bağı kesmiş, son noktayı koymuş ve isim vermiştir. Bu durum, düşünsel düzlemde Hobbes öncesine kısaca da olsa bakmayı gerektirmektedir.

Modern algılanış biçimiyle "devlet", modern öncesi dönemde ne özünde ne de isim olarak tanınmaktaydı. Modern devletin doğum yeri olan Avrupa dillerindeki "devlet" kelimesi, modern öncesi dönemde başka anlamlarda kullanılan Latince bir sözcükten türetilmiştir. Devlet sözcüğünün kökeninde, "durum" veya "varolma biçimi"ne karşılık gelen yansız bir sözcüğün, Latince *status*'un olduğu genel bir kabuldür. Bu sözcük, modernleşme süreciyle birlikte siyasi terminolojiye girmeye başlamıştır. Her ne kadar "devlet" terimi Machiavelli'den önce siyasi dil dağarcığına girmiş olmakla birlikte; terimin modern anlamının yerleşmesi ve yayılmasının öncelikle Machiavelli sayesinde olduğu da yaygın bir kabuldür.¹⁸

13 Pierson, s. 23.

14 Brancourt, s. 191.

15 Akal, s. 92.

16 Akal, s. 92.

17 Mehmet Ali Ağaoğulları/Cemal Bali Akal/Levent Köker, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, İmge Kitabevi, Ankara 1994, s. 161.

18 Passerin d'Entreves, s. 195.

Belli bir toprak ve belirli bir halk üzerinde iktidarı ve gücü kullanan aygıt şeklinde modern döneme özgü anlamıyla devlet terimi, ilk kez Machiavelli'nin yapıtında yer almıştır.¹⁹ Ancak Machiavelli terimin kesin bir tanımını vermemiş ve onu zaman zaman, önceki dilsel kullanım biçimlerinden etkilenmiş olabilecek farklı anlamlarda, ayırım yapmaksızın kullanmıştır.²⁰ Bu kullanımlara bakarak Machiavelli'yi bir geçiş dönemi düşünürü olarak değerlendirmek doğru olsa da, daha sonra Hobbes'ta ete kemiğe bürünen modern devletin kavramsal başlangıcını Machiavelli ile başlatmak da mümkündür. Machiavelli'nin düşüncelerinin izleri, Machiavelli sonrasında olgun bir kimliğe kavuşan modern devlette her daim göze çarpmaktadır. Modern devletin en önemli kuramlarından birisini ifade eden "devlet aklı" kavramı Machiavelli tarafından kullanılmamış olsa da kavramın ifade ettiği öz en net biçimde onun tarafından ifade edilmiştir. Nitekim, Machiavelli'den uzak durduğunu iddia etse de esasen onun düşüncelerinden oldukça etkilenmiş başka bir İtalyan düşünür Giovanni Botero, temel eserinin başlığında (*Della Ragion di Stato*) "devlet aklı"nı kullanan ilk kişidir.²¹

Kendinden önceki siyasi iktidar ilişkilerinden ayrılan modern devlet için bu ilişkiyi tanımlayan temel kavram, egemenliktir. Bu manada, modern devletin en önde gelen unsuru ve hatta ön şartı, egemenliktir. Egemenlik kavramının modern anlamda ilk kullanıcısı, modern devlet kuramının gelişmesinde belirleyici bir isim olan Fransız düşünür Jean Bodin'dir. Bodin, yapıtı olan "*Les Six Livres de la République*" (*Devletin Altı Kitabı*) eserinin başlığında da kullandığı eski bir terim olan "*république*" (*respublica*) terimini devlet için kullanmaya devam etmiş ve devleti bu sözcük altında tanımlamış; daha yeni bir sözcük olan "*etat*" terimini ise, modern anlamından ziyade genellikle durum veya rejim olarak daha dar bir anlamda kullanmıştır.²² Ancak Bodin, geliştirmiş olduğu egemenlik kuramıyla modern devlete ruh vermiştir. Egemenliği olmayan devletin devlet olarak nitelenemeyeceğini belirten Bodin'e göre, egemenlik "en yüksek, en mutlak ve en sürekli güçtür." Machiavelli'de düşünülemeyen

19 **Brancourt**, s. 179.

20 **Passerin d'Entreves**, s. 195.

21 Botero, Machiavelli'nin ahlaka/vicdana göre meşru olmayan bazı şeylerin devlet aklına göre meşru olabileceğini belirten düşüncelerinin ancak bu kadar "ahlaksız ve mantıksız" olabileceğini ve Tanrı'nın yasalarına aykırı olduğunu belirtmekte ve devlet aklını bir egemenliği kurmak, korumak ve genişletmek için uygun olan araçların bilgisi şeklinde tanımlamaktadır. Robert **Bireley**, "Introduction", Botero: *The Reason of State*, Written by Giovanni Botero, Editor and Trans. Robert Bireley, Cambridge University Press, Cambridge 2017, s. xv.

22 **Passerin d'Entreves**, s. 197.

egemenliğin sürekliliği, Bodin'in kuramında tamamlanmaktadır. Böylelikle, yani Bodin'in egemenlik kuramı ile, modern “devlet cisimleşmeden ruhu belirmiş, kurum ortaya çıkmadan önce ölümsüzlüğe kavuşmuştur.”²³

Bodin'in egemenlik kuramının kurumsallaşması ve tüm unsurlarıyla ortaya çıkması, Hobbes'un teorisiyle olmuştur. Hobbes, siyasi iktidarı benzersiz bir güçle temellendirmiş ve mutlak iktidarın zorunluluğunu tutarlı bir şekilde savunmuştur. Hobbes'un teorisinde beliren mutlak iktidar, aslında modern devletin kendisidir. Başka bir anlatımla, Hobbes tüm görkemiyle ölümlü tanrı olan büyük Leviathan'ı yani modern devleti ortaya çıkarmıştır.

Ezcümle; teorik düzlemde modern devlet, Machiavelli'nin *Hükümdar*'ı ile herhangi bir uzuv kazanmadan kavram olarak rahme düşmüş, Bodin'in *Devletin Altı Kitabı*'nda ihtiyaç duyduğu temel kavrama kavuşmuş ve egemenlik ile ruh kazanmış, Hobbes'un *Leviathan*'ı ile cisim ve cesede kavuşarak tüm ihtişamıyla ve unsurlarıyla ortaya çıkmıştır. Modern devlet, salt insan yaratısı olan bu ölümlü tanrı, ölümsüz Tanrı'dan sonra barış ve güvenliği sağlayacak güç ve kudrete malik bir “ejderha” olarak doğmuştur. Hobbes'un tasvirinde Leviathan olarak doğan bu varlık, John Locke'un *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*'si ile doğal haklar ve sınırlı yönetim kavramlarını içselleştirerek “evcilleştirilmiş” ve bireysel hakların korunması ile görevlendirilmiştir. J. J. Rousseau'nun *Toplum Sözleşmesi* ise, modern devleti genel iradeye dayalı bir toplumsal sözleşme üzerinden meşrulaştırarak halkın egemenliğine dayandırmıştır.

A. Barış İçin Bir Canavar Yaratmak: Leviathan'ın Gölgesinde Modern Devlet

Thomas Hobbes'la başlatılan modern devlet, korku üzerine kurulu bir yaratıktır. Temelde devleti ortaya çıkaran neden insanlar arasındaki korku, özellikle şiddetli ölüm korkusudur. Hobbes, devletin olmadığı doğa durumunu *homo homini lupus* (insan insanın kurdudur) şeklinde kısaca formüle ettiği bir savaş ve korku durumu olarak tasvir etmektedir. Nitekim Hobbes'a göre, “devlet olmadıkça herkes herkese karşı daima savaş halindedir. Buradan şu açıkça görülür ki, insanlar hepsini birden korku altında tutacak genel bir güç olmadan yaşadıkları vakit, savaş denilen o durumun içindedirler; ve bu savaş herkesin herkese karşı savaştır.”²⁴ Hobbes, böyle bir savaş durumunda çalışmanın, ticaretin, sanatın, yazının ve toplumun var olamayacağını belirtmekte ve hepsinden kötüsünün ise hep

23 Akal, s. 16.

24 Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, 6. Basım, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2007, s. 94.

şiddetli ölüm korkusunun ve tehlikesinin var olduğunu; insanın hayatının yalnız, sefil, vahşi ve kısa sürdüğünü ifade etmektedir.²⁵ Hobbes'a göre, insanların birbirlerini kemirdiği bu savaşı sonlandırmak ve insanların güvenliğini ve böylece daha mutlu bir hayat sürmelerini sağlamak için "hepsini korku içinde tutacak ve eylemlerini ortak faydaya yöneltecek genel bir güç" gerekmektedir.

Hobbes'un belirtmiş olduğu bu genel güç, modern devletin bizatihi kendisidir. Betimlediği doğa durumundaki korkudan güvenlik durumu olan devlete geçişi Hobbes şu şekilde ifade etmektedir: "*İnsanları yabancıların saldırısından ve birbirlerinin zararlarından koruyabilecek ve, böylece, kendi emekleriyle ve yeryüzünün meyveleriyle kendilerini besleyebilmelerini ve mutluluk içinde yaşayabilmelerini sağlayacak böylesi bir genel gücü kurmanın tek yolu; bütün kudret ve güçlerini, tek bir kişiye veya hepsinin iradesini oyların çokluğu ile tek bir iradeye indirgeyecek bir heyete devretmeleridir. Bu onaylamak veya rıza göstermekten öte bir şeydir; herkes herkese, senin de hakkını ona bırakman ve onu bütün eylemlerinde aynı şekilde yetkili kılman şartıyla, kendimi yönetme hakkını bu kişiye veya bu heyete bırakıyorum demişçesine, herkesin herkesle yaptığı bir ahit yoluyla, hepsinin bir ve aynı kişilikte gerçekten birleşmeleridir. (...) Bu yapıldığında, tek bir kişilik halinde birleşmiş olan topluluk, bir DEVLET, Latince CIVITAS, olarak adlandırılır. İşte o EJDERHA'nın veya, daha saygılı konuşursak, ölümsüz tanrının altında, barış ve savunmamızı borçlu olduğumuz, o ölümlü tanrının doğuşu böyle olur. Çünkü, devletteki her bir kimsenin ona verdiği yetkiyle onun elinde o kadar çok kudret ve güç toplanmış olur ki, o kişi, bu kudret ve gücün dehşetiyle, bütün insanların yurttan barış ve yurtdışında düşmanlara karşı yardımlaşma yönündeki iradelerini birleştirip biçimlendirmeye muktedir hale gelir.*"²⁶

Hobbes'un bu tanımlanmasından da anlaşıldığı gibi (modern) devlet, mutlak güç sahibi bir canavar (Leviathan) olarak doğmuştur. Mutlak güç sahibi bu yaratık, herkesin iradesini biçimlendirmekte ve yerine getirmekte, yurttan barış sağlamakta ve yurtdışındaki düşmanlara korku salmaktadır.²⁷ Bir insan topluluğunun kendi aralarındaki ahit ile kurulan bu ölümlü tanrı, kurulduğu anda esas otoritesini mutabakat ve uzlaşımın ötesinde şiddetin kendisinden almaktadır. Çünkü sözleşmeler, sadece kelimeler ve nefesten ibaret olduklarından, "*devletin kılıç kuvvetinden ... başka,*

25 Hobbes, s. 94-95.

26 Hobbes, s. 130.

27 Hobbes, s. 130.

insanları zorlayıcı, denetleyici, sınırlayıcı veya koruyucu hiçbir güç” bulunmamaktadır.²⁸

Başta yaşadığı dönemin kaos ve iç savaşlarla dolu olması olmak üzere başkaca birçok karmaşık nedensellik, Hobbes'un gücü merkezileşmiş, şiddeti tekeline almış mutlak güç sahibi bir devletin tarifini yapmasına ve önermesine yol açmıştır. Hobbes'un bu tanımlaması, olgusal olarak da modern devletin temel özelliklerinin belirginleşmeye başladığı bir döneme denk gelmekte ve onu doğrulamaktadır. Modern devlet, tarihsel olarak, 16. ve 17. yüzyıllarda Batı Avrupa'da ortaya çıkmıştır²⁹ ki, ortaçağ feodal sistemindeki parçalı ve çoklu iktidar yapısının çözülerek ve aşılıp tek (mutlak) bir iktidar merkezine doğru geliştiği bir döneme denk gelmektedir. “Ortaçağın siyasal sisteminin çözülmesi ve yerini modern devletin alması her açıdan köklü bir dönüşüm süreci olmuştur. Çünkü burada söz konusu olan, içeride yerel ve kesimsel iktidarlara/güçleri çökertecek, idarenin ve hukukun birliğini/bütünlüğünü sağlayacak, şiddet araçlarını kesinleşmiş sınırlar içinde tekel altına alacak, dolayısıyla bütün tekellerin en önemlisi olan silah ya da şiddet tekeli elinde tutacak, dini dünyevi alanın dışına çıkaracak, birbirleriyle mücadele halindeki toplumsal grupları belli sınırlar içinde tutacak ya da zorunlu görünüyorsa bu güçlerden birini imha edecek, dışa karşı koruyucu gümrükler oluşturacak, sınırları koruyacak, yeni pazarlar fethedecek devin, ‘Leviathan’ın doğuşudur.”³⁰

Bu çerçevede, mutlakiyet veya mutlakiyetçi devlet modern devletin ilk biçimi veya ilk büyük kurumsal tezahürüdür.³¹ Mutlakiyetçilik, her şeyden önce, siyasi iktidarın ve gücün yoğunlaşması ve merkezileştirilmesidir.³² Böyle bir siyasi iktidar, bir anlamıyla, modern devletin en önemli unsuru olan egemenliğe karşılık gelmektedir. Bu bağlamda “modern devlet, iç ve dış egemenlikle donanmış coğrafi/mekânsal (territoryal) egemenlik birliği olarak tanımlanabilir.”³³ Egemenlik ve bu şekilde tanımlanan modern devletin -olgusal açıdan- net ve sembolik tarihi, 1648 tarihli Westfalya Antlaşması olarak ele alınabilir. Hobbes'un insanların doğa durumundan Leviathan dönemine geçişi anlattığı aynı isimli eserinin yayın tarihi, bu antlaşmadan sadece üç yıl sonraya denk gelmektedir. Hobbes'un

28 **Hobbes**, s. 132.

29 **Gencay Şaylan**, Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi, İmge Kitabevi, Ankara 1994, s. 16.

30 **Mithat Sancar**, “Devlet Aklı” Kıskaçında Hukuk Devleti, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2008, s. 17 (Devlet Aklı).

31 **Poggi**, s. 59.

32 **Pierson**, s. 67.

33 **Sancar**, Devlet Aklı, s. 16.

kuramındaki doğa halini andıran Avrupa'daki Otuz Yıl ve Seksen Yıl Savaşlarını sona erdiren bu antlaşma ile “dünya, kendilerinin üstünde bir otorite kabul etmeyen egemen devletlere bölünmüştür ve bu devletlerden oluşmaktadır.”³⁴ Bodin ile başlayan mutlak egemenlik kuramının hem dahili hem de harici yönleri Westfalya Antlaşması ile olgusal olarak adeta tam gerçekliğe kavuşmuştur. Böyle bir egemenlikle donatılmış bir biçimde meydana gelen modern devlet, sahip olduğu kapasite ile egemenliği altındaki bireyler üzerine etkili ve korkutucu bir dev/ejderha ya da yeryüzü tanrısı halini almaktadır. Tarihsel olarak meydana gelen bu gelişme ile Hobbes'un kuramı arasında paralellik bulunduğu gibi ikisi zamansal olarak da denk düşmektedir.

Modern devlet sahip olduğu kapasitesi ile yönettiği topluma daha fazla nüfuz etmiştir. Bu açıdan modern devlet, “kendi toplumunu yöneten, biçimlendiren hatta yaratan, aktif ve proaktif bir devlet olarak görülmektedir.”³⁵ Bu bağlamda, modern devlet toplumun kılcal damarlarına kadar müdahale edebilen bir biçimde ve yapıda var olmuştur. Başka bir anlamıyla; modern devlet, modern öncesi devletlerin en despot olanının tebaasının rastlaşmayacağı ve tanımayacağı bir şekilde yurttaşlarının en mahrem ayrıntılarına müzmin ve mütemadi bir şekilde müdahil olmaktadır.³⁶ Bu müdahale ve izleme/gözetim kapasitesi, modern devletin alt yapısal gücü ve sahip olduğu araçlar ile ilgilidir. Sahip olduğu bu araçlar üzerinden modern devlete yönelik açıklamalar ve tanımlar geliştirilmiştir.

Hiç kuşkusuz modern devlet hem bileşenleri hem de kullandığı araçlar bakımından birçok açıdan kendinden önceki siyasal iktidar biçimlerinden farklılaşmaktadır.³⁷ Max Weber, modern devletin amaç ve işlevleriyle tanımlanamayacağını, kullandığı özgün araçları ile kavranabileceğini ve onun da fiziksel güç ve şiddet kullanımı olduğunu belirtmektedir: “Devlet erekleri açısından tanımlanamaz. Neredeyse hiçbir işlev yoktur ki bir siyasal topluluk tarafından ele alınmış olmasın; yine hiçbir işlev yoktur ki yalnızca ve özel olarak siyasal topluluklar olarak adlandırılan birlikler tarafından yürütülmüş olsun –yani bugün devlet ya da tarihsel olarak bugünkü devletin öncülleri olan birlikler ... son kertede modern devlet, bütün

34 Pierson, s. 70.

35 Pierson, s. 81.

36 Pierson, s. 82.

37 Max Weber'den uzun alıntılar yaparak yorumlayan Pierson, modern devletin ayırt edici özellikleri olarak şunları belirtmektedir: 1. Şiddet araçlarının (tekelci) denetimi, 2. Bölgesellik, 3. Egemenlik, 4. Anayasallık, 5. Kişiler üstü iktidar, 6. Kamu bürokrasisi, 7. Otorite/meşruiyet, 8. Yurttaşlık, 9. Vergilendirme. Pierson, s. 23.

siyasal birlikler gibi, sosyolojik olarak ancak kendine özgü somut araçları açısından tanımlanabilir. O da fiziksel güç ve şiddet kullanımudur."³⁸

Bu çerçevede, Weber modern devleti, "belli bir arazi içinde fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde bulunduran insan topluluğu" olarak tanımlar.³⁹ Weber'e göre, elbette şiddet devletin tek veya olağan aracı değildir; ancak şiddet kullanımı devlete özgüdür.⁴⁰ Devlete mahsus olan şiddet kullanım hakkı, hukuki kullanımı da kapsamaktadır. Weber'in gerekli olarak tanımladığı nokta, devletin şiddet kullanma hakkının tek kaynağı olmasıdır. Dolayısıyla bir devletin egemenlik alanında başka bireylere ve kurumlara şiddet kullanım hakkı ancak devletin izni ile verilmektedir.⁴¹

Modern devlette öne çıkan özellik, şiddet araçlarının tekel altına alınmasıdır. Çünkü modern öncesi yönetim ve iktidarlar da şiddet araçlarını kontrol etmişlerdir. Hatta "askeri güç, modernlik öncesi uygarlıkların her zaman merkezi bir özelliği olmuştur. Ancak, bu uygarlıklarda siyasal merkez, ... tipik olarak, kendi topraklarında şiddet araçları üzerinde tekeli bir kontrolü sağlamanın çok uzağındaydı. Yöneticilerin askeri kuvveti, her zaman için ya bütün bağlarını kesip atmaya ya da doğrudan doğruya yönetici gruplara başkaldırmaya hazır yerel prensler ya da kumandanlarla ittifak kurmaya dayanırdı. Şiddet araçlarının, toprak açısından kesinleşmiş sınırlar içinde başarılı biçimde tekel altına alınması, modern devlete özgüdür."⁴² Buradan hareketle şiddet tekeli "modern devletin omurgası" olarak betimlenmiştir.⁴³

Tarihsel olarak modern devletin şiddet tekeli kurma sürecinin kendisi de şiddete dayalı bir şekilde olmuştur. Çünkü modern devlet, premodern dönemdeki çoklu iktidar merkezlerinin sahip oldukları gücü ve şiddet

38 Max Weber, Sosyolojik Yazılar, Çev. Taha Parla, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2004, s. 131.

39 Weber, s. 131. Modern devletin oluşumunu zor/şiddet ve sermaye üzerinden açıklayan Charles Tilly de modern devlet için benzer bir tanım yapmaktadır: "Tanımlanmış bir toprakta temel yoğunlaşmış zor araçlarını elinde tutan ve bazı bakımlardan aynı topraklardaki öteki örgütlenmeler üstünde öncelik hakkına sahip olan özgün örgütlenme." Charles Tilly, Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu, Çev. Kudret Emiroğlu, İmge Kitabevi, Ankara 2001, s. 225 (Zor, Sermaye).

40 Weber, s. 131.

41 Weber, s. 131-132.

42 Anthony Giddens, Modernliğin Sonuçları, Çev. Ersin Kuşdil, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1994, s. 57-58.

43 Mithat Sancar, "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", Doğu Batı Dergisi, S. 13, 2001, s. 27 (Şiddet).

araçlarını ortadan kaldırarak şiddet tekeline sağlamıştır. Başka bir anlamıyla, modern devlet şiddet araçlarına sahip rakip iktidarları şiddet ile bastırarak şiddet araçlarının kullanımını tekeline almıştır.

Tilly'nin belirttiği gibi, premodern dönemde sıradan insanların ölümcül silahlara sahip olmasının yanı sıra, yerel ve bölgesel iktidarlar sahip oldukları kuvvet ile devlete rakip olabilmekteydiler. Ancak, modern devlet silah kullanımını suç haline getirerek, özel orduları yasaklayarak ve lordların gücünü kırarak rakip iktidarları yok etmiş ve dengeyi devlet lehine çevirmiştir.⁴⁴ Tilly, modern anlamda devletin savaşa girme, bu savaşta başarılı olma ve bu savaş hirsını ve kapasitesini finanse etmek için yürütülen mücadeleler ile kurulduğunu belirtmektedir. Yani, modern Avrupa devletleri zor/şiddet tekeli ve sermaye olarak vergi toplama mücadeleleri ile var olmuşlardır. Bu manada Avrupa devletlerinin uzun oluşum sürecinde daimi ve düzenli orduların oluşturulması, devlet kurmanın en büyük destek sağlayıcı ve devlet baskısının ve şiddet tekelinin en büyük aracı olmuştur.⁴⁵

Şiddet araçlarının kontrolü mücadelesinde, birçok iktidar birimi yok olmuştur. Nitekim Tilly'nin ifadesine göre, "1500'ler Avrupa'sı, az çok bağımsız beş yüz kadar siyasi birim içerirken, 1900'ler Avrupa'sında bu sayı yaklaşık yirmi beştir."⁴⁶ Şiddet ve savaş kapasitesi üzerinden var olan modern devlet, şiddet araçlarının kontrolünü ve kullanımını tekeline alarak toplumun şiddet kullanımını olabildiğince azaltarak toplumu edilginleştirmiştir. Modern devlette yoğunlaşan şiddet ve şiddet kullanım tehdidi, gündelik yaşamda şiddeti -bütünüyle kaldır(a)mamış olsa da- azaltmıştır.

Modern devlet, Hobbes'un tezi ve vaadi ile örtüşür bir biçimde, toplumsal ilişkileri şiddetten arındırmak için bütün şiddet araçlarını kontrol eden ve kullanım tekeline sahip yarı tanrısal bir canavar olarak var olmuştur. Toplumun yatay düzlem ilişkisinde şiddetin azalması, toplumun veya bireylerin artık şiddete maruz kalmayacağı anlamına gelmemekte; aksine, yatay ilişkideki şiddeti azaltan devletin kolektif ve örgütlü şiddetine maruz kalma ihtimalidir. Modern devletin tarihsel serüveni ve pratiğindeki acı deneyimler, bunun salt teorik bir ihtimal ve tehdit olmadığını en açık biçimde ortaya koymaktadır.⁴⁷ Şiddet tekeline sahip oluşu modern devlete, geçmişteki hiçbir devlet yapılanmasında rastlanmamış muazzam bir yok

44 Tilly, Zor, Sermaye, s. 126-127.

45 Charles Tilly, "Reflections on the history of European state-making", The Formation of National States in Western Europe, Editor, Charles Tilly, Princeton University Press, Princeton-New Jersey 1975, s. 73 (Reflection on the History).

46 Tilly, Reflections on the History, s. 15.

47 Sancar, Şiddet, s. 33.

etme kapasitesini vermektedir. İşte bu potansiyel yok edicilik gücü, modern devletin şeytani yönünü oluşturur. Modern devlet, bu tekeli elinde bulundurması sayesinde, kötü niyetli ellerde korkunç bir silaha dönüşme tehlikesi taşır.⁴⁸

Özellikle kendisine yönelik suçlara karşı modern devlet, en acımasız ve en büyük cezaları uygulamaktadır ve sahip olduğu kapasite ile premodern dönemdeki en despot ve keyfi siyasi iktidardan daha yüksek bir şiddet uygulayabilmektedir. Bu da zorunlu olarak “modern devletin gelişimi iyi bir şey midir?” şeklinde bir soruyu beraberinde getirmektedir. Pierson'un ifadesiyle, modern devlet “*en ufak bir direnç belirtisinde yurttaşlarını boğmak için elleri gırtlaklarında hazır bekleyen hayal edilebilecek en büyük şeytan mıdır yoksa tam tersine ortak yarar adına yetkin yurttaşlığın demokratik bir şekilde ifade edilmiş ortak iradesini mi temsil etmektedir?*”⁴⁹ Tam da bu nokta, modern devletin uygarlık ve barbarlık sarkacındaki paradoksal yapısına işaret etmektedir.

B. Doğal Paradoks: Uygarlık/Aydınlık ile Barbarlık/Karanlık Sarkacında Modern Devlet

Modern devlet, büyük oluşum hikayesini toplumun şiddetten arınması, güvenlik ve barışın tesis edilmesi üzerine bina etmiştir. Buna bağlı olarak özgürlük ve kurtuluş anlatısı üzerine var olmuştur. Daha genel olarak modernite söylemi de benzer bir biçimde en sağlam şekilde özgürlük ve özerklik düşüncesine dayanmaktadır. Bu kurtuluş söylemi, modern zamanların ilk başlarında ve kökeninde yer almaktadır.⁵⁰ Modernitenin ve bunun kurumsallaşmış iktidar biçimi olan modern devletin, uygarlaşmayı sağlayarak, bireysel güvenliği ve bunun çerçevesinde hakları tesis ederek özgürlük getirdiği anlatısı, hikâyenin bir yüzünü oluşturmaktadır. Ancak bu anlatı, hiçbir zaman eleştirel bir karşıt söylemi olmadan var olmamıştır. Karşıt söylem ise, moderniteyi ve modern devleti gözetleme, denetleme ve cezalandırma şeklinde resmetmektedir. Ancak bu iki karşıt yaklaşım, modern devletin olağanüstü kapasiteye sahip olduğu konusunda uzlaşa içerisindedir ve bu noktadan hareket etmektedirler. Lakin, bu iki yaklaşım birbirine zıt sonuca varmaktadır: “Uygarlık” ve “barbarlık”. Modernite ve modern devletin bu karşıt iki “uç” noktada konumlandırılması, bunların şiddet ile ilişkisi üzerinden yapılmaktadır.

48 Abdurrahman Saygılı, “Modern Devlet'in Çıplak Sureti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 1, 2010, s. 78.

49 Pierson, s. 84.

50 Peter Wagner, A Sociology of Modernity: Liberty and Discipline, Routledge, London 1994, s. 5.

Modern devletin Hobbes ile başlayan büyük açıklaması ve anlatısı, “herkesin herkese karşı savaşını” bitiren, “şiddetli ölüm korkusunu” sonlandıran ve yurttaşların barışını temin eden bir “uygarlık” projesi olarak ele alınmıştır. Nitekim bu anlatıda sivil toplumun temeli olarak ele alınan uygarlık ise, “şiddetten arınma, ondan kurtulma ve onu yücelterek başka bir şeyle ikame etme konusundaki daimi problemi çözmekle yükümlü bir tasarı olarak” değerlendirilmektedir.⁵¹ Bu yaklaşım, modernist ve Aydınlanmacı birçok düşünür tarafından sosyal bilimlerin muhtelif disiplinleri üzerinden farklı versiyonlarla savunulmuştur. 18. yüzyıl Aydınlanmasının düşünürlerinin ve klasik sosyologların birçoğu, modernitenin ve modern devletin insanlığın ilerlemesinde ve uygarlaşmasında oynadığı olumlu rolü vurgulamışlardır.⁵²

Örneğin; Adam Smith’in derslerinden etkilenen Adam Ferguson, *Sivil Toplum Tarihi Üzerine Bir Tez* başlıkla çalışmasında “sivil toplum”un evrimine odaklanmaktadır. “Avcılık ve toplayıcılık” toplumu, “pastoral veya hayvancılık” toplumu, “tarımsal” toplum ve “ticari” veya “sivil” toplum gibi insanlık tarihinin aşamaları boyunca insanın ilerleyişini anlatmaktadır. Ferguson, birinci ve ikinci aşamaları pejoratif terimlerle “vahşi” veya “ilkel” ve “barbar” durumlar olarak adlandırmaktadır. Ferguson, her toplumun bu aşamalardan geçeceğini ifade etmese de, uygar bir duruma ve devlete dönüşen bütün toplumların bu aşamalardan geçtiğini ve insani ilişkilerin tedricen şiddetten arındığını iddia etmektedir. Uygar olmayan toplumlarda şiddetin yaygın olduğunu ve bir kuralla bağlı olmaksızın keyfi kullanıldığını; uygarlaşmış toplumlarda ise şiddetin gündelik hayattan tasfiye edildiğini ve sadece adalet ve hakları kurmak gibi daha yüksek gayeler için nezaket ve kurallar çerçevesinde araçsal bir şiddetin bulunduğunu belirtmektedir.⁵³

Bu “uygarlaşma” tezi, “sosyo-genetik” bir gelenek haline gelmiş olup, çağdaş bir teorisyen ve düşünür olan Norbert Elias’ın teorisinde ve düşüncelerinde bir nevi billurlaşmış ve yeniden formüle edilmiştir. Esasen bu tez, “sivil toplumun” evrimi ve “uygarlaşma süreci” olarak adlandırılan süreçte devletin oynadığı rol hakkında geniş anlatılar içermiştir. Elias’ın

51 Keane, s. 27.

52 Rob Watts, *States of Violence and the Civilising Process: On Criminology and State Crime*, Palgrave Macmillan, London 2016, s. 64-65.

53 Adam Ferguson, *An Essay on The History of Civil Society*, Editor, Fania Oz-Salzberger, Cambridge University Press, Cambridge 1995; özellikle bkz. I. Bölümün “Of the principles of War and Dissesion” başlıklı IV. Kısım, s. 24-29; “Of the History of Rude Nations” başlıklı II. Bölüm, s. 74-105; III. Bölümün “Of Civil Liberty” başlıklı VI. Kısım, s. 148-161.

savunusu, Hobbes ve Weber'in sosyal düzenin ve barışın sağlanması ve toplumsal şiddetin azalmasında devletin katkısına yönelik savunularının devamı niteliğindedir. Burada uygarlık, devletin önemli bir rol oynadığı ve insan "aklı" tarafından şekillendirilen ilerlemeci bir proje olarak ortaya çıkmaktadır. David Harvey, bunu Aydınlanma projesi olarak isimlendirmekte ve bu Aydınlanma projesinin doğrusal bir ilerleme çerçevesinde, tek bir doğru veya mutlak gerçeklere dayanarak dünyanın kontrol edilebilmesi ve ideal toplumsal düzenin rasyonel olarak düzenlenmesi fikrine dayandığını belirtmektedir.⁵⁴ Amaçsal bir tarihsel sürece yaslanan böyle bir toplumsal düzenleme ve ilerleme için modern devletin rolü açıkça ortaya çıkmaktadır.

Elias, modernliği bir "uygarlaşma süreci" olarak değerlendirmekte ve modern toplumlarda insanların şiddet dürtüsünün kontrol edildiğini ve barış içinde yaşadıklarını belirtmektedir. Elias, büyük bir sosyal tarihçi olarak, detaylı açıklamalar ile modern öncesi Avrupalıların şiddet, arzu ve öfke ile yönlendiklerini/yönetildiklerini ve kamusal alanda daha kaba davranışlar (hatta cinsel ilişki, tuvalet ihtiyacını giderme gibi özel yaşama ait mahremiyetlerin bile açık alanlarda yapıldığını) sergilediklerini; modern dönemde ise öz-denetime dayalı bir şekilde duygularını kontrol edebildiklerini, daha barışçıl ve özel yaşamlar sürdürdüklerini ileri sürmektedir. Elias, ortaçağ yaşamının özgür, kısıtsız ve bu nedenle dürtüsel/agresif şiddet gibi aşırılıklara eğilimli olduğunu; zamanla modernleşme sürecinin kısıtlanma/sınırlanma, ılımlılık ve nezaket kültürünü doğurduğunu iddia etmektedir.⁵⁵ Elias, uygarlık sürecine dair anlatısını devletin sınırları içerisinde fiziksel şiddeti tekelleştirmesine dayandırmaktadır.

Elias'ın tezinin merkezinde, toplumun şiddetten arındırılmasında devletin sorumlu ve etkili oluşu yer almaktadır. Modern devletin şiddet tekeli ile toplum pasifize edilmiş ve böylelikle de şiddetten arınmıştır. Elias, şöyle ifade etmektedir: "*Bir şiddet tekeli oluştuğunda, pasifize edilmiş mekanlar, normalde şiddet eylemlerinden arınmış olan toplumsal alanlar ortaya çıkar.*"⁵⁶ "*İnsanın insan için oluşturduğu tehdit, şiddet tekellerinin*

54 David **Harvey**, *The Condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change*, Blackwell Publishers, Oxford 1992, s. 27.

55 Bu konudaki detaylar için bkz. Norbert **Elias**, *Uygarlık Süreci: Sosyo-Oluşumsal ve Psiko-Oluşumsal İncelemeler/Cilt 1: Batılı Dünyevi Üst Tabakaların Davranışlarındaki Değişmeler*, Çev. Ender Ateşman, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2004 (Uygarlık Süreci 1).

56 Norbert **Elias**, *Uygarlık Süreci: Sosyo-Oluşumsal ve Psiko-Oluşumsal İncelemeler/Cilt 2: Toplumun Değişimleri/Bir Uygarlaşma Teorisi İçin Taslak*, Çev. Erol Özbek, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2004, s. 308 (Uygarlık Süreci 2).

oluşumuyla birlikte daha sıkı bir düzenlemeye tabi kılınmıştır ve daha öngörülür hale gelir. Gündelik yaşam şok halinde patlak veren değişimlerden arınır. Şiddet eylemi kışlaya konmuştur; artık tekil insanın hayatına doğrudan girmek üzere mahfazalarından, kışlalardan yalnız en uç durumlarda, savaş zamanlarında ve toplumsal dönüşüm zamanlarında çıkar. Normalde belirli uzman gruplarının tekeli haline gelerek, diğerlerinin hayatından çıkarılmıştır; ve bu uzmanlar, şiddet eyleminin bütün tekel örgütlenmesi artık tekil kişinin davranışının bir denetim örgütü olarak, toplumsal gündelik yaşantının kenarında nöbet bekler. ... Tekil insanın hayatına taşıdığı şey artık sürekli bir güvensizlik değil, kendine özgü tarzı olan bir güvenliktir.”⁵⁷

Modern devleti uygarlık olarak değerlendiren yaklaşım, cezalandırma tekniklerinin ve etiğinin zaman içinde daha az gaddarca ve daha az şiddet içerikli hale geldiğini belirtmektedir. Dahası, modernleşme ile birlikte uygarlaşmanın yani toplumsal yaşamda şiddetin azalması gibi şiddete, saldırganlığa, zulme ve vahşete karşı toplumsal hoşgörünün de genel olarak azaldığı düşünülmektedir.⁵⁸ Bu uygarlık öyküsünün merkezinde modernlik ve akılcılık teması bulunmaktadır. Modernliğin muharrik gücü ise, Weber’in meşru şiddet tekeline sahip olan modern devletten başkası değildir. Başka bir anlatımla Elias’ın yaklaşımı, insanların ilişkilerini düzenleyen nezaket adabının yayılmasının, toplumsal yaşamın dokusunun daha barışçıl hale gelmesinin temel kaynağı olarak modern devletin oluşum ve gelişimini vurgulaması bakımından Hobbesçu meta-anlatıya dayanan bir toplumsal değişim açıklaması sunmaktadır.

Kuşkusuz modernleşme ve modern devletin gelişmesi ile toplumsal yaşamda şiddetin azaldığını gösteren çeşitli olgusal veriler de bulunmaktadır. Modern devletin fiziksel şiddetini tekeline alması ile kişiler arası ilişkilerde şiddet genel olarak düşmüştür. Tilly’nin ifade ettiği gibi, “*devlet çevresi dışında kişiler arası şiddet genel olarak düşüyor. Bu durum en azından şimdilik uzun kanıtlar dizisine sahip olan tek grup olan Batı ülkeleri için doğrudur. Basınımızdaki cinayet, tecavüz ve ortaklaşa şiddet kayıtları tersini düşündürtse de, bir başka sivilin elinde ölme riski önemli derecede azalmıştır. Örneğin onüçüncü yüzyılda İngiltere’de öldürme oranları bugünün on katı ve onaltı ve onyedinci yüzyılların herhalde iki katıydı. Cinayet oranları onyedinci yüzyıldan ondokuzuncu yüzyıla kadar çok hızlı düşüş gösterdi.*”⁵⁹ Lakin bu hikaye, modern devletin sadece bir

57 Elias, Uygarlık Süreci 2, s. 312-313.

58 Watts, s. 14.

59 Tilly, Zor, Sermaye, s. 125.

yüzünü göstermekte ve uygarlık olarak betimlenmektedir. Çünkü dünyanın pek çok yerinde, devletlerin faaliyetleri, devlet sahasındaki şiddet ile sivil yaşamın görece şiddetten arınmışlığı arasında ürkütücü bir tezat yaratmıştır. Devletler, sivil halkı şiddet araçlarından arındırırken, kendileri korkutucu boyutlarda zorlayıcı güçler inşa etmiş ve uygulamışlardır.⁶⁰ Modern devletin dikey düzlemdeki korkutucu şiddetini ortaya koyan oldukça fazla rakamsal ve istatistiksel kanıt bulunmaktadır. “Şiddet tanrısı” olarak nitelenebilen modern devlet çevresinde yaşanan şiddet deneyimi, özellikle de 20. yy’da yaşanan, Keane’nin ifadesiyle “*en neşeli filozofu bile karamsarlaştırmaya yeterlidir*”.⁶¹ İşte bu nokta ise, modern devletin diğer yüzünü göstermekte ve barbarlık olarak nitelenmektedir.

Bu nokta, Elias’ın modernleşme ve modern devlet ile uygarlaşmanın olduğu yönündeki açıklamaları kabul edilse bile, Elias’ın genelde ele almadığı bir paradoksa işaret etmektedir. Çünkü Elias’ın açıklaması, devletin bizatihi uyguladığı şiddeti açıklamıyor. Gerçi Elias da, sosyoteknik bir buluş olan fiziksel şiddet tekelinin diğer insani buluşlar gibi çift anlamlı olduğunu kabul etmektedir. Tıpkı ateşin yemek pişirmede ilerleme sağlarken barbarların kulübeleri yakıp yıkması gibi, fiziksel şiddet üzerindeki tekel de çift anlamlıdır. Atomik enerjinin hem verimli bir kaynak hem de korkutucu bir silah oluşu gibi, bu tekel tehlikeli bir araçtır. Ancak bu tekel, devlet içinde yaşayan insanlar için de büyük öneme sahiptir. İnsanların barış içinde birlikte yaşayabilmesi, büyük ölçüde devletin bu gücü elinde tutmasına bağlıdır. Önemli olan, şiddet tekelinin denetleyiciler ve toplum üyeleri için işlevleri arasındaki dengedir.⁶² Elias’ın açıklamasında şiddet tekelinin dengeleyici gücü, herhangi bir devletin geniş çapta şiddeti ve terörü yayması ve uygulamasına yönelik bir açıklama içermemektedir. Devlet destekli şiddet ve insanlık suçları deneyimi yirminci yüzyıl boyunca arttı ve şimdi tarihsel örneği olmayan bir yoğunluk ve vahşilik seviyesine ulaşarak yirminci birinci yüzyılı şekillendiriyor. Bütün bunlar, Elias’ın toplumsal varlığın barışçıl oluşunu sağlayan uygarlaştırıcı güç olarak ileri sürdüğü failin, yani modern devletin faaliyet ve müdahalelerinin sonucudur.⁶³ Bu da Walter Benjamin’in çokça alıntılanan “*hiçbir uygarlık belgesi*

60 Tilly, Zor, Sermaye, s. 126.

61 Keane, s. 16.

62 Norbert Elias, “Civilization and Violence: On the State Monopoly of Physical Violence and its Infringements”, Telos, No. 54, 1982, s. 136 (Civilization).

63 Watts, s. 14-15.

yoktur ki, aynı zamanda barbarlık belgesi olmasın”⁶⁴ aforizmasının modern devlet için de geçerli olduğunu göstermektedir.

Modern devletin “karanlık” veya “barbar” yüzüne odaklanan yaklaşım, modernliğin kendisini bir sorun olarak ele almakta ve modern devleti -geleneksel olarak anladığımız kişiler arası suç ölçeklerinden- daha fazla şiddet, acı ve yıkım seviyelerini uygulayabilen bir olgu olarak değerlendirmektedir. Bu yaklaşım, Adorno ile Horkheimer’in yazılış amacını “*insanlığın gerçekten insani bir duruma ulaşmak yerine neden yeni bir tür barbarlığa battığını anlamak*”⁶⁵ olarak ifade ettikleri “Aydınlanmanın Diyalektiği” adlı eserinde ana hatlarıyla belirtilmektedir: “*En geniş anlamda ilerlemeci bir düşünme olarak Aydınlanmanın öteden beri hedefi, insanları korkudan arındırmak ve efendi konumuna getirmek olmuştur. Ne ki tamamen aydınlanmış şu yeryüzü muzaffer felaket alametleriyle parlıyor. Aydınlanmanın tasarısı dünyanın büyüsunü bozmaktı.*”⁶⁶

Modernite merkezli uygarlığın attığı her adım, egemenliği yenilediği gibi, egemenliği yatırma perspektifini de yeniden şekillendirir. Ancak gerçek tarih, gerçek acılarla örülüdür ve bu acıların azalması, onların yok etme araçlarının artmasıyla orantılı değildir.⁶⁷ Bu yaklaşımın radikal yorumunda, ancak moderniteye yönelik bir başkaldırı, Aydınlanma projesini tanımladığı iddia edilen fakat Aydınlanmanın henüz gerçekleştirmediği hoşgörüyü, barışa, insan tercihine ve farklılıkların kutlanmasına doğru bir ilerleme sağlayabilir.⁶⁸

Modernitenin ve modern devletin şiddeti azaltmadığı aksine daha etkili kıldığına yönelik yaklaşım, özellikle Zygmunt Bauman’ın düşüncelerinde ve analizlerinde belirginleşmiş bir şekilde göze çarpmaktadır. Elias gibi modernleşmeyi uygarlık süreci olarak ele alan yaklaşımın modern Avrupa devletlerinin yok edici şiddetlerini ve barbarlıklarını görmezden geldiklerini ileri süren Bauman, uygarlık ile barbarlığı birbirinin antitezi olarak değil; uygarlık ile barbarlık ilişkisini, aynı bedene bağlı iki yüz

64 Walter Benjamin, “Theses on the Philosophy of History”, Illuminations, Editor, Hannah Arendt, Trans. Harry Zohn, Schocken Books, New York 1969, s. 256.

65 Theodor W. Adorno/Max Horkheimer, Aydınlanmanın Diyalektiği, Çev. Nihat Ülner/Elif Öztarhan Karadoğan Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2010, s. 10.

66 Adorno/Horkheimer, s. 19.

67 Adorno/Horkheimer, s. 64.

68 Watts, s. 79.

veya biri olmadan diğ erinin olamayacağı birbirini tamamlayan metal paranın iki yüzü şeklinde değerlendirmektedir.⁶⁹ Kean'ın ifadesiyle, “*Bauman'a göre, medenilik ve barbarlık, sürekli daha kötüye giden bir şiddet spiralinde yan yana durmaktadır.*”⁷⁰ Bauman, Rubenstein'den alıntılıyarak, uygarlığın şiddeti dışlamadığını, tam tersine şiddet, sömürü, savaş ve ölüm kampları anlamına geldiğini ve Holokost'un “uygarlığın ilerlemesinin tanıklığını taşıdığını” ifade etmektedir.⁷¹ Yani, modern uygarlık Holokost'un yeterli şartı olmasa da, kesinlikle gerekli koşuludur.⁷² Soykırımı mümkün kılan, modern uygarlığın akli ve modern devletin imkanidir.

Bauman'a göre, modernleşmenin ve modern devletin şiddeti günlük yaşamda ve gündelik davranışlarda görünmez kılmasının temel nedeni, toplumu ve bireyleri daha fazla ahlaki değerlere bağlı hale getirmesi değil, fiziksel şiddet tekeline sahip devlet iktidarının vatandaşlarının şiddet kullanmaları halinde, çok daha fazla ve karşılık veremeyecekleri türden bir şiddetle sürekli olarak tehdit edilmeleridir: “*Günlük yaşamın şiddetten görece arınmışlığının nedeni, fiziksel şiddetin kanatlarda toplanmasından başka bir şey değildir – onu uygulamada toplumun sıradan üyelerinin denetiminden dışına çıkarır ve daha baştan onu devlet dışı şiddet patlamalarını bastırmak için karşı konulmaz bir güçle donatır. Gündelik kişisel davranış biçiminin yumuşamasının başlıca nedeni insanların şimdi kendilerinin haşın (violent) olmaları durumunda şiddetle tehdit edilmeleridir – başa çıkamayacakları ve defetmeleri olası görünmeyen bir şiddetle. Şiddetin günlük yaşamın ufkunda kaybolması modern iktidarın merkezleşme ve tekelleşme eğilimlerinin bir diğ er göstergesidir. Şiddet, artık bireylerin erişebileceği alanın kesinlikle dışındaki güçlerin denetiminde olduğu için bireysel ilişkilerde yoktur. Ama bu güçler herkesin ulaşamayacağı yerde değildir.*”⁷³

Günlük yaşamın edilginleştirilmiş olması, şiddetin yok olduğu anlamına gelmemekte; aksine şiddet araçlarını tekeline alan ve denetleyenlerin daha fazla ve korkunç şiddet uygulama kapasite ve potansiyelini ifade etmektedir. Şiddet araçlarının modern devletin tekeline geçmesi, bu araçların benzeri görülmemiş sonuçlara ulaşabilen bir güce erişmesine olanak sağlamıştır. Şiddetin uygar toplumların günlük yaşamından uzaklaştırıl-

69 Zygmunt **Bauman**, *Modernite ve Holocaust*, Çev. Süha Sertabiboğ lu, Sarmal Yayınevi, İstanbul 1997, s. 24-27 (*Modernite ve Holocaust*).

70 **Keane**, s. 42.

71 **Bauman**, *Modernite ve Holocaust*, s. 27.

72 **Bauman**, *Modernite ve Holocaust*, s. 32.

73 **Bauman**, *Modernite ve Holocaust*, s. 143-144.

ması, toplumlar arası ilişkilerin ve toplum içi düzenin sağlanmasının kapsamlı bir militaristleşme ile her zaman çok yakın bir ilişki içinde olmuştur. Daimi ordular ve polis güçleri, teknik açıdan üstün silahlarla bürokratik yönetimin üstün teknolojisini bir araya getirmiştir. Son iki yüzyıldır, bu tür militarizasyonun bir sonucu olarak şiddetli ölümlere maruz kalan insanların sayısı sürekli olarak artmış ve daha önce duyulmamış bir düzeye ulaşmıştır.⁷⁴ Şiddetin bu denli ölümcül etkilere sahip olması, onun sadece teknik niteliklerinden veya üstünlüğünden değil; aynı zamanda şiddetin kendisinin modern devletin elinde bir tekniğe dönüşmüş olmasındandır.

Başka bir anlatımla, şiddet kullanımı ahlaksal değerlerden ve değerlendirilmelerden soyutlanarak araçsal ve bürokratik bir tekniğe dönüşmüştür. Bürokrasi ve dayanağı olan rasyonellik ile modern devlet teknik bir devlete dönüşür ve bu durum beraberinde kayıtsızlığı ve sorumsuzluğu da getirmektedir. Soykırım gibi kitlesel yok edimler, bürokratik süreçler aracılığıyla sıradan bir teknik iş olarak gerçekleştirilir. Bu sürece dâhil olanlar, bürokrasinin demir kafesinde, rutin bir görev ifa edercesine kayıtsız bir şekilde yaşamlarını sürdürebilirler. Teknik, ahlaki sorumluluğu örtmede etkili bir rol oynar ve bu örtü, bürokrasinin kendisidir.⁷⁵

Weber'e göre, modern devlet bürokratik bir devlettir ve bürokrasi onun ayırt edici bir niteliğidir. Bürokrasi, modern toplumsal örgütlenmelerin ve bu toplumsal örgütlenmelerdeki rasyonel bilişin özgün bir biçimidir.⁷⁶ Weber'in modern bürokrasi ve rasyonellik yaklaşımı, ahlaki değer yargılarını öznellik diyarına göndermekte ve değerlendirme ölçütlerini teknik terim ve sorumluluk ile ifade etmektedir. Bu bağlamda, Bauman'ın bürokrasiyi ele alışı Weber'in yaklaşım ve tanımlamalarına dayanmaktadır. Bürokrasinin işlevsel iş bölümünü, kişisel olmayan ve görevlilerin sadece kural takipçisi olarak hareket etmelerini sağlayan teknik akılcılık olarak adlandırılan türden bir rasyonellik gerektiği anlaşılır. Bauman, Weber'in araçsal akılcılık ile değer akılcılığı arasındaki ayrımı ödünç almıştır. Değer akılcılık ne yapmamız gerektiğine dair temel etik soruları ele alırken; araçsal akılcılık, nihai amaçlar sorusunu, verili kabul ettiğimiz veya sorgulama zahmetine girmediğimiz amaçlara ve hedeflere en iyi veya en verimli şekilde nasıl ulaşabileceğimize dair daha teknik sorulara

74 **Bauman**, *Modernite ve Holocaust*, s. 132.

75 **Saygılı**, s. 85-86.

76 Weber'in bürokrasi konusundaki düşünceleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Weber**, s. 289-323.

tabi kılar. Bauman, araçsal akılcılığın ahlak dışı, hatta etik karşıtı olduğunu kabul eder.⁷⁷

Modern devlette şiddetin kullanımı ve şiddet araçları, bürokratik bir araca dönüşür, araçsal akılcı ölçütlere tabi kılınır ve böylelikle sonuçlarının ahlaksal değerlendirmesinden soyutlanır. Ahlaksal değerlerden arınma bütün bürokrasilerin operasyonel bir başarısıdır. Modernitenin arketipik bir şekli olarak bürokrasinin temel iki özelliği belirginleşmektedir. Birincisi, uzmanlaşmaya dayalı titiz bir görevsel işbölümü; ikincisi, ahlaki sorumluluk yerine teknik sorumluluğun konmasıdır.⁷⁸ Artık önemli olan, eylemin mevcut en iyi teknolojik bilgiye göre gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ve çıktısının uygun maliyetli olup olmadığıdır. Ahlak ise, iyi, verimli ve çalışkan bir uzman ve işçi olmaya indirgenir.⁷⁹

Bu durum, bürokrasiyi bir makine ve bürokratları da makinenin birer çarkları haline getirmektedir. Dahası, muhatap olduğu ve etkilediği insanlar da, artık insan olma vasfını veya ayırt edici özelliklerini yitirmiştir. Tıpkı bürokratik yönetimin diğer tüm hedefleri gibi, saf ve değer yüklü herhangi bir niteliğe sahip olmayan ölçütlere indirgenerek insana özgü hedefler de belirginliklerini kaybeder; insanlıktan uzaklaştırma (dehumanisation) gerçekleşmiş olur.⁸⁰ Bir adım ötesi, modern devletin en barbar çehresinin tezahürü meydana gelir: Soykırım. Nitekim Bauman'a göre, Holokost'u düşünülebilir kılan, modern uygarlığın rasyonel dünyası; mümkün kılan da bürokratik bir toplumun örgütlenme başarısıdır.⁸¹ Soykırım modern devletin bir sonucu ve bürokratik kültürün bir ürünüdür.

Modernliği şiddetten arınmış bir uygarlaşma süreci olarak gören ve bu tür toplumlarda meydana gelen şiddet olgusunu ise sapma olarak değerlendiren yaklaşımın aksine; şiddet ve hatta en uç noktası olan soykırım bile modern uygarlığın “normal” ve “doğal” bir ürünü olarak ele alınmaktadır. Ezcümle; modern devleti “yabani otları” temizleyen bahçeci bir devlet olarak değerlendiren Bauman'a göre, “*modern soykırım, duyguların denetlenemeyen bir patlaması ve neredeyse amaçsızca yapılan, tamamen irrasyonel bir eylem değildir. Bunun aksine, karmaşık ve mat olan toplumsal gerçekliğin yaratamadığı müphemlikten arınmış homojenliği yapay araçlarla gerçekleştirmeye çalışan, rasyonel bir toplum mühendisliği*

77 **Watts**, s. 82.

78 **Bauman**, *Modernite ve Holocaust*, s. 133.

79 **Bauman**, *Modernite ve Holocaust*, s. 136-137.

80 **Bauman**, *Modernite ve Holocaust*, s. 138.

81 **Bauman**, *Modernite ve Holocaust*, s. 32.

uygulamasıdır.”⁸² Ancak Bauman, soykırımın modern olduğu gerçeğinden hareketle modernliğin bir soykırım olduğu sonucunun çıkarılmaması gerektiğini de ifade etmektedir.⁸³ Bu bağlamda, modernite ve modern devlet şiddet ve barbarlığı bünyesinde taşımakta, ancak salt barbarlık olarak değerlendirilmemektedir.

Modern devletin saf uygarlık ve pür barbarlık ikiliği üzerinden değerlendirilmesi, modern devletin karmaşık yapısını ihmal eden bir değerlendirme ve analiz olacaktır. Esasen bu iki yaklaşımın sentezi ile modern devletin konumunu, uygarlık/aydınlık ile barbarlık/karanlık sarkacına oturtmak mümkündür. Modern devlet, “duruma bağlı”⁸⁴ olarak bu sarkaçtaki barbarlık ve uygarlık uçlarına kayabilir. Başka bir deyişle hem uygarlık hem de barbarlık, modernitenin ve modern devletin yapısında içkin bir şekilde var olan ve birbirini tamamlayan unsurlardır; bu ikisi, modern dünyanın karmaşık ve çelişkili doğasını yansıtan derin katmanlarda iç içe geçmiştir. Yarı-tanrısal bir kudrete sahip olan modern devlet, tıpkı Roma Tanrısı Janus’un iki yüzüne benzer şekilde, uygarlık ile barbarlık ya da aydınlık ile karanlık gibi zıt özellikleri bünyesinde barındıran bir “çelişkiler mozaiği”⁸⁵ biçiminde var olmaktadır.

Bağlamsal ve durumsal farklılıklar, modern devletin eşit derecede gerçek olan bu iki yüzünden birini daha belirgin olarak açığa çıkarabilmekte ve diğerini daha görünmez kılabilenmektedir. Ancak öteki görünmeyen yüz yok olmamakta ve varlığını her daim korumaktadır. Modern devlet bakımından da sadece normal koşullar onun “uygarlık/aydınlık” yüzünü daha görünür kılmakta; anormal veya “kriz” durumları ise, onun “barbarlık/karanlık” yüzünü kolaylıkla açığa çıkarmaktadır. Nitekim, otoriter ve totaliter rejimlerin yanı sıra, liberal demokrasiler de dahil olmak üzere bütün

82 Zygmunt **Bauman**, *Modernlik ve Müphemlik*, Çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2003, s. 55 (Müphemlik).

83 **Bauman**, *Modernite ve Holocaust*, s. 127.

84 Gianfranco Poggi, “modern devletin gelişimi iyi bir şey midir?” şeklindeki soruyu “duruma bağlı” şeklinde cevaplamaktadır. **Poggi**, s. 95.

85 Keane, moderniteyi “çelişkili eğilimler mozaiği” şeklinde betimlemektedir. **Keane**, s. 48. Charles Dickens’in 1859’da yazdığı *İki Şehrin Hikayesi* adlı edebi eserinin ilk cümleleri, adeta modernitenin bu çelişkilerini ifade etmektedir: “Gelmiş geçmiş en iyi günlerdi, gelmiş geçmiş en kötü günlerdi; hem bilgelik çağıydı hem ahmaklık; hem inancın devriydi hem şüpheciliğin; hem Aydınlık hem Karanlık bir mevsimdi; umudun baharı, umutsuzluğun kıştıydı; hem her şeyimiz vardı hem hiçbir şeyimiz yoktu; hepimiz ya doğruca Cennete gidecektik ya da tam aksi istikamete”. Charles **Dickens**, *İki Şehrin Hikayesi*, Çev. Didar Zeynep Batumlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2020, s. 3.

modern devletler, farklı biçim ve düzeyde, koşullar gerektiğinde vatandaşlarına karşı şiddet kullanmakta ve onların insan haklarını ihlal ederek “suç” işleyebilmektedir. Fiziksel şiddet kullanımı ve tehdidi, liberal demokrasilerde de devlet iktidarının hala merkezinde yer almaktadır ve bu çerçevede öznesi devlet olan şiddet eylemlerinin gerçekleşmediği herhangi bir devleti bulmak sürpriz bir keşif olacaktır.⁸⁶

Kuşkusuz modern devletin Leviathan olarak varoluşu, aynı zamanda bu “canavarın” evcilleştirilme tarihidir; bu “şiddet tanrısı”nın kontrolsüz güç kullanımına ve tehditlerine karşı denetlenebilir ve sınırlandırılabilir hale getirilme çabası her daim eşlik etmiştir.⁸⁷ Bu karşıt ve daha açık ifade ile demokratik mücadele, modern devletin karanlık çehresinin tezahürünü bir derece engellemektedir. Başka bir anlatımla, bir devlet ne denli otoriter olursa şiddet içeren karanlık yüzü o denli belirginleşir ve vatandaşlar üzerinde ölümcül bir hal alır. Rudolph Rummel'in modern devletin öldürücü yüzünü inceleyen eseri, bu gerçekliği net bir şekilde ifade etmek için “iktidar öldürür, mutlak iktidar mutlak öldürür” aforizması ile başlamaktadır.⁸⁸

Bu, aynı zamanda modern devleti şiddetten arındırma ve barbarlıktan kurtarmanın yönteminin demokratik düzeyinin artışı ile mümkün olduğuna işaret etmektedir. Lakin, canavar ne kadar evcilleştirilse de özellikle kendini tehdit ve varlığını risk altında gördüğünde canavarlığını sergilemekten geri durmamaktadır.

II. DEVLETİN KARANLIK ÇEHRESİNİN BİR TEZAHÜRÜ: DEVLET SUÇLARI

Aziz Augustinus'un *Tanrı Devleti* adlı eserinde Büyük İskender ile esir aldığı bir korsan arasında geçen diyalog hikayesi anlatılmaktadır: Büyük İskender korsana denizi ne cesaretle işgal ettiğini ve korku salabildiğini sorduğunda, korsan cesur bir biçimde “*senin bütün dünyayı ele geçirmendeki anlam neyse, benimki de odur; ama ben bunu küçük bir gemiyle yaptığım için bana haydut denir, sen ise bunu büyük bir filoyla yaptığın*

86 Penny J. **Green**/Tony **Ward**, “State Crime, Human Rights, and the Limits of Criminology”, *Social Justice*, Vol. 27, No. 1 (79), 2000, s. 102 (Human Rights).

87 **Keane**, s. 48. Keane'ye göre, modernitenin ve modern devlet tarihinin denetimsiz şiddet pratiğinin yanı sıra, “*polis ve ordu gibi şiddet kurumlarının kamuya karşı hesap vermekle yükümlü, böylece yurttaşlar tarafından işleyişleri değiştirilebilecek 'bedensizleştirilmiş' ya da 'boş' iktidar mekanları haline gelmesini sağlamak için şiddet içermeyen yöntemlerin bulunması ve uygulanması yönünde çarpıcı girişimleri de kapsar.*” **Keane**, s. 48.

88 Rudolph J. **Rummel**, *Death by Government*, Transaction, New Brunswick 1994, s. 1.

“için imparator olarak adlandırılırsın” diye cevap verir. Augustinus, korsanın verdiği cevabın “yerinde ve doğru” bir cevap olduğunu söyler. Esasen bu diyalog aktarımından önce Augustinus, “adalet ortadan kaldırıldığında, krallıklar büyük soygunlardan başka nedir ki?” şeklinde bir soru sorar ve akabinde şöyle devam eder: “Soygunlar da küçük krallıklar değil midir? Çete, insanlardan oluşur; bir prensin otoritesiyle yönetilir, bir ittifak anlaşmasıyla bir arada tutulur ve ganimet üzerinde mutabık kalınan yasalarla paylaşılır. Eğer bu kötülük, yozlaşmış kişilerin katılımıyla o dereceye ulaşır ki, yerleri ele geçirir, yerleşim yerleri kurar, şehirleri işgal eder ve halkları boyunduruk altına alırsa, daha açık bir şekilde krallık adını alır.”⁸⁹

Augustinus’un krallık/devlet ile haydut/korsan çeteleri arasındaki analogik değerlendirmesi, kuşkusuz oldukça ileri görüşlü bir değerlendirmedir. Çünkü yüzyıllar sonra modern devletin uzun oluşum serüveni ve uygulamaları, bazı teorisyenlerce “haydut” benzetmesi ve analogisi üzerinden tahlil edilmiştir. Tilly, savaş ve sermaye birikiminin modern devleti yarattığını, yani savaş yapma ile devlet kurmanın karşılıklı bağımlılığını iddia etmektedir. Bu bağlamda haydutluk, korsanlık, çete rekabeti, polislik ve savaş yapmanın aynı sürekliliğin içinde yer aldığını ileri sürerek savaş yapma ve devlet kurmanın organize suç ile analogisini yapmaktadır.⁹⁰ Bu analogi çalışmasında tüm generalleri ve devlet adamlarını katil ya da hırsız olarak damgalamadığını da ekleyerek, önce tehdit yaratan ve sonra bu tehdidi gidermek için bir ücret talep eden suç örgütleri gibi modern devletlerin de hayali ya da kendi faaliyetlerinin sonucu oluşan tehditlere karşı koruma için bir karşılık talep ettiğini belirtmektedir.

Bu durumda devletlerin baskıcı ve zorlayıcı faaliyetleri çoğunlukla kendi vatandaşlarının geçim kaynaklarına yönelik en büyük tehditleri oluşturduğundan, birçok devlet temelde suç örgütlerinin faaliyet gösterdiği gibi hareket etmektedir. Ancak temelde bir fark var, geleneksel yaklaşım ve tanım çerçevesinde suç örgütleri devletlerin meşruiyet ve kutsiyetlerine sahip değildirlir.⁹¹ Modern devlet, şiddet araçlarını tekeline alarak diğer suç örgütlerinden ayrılmaktadır. Şiddeti örgütlemenin de eşlik

89 **Augustine**, *The City of God*, Trans. Marcus Dods, Editor, Philip Schaff, 1887, Book IV, Chapter IV. <https://www.monergism.com/thethreshold/sdg/augustine/The%20City%20of%20God%20-%20Augustine.pdf>, E.T. 18.06.2024.

90 Charles **Tilly**, “War Making and State Making as Organized Crime”, *Bringing the State Back In*, Editors, Peter B. Evans/Deitrich Rueschmeyer/Thedo Skocpol, Cambridge University Press, Cambridge 1985, s. 170 (War Making).

91 **Tilly**, *War Making*, s. 171.

ettiği şiddet tekeline sahip olma mücadelesi başarılı olduğunda “meşruiyet” zırhına da kavuşmaktadır. Şiddet araçlarının tekelleştirme temayülü, modern devletin koruma sağlama ve barışçıl/istikrarlı bir ortam yaratıp sürdürme iddiasını, ister rahatlatıcı isterse endişe verici anlamda olsun, daha inandırıcı ve direnilmesi daha zor hale getirir.⁹² Bu durum, devlet dışı aktörlerin uygulayacağı şiddeti gayri meşrulaştırır ve onları haydut/korsan olarak nitelendirir; devletin uygulayacağı şiddeti ise, maliyeti yüksek olsa bile, kabulünü sağlar ve meşrulaştırır.

Vatandaşların çoğu devletin zor kullanmasını düzen ve kuralları korumanın, barışı sürdürmenin bir meşru aracı olarak görebilmektedir. Böyle bir meşruiyet ve kabul, aynı zamanda modern devletin sahip olduğu kapsayıcı kapasite ve güç ile ilgilidir. Modern devlet, bir hegemonya süreci aracılığıyla tek bir gerçeklik anlayışının hâkim olduğu ve bu çerçevede düşüncelerin şekillendiği bir yapı olarak meşruiyetini oluşturmaktadır.⁹³ Bu bağlamda Bourdieu, devlete dair düşüncenin bir “devlet düşüncesi” veya devletin kendisinin ürünü olabileceği konusunda uyarıda bulunmaktadır. Bourdieu, “*devlete, bir devlet düşüncesi atfediyor olma riski taşıdığımızı ... düşüncelerimizin, toplumsal dünyayı onun aracılığıyla inşa ettiğimiz bilinç yapılarının ve devlet denilen bu özgün nesnenin bile aslında devletin ürünü olma ihtimalinin yüksek olduğunu*” vurgulamaktadır.⁹⁴ Böyle bir düşünce sistemi, “devlet suçları” şeklinde bir suç çeşidinin meydana gelebileceğine imkân vermemekte ve dolayısıyla böyle bir suç tipinin incelenmesine de engel oluşturmaktadır.

Devlet ve suç ilişkisi üzerine yapılan çalışmaların devlet suçlarına ilişkin “acı” gerçeklerden genel olarak kaçınmaları, bu suçların ürkütücü derecede gerçek ya da yaygın olmadığı anlamına gelmemektedir. Aksine, Penny Green ve Tony Ward’un ifadesiyle “*modern devletler, hiçbir ‘haydut çetesi’nin erişmeyi umamayacağı bir ölçekte öldürme ve yağmalama eylemlerinde bulunmaktadır.*”⁹⁵ Modern devletin şiddet ve karanlık yüzünün en çıplak yansıması olarak tarihin hiçbir döneminde görülmeyen ölçekte yirminci yüzyılda meydana gelen soykırımlar, kitlesel katliamlar,

92 Tilly, War Making, s. 171-72.

93 Hegemonya ve kapitalist devletlerin bir hegemonya süreci aracılığıyla meşruiyeti nasıl sağladıkları konusunda ve özellikle sivil toplumun bu noktadaki rolü konusu Antonio Gramsci ismi ile özdeşleşmiş konulardır. Gramsci’nin bu konulardaki yaklaşımı için bkz. Antonio Gramsci, Hapishane Defterleri, Çev. Adnan Cemgil, Belge Yayınları, İstanbul 1997.

94 Bourdieu, s. 17.

95 Penny Green/Tony Ward, State Crime: Governments, Violence and Corruption, Pluto Press, London 2004, s. 1 (State Crime).

politik katliamlar ve savaş suçları gibi eylemler devlet suçlarının en belirgin biçimlerini oluşturmaktadır. Rummel, yirminci yüzyılda (1900-1987 arası; ilk 88 yılı) devletlerin -savaşlardan ölen kişiler ve yargı infazları veya adli suçluların öldürülmesi hariç- yaklaşık olarak 170 milyon insanı öldürdüğünü hesaplamıştır.⁹⁶ Böyle nicel bir hesaplama, doğal olarak makul bir şüphecilikle ele alınması gerekmektedir. Ancak şiddetin etrafında yapılan bu nicel hesaplamalar, net rakamlar açısından hata payı taşısalar da genel bir durumu göstermektedirler.

Katliamlar ve hatta soykırımlar salt modern döneme ve modern devlete özgülenemeyecek olgulardır; insanlık tarihinin çoğu döneminde bu tür olgulara rastlamak mümkündür. Ancak modern devlet öncesinde ne bu denli yaygın ne de modern devletlerin fiziksel şiddet araçları tekeliyle yaptıkları ölçekteydiler. Michael Mann'ın aktarımına göre, Smith "tarihin tüm devirlerinde soykırım yaşandığını" belirtmekte, ancak bunları tarihsel devirlere göre sınıflandırarak modern soykırımı ayırmaktadır. Modern dönemdeki gibi toplu katliamı tekelinde bulunduran bir çağ olmamıştır.⁹⁷ Modern devlet, bu eylemleri sağduyulu ve rasyonel bir temelde gerçekleştirmektedir. Cinayet başlı başına modern bir olgu değildir; ancak belirli kimlikleri temizlemek amacıyla cinayet işlemek moderndir.⁹⁸ Kavramsal olarak "soykırım" (genocide) teriminin modern dönemde icat edilmiş olması, kuşkusuz tesadüfi bir buluş olmayıp modern dönemde ve özellikle modern devlet öznelliğinde meydana gelen modern soykırım suçunun hem niteliği hem niceliği hakkında birçok şeyi ifade etmekte ve bu bakımdan farklılığını da ortaya koymaktadır.⁹⁹ Olgusal olarak şaşırtıcı olmayan bir

96 Rummel, s. 1, 4.

97 Michael Mann, *Demokrasinin Karanlık Yüzü: Etnik Temizliği Açıklamak*, Çev. Bülent O. Doğan, İthaki Yayınları, İstanbul 2012, s. 41.

98 Mann, s. 41-42.

99 Soykırım olgusunun tarihsel kökenlerine yönelik yapılacak çalışmalar ve "soykırım arkeolojisi", geliştirilmesi gereken bir alandır. Ancak mevcut soykırım arkeolojisi, soykırım olgusunun modern döneme mahsus bir olgu olmadığını ve eski tarihlere ait birçok örneğinin bulunduğunu belirtmektedir. II. Dünya Savaşı döneminde Birleşik Krallık başbakanı Winston Churchill, soykırım terimi icat edilmeden önce, soykırım suç olgusunu "isimsiz bir cürüm" (a crime without a name) şeklinde ifade etmektedir. James T. Fussel, "A Crime without a Name", <http://www.preventgenocide.org/genocide/crimewithoutaname.htm>, E.T. 25.06.2024. Benzer şekilde Leo Kuper da soykırım için "terim yenidir, suç ise tarihidir" (the word is new, the crime is ancient) açıklaması yapmaktadır. Leo Kuper, *Genocide: Its Political Use in the Twentieth Century*, Yale University Press, New Haven 1982, s. 11. Soykırım (genocide) terimi, 1944'te hukukçu Raphael Lemkin'in ırk ve/veya kabile anlamlarına gelen Yunanca "genos" kelimesi ile öldürme anlamındaki Latince "cide" kelimesini birleştirerek

şekilde, soykırım yirminci yüzyılda önemli bir kategori olarak öne çıkmış ve yirmi birinci yüzyılda da hala devletlerin gündeminde bir seçenek olarak “nihai çözüm” şeklinde varlığını korumaktadır.

Soykırım ve kitlesel katliam üzerine daha fazla şey söylenmesi gerekse de devlet suçları birçok farklı etkinliği de içerir. Devletler tarafından başlatılan şiddet, birçok form almakta ve çok çeşitli biçimlerde meydana gelmektedir. Bu durum, tıpkı modern toplumlarda bulunan ceza kanunlarının sadece cinayete odaklanmayıp, diğer birçok şiddet türünü de içermesi gibidir.¹⁰⁰ Ancak suçla ilgilenen geleneksel veya ortodoks suç bilim yaklaşımı, devlet tarafından işlenen suçlara yönelik bir duyarsızlık içinde olmuştur. Bu perspektifte suç, cinayet, hırsızlık, soygun, yağma, tecavüz, uyuşturucu gibi “sıradan” veya “rutin” sokak suçları içermektedir; daha geniş bir tanımlama ile “kanunu ihlal eden bir eylem” olarak ele alınmaktadır.¹⁰¹ Modern devletin doğası, suç ile ilgili böyle bir yaklaşımın egemen olmasını sağlamaktadır. Çünkü modern devlette suçun tanımı devlet tarafından yapılmaktadır.

Modern devlet, suç ile ilgili yasayı yapma, uygulama ve değiştirme tekeli elinde bulundurmaktadır. Bu düzenlemelerin arkasındaki iddia ise, toplumun suç ve şiddetten arındırılmasına dayanmaktadır. Suçu da tanımlayan hukuk, artık bizatihi ürünü olduğu devleti korumanın ve meşrulaştırmanın aracı haline gelir. Bu çerçevede, temel konusunu devletlerin suç saydığı davranışların nedenleri ve kontrolü olarak tanımladığı ölçüde, kriminolojik araştırma da devlet gücünün meşruiyetini teşvik ve korumaya yönelik işlevlere sahip olan “ideolojik aygıtlar”ın bir parçası haline gelir.¹⁰² Böyle bir yaklaşım, nihai olarak devletin suç işlemeyeceği sonucuna varır. Dahası, devlet toplumsal ve ahlaki düzenin ana kaynağı, bireyin ve

oluşturmuş olduğu bir kavramdır. Rummel, devletler tarafından uygulanan şiddeti tanımlamak amacıyla, soykırım, siyasi kırım ve toplu katliamları kapsayan bir kavram olarak “halk kırım” (democide) terimini kullanmaktadır. Bu kavram, “demos” (halk) ve “cide” (öldürme) kelimelerinin birleşiminden türetilmiştir. Rummel democide (halk kırım) kavramını “soykırım, siyasi kırım ve toplu katliam da dahil olmak üzere herhangi bir kişinin ve halkın bir hükümet tarafından öldürülmesi” olarak tanımlamaktadır. **Rummel**, s. 31.

100 **Watts**, s. 7.

101 Raymond **Michalowski**, “In search of ‘state and crime’ in state crime studies”, *State Crime in the Global Age*, Editors, Raymond Michalowski/William J. Chambliss/Ronald C. Kramer, Willan Publishing, Cullompton 2010, s. 13.

102 Raymond **Michalowski**/William J. **Chambliss**/Ronald C. **Kramer**, “Introduction”, *State Crime in the Global Age*, Editors, Raymond Michalowski/William J. Chambliss/Ronald C. Kramer, Willan Publishing, Cullompton 2010, s. 1.

toplumun haklarının en büyük koruyucusu haline gelir ki, böylelikle devlet suçları sorunu görünmez olur.¹⁰³ Ancak devlet tarafından işlenen suçlar tüm çıplaklığıyla orada durmaktadır: “*Savaş, sivillere yönelik terör bombardımanı, soykırım, işkence, emperyal tahakküm, yapısal şiddet, haksız mahkumiyetler ve yargı hataları ile sayısız diğer siyasi güç suçları, dünyayı her gün sıradan suçluların neden olduğu zararlardan çok daha fazla ölüm ve yıkım, sefalet ve yoksulluk ile doldurmaktadır.*”¹⁰⁴

Suç ve suçlu devletler tarafından tanımlandıkları için bir devlet kendi yasalarını ihlal ettiği gerekçesiyle kendini suçlu olarak ilan etmeyecek veya yalnızca nadir durumlarda suçlu olduğunu kabul edebilecektir. Hatta devletin kendi yasal ölçüleri ile ilgili bu paradoksal durum, devlet suçlarının ele alınma ve tanımlama zorluğunun bir nedenini oluşturmaktadır.¹⁰⁵ Dolayısıyla, devlet suçları, devletin kendi hukuksal tanımlamalarına bağlı veya onlarla sınırlı olmayan bir perspektifle anlaşılabilir. Başka bir deyişle, salt legalist bir yaklaşım ile devlet suçları kavranamaz.¹⁰⁶ Modern devlet açısından geniş bir çerçevede ele alındığında devlet suçları, siyaset yapma sürecinin sonuçları olarak gerçekleşmektedir. Devlet suçları, devletin siyaset yapma rolünün ve alternatifleri tanımlama/belirleme gücünün normal ifadelerinden biri olarak anlaşılabilir. Bu bağlamda, devlet suçlarında, tüm normal siyaset yapma süreçlerinin merkezinde yer alan, yani devletin bir sorunu belirli bir şekilde sunma ve ifade etme gücünün etkileri görülmektedir.¹⁰⁷ Dolayısıyla devlet suçlarını, bir sapma veya anormal bir şey olarak değerlendirmemek ya da bunun karşılaştırılabileceği normal bir durum tanımlamamak gerekmektedir. Başka bir anlatımla, devlet suçları modern devletin normalinin içinde yer almakta ve olağan siyasetinin bir parçasını oluşturmaktadır.

103 **Watts**, s. 31.

104 Ronald C. **Kramer**/Raymond **Michalowski**/William J. **Chambliss**, “Epilogue: toward a public criminology of state crime”, *State Crime in the Global Age*, Editors, Raymond Michalowski/William J. Chambliss/Ronald C. Kramer, Willan Publishing, Cullompton 2010, s. 247.

105 **Green/Ward**, *State Crime*, s. 1; **Green/Ward**, *Human Rights*, s. 102.

106 Devlet suçları ile ilgilenenler için suçun anlamı biraz karmaşıktır ve devlet suçu da çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır. Hukuki açıdan ele alan yaklaşım, devlet suçlarını ulusal yasaları, yasaklayıcı uluslararası hukuku, çok taraflı antlaşma yükümlülükleri ve emredici insan hakları hukukunu ihlal eden bir eylem olarak tanımlar. Diğer bir yaklaşım ise, devlet suçlarını insan haklarının ihlalini içeren organizasyonel bir sapma olarak tanımlar. Başka bir perspektif ise toplumsal zarar üzerinden devlet suçlarını tanımlar; hukukun kapsamına bakılmaksızın devlet suçlarının, yönetim ve sermaye birikim süreçlerinin keşişiminden kaynaklanan toplumsal zararları ve sosyal yararları kapsadığını ileri sürer. **Michalowski**, s. 13, 17.

107 **Watts**, s. 115, 121.

Modern devlet, ihdas ve inşa edici bir güce sahiptir. Devletin bu gücü, anlam üretme kabiliyetine dayanır ve buna bağlı olarak sembolik dünyayı şekillendirme kapasitesini ifade eder. Daha açık bir ifadeyle, modern devlet tarafından oluşturulan hukuki ve siyasi söylemler, sadece bilişsel ve düşünsel bir varlık olarak değil, aynı zamanda normal ve meşru toplumsal ilişkileri ve pratikleri kuran ve düzenleyen söylemsel ve eylemsel bir pratiktir. Böylelikle devlet, yasa yapma ve politika oluşturma gibi bir dizi sembolik güç ile belirli çıkarları tanımlamak, belirli grupları veya durumları sorun olarak belirlemektedir. Bu ise, devletin -sapkın veya suçlu olarak- belirlediği “öteki” kişileri suç kapsamına alma, cezalandırma ve gerektiğinde yok etme kapasitesine bağlıdır. Ayrıca, devlet aynı sembolik güç ile normlara istisnalar koyarak normal ve yasal olanın ötesine geçebilmektedir.¹⁰⁸ Dolayısıyla, bu istisnai durumlar devletlere -kolaylıkla- yasal sınırlara bağlı olmama ve bu sınırları aşma imkânı vermektedir.

Modern devletler, genellikle belirli bir yasal çerçeve içinde çalışmayı ve bu kapasiteye dayanmayı tercih ederler. Aynı şekilde, devletler zaman zaman koymuş olduğu hukuku değiştirebilir veya daha basit düpedüz “istisna hali” veya “olağanüstü hâl” ilan ederek olağan hukuku askıya alabilirler. Bu durumlarda devlet, kendi çıkarlarının bunu gerektirdiğine karar verirse, şiddet ve teröre başvurabilir veya bunlara bel bağlayabilir.¹⁰⁹ Böylelikle Carl Schmitt'in görüşleri hayat bulur ve legal olarak tanımlanmayan devlet suçlarına yol açılır. “Kamusal çıkarı veya devletin çıkarını, kamu güvenliği ve düzenini, *le salut public*'i [kamusal selamet] vb. neyin oluşturduğuna”¹¹⁰ karar veren egemen, devletin varlığını tehdit edecek bir durum olarak olağanüstü hale de karar verir.¹¹¹ Modern devlet, kendi varlığına veya selametine yönelik tehdit oluşturacak herhangi bir eylemi “devlete karşı suç” olarak tanımlamaktadır. İhanet, isyan veya isyana teşvik, devlet malının çalınması, terör gibi çeşitli biçimlerde ortaya çıkan devlete karşı suçlar genellikle ağır bir biçimde cezalandırılır ve mahkûm edilir.¹¹²

Kendi varlığını korumak maksadıyla devlete karşı suçlara yönelik olağan dönemde geçerli olan anayasal ve yasal düzenlemelerinde zaten ciddi cezalar öngören devletler, aynı suçları gerekçe göstererek “kriz” döne-

108 Watts, s. 115, 121.

109 Watts, s. 115, 121.

110 Carl Schmitt, Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 2. Baskı, Dost Yayınları, Ankara 2005, s. 14.

111 Schmitt, s. 13.

112 Michalowski/Chambliss/Kramer, s. 1.

mine ve olağanüstü hale geçerler. Böylelikle hukuki açıdan meşruiyet sorununu gidermiş olurlar. Mevcut düzeni ve mevzu hukuku askıya alan bu “istisna hali”, sınırlanmamış bir yetkiye dayalı olarak devlet suçlarının merkezinde yer alan devletin uyguladığı fiziksel şiddeti de meşrulaştırır. Daha keskin bir biçimde ifade edilirse, normal dönemde “kanunun ihlali” sayılacak devletin eylemleri, gerekliliğine de devletin kendisinin karar verdiği “istisna hali” ile yasayı ihlal etmeyen eylemler olarak değerlendirilerek hukukun içine alınır.¹¹³ Agamben’in belirttiği gibi; mutlakiyetçi geleneğini değil, demokratik geleneğin ürünü olan “istisna hali, yasal biçimi olmayan şeyin yasal biçimi” niteliğindedir.¹¹⁴ İstisna hali, savaş hukuku gibi özel bir hukuk değildir, hukuk düzeninin kendisinin askıya alınması olarak, hukukun eşliğini belirler ve bu alanı da hukukun içine alır.¹¹⁵

Böyle dönemlerde modern devletin karanlık yüzünün yansıması olarak devletin faili olduğu suç eylemleri daha fazla yaygınlaşır, bireyin ve toplumun çeşitli hakları “istisna hukuku” ile askıya alınır ve ihlal edilir. Devlet suçu gibi bir kategoriye yerleştirilen geniş yelpazedeki faaliyetler büyük ölçüde baskı ve şiddet içeriklidir. Bu faaliyetler insanların yasal veya geleneksel haklarının (örneğin ifade ve toplanma özgürlüğü) ihlalleri veya insanların mahremiyetine müdahale eden yasadışı siyasi denetim şeklinde olabilir ya da yasadışı gözaltı gibi usul kurallarının ihlallerini içerebilir. Daha kötüsü ise, devlet baskısı işkence veya toplu katliamları içeren kişisel bütünlüğün veya güvenliğin kaybına yol açabilir.¹¹⁶ Yaşamın muhtelif alanlarında rastlanılan devlet suçlarını Watts, devlet destekli kıyımlar ve devlet destekli şiddet suçları, devletin ekonomik suçları, devletin kötüye kullanım suçları, çevresel suçlar ve ihmal suçları şeklinde kategorize etmektedir. Bu sınıflandırmadaki her bir başlığın -özellikle de devlet destekli şiddet suçları- çok farklı suç biçimini içerdiğini de belirtmektedir.¹¹⁷

113 Devletlerin kriz zamanlarında olağanüstü yetkileri nasıl kullandığını, bu yetkilerin hukuki ve teorik temelleri ve bunların uygulamadaki sonuçları hakkında detaylı bilgi için bkz. Oren **Gross**/Fionnuala **Ni Aolain**, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

114 Giorgio **Agamben**, *İstisna Hali*, Çev. Kemal Atakay, Otonom Yayınları, İstanbul 2006, s. 10.

115 **Agamben**, s. 13, 33.

116 **Watts**, s. 118.

117 **Watts**, s. 5-11. Hiç kuşkusuz devlet suçları çok farklı biçimde sınıflandırılmış ve listelenmiştir. Örneğin Green ve Ward *Devlet Suçları: Hükümetler, Şiddet ve Yolsuzluk* başlıklı çalışmalarında ele aldıkları devlet suçlarını; devlet suçu olarak yolsuzluk, devlet-şirket suçu, devlet suçu olarak doğal afet, polis suçları, organize suç

Devletlerin kullanmış oldukları aşırı şiddet ile milyonlarca insanı öldürmeleri, dünyanın birçok bölgesinde çeşitli medeniyetleri ve halkları yok etmeleri şeklinde meydana gelen devlet suçları Jackson, Murphy ve Poynting gibi kişilerce “devlet terörü” olarak adlandırılmıştır. “*Tüm göstergeler doğrultusunda, devlet terörü son beş yüzyılın en büyük insanî ızdırabı ve yıkım kaynaklarından biri olmuştur.*”¹¹⁸ Hiç kuşkusuz devlet suçlarının tamamı, bu kadar net bir “barbarlık” ile meydana gelmemektedir. Ancak devlet suçlarının tamamının ise insan haklarının ihlali niteliğinde olduğu söylenebilir.

İstisna halini bile hukukun içine alan modern devletler, gerçek veya göstermelik bir kısım değerlerle politikalarını meşrulaştırmaya çalışırlar. Bu bağlamda, insan hakları ve halk egemenliği (anayasacılık ve demokrasi), modern devleti meşrulaştıran temel değerlerdir. Bilindiği kadarıyla hiçbir devlet İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni açıkça reddetmemiş ve uluslararası alanda tanınan devletlerin büyük çoğunluğu da Medeni ve Siyasi Haklar ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmelerini onaylamıştır.¹¹⁹ Bu durum, sembolik de olsa normatif açıdan insan haklarının modern devletlerin meşruiyetleri noktasındaki önemini göstermektedir. Nitekim Green ve Ward, çağdaş devletlerin çoğunda bir devlet uygulamasının meşruiyetini belirleyen değerler arasında, devletin insan haklarına olan gerçek ya da sembolik bağlılığının yer aldığını belirtmektedir.¹²⁰ Devletin politikasının meşruiyet ölçüsü, normatif değer olarak insan haklarının korunması veya ihlal edilmesine bağlı olarak belirlenmektedir. Bu noktadan hareketle, “*devlet suçu, insan hakları ihlallerini içeren organizasyonel devlet sapıklığı olarak*” tanımlanmıştır.¹²¹ İnsan hakları temelli devlet suçları tanımına yönelik geniş bir yorum, insan haklarının yalnızca aktif olarak ihlal edilmesini değil, aynı zamanda başka aktörler tarafından ihlal edilmesine karşı korunmamasını da dahil edecektir.

ve “derin devlet”, devlet terörü ve terörizm, işkence, savaş suçları, soykırım, devlet suçunun ekonomi politiği gibi alt başlıklar altında incelemişlerdir. **Green/Ward**, *State Crime*. Devlet suçlarının detaylı bir listesi için bkz. Taha Parla, “Devlet Suçları (I)”, <https://t24.com.tr/yazarlar/taha-parla/devlet-suclari-i,42351>, E.T. 17.06.2024.

118 Richard **Jackson**/Eamon **Murphy**/Scott **Poynting**, “Introduction Terrorism, the state and the study of political terror”, *Contemporary State Terrorism: Theory and Practice*, Editors, Richard Jackson/Eamon Murphy/Scott Poynting, Routledge, London 2010, s. 1.

119 **Green/Ward**, *State Crime*, s. 7.

120 **Green/Ward**, *Human Rights*, s. 109.

121 **Green/Ward**, *State Crime*, s. 2.

Devlet suçuna yönelik bu tanımın bir unsur olarak içerdiği devletin organizasyonel sapması, devlet suçu ile “siyasi beyaz yakalı suç” olarak tanımlanan failin kişisel çıkarlarını gözetilen eylemler arasındaki farka da işaret etmektedir. Hiç kuşkusuz devlet suçu, devletin organları ve ajanları tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak devlet suçu, suçu işleyen devlet görevlisinin basitçe kişisel motivasyonlarının bir sonucundan ziyade, bir organizasyon problemi olarak ele alınmaktadır. Lakin kişisel motivasyonlar ile organizasyonel hedefler sıklıkla örtüşebilmektedir. Devlet organlarının ve ajanlarının hak ihlal eden eylemleri tolere edilen ve bazı durumlarda beklenen ve hatta ödüllendirilen davranışlar haline getirildiğinde devlet suçu olarak anılır.¹²²

Modern devletin karanlık/barbar yüzünün bir tezahürü olan devlet suçları bakımından kıyaslandığında bütün devletlerin sicilinin aynı olduğu söylenemez. Bir rejimin keyfi gücü büyük ölçüde arttıkça, yani demokratik rejimlerden otoriter rejimlere, oradan da totaliter rejimlere doğru ilerledikçe, halka karşı şiddet kullanma ve suç işleme miktarı da büyük ölçüde artmaktadır. Devletin suç işlemesini fiilen durdurmanın yolu, anayasal demokrasinin gerekenleri olarak iktidarın kısıtlanması, denetlenmesi, yani demokratik özgürlüklerin teşvik edilmesinden geçiyor gibi görünmektedir. Modern devletin karanlık yüzü, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi ile şeffaflaşarak aydınlığa kavuşabilir. Benzer şekilde insan haklarının ihlali üzerinden tanımlanan devlet suçları, doğal olarak insan haklarına dayalı bir sistem ile dizginlenebilir.

Modern devletin şiddetinin denetlenmesi ve suçunun önlenmesine yönelik çabalar, devletin potansiyel olarak şiddete başvurma ve suç işleme tarihi ile var olmuştur. Hayatın birçok alanında ve farklı formlarda görünen devlet suçunun karşıt mücadelesi de yine modern devletin kendi içindeki imkanlar çerçevesinde çok farklı disiplinlerle ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede, devlet suçunu kontrol altına almak, denetlemek ve önlemek için demokrasi ve insan hakları argümanları ve bunlara dayalı mekanizmalar öne çıkan unsurlar olmuştur. Daha farklı bir anlatımla, söz konusu argümanlara dayalı ortaya çıkan gelişmeler olarak üstten devletin yasal ve yapısal değişimi, alttan gelişen sosyolojik baskı ve rıza, uluslararası baskılar belirli ölçüde Leviathan’ı dönüştürmüştür. İnsan haklarının salt normatif bir değer olarak değil, aynı zamanda ulusal ve uluslararası hukuk

122 **Michalowski**, s. 13-14. Devlet suçları ile devlet yetkililerinin kişisel çıkarları ile işledikleri suçlar genellikle örtüşmekte ve bundan dolayı bu suçlar arasında net bir ayırım yapmak pek mümkün olmamaktadır. Nitekim devlet suçlarının devlet adına gerçekleştirilen tahrip edici eylemler ile devlet yetkilileri tarafından kendi çıkarları veya partilerinin çıkarları için gerçekleştirilen benzer eylemleri ifade ettiği belirtilmiştir. Aktaran; **Watts**, s. 4.

normuna dönüşmesi bir kazanımdır. Uluslararası toplumda, birçoğu hukuk kuralları haline gelmiş belirli davranış normları vardır ki devletler bunları tam bir dokunulmazlıkla ihlal edemezler. Katil ve yağmacı devletlere uygulanan yaptırımlar zayıf görünse de, iç ve dış kamuoyunun baskıları, ekonomik yaptırımlar ve boykotlar gibi unsurlar göz ardı edilemez önemdedir.¹²³ Bu normlara dayalı olarak, günümüz dünyasının en ciddi suç faaliyetlerinin büyük bir kısmını oluşturan devletlerin işlediği suç ve yolsuzluklara yönelik suç bilimi ve akademik ilgi de artmaktadır.¹²⁴ Ancak insan haklarında meydana gelen bütün gelişmelere rağmen, modern devlete içkin olan karanlık çehre bütünüyle giderilememiş ve devlet suçları önlenememiştir. Lakin yine de sorunun çözümü, insan haklarına dayalı demokratik bir rejimin ulusal ve uluslararası alanda egemen olmasıyla mümkündür.

SONUÇ

Modern devlet, siyasi iktidarın kurumsallaşmış ve merkezileşmiş bir formu olarak yarı-tanrısal bir güç kapasitesi ile doğmuştur. Kuramsal ve olgusal gelişiminin belirlediği bu yüksek güç kabiliyeti ile modern devlet, modern öncesi herhangi bir siyasi iktidarın yapamayacağı ölçüde toplumun en mahrem alanlarına -kılcal damarlarına- müdahil olmuş ve toplumu şekillendirmiştir. Modern devletin alt yapısal gücü ve sahip olduğu araçlar ile ilintili olan bu yüksek kapasite, şiddet tekeli olarak belirginleşmiştir. Uzun oluşum sürecinde rakip/yerel iktidarları şiddet ile bastırarak şiddeti yeniden örgütlemiş, şiddet araçlarını başarılı bir biçimde tekeline almış olan modern devlet, bir şiddet tanrısı olarak var olmuştur.

Modern devlet, şiddeti toplumdan tasfiye etmek ve barışı sağlamak adına her türlü gücü elinde bulunduran ve korku duyulan bir “canavar” olarak yaratılmıştır. Leviathan’ın gölgesinde şekillenen modern devlet, bir yandan toplumsal güvenliği/düzeni sağlayan, yurttaşlarına hak ve özgürlükler sunan; diğer yandan topluma baskı/şiddet uygulayan ve yurttaşların bu haklarını ihlal eden bir güç şeklinde tezahür etmiştir. Modern devletin bu ikili doğası, birbirinden ayrılmaz bir şekilde varlık göstermiş; uygarlık projesi olarak doğarken, aynı zamanda barbarlık ve şiddet de bünyesinde barındırmıştır. Modern devletin bu iki yüzlü yapısı veya doğasına içkin bu çelişki hem koruyucu hem de yok edici bir yapı olduğunu göstermektedir.

Modern devlette yoğunlaşan şiddet ve şiddet kullanım tehdidi, toplumsal hayatın gündelik yaşamında ve yatay düzleminde şiddet -tamamen kaldır(a)mamış olsa da- azaltmış olduğu kadar, toplumu dikey bir kolektif

123 Green/Ward, State Crime, s. 1-2.

124 Penny Green/Tony Ward/Kristian Lasslett, “Introduction: The Advance of State Crime Scholarship”, State Crime Journal, Vol. 1, No. 1, 2012, s. 5.

şiddete maruz bırakmıştır. Modern devletlerin tarihsel deneyimleri, devletin yok edici şiddetinin salt teorik bir ihtimal ve tehdit olmadığını net bir biçimde ortaya koymaktadır. Devlet suçları, modern devletin karanlık ve şiddet yüzünün somut yansımaları olarak ortaya çıkmaktadır. Yirminci yüzyıl, modern devletin karanlık yüzünün en belirgin şekilde ortaya çıktığı bir zaman dilimi olmuş ve kollektif şiddetin en yoğun yaşandığı dönem olarak anılmıştır. Modern devletin tahrip edici potansiyel gücü ve şiddet kapasitesi, bu yüzyılda toplama kampları, soykırımlar, etnik temizlik ve ağır insan hakları ihlalleri gibi korkunç eylemlerle somutlaşmıştır.

Devlet suçu gibi bir kategoriye yerleştirilen geniş yelpazedeki faaliyetler büyük ölçüde baskı ve şiddet içeriklidir. Bu faaliyetler insanların yasal veya geleneksel haklarının (örneğin ifade ve toplanma özgürlüğü) ihlalleri veya insanların mahremiyetine müdahale eden yasadışı siyasi denetim şeklinde olabilir ya da yasadışı gözaltı gibi usul kurallarının ihlallerini içerebilir. Devlet suçları, genellikle devletin kendini koruma refleksiyle veya bir kriz durumu bahanesiyle gerçekleştirilir ve bu suçlar, çoğu zaman cezasız kalır. Modern devlet, bu tür suçları işlerken, kendine içkin bir meşruiyet anlayışına dayanır ve sıklıkla “olağanüstü hal” veya “istisna hali” ile hukukileştirilir; bu hukukileştirme ve meşruiyet, devletin eylemlerini sorgulanamaz kılmaktadır.

Modern devletlerin karanlık yüzü ve onun tezahürü olarak devlet suçları konusunda bütün modern devletlerin sicil kaydı aynı değildir. İktidarın mutlaklığının ve rejimin keyfi gücünün artışıyla, demokratik sistemlerden otoriter ve totaliter yapılar yönünde bir geçiş yaşanırken, halk üzerindeki şiddet ve suç oranları da belirgin şekilde artmaktadır. Bu bağlamda, modern devletin karanlık yüzünün kontrol edilmesi ve devlet suçlarının önlenmesi, anayasal demokrasinin gerektirdiği iktidarın kısıtlanması ve denetlenmesi ile mümkündür; bu da demokratik özgürlüklerin teşvik edilmesini gerektirir.

Modern devletin potansiyel olarak şiddete başvurma ve suç işleme tarihi, aynı zamanda bu şiddetin ve suçların önlenmesine yönelik mücadelelerin de tarihi olmuştur. Bu mücadelelerin sonucunda ortaya çıkan insan hakları ve anayasal demokrasi gibi argümanlar ve bunlara dayalı mekanizmalar, modern devletin “canavar” yapısını nispeten evcilleştirmiş olsa da, onu bütünüyle suçlarından arındıramamıştır. Modern devletin uygarlığına içkin barbarlığı giderilmemiştir; ancak insan haklarına dayalı çoğulcu bir demokratik sistemin ulusal ve uluslararası alana egemen kılınması ile modern devlette içkin barbarlığının uygarlığa doğru evrilmesi mümkün olabilecektir.

KAYNAKÇA

Adorno, Theodor W./**Horkheimer**, Max, Aydınlanmanın Diyalektiği, Çev. Nihat Ülner/Elif Öztarhan Karadoğan, Kabcacı Yayınevi, İstanbul 2010.

Agamben, Giorgio, İstisna Hali, Çev. Kemal Atakay, Otonom Yayınları, İstanbul 2006.

Ağaoğulları, Mehmet Ali/**Akal**, Cemal Bali/**Köker**, Levent, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, İmge Kitabevi, Ankara 1994.

Akal, Cemal Bali, İktidarın Üç Yüzü, 5. Baskı, Dost Kitabevi, Ankara 2012.

Augustine, The City of God, Trans. Marcus Dods, Editor, Philip Schaff, 1887, Book IV, Chapter IV, <https://www.monergism.com/thethreshold/sdg/augustine/The%20City%20of%20God%20-%20Augustine.pdf>, E.T. 18.06.2024.

Bauman, Zygmunt, Modernite ve Holocaust, Çev. Süha Sertabiboğlu, Sarmal Yayınevi, İstanbul 1997.

Bauman, Zygmunt, Modernlik ve Müphemlik, Çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2003.

Benjamin, Walter, "Theses on the Philosophy of History", Illuminations, Editor, Hannah Arendt, Trans. Harry Zohn, Schocken Books, New York 1969, s. 253-264.

Berki, Robert N., "Vocabularies of the State", Politics and Social Theory, Editor, Peter Lassman, Routledge, London 1989, s. 12-29.

Bireley, Robert, "Introduction", Botero: The Reason of State, Written by Giovanni Botero, Editor and Trans. Robert Bireley, Cambridge University Press, Cambridge 2017, s. xiv-xxxvi.

Bourdieu, Pierre, Devlet Üzerine, Çev. Aslı Sümer, İletişim Yayınları, İstanbul 2015.

Brancourt, Jean-Pierre, "Estat'lardan Devlete: Bir Sözcüğün Evrimi", Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akal, Çev. Beki Haleva, Pınar Güzelyürek, Dost Kitabevi, Ankara 2000, s. 177-191.

Dickens, Charles, İki Şehrin Hikayesi, Çev. Didar Zeynep Batumlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2020.

Elias, Norbert, "Civilization and Violence: On the State Monopoly of Physical Violence and its Infringements", Telos, No. 54, 1982, s. 134-154.

Elias, Norbert, Uygurlık Süreci: Sosyo-Oluşumsal ve Psiko-Oluşumsal İncelemeler/Cilt 1: Batılı Dünyevi Üst Tabakaların Davranışlarındaki Değişmeler, Çev. Ender Ateşman, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2004.

Elias, Norbert, Uygurlık Süreci: Sosyo-Oluşumsal ve Psiko-Oluşumsal İncelemeler/Cilt 2: Toplumun Değişimleri/Bir Uygurlaşma Teorisi İçin Taslak, Çev. Erol Özbek, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2004.

Erözden, Ozan, “Makyavelizm, Hikmet-i Hükümet ve Modern Devlet”, Machiavelli, Makyavelizm ve Modernite, Haz. Cemal Bali Akal, Dost Yayınları, Ankara 2012, s. 63-80.

Ferguson, Adam, An Essay on the History of Civil Society, Editor, Fania Oz-Salzberger, Cambridge University Press, Cambridge 1995.

Fussel, James T., “A Crime without a Name”, <http://www.preventgenocide.org/genocide/crimewithoutaname.htm>, E.T. 25.06.2024.

Giddens, Anthony, Modernliğin Sonuçları, Çev. Ersin Kuşdil, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1994.

Gramsci, Antonio, Hapishane Defterleri, Çev. Adnan Cemgil, Belge Yayınları, İstanbul 1997.

Green, Penny J./**Ward**, Tony, “State Crime, Human Rights, and the Limits of Criminology”, Social Justice, Vol. 27, No. 1 (79), 2000, s. 101-115.

Green, Penny/**Ward**, Tony, State Crime: Governments, Violence and Corruption, Pluto Press, London 2004.

Green, Penny/**Ward**, Tony/**Lasslett**, Kristian, “Introduction: The Advance of State Crime Scholarship”, State Crime Journal, Vol. 1, No. 1, 2012, s. 5-7.

Gross, Oren/**Ni Aolain**, Fionnuala, Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

Harvey, David, The Condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change, Blackwell Publishers, Oxford 1992.

Hobbes, Thomas, Leviathan, Çev. Semih Lim, 6. Basım, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2007.

Jackson, Richard/**Murphy**, Eamon/**Poynting**, Scott, “Introduction: Terrorism, the state and the study of political terror”, Contemporary State Terrorism: Theory and Practice, Editors, Richard Jackson, Eamon Murphy and Scott Poynting, Routledge, London 2010, s. 1-11.

Keane, John, Şiddetin Uzun Yüzyılı, Çev. Bülent Peker, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 1998.

Kramer, Ronald C./**Michalowski**, Raymond/**Chambliss**, William J., “Epilogue: toward a public criminology of state crime”, State Crime in the Global Age, Editors, Raymond Michalowski, William J. Chambliss and Ronald C. Kramer, Willan Publishing, Cullompton 2010, s. 247-261.

Kuper, Leo, Genocide: Its Political Use in the Twentieth Century, Yale University Press, New Haven 1982.

Mann, Michael, Demokrasinin Karanlık Yüzü: Etnik Temizliği Açıklamak, Çev. Bülent O. Doğan, İthaki Yayınları, İstanbul 2012.

Michalowski, Raymond/**Chambliss**, William J./**Kramer**, Ronald C., “Introduction”, State Crime in the Global Age, Editors, Raymond Michalowski, William J. Chambliss and Ronald C. Kramer, Willan Publishing, Cullompton 2010, s. 1-9.

Michalowski, Raymond, “In search of ‘state and crime’ in state crime studies”, State Crime in the Global Age, Editors, Raymond Michalowski, William J. Chambliss and Ronald C. Kramer, Willan Publishing, Cullompton 2010, s. 13-30.

Parla, Taha, “Devlet Suçları (I)”, <https://t24.com.tr/yazarlar/taha-parla/devlet-suclari-i,42351>, E.T. 17.06.2024.

Passerin d'Entreves, Alessandro, “Devlet Kavramı”, Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akal, Çev. Başak Baysal, Dost Kitabevi, Ankara 2000, s. 193-211.

Pierson, Christopher, Modern Devlet, Çev. Neşet Kutluğ, Burcu Erdoğan, Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul 2011.

Poggi, Gianfranco, Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği, Çev. Aysun Babacan, 3. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversiteleri Yayınları, İstanbul 2011.

Rummel, Rudolph J., Death by Government, Transaction, New Brunswick 1994.

Sancar, Mithat, “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, Doğu Batı Dergisi, S. 13, 2001, s. 25-44.

Sancar, Mithat, “Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2008.

Saygılı, Abdurrahman, “Modern Devlet'in Çıplak Sureti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 1, 2010, s. 61-97.

Schmitt, Carl, Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 2. Baskı, Dost Yayınları, Ankara 2005.

Şaylan, Gencay, Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi, İmge Kitabevi, Ankara 1994.

Tilly, Charles, “Reflections on the history of European state-making”, The Formation of National States in Western Europe, Editor, Charles Tilly, Princeton University Press, Princeton-New Jersey 1975, s. 3-83.

Tilly, Charles, “War Making and State Making as Organized Crime”, Bringing the State Back In, Editors, Peter B. Evans, Deitrich Rueschmeyer and Thedo Skocpol, Cambridge University Press, Cambridge 1985, s. 169-191.

Tilly, Charles, Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu, Çev. Kudret Emiroğlu, İmge Kitabevi, Ankara 2001.

Tilly, Charles, Kolektif Şiddet Siyaseti, Çev. Seda Özel, Phoenix Yayınevi, Ankara 2009.

Wagner, Peter, *A Sociology of Modernity: Liberty and Dicipline*, Routledge, London 1994.

Watts, Rob, *States of Violence and the Civilising Process: On Criminology and State Crime*, Palgrave Macmillan, London 2016.

Weber, Max, *Sosyolojik Yazılar*, Çev. Taha Parla, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2004.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

**6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
Kanunu Kapsamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**

The Principle of Equality and the Prohibition of Discrimination
Under the Turkish Human Rights and Equality Institution
Law No. 6701

  Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÜLKER*

 10.60002/ebyuhfd.1530279

ÖZ

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hem hukukun genel ilkesi hem de bir hak olarak pozitif kuralları etkileyen önemli bir ilkedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde “ayrımcılık yasağı”, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde “kanun önünde eşitlik” başlığıyla düzenlenmiştir. Ayrıca, eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması ve ayrımcılıkla etkin bir şekilde mücadele edilmesi amacının da olduğu 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu 20 Nisan 2016 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa'da farklı başlıklar altında düzenlenmiş olsa da eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının birbirini tamamlayan iki kavram olduğu, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği durumlarda aslında

* Pamukkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 08.08.2024 | Kabul/Accepted: 06.10.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Gözde Ülker, “6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Kapsamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (515-565).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

eşitlik ilkesinin de ihlal edildiği söylenebilir. Mezkûr ilke, esasında 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda, üst normlardan daha dar çerçevede düzenlemiştir. Bu çalışmada, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1982 Anayasası kapsamında değindikten sonra ilkenin tanımı ve kapsamı çerçevesinde 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun hangi konularda üst normları referans aldığı, hangi konularda ise bu normlardan farklı hükümler getirdiğine ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık Yasağı, TİHEK, 6701 sayılı Kanun, Farklı Muamele.

ABSTRACT

The principle of equality and the prohibition of discrimination is an important principle that affects positive rules, both as a general principle of law and as a right. It is regulated under the title “prohibition of discrimination” in Article 14 of the European Convention on Human Rights and under the title “equality before the law” in Article 10 of the 1982 Constitution. In addition, the Turkish Human Rights and Equality Institution of Law No. 6701, which aims to ensure the right to equal treatment and to effectively struggle discrimination, came into force after being published in the Official Gazette on 20 April 2016. Although they are regulated under different headings in the European Convention on Human Rights and the Constitution, it can be said that the principle of equality and the prohibition of discrimination are two concepts that complement each other, and that in cases where the prohibition of discrimination is violated, the principle of equality is also violated. The aforementioned principle is actually regulated in the Turkish Human Rights and Equality Institution Law No. 6701, within a narrower framework than the upper norms. In this study, after touching upon the principle of equality and prohibition of discrimination within the scope of the European Convention on Human Rights and the 1982 Constitution, evaluations were made regarding the issues on which the Law No. 6701 on the Human Rights and Equality Institution of Turkey takes the upper norms as reference and on which issues it introduces provisions different from these norms within the framework of the definition and scope of the principle.

Keywords: Principle of Equality, Prohibition of Discrimination, TİHEK, Law No. 6701, Differential Treatment.

GİRİŞ

Hukukun tüm alanlarında önemli bir yere sahip olan ve o alana ilişkin ilkeleri, kurumları, hükümleri etkileyerek değişip gelişmesini sağlayan eşitlik ilkesi, genel olarak benzer koşullara sahip kişilere aynı hukuki muamele yapılmasını ifade etmektedir. Ancak, bazen kanun koyucu ya da idare bireyler arasında farklı muamele yapmak zorunda kalabilmektedir.

Nitekim idari yargıda da sıklıkla görüldüğü gibi yargı yerleri benzer uyuşmazlıklarda “somut olayın özellikleri” ne göre farklı kararlar verebilmektedir. Bu nedenle, durumları farklı olan kişilerin olması ya da benzer kişiler olsa da uygulamanın haklı/makul ve nesnel bir gerekçesinin olması hallerinde farklı muamele hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Bu haller olmadan yapılan farklı muamele ise eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Eşitlik ilkesinin ihlali niteliğindeki farklı muameleler ayrımcılık yasağı adı altında yasaklanmıştır. Bir başka ifadeyle ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesinin ihlal edilmesini yasaklamaktadır. Ancak, pozitif düzenlemelere bakıldığında eşitlik ilkesi ihlal edilse dahi, ayrımcılık yasağının ihlali olarak kabul edilmeyen düzenlemeler bulunmaktadır. 1982 Anayasası (Anayasa) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) düzenlemeleri birbiriyle benzer olup, eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının tanımı ve kapsamı bakımından önemli bir farklılık bulunmamaktadır. Buna karşılık, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda (6701 sayılı Kanun) eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının tanımının ve kapsamının farklı olduğu düşünülmektedir. Zira bu Kanun’a göre her eşitlik ilkesi ihlali ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelmemektedir. Ayrıca, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği değerlendirilmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) başta olmak üzere yargı mercilerin kıstasları yol gösterici olmakla beraber, 6701 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemeden kaynaklı olarak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun (TİHEK) farklı kararları ortaya çıkabilmektedir.

Bu kapsamda üç ana başlıktan oluşan çalışmamızda öncelikle Anayasa ve Sözleşme kapsamında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının tanımı ve kapsamı açıklanmaktadır. İkinci ana başlıkta, 6701 sayılı Kanun’da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının Sözleşme ve Anayasa’dan farklı olarak nasıl düzenlendiği değerlendirilmekte ve son olarak üçüncü başlıkta eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ihlaline ilişkin değerlendirme yapılırken yararlanılan kıstaslar incelenmektedir.

I. EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞININ 1982 ANAYASASI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE TANIMI VE KAPSAMI

Eşitlik ilkesi, Anayasa’nın 10. maddesinde¹ yer almaktadır. Kanun

1 1982 Anayasası md. 10: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak

önünde eşitlik ilkesinin düzenlendiği bu maddede herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, çocuklar, yaşlılar, özür-lüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri, malul ve gaziler ile cin-siyet eşitliği bakımından alınacak tedbirlerin eşitliğe aykırı olmayacağı ifade edilmektedir. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak önemli diğer düzenleme Sözleşme'nin 14. maddesinde yer almaktadır. Sözleşme'de ayrımcılık yasağı başlığı kullanılmış ve bu kural “*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.*” şeklinde düzenlenmiştir².

Anayasa’da ayrımcılık yasağına ilişkin açık bir ifade kullanılmaksızın eşitlik ilkesi düzenlenmişken³ Sözleşme’de 14. madde doğrudan ayrımcılık yasağı başlığı şeklinde düzenlenmiştir. İki hükmün amacı ve koruduğu yarar birbirinden farklı olmadığından eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı biri pozitif yönü biri de negatif yönü olmak üzere birbirini tamamlayan kavramlardır. Çalışmanın alt başlığında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı-nın tanımına ilişkin genel bilgilerden sonra kapsamı Sözleşme ve Anayasa çerçevesinde değerlendirilecektir.

yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özür-lüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

- 2 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi, Sözleşmede yer alan hak ve hürriyetler bakımından koruma sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle, Sözleşme’de tanınmayan bir hakkın ihlali nedeniyle 14. madde kapsamında ayrımcılık iddiasında bulunulamamaktadır. Bununla birlikte, 1 Nisan 2015 tarihinde 12. Protokol yürürlüğe girmiş ve 1. maddesinde yer alan “hukuk tarafından tanınmış herhangi bir haktan yararlanma” ifadesiyle ayrımcılık yasağının kapsamını genişletmiştir. Ancak, 12. Protokol, imzalandığı halde onaylanmadığı için Türkiye bakımından henüz yürürlüğe girmemiştir. Bkz. Osman **Doğru/Atilla Nalbant**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar) – C. II, Pozitif Matbaa, Ankara 2013, s. 603.
- 3 Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 10. maddesinde ayrımcılık yasağı açıkça yer almasa da eşitlik ilkesinin somut bir ölçü normu olarak ayrımcılık yasağını da içerdiğini ifade etmektedir. AYM, Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu, 2015/6728, 01.02.2018, paragraf 73, (R.G. 07.03.2018-30353).

A. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının Tanımı

Eşitlik ilkesi hem bir temel hak hem de herkesin uymakla yükümlü olduğu hukukun genel ilkesidir⁴. Temel bir hak olduğu için hakların sınırlandırılması hukuki rejimine uygun olarak sınırlandırılabilir. Aynı zamanda, bu hakkın karşısında devletin derhal yerine getirmesi gereken negatif ve pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır⁵. Engelli öğrencilere uygun sınav önlemleri, maddi durumu düşük öğrencilere yönelik hazırlık kursları ya da dezavantajlı durumdaki kadınlara yönelik çalışma imkanları gibi bireylerin eşit kabul edilmesi için devletin birtakım fiili engelleri ortadan kaldırılmasına yönelik çalışmaları pozitif yükümlülüklerine örnek olarak gösterilebilir. Eşitlik ilkesi hukukun genel bir ilkesi olarak pozitif düzenlemelerde yer alması dahi idarenin, yasamanın, yargının ve tüm özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinde uyması gereken bir ilkedir. Eşitlik ilkesinin anlamı, gelişen ve değişen toplum koşulları neticesinde evrilmektedir. Örneğin, eşitliğin efendiler arasında geçerli olduğu, kölelerin ise sadece kendi aralarında eşit olduğu anlayışının zamanla değişmesinin ve köleliğin yasaklanmasının, eşitlik ilkesinin bir değer yargısının yansıması olduğunu gösterdiği ifade edilmektedir⁶.

Ayrımcılık ise bir kişinin ya da grubun doğuştan sahip olduğu ya da sonradan edindiği birtakım özellikleri nedeniyle diğerlerinden farklı ve olumsuz uygulamalara ya da işlemlere maruz kalması olarak tanımlanabilir⁷. Eşitlik ilkesinin, ayrımcılıkla birlikte ilki pozitif ikincisi negatif yükümlülük olmak üzere iki temel bileşen olduğu ifade edilmektedir⁸. Bu

- 4 Cansu **Koç Başar**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesinin Etkin Korunması Üzerine Bir Değerlendirme”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 2, 2023, s. 754; AYM, Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. Başvurusu, 2019/40991, 23.03.2023, paragraf 129, (R.G. 20.06.2023/32227).
- 5 Abdurrahman **Eren**, Anayasa Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 442.
- 6 Ulaş **Karan**, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 36; Şennur **Ağırbaşı**, Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 36. Kapani ise kölelerin sadece kendi aralarında eşit olmasının, eşitlik kavramının anlamından ziyade hürriyet fikrinin benimsenmemiş olmasından kaynakladığını ifade etmektedir. Münci **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 11.
- 7 Ayrımcılık ile ilgili diğer tanımlar için bkz. Buket **Deniz**, Ayrımcılık, Engellilik ve Engelli Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 17.
- 8 **Eren**, s. 444; Samantha **Besson**, “The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child”, The International Journal of Children’s Rights, C. XIII, S. 4, 2005, s. 434, 435; **Ağırbaşı**, s. 34; Emine **Cin Karagöz**, “Kadın-

çerçevede eşitlik ilkesi, aynı hukuki statüde olanlara aynı şekilde davranma pozitif yükümlülüğü getirirken, ayrımcılık, haklı bir neden olmaksızın farklı davranma yasağıyla negatif yükümlülük getirmektedir⁹. Eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi ayrımcılık yapıldığı anlamına gelmekte ve ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesine uyulmasını sağlayan bir hukuki araç olduğu kabul edilmektedir¹⁰.

Eşitlik, şekli ve maddi olmak üzere iki açıdan ele alınmaktadır. Şekli anlamda eşitlik, aynı durumda olanlara aynı, farklı durumda olanlara farklı muameleyi öngören hukuk önünde eşitliği ifade etmektedir¹¹. Şekli anlayış bakımından ayrımcılık yasağı da aynı anlama gelmekte; hukuken tanımlanmış temel hak ve hürriyetlerden yararlanmayı aynı durumda olanlardan bazılarını engelleyen ya da kısıtlayan her türlü muameleyi içermektedir¹². Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bu durum doğrudan ayrımcılık olarak ifade edilmekte ve bir bireye sahip olduğu herhangi bir özellik nedeniyle ve haklı bir gerekçe olmaksızın diğerlerinden daha az lehe olan bir biçimde davranma olarak tanımlanmaktadır¹³. Doğrudan ayrımcılık, bazı grupların kapsama dahil edilmeyerek eksik düzenlenmesi halinde ya da kapsayıcı bir şekilde ihdas edilen düzenlenmenin bazı gruplara uygulanmaması ya da farklı uygulanması halinde ortaya çıkabilir¹⁴. Bazı mühendislik fakültelerinde sadece erkek öğrencilerin eğitim alabileceğine dair bir düzenleme ile gebe olduğu için iş sözleşmesi

Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri", *Yasama Dergisi*, S. 32, 2016, s. 24; Nisan **Kuyumcu**, AİHM İçtihadında Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Kadına Yönelik Şiddet, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 28.

- 9 **Eren**, s. 444; Turan **Yıldırım**/Muhammed **Göçgün**, "İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, 2016, s. 42.
- 10 **Eren**, s. 450. Nitekim Kapani, eşitlik ve hürriyet kavramlarını açıklarken "eşitliğe doğru bir yöneliş, insanlar arasında ayrıcalıkların, adaletsiz farklılıkların ve sun'î bölünmelerin ortadan kaldırılması ölçüsünde aynı zamanda hürriyete doğru bir yöneliştir" diyerek eşitlik ilkesinin uygulanmasının ayrımcı uygulamaları da ortadan kaldıracığını ifade etmektedir. **Kapani**, s. 8.
- 11 **Eren**, s. 446; **Başar**, s. 755; Seyithan **Kaya**, "Eşitlik, Pozitif Ayrımcılık ve Dağıtıcı Adalet İlkeleri Çerçevesinde İdarenin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S. 21, 2022, s. 6-7.
- 12 **Eren**, s. 446.
- 13 **Doğru/Nalbant**, s. 605; Ulaş **Karan**, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", *Anayasa Yargısı*, C. XXXI, S. 1, 2015, s. 240; Evren **Elverdi**, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Avrupa Birliği Ayrımcılık Yasağı Direktifleri Çerçevesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun Bir Değerlendirmesi", *Yasama Dergisi*, S. 45, 2022, s. 101.
- 14 **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 241.

feshedilen ya da erkek olduğu için kadın doktor tarafından tedavi edilme-
yen kişinin durumu buna örnek gösterilebilir. Anayasa'nın 10. maddesinin
1. fıkrasındaki hüküm şekli anlamda eşitlik ilkesini ifade etmektedir. Ni-
tekim, Anayasa Mahkemesi de bir kararında eşitlik ilkesinin hukuksal eşit-
liği öngördüğünü, aynı durumda olanların kanun önünde aynı işleme tabi
tutulması ve ayırım yapılmaması gerektiğini ifade etmiştir¹⁵.

Maddi eşitlik ise şekli bakımdan eşit olsa da aralarında fiili eşitsizlik
olanlardan dezavantajlılara yönelik gerekli, makul ve orantılı tedbirler
alınmasını ifade etmektedir¹⁶. Maddi eşitlik kavramı, fiili eşitlikle ilgilen-
mekte, kişiler arasındaki fiili eşitsizliklerin giderilmesini önemsemekte-
dir. Maddi eşitlik, farklı durumda olanlara ancak mevcut eşitsizlikleri iyi
yönde giderme amacıyla farklı muamele yapılması fikri üzerine kurgulan-
mıştır¹⁷. Başka bir deyişle, maddi eşitlik ile iki grup arasında olan fiili eşit-
sizliğin, dezavantajlı durumda olan grubun desteklenmesi suretiyle gide-
rilmesini amaçlamaktadır¹⁸. Dolayısıyla, avantajlı olan grubun da deza-
vantajlı grup düzeyine çekilmesi eşitlik ilkesinin sağlandığı anlamına gel-
meyecektir. Maddi eşitlik kavramının hukuk kurallarına etkilerinden biri
dolaylı ayrımcılığın farkına varılması ve önlenmeye çalışılması olmuş-
tur¹⁹. Bu durumda, bir uygulama ya da kural şekli eşitliği ihlal etmese de
bir grubun üyelerini olumsuz yönde etkileyip onları dezavantajlı duruma
düşürüyorsa dolaylı ayrımcılık söz konusudur²⁰. Dolaylı ayrımcılıkta, dü-
zenlemenin ya da uygulamanın kendisini değil, olası etki ve sonuçlarını

15 “Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.” AYM, E. 2009/47, K. 2011/54, 17.03.2011, (R.G. 12.07.2011-27992).

16 Eren, s. 447.

17 Karan, Ayrımcılık Yasağı, s. 45.

18 Karan, Ayrımcılık Yasağı, s. 60; Başar, s. 755.

19 Eren, s. 447; Ulaş Karan, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Editör, Sibel İncoğlu, Şen Matbaa, Ankara 2013, s. 474.

20 David Harris ve diğerleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı/Ulaş Karan, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2021, s. 768; Doğru/Nalbant, s. 607; Karan, Bireysel Başvuru, s. 241.

incelemek gerekmektedir²¹. Bu nedenle, maddi eşitliği sağlamaya yönelik tedbirlerin dolaylı ayrımcılık oluşturmayacak şekilde gerekli, makul ve orantılı olması gerekmektedir²². Örneğin, Anayasa'nın 10. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında da ifade edilen kadınlar, malul ve gaziler ya da engelliler için alınacak özel tedbirler bu kapsamdadır. Mezkûr hükme göre çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler "dezavantajlı grup" olarak kabul edilmektedir²³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de D.H ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti davasında, Çek Cumhuriyeti'nin eğitim sisteminde yer alan çocukların genel eğitimden, zihinsel engelli ya da öğrenme zorlukları olan çocukların eğitim gördüğü özel okullara geçmesine ilişkin sınavın, Çek nüfusunun düzeyine göre oluşturulduğundan, roman öğrencilerin düşük not alması ve %50'si ile %90'nının özel okullarda eğitim görmek zorunda kalmasını dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirmiştir²⁴. Söz konusu kural, aynı hukuki durumda olan tüm öğrencilere uygulanıyor olsa da sınavın düzeyi ve kapsamı Roman öğrencileri diğerleriyle olan fiili eşitsizlikleri nedeniyle dezavantajlı duruma soktuğu için dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir. AİHM, burada düzenlemenin lafzını değil, etki ve sonuçlarını değerlendirerek bir karara varmıştır.

B. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının Kapsamı

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının kapsamı 6701 sayılı Kanun'da yer alan düzenleme ile karşılaştırma yapabilmek için üç açıdan incelenecektir. Bu çerçevede eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının Sözleşme'de ve Anayasa'da kimler bakımından yükümlülük getirdiği, hangi haklarla bağlantılı ileri sürülebildiği ve hangi temellerin ihlale neden olduğu konularının açıklanması gerekmektedir.

1. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağına Kimler Uymakla Yükümlüdür?

Eşitlik ilkesinin evrensel bir hukuk ilkesi olmasına istinaden bu ilkeye kimlerin uymakla yükümlü olduğu konusu önem taşımaktadır. Bu çerçevede devletlerin, yasamanın, yürütmenin ve yargının, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uyma zorunluluğu bulunmaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinin ilk fıkrasında kanun önünde

21 **Karan**, Eşitlik, s. 474.

22 **Eren**, s. 449.

23 **Eren**, s. 449.

24 **Doğru/Nalbant**, s. 607.

eşitlik kuralı “herkes” ifadesiyle başlamaktadır. Anayasa’nın 10. maddesinin son fıkrasında ise devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu hükmü bulunmaktadır. Burada, devlet organlarına ve idare makamlarına yüklenen yükümlülük iki açıdan ele alınabilir. İlk olarak, devlet organları ve idare makamları bireylerle olan ilişkilerini eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına uygun bir şekilde gerçekleştirmelidir. Örneğin, idari makamların bireyler hakkında tesis ettikleri işlemlerin ya da yasama organının çıkardığı kanunların eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına uygun olması bu kapsamda değerlendirilebilir. İkincisi ise eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının, Anayasa’nın 11. maddesiyle bağlantılı olarak özel hukuk kişilerinin birbirleriyle olan ilişkilerinde de uyulması gereken bir yükümlülük olduğudur. Zira Anayasa’nın 11. maddesinde Anayasa’nın hükümlerinin devletin organları, idare makamları, diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda, özel hukuk kişileri birbirleriyle olan özel hukuk işlemlerinde de eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunluluğundadır²⁵. Dolayısıyla, Anayasa’nın 10. maddesinde yasama, yürütme, yargı ve idareye yüklenen yükümlülüğünün diğer boyutu özel hukuk kişilerinin bu yükümlülüğüne uyup uymadığının denetlenmesi ve uyulmadığı takdirde gerekli önlemlerin alınması, telafilerin yapılması hususudur. Örneğin, işveren ile işçi arasındaki hukuki ilişkide eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ihlal edilmiş ise, yargı organları ya da idare olarak TİHEK, bu ihlalin giderilmesi yükümlülüğü altındadır. Aksi durumda, devletin yetkili organları tarafından yine eşitlik ilkesinin ihlal edileceği ifade edilebilir.

2. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Hangi Haklarla Birlikte Denetlenebilir?

Ayrımcılık yasağı ihlalinin Anayasa Mahkemesi’nde ya da AİHM’de denetlenebilmesi için Sözleşme’de ve Anayasa’da korunan bir başka hakla birlikte bu yasağın ihlal edildiğinin ileri sürülmesi gerekmektedir. Bu çerçevede Sözleşme’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı tüm haklar bakımından değil, sadece Sözleşme’de korunan temel hak ve hürriyetlerin ihlali bakımından uygulanmaktadır²⁶. Nitekim Sözleşme’nin 14.

25 Karan, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin bireylerin özel hukuk ilişkilerinde de uyulması gereken bir kural olduğunu ayrımcılık yasağının yatay etkisi olarak değerlendirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 250-256.

26 **Harris ve diğerleri**, s. 739; **Doğru/Nalbant**, s. 603; **Ağırbaşı**, s. 41, 42; **Kuyucu**, s. 30.

maddesinde bu durum “*bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma*” şeklinde ifade edilmektedir. Buna karşılık, Sözleşmeye ek 12 Protokolün 1. maddesi, “*Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma*” şeklinde başladığından genel bir ayrımcılık yasağı öngörmüştür²⁷. Ek 12. Protokol, Türkiye’de yürürlüğe girmediği için, Türkiye’nin yükümlülüğü Sözleşme’nin 14. maddesi kapsamındadır. Sözleşmenin 14. maddesi kapsamında ayrımcılık yasağının ihlal edilmiş sayılması için bağlantılı olarak ileri sürülen hak bakımından ihlal kararı verilmesine gerek bulunmamaktadır²⁸. Sözleşmede yer alan ve ihlal edildiği ileri sürülen hakkın incelenmesi sonucunda ihlal kararı verilmesi dahi, bu hakla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilebilir²⁹. Aynı şekilde, Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 10. maddesinin ihlali iddialarının Anayasa ve Sözleşme kapsamındaki hak ve hürriyetlerle bağlantılı olarak incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁰.

27 12. Protokolü, 18.04.2001 tarihinde imzalayan ancak henüz onaylamayan Türkiye’nin, Sözleşmenin 14. maddesi kapsamındaki ayrımcılık yasağına ilişkin yükümlülüğü bulunmaktadır. 12. Protokolün imza ve onay durumlarını gösteren Avrupa Konseyi’nin resmi sayfası için bkz. Chart of signatures and ratifications of Treaty 177, (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=177>), E.T. 08.08.2024.

28 **Doğru/Nalbant**, s. 604.

29 **Doğru/Nalbant**, s. 604.

30 “*Başvurucunun, Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ile Anayasa’nın 40. ve Sözleşme’nin 13. maddelerinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine yönelik iddialarının, bahsi geçen maddelerdeki ifadeler dikkate alındığında, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Bir başka ifadeyle ayrımcılık yasağı ve etkili başvuru hakkının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı ve hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda etkili başvuru hakkının kısıtlandığı sorularına cevap verebilmesi gerekmektedir.*” AYM, Onurhan Solmaz Başvurusu, 2012/1049, 26.03.2013, paragraf 33, (R.G. 06/04/2013-28610). Aynı yönde bkz. AYM, Hasan Kara Başvurusu, 2013/3170, 18.09.2014, paragraf 34, (R.G. 04.12.2014-29195); AYM, Sadıka Şeker Kararı, 2013/1948, 23.01.2014, paragraf 57, (R.G. 25/2/2014-28924). Anayasa’da güvence altına alınan hak ve hürriyetler, Sözleşme’ye göre daha fazla olduğu için Anayasa md. 10 kapsamında korunan hakların Sözleşme’nin 14. maddesine göre korunandan daha geniş olacağı ifade edilmektedir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvurularda Anayasa kapsamında değerlendirme yapmasının bireysel başvurunun amacına ve insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesine uygun olacağı düşünülmektedir. **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 245.

3. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının İhlaline Neden Olan Temeller

Ayrımcılığa neden olan temeller³¹ bakımından farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bazı düzenlemelerde örnekleme yoluyla sayılan ayrımcılık temelleri ucu açık bırakılmasına karşılık, bazılarında sınırlı olarak sayılmıştır³². Buna karşılık, Sözleşme'nin 14. maddesinde yer alan “*herhangi bir başka duruma*” ifadesi, ayrımcılık sebeplerinin tahdidi olarak sayılmadığını göstermektedir³³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de “*başka durumların*” içine engellilik, yaş, cinsel yönelim, babalık, medeni durum, bir kuruluşa üyelik, askeri rütbe, evlilik dışı doğmuş bir çocuğun annesi veya babası olmak, ikamet yeri gibi statüleri de dahil etmektedir³⁴. Dolayısıyla, madde metninde yer almasa dahi herhangi bir temelde yapılan farklı muamele, Sözleşme kapsamında ayrımcılık yasağının ihlali çerçevesinde incelenebilecektir³⁵. Keza, Anayasa'nın 10. maddesinde de “*ve benzeri sebeplerle*” ifadesi yer almakta ve ayrımcılık temellerinin sınırlı olmadığı öngörülmektedir. Doktrinde “*ve benzeri sebeplerle*” ifadesinin Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan temellerle bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü bulunmaktadır³⁶. Bu görüşe göre, Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan temellerin kapsamına girmeyen başka nedenlerle yapılan ayırım, eşitlik ilkesinin korumasına giremeyecektir. Anayasa Mahkemesi ise Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ayrımcılık temellerinin örnekseme yoluyla sayıldığını ve benzeri sebeplerle de eşitlik ilkesinin ihlal edilebileceğini kararlarında ifade etmektedir. Örneğin, norm denetimi yaptığı bir kararında, ayırım yapılamayacak hususların madde metninde sınırlı olarak sayılmadığını şu cümlelerle belirtmiştir:

“*Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bu kural 1982*

31 Belirli temeller çerçevesinde uygulanan farklı muamelenin ayrımcılık yasağını ihlal etme olasılığının yüksek olmasına dair duyulan şüphe nedeniyle “şüpheli temeller” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. **Karan**, Eşitlik, s. 467.

32 **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 266-268.

33 **Doğru/Nalbant**, s. 603; **Besson**, s. 443.

34 **Doğru/Nalbant**, s. 616.

35 **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 247; **Kuyucu**, s. 29.

36 Merih **Öden**, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 321, Aktaran: **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 248. Buna karşılık Göztepe, 1982 Anayasası'nda ayırım yasaklarının yorum yoluyla genişletmeye uygun şekilde düzenlendiğini ifade etmiştir. Ece **Göztepe**, “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. LIV, S. 2, 1999, s. 105.

Anayasasında 1961 Anayasasına nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki; eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. “Benzeri sebeplerle” de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır”³⁷.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında da Anayasa'nın 10. maddesindeki ayrımcılık temellerini dar yorumlamamaktadır. Örneğin, bir kararında, Anayasa'nın 10. maddesinde sayılmasa da cinsel yönetime ilişkin değerlendirme yaparak bunun da ayrımcılık yasağı kapsamında incelenebileceğini kabul etmektedir:

“Ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda hangi temele dayalı olarak ayrımcılığa maruz kaldığının gösterilmesi gerekir. Başvurucu, maktulün cinsel yönelimi nedeniyle öldürüldüğünü, eşcinselleri bu saldırılara karşı koruyacak cezai indirim engelleyecek bir yasal düzenlemenin olmadığını, eşcinsellere yönelik suç işleyenlere indirimli ceza verilerek farklı bir muamele ile ayrımcılık yapıldığını dile getirmiştir. Ayrımcılık iddiasının ciddiye alınabilmesi için başvurunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir”³⁸.

Anayasa ve Sözleşme, ayrımcılık temellerinin değişen ve gelişen toplum şartlarına göre güncellenmesine uygun olduğundan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi, bu doğrultuda yorum yapabilmekte ve hükümlerin kapsamını zamanla genişletebilmektedir.

37 AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, 04.11.1986, (R.G. 22.02.1987-19380).

38 AYM, Sadıka Şeker Kararı, 2013/1948, 23.01.2014, paragraf 59, (R.G. 25/2/2014-28924). Benzer yönde bkz. AYM, İslam Şahin Başvurusu, 2014/7280, 21.01.2016, paragraf 22, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/7280>); AYM, Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı Başvurusu, 2013/135, 21.01.2015, paragraf 19, (R.G. 03.06.2015/29375); AYM, Ahmet Şancı Başvurusu, 2012/29, 05.11.2014, paragraf 54, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/29>); AYM, Şahin Karaman Başvurusu, 2012/1205, 08.05.2014, paragraf 41, (R.G. 08.07.2014-29064); AYM, Tuğba Arslan Başvurusu, 2014/256, 25.06.2014, (R.G. 05.07.2014-29051); AYM, İhsan Asutay Başvurusu, 2012/606, 20.02.2014, (R.G. 19.3.2014-28946); AYM, Tevfik İlker Akçam Başvurusu, 2018/9074, 03.07.2019, paragraf 42, (R.G. 02.08.2019/30850); AYM, Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu, 2015/6728, 01.02.2018, paragraf 79, (R.G. 08.03.2018-30353).

II. EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞININ 6701 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE TANIMI VE KAPSAMI

6701 sayılı Kanun, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin genel bir tanımdan ziyade ayrımcılığın türlerine ilişkin tanımlara yer vermiştir. 6701 sayılı Kanun, şekli eşitlik yanında maddi eşitliği de benimsediğinden, makul düzenleme, dolaylı ayrımcılık gibi ayrımcılık türlerine ilişkin düzenlemeler getirmiş³⁹ ve çoklu ayrımcılık, ayrımcılık talimatı, taciz gibi ayrımcılık türleri Türk mevzuatına 6701 sayılı Kanun’la girmiştir. Anayasa ve Sözleşme çerçevesinde eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına ilişkin yaptığımız temel açıklamalar burada da geçerli olmakla birlikte, bunlardan ayrılan hususlara dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla, önce 6701 sayılı Kanun’da öngörülen ayrımcılık türlerine ilişkin tanımların incelenmesini ve ardından 6701 sayılı Kanun kapsamında ayrımcılık yasağının kişi, konu ve ayrımcılık temelleri bakımından kapsamının değerlendirilmesini faydalı bulmaktayız.

A. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının Tanımı

6701 sayılı Kanun’un eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı başlıklı 3. maddesinin ilk fıkrasında eşitlik ilkesine ilişkin “*herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir*” şeklinde bir kural getirildikten sonra, ikinci fıkrasında “*cinsiyet, ırk, renk, dil, din inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır*” diyerek ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu, eşitlik ilkesini bir sınırlama koymadan kabul etse de ayrımcılık yasağının ihlalini ancak belirli temellerin varlığına dayandırdığından, Sözleşmeden ve Anayasadan ayrılarak birbirinden farklı iki ilke olduğu izlenimi vermiştir.

6701 sayılı Kanun’da ayrımcılığa ilişkin genel bir tanım yapılmakla birlikte, ayrımcılık yasağı çeşitli türlere ayrılarak tanımlanmıştır. Ayrımcılık türleri, Kanun’un 4. maddesinde “ayrı tutma”, “ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama”, “çoklu ayrımcılık”, “doğrudan ayrımcılık”, “dolaylı ayrımcılık”, “işyerinde yıldırma”, “makul düzenleme yapmama”, “taciz”, “varsayılan temele dayalı ayrımcılık” olarak sayılmıştır. Ayrımcılık türlerinin tanımları Kanun’un 2. maddesinde yapılmıştır.

Ayrı tutma, kişilerin 6701 sayılı Kanun’da sayılan temellerden biri veya birden fazlası nedeniyle, bir eylem veya eylemsizliğin sonucu olarak diğerlerinden ayrı tutulması durumu olarak tanımlanmaktadır. Bir başka

39 **Karan**, Ayrımcılık Yasağı, s. 59.

deyişle ayrı tutma, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin unsurlar arasında yer alan ve alt başlıklarda açıklanan “farklı muamele” yi ifade etmektedir.

Ayrımcılık talimatı, bir kişinin kendi nam ve hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere veya bir kamu görevlisinin diğer kişilere verdiği ayrımcılık yapılmasına yönelik talimatı ifade etmektedir. Bu durumda hem talimatı veren hem de talimatı yerine getiren ayrımcılık yasağını ihlal etmiş olacaktır. Tanıma göre, talimatı veren ile uygulayan arasında idare hukuku bağı olabileceği gibi özel hukuka ilişkin bir bağ da olabilir. Farklı bir ifadeyle, talimatı veren ve uygulayan arasında amir-memur, işveren-işçi ilişkisi⁴⁰, simsarlık sözleşmesi⁴¹ ya da vekalet sözleşmesi olabilir. İdare hukukunda talimat verme hiyerarşik amirin sahip olduğu bir yetkidir. Hiyerarşik amirin astına ayrımcılık talimatı vermesi halinde kimlerin sorumlu olacağı iki ihtimal üzerinden değerlendirilebilir. Anayasa'nın 137. maddesine göre, emrin hukuka aykırı olması halinde, emir yerine getirilmeyerek verene bildirilir. Emir, yazılı olarak yinelenirse yerine getirilir, ancak astın sorumluluğu bulunmaz. Buna karşılık, konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilmez; aksi halde hem emri veren hem de emri yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz. Hiyerarşik

40 **Karan**, Ayrımcılık Yasağı, s. 316.

41 “Emlakçı, simsarlık sözleşmelerine göre faaliyet yürüten ve yaptıkları faaliyetler sonucunda sözleşme kurulduğu takdirde ücrete hak kazanan araçtır. Başvuruda, değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, emlakçı B O. ve İ.Ş.'nin ayrımcılık iddiasına konu olaylara iştirakidir. 6701 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama ayrımcılık türleri arasında sayılmıştır. Mezkûr Kanunun 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre ise ayrımcılık talimatı “Bir kişinin kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere veya bir kamu görevlisinin diğer kişilere verdiği ayrımcılık yapılmasına yönelik talimatı” ifade etmektedir. Somut olayda emlakçı B.O., kendisine verilen talimatı yerine getirdiğini ifade etse de 6701 sayılı Kanun kapsamında ayrımcılık talimatını uygulamak da yasaklanmıştır. Bu çerçevede emlak yetkilisinin kendisine verilen talimatı uyguladığı gerekçesini öne sürmesi ayrımcılık talimatının uygulandığı tespitini değiştirmemekle birlikte muhatap 1 B.O.'nun 01.10.2021 tarih ve 3553 sayı ile kayda alınan dilekçesinde de ifade edildiği üzere öğrenciye ya da bekara uygun bir daire olduğunda ilanın üzerine yazılarak belirtilmesi, söz konusu ilanda da “bekara ya da öğrenciye uygundur” ibaresinin mevcut olmaması ve bu sebeple evin başvuru için uygun olmadığı değerlendirilmesi, objektif bir temele dayanmamaktadır. Emlakçı, geçmişte de kendisi tarafından verilen kiralık daire ilanlarında öğrenciye ya da bekara ev kiralınmasına aracılık edildiğini ve ayrımcılık yapma amacı gümediğini öne sürerek “bekara uygun”, “öğrenciye uygun” ibarelerinin yer aldığı daha önceki ilanlarının çıktılarını paylaşırsa da somut olayda başvurana yönelik muamele, farklı bir muamele olma özelliğini yitirmemektedir.” TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2021/935, Karar Numarası: 2022/142, 01.03.2022, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/73717B.pdf>).

amirin astına ayrımcılık talimatı içeren bir emir vermesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında “görevi kötüye kullanma suçu” olabileceği için, emri yerine getirenin de sorumluluktan kurtulması mümkün gözükmemektedir.

6701 sayılı Kanunda ayrımcılık talimatı kamu görevlisi bakımından “*bir kamu görevlisinin diğer kişilere verdiği ayrımcılık yapılmasına yönelik talimat*” olarak tanımlanmıştır. Düzenlemeye göre, ayrımcılık talimatı sadece hiyerarşik ilişkiye hasredilmemiştir. Bir başka ifadeyle, her ne kadar “talimat” yetkisi hiyerarşi ilişkisi içinde olsa da bu düzenleme de kamu görevlisinin hiyerarşik amir konumunda olmasına gerek bulunmadığı gibi, ayrımcılık içeren “talimatı” uygulayan kişinin hiyerarşik ast olmasına gerek bulunmamaktadır. Hatta, “diğer kişilere” ifadesinin idari teşkilat içinde görev yapanlar kadar özel hukuk kişilerini de kapsadığını düşünmekteyiz. Zira, bu tanımda yer alan “talimat” ifadesinin hiyerarşi yetkisi kapsamında sınırlanması, ayrımcılıkla kamu-özel ayrımı yapmaksızın her alanda mücadeleyi amaçlayan 6701 sayılı Kanun’a uygun olmayacaktır. Bu nedenle, düzenlemede yer alan “talimat” ifadesinin hiyerarşi ilişkisinden bahsetmeden kamu görevlisinin diğer kişilere olarak tanımlanmasından, bir kamu görevlisinin herhangi bir kişiye yönelik ayrımcılık içeren bir telkinde bulunması olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin, valinin bir özel okul müdürüne, farklı etnik kökenden öğrencilerin alınmaması yönünde telkinde bulunması ve müdürün de buna uyması ihtimalinde, ayrımcılık talimatını hiyerarşik ilişki kapsamında sınırlandırsak sadece müdür sorumlu olacaktır. Buna karşılık, aslında ayırım yapma fikrinde/niyetinde olan ve belki de beyanı ile ayrımcı muamelenin güçlenmesine, genişlemesine neden olan vali olduğu için, aralarında hiyerarşi ilişkisi olmasa dahi, korunan hukuki yararı göz önüne alınarak, bu düzenlemede geçen talimat ifadesinin geniş yorumlanması ve somut örnekte valinin de sorumlu olması gerektiği kanaatindeyiz⁴².

42 Karan, benzer yorumu düzenleme de geçen “bir kişinin kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere” ifadesi bakımından yapmıştır. Bu tür yetkilendirmenin olmadığı durumlarda ayrımcılık talimatının ayrımcılık oluşturmayacak olmasının önemli bir eksiklik olduğunu ifade etmiştir. Örnek olarak, çocuklarının Roman/Çingene çocuklarla aynı okulda eğitim görmelerini istemeyen velilerin, okul yönetimine gerekli önlemlerin alınmadığı takdirde okula bağlı yapılmayacağı ya da kayıtların sildirileceği baskısı yapmalarını vermiştir. Bu durumda da söz konusu baskının ayrımcılık yasağı olarak değerlendirilmemesi büyük bir eksiklik olacaktır. Ayrıca Karan, 6701 sayılı Kanun’un ayrımcılık talimatının tanımladığı metne “tehdit”, “teşvik”, “yönlendirme”, “sebebiyet verme”, “tahrik” ifadelerinin eklenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. **Karan**, Ayrımcılık Yasağı, s. 278, 316, 317.

Çoklu ayrımcılık, ayrımcı uygulamanın birden fazla ayrımcılık temeliyle ilişkili olmasıdır. Burada ayrımcılık, birden fazla temel üzerinden aynı anda gerçekleşebileceği gibi, farklı zamanlarda da gerçekleşebilir. Örneğin, gebe ve etnik kökeni farklı olan bir kadının boş kadroya ataması yapılmadığı gibi aynı kadının gebe olması nedeniyle kadroya atanmaması ve sonrasında da etnik kökeni nedeniyle kiralık ev verilmemesi hallerinde çoklu ayrımcılık yapılmaktadır⁴³.

Doğrudan ayrımcılık, bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi ifade etmektedir. 6701 sayılı Kanun'un 2. maddesinde tanımlanan doğrudan ayrımcılık kavramı şekli eşitlik kavramıyla özdeştir⁴⁴. Doğrudan ayrımcılık, diğer ayrımcılık türlerine göre daha genel ve görünür durumdadır. Bu ayrımcılık türünde, kişi bir özelliği nedeniyle doğrudan farklı ve haksız bir muameleye maruz kalmaktadır. Örneğin, etnik kökeni nedeniyle dış hastanesinde tedavi talebi karşılanmayan hasta ya da otuz beş yaşın üstünde olduğu için muhasebeci olarak işe alınmayan kişi doğrudan ayrımcılığa maruz kalmıştır. "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı" başlığı altındaki açıklamalarımıza atıf yapmanın yanında, bireylerin doğuştan getirdiği ya da sonradan tercih ettiği özelliklerine yönelik önyargıların doğrudan ayrımcılığa sebebiyet verdiğini söyleyebiliriz⁴⁵.

Dolaylı ayrımcılık, bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması olarak tanımlanmaktadır. Dolaylı ayrımcılıkta, görünürde herkese eşit bir şekilde uygulanan ya da herkesi eşit şekilde kapsayan bir kural olduğu için ayrımcılık açık bir şekilde görünür olmayabilir. Aslında ayrımcılığa eşit muamele neden olmaktadır. Bu eşit muamele, bir grubu haklı bir gerekçe olmaksızın dezavantajlı duruma düşürebilir. Bu nedenle, dolaylı ayrımcılıkta uygulamanın ya da kuralın içe-

43 Karan çoklu ayrımcılığın türlerini katma ayrımcılık, bileşik ayrımcılık ve kesişen ayrımcılık şeklinde tasnif ederek açıklamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karan**, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 233, 234.

44 **Eren**, s. 446.

45 **Karan**, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 204.

riği önem taşımakta ve bunların sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁶. Örneğin, fakülte ara ve final sınavlarının hafta sonu tüm gün yapılmasına ve araştırma görevlilerinin hepsine eşit şekilde görev verilmesine dair karar⁴⁷, çocuğuna bakmak zorunda olan anneler açısından dolaylı ayrımcılık teşkil edebilir⁴⁸.

Taciz, psikolojik ve cinsel türleri de dahil olmak üzere 6701 sayılı Kanun'da sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranışı ifade etmektedir. Taciz, Kanun'da sayılan ayrımcılık temelleriyle ilişkili olarak kişiyi aşağılama, utandırma gibi onuru kıracak her türlü davranışın kişiye istemediği halde uygulanmasıdır⁴⁹. Bu tür davranışların kasıtlı yapılması taciz olabileceği gibi, kasıtlı yapılmaya dahi sonuçları bakımından da taciz kabul edilmesi mümkündür⁵⁰. 6701 sayılı Kanun'da tacizden ayrı olarak işyerinde yıldırma da ayrımcılık türü olarak tanımlanmıştır. İşyerinde yıldırma, 6701 sayılı Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemleri ifade etmektedir⁵¹. Taciz ile işyerinde yıldırma benzer özellikler taşısa da kanun koyucu bazı hususlar bakımından iki ayrımcılık türünü birbirinden ayırmak istemiştir. İhmali bir davranışla da tacize sebebiyet verilebilirken, işyerinde yıldırma için kasıtlı eylemlerin olması gerekmektedir. Kanun koyucu tacizi, davranışın aşağılayıcı, onur kırıcı, yıldırıcı veya benzer duygular hissetmesine neden olması şeklinde tanımlamıştır. Tek bir davranış dahi kişinin bu duygular içinde yer almasına sebep

46 **Karan**, Ayrımcılık Yasağı, s. 210.

47 Bu kararda sınav sayısının herkese eşit verilmesi de dolaylı ayrımcılık açısından tartışılabilir. Zira, doktora yeterlilik aşamasında, doktora/yüksek lisans tez aşamasında ya da bu sınavlara birkaç gün kalmış adayların hafta sonu sınav nöbeti tutması onları dezavantajlı duruma düşürebilir. Ancak, daha sonra da ifade edileceği gibi 6701 sayılı Kanun'da ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda sayıldığından ve eğitim düzeyine ilişkin bu durum kapsamda yer almadığından, TİHEK'e göre eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ihlal edilmemiştir.

48 **Karan**, 180 cm'nin altında boy uzunluğuna sahip olmayanların polislik mesleğine alınmamasını veya bir meslekle ilgili eğitimlerin günün geç saatlerinde ya da hafta sonları düzenlenmesini, ilk örnekte kadınlar, bazı ve etnik gruplar, ikinci örnekte ise çocuklarına bakmak zorunda kalan anneler açısından dolaylı ayrımcılık olarak göstermiştir. **Karan**, Ayrımcılık Yasağı, s. 211.

49 **Karan**, Ayrımcılık Yasağı, s. 270.

50 **Karan**, Ayrımcılık Yasağı, s. 313.

51 İşyerinde yıldırmaya ilişkin tanımlar için bkz. Ayşe Almıla **Tanrıverdi**, Kamu Görevlisine Uygulanan Psikolojik Şiddet (Mobbing), Gazi Kitabevi, Ankara 2023, s. 1-20.

olabilir. Buna karşılık, işyerinde yıldırma tanımlarken kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak şeklinde ifadeler kullanarak, mağduriyete yol açan eylemin ya da eylemlerin zamana yayıldığını ve birden fazla olduğunu zimni olarak kabul ettiğini söyleyebiliriz. Zira, “bıkmak, soğutmak, dışlamak” fiilleri tek bir davranış değil, birden fazla davranış sonucu ve bir zaman dilimi sonrasında ortaya çıkabilecek duygular niteliğindedir. Diğer bir fark olarak da taciz hayatın her alanında gerçekleşebilirken, iş yerinde yıldırma sadece işyerinde ortaya çıkan davranışlar bakımından söz konusudur. Dolayısıyla münferit olarak gerçekleşen bir davranış, iş ilişkisi içinde ya da dışında taciz olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık, iş ilişkisi içinde olmak kaydıyla, kişiyi işinden soğutmak, bıktırmak, dışlamak amacıyla süregelen davranışlar mevcut ise işyerinde yıldırmanın söz konusu olduğunu söyleyebiliriz.

Makul düzenleme, engellilerin hak ve özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, mali imkanlar nispetinde, ölçülü, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirleri ifade etmektedir. Bu doğrultuda, gerekli makul düzenlemelerin yapılmaması ayrımcılık yasağının ihlali olarak kabul edilmektedir. Makul düzenlemeye örnek olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 53. maddesi gösterilebilir. Maddeye göre, kurum ve kuruluşların 657 sayılı Kanun’a göre çalıştırdıkları personele ait kadrolarda %3 oranında engelli çalıştırmaları zorunludur. Ayrıca, engellilerin çalışma ortamlarının kendileri bakımından uygun hale getirilmesi, engellilik durumuna uygun görevler verilmesi, işe giriş çıkışların kolay olması için tedbirlerin alınması gibi engellilik durumunun iş hayatında ortaya çıkarabileceği zorlukların hafifletilmesi adına alınacak tüm önlemler, makul düzenleme kapsamındadır. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru konusu yapılan bir olayda, görme engelli bir kişi, kredi kullanmak için bankaya gittiğinde “bir nüshasını elden aldım” cümlesini yazarak sözleşmeyi imzalamadığı için iki saat şubede bekletilmiş ve kredi kullanmadan şubeden ayrılmıştır. Maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasıyla bu kişinin yaptığı bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, görme engelli bireyin özel ihtiyaçlarının banka tarafından dikkate alınmaması, bireyin durumuna uygun alternatif bir tedbirin uygulanmaması nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵².

Makul düzenleme, maddi eşitlik anlayışının bir görünümü olarak 6701 sayılı Kanun kapsamında sadece engelliler bakımından kabul edilmiştir.

52 AYM, Sevda Yılmaz Başvurusu, 2017/37627, 02.03.2023, (R.G. 19.07.2023-32253).

Makul düzenleme kavramı 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un 3.maddesinde de yer almakla birlikte, burada makul düzenlemelerin yapılmaması ayrımcılık yasağının ihlali olarak kabul edilmemiştir⁵³. Ancak Karan'ın da ifade ettiği gibi 6701 sayılı Kanun'da, sadece engelliler bakımından değil, diğer temeller bakımından da makul düzenleme yükümlülüğünün getirilmesinin isabetli olacağı söylenebilir⁵⁴.

Varsayılan temele dayalı ayrımcılık, bir gerçek veya tüzel kişinin, 6701 sayılı Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerinden birisiyle gerçekte ilgisi olmamasına rağmen, bu temellerden birisini taşıdığı sanılarak hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından ayrımcı muameleye maruz kalmasını ifade etmektedir. Ayrımcılık yasağının özünde toplumda belli temeller çerçevesinde oluşan önyargının davranışlara yansımalarının engellenmesi olduğu için mağdur söz konusu temellere sahip olmasa da ayrımcı saikle hareket eden birinin davranışının yaptırma bağlanmasının isabetli bir düzenleme olduğunu ifade edebiliriz.

B. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının Kapsamı

1. 6701 sayılı Kanun'a Göre Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağına Uymakla Yükümlü Olanlar

Anayasa'nın 10. maddesinde olduğu gibi 6701 sayılı Kanun'un 3. maddesinde de kişi bakımından bir ayırım yapılmadan "herkes" ifadesi kullanıldığı için hem özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri hem de kamu tüzel kişileri eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına uymak zorundadır. Bununla birlikte, Kanun'un 17. maddesinin 4. fıkrasında "*yasama ve yargı yetkilerinin kullanılmasına ilişkin işlemler, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler başvurunun konusu olamaz*" şeklinde bir kural bulunmaktadır. Söz konusu kuralda, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ihlali neticesinde TİHEK'e başvuru yapılamayacak haller yer almaktadır. Dolayısıyla maddede sayılanlar eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına uymakla yükümlü olmakla birlikte, bu ilkeyi ihlal ettiklerinde ilgililerin yargı mercilerine başvurma hakkı devam etmektedir. Ancak, özellikle Hakimler Savcılar Kurulu kararları ve Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler bakımından ilgililerin ücretsiz olan TİHEK'e başvuru yolunun kapatılarak hukuki başvuru yollarının daraltılmasının eleştiriye açık olduğu ifade edilebilir.

53 **Karan**, Ayrımcılık Yasağı, s. 310.

54 **Karan**, Ayrımcılık Yasağı, s. 312; Enes **Ersöz**, "Engellilere Yönelik Ayrımcılık ve Makul Uyumlaştırma Kavramı", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, 2020, s. 158.

a. Yasama Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin İşlemler

Yasama yetkisi, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından kanun yapmak için kullanılan bir yetkidir. O halde, bir kanunun eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiasıyla TBMM aleyhine TİHEK'e başvurulması söz konusu değildir⁵⁵. Bu durumda söz konusu kanun için ancak anayasa yargısı denetimi işletilebilir. TBMM'nin yasama yetkisi dışında idari fonksiyona dahil olan işlemleri de bulunmaktadır. Örneğin, TBMM Genel Sekreterliğinde çalışanların emekliye sevk edilmesi, disiplin soruşturmasına tabi tutulması gibi özlük haklarıyla ilgili işlemlerde ya da başkanlığın idari fonksiyona ilişkin işlemlerinde yasama yetkisi kullanılmamaktadır⁵⁶. Dolayısıyla, TBMM'nin idari fonksiyon dahilinde tesis ettiği işlemlere karşı eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiasıyla TİHEK'e başvurulması mümkün gözükmemektedir.

b. Yargı Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin İşlemler

Yargı yetkisi, tarafsız ve bağımsız mahkemelerin uyuşmazlıkları kesin olarak karara bağlaması olarak tanımlanabilir. Yargı yerinin yargılama fonksiyonu çerçevesinde verdiği bir karara karşı TİHEK'e başvuru yolu kapatılmıştır. Bu durumda TİHEK, başvuruların kabul edilemez olduğuna karar vermektedir⁵⁷. Ancak, yargı yerlerinin de yargı yetkisi dışında idari fonksiyona ilişkin işlemleri olduğu için söz konusu işlemler bakımından

55 TİHEK, kanun değişikliği talebini içeren başvuruları, inceleme şartlarını taşımadığı için kabul edilemez bulmaktadır. Bkz. TİHEK 2. Daire, Başvuru Numarası: 2023/244, Karar Numarası: 2024/536, 11.06.2024, (<https://www.tiheke.gov.tr/public/images/kararlar/mhz96d.pdf>); TİHEK 1. Daire, Başvuru Numarası: 2024/278, Karar Numarası: 2024/473, 08.05.2024, (<https://www.tiheke.gov.tr/public/images/kararlar/8psgpu.pdf>).

56 “*Dosyanın incelenmesinden, Türkiye Kalkınma Bankasının ilan panosuna davacı hakkında hakaretler içeren 13.1.1993 tarihli bir basın bülteni asıldığı, TBMM Başkanlığı'na Ankara Milletvekili ... tarafından söz konusu basın bülteninin ilan sebebini ihtiva eden yazılı soru önergesinin verildiği, bu soru önergesinin Kalkınma Bankasından sorumlu Devlet Bakanı ... tarafından cevaplandırıldığı ve Meclis tutanaklarına geçirildiği gibi TBMM Başkanlığı'nın internet sitesinde de yayımlandığı, davacı tarafından söz konusu hakaret içeren ifadelerin yer aldığı tutanağın, internet sayfasından kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır. Dava konusu TBMM Başkanlığı'nın 'idare' işlevine ilişkin işlemi davacının hukukunu etkileyen bir hukuki tasarruf olup, bu haliyle de iptal davasına konu olabilecek işlemlerdendir.*” Dan. 10. D., E. 2007/7981, K. 2010/6186, 20.07.2010, (Legalbank). Aynı yönde bkz. Dan. 5. D., E. 2005/5627, K. 2007/72, 24.01.2007, (Lexpera).

57 TİHEK 2. Daire, Başvuru Numarası: 2023/393, Karar Numarası: 2023/430, 24.05.2023, <https://www.tiheke.gov.tr/public/images/kararlar/9pbwcj.pdf>.

TİHEK'e başvuru yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Örneğin, mahkemelerin yazı işleri müdürlüklerinde çalışan personel hakkında tesis edilen naklen atama, disiplin cezası gibi özlük haklarıyla ilgili işlemler idari fonksiyon kapsamındadır⁵⁸ ve bu işlemlere karşı eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiasıyla TİHEK'e başvurulabilir.

c. Hakimler ve Savcılar Kurulu Kararları

Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) kararlarına karşı TİHEK'e başvuru yolu kapatılmıştır. 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'nun 4. maddesinde Kurul'un görevleri sayılmıştır. Bu kapsamda, bakanlığın bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki teklifleri karara bağlaması ile asli ve idari yargı hâkim ve savcılarının mesleğe kabul edilmesi, atanması, nakledilmesi, geçici yetkilendirilmesi, yükselmesi, kadro dağıtılması, disiplin işleri gibi özlük haklarıyla ilgili işlemlerin tesis edilmesi, Yargıtay ve Danıştay'a üye seçmek Kurul'un görevleri olarak belirlenmiştir. Yine, 4. maddenin son fıkrasında Kanunlarda açıkça Bakanlığa verilenler dışında kalan hâkim ve savcılarının tüm özlük işlerinin Kurul tarafından yerine getirileceği öngörülmüştür. Anayasal idari bir organ olan HSK, çoğunlukla hâkim ve savcılarının özlük işlemleriyle ilgili görevleri yerine getirmekte ve idari işlemler tesis etmektedir⁵⁹.

HSK'nın kararları Anayasa'da da yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Anayasa'nın 159. maddesinde "*Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.*" kuralı bulunmaktadır. 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'nun 33. maddesinde Genel Kurulun veya dairelerin kararlarının yargı denetimi dışında olduğu öngörülmüştür. Dolayısıyla, Genel Sekreterliğin, Teftiş Kurulunun ya da Başkanlığın işlemlerine karşı yargı yolu açıktır⁶⁰. Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı söz konusu kararlar

58 İl Han **Özay**, *Günlük Yönetim*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2017, s. 417; Ramazan **Çağlayan**, *İdare Hukuku Dersleri*, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 70; Bahtiyar **Akyılmaz**/Murat **Sezginer**/Cemil **Kaya**, *Türk İdare Hukuku*, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 75; Dan. 5. D., E. 1995/4416, K. 1996/1911, 17.05.1996, DD., S. 92, 1997, s. 451; Dan. 10. D., E. 2006/6131, K. 2008/4559, 18.06.2008, DD., S. 120, s. 306.

59 Ali **Ulusoy**, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 200.

60 Nitekim Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya konu olan bir uyuşmazlıkta, Genel Sekreterliğin kararının incelenmeksizin reddedilmesini mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir: "*Kurul kararlarına karşı yargı yolunun (meslekten çıkarma kararları dışında) kapalı olduğunu belirleyen Anayasa'nın 159. madde*

bakımından TİHEK'e başvuru yapılamayacağı düzenlemesi bir yana, yargı denetimine tabi olan kararlarına karşı dahi TİHEK'e başvuru yolunun kapatılması eleştiriyeye açıktır.

İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla kurulan, düzenleyici ve denetleyici bir idari organ olan TİHEK'in, yasama yetkisininin ya da yargı yetkisininin kullanıldığı işlemleri veya kararları denetlemesi mümkün değildir. Ancak, bir idari organ olarak HSK kararlarına karşı başvuru yolunun kapatılması isabetli olmamıştır. Hakimler ve Savcılar Kurulunun yargı denetimine kapalı olanlar da dahil tüm kararlarının eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygunluğu bakımından incelenmesinin isabetli olacağı düşünülmektedir. Zira, TİHEK, tesis edilen işlemi idari yargı yeri gibi tüm unsurları bakımından incelememekte, yalnızca başvurana hakkında ayrımcılık yapıp yapılmadığını denetlemektedir. Ayrımcı bir muamelenin varlığına kanaat getirirse ihlal kararıyla birlikte idari yaptırım uygulayabilir ya da tarafların uzlaşmasını sağlayabilir. İdari yaptırım kararı verilmesi ihtimalinde bu kararın iptali için dava açılması halinde de yargı yeri,

hükümünü yasal düzeyde somutlaştıran 6087 sayılı Kanun'un 33. maddesinde, meslekten çıkarma dışında kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu belirtilen birimler Genel Kurul ve daireler olarak ifade edilmiştir. Kurul kararlarına karşı yargı yolunun bir istisna dışında kapalı olduğunu belirleyen bu hükümde Genel Sekreterlik zikredilmemiştir. Bu bağlamda gerek Kurula ilişkin görev, yetki ve teşkilatı düzenleyen hükümler gerekse Kurul kararlarına dair yargı yoluna ilişkin istisnayı belirleyen kurallar dikkate alındığında kategorik olarak Genel Sekreterlik tarafından tesis edilen her türlü işleme karşı yargı yolunun kapatılmadığı Genel Kurul veya dairelerin kararına dayalı olarak tesis edilen işlemler ile Genel Kurul veya dairelerin kararlarına hazırlık mahiyetinde olan işlemlerin yargı denetimine kapalı olduğu anlaşılmaktadır.

Başvuru konusu olayda dava konusu işlem, evraktan örnek verilmesi talebinin Genel Sekreterlik tarafından reddine ilişkin bir tasarruftur. Genel Sekreterlik makamı tarafından talebin reddine dair işlem başvurucaya bildirilirken, işleme karşı idari yargı yoluna başvurabileceği dahi ifade edilmiştir. Bu süreçte başvurucaunun evrak talebine dair karar organları olan Genel Kurul veya daireler tarafından bir karar alınmadığı görülmektedir. Ancak Mahkeme, ortada Kurul (Genel Kurul veya daireler) tarafından alınmış bir karar bulunmamasına ve salt Genel Sekreterlik tarafından tesis edilen idari işlemlerin yargı denetimine kapalı olduğunu belirleyen açık bir kanun hükmü bulunmamasına karşın davayı incelenmeksizin reddetmiştir. Bu bağlamda; Mahkemenin verdiği incelenmeksizin ret kararı ile mahkemeye erişim hakkına yaptığı müdahalenin kanunilik unsurunu taşımadığı sonucuna ulaşılmıştır. Açıklanan gerekçelerle başvurucaunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." AYM, Seyfullah Çakmak Başvurusu, 2018/14529, 15.12.2020, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/14529>).

idari yaptırım kararının hukuka uygunluğu beş unsur bakımından incelenecektir. Bir başka deyişle, yargı yeri doğrudan verilen disiplin cezasının hukuka uygunluğunu değil, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlali olan idari yaptırımın hukuka uygunluğunu denetleyecektir. Her disiplin cezasının sebebi ayrımcı bir muamele olmadığı için, Anayasa'nın 159. maddesine göre yine HSK'nın kararları yargı denetim dışında kalacaktır.

İdarenin her türlü işlem ve eyleminin insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde hukuka uygunluğunun denetimini yapan bir diğer düzenleyici ve denetleyici kurum Kamu Denetçiliği Kurumu'dur. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 5. maddesinde Kurum'un görev alanına dahil edilmeyenler, yargı ve yasama yetkilerinin kullanılması ile Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri nitelikteki faaliyetleri olarak sıralanmıştır. Dolayısıyla HSK'nın kararlarının hukuka uygunluğunun Kamu Denetçiliği Kurumu bakımından incelenmesi mümkündür. Bu farklılığın, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yalnızca tavsiye niteliğinde kararlar alabilmesine karşılık, TİHEK'in idari yaptırım kararı verebilmesinden kaynaklandığı düşünülebilse de doğrudan insan haklarına ilişkin bir hassas alanı düzenleyen ve denetleyen TİHEK'in, HSK'nın hakimler ve savcılar hakkında tesis ettiği işlemleri eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlali kapsamında denetlemesinin hukuk devleti ilkesine uygun olacağı kanaatindeyiz. Aksi durumda, tüm meslek gruplarının eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kapsamında ihlal iddiasıyla TİHEK'e başvuru yapabildiği mümkünken, hâkim ve savcılar bakımından her ne kadar 6701 sayılı Kanun'da sayılmasa da “meslek” temelinde bir ayrımcılık yapılmış olacaktır.

d. Anayasa'nın Yargı Denetimi Dışında Bıraktığı İşlemler

Hukuk devletinde yargı denetimi dışında bırakılan işlem olmaması gerekirken, Anayasa'da bazı işlemlere karşı yargı denetiminin yolu kapatılmıştır. 6701 sayılı Kanun'un 17. maddesinde de yargı denetimi dışında bırakılan işlemlerin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kapsamında TİHEK denetimine tabi olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'da yargı denetimi dışında bırakılan konular Anayasa'nın 59., 125. ve 159. maddelerde düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 59. maddesinin 3. fıkrasında “*Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.*” kuralı, 125. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*Yüksek Askeri Şuranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme ka-*

rarlarına karşı yargı yolu açıktır” kuralı ve 159. maddesinin 10. fıkrasında “Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.” kuralı bulunmaktadır.

Anayasa'nın mezkûr maddelerinde yer alan konulara ilişkin yargı mercilerine başvurulamayacağı öngörülmüştür. Bunun haricinde idarelerin bu kararlara karşı başvuru yapılabilecek bir denetim mekanizmasını kendi içinde kurması mümkündür. Nitekim, 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'nun 33. maddesinde yargı denetimine kapalı olan dairelerin kararlarına karşı önce ilgili daireden yeniden inceleme talep edilebileceği, sonra ise genel kuruldan yeniden inceleme talep edilebileceği belirtilmiştir. Aynı şekilde, yargı merci niteliğinde olmayan başka bir idari kurum tarafından bu kararların incelenmesinde hukuki bir engel olmadığı düşünülmektedir. Zira eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, insan haklarının vazgeçilemez ilkelerinden biridir. Hukuk devletinde insan hakları, pozitif hukuk normlarında yazılı metinlerden ibaret olmayıp, önemli ilkelerle desteklenmiş ve tüm kurum ve kuruluşlar tarafından saygı gösterilen değerler olmalıdır. Bu nedenle de kendisine önemli bir görev verilen TİHEK'in görev alanının olabildiğinde geniş olması ve yargı denetimi dışında bırakılan işlemlerin dahi eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde incelenmesi gerektiği, kanunda yapılacak bu yönde bir değişikliğin isabetli olabileceği kanaatindeyiz.

2. 6701 Sayılı Kanun'un Ayrımcılık Temelleri Bakımından Kapsamı

6701 sayılı Kanun'da yer alan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, Anayasa'nın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerinde yer alan temeller konusunda farklılık taşımaktadır. 6701 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığın yasak olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu hükümde sayılan ayrımcılık temellerinin farklı muamele açısından haklı ve objektif bir gerekçe olmadığı sürece eşitlik ilkesini ihlal edeceği öngörülmüştür. Nitekim ayrımcılık türlerine ilişkin Kanun'un 2. maddesinde bulunan tanımların hepsinde bu Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine atıf yapılmaktadır⁶¹. Dolayısıyla, bu temeller dışında herhangi bir başka saikle yapılan farklı uygulamalar ise 6701 sayılı

61 Örneğin, “Ayrı tutma: Kişilerin bu Kanunda sayılan temellerden biri veya birden fazlası nedeniyle, bir eylem veya eylemsizliğin sonucu olarak diğerlerinden ayrı tutulması durumunu;

Kanun kapsamında ayrımcılık yasağının ihlali olarak görülmemekte ve bu temellerden birine dayanmayan başvurular hakkında kabul edilmezlik kararı verilmektedir⁶². Örneğin, mobbing olarak da adlandırılan işyerinde yıldırma, “*Bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemleri, ... ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır. Oysa bir idarede çalışan personel, sanata düşkün olduğu için, sosyal olduğu için ya da diğerlerinden daha başarılı olduğu için de yıldırılmaya maruz kalabilir. Nitekim yargı yerleri, herhangi bir temel aramadan kişinin maruz kaldığı yıldırılmaya yönelik uygulamalarda tazminat ödenmesine karar vermektedir⁶³. Sözleşme

Doğrudan ayrımcılık: Bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi,” ifade eder.

- 62 “6701 sayılı Kanun’da, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığın yasak olduğu düzenlenmiştir. Anılan temeller dışında bir temele dayanılarak veya herhangi bir temele dayanılmaksızın ayrımcılık iddiasında bulunulan haller, Kanun kapsamı dışında kalmaktadır. Bu doğrultuda başvuru dilekçesi ve ekleri incelendiğinde, başvuranın homoseksüel çift oldukları gerekçesiyle eğlence mekanına kabul edilmemelerinin ayrımcılık olduğu iddiasının Kanun’da yer alan ayrımcılık temellerinden herhangi birine dayanmadığı tespit edilmiştir. Yukarıda açıklanan gerekçeler ve anılan mevzuat ile birlikte incelendiğinde, başvuranın dilekçesinin Kanun’da yer alan ayrımcılık temellerine dayandırılmaması ve yapılan inceleme ve araştırmada Kanun’da belirtilen herhangi bir ayrımcılık temeli ile ilişkisinin tespit edilememesi sebebiyle başvurunun inceleme şartlarını taşımadığı ve kabul edilmez olduğu kanaatine varılmıştır.” TİHEK, 2. Daire, Başvuru Numarası: 2023/255, Karar Numarası: 2023/418, 24.05.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/gmyj6u.%20y>). Aynı şekilde 6701 sayılı Kanun’da yer alan temellerden birine atf yapmadan yapılan başvurularda kabul edilmezlik kararı verilmiştir. TİHEK 2. Daire, Başvuru Numarası: 2023/352, Karar Numarası: 2023/364, 02.05.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/lpwo67.%20s>); TİHEK 2. Daire, Başvuru Numarası: 2023/317, Karar Numarası: 2023/366, 02.06.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/8dck7v.%20c>); TİHEK 2. Daire, Başvuru Numarası: 2023/721, Karar Numarası:2023/507, 13.06.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/qxtexd.%20b>); TİHEK 1. Daire, Başvuru Numarası: 2023/151, Karar Numarası: 2024/468, 08.05.2024, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/iy18k9.pdf>); TİHEK 1. Daire, Başvuru Numarası: 2024/94, Karar Numarası: 2024/465, 08.05.2024, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/09i0ix.pdf>); TİHEK 1. Daire, Başvuru Numarası: 2023/10, Karar Numarası: 2024/474, 08.05.2024, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/6316sg.pdf>); TİHEK 2. Daire, Başvuru Numarası:2023/152, Karar Numarası: 2024/432, 07.05.2024, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/f17mop.pdf>).
- 63 Dan. 8. D., E. 2015/10587, K. 2018/351, 05.01.2018, (Legalbank); Dan. 8. D., E. 2008/10606, K. 20120/1736, 16.04.2012, (Legalbank); Dan. 2. D., E. 2020/516, K. 2020/3123, 22.10.2010, (Legalbank).

öğretim öğrencilerin final sınavı sonuçlarına haklı bir neden olmaksızın 20 puan eklemesi eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ihlali niteliğinde değil midir? Ya da trafik polisinin park yasağı olan yere park eden araçlardan sadece yabancı plakalara trafik cezası kesmesi, diğerlerine kesmemesi doğrudan ayrımcılık değil midir? İdarenin haklı bir nedeni olmaksızın herhangi bir temelle iki benzer kategori arasında farklı uygulama yapması, o temel Kanun'da sayılmamış olsa dahi ayrımcılık yasağının ihlali-dir. Yukarıdaki örnekten devam edecek olursak, öğretim üyesi haklı bir nedeni olmaksızın kız öğrencilerin final sınavı sonuçlarına 20 puan eklerse, erkek öğrenciler sınav sonuçlarına karşı isterlerse doğrudan dava açabilip iptal ettirebilirler, isterlerse de önce TİHEK'e başvuru yaparak söz konusu idare hakkında idari para cezası uygulanmasını talep edebilirler ve sonrasında yine dava açabilirler. Ancak, öğretim üyesi ikinci öğretmenlerin final sınavlarına 20 puan eklediğinde, ikinci öğretim ve örgün öğretim ayırımına ilişkin bir temel 6701 sayılı Kanun'da sayılmadığı için, örgün öğretimlerin sınav sonuçları bakımından ücretsiz olan TİHEK'e başvurulduğu takdirde kabul edilmezlik kararı verilmektedir. Örneğin, avukat olduğu için ve sözleşmenin koşullarına müdahale edebilme ihtimali gerekçe gösterilerek, kendisine kiralık ev gösterilmeyen bir avukatın TİHEK'e yaptığı başvurunun ayrımcılık temellerinden birine dayanmadığı için kabul edilmezlik kararı verilmiştir⁶⁶. “Meslek” temelinde ayrımcılık, Avrupa Güvenlik ve İş birliği Teşkilatı'nın ayrımcılık temellerine ilişkin rehberinde kişisel ya da sosyal statü içinde değerlendirilmektedir⁶⁷. Kişisel ya da sosyal statü, kişinin sahip olduğu ya da sahip olduğu varsayılan karakteri, fiziksel özellikleri, kökeni, mesleği veya toplumdaki konumu olarak korunan bir zemindir⁶⁸. 6701 sayılı Kanun'da kişisel ya da sosyal statü temeline yer verilmediği için, TİHEK meslekle ilgili yapılan başvurular hakkında kabul edilemez kararı vermektedir. TİHEK, yine bir kararında, meslek temelinde ayrımcılığın “servet” temeli kapsamına girip girmediğini değerlendirmiş, ancak somut olayda servet temelinde bir ayrımcılık olmadığı ve başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna ulaşmıştır. Somut olayda, ev sahibinin evini memura kiraya vereceğine ilişkin

66 TİHEK 2. Daire Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1498, Karar Numarası: 2022/784, (<https://www.tihék.gov.tr/public/images/kararlar/w3farl.pdf>).

67 Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE), Guide on Discrimination Grounds, E. <https://www.osce.org/skopje/116789>, E.T. 14.09.2023, s. 48.

68 Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE), Guide on Discrimination Grounds, E. <https://www.osce.org/skopje/116789>, E.T. 14.09.2023, s. 48.

beyanı, sosyo-ekonomik kıstas olarak değil, kira gelirinin memurluk güvencesinden faydalanarak daha kolay elde edebilme düşüncesiyle sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir⁶⁹. Aynı şekilde, bir öğrenciye kiralık ev verilmemesine ilişkin başvuruda da benzer gerekçelerle, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁷⁰. Her iki olayda da memur olmadığı için ya da öğrenci olduğu için başvuranların farklı muameleye maruz kaldığı açıktır. Gerekçede memurun ya da öğrencinin ekonomik durumundan ziyade kira gelirinin ödenmemesi halinde bunun tahsil edilebilme kolaylığının kıstas olarak kullanıldığını, işçinin ya da öğrencinin yüksek gelirli olabilme ihtimali de olduğundan servet temeli kapsamına girmediği ifade edilmiştir. Zaten bu gibi durumlarda servet temelinden ziyade kişisel ya da sosyal statü temelinde bir ayrımcılık söz konusu olmakta ama 6701 sayılı Kanun'da yer almadığı için ihlal kararı verilmemektedir. Kira bedelinin memurdan tahsil kabiliyetinin kolay olarak değerlendirilmesinin nedeni olarak az da olsa sürekli bir gelirin varlığına işaret edilmiştir. O halde, kira sözleşmesi yapmak isteyen bir öğrenci emekli bir yakını kefil olarak göstermek istediği halde statüden dolayı bir me-

69 “Somut olayda başvurana yönelik gerçekleştirilen farklı muamele başvuranın sosyo-ekonomik durumundan ziyade memur sıfatını haiz olmamasından kaynaklanmaktadır. Nitekim söz konusu taşınmazın kiralanmasına ilişkin süreçte kiraya verilecek kişilerin belirli bir gelir durumuna sahip olması gibi bir şart öngörülmemektedir. Zira kira sözleşmelerinde kiralayan tarafın memur veya kamu çalışanı olması talebi, bu statüyü haiz olan kişinin belirli bir yüksek geliri bulunmasından ziyade az da olsa süreklilik arz eden bir geliri olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bu durumun servet temelinde ayrımcılık olarak değerlendirilebilmesi için kişinin memur statüsü kapsamındaki maddi durumunun, somut olarak veya en azından belirli bir sınır içinde belirlenebiliyor olması gerekmektedir. Ancak herhangi bir parametre belirlenmeden salt memurluk statüsünden kaynaklanan farklı muamelelerin ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi, en düşük ücret alan memur/kamu çalışanı ile en yüksek ücret alan memur/kamu çalışanı arasında ciddi ücret farkı olması nedeniyle imkansızdır. Bu sebeple belki yüzlerce farklı kadro ve unvan durumundaki memurların maaşları arasındaki fark göz önüne alındığında; burada aranan memur statüsünü haiz olma şartının belirli bir ekonomik değeri taşımadığı, sadece kiracı tarafından kira sözleşmesinin aslı unsuru olan kira bedelinin ödenmemesi ihtimalinde memur statüsünün sağlanmış olduğu alacağı tahsil edebilme kabiliyetinin gözetildiği anlaşılmaktadır. Bu sebeplerle somut olayda başvuranın mesleğine yönelik ayırım başvuranın servetine yahut ekonomik statüsüne dayalı olarak bir kısıtlama meydana getirmediğinden başvuruda yer alan iddiaların 6701 sayılı Kanun kapsamında servet temelinde bir ayrımcılık iddiası olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.” TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/480, Karar Numarası: 2022/926 15.12.2022, (<https://www.tihек.gov.tr/public/images/kararlar/wk626d.pdf>).

70 TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1027, Karar Numarası: 2023/273, 23.03.2023, (<https://www.tihек.gov.tr/public/images/kararlar/daex7k.pdf>).

murun tercih edildiği ifade edilse, yine ayrımcılık yapılmadığı ileri sürülemez ancak bu da servet temelinde olmayacağı için 6701 sayılı Kanun kapsamında bir koruma olmayacaktır. Nitekim, kamuda memur değil de işçi statüsünde çalıştığı için taşınmazın kiraya verilmemesine⁷¹ ilişkin başvuru, 6701 sayılı Kanun'da yer alan temeller kapsamında olmadığı için kabul edilemez bulunmuştur.

Uygulamada da kiralık taşınmazın gösterilmesinden önce dahi meslek sorulması ya da çocuk sorulması oldukça sıklaşmıştır. Memurdan alacağı daha kolay tahsil edilebileceği düşüncesi, işçiler, esnaf lar ya da diğer tüm meslek grupları hakkında kira borcunun ödenmesi ve bunun tahsiline ilişkin ön yargının güçlenmesine sebebiyet vermektedir. Bu anlayış, zamanla ev sahiplerinin sadece memura ya da kamuda çalışana kiralık ev verme ya da bazı bölgelerde sadece kamuda çalışana kiralık ev verme fikrinin yaygınlaşmasına neden olabileceğinden, toplumsal ayrışmanın önünü açabilir.

Anayasa'da örneksene yoluyla sayılmış olan söz konusu temellerin kapsamının Kanun'la daraltılmasının Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir. Örneğ in, bir kişi, giyim tarzı nedeniyle işyerinde yıldırma maruz kaldığında, TİHEK, Kanun'da sayılan temellerden olmadığı için kabul edilmezlik kararı verdiğinden ücretsiz olan bu denetimden faydalanamamaktadır. Mahkeme nezdinde uğradığı haksızlığı ileri sürebilmesi mümkün olsa da ayrımcılıkla mücadele amacıyla kurulmuş, mahkemelere göre daha kolay erişimi olan bu denetimden kişinin faydalandırılmaması eşitlik hakkının ihlali niteliğindedir. Bir başka ifadeyle, eşitlik ilkesi bir hak olduğu için bu durumlarda kişiler arasında haklı bir gerekçe olmaksızın denetim yollarına ulaşma bakımından ayırım yapıldığı ifade edilebilir. Bu nedenle, 6701 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan ayrımcılık temellerinin Anayasa'nın 10. maddesinde ya da Sözleşme'nin 14.

71 “Bununla birlikte başvuru, Belediye çalışanı olan başvurana memur olmadığı gerekçesiyle ev kiralanmaması nedeniyle ayrımcılığa maruz kalındığı iddiasına ilişkindir. ... 6701 sayılı Kanun'da, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığın yasak olduğu düzenlenmiştir. Anılan temeller dışında bir temele dayanılarak veya herhangi bir temele dayanılmaksızın ayrımcılık iddiasında bulunulan haller, Kanun kapsamı dışında kalmaktadır. Yukarıda açıklanan gerekçeler ve anılan mevzuat ile birlikte incelendiğinde, başvuru konusunun Kanun hükümlerinde yer alan ayrımcılık temellerine dayandırılmaması ve yapılan inceleme ve araştırmada herhangi bir ayrımcılık temelinin tespit edilememesi sebebiyle başvurunun inceleme şartlarını taşımadığı ve kabul edilmez olduğu kanaatine varılmıştır.” TİHEK 1. Daire Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1469, Karar Numarası: 2023/105, 24.01.2023, (<https://www.tihok.gov.tr/public/images/kararlar/zo2h0u.pdf>).

maddesinde olduğu gibi örnekleyici biçimde sayılmasının hukuka uygun olacağı açıktır. Zira, eşit davranmamanın Kanunda sayılan bu nedenleri, zaman içinde değişime uğrayabileceği için ucunun açık bırakılmasının, ayrımcılıkla mücadele açısından daha isabetli olacağı kanaatindeyiz^{72,73}.

3. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının Konu Bakımından Kapsamı

6701 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan "*herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir*" düzenlemesine göre, hukuken tanınan tüm haklar bakımından genel bir ayrımcılık yasağı öngörülmüştür. Bu hakların hangi konular kapsamında korunacağı da Kanun'un 5. ve 6. maddeleri kapsamında somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

6701 sayılı Kanun'un 5. ve 6. maddelerinde ayrımcılık yasağının geçerli olduğu alanlar sayılmıştır. Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında "*Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar.*" kuralı bulunmaktadır. Düzenlemeye göre, idarenin ya da denetimi altındaki özel hukuk kişisinin sunduğu kamu hizmetlerinden yararlanmada, yararlanmak için başvurmada ya da hizmetler hakkında bilgi almak istemede ayrımcılık yasağına uyulmalıdır. Ayrıca, teknik olarak kamu hizmeti sunmasalar da

72 Mark **Bell**, "The Right to Equality and Non-Discrimination", Edited by Tamarak Herve and Jeff Kenner, Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights- A Legal Perspective, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2003, s. 93; **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 250.

73 6701 sayılı Kanun'da ayrımcılık temellerinin ucunun açık bırakılmamasının nedeni olarak "cinsel yönelim" ya da "cinsiyet kimliği" gibi toplumun değerlerinde kabul görmemiş temellerin varlığı olabilir. Oysa, 6701 sayılı Kanun'da ayrımcılık temelleri sınırlı olarak sayılmasaydı dahi makul ve nesnel gerekçe/haklı gerekçe bulunduğu için tereddütlü temeller bakımından da eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varılabilirdi. Nitekim Kanun'un TBMM'nin ilgili komisyon görüşmelerinde de söz konusu temellerin olmamasına ilişkin itirazlar yapılmıştır. Bkz. **Elverdi**, s. 110; Zehra **Odyakmaz**/Bayram **Keskin**/Yusuf **Deniz**, "6701 Sayılı TİHEK Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, 2016, s. 744-746.

kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ya da düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile toplumun bir ihtiyacını karşılamaya yönelik faaliyette bulunan gerçek ve tüzel özel hukuk kişileri de yaptıkları faaliyetler bakımından ayrımcılık yasağına uymak zorundadır. Bu kapsamda, etnik kökeni farklı olan bir öğrencinin sadece bu nedenle okula kabul edilmemesi gibi bir şarküterinin de sırf etnik köken nedeniyle ürününü satmaması eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı olacaktır. Bunun haricinde, herhangi bir temel olmadığı ve olağanüstü şartlar oluşmadığı sürece sözleşme özgürlüğü çerçevesinde satıcı bir ürününü satmaya zorlanamaz. Ancak, ayrımcılık yapılması bazı temeller çerçevesinde insan onurunu zedeleyen bir uygulama olduğu için değerler terazisinde insan onurunun sözleşme özgürlüğünden ağır geldiğini ifade edebiliriz.

5. maddenin ikinci fıkrasında hizmetlerin planlanması, sunulması ve denetlenmesi aşamalarında makul düzenlemelerin yapılması gerektiği ifade edilmiştir. 5. maddenin üçüncü fıkrası, idareler ile gerçek ve tüzel özel hukuk kişilerinin taşınır ve taşınmazlarıyla ilgili kira ve satış işlemlerinin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygun olması gerektiği belirtilmiştir. Bu çerçevede belediyeye ait bir dükkânın kiralınmasında ayrımcılık yasağı ihlali yapılamayacağı gibi özel hukuk kişisi de kendine ait bir konutu kiraya verirken ayrımcılık yapamayacaktır. Yine dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde belirtilen istisnalar dışında üyelikle ya da bunların faaliyetleriyle ilgili işlemlerinde ayrımcılık yapılamayacağı 5. maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir.

6701 sayılı Kanun'un 6. maddesinde ise hem kamu tüzel kişisi hem de özel hukuk kişisi bakımından iş ilişkisinin başlamadan önceki bilgi edinme, başvuru gibi aşamalar da dahil olmak üzere iş ilişkisinin her aşamasında ayrımcılık yasağına uyulacağı öngörülmüştür.

III. EŞİTLİK İLKESİNİN VE AYRIMCILIK YASAĞININ İHLALİNE İLİŞKİN UNSURLAR

AİHM başta olmak üzere yargı yerleri ve TİHEK, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken söz konusu ihlal iddiasını birtakım testlerden geçirmektedir. Bu kapsamda, benzer durumdaki kişiler arasında nesnel ve makul bir neden olmadan farklı muamele yapılıp yapılmadığı incelenmektedir. Dolayısıyla öncelikle başvuran ile mukayese edilebilir koşullara sahip başkalarının olup olmadığı, daha sonra farklı bir muamelenin yapılıp yapılmadığı, yapıldıysa bunun nesnel ve makul nedeninin bulunup bulunmadığı irdelenmektedir.

A. Kişilerin Mukayese Edilebilir Koşullarının Olması (Durumlarda Benzerlik)

Ayrımcılık yasağının ihlal edilebilmesi için birbirleriyle mukayese edilebilir koşullara sahip iki ya da daha fazla taraf olması gerekmektedir⁷⁴. AİHM, başvuru konusu edilen durum ile kıyaslanan durumun farklı veya eşit olup olmadığını test etmektedir. Ancak, tarafların koşullarının tam anlamıyla aynı olması aranmamaktadır. İki tarafın hangi özelliklerinin karşılaştırılabilir olacağına ilişkin AİHM'nin tek bir standart ortaya koyamadığı ve bazen durumlarda benzerlik testini atlayarak haklı bir neden olup olmadığını incelediği ileri sürülmektedir⁷⁵. Tacizde olduğu gibi ayrımcılık türlerinden bazılarında karşılaştırma yapılabilecek bir durum olmadığı için de bu koşulun aranmadığı ya da aranmasına gerek olmadığı ifade edilebilir⁷⁶. Kişilerin mukayese edilebilir koşullarının olması daha çok doğrudan ve dolaylı ayrımcılık türlerinde incelenen bir koşuldur.

Başvuru sahibiyle kıyaslanan kişi arasında test edilecek benzerliğin onların doğrudan maddi alandaki özellikleri olmadığı açıktır. Bir başka deyişle, kişinin mesleği, geliri, sosyal yaşantısı her durumda bu testin doğrudan kriteri değildir. Örneğin, bir taşınmazın sadece memurlara kiralanabileceğine ilişkin ilana karşı başvuru yapan bir işçinin başvurusu sırf, meslek, gelir ya da sosyal yaşantı gibi kriterler üzerinden değerlendirilemez. Bu nedenle, iki taraf arasındaki mukayese edilebilir koşullar o kişilerin ya da grupların kişisel ya da sosyal statülerinde aranmamalıdır. Kıyaslama yapılması gerekenin, kişinin talep ettiği ya da yükümlü kılındığı uyumsuzluk konusunun koşullarını karşılayabilme durumu olduğunu ileri sürebiliriz. Daha açık bir ifadeyle, uyumsuzluk konusunun koşulları karşısında tarafların “hukuki durumu” benzer ise mukayese edilebilir olduğunu kabul edebiliriz. Statüler, tek başına doğrudan bir kriter olmasa da karşılaştırılabilirlik testi yapılırken yardımcı kriter olarak başvurulabilir. Örneğin, memur ve öğrenci farklı statülerde

74 **Eren**, s. 451. Şekli eşitlik ilkesinin eleştirilen yönü olan aynı durumda olan iki tarafın bulunmasına odaklanılmasının, eşitlik ilkesinin eşitsiz sonuçlara yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Çoğu zaman da aynı durumda başka birinin olmayışının karşılaştırma yapılabilmesini olanaksız kıldığı için aynı durumdakilere aynı muameleyi tespit etmekten ziyade, farklılık ya da dezavantajlılık taşıyan sonuçlara odaklanmanın daha isabetli olacağı ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karan**, Ayrımcılık Yasağı, s. 38-43. AİHM belki de bu nedenle “durumlarda benzerlik” kistasının üzerine eğilmek yerine muamelenin dezavantajlı bir sonuca neden olup olmadığını araştırmayı tercih etmektedir.

75 **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 278; **Harris ve diğerleri**, s. 743.

76 **Karan**, Ayrımcılık Yasağı, s. 270.

olmasına rağmen, her ikisi de konutu kiralamak için gerekli olan depozito, peşinat gibi sözleşmenin koşullarını karşılayabilecek durumda ise iki tarafın da kira sözleşmesinin tesisi bakımından mukayese edilebilir durumları olduğu söylenebilir. Bir başka deyişle, kira sözleşmesinin tesisi bakımından hem memurun hem de öğrencinin hukuki durumu benzerdir. Diğer bir örnek, iş ilanında sadece erkeklerin başvuru yapılabileceği açıklaması yapılması varsayımında, başvuru yapacak olan kadının erkekten farklı bir sosyal statüsü ya da hukuki statüsü olabilir. Ancak bu karşılaştırılabilir durumlarının olmadığı anlamına gelmez. Zira, söz konusu iş pozisyonunun şartlarını her ikisi de sağlıyor ise durumlarının benzer olduğu sonucuna varabiliriz. Nitekim TİHEK, koruma ve güvenlik görevlisi pozisyonuna sadece erkek adayların başvurabileceğine dair ilana karşı yapılan başvuruda, işe alınması için sayılması gereken niteliklere, kadın adayın da sahip olduğunu ve pozisyon kadın adaylara da açılsaydı başvurabileceğini ifade etmiştir⁷⁷. Burada TİHEK, başvuranın iş pozisyonundaki niteliklere sahip olduğunu belgelendirmesine rağmen tercih edilmemesini 6701 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre ayrımcılık yapıldığına dair kuvvetli emarelerin ortaya çıkması olarak kabul etse de açıkça ifade etmemekle birlikte erkek aday ile kadın adayın mukayese edilebilir koşullarının olduğu sonucuna da ulaştığını düşünüyoruz. Danıştay da KPSS-204/2 ve Ek Yerleştirme Tercih Kılavuzunun 252 kodunda yer alan ve Maden Tetkik Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatına mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için “cinsiyeti erkek olmak” ibaresini içeren düzenlemeyi mesleğin icrası için gerekli olan diplomanın hem erkeğe hem de kadına aynı yetkiyi verdiği gerekçesiyle cinsiyet ayrımcılığının eşitlik ilkesini ihlal ettiği kararını vermiştir⁷⁸.

77 TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/874, Karar Numarası: 2022/941, 29.12.2022 (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/e3btaf.pdf>). “Bu bağlamda, herhangi bir kurumda koruma ve güvenlik görevlisi olarak çalışabilmek için birtakım şartların sağlanması ve bunun sonucunda verilecek olan özel güvenlik görevlisi kimlik kartına sahip olunması gerektiği görülmektedir. Başvuran, dosyaya bu gereklilikleri yerine getirdiğini, koruma ve güvenlik görevlisi olarak çalışabilmek için aranan niteliklere sahip olduğunu ve başvuruya konu pozisyon kadın adayların istihdamına da açılmış olsaydı bu ilana başvuru yapma hakkı olacağını gösteren belgeleri sunmuştur.”

78 “Anayasanın yukarıda yer verilen hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, herkes cinsiyet yönünden kanun önünde eşittir. Aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında cinsiyet farklılığının hukuksal eşitsizliğe gerekçe olabileceği kabul edilemez. Bir yüksek öğretim lisans programına devam edilerek alınan mezuniyet diploması; diplomaya hak kazanan kişinin mesleği her koşulda yerine getirmeye hak kazandığını göstermektedir. Kamu hizmetine girilmede cinsiyet ayrımcılığına dayalı engelleyici yönde getirilen koşullar eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi, işlevselliği kalmayan

Danıştay, bu kararında mühendis kadrosuna atanmak için gerekli olan koşulun (diploma ve puan) erkeklerin yanında kadınlar tarafından da karşılandığını belirterek aslında hukuki durumlarının benzer olduğunu kabul etmiştir. Aynı şekilde, bir gebe kadın ile gebe olmayan kadının iş başvurusu yapması halinde fiziki olarak sahip oldukları farklılıklardan ziyade, işin koşullarını sağlama bakımından durumlarının benzer olduğu söylenebilir.

Bir yükümlülüğe tabi olmak bakımından durumlardaki benzerlik testini yine yükümlülüğün koşulları çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Örneğin, vergi yükümlülüğü açısından düşük geliri ile yüksek gelirden aynı verginin alınması eşitlik ilkesine aykırılık olacağından, gelir oranında vergi alınması gerekir. Burada kişinin maddi durumunun kıstas olarak alınmasının nedeni de yükümlülüğünün konusu gelir olduğu içindir⁷⁹.

Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta açık öğretim adalet ön lisans mezunları ile örgün öğretim adalet ön lisans mezunlarının dikey geçiş sınavında farklı kontenjanlara sahip olmasının aynı hukuki durumdakilere farklı muamele edilmesi niteliğinden olduğundan eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir⁸⁰. İdarenin, adalet meslek

meslek ünvanlarının dolaylı olarak kişilerin elinden alınması suretiyle hak kaybına yol açacaktır." Dan. 12. D., E. 2004/4382, K. 2006/539, 22.02.2006, (Legalbank).

79 Nitekim Anayasa Mahkemesi de otomobil ve oto yedek parça ticaretiyle uğraşan bir şirkete, gerçeğe aykırı satış yaparak özel tüketim vergisi kaybına neden olduğu gerekçesiyle yapılan üç kat vergi zıyaı cezalı ÖTV tarhiyatına karşı yapılan başvuru da mükellefi olunan verginin koşullarını sağlama bakımından benzer bir değerlendirme yapmaktadır: *"Buna göre aynı sektörde faaliyet gösteren ve ÖTV mükellefi olan, itiraz konusu yapılan vergi incelemesine tabi tutulan, bir kat vergi zıyaı cezası kesilen şirketler ile üç kat vergi zıyaı cezası kesilen başvuru Şirketin karşılaştırma yapmaya müsait olacak şekilde 'benzer durumda' olduğu açıktır. Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden benzer durum tespit edilebildiğinden aynı vergi incelemesine tabi tutulan mükellefler somut olay bağlamında 'kıyaslanabilir' durumdadır."* AYM, Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu, 2015/6728, 01.02.2018, paragraf 87, (R.G. 07.03.2018-30353).

80 *"Danıştay Sekizinci Dairesinin 4.2.2015 günlü, E:2014/6621, K:2015/450 Sayılı kararıyla; Anayasa'nın 10. maddesi, 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 7. maddesinin (e) ve (ı) bentleri ile 45. maddesi, 6114 Sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrası, Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Ön Lisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Devamları Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesi ve Açık Yükseköğretim Yönetmeliği'nin 13. maddesi hükümlerinde, açıköğretim önlisans mezunlarının lisans programlarına dikey geçiş başvuruları sırasında örgün meslek yüksekokulları mezunlarından farklı bir değerlendirmeye tabi tutulacağına dair olarak, açıköğretim önlisans mezunlarının aleyhine herhangi bir kısıtlayıcı*

yüksekokulu mezunları ile açık öğretim adalet ön lisans mezunlarının aldıkları eğitimin farklı olması nedeniyle aynı durumda olmadıklarını ileri sürmesine rağmen, Danıştay, idarenin sorumluluğundan olan fiiliyattaki durum yerine, hukuki duruma göre hareket etmiş ve aynı hukuki durumda olanlara yapılan farklı muameleyi eşitlik ilkesinin ihlali olarak görmüştür. Adalet meslek yüksekokul mezunları ile açık öğretim adalet ön lisans mezunların mukayese edilebilir koşulları olup olmadığını uyuşmazlık konusunun özellikleri ya da şartları bakımından değerlendirmek gerekmektedir. Aksi halde idarenin de ileri sürdüğü gibi bu iki grubun koşullarının aynı olmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Ancak, olayda uyuşmazlığın konusu dikey giriş sınavında açık öğretim adalet ön lisans mezunları aleyhine daha az ayrılan kontenjanlara ilişkindir. Genel bir sınav olan dikey geçiş sınavında aynı soruları cevaplayıp, aynı puanları alarak öğrencilerin yeterlilikleri tespit edilebildiğinden, bu sınavı kazanmak bakımından iki tarafın da durumlarında benzerlik olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Danıştay'ın fiiliyattaki duruma değil de hukuki duruma göre hareket etmesinin nedeni budur.

Anayasa Mahkemesi, üniversite hastanesinde uzman doktor olarak görev yapan ve nöbet tuttuğu halde nöbet ücreti alamayan doktorun başvurusunu incelerken, nöbet hizmetini yerine getirip ücretini de alan personelleri tespit etmiş ve bunların kıyaslanabilecek şekilde benzer

düzenlemeye yer verilmediği gibi, aksine, Açık Yükseköğretim Yönetmeliği'nin 13. maddesinde, bunların eşit hak ve yetkilere sahip oldukları belirtilmiş olduğundan, açıköğretim adalet önlisans mezunlarının hukuk fakültelerine dikey geçiş sırasında tercih edebilecekleri kontenjan sayısında kısıtlama getirilmesine dair davaya konu Kılavuz düzenlemelerinin, üst hukuk normlarına aykırı olduğu; öte yandan, adalet meslek yüksekokulu mezunları ile açıköğretim adalet önlisans mezunlarının başvurabilecekleri hukuk fakültesi kontenjanları arasında ayırım yapılarak, açıköğretim adalet önlisans mezunlarının daha az sayıda kontenjan için başvuru yapabileceğine dair düzenlemenin, 2547 Sayılı Kanun'un 7. maddesinin (1) bendi ile 6114 Sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında da belirtilen fırsat eşitliği ilkesine de aykırı olduğu; bununla birlikte, her ne kadar davalı idarece, adalet meslek yüksekokulu mezunları ile açıköğretim adalet önlisans mezunlarının aldıkları eğitimin aynı olmaması sebebiyle eşit durumda bulunmadıkları belirtilmekte ise de, idarenin sorumluluğunda olan fiiliyattaki uygulamalara dair bu durumun düzeltilmesi adına, hukuksal olarak eşit durumda bulunan kişiler arasında eşitlik ilkesine aykırı düzenleme yapılması hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğundan, bu iddiaya itibar edilmediği; bu durumda, aynı hukuksal durumda bulunmalarına ve aynı sınava girmelerine rağmen, dikey geçiş sınavında açıköğretim adalet önlisans mezunları ile örgün öğretim adalet önlisans mezunları için ayrı kontenjanlar belirlenmesine dair davaya konu düzenlemede hukuka, kamu yararına ve eşitlik ilkesine uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir." DİDDGK, E. 2015/2967, K. 2015/3161, 30.09.2015, (Legalbank).

durumda oldukları sonucuna varmıştır⁸¹. Kararda açıkça ifade edilmese de buradaki ölçüt, talep edilen ücretin koşullarını uzman doktorun da diğerlerinin de yerine getirmesi, dolayısıyla hukuki durumlarında benzerlik bulunmasıdır. Yine Anayasa Mahkemesi, görme engelli bir bireyin, yazılması gereken bir ifadeyi yazamaması ve banka personelinin de çözüm üretmemesi sonucunda krediyi kullanamadığı olayda, kredi sözleşmesi yapabilme koşullarını sağlama bakımından görme engelli bireyin ve kredi kullanmak isteyen diğer kişilerin durumlarının aynı olduğunu ifade etmiştir⁸².

Sonuç olarak, mukayese edilebilir koşulların olup olmadığını tespit edebilmek için, başvuran tarafından talep edilen ya da başvuranın yükümlüsü olduğu konunun özelliklerini ya da koşullarını sağlayabilmelerini kıyaslamak gerektiğini ifade edebiliriz. Her iki taraf da o uyumsuzluk konusu olan şeyin koşullarını ya da özelliklerini karşılayabilecek/sağlayabilecek durumdaysa, mukayese edilebilir özellikleri olduğunu söyleyebiliriz. Bu aşamadan sonra farklı muamele ile nesnel ve makul bir gerekçenin olup olmadığı incelenmelidir.

B. Farklı bir Muamelenin Olması

Ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmede karşılaştırılabilir iki taraf olduğu tespit edildikten sonra farklı muamele olup olmadığı incelenmektedir. Farklı muamele, 6701 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ayrı tutma adı altında "*kişilerin bu Kanunda sayılan temellerden biri veya birden fazlası nedeniyle, bir eylem veya eylemsizliğin sonucu olarak diğerlerinden ayrı tutulması durumu*" olarak tanımlanmıştır. Kanun'da yer alan eylem ya da eylemsizlik ifadesi, kamu tüzel kişilerinin ya da özel hukuk kişilerinin bir davranışı, hareketi ya da tam tersi olarak hareketsizliği anlamına gelmektedir. Ancak, farklı muamele, işlemler yoluyla da yapılabildiğinden Kanun metninde işlem ifadesinin de yer alması gerektiğini ifade edebiliriz. Nitekim, idareler

81 AYM, Tevfik İlker Akçam Başvurusu, 2018/9074, 03.07.2019, paragraf 49, (R.G. 02.09.2019-30850).

82 "*Somut olay bağlamında ilk tespit edilmesi gereken husus, başvurusunun kredi kullanmak isteyen diğer kişilerle kıyaslanabilir ve benzer durumda olup olmadığıdır. Başvurusunun belirli oranda bir kredi limitine sahip olduğu banka tarafından kabul edilmiş ve kredi işlemleri başlatılmıştır. Başvurusunun kredi kullanamamasının sebebi, kredi sözleşmesine yazılması gereken bir ifadeyi görme engelli olması nedeniyle yazamaması ve banka personeli tarafından bu hususta bir çözüm üretilmemesidir. Bu itibarla başvurusunun görme engelli olması dışında kredi kullanmak isteyen diğer bireylerle benzer durumda olduğu açıktır.*" AYM, Sevda Yılmaz Başvurusu, 2017/37627,02.03.2023, paragraf 62, (R.G. 19.07.2023-32253).

düzenleme yaparken benzer durumdaki grupları ya da kişileri kapsam dışı bırakıp eksik düzenleme; kapsama farklı durumu olanları da alarak aşkın düzenleme yapabilmektedir.⁸³ Örneğin, TİHEK'in eksik düzenleme bulunduğu sonucuna ulaştığı bir uyuşmazlığa⁸⁴ göre, Ücretsiz ve İndirimli Seyahat Kartları Yönetmeliği'nin 3. maddesinde şehir içi toplu taşıma hizmetleri tanımlanırken, taksi, taksi dolmuş, rekreatif, turistik ve servis amaçlı kullanılan araçlar bu tanıma dahil edilmemiştir. Nitekim mezkûr Yönetmeliğin 4. maddesinde ücretsiz seyahat hakkından yararlanacak kişilerin, demiryolları ve denizyollarının şehir içi ve şehirlerarası hatlarından, belediyelere, belediyeler tarafından kurulan şirketlere, birlik, müessese ve işletmelere veya belediyeler tarafından yetki verilen özel şahıs ya da şirketlere ait şehir içi toplu taşıma hizmetlerinden ücretsiz yararlanabileceği ifade edilmiş, yine taksi, taksi dolmuş, rekreatif, turistik ve servis amaçlı araçlar bu kapsamda sayılmamıştır. Dolayısıyla, Yönetmeliğin 4. maddesine göre harp ve vazife malulü birinin şehir içinde otobüsten ücretsiz yararlanırken, dolmuştan ücretsiz yararlanamaması ya da sadece dolmuşların hizmet verdiği bir yerleşim biriminde oturan bir malulün toplu taşımayı ücretsiz olarak kullanamaması eşitlik ilkesini zedelemektedir.

C. Nesnel ve Makul Gerekçelerin Bulunmaması

İki taraftan birine yapılan farklı muamelenin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını ihlal etmesi için, bu farklı muamelenin nesnel ve makul bir gerekçesinin bulunmaması gerekmektedir. AİHS'nin 14. maddesinde nelerin nesnel ve makul gerekçe olacağına ilişkin bir düzenleme olmadığı için, AİHM önüne gelen uyuşmazlıkların

83 Eren, bu durumu kanunlar üzerinden örneklendirmiş ve kanunların eksik ve aşkın düzenleme yapabildiğini ifade etmiştir. **Eren**, s. 453.

84 “Başvuruya konu olayda, Ücretsiz veya İndirimli Seyahat Kartları Yönetmeliği ile Ücretsiz Seyahat Kapsamında Yapılacak Gelir Desteği Ödemesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 3'üncü maddelerinde şehir içi toplu taşıma hizmetleri tanımlanırken dolmuş hariç tutulduğundan dolmuş şoförlerinin yönetmeliklere uygun davrandığı görülmektedir. Ancak Polatlı'da olduğu gibi ülkemizin bazı yerleşim yerlerinde toplu taşıma hizmetinin yalnızca dolmuşla verildiği göz önünde bulundurulduğunda, Yönetmelik hükümleri engelli vatandaşlarımızın ücretsiz ulaşım hizmetinden yararlanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu bağlamda, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanmış olan ilgili yönetmelik hükümlerinde, toplu taşıma hizmetinin dolmuşları da kapsayacak şekilde genişletilmesine yönelik değişiklik yapılmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir”. TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1190, Karar Numarası: 2023/307, 13.04.2023, (<https://www.tih.gov.tr/public/images/kararlar/i3dd6c.pdf>).

özelliklerine göre değerlendirme yapmaktadır⁸⁵. Bir başka ifadeyle, somut olaya ve temellere göre nesnel ve makul gerekçe kavramını yorumlamaktadır. Bu kapsamda bazı temellere ilişkin öne sürülen geniş kapsamlı nedenleri nesnel ve makul gerekçe olarak kabul ederken, cinsiyet, ırk, etnik köken gibi bazı temellerde ise daha güçlü nedenler aramaktadır⁸⁶. Aynı şekilde, Anayasa'nın 10. maddesi ve 6701 sayılı Kanun'un 3. maddesinde de açıkça nesnel ve makul nedenler gösterilmemiştir. Dolayısıyla, AİHM'nin nesnel ve makul gerekçeye ilişkin değerlendirmelerinin Anayasa Mahkemesi ve TİHEK bakımından yol gösterici olduğunu söyleyebiliriz.

AİHM, nesnel ve makul gerekçeyi iki açıdan incelemektedir⁸⁷. Önce, farklı muamelenin meşru bir amacı olup olmadığı, sonra bu amaca ulaşmak için başvurulmuş aracın orantılı olup olmadığı değerlendirilmektedir⁸⁸. Anayasa Mahkemesi de meşru amaç yerine haklı gerekçe ifadesini kullanmakta⁸⁹ ve kararlarında AİHM'nin meşru amaç ve orantılılık ölçütlerine atıf yapmaktadır⁹⁰. O halde, farklı muamelenin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını ihlal etmemesi için meşru bir amacının olması ve bu amacın ölçülü olması gerekmektedir. 6701 sayılı Kanun bakımından da Kanun'un 3. maddesinde sayılan ayrımcılığın yasaklanan nedenleri kapsamında yapılan farklı muamelenin nesnel ve makul gerekçesinin olmaması halinde ayrımcılık yasağını ihlal edildiği kabul edilmektedir.

Meşru amaç, her somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilebilecek bir ölçüttür. Özellikle idarenin takdir yetkisini kullandığı durumlarda, işlemin hizmet gereklerine ve kamu yararına uygun olması aslında meşru bir amacı olduğuna da karine teşkil etmektedir. Örneğin, Iğdır ilindeki ihtiyaç nedeniyle, idare takdir yetkisi

85 **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 281.

86 **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 282.

87 **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 280.

88 **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 280. AİHM'nin orantılılık incelemesinin dar anlamda mı, yoksa elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt unsurlarıyla ölçülülük ilkesi olarak geniş anlamda mı olduğuna ilişkin belirsizlik bulunduğu ifade edilmektedir. **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 283.

89 **Karan**, Bireysel Başvuru, s. 284.

90 *"AİHM'e göre farklı muamele nesnel ve makul bir gerekçeye sahip olmaması hâlinde ayrımcı olarak niyelendirilir. Diğer bir deyişle meşru bir amaç taşımadığı veya kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığı tespit edilen farklı muamele, ayrımcılık oluşturur."* AYM, Tevfik İlker Akçam Başvurusu, 2018/9074, 03.07.2019, paragraf 25, (R.G. 02.09.2019-30850).

çerçevesinde bir memuru İzmir ilinden Iğdır İline naklen atadığında, atama işlemi hizmet gereklerine ve kamu kararına uygunsu hukuka uygun kabul edilir. Meşru amacının da bu çerçevede bulunduğu ifade edilebilir. Söz konusu atamaya uygun bir kadın ve bir erkek olduğu halde kadının tercih edildiği ve cinsiyet temelinde ayrımcılık yapıldığı iddia edilirse, idarenin takdir yetkisini kadın memur yönünden kullanması tek başına ayrımcılık yasağını ihlal ettiği anlamına gelmemektedir. Cinsiyet temelinde ayrımcılık yapıldığı sonucuna varmak için, bu iddianın başka verilerle de desteklenmesi gerekmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi bir kararında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin özlük haklarıyla idarenin takdir yetkisinin sınırları içinde farklı düzenlemelerinin olabileceği, ancak nesnel ve makul bir gerekçenin olmamasının ayrımcılık yasağını ihlal edeceği sonuca ulaşmıştır⁹¹.

Nesnel ve makul bir gerekçenin bulunması için meşru amaca ulaşmak için başvuru aracın, yani tesis edilen işlemin, eylemin ya da düzenlemenin ölçülük ilkesine uygun olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesinin “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır⁹². Meşru amaca ulaşmak için başvuru aracın bu amaca ulaşmaya elverişli olması elverişliliği, meşru amacın gerçekleşmesi için en uygun ve en yumuşak aracın seçilmesi de gerekliliği ifade etmektedir⁹³. Orantılılık ise bireyin menfaati ile kamunun menfaati arasında denge kurmaya çalışan bir unsurdur. Meşru amaca ulaşmak için başvuru aracın birey için katlanılmaz sonuçlara yol açması orantılılığın ihlal edildiği anlamına gelir⁹⁴. Bir başka deyişle, bireyin menfaati ile kamunun menfaati arasındaki denge bozulmuş ise eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği ifade edilebilir⁹⁵. Anayasa Mahkemesi de bir kararında farklı muamelenin başvurucuya aşırı bir külfet yüklediğini ifade ederek ölçülülük ilkesine ilişkin değerlendirme yapmış ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁹⁶.

91 AYM, Tevfik İlker Akçam Başvurusu, 2018/9074, 03.07.2019, paragraf 57, (R.G. 02.09.2019-30850).

92 Yücel **Oğurlu**, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 36.

93 **Oğurlu**, s. 37.

94 **Oğurlu**, s. 38.

95 **Karan**, Eşitlik, s. 491.

96 “Buna göre olayda objektif ve makul bir gerekçe gösterilmeden mülkiyet hakkına yapılan ayrımcı müdahale nedeniyle başvurucuya aşırı bir külfet yüklenmesine yol açılmıştır. Dolayısıyla başvuru konusu olayda mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” AYM, Tevfik İlker Akçam Başvurusu,

TİHEK de meşru amaç ve ölçülük ilkesi kıstaslarını kullanmaktadır. Örneğin, E nabız sisteminde, diğer hastalıklardan farklı olarak ruhsal ve davranış bozukluğu hastalıklarının tanısında sadece kod kullanıldığı, hastalığın ismine yer verilmediği gerekçesiyle yapılan sağlık temelinde ayrımcılık yasağı ihlaline ilişkin başvuruda TİHEK, hastalık grupları arasındaki farklı muamelenin nesnel ve makul bir gerekçesi olup olmadığını araştırmıştır. Bu kapsamda, Sağlık Bakanlığınca, ruhsal hastalıkların kod olarak e nabızda görülmesinin sebebinin doktorlar da dahil olmak üzere 3. kişilerin kişisel bir veri olan tanının isminin kişinin sosyal hayatını ve ruh sağlığını olumsuz etkilememesi amacıyla gözükmemesi gerektiği, ancak hastanın kendisinin bilgi edinme hakkı çerçevesinde başvurması halinde hastalığıyla ilgili detaylı bilgi alabileceği ifade edilmiştir. TİHEK, kişisel verilerinin korunmasının meşru bir amaç olduğunu ve bilgi edinme hakkı çerçevesinde hastalığıyla ilgili detaylı bilgi sahibi olabilecek olmasını orantılı bularak, farklı muamelenin nesnel ve makul bir gerekçesi olduğu sonucuna ulaşmıştır⁹⁷.

Ölçülülük ilkesine atıf yapılan bir uyuşmazlıkta %46 oranında engelli olan başvuranın T.C. Devlet Demiryolları Taşımacılık A.Ş. tarafından sunulan yüksek hızlı tren ulaşım hizmetinden ücretsiz yararlanmaktayken bir ay içinde iki defa ücretsiz bilet alıp seyahat etmediği gerekçesiyle ücretsiz seyahat hakkı 180 gün askıya alınmıştır. TİHEK, ücretsiz bilet hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla bu kuralın olduğunu ancak alternatif çözüm yolu öngörülmeden bu hakkın uzun bir süre askıya alınmasını orantısız bularak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁹⁸.

Başvuru No: 2018/9074, 03/07/2019, paragraf 57, (R.G. 02.09.2019-30850). Aynı yönde bkz. AYM, İbrahim Halil Altıparmak Başvurusu, 2019/1849, 10.05.2023, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/1849>).

97 “Ayrıca başvuranın, muhatap Bakanlıktan başta F kodlu ruhsal ve davranış bozukluğu hastalıkları olmak üzere kişisel sağlık verileri hakkında detaylı bilgi talep etmesi halinde bu bilgilere yapılan açıklamalar ve düzenlemeler kapsamında ulaşılacağı görülmektedir. Bu kapsamda e-Nabız sisteminde ruh ve davranış sağlığı bozukluğunu ifade eden F kodlu tanılar hakkında detay verilmemesinde, başvuranın kişisel sağlık verilerinin korunması amacı taşıdığı, dolayısıyla başvuranın sağlık verilerinin korunmasında objektif ve makul gerekçenin yer aldığı, gerçekleştirilmesi istenen amaç ile kullanılan yöntemin orantılı olduğu değerlendirilmektedir” TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1083, Karar Numarası; 2023/299, 30.03.2023, (<https://www.tihkek.gov.tr/public/images/kararlar/etum11.03>).

98 “Ayrıca 180 günlük sürenin uzunluğunun hangi kritere göre belirlendiğinin ortaya koyulmaması ile birlikte muhatabın kamu zararının önlenmesi için alternatif bir

Yine, Türk Standartları Enstitüsü Başkanlığı'nın bilgisayar mühendisi alım ilanında 35 yaşından büyük olmama şartı getirmesine karşı yapılan başvuruda TİHEK, yaş temelinde yapılan farklı muamelenin haklı bir gerekçesi olup olmadığını ve bunun ölçülü olup olmadığını incelemiştir. Neticede, TSE Başkanlığının, Türkiye'nin her yerinde, her koşulda çalışabilecek personel aradığı için 35 yaş şartı öngörmesinin haklı bir gerekçesi olmadığını, zira 35 yaşından büyük personelinde bilgisayar mühendisliği görevini layıkıyla yerine getirebilecek zihinsel yetkinliğe sahip olabileceği gerekçesiyle yaş temelinde ayrımcılık yapıldığına karar vermiştir⁹⁹.

TİHEK'e yapılan bir başka başvurunun konusu ise cinsiyet temelinde ayrımcılığa yöneliktir. Aynı ceza infaz kurumunda tutuklu bulunan anne ve babanın biri on bir aylık diğeri dört yaşında olan müşterek çocuklarının anneleriyle görüşme saatinin babalarıyla görüşme saatinin iki katı olmasıdır. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliğin 74. maddesinde yer alan “Çocuk hükümlüler ile sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan kadın hükümlüler hakkında bu bentte düzenlenen telefonla görüşme süresi iki kat olarak uygulanır. Hükümlülere mensubu buldukları dinin bayramlarında kullanılmak üzere otuz dakika ilave görüşme hakkı verilir” hükmüne istinaden anneliğin himayesi ve çocuğun üstün yararının korunmasının haklı gerekçe olduğundan bahisle cinsiyet temelinde

çözüm yolu da sunmadığı anlaşılmaktadır. Engelli bireyler tarafından ücretsiz bilet hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi için kullanılmayan bilet ücretinin ödenmesi veya kullanılmayan bilet ücretinin bir ceza ile birlikte ödenmesi, kişilerin duruma ilişkin önceden yazılı bir şekilde uyarılması gibi alternatif çözüm yolları öngörülmezsizin kişilerin ücretsiz bilet hakkının 180 gün boyunca askıya alınması karşısında kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık olmadığı değerlendirilmektedir. 36. Yukarıda bahsi geçen tüm hususlar dikkate alındığında TCDD tarafından sunulan ulaşım hizmetlerinden ücretsiz yararlanma hakkı olan engelli bireylerin bir ay içinde 2 adet bilet aldıkları halde trene binmediklerinin tespiti halinde 180 gün boyunca ücretsiz bilet hakkından yararlanamaması, kamu zararının ve hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi şeklinde meşru bir amaç taşısa da, kamu zararının önlenmesi için alternatif bir yol öngörülmemesi ve ücretsiz bilet imkanının 180 gün süreyle askıya alınmasının ölçülü olmadığı, uygulamada makul bir dengenin gözetilmediği, bu sebeple engellilik temelinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiği kanaatine varılmıştır.” TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2023/1546, Karar Numarası: 2024/480, 08.05.2024, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/3bzhh2.pdf>).

99 TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1472, Karar Numarası: 2023/499, 13.06.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/exvsvs.pdf>).

ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır¹⁰⁰. TİHEK, kararında “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”nin 4. maddesine¹⁰¹ ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin¹⁰² 3. maddesinin birinci fıkrasına atıf yapmıştır. Söz konusu hükümlerde kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak amacıyla ve anneliğin himayesi amacıyla alınacak önlemlerin ayrımcılık oluşturmayacağı ve çocuğu ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararının temel düşünce olduğu ifade edilmiştir. Somut olayda, anne ve babası ceza infaz kurumunda olan biri on bir aylık, diğeri de dört yaşında iki çocuk bulunmaktadır. Annenin çocuklarıyla telefonda görüşme süresinin babanın süresinden iki kat fazla olması, anneliğin himayesi ve çocuğun yararı gerekçeleriyle ayrımcılık yasağının ihlali olarak kabul edilmemiştir. Kanaatimizce, anneliğin himayesi aslında anne ile çocuk arasındaki özel ilişkinin korunmasını ifade etmektedir. Bir başka deyişle, çocuğun sadece annesiyle olan ilişkisi neticesinde birtakım duygulara sahip olabileceği ne babanın ne de başka birinin bu duyguları çocukta uyandıramayacağı durumlar anneliğin himayesi kapsamında korunmalıdır. Örneğin, annenin her gün çocuğunu emzirmesine izin verilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Somut olayda, iki küçük çocuğun anne ve babasıyla telefonla iletişim kurma süreleri tartışma konusu olmuştur. Çocukların doğumdan itibaren, anneleriyle olduğu kadar babalarıyla da iletişim halinde olmalarının gelişimlerini olumlu yönde etkilediğine dair bilimsel çalışmalar

100 “İlgili sözleşme hükümleri ve AİHM kararları bir arada değerlendirildiğinde ve yaşı küçük çocuğun anneye olan ihtiyacı göz önünde bulundurulduğunda, devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğu ve bu yükümlülükleri yerine getirmek için devletin bazı önlemler alması gerektiği, ceza infaz kurumlarında küçük çocuğun anne ile gerçekleşen telefon görüşmelerinde farklı süre uygulaması ile anneliğin himayesi ve çocuğun üstün yararının korunmasının hedeflendiği, başvuruya konu farklılığın meşru amaç kapsamında kaldığı ve dolayısıyla farklı muamelelerin ayrımcılık oluşturmayacağı değerlendirilmektedir.” TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1707, Karar Numarası: 2023/502, 13.06.2023, (<https://www.tihe.gov.tr/public/images/kararlar/wu9b8c.%20k>).

101 “1. Kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak için taraf devletlerce alınacak geçici ve özel önlemler, iş bu sözleşmede belirtilen cinsten bir ayırım olarak mütalâa edilmeyecek ve hiçbir şekilde eşitsizlik veya farklı standartların muhafazası sonucunu doğurmayacaktır. Fırsat ve uygulama eşitliği hedeflerine ulaşıldığı zaman bu tedbirlere son verilecektir. 2. Anneliğin himayesi amacıyla işbu Sözleşmede belirtilenler dahil, Taraf Devletlerce alınacak özel önlemler, ayrımcı olarak nitelendirilmeyecektir.”

102 “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.”

bulunmaktadır¹⁰³. Dolayısıyla telefonla iletişim kurma noktasında çocukların anne ve babaya aynı derecede ihtiyacı olduğu söylenebilir. Nitekim, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 18. maddesinde¹⁰⁴ de çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişiminin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesi vurgulanmış, ilgili devletin çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardımı yapacağı ifade edilmiştir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, çocuğun gelişimde babanın rolü önemli olduğu için, ona anneye birlikte sorumluluk yüklenmiştir. Bir çocuk hem annesiyle hem de babasıyla aynı derecede iletişim kurmaya muhtaçtır ve bu husus sosyal, fiziksel, bilişsel, ruhsal gelişimi bakımından son derece önemlidir. Somut olayda aslında anneliğin himayesine ilişkin bir uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık, “iletişim kurma” özelinde anne ve baba arasındaki farktır. Bu farkın gerekçesi olarak anneliğin himayesinin ve çocuğun yararının ileri sürülmesinin haklı bir tarafı yoktur. Zira, bilimsel araştırmaların da işaret ettiği gibi çocuğun iletişim kurma noktasında anne ve babaya aynı derecede ihtiyacını bulunmakta ve babayla ilişkinin çocuğun gelişiminde önemli olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, olayda çocukların üstün yararı çerçevesinde yönetmelikte baba için yer alan süresi annenin süresi kadar artırılarak düzenlenmesinin ve bu haliyle ayrımcılık yasağı ihlaline karar verilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

103 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nilay Pekel **Uludağlı**, “Baba Katılımında Etkili Faktörler ve Baba Katılımının Baba, Anne ve Çocuk Açısından Yararları”, Türk Psikoloji Yazıları, C. XX, S. 39, Haziran 2017, s. 70-88; Yaşar **Kuzucu**, “Değişen Babalık Rolü ve Çocuk Gelişimine Etkisi”, Türk Psikolojik Danışma ve Rehberlik Dergisi, C. IV, s. 35, 2011, s. 79-91; Mustafa **Belli/Nurdan Akçay Didişen/Hatice Bal Yılmaz**, “Geçmişten Günümüze Değişen Babalık Rolü ve Çocuk Gelişimine Katkıları”, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi, C. VIII, S. 2, 2021, s. 366-371; Şakire **Anlıak**, “Okul Öncesi Dönemde Çocuğun Yaşamında Baba ve Erkek Öğretmenin Rolü ve Önemi”, Ege Eğitim Dergisi, C. V, S. 1, 2004, s. 25-33.

104 “1. Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler. 2. Bu Sözleşme’de belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlarlar. 3. Taraf Devletler, çalışan ana-babanın, çocuk bakım hizmet ve tesislerinden, çocuklarının da bu hizmet ve tesislerden yararlanma hakkını sağlamak için uygun olan her türlü önlemi alırlar.”

Bu başlık altında son olarak değerlendirilmesi gereken konu da toplumumuz açısından en çok çekince konulan “cinsel yönelim” temelini Kanun kapsamında yer alması halidir. Esasında sorun, Kanun’da ayrımcılık temellerinin ucunun açık bırakılması halinde bu gibi tepki toplayan temellerin kapsama dahil edilmesi değildir. Bir başka ifadeyle, 6701 sayılı Kanun’da ayrımcılık temelleri tahdidi olarak sayılmasaydı dahi her somut olayın özelliğine göre cinsel yönelim söz konusu olduğunda nesnel ve makul gerekçelerin ileri sürülmesi koşuluyla farklı muamele ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmeyebilirdi. Örneğin, eşcinsel ya da trans bir kişinin online müşteri temsilcisi pozisyonuna ilişkin iş başvurusu makul bir gerekçe olmaksızın sırf bu nedenle reddedildiğinde ayrımcılık yapıldığına ulaşılabılır, ancak aynı kişinin bir kreşte yardımcı personel olarak yaptığı başvurunun reddi halinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini söyleyemeyiz. Zira, çocukların üstün yararı, toplumdaki aile yapısı ile kadimden beri gelen örf ve adetlerimizin korunması amacı makul ve nesnel bir neden olarak kabul edilebilir.

SONUÇ

Sözleşme ve Anayasa’da genel esasları ile düzenlenen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin detaylı hükümlere 6701 sayılı Kanun’da yer verilmiştir. Esasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının tanımının ve kapsamının kaynağı Sözleşmenin yorumlanmasında önemli bir rolü olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına benzer şekilde bu ilkenin yorumlanmasına katkı sunmakta, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının içeriği söz konusu yargı mercilerinin içtihatları doğrultusunda şekillenmektedir. Bu çerçevede 6701 sayılı Kanun’la kurulan TİHEK de bir idari organ olarak hukukla bağlı idare ilkesi gereğince benzer mahkeme kararlarından faydalanmalıdır. Zaten, TİHEK, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ve Anayasa Mahkemesi’nin uyguladığı “mukayese edilebilir kişiler”, “farklı muamele” ve “nesnel ve makul neden” kıstaslarını uygulamaktadır. Aynı ilkeyi düzenleyen farklı normların uygulanmasında birlik olması hakların korunması açısından önemli olduğu gibi bu ilkenin güçlü bir şekilde benimsenmiş olması açısından da önemlidir.

Sözleşme ve Anayasa’da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ancak bu normlarda yer alan haklarla birlikte ileri sürülebilmektedir. Sözleşmeye ek 12. Protokol genel bir ayrımcılık yasağı getirmiş olsa da Türkiye bu

protokolü onaylamadığı için sadece Anayasa’da ve Sözleşme’de korunan haklar bakımından eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlali ileri sürülebilecektir. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı Sözleşme’de ve Anayasa’da benzer şekilde tanımlanırken, 6701 sayılı Kanunda ise genel bir tanım yapmak yerine ayrımcılık halleri çeşitlendirilerek açıklanmıştır. Buna karşılık, Kanun’da HSK kararları gibi bazı iş ve işlemlere karşı TİHEK’e başvuru yolunun kapatılmasının isabetli olmadığı görüşüdeyiz. Yine aynı şekilde, belki de en önemli eksiklik olarak ayrımcılık temellerinin Sözleşme ve Anayasa’dan farklı olarak tahdidi şekilde sayılmasını söyleyebiliriz. Gelişen ve değişen koşullar nedeniyle ayrımcılık temellerinin ucunun açık bırakılmasının isabetli olacağı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi tarafından ifade edilmektedir. Ancak, 6701 sayılı Kanun’da tahdidi olarak sayıldığından, aslında ayrımcılık yasağının ihlali niteliğinde olan uygulamalar ya da işlemler hakkında Kanun’da sayılan temeller arasında yer almadığından kabul edilemezlik kararı verilmektedir. Kanun koyucunun tercihinin “cinsel yönelim” ya da “cinsiyet kimliği” gibi tartışmalı temeller nedeniyle bu şekilde olduğu ileri sürülürse de esasında söz konusu temeller açısından toplumumuzun özelliği, aile yapısı ve çocukların üstü yararı gibi haklı gerekçelerin somut olaya göre uygulanması mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, Anayasa’da sınırlanmadığı halde 6701 sayılı Kanun’la bu temellerin sınırlanmasının anayasaya aykırılık teşkil ettiği ve en kısa zamanda gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Ağırbaşı, Şennur, Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

Akılmaz, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil, Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.

Anlıak, Şakire, “Okul Öncesi Dönemde Çocuğun Yaşamında Baba ve Erkek Öğretmenin Rolü ve Önemi”, Ege Eğitim Dergisi, C. V, S. 1, 2004, s. 25-33.

Bell, Mark, “The Right to Equality and Non-Discrimination”, Edited by Tamarak Hervey and Jeff Kenner, Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights- A Legal Perspective, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon 2003.

Belli, Mustafa/**Akçay Didişen**, Nurdan/**Bal Yılmaz**, Hatice, “Geçmişten Günümüze Değişen Babalık Rolü ve Çocuk Gelişimine Katkıları”, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi, C. VIII, S. 2, 2021, s. 366-371.

Besson, Samantha, “The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child”, The International Journal of Children’s Rights, C. XIII, S. 4, 2005, s. 433-461.

Chart of signatures and ratifications of Treaty 177, (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&tratynum=177>), E.T. 08.08.2024.

Cin Karagöz, Emine, “Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu’nun Yetkileri”, Yasama Dergisi, S. 32, 2016, s. 21-40.

Çağlayan, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Deniz, Buket, Ayrımcılık, Engellilik ve Engelli Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Doğru, Osman/**Nalbant**, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar) – C. II, Pozitif Matbaa, Ankara 2013.

Elverdi, Evren, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Avrupa Birliği Ayrımcılık Yasağı Direktifleri Çerçevesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun Bir Değerlendirmesi”, Yasama Dergisi, S. 45, 2022, s. 95-119.

Eren, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Ersöz, Enes, “Engellilere Yönelik Ayrımcılık ve Makul Uyumlaştırma Kavramı”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, 2020, s. 149-163.

Göztepe, Ece, “Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. LIV, S. 2, 1999.

Harris, David/O’Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla M., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı/Ulaş Karan, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2021.

Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Karan, Ulaş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, Anayasa Yargısı, C. XXXI, S. 1, 2015, s. 235-306. (Bireysel Başvuru)

Karan, Ulaş, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Editör, Sibel İnceoğlu, Şen Matbaa, Ankara 2013. (Eşitlik)

Karan, Ulaş, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022. (Ayrımcılık Yasağı)

Kaya, Seyithan, “Eşitlik, Pozitif Ayrımcılık ve Dağıtıcı Adalet İlkeleri Çerçevesinde İdarenin Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S. 21, 2022, s. 85-119.

Koç Başar, Cansu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesinin Etkin Korunması Üzerine Bir Değerlendirme”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 2, 2023, s. 751-785.

Kuyumcu, Nisan, AİHM İçtihadında Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Kadına Yönelik Şiddet, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Kuzucu, Yaşar, “Değişen Babalık Rolü ve Çocuk Gelişimine Etkisi”, Türk Psikolojik Danışma ve Rehberlik Dergisi, C. IV, 2011, s. 79-91.

Odyakmaz, Zehra/**Keskin**, Bayram/**Deniz**, Yusuf, “6701 Sayılı TİHEK Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.7, 2016, s. 721-761.

Oğurlu, Yücel, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE), Guide on Discrimination Grounds, E. <https://www.osce.org/skopje/116789>, E.T. 14.09.2023.

Öden, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitapevi, İstanbul 2017.

Pekel Uludağlı, Nilay, “Baba Katılımında Etkili Faktörler ve Baba Katılımının Baba, Anne ve Çocuk Açısından Yararları”, Türk Psikoloji Yazıları, C. XX, S. 39, Haziran 2017, s. 70-88.

Tanrıverdi, Ayşe Almıla, Kamu Görevlisine Uygulanan Psikolojik Şiddet (Mobbing), Gazi Kitabevi, Ankara 2023.

Ulusoy, Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Yıldırım, Turan/**Göçgün**, Muhammed, “İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, 2016, s. 39-60.

KARARLAR

AİHM, D. H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti, Başvuru No: 57325/00, 13.11.2007, (<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22D.H.%20ve%20di%20C4%9Ferleri%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%22itemid%22:%5B%2201-116469%22%5D%7D%7D>).

AYM Tuğba Arslan Başvurusu, 2014/256, 25.06.2014, (R.G. 05.07.2014-29051).

AYM, Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı Başvurusu, 2013/135, 21.01.2015, (R.G. 03.06.2015 / 29375).

AYM, Ahmet Şancı Başvurusu, 2012/29, 05.11.2014, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/29>).

AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, 04.11.1986, (R.G. 22.02.1987-19380).

AYM, E. 2009/47, K. 2011/54, 17.03.2011, (R.G. 12.07.2011-27992).

AYM, Ford Otomotiv Sanayi A. Ş. Başvurusu, 2019/40991, 23/03/2023, (R.G. 20.06.2023/32227).

AYM, Hasan Kara Başvurusu, 2013/3170, 18.09.2014, (R.G. 04.12.2014-29195).

AYM, Hasan Kara Başvurusu, 2013/3170, 18.09.2014, (R.G. 04.12.2014-29195).

AYM, İbrahim Halil Altıparmak Başvurusu, 2019/1849, 10.05.2023, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/1849>).

AYM, İhsan Asutay Başvurusu, 2012/606, 20.02.2014, (R.G. 19/3/2014-28946).

AYM, İslam Şahin Başvurusu, 2014/7280, 21/01/2016, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/7280>).

AYM, Onurhan Solmaz Başvurusu, 2012/1049, 26.03.2013, (R.G. 06.04.2013-28610).

AYM, Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu, 2015/6728, 01.02.2018, (R.G. 07.03.2018-30353).

AYM, Sadıka Şeker Kararı, 2013/1948, 23.01.2014, (R.G. 25.02.2014-28924).

AYM, Sevda Yılmaz Başvurusu, 2017/37627, 02.03.2023, (R.G. 19.07.2023-32253).

AYM, Seyfullah Çakmak Başvurusu, 2018/14529, 15.12.2020, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/14529>).

AYM, Şahin Karaman Başvurusu, 2012/1205, 08.05.2014, (R.G. 08.07.2014-29064).

AYM, Tevfik İlker Akçam Başvurusu, 2018/9074, 03.07.2019, paragraf 49, (R.G. 02.09.2019-30850).

Danıştay 10. Dairesi, E. 2006/6131, K. 2008/4559, 18.06.2008, DD., S. 120.

Danıştay 10. Dairesi, E. 2007/7981, K. 2010/6186, 20.07.2010, (Legalbank).

Danıştay 12. Dairesi, E. 2004/4382, K. 2006/539, 22.02.2006, (Legalbank).

Danıştay 2. Daire, E. 2020/516, K. 2020/3123, 22.10.2010, (Legalbank).

Danıştay 5. Dairesi, E. 1995/4416, K. 1996/1911, 17.05.1996, DD., S. 92, 1997.

Danıştay 5. Dairesi, E. 2005/5627, K. 2007/72, 24.01.2007, (Lexpera).

Danıştay 8. Daire, E. 2008/10606, K. 20120/1736, 16.04.2012, (Legalbank).

Danıştay 8. Daire, E. 2015/10587, K. 2018/351, 05.01.2018, (Legalbank).

DİDDGK, E. 2015/2967, K. 2015/3161, 30.09.2015, (Legalbank).

TİHEK 1. Daire Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1469, Karar Numarası: 2023/105, 24.01.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/zo2h0u.pdf>).

TİHEK 1. Daire, Başvuru Numarası: 2023/10, Karar Numarası: 2024/474, 08.05.2024, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/6316sg.Pdf>).

TİHEK 1. Daire, Başvuru Numarası: 2023/151, Karar Numarası: 2024/468, 08.05.2024, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/iyl8k9.pdf>).

TİHEK 1. Daire, Başvuru Numarası: 2024/278, Karar Numarası: 2024/473, 08.05.2024, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/8psgpu.pdf>).

TİHEK 1. Daire, Başvuru Numarası: 2024/94, Karar Numarası: 2024/465, 08.05.2024, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/09i0ix.pdf>).

TİHEK 2. Daire Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1498, Karar Numarası: 2022/784, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/w3farl.pdf>).

TİHEK 2. Daire, Başvuru Numarası: 2023/244, Karar Numarası: 2024/536, 11.06.2024, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/mhz96d.pdf>).

TİHEK 2. Daire, Başvuru Numarası: 2023/317, Karar Numarası: 2023/366, 02.06.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/8dck7v.%20c>).

TİHEK 2. Daire, Başvuru Numarası: 2023/393, Karar Numarası: 2023/430, 24.05.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/9pbwcj.pdf>).

TİHEK 2. Daire, Başvuru Numarası: 2023/721, Karar Numarası: 2023/507, 13.06.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/qxtexd.%20b>).

TİHEK 2. Daire, Başvuru Numarası:2023/152, Karar Numarası: 2024/432, 07.05.2024, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/f17mop.pdf>).

TİHEK, 2. Daire, Başvuru Numarası: 2023/255, Karar Numarası: 2023/418, 24.05.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/gmyj6u.%20y>).

TİHEK, 2. Daire, Başvuru Numarası: 2023/352, Karar Numarası: 2023/364, 02.05.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/lpwo67.%20s>).

TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2021/935, Karar Numarası: 2022/142, 01.03.2022, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/73717B.pdf>).

TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1027, Karar Numarası: 2023/273, 23.03.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/daex7k.pdf>).

TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1083, Karar Numarası: 2023/299, 30.03.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/etum11.03>).

TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1190, K. 2023/307, 13.04.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/i3dd6c.pdf>).

TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1472, Karar Numarası: 2023/499, 13.06.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/exvwsy.pdf>).

TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/1707, Karar Numarası: 2023/502, 13.06.2023, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/wu9b8c.%20k>).

TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/480, Karar Numarası: 2022/926, 15.12.2022, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/wk626d.pdf>).

TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2022/874, Karar Numarası: 2022/941, 29.12.2022 (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/e3btaf.pdf>).

TİHEK Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2023/1546, Karar Numarası: 2024/480, 08.05.2024, (<https://www.tihek.gov.tr/public/images/kararlar/3bzhb2.pdf>).



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

**Hükümlülerin Oy Hakkının Sınırlandırılması Sorunu ve
Çözüm Önerileri**

**The Conundrum of Restricting Prisoner Voting Rights and
Proposed Solutions**

  Arş. Gör. Dr. Efe Can KARABULAT*

  Dr. Öğr. Üyesi Osman Gazi ÜNAL**

 10.60002/ebyuhfd.1552882

ÖZ

Demokratik sistemlerde, halkın iradesinin meclise olabildiğince doğru bir şekilde yansması için, kural olarak bütün bireylerin serbest seçimlerde oy kullanabilmesi esastır. Bununla birlikte, belli durumlarda oy hakkının sınırlandırılabilirliği de kabul edilmektedir. Yaş, kıstlılık, akıl hastalığı gibi birçok nedenle bireylerin oy hakkının sınırlandırılabilirliği müşahede edilmektedir. Hükümlülerin

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.

** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 19.09.2024 | **Kabul/Accepted:** 12.11.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Efe Can Karabulat/Osman Gazi Ünal, “Hükümlülerin Oy Hakkının Sınırlandırılması Sorunu ve Çözüm Önerileri”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (567-619).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

oy hakkının sınırlandırılması da bu sınırlandırmalardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda öncelikle genel oy ilkesinden ve hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılmasına dair ileri sürülen gerekçelerden bahsedilecektir. Devamında konuya ilişkin uluslararası belgeler, bu sınırlamanın Türk hukukundaki anayasal ve kanuni dayanakları açıklanacaktır. Daha sonra karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri ele alınacak, zaman içerisinde farklı ülkelerde oy hakkına yönelik sınırlamaların ne şekilde değiştiği konusuna değinilecektir. Böylelikle Türkiye'nin bu tablo içerisindeki yerinin daha iyi anlaşılması sağlanacaktır. Müteakiben Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları değerlendirilerek oy hakkının sınırlanmasıyla ilgili birtakım kriterlerden söz edilecektir. Türkiye'deki mevcut düzenlemelerin bu kriterler ile uyumlu olup olmadığı ise hem teorik çerçevede hem de bizatihi AİHM içtihadı ile ortaya konulacaktır. Çalışmamızda aynı zamanda özgürlükçü yeni eğilim doğrultusunda hükümlülerin oy kullanmasının sınırlandırılmasına yönelik Anayasa ve kanun düzeyinde birtakım çözüm önerileri de sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Çekince, İhtirazi Kayıt, Ceza Koşulu, Külfet, İrade Beyanı.

ABSTRACT

In democratic systems, it is fundamental that all individuals can vote in free elections to ensure that the will of the people is accurately reflected in the parliament. However, it is also acknowledged that voting rights can be restricted under certain circumstances. Voting rights can be restricted for various reasons such as age, legal incapacity, and mental illness. The restriction of voting rights for convicts is also one of these limitations. In our study, we will first discuss the principle of universal suffrage and the reasons put forward for restricting the voting rights of convicts. Subsequently, international documents related to this issue and the constitutional and legal bases of this limitation in Turkish law will be explained. Next, comparative legal regulations will be examined, addressing how restrictions on voting rights have changed over time in different countries. This will provide a better understanding of Turkey's position within this framework. Following this, the criteria related to the restriction of voting rights will be discussed by evaluating the case law of the European Court of Human Rights. Whether the current regulations in Turkey align with these criteria will be presented both within a theoretical framework and directly through the ECHR case law. Additionally, in line with the new libertarian trend, some constitutional and legal solutions to the restriction of voting rights for convicts are proposed in our study.

Keywords: Universal Suffrage, Prisoners' Voting Rights, Deprivation of Rights, European Court of Human Rights, Execution Law.

GİRİŞ

Demokratik sistemlerin en önemli özelliklerinden biri temsilcilerin seçimle işbaşına gelmesi, toplumun da bu temsilciler vasıtasıyla yönetime katılabilesidir. Bu kapsamda serbest seçim hakkı, halkın temsilcilerini özgürce seçebilmesini ve halk iradesinin sandığa tam olarak yansıtılabilmesini ifade eder. Serbest seçim hakkı, AİHM'in ifadesiyle, ilk bakışta bireylerin hak ve özgürlüklerini teminat altına alan bir haktan ziyade, devletlere serbest seçim düzenleme yükümlülüğü tahmil eden bir hakkı ifade etmektedir. Bununla birlikte bu durum, serbest seçim hakkının bireylerin hak ve özgürlüklerini korumadığı anlamına gelmez. Bu bağlamda serbest seçim hakkı, seçme ve seçilme hakkını da koruma altına almaktadır.¹ Bir başka deyişle serbest seçim hakkı; halkın kendi temsilcilerini seçme hakkının toplumsal yönünü, seçme ve seçilme hakkı ise bireysel yönünü ifade etmektedir. Bu hakkın bireysel yönü, doktrinde oy hakkı ya da oy kullanma hakkı olarak da anılmaktadır. Biz de *oy hakkı* kavramını tercih etmekteyiz.

Günümüzde bireylerin oy hakkı bir temel hak olarak mütalaa edilmektedir. Bununla birlikte bu hakkın belli durumlarda sınırlandırılabilmesi mümkündür. Oy hakkı birçok nedenle sınırlandırılabilmeyle birlikte, bu çalışmada kişinin işlediği suç nedeniyle oy hakkının sınırlandırılması konusu ele alınacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde genel oy ilkesi ve bu bağlamda hükümlünün oy hakkının sınırlandırılmasını meşru gösterebilecek nedenler tartışma konusu yapılacaktır. İkinci bölümünde konu Türk hukukundaki tarihsel gelişim, yasal mevzuat ve yargı kararları çerçevesinde ele alınacaktır. Üçüncü bölümde karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri, AİHM ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları incelenerek Türkiye'deki düzenlemelerin bu kapsamda uluslararası standartlarla uyumu değerlendirilecektir. Sonuç kısmında ise oy hakkı birçok farklı yönü ile tartışılarak alternatif çözüm önerileri sunulacaktır.

I. HÜKÜMLÜLERİN OY HAKKI VE SINIRLANDIRILMASI

A. Genel Olarak

Yasama organının belirlenmesine yönelik seçimler, demokratik bir toplumun vazgeçilmez bir unsurudur. Seçimler aracılığıyla, toplumu oluşturan bireyler, kendi istek ve görüşleri doğrultusunda oy vererek yönetime

1 AİHM, Hirst/Birleşik Krallık, 74025/01, 06.10.2005, §56-57.

katılabilirler. Seçimlerin yapılması kadar, serbest ve adil bir nitelik taşıması da önemlidir; aksi halde seçimlerin yapılması uygulamada fazla bir anlam ifade etmeyebilir. Bu bağlamda demokratik sistemin mevcudiyeti açısından seçimin hangi ilkeler dahilinde yapıldığını gözden kaçırmamak gerekir.² Her hukuk düzeninde bu ilkeler Anayasa veya ilgili devletin seçim kanunlarında yer alır.

Türk hukukunda bu ilkeler 1982 Anayasası'nın 67. maddesinin 2. fıkrasında ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinde yer almaktadır. Buna göre üzere seçimler; serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esasları altında gerçekleştirilir. Bu ilkelerden genel oy ilkesi, vatandaşların vergi, servet, öğrenim durumu, cinsiyet gibi kısıtlamalar olmadan tüm vatandaşların oy hakkına sahip olmalarını ifade eder.³ Genel oy ilkesine aykırılıklar, yasama organının yapısında ve fonksiyonlarında aksaklıklara neden olacak ve toplum nezdindeki meşruiyetini zedeleyecektir.⁴ Zira genel oy ilkesinden uzaklaşıldığı takdirde, demokrasinin temel prensiplerinden biri olan halkın iradesinin yasama organında tecellisi de mümkün olmayacaktır.

Genel oy ilkesi, toplumu oluşturan herkesin oy hakkına sahip olduğu yönünde bir mana ifade etmemektedir. Bireylerin oy haklarını kullanabilmesi için birtakım özellikler haiz olmaları gerekir.⁵ Vatandaşlık, yaş, hükümlülük, kısıtlılık (ehliyetsizlik) ve askerlik durumları bu özelliklere örnek oluşturmaktadır.⁶ Bireylerin belli özellikleri haiz olmasının şart koşulması, genel oy ilkesinin tekâmül etmediği ve sınırlı oy ilkesinin geçerli olduğu yönünde yorumlanamaz.⁷ Bu koşullar esasen genel oy ilkesini ihlal

2 Saba Şahika **Tahmaz Üzeltürk**, “Mahkumiyet Bağlamında Oy Hakkının Sınırlandırılması ve Genel Oy İlkesi”, YÜHFD, C. 18, S. 2, 2021, s. 1875.

3 Yavuz **Atar**, Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 82. Bu ilkenin karşıtı olarak kısıtlı oy ilkesi, oy hakkının vergi, servet, cinsiyet ve ırk gibi birtakım koşullara bağlı tutulmasıdır. Ömür **Aydın**, “Serbest Seçim Hakkı ve Kişinin Siyasal Etkinliklerinin Kısıtlanması Sorunu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 8, S. 15, 2020, s. 80.

4 Hirst/Birleşik Krallık, §62.

5 Kemal **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 2. Baskı, Cilt 1, Ekin Yayınevi, Bursa 2020, s. 782.

6 Bu sınırlamaların genel oy ilkesinin istinasını oluşturduğunu belirten görüş için bkz. Fatma **Karakaş Doğan**, “Mahkumların Oy Hakkı AİHM'nin Söyler/Türkiye Kararı ile Yüksek Seçim Kurulu Kararı Işığında”, TBB, S. 112, 2014, s. 107, 108, 109.

7 İlgili koşullar, genel oy ilkesinin demokratik özüne müdahale olarak görülmemektedir. Bkz. Tuncer **Karamustafaoğlu**, Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 95; Sınırlı oy ilkesi açısından bkz. **Karamustafaoğlu**, s. 3.

etmeyen makul sınırlamalar olarak görülmeli⁸, başka bir deyişle rasyonel bir temele dayanmalı ve ayrımcılık ihtiva etmemelidir.⁹

Genel oy ilkesini ihlal etmeyen bu sınırlamaların kendi içerisinde bir mantığı vardır. Vatandaşlık koşulu oy hakkının ilk şartıdır (Anayasa m. 67, f. 3 ve 298 sayılı Kanun m. 6). Milli egemenliğin tecelli etmesi amaçlandığından o ülkenin vatandaşı olmayanlar o ülkede oy kullanamazlar.¹⁰

Yine Anayasa m. 67, f. 3 ve 298 sayılı Kanun'un 6. maddesinde on sekiz yaşını dolduran her kişinin seçme ve halkoymasına katılma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Yaş bakımından böyle bir sınırlama yapılmasının nedeni, çocuğun siyasi yaşantıyı algılayabilmede henüz yeterli olmaması, çalışma hayatına girme, vergi mükellefi olma kriterlerin ortak noktasının bu yaş olmasından ileri gelmesidir.¹¹ Ayrıca anne ve babanın velayeti altında olan bir çocuğun oy hakkı bağlamında özgür iradesinin olduğundan bahsetmek de oldukça güçtür.

Oy hakkının sınırlandırılmasında askerlik durumu da etkilidir. Buna göre, silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler oy kullanamazlar (Anayasa m. 67, f. 5 ve 298 sayılı Kanun m. 7).¹² Bu kişilerin oy haklarının sınırlandırılmasındaki temel mantık emir-komuta zinciri altında bulunmaları nedeniyle serbest siyasi faaliyet olanaklarının bulunmamasına ve silahlı kuvvetleri siyasi faaliyetler dışında tutma arzusuna dayanmaktadır.¹³ Aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğimiz üzere kısıtlı olmamak ve kamu hizmetlerinden yasaklı olmamak (298 sayılı Kanun m. 8) oy hakkını sınırlandıran diğer sebepler olarak karşımıza çıkmaktadır.

8 **Gözler**, s. 786.

9 Ömer **Anayurt**, Anayasa Hukuku: Genel Kısım, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 567.

10 **Karamustafaoglu**, s. 167, 170; Birçok ülke oy hakkını vatandaşlık koşuluna bağlı tutarken, birtakım ülkelerin mukim olma şartı aradığına değinilmiştir. Ayrıntılı bilgi için Tolga **Şirin**, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, MÜHF-HAD, C. 17, S. 1-2, 2011, s. 283, 324 vd.

11 **Şirin**, s. 325.

12 Bu kişiler mevzuata göre seçmen sıfatına sahip olsalar da askerlik süresi boyunca geçici bir durum nedeniyle seçim günü oy kullanamazlar. Bu durum ortadan kalktığı anda oy hakkının kullanılmasında herhangi bir engel yoktur. Süleyman **Yelekin**, Ceza Mahkumiyetinin Seçme ve Seçilme Hakkına Etkisi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 82

13 U. Ceren **Mensiz**, “Seçme, Seçilme ve Serbest Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı Bakımından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme”, GSÜHFD, S. 1, 2016, s. 64.

Gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta, genel oy ilkesinin yaygın rastlanan istisnalarından biri de suç işleyen kişilerin oy haklarının sınırlandırılmasıdır. Farklı hukuk sistemlerinde bu konuda farklı yaklaşımlar söz konusudur. Aşağıda daha geniş olarak ele alınacağı üzere, bazı hukuk sistemlerinde hükümlülerin oy hakkı hiçbir şekilde sınırlandırılmazken, bazılarında bu hak tümüyle ve hükümlünün ömrü boyunca dahi sınırlandırılmaktadır. Hatta Türkiye’deki eski düzenlemelerde de örnekleri görülebileceği üzere, henüz suç işlediği kesin hükümle sabit olmamış tutukluların dahi oy hakları sınırlandırılmaktadır. Buna karşılık, çoğu kez yalnızca belli hükümlülerin, belli şartlarda ve belli bir süreyle oy hakkının sınırlandırılması yoluna gidildiği müşahade edilmektedir.

Bu hususların ortaya konulmasından önce, suç işleyen kişilerin oy haklarının sınırlandırılması için öne sürülen gerekçelerin tartışılması gerekmektedir. Eğer demokratik toplumlarda bir temel hak olan oy hakkı, belli bir grup için sınırlandırılacak ise, öncelikle bu sınırlandırmaların gerekçelerinin izah edilebilmesi gerekir. Aşağıda bu hususta öne sürülen düşünceler ele alınacaktır.

B. Hükümlünün Oy Hakkının Sınırlanmasına Yönelik Gerekçeler

Hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılmasına yönelik görüşlerden ilki *medeni ölüm* düşüncesidir. Esasen ödetme düşüncesinin bir uzantısı olan bu görüşe göre, hükümlünün oy hakkının elinden alınması, işlediği suça verilen bir karşılıktır ve onu bir medeni ölü haline getirmesi hasebiyle özellikle ağır ve aşağılayıcı bir yaptırımdır.¹⁴

Medeni ölüm düşüncesi, geçmişte farklı hukuk sistemlerinde yaygın bir biçimde benimsenmiştir. Eski dönemlerde suç işleyen kişiler oy hakkının yanında birçok haktan da mahrum bırakılıyor ve toplumdan tecrit edilmeye zorlanıyordu.¹⁵ Her ülkenin kendi medeni ölüm anlayışı farklı bir şekilde tezahür etmekteydi. İngiltere’de bu anlayış katı bir şekilde sürdürülmekteydi. Buna göre hukuk kurallarına karşı gelenlerin toplumla bir

14 Bu görüş ve eleştirisi için Patrick **Harris**, “Should Voting Prisoners Make You Sick?”, Yüksek Lisans Tezi, European Master’s Degree in Human Rights Democratization, University of Vienna, 2014, s. 49 vd.

15 Antik Yunan ve Roma’dan gelen ve Ortaçağ Avrupası tarafından da benimsenen bu anlayış uyarınca, hükümlü, mahkemede hazır bulunma, kendisini ifade etme, tanıklık yapma ve orduya hizmet etme gibi birçok haktan yoksun bırakılmaktaydı. Bkz. William Walton **Liles**, “Challenges to Felon Disenfranchisement Laws: Past, Present and Future”, Alabama Law Review, S. 58, 2007, s. 615-616.

savaşa tutuştuıkları kabul edilmekte, mülkiyet ve miras hakları dahi elinden alınmaktaydı. Fransa’da medeni ölüm, müebbet sürgün cezasıyla aynı kapsamda görülmekteydi. Hükümlünün mülkiyet ve miras hakları devam etmekle birlikte, politik haklarını, kamu görevlisi olma ve tanıklık yapabilme haklarını bütünüyle yitirmekteydi.¹⁶

Ödetmeye bağlı medeni ölüm düşüncesinin çok sayıda sorunu mevcuttur. Öncelikle suç işlemekle bireyler vatandaş olma özelliklerini yitirmemektedirler. İşlenen suç demokrasiye doğrudan bir saldırı niteliğinde olan seçim suçlarından¹⁷ dahi olsa, bu durum kişinin vatandaşlık niteliğini ortadan kaldırmamalıdır.¹⁸ Vatandaş olma özelliğini koruyan hükümlünün ise bu yaklaşıma göre oy hakkının neden sınırlandırılacağı yeterince izah edilememektedir. Şayet oy hakkından mahrumiyet işlenen suçun karşılığı ise, bu durumda işlenen suçun ağırlığı ile yaptırım arasında bir orantının bulunması gerekir. Halbuki oy hakkına yönelik sınırlamaların bulunduğu devletlerin kahir ekseriyetinde işlenen suçun ağırlığı dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla oy hakkının sınırlandırılmasının ödetme ile açıklanması da mümkün değildir.¹⁹

Hükümlülerin oy kullanma yasağı bağlamında medeni ölüm düşüncesi, yerini aydınlanma döneminin etkisiyle *sosyal sözleşmeye* bırakmıştır. Bu anlayış, suç işleyen kişiyi toplumsal sözleşmeyi ihlal eden bir kimse olarak görmektedir.²⁰ Sosyal sözleşme ihlal edildiği takdirde hükümlülerin demokratik sürece katılmalarını temin eden haklardan mahrum bırakılması gerektiği ifade edilmiştir.²¹ Buna göre, suç işleyen kişiler, bilinçli bir seçim yaparak ve bu haklarını kaybedeceklerini bilerek suç işlemektedirler.

16 İngiltere’de oy hakkının yanında hükümlü mülkiyet ve miras haklarını da kaybetmekteydi. Kasım **Karagöz**, “Mahkumların Oy Hakkı Üzerindeki Yasağın Demokrasi Teorisindeki Yerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, DEÜHFD, C. 9, S. 1, 2007, s. 168.

17 Oy vermenin; eşitlik, gizlilik ve serbestliği gibi temel unsurlarını hedef alan ve seçim sürecinin güvenliğini ve dürüstlüğünü ihlal eden, Seçim Kanunu ve buna ilişkin diğer kanunlara aykırılık taşıyan fiiller seçim suçu kavramı altında mütalaa edilebilir. **Karamustafaoğlu**, s. 193.

18 Antony **Duff**, “Citizens (Even) In Prison”, Netherlands Journal of Legal Philosophy, C. 43, S. 1, 2014, s. 4.

19 Aynı yönde **Harris**, 2014, s. 49.

20 Geniş bilgi için bkz. Eli **Levine**, “Does the Social Contract Justify Felony Disenfranchisement?”, Washington University Jurisprudence Review, C. 1, S. 1, 2009, s. 203 vd.

21 İlgili görüş Birleşik Krallık tarafından Hirst/Birleşik Krallık davasında da ileri sürülmüştür. Bkz. AİHM, Hirst/Birleşik Krallık, §33.

Kuşkusuz bu düşünce gerçeğe dayanmayan bir varsayımdan ibarettir. Suç işleme davranışının nedenleri, genellikle toplumsal düzene bir karşı çıkış iradesi göstermekten ziyade kişisel niteliklidir. Kaldı ki suç işleyen kişilerin suç işlediklerinde oy haklarını kaybedecekleri konusunda bilgi sahibi olduğunu söylemek oldukça zordur.²² Esasen sosyal sözleşmeye dayanılarak hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılması, yukarıda bahsi geçen “medeni ölüm” düşüncesinin yumuşatılmış halinden ibarettir. Bu bakımdan her iki görüş de kanaatimizce meşruiyetini kaybetmiştir.

Hükümlülerin oy hakkından yoksun bırakılmasına yönelik ileri sürülen bir diğer argüman, *medeni sorumluluk ve hukuk devletine olan saygı argümanıdır*.²³ Bu argüman, halkın *hukuk sistemine olan güvenini güçlendirmek ve hukuki barışı yeniden tesis etmek* olarak da ifade edilebilir.²⁴ Hükümlülerin oy haklarının sınırlandırılmasını öngören düzenlemelerle hükümlülerin medeni sorumluluğunun gelişeceği ve hukuk devletine olan saygılarının artacağı iddia olunmuştur.²⁵ Aksi görüşe göre ise, tam aksine hükümlülerin oy haklarının ellerinden alınması, onların medeni sorumluluklarının farkına varamamalarına neden olacaktır. Halbuki hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılmaması ve onların hala birer eşit vatandaş oldukları bilincinin aşılması, medeni sorumluluklarını geliştirecek ve toplumla olan bağlarını yeniden kuracaktır.²⁶

Kanaatimizce de hükümlülerin oy hakkından yoksun bırakılması, hukuk devletine olan saygıyı pekiştiremeyecek, aksine zayıflatacaktır.²⁷ Esasen hükümlüleri toplumsal yaşamdan ve hukuk düzeninden daha da uzaklaştıracak ve içinde bulunduğu toplumun geleceğinde söz sahibi olmaktan alıkoyacak bir sınırlandırmanın, halihazırda hukuk düzenine bağlılığı şüpheli olan kişileri bu düzene daha da düşmanlaştıracığı söylenmelidir.

Suçla mücadele ekseninde konuya yaklaşan bir diğer görüşe göre ise, oy hakkının sınırlandırılması *etkin bir suçla mücadele* yöntemidir. Bu görüşün taraftarlarına göre, bir hukuk sisteminde hükümlülere oy kullanı-

22 Karagöz, s. 171.

23 Bu görüş Kanada hükümeti tarafından Sauve/Kanada, davasında ileri sürülmüştür. Bkz. AİHM, Sauve/Canada, 27677, 31.10.2002.

24 Klaus Laubenthal/Nina Nestler, *Strafvollstreckung: Nebenstrafen und Nebenfolgen*, 2. Baskı, Springer, Berlin 2018, s. 189.

25 Bkz. Sauve/Canada, §93.

26 Karagöz, s. 170.

27 Yelekin, s. 86.

lıyorsa, o sistemde suçla mücadele konusunda bir gevşeklikten söz edilmelidir.²⁸ Suçlulukla mücadele bağlamında, oy hakkının sınırlandırılmasının ek bir caydırıcı olduğu da ileri sürülmüştür. Ceza tehdidi olarak bu sınırlamalar en iyi ihtimalle bu hakkı kaybetmek istemeyen potansiyel faileri caydırabilir ya da onları kanunlara uygun davranmaya teşvik edebilir. Ayrıca oy hakkına getirilen sınırlamalar ile birtakım suçlar bakımından kamu kurumlarına özel bir koruma sağlanmasının amaçlandığı da belirtilmektedir.²⁹

Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bir kişinin oy hakkını yitirecek olmasının onu -seçim suçları hariç- bir suçu işlemekten nasıl alıko-yacağına izahı güçtür.³⁰ Ayrıca, oy hakkının, suç işleyecek bir kişi için ne denli öncelikli olduğu ve suç işleme kararına ne kadar etki edebileceği de tartışmaya açıktır.³¹ Nihayet, bir hak yoksunluğunun bireylerin suç işle-mesini önleyebilmesi, öncelikle bu yoksunluğun toplum tarafından bilin-mesine bağlıdır. Söz gelimi, bir kişi hırsızlık suçunu işlediğinde, alacağı cezanın miktarını tam olarak bilmemekle birlikte, hapis cezası ile cezalandırılacağını bilmektedir ve bu bilginin onu bu suçu işlemekten caydıracağı düşünülür. Buna karşılık, konuya ilişkin uzmanlığı olmayan kimselerin hükümlülerin oy kullanıp kullanmadığını ya da hangi hükümlülerin oy kullanabildiğini bilmesi mümkün değildir. Varlığından haberdar olunmayan bir tehdidin, davranış değişikliğine sebep olabilmesi de doğal olarak mümkün olamaz.³²

Konuya dair ileri sürülen bir başka argüman *hükümlünün ıslahıdır*.³³ Bu düşünce, oy hakkına kavuşabilmesi için hükümlünün ıslah programlarına uyacağını faraziye olarak kabul eder. Buna karşılık oy hakkının sınırlandırılmasının hükümlünün ıslahına ne şekilde katkı sağlayacağı hususu belirsizdir. Bu görüşün karşısında ise hükümlüyü oy hakkından mahrum etmenin, topluma yeniden kazandırma amacıyla bağdaşmadığını kabul

28 İlgili görüş, Güney Afrika Cumhuriyeti tarafından Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili bir kararında ileri sürülmüştür. Bkz. Erasmus and Schwagerl/Minister of Home Affairs, 03.03.2004, National Institution of Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO), §140, 147.

29 Sebastian **Sobota**, "Die 'Nebenfolge' Eigenständige Rechtsfolge oder Auffangbecken des Sanktionrechts?", ZIS, S. 5, 2017, s. 253.

30 Ursula **Nelles**, "Statusfolgen als 'Nebenfolgen' einer Straftat (§ 45 StGB)", JZ, C. 46, S. 1, 1991, s. 19.

31 **Duff**, s. 5.

32 Aynı yönde **Levine**, s. 222.

33 Bu görüş de Kanada hükümeti tarafından *Sauve/Canada*, davasında ileri sürülmüştür. Bkz. AİHM, *Sauve/Canada*, § 21.

eden görüş yer almaktadır.³⁴ Bu görüşün taraftarlarına göre oy hakkını kullanmamanın hükümlünün ıslahı üzerinde olumlu bir etkisi de bulunmadığı gibi, bu neviden sınırlamalar, hükümlünün sosyal gelişim göstermesine engel oluşturmakta ve hükümlünün rehabilitasyon sürecinden uzaklaşmasına neden olmaktadır.³⁵ Oy hakkını kullanabilen hükümlü ise, toplumla yeniden bağ kurabilmekte ve cezanın ıslah edici yönü daha etkin bir şekilde devreye girmektedir.³⁶

Kanaatimizce de ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Hükümlünün ıslahı onun sosyal ilişkilerinin ve eski yaşantısının olabildiğince korunması, ona kendi ıslahında ve toplumla barışmasında etkin bir rol verilmesi ile olur. Hükümlünün, yasama organının oluşumuna yönelik olarak oy hakkından mahrum edilmesi, esasen hükümlü rehabilitasyonunun temel prensipleriyle açıkça çelişmektedir. Bilindiği üzere, hükümlü rehabilitasyonunun sağlanması ve *mahkumlaşmanın* önüne geçilmesi için, hükümlünün cezasının infazı, *normallik* ve *etkinlik* prensiplerine göre şekillendirilmelidir.

Kısaca ifade etmek gerekirse normallik, hükümlünün ceza infaz kurumundaki hayatının mümkün olduğunca toplum içindeki hayatına benzer kılınması anlamına gelmektedir. Etkinlik ise, hükümlünün çevresinde cereyan eden olaylara müdahale yetisini koruyabilmesi, ceza infaz kurumunda sorumluluk alması, cezayı *çeken* ve edilgen konumda olan bir kişi değil, gerçekleştirdiği eylemlerle işlediği suçun sorumluluğundan ve onu bu suça iten itkilerden kurtulan bir kişi haline getirilmesi anlamına gelmektedir. Oy hakkının haklı bir neden olmaksızın sınırlandırılması, hükümlünün temel haklarını ihlal etmesinin yanında, rehabilitasyona dair her iki prensiple de çelişmektedir. Özellikle hapis cezaları bakımından, cezanın en önemli yapısal sorunlarından biri *atalet* iken³⁷, hükümlülerin daha da atıl bir konuma sürüklenmesinin, rehabilitasyonu ve toplumla barışı güçleştireceği kanısındayız. Bu bağlamda oy hakkının sınırlandırılmasının rehabilitasyon ile açıklanabileceği kanaatinde değiliz.³⁸

Hükümlüye hiçbir şekilde oy hakkı tanımayan bazı hukuk düzenlerinde, bu durumun nedeni birtakım *etik prensipler* ile izah edilmektedir.

34 Nelles, s. 19.

35 Karagöz, s. 170; Levine, s. 223.

36 Yelekin, s. 86.

37 Detaylı bilgi için Bkz. Efe Can Karabulut, Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 290 vd.

38 Aynı yönde Greg Robins, "The Rights of Prisoners to Vote: A Review of Prisoner Disenfranchisement in New Zealand", New Zealand Journal of Public and International Law, S. 4, 2007, s. 185; Levine, s. 223; Harris, s. 51.

Buna göre suç işlemiş olan bir kişinin, ülkenin genel politikası hakkında söz sahibi olmasının ahlaken kabul edilebilir bir yönü yoktur. Ayrıca belli suçları işleyerek kendi itibarını lekeleyen ve zayıf karakterini gösteren kişiye oy hakkı tanınmasının ahlaki bir sorun teşkil ettiği belirtilmektedir.³⁹ Belirtmek gerekir ki bu düzenlemeler her daim eleştiri konusu olmuş ve ahlaki linç adaletinin bir ifadesi olarak görülmüştür.⁴⁰

Güvenlik tedbirlerinin genel niteliklerinden hareket edilerek hükümlüye oy hakkı tanınmama yönünde kanuni düzenlemeler ihdas edilmiştir. Bilindiği üzere güvenlik tedbiri suçun ağırlığından ziyade failin toplum açısından yarattığı tehlike nazara alınarak tatbik edilen bir yaptırım çeşididir. Güvenlik tedbirinde esaslı olan unsur tehlikelilik halidir.⁴¹ Suç işleyen kişi üzerinden ortaya çıkan bu tehlikelilik halinin sona erdirilmesi amacıyla belli haklardan yoksun bırakılma tedbiri uygulama alanı bulacaktır. Zira toplumu oluşturan kişiler arasında güven temelli bir ilişki mevcuttur. Bir suç işlendiği takdirde, toplumun suç işleyen kişiye karşı güvenini yitirdiği varsayılmaktadır.^{42,43} Ahlaki linç olarak görülmesi de, güven kaybı argümanı da yukarıda belirtilen etik prensipler argümanından çok uzak değildir.

Kaybedilen güveninin yeniden tesisi adına, hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak hükümlü seçme ve seçilme hakkından (TCK m. 53, f. 1, b) mahrum bırakılacaktır. Aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği üzere, *güven kaybı* argümanı, Türk hukukunda kasten işlenebilen bir suç dolayısıyla hükümlünün cezanın infazı süresince belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması tedbirinin temel esası olarak kabul edilmektedir.⁴⁴

TCK m. 53 hükmü gerekçesinde de belirtildiği üzere, ilgili hak yoksunlukları mahkûm olunan cezanın infazı tamamlanmasına kadarki süre ile sınırlı olup, cezaya mahkum olan kişinin infazın gereklerine uygun

39 Bu yaklaşım uyarınca hükümlüye oy hakkı tanımayan devletler Mısır ve Brezilya'dır. Bkz. **Penal Reform International (PRI)**, The Right of Prisoners to Vote: A Global Overview, Londra 2016, s. 4.

40 **Nelles**, s. 19.

41 İzzet **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 960, 963.

42 **Özgenç**, s. 964.

43 Güven kaybına dair Birleşik Krallık Bölge Mahkemesi'nin bir kararında bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: “[Belli özellikler gösteren] suçları işlemiş olan hükümlüler, bu suçlardan dolayı ceza infaz kurumunda buldukları süre boyunca, devletin yönetimine ilişkin söz haklarından da feragat etmişlerdir.” Bkz. AİHM, Hirst/Birleşik Krallık, §50.

44 **Karakaş Doğan**, s. 111.

davranmakla, topluma da kendisine yeniden güven duyulabilecek bir kişi haline geldiği konusunda da bir mesaj vermektedir.⁴⁵

Bu gerekçenin önemli sorunları olduğu ifade edilmelidir. Öncelikle belirtilmelidir ki suç işleyen kişiye karşı toplumun bir güvensizlik duyduğu ve hükümlünün davranışları ile bu güveni yeniden kazandığı yalnızca birer varsayımdan ibarettir. Bireylerin bir temel hak olan seçme hakkını kullanabilmesi için neden *toplumun güvenini kazanması gerektiği* de belirsizdir. Örneğin seçilme hakkı bakımından, seçimle iş başına gelinen bir makamda bulunabilmenin, o makamın getireceği yetkiler ve toplum üzerindeki olası etkileri düşünüldüğünde, toplumun güvenini kazanmayı gerektirdiği ileri sürülebilir. Seçme hakkı içinse benzer bir gerekçe bulabilmek güçtür. Bir an için seçme hakkının toplumun güvenini yeniden kazanmayı gerektirdiği kabul edilse bile, bu takdirde neden yalnızca kasten suç işleyen ve neden yalnızca ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanamadığı, diğer hükümlülerin ise oy kullanabildiği izah edilememektedir. Bu kişiler de aynı şekilde toplumun güvenini yitirmemişler midir?

Hak yoksunluklarına ilişkin 53. madde irdelendiğinde, esasen bu maddede tanımlanan hak yoksunluklarının iki kategoriden birine dahil olduğu görülmektedir: Bunlardan ilki, hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunması hasebiyle zaten fiilen kullanmasının imkansız ya da çok güç olduğu (TCK m. 53, f. 1, bent a, c, d, e), ikincisi ise belli bir hak veya yetkinin kötüye kullanılması nedeniyle cezanın infazı sırasında ya da sonrasında, hükümlünün bu haktan belli bir süreyle mahrum edilmesi ve böylelikle aynı hak ve yetkiyi kötüye kullanmasının bir süreliğine önüne geçilmesi suretiyle hem özel önlemenin sağlanması hem de eski hükümlüye toplumun yeniden güveninin oluşması için ihdas edilen hak yoksunluklarıdır (TCK m. 53, f. 5-6). Hükümlünün seçme hakkını kullanamaması iki gruba da uymayan, maddenin genel yapısıyla da çelişen bir hak yoksunluğu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Güven kaybı argümanına benzer bir şekilde, *oy sandığının güvenliğini sağlama argümanı* da hükümlülerin oy hakkını sınırlandırılmasına gerekçe olarak ileri sürülmektedir.⁴⁶ Bu görüşe göre, seçim güvenliğini sağlamak amacıyla seçimlere hile karıştırabilecek hükümlüler, oy hakkından mahrum bırakılabilecektir.⁴⁷

45 M. Emin **Artuk**/Ahmet **Gökçen** ve diğerleri, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 967.

46 **Karagöz**, s. 172.

47 **Karagöz**, s. 172.

Bu görüşün taraftarlarına göre hükümlüye duyulan güven kaybı o kadar yoğundur ki hükümlünün seçimlere hile de karıştırabilecek bir potansiyele sahip olduğu düşünülür ve bu yüzden oy hakkının sınırlandırılması gerektiği savunulur.⁴⁸ Suçluluk olgusunu *ahlaki çürüme* ile özdeşleştiren ve bir suç işleyen kişinin diğer bütün suç tiplerini de işleyebileceğini kabul eden bu düşünceye iştirak edilmemesi gerektiği izahtan varestedir. Nitekim beklenebileceği üzere, diğer suç tiplerinin işlenmesi ile seçim suçlarının işlenmesi arasında bir bağlantının varlığına işaret eden bir delil mevcut değildir.⁴⁹ Bunlar arasında ancak seçim güvenliğini ihlal ederek 298 sayılı Kanun'da belirtilen suçları işleyen bir kişinin oy hakkının elinden alınması makul bir gerekçe olarak ifade edilebilir.⁵⁰ Hiç şüphesiz seçim güvenliğini ihlal eden bir suç işlemiş olan hükümlülerin dahi gelecekte de aynı suç işleyeceği sonucuna varılamaz. Dolayısıyla bu düşüncenin her halükârda sorunlu olduğu ifade edilmelidir.

Kamu yararı argümanı ile de hükümlünün oy hakkından yoksunluğu gündeme gelebilmektedir. Bununla kastedilen, serbest seçimlerin, suç işlemiş olduğu kesin hükümle tespit edilen bireylerin katılımı olmaksızın yapılmasının, son tahlilde kamu yararına hizmet edeceğidir. Oy hakkının kısıtlanmasıyla adeta “kamu hayatının temiz tutulmasına” hizmet edilmektedir.⁵¹ Her ne kadar bazı bireylerin oy haklarının sınırlandırılması serbest seçim hakkını zedelemekte ise de, yasama organının bu bireylerin oyları olmaksızın kurulması daha büyük önem taşımaktadır ve ağır basan bir yarardır.⁵²

Kamu yararı düşüncesi, esasen daha önce ifade edilmiş olan argümanları da kapsayan genel nitelikte ve soyut bir argüman olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, hükümlünün oy hakkının kullanılmasının kamu yararını nasıl tehlikeye atacağı ve hatta nasıl zedeleyeceği açık değildir.⁵³

48 Benzer şekilde hükümlünün suç işleyerek toplumu yozlaştırdığı ve tehlikeye düşürdüğü için oy hakkını kullanmalarını gerektiği de iddia olunmaktadır. Hükümlülerin toplumda yozlaşmaya neden olduğu yönündeki argüman muğlak ve iyi tanımlanmamış olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. **Karagöz**, s. 173. Esasen bu argüman da yukarıda bahsi geçen sosyal sözleşme argümanından başka bir şey değildir.

49 **Karagöz**, s. 172.

50 Konuya ilişkin Alman hukuku uygulaması bu yöndedir. Bu hususta bkz. **Laubenthal/Nestler**, s. 190 vd.

51 Henning **Radtke**, “StGB § 45, Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts” in Münchener Kommentar zum StGB, 4. Baskı, C.H. Beck, Münih 2020, s. 10.

52 **Sobota**, s. 256.

53 **Duff**, s. 5.

Kaldı ki hukukun üstünlüğüne dayalı modern önleyici bir ceza hukukunda oy hakkından yoksun bırakmanın kabul edilebilir bir meşru tarafı da bulunmamaktadır.⁵⁴

Yalnızca ceza infaz kurumunda bulunanlar ile sınırlı olmak kaydıyla, *masraflı ve elverişsiz olduğu* gerekçesiyle hükümlülere oy hakkı tanınmaması gerektiği bir argüman olarak karşımıza çıkmaktadır. Özel oy sandıklarına dair düzenlemelerin güçlüklerle karşı karşıya kalacağı, sandıkların nakledilmesinin lojistik açısından pahalı olacağı, oy sandıklarının tahri-fata maruz kalması riskiyle karşı karşıya kalınacağı ve bu durumda seçmenlerin katılımını tehlikeye düşeceği yönündeki endişelerin ileri sürüldüğü müşahede edilmektedir.⁵⁵ Ayrıca ceza infaz kurumlarında sandık kurulması halinde bu kurumlara egemen olan örgüt veya çetelerin bütün hükümlüleri belli bir yönde oy vermeye zorlayacakları ve bu anlamda seçim güvenliğinin sağlanmasının güçleşeceği de ifade edilmektedir.⁵⁶

Pratikte böyle zorluklarla karşılaşılsa bile bu argümana istinaden hükümlülerin oy hakkı ortadan kaldırılmamalıdır. Sırf bu gerekçelerle oy hakkını sınırlandırmak demokrasi teorisiyle bağdaşmadığı gibi bu durumu ahlaki olarak savunabilmek de mümkün değildir.⁵⁷ İnfaz kurumlarını teşkilatlandıran ve ceza siyasetini yöneten bir devletin, infaz kurumlarına sandık kurup seçimi gerçekleştiremeyeceğini ileri sürmesi abesle iştigaldir. Aksi durum devlet olma vasfının yitirilmesi anlamına gelmektedir. Aşağıda da bazı örnekleriyle ifade edileceği üzere, bu sorunların oy hakkını sınırlandırmaktan daha hafif tedbirlerle (posta yoluyla veya vekil vasıtasıyla oy kullanma gibi) çözümü de zaten mümkündür.⁵⁸

54 **Sobota**, s. 253.

55 Bu görüş, Güney Afrika Cumhuriyeti tarafından Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili bir kararında ileri sürülmüştür. Bu hususta bkz. Erasmus and Schwagerl/Minister of Home Affairs, 03.03.2004, § 50, 108.

56 **PRI**, s. 5.

57 **Karagöz**, s. 173.

58 Sonuç olarak ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü ve tutuklular bakımından genellikle iki yaklaşımın izlendiği görülmektedir. Birinci yaklaşımda seçim güvenliği ve idari yetersizlikler nazara alınarak hükümlü ve tutuklulara oy kullanmaz. İkinci yaklaşımda ise posta veya vekalet usulü gibi bazı imkanlar sağlanarak hükümlü ve tutuklulara oy verdirilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karamustafaoglu**, s. 194, vd.

II. HÜKÜMLÜLERİN OY HAKKI BAĞLAMINDA YAYIMLANAN ULUSLARARASI BELGELER VE TÜRKİYE'DEKİ DÜZENLEMELER

A. Uluslararası Belgeler ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Birleşmiş Milletler Bildirisinin 21. maddesi, 16.12.1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 25. maddesi, yine Birleşmiş Milletler nezdindeki 1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 5. maddesi oy hakkının genel, eşit, gizli olmasını ve belirli aralıklarla yapılan dürüst seçimlerde kullanılmasını öngörmüştür. Benzer şekilde aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 no.lu Protokol'ün 3. maddesi "*Serbest Seçim Hakkı*"nı düzenlemektedir. İlgili sözleşmeler serbest seçim ve genel oy ilkesini esas almıştır. Hükümlülerin oy hakkıyla ilgili özel bir sözleşme veya zikredilen bu sözleşmeler dahilinde buna ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır.

Türkiye'de hükümlülerin oy hakkının sınırlanmasıyla ilgili 1961 Anayasası'nda bir hüküm bulunmamaktaydı. Anayasa'nın 55. maddesinin 1. fıkrasında kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme ve seçilme hakkına sahip olduğu belirtilmekteydi. Dolayısıyla oy hakkıyla ilgili olarak kanunlara bir atıf yapılmıştı.⁵⁹ Konuyla ilgili 02.05.1961 tarihli 298 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ilk halinde hükümlü ve tutukluların oy kullanılabilmelerine yönelik engel teşkil eden bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu durum hükümlü ve tutukluların oy kullanıp kullanmayacaklarına dair bir tartışmaya neden olmuştu. Yüksek Seçim Kurulu 1963 tarih ve 88 sayı ile seçme yeterliliğini yitirmemiş ve üç aydan beri ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler bakımından seçim listelerinin hazırlanmasını yönünde karar vererek tartışmayı sonlandırmıştır.⁶⁰ Keza YSK'nın 04.06.1977 tarihli ve 1316 sayılı Kararı ile ceza infaz kurumunda seçim sandıklarının konularak tutuklu ve hükümlülerin oy kullanmasına olanak sağlanmıştır.⁶¹

1982 Anayasası'nın 67. maddesinin 5. fıkrasının ilk halinde ceza ve tevkif evlerinde bulunan tutuklular ve hükümlüler hakkında oy kullanma yasağı yer almaktaydı. Akabinde 298 sayılı Kanun'un 7. maddesi üzerinde 10.06.1983 tarih ve 2839 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmıştır. İlgili de-

59 **Yelekin**, s. 88.

60 1963 ve 88 sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararları, (Aktaran) **Yelekin**, s. 88.

61 1316 sayılı ve 04.06.1977 tarihli Yüksek Seçim Kurulu Kararı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1977, s. 190.

ğişiklikle Anayasa'daki yasak 298 sayılı Kanun'a yansıtılmıştır. Bu hükümler 1961 Anayasası dönemindeki ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerin oy kullanmalarını engellemeyen düzenlemelerin tam zıddını teşkil etmekteydi.⁶²

Zaman içerisinde tutuklu ve hükümlülerin oy haklarının tümüyle ortadan kaldırılmasını öngören oldukça sert hükümlerin yumuşatılması yoluna gidilmiştir. 1982 Anayasası'nda 23.07.1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanunla bir değişiklik yapılarak tutukluların oy kullanmasının yolu açılmıştır. Aynı şekilde 298 sayılı Kanun'un 7. maddesi de 27.10.1995 tarih 4125 sayılı Kanun'la değişiklik geçirmiştir. Bu düzenlemelerden sonra tutuklular oy hakkına kavuşmuşlardır.⁶³ Nihayetinde 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 67. maddesinin 5. fıkrasında değişiklik yapılarak taksirli suçtan hüküm giyenler oy kullanma yasağının kapsamından çıkarılmıştır. Buna karşılık 2001 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliğinin 298 sayılı Kanun'a yansıtılmadığı görülmektedir. Fakat Anayasa değişikliği açık bir düzenleme içermektedir. Dolayısıyla ceza infaz kurumunda bulunmakla birlikte, tutuklu ve taksirle işlenebilen suçtan hükümlü olanlar oy hakkına sahip olabilirken, kasten işlenebilen suçtan mahkum olanlar ceza infaz kurumunda buldukları süre içerisinde oy kullanamayacaklardır.⁶⁴ Doktrinde oy hakkını yasaklayan kategorilerin daraltıldığına işaret edilmektedir.⁶⁵ Ne de olsa her türlü mahkumiyet kararıyla oy hakkından mahrumiyet, demokratik hukuk devleti prensipleriyle uyumsuzdur.⁶⁶ İlgili Anayasa ve Kanun değişiklikleri hükümlünün oy kullanma hakkını genişletse de halen 1961 Anayasası'nın getirmiş olduğu geniş özgürlük kapsamına ulaşamadığı görülmektedir.

B. TCK m. 53 Hükümü ve Oy Hakkından Yoksunluk

Hükümlülerin oy hakkına yönelik sınırlamalar sadece Anayasa'da ve 298 sayılı Kanun'da yer almamaktadır. Üstte kısmen yer verdiğimiz,

62 **Yelekin**, s. 88.

63 Tutuklu olup da suçluluğu henüz kanıtlanmamış kişilerin oy hakkını kısıtlayan bu hükmün kaldırılması demokrasinin gereği açısından önemli bir adım olarak görülmektedir. Barış **Bahçeci**, "1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar", AÜHFD, C. 54, S. 3, 2005, s. 388.

64 Bu gerekçeyle 298 sayılı Kanun'un m. 7, f. 3 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmiştir. Bkz. Veysel Candan **Canoğlu**, "Hükümlülerin Oy Kullanma Hakkı", 9. Asos Congress, Uluslararası Hukuk Sempozyumu-Tam Metin Kitabı, Türkiye, 24-26 Mayıs 2023, Asos Yayınevi, Ankara 2023, s. 1029.

65 Bkz. **Bahçeci**, s. 388; **Karakaş Doğan**, s. 108.

66 **Anayurt**, s. 570.

TCK'nın 53. maddesi uyarınca belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndaki kısıtlılık hallerinin de incelenmesi gerekmektedir.

TCK m. 53 hükmü uyarınca kişi, kasten işlemiş olduğu suç dolayısıyla hapis cezasının mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak maddenin birinci fıkrasında sayılan birçok haktan mahrum bırakılacaktır. Mahkûmiyet kararının kanuni sonucu olarak ortaya çıktığı için bu konuda ayrıca bir karar verilmesine gerek bulunmamaktadır.⁶⁷ Bu düzenlemedeki temel amaç, hükümlünün kesinleşen cezasının infazından kaçınmasını önlemektir.⁶⁸ Belli hakları kullanmaktan yoksunluk bağlamında uygulanabilecek güvenlik tedbirleri kanunda sınırlı sayıda gösterilmiştir. Kanunilik ilkesi uyarınca mahkemenin bu hakların dışında başka bir hak yoksunluğuna hükmetmesi söz konusu değildir.⁶⁹

Seçme ve seçilme ehliyetinden yoksun bırakılma da TCK m. 53 hükmü ile öngörülen hak yoksunluklarından biridir. Bununla birlikte kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler ise oy hakkında yararlanabilecektir (TCK m. 53, f. 4).⁷⁰ Her iki hüküm birlikte ele alındığında kasten işlemiş olduğu suç dolayısıyla mahkûm olunan hapis cezasının süresi 1 yıldan daha fazla ise kişi oy hakkından yoksun bırakılacaktır. Kişi kasten işlenebilen suçtan mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar ilk fıkrada belirtilen hakları ve dolayısıyla seçme hakkından yararlanamayacaktır (TCK m. 53, f. 2).

Hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılması aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğimiz üzere AİHM ve Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarına da konu olmuştur. Bununla birlikte, AYM tarafından verilen bir iptal kararının öncelikle incelenmesi gerekir. Seçme ve seçilme ehliyetinden yoksun bırakmaya ilişkin TCK m. 53, f. 1, bent b hükmü, Anayasa'nın m. 67, f. 5 hükmüne aykırılık taşıdığı gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi E. 2014/140, K.

67 Ne var ki Yargıtay, failin mahkum olduğu cezasının infazı tamamlanıncaya kadar TCK m. 53, f. 1'de belirtilen hakların kullanmaktan yoksun bırakılmasının açıkça belirtilmesi gerektiği yönünde içtihat geliştirmişti. Karar için bkz. Yargıtay CGK, E. 2011/204, K. 2011/239, 22.11.2011, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 15.02.2024.

68 **Özgenç**, s. 968.

69 **Artuk, Gökçen ve diğerleri**, s. 968.

70 Örneğin, kişi fiili işlediği sırada 18 yaşından küçükse, 21 yaşına geldiğinde hapis cezasının infazı devam ediyor ve hatta ceza infaz kurumunda infazı gerçekleşmekte ise oy hakkından yararlanabilecektir. Bkz. **Canoğlu**, s. 1029.

2015/85 sayılı ve 08.10.2015 tarihli kararı ile bu hükmü çeşitli yönlerden iptal etmiştir.⁷¹ Esasen iptal kararı verilmesinin esas nedeni Anayasa ile TCK arasındaki hükümlerin birbirleriyle uyumlu olmama halidir. Her ne kadar bir iptal kararı gündeme gelmişse de kararın gerekçesi incelendiğinde iptal edilen hükmün hangi hususlar açısından iptal edildiği özellikle belirtilmektedir. Bu durumda ilgili hükmün, sonuçları itibarıyla tamamen iptal edilmediği neticesine varılmaktadır.⁷²

Söz konusu iptal kararında Anayasa Mahkemesi, TCK m. 53, f. 1, bent b hükmünde hak yoksunluğunun hükmün infazı tamamlanıncaya kadar geçerli olduğunu ve bunun da Anayasa'nın m. 67, f. 5 hükmüne aykırılık taşıdığına vurgu yapmıştır. Nitekim cezasının infazının nerede gerçekleştirildiği dikkate alınmaksızın, kasten suç işleyen her kişinin oy hakkını sınırlandıran bir yaklaşım Anayasa Mahkemesi'nce ölçsüz bulunmuştur.⁷³ Başka bir ifadeyle TCK'nın 53, f. 1 bent b hükmündeki düzenleme Anayasa'nın m. 67, f. 5 hükmünde sarıh bir şekilde belirtilen sınırları ihlal etmektedir.⁷⁴ Neticede koşullu salıverilen veya hapis cezası ertelenen kişi, fiilen ceza infaz kurumunda bulunmasa bile infazı bihakkın tahliye tarihine kadar oy kullanmaması Anayasa'ya aykırı olarak değerlendirilmiştir.

71 İlgili karar incelendiğinde;

1. fıkranın b bendinde yer alan “*diğer siyasi haklardan*” ifadesi bütünüyle;

1. fıkrada yer alan “*kişi kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak*” kısmı seçilme ehliyeti ibaresi yönünden, yine aynı fıkrada geçen *hapis cezasına* ifadesi seçme ehliyeti yönünden;

2. fıkra, 1. fıkranın b bendinde yer alan “*seçme ve seçilme ehliyeti*” ibaresi yönünden;

4. fıkranın “*kısa süreli hapis cezası ertelenmiş ve*” ibaresi 1. fıkrada mevcut olan “*seçilme ehliyeti*” ibaresi bakımından, iptal edilmiştir. Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bekir **Boğa**, “Türk Ceza Kanununun Siyasi Haklardan Yoksunluğa İlişkin Düzenlemesinin İptali”, NEÜHFD, C. 1, S. 1, 2015, s. 9, 14.

72 Ahmet Hulusi **Akkaş**, Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 98. Doktrinde iptal kararı sonrası bu hakların yasaklanmasına yönelik TCK'da bir hükmün yer almadığına dikkat çekilmektedir. Bkz. Mahmut **Koca/İlhan Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 663. Her ne kadar tamamen iptal edilmese de hükmün uygulanabilirlik koşullarının artık kalmadığını belirten görüş için bkz. **Boğa**, 2015, s. 16; Hükmün tamamen iptal edildiğine dair görüş için bkz. Veli Özer **Özbek ve diğerleri**, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 649. Benzer yönde bkz. Berrin **Akbulut**, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 883.

73 Hamide **Zafer**, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 728.

74 **Akkaş**, s. 93.

Anayasa Mahkemesi, bu kapsamdaki hükümlülerin oy kullanabilmeleri gerektiği görüşü ile kanuni bir engeli ortadan kaldırmıştır.⁷⁵

Aynı durum denetimli serbestlik (CGTİHK m. 105/A), cezanın infazının ertelenmesi halleri (CGTİHK m. 16, m. 16/A, m. 17, m. 17/A) ve hapis cezasının konutta infazı bakımından (CGTİHK m. 110) da gündeme gelebilir.⁷⁶ Zira Anayasa'nın m. 67, f. 5 hükmü kasten işlenebilen bir suçtan dolayı fiilen ceza infaz kurumunda olan hükümlülerin oy kullanamayacaklarını belirtmektedir. Bununla birlikte koşullu salıverilme, hapis cezasının ertelenmesi, cezanın infazının ertelenmesi, denetimli serbestlik ve konutta infaz gibi düzenlemelerin şartlarına aykırılık halinde kişi tekrar ceza infaz kurumuna alınmışsa ve kişinin işlemiş olduğu suç kasten işlenebilen bir suçsa bu durumda oy hakkının bulunmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

Anayasa Mahkemesi iptal kararına hükmederken eşitlik ilkesine atıfta bulunmuştur.⁷⁷ Kararda kısa süreli hapis cezasını gerektiren bir suçu işleyen kişiler ile kısa süreli olmamakla beraber iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren bir suçu işleyen kişilerin aynı konumda bulunmadıkları ve fakat bu durumun Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık taşımadığına işaret edilmiştir. Gerekçe olarak da suçun kamu düzeninde meydana getirdiği tahribatın ağırlığı sunulmuştur. Aslında anlatılmak istenen şey işlenen suçun haksızlık içeriğidir. Ancak cezası ertelenen hükümlü hiç ceza infaz kurumuna girmemekteyken cezası ertelenmeyen ve ceza infaz kurumunda bulunan hükümlünün işlediği suçların haksızlık içeriği noktasında bir farklılık bulunmayabilir. Esasında bu durum cezası ertelenen hükümlü ile ertelenmeyen hükümlü arasında yeni bir eşitsizlik doğuracaktır. Aynı husus denetimli serbestlik, cezanın infazının ertelenmesi halleri ve konutta infaz bakımından da düşünülebilir. Bu

75 **Akbulut**, s. 883.

76 Yine CGTİHK'da Geçici Maddeler dahilinde denetimli serbestlik süreleri arttırılarak hükümlünün ceza infaz kurumundan daha erken salıverilmesine olanak tanınmıştır. Bu itibarla bu kapsamda hükümlüler de dışarıda oldukları süre içerisinde oy hakkını kullanabileceklerdir.

77 “Öte yandan işledikleri suç kısa süreli hapis cezasını gerektiren kişiler ile kısa süreli olmamakla birlikte, iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren kişiler, suçun kamu düzeninde meydana getirdiği tahribatın ağırlığı bakımından aynı konumda bulunmadıklarından, kanun koyucunun bu kişileri seçme ehliyeti yönünden farklı kurallara tabi kılması, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.” (§62).

hükümlüler ceza infaz kurumuna hiç girmeyerek oy hakkından yararlanabilirken, aynı suç işleyen ve bu kurumlardaki koşulları taşımayan hükümlüler oy hakkını kullanamayacaktır.

Mahkemenin vermiş olduğu iptal kararı görünüşte Anayasa'ya uygun olsa da yeni bir eşitsizlik doğurduğu göz ardı edilmemelidir.⁷⁸ Salt ceza infaz kurumunda bulunmanın oy hakkını sınırlaması hukuki bir gerekçe olmaktan uzaktır. Kaldı ki Anayasa'nın m. 67, f. 5 hükmünün devamında ceza infaz kurumu ve tutukevlerinde oy kullanılması ve oyların sayım ve dökümünde seçim emniyeti açısından gerekli tedbirlerin Yüksek Seçim Kurulu tarafından alınacağı açıkça belirtilmiştir. Bu noktada ifade edilmelidir ki Anayasa Mahkemesi'nin TCK m. 53 f. 1, bent b hükmü açısından vermiş olduğu iptal kararının, kendi yetkisini aşarak vermiş olduğu bir karar olduğu da savunulmaktadır.⁷⁹

Karara konu olan başvuru somut norm talebiyle gündeme gelmiş ve hükmün bir kısmının iptali talep edilmiştir. Buna karşılık tamamının iptal edilmesi halinde suç işleyen kişilerin hiçbir şekilde seçme ve seçilme ehliyetinden mahrum bırakılmayacağı sonucuna varılabileceği endişesi hasıl olmuştur. Fakat Anayasa'daki açık sınırlama ve Adli Sicil Kanunu'nun Geçici 2. maddesi ve aynı Kanununun 13/A maddesi karşısında bu endişenin haklı olmadığı ifade edilebilir.⁸⁰ Fakat bu kısmi iptal karşısında hükmün ne şekilde uygulanabileceği sorunu baş göstermiştir. Yargıtay'ın kararlarına bakıldığında ise farklı dairelerden farklı kararların ortaya çıktığı görülmektedir.⁸¹ Doktrinde ileri sürülen bir görüş göre, seçme, seçilme ve

78 Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu kararda bir başka husus da göz ardı edilmiştir. Hükümlü kasten işlediği suçtan dolayı mahkum olduğu bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını çekmek üzerinde infaz kurumunda bulunmaktayken milletvekili, belediye başkanı, belediye meclis üyesi olarak seçilme hakkına sahip olabilecek ve fakat oy kullanma hakkını kullanamayacaktır. Bu göz ardı etme hali, bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının ertelenmesine hükmedilmesi halinde bunun oy kullanma hakkına bir etkisinin olmadığını belirten TCK m. 53 f. 4 hükmü açısından da geçerlidir. Bu hususta bkz. **Özgenç**, s. 968, 971. Ayrıca bu iptal kararıyla kasten öldürme, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, terör örgütü faaliyeti kapsamında ağır suçlar işleyip de hapis cezasıyla cezalandırılmalarına rağmen henüz ceza infaz kurumuna girmemiş olan hükümlülerin de oy kullanabilmelerine olanak tanıdığı belirtilmektedir. Bkz. **Özgenç**, s. 968.

79 **Boğa**, s. 18.

80 **Boğa**, s. 18.

81 Hükmün tamamen iptal edildiğine dair bkz. Yargıtay 6. CD, E. 2013/29441, K. 2016/1463, 02.03.2016; Hükmün kısmen iptal edildiğine dair bkz. Yargıtay 4. CD, E. 2013/38063, K. 2016/4429, 09.03.2016; Yargıtay 23. CD, E. 2015/13901, K. 2015/7258, 26.11.2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 15.02.2024; Ayrıca bkz. **Özbek ve diğerleri**, s. 648.

diğer siyasi haklardan mahrum bırakılmanın artık Anayasa ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁸² Ancak ortaya çıkan uygulama farklılıkları sona erdirebilmek adına TCK m. 53 hükmünün tamamen yeniden düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁸³

298 sayılı Kanun'un m. 8, f. 2 hükmü uyarınca kamu hizmetlerinden yasaklılık durumunda kişi, seçmen olamayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kişinin oy hakkı değil, seçmen olması yasaklanmıştır. Bilinmelidir ki Anayasa m. 67, f. 5 hükmüne uygun olarak 298 sayılı Kanun'un 7. maddesinde belirtilen kişiler (silah altındaki erler, onbaşılar ve kıta çavuşları, askeri öğrenciler ve ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler) seçmen olabilmekte ve fakat içinde buldukları geçici durum dolayısıyla seçimlerde oy hakkını kullanamamaktadır. Bu geçici durum ortadan kalktığında kişi oy hakkına kavuşabilecektir. Burada ise kişi seçmen olmadığından oy kullanamayacaktır. Kamu hizmetlerinden yasaklılık hallerine ilişkin kapsamı TCK göstermektedir.⁸⁴ Bunların başında siyasal haklar gelmektedir ki TCK m. 53, f. 1-a hükmünde belirtilmiştir. Dolayısıyla kişinin hangi hallerden kamu hizmetinden yasaklı olduğu 298 sayılı Kanun'da değil, TCK m. 53 hükmüne göre belirlenecektir. Buna göre, kişinin kasten işlemiş olduğu suç dolayısıyla hapis cezasına mahkumiyeti kamu hizmetinden yasaklılık için yeterlidir. Cezanın infazı tamamlanıncaya kadar kişi bu hakları kullanamaz ve dolayısıyla seçmen olamaz. Fakat yukarıda bahsi geçen TCK m. 53, f. 1-b'deki hükmünde yer alan “*seçme ve...*” ibaresiyle ilgili Anayasa Mahkemesi'nin E. 2014/140, K. 2015/85 sayılı ve 08.10.2015 tarihli iptal kararı nazara alındığında kişinin kamu hizmetinden yasaklanması seçme hakkının kullanılmasına mani olmamaktadır.⁸⁵

82 Koca/Üzülmez, s. 663; Akbulut, s. 884; Üzeltürk, s. 1891.

83 Özbek ve diğerleri, s. 649.

84 Karamustafaoğlu, s. 191.

85 Bahse konu iptal kararının gerekçesinde konuya dair hususlar şunlardır:

“...Düzenleme yalnızca kasten işlenen bir suçtan dolayı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağını düzenlediğinden, ceza infaz kurumunda bulunmayan hükümlülerin oy kullanmaları bakımından anayasal bir engel bulunmamaktadır.” (§30)

“...Bu suretle kuralla seçme hakkına getirilen sınırlama, Anayasada seçme hakkının bir tezahürü olarak ifade edilebilen oy kullanma hakkının Anayasada açıkça ifade edilen sınırlarını aşmakta, hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunup bulunmadığı dikkate alınmaksızın kategorik bir şekilde kasten işlenen tüm suçlardan dolayı hapis cezasına mahkumiyet halinde seçme hakkına sınırlama getirilmektedir. Kuralla getirilen sınırlama demokratik toplum düzeninde gerekli olmayan ölçüsüz bir sınırlama niteliğinde olduğundan Anayasaya aykırıdır.” (§31)

Buradaki temel sorun konuya ilişkin diğer mevzuat hükümlerin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına uyumlu hale getirilememesinden ileri gelmektedir. Bu bakımdan *kamu hizmetinden yasaklılık* ile ilgili 298 sayılı Kanun'un m. 8, f. 2 hükmünün anayasal dayanağının bulunmadığına işaret edilmelidir.⁸⁶ Nihayetinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrası, 298 sayılı Kanun'un m. 8, f. 2 hükmünün uygulanma olanağı kalmadığı kanaatine ulaşmaktayız.

298 sayılı Kanun'un m. 8, f. 1 hükmüne göre, kısıtlı olanlar da seçmen olamazlar. Kısıtlılık haliyle ilgili olarak 4721 sayılı TMK'ya bakmak gerekecektir.⁸⁷ Yaş küçüklüğü haricindeki kısıtlanma hallerine bakıldığında, kişinin kendini idare edebilecek şekilde akıl ve yeterliliğe sahip olmaması, iradi ve serbest bir şekilde hareket ettiği sonucunu doğurmayacaktır. Ayrıca demokratik sistemin temel araçlarından biri olan oy hakkının idrak edilememesi ve bu kişilerin manipüle edilmesi riski göz önüne alındığında, bu kişiler seçmen olarak addedilmeyecek ve dolayısıyla oy haklarını kullanamayacaktır.⁸⁸

Özgürlüğü bağlayıcı ceza ile ilgili olarak TMK'nın eski m. 407, f. 1 hükmüne göre, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan her ergin kısıtlanmıştı. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca cezayı yerine getirmekle görevli makam, hükümlünün cezasının infazını çekmeye başladığını ve kendisine vasi atanmak üzere derhal yetkili vesayet makamına⁸⁹ bildirmekle yükümlü kılınmıştı. Vesayet makamının ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü bakımından kısıtlama kararı vermesi zorunluluk arz etmekte ve hükümlünün kendi işlerinin bizzat yürütüp yürütemeyeceği hususu değerlendirme dışı bırakılmaktaydı.⁹⁰ Dolayısıyla verilen hapis cezası bir yıl veya daha uzun süreliyse hükümlünün kısıtlılığı söz konusu olur ve bu kişi seçmen olamazdı.⁹¹ Kastla işlenebilen bir suç

86 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ersan Şen, "Kamu Görevinden İhraç Edilenler Oy Kullanabilir mi?" 23.04.2019, E.T. 05.04.2024.

87 İlgili kısıtlanma nedenleri, küçüklük (TMK m. 404), akıl hastalığı veya akıl zayıflığı (TMK m. 405), savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim (TMK m. 406) ve özgürlüğü bağlayıcı ceza (TMK m. 407) ve istek üzerine kısıtlanmadır.

88 Üzeltürk, s. 1884.

89 İlgili vesayet makamı TMK m. 397, f. 2 hükmü uyarınca sulh hukuk mahkemesidir.

90 Nuri Berkay Özgenc, "Türk Hukukunda Özgürlüğü Bağlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyetin Sonucu Olarak Kişinin Kısıtlanması", MÜHFHAD, C. 26, S. 2, s. 652, 658.

91 Ersoy Kontacı, "Türk Hukukunda Kısıtlılık Hali ve Seçme Hakkı", E.T. 15.03.2024, s. 2.

ve taksirle işlenebilen bir suç bakımından TMK m. 407 hükmü açısından bir ayırım yapılmamıştı.⁹²

Kanun'un 471. maddesi uyarınca özgürlüğü bağlayıcı cezaya çarptırılan kişinin hapis hali sona ermişse vesayet re'sen ortadan kalkacaktır. Bu bakımdan örneğin, kişi koşullu salıverilmişse bu durumda vesayet hali sona ereceğinden seçmen olabilmesi yönündeki engel de bulunmayacaktır. Kanun'un 407. ve 471. maddeleri Anayasa Mahkemesi'nin E. 2022/105, K. 2023/54 sayılı ve 22.03.2023 tarihli kararıyla iptal edilmiştir. İptal kararı gerekçesinde mahkeme hükümlünün ceza infaz kurumunda olsa da kendi işlemlerini yürütebilecek konumda olduklarını, mahkemeye vesayet kararı verilmesi noktasında takdir yetkisinin tanınmadığını ve hükümlü olup da kendisine vasi atanmak yerine yasal danışmanlık ve kayımlık gibi daha orantılı kurumlara başvurulabileceğini belirtmiştir.⁹³

Doktrinde bu iptal kararı sonrası mallarını idare ve malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma bakımından hükümlünün işlerini yürütebilmede birtakım sorunlarla karşılaşacağına işaret edilmiştir. Ne de olsa kısıtlılık durumunda kişi TMK hükümleri uyarınca belirli işlemleri tek başına yürütmeyecek⁹⁴ ve cezanın infazı sürecinde hükümlü tarafından yapılan tasarruflar geçerli kabul edilmeyecekti.⁹⁵ Bu sorunların üstesinden gelmek adına, hapis cezasına mahkum olan ve bu cezanın infazı sürecinde ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüye ancak talep koşuluna bağlı olarak vasi tayin edilmesi gerektiği önerilmiştir.⁹⁶

Mahkemenin iptal kararı sonrası 02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 407. madde yeniden düzenlenmiştir.⁹⁷ İlk fıkrada

92 Ayrıntılı bilgi için **Akkaş**, s. 102 vd; Kısıtlılığa ilişkin bu hükmün, ceza infaz kurumunda bulunma hali ve kast-taksir ayırımı yapan Anayasa m. 67, f. 5 hükmüne aykırı olduğu ifade edilmiştir. **Canoğlu**, s. 1030.

93 Anayasa Mahkemesi, E. 2022/105, K. 2023/54, 22.03.2023.

94 **Kontacı**, s. 1. Çünkü kısıtlı olma halinde kişi tam ehliyetliden sınırlı ehliyetsiz konumuna geçer. İbrahim **Ermenek/Hilal Üçüncü**, "Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza Sebebiyle Kısıtlanma Halinde Kanuni Temsilciye Tebligat Yapılma Usulü", AÜHBVHFD, C. 24, S. 2, 2020, s. 3, 6.

95 **Zafer**, s. 727.

96 Şahsa sıkı sıkıya bağlı olan hakların kullanılması açısından vesayete ve vasinin onayına bir gereksinim olmadığı ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. **Özgenç**, s. 989.

97 Madde hükmü şu şekildedir:

"Kesinleşmiş hapis cezasının infazı amacıyla ceza infaz kurumunda bulunan ergin bir kişi, isteği üzerine kısıtlanır veya kendisine kayyum atanır.

Toplam beş yıl veya daha fazla kesinleşmiş hapis cezasının infazı amacıyla ceza infaz kurumunda bulunan ergin bir kişi, isteği bulunmasa dahi kişiliğinin veya malvarlığının korunması bakımından gerekli görülmesi hâlinde kısıtlanabilir.

doktrinde belirtilen önerilere uygun olarak kesinleşmiş⁹⁸ hapis cezasının infazı amacıyla ceza infaz kurumunda bulunan ergin kişinin talebi üzerine kısıtlanması veya kayyım atanması konusuna yer verilmiştir. İkinci fıkrada ise toplam beş yıl veya daha fazla kesinleşmiş hapis cezasını çekmek üzere infaz kurumunda bulunan ergin kişinin talebi bulunmasa da kişilik ve malvarlığı haklarının korunması açısından gerekli gördüğü takdirde kısıtlayabilecektir. Cezayı yerine getirmekle görevli makam, cezanın infazına başladığını vesayet makamına bildirmekle birlikte vesayet makamı karar vermeden önce hükümlüyü dinleyecektir.

Maddenin ilk fıkrasında talep üzerine kısıtlanma ve ikinci fıkrada zorunlu kısıtlamanın olduğu ileri sürülse de bu husus vesayet makamının takdirine bırakılmıştır. Vesayet makamı zorunlu olduğu hallerde dahi kişinin kısıtlanmasını gerekli görmüyorsa hükümlü, 298 sayılı Kanun'un m. 8 hükmünün dışında kalarak seçmen olabilecek ve oy kullanabilecektir. Ancak hükümlü kısıtlanmak zorunda olmasa bile Anayasa'nın m. 67, f. 5 ve TCK m. 53, f. 1, bent b'de belirtilen yasaklara tabi olduğu unutulmalıdır.

Yukarıda bahsi geçen 02.03.2024 tarihli 7499 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle TMK m. 471 hükmü de yeniden düzenlenmiştir. Özgürlüğü bağlayıcı ceza bakımından kısıtlı olan hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunması, hukuka uygun bir şekilde sona ermişse TMK m. 471 hükmü gereği kısıtlılık hali kendiliğinden kalkacaktır.⁹⁹ Yeni düzenlemede hapis cezasının infazının devamı süresince talep üzerine kısıtlılık sona erdirilebilecektir.¹⁰⁰

Cezayı yerine getirmekle görevli makam hapis cezasının infazına başladığını derhâl vesayet makamına bildirir. Vesayet makamı karar vermeden önce hükümlüyü dinler. Bu Kanunun kayyımliğa ilişkin hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu madde için de uygulanır.”

98 Kanun'un 407. maddesinin eski halinde hükmün kesinleşmiş olması gerektiği belirtilmese de cezanın infazının kesinleşmeyle (CGTİHK m. 4) başladığı nazara alındığında, kesinleşmiş bir hükmün infazı sürecinde kısıtlılığın söz konusu olacağı noktasında bir kuşku bulunmamaktadır.

99 Maddenin iptal olmadan önce eski hali, yalnızca hapis halinin sona ermesiyle vesayet kendiliğinden ortadan kalkacağını düzenlemekteydi. Bu durumda ceza infaz kurumundan firar hali bir belirsizlik oluşturmaktaydı. Bkz. **Özgenç**, s. 663. Yeni düzenlemeyle bu belirsizlik giderilmiştir. Örneğin hapis hali, koşullu salıverilme veya denetimli serbestlik ya da bihakkın tahliye ile sona ermişse kısıtlılık hali kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

100 Konuya ilişkin TMK m. 471 hükmü şu şekildedir:

Vasi tayini bakımından dikkat edilmesi gereken husus, hükümlünün cezasının infazı sürecinde ceza infaz kurumuna girmesi ve infaz kurumunda bulunmasıdır.¹⁰¹ Bu noktada hem eski hem de yeni düzenlemede kasten işlenebilen suç ve taksirle işlenebilen suç arasında bir fark gözetilmemiş olup ceza miktarının esas alındığı görülmektedir. Taksirli suçtan mahkum olan bir kişinin cezasının infazı, ceza infaz kurumunda yürütülüyorsa Anayasa m. 67, f. 5 hükmü uyarınca oy kullanma hakkından mahrum edilmese bile, TMK m. 407 hükmü uyarınca isteğe bağlı veya zorunlu olarak kısıtlanmışsa, 298 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca seçmen olamayacak ve akabinde oy kullanmayacaktır. Şayet cezanın infazı sürecinde kısıtlılık TMK m. 471 hükmü uyarınca talep üzerine sona erdirilmişse, seçmen olma yönündeki engel de ortadan kaldırılmış olacaktır.

TMK'da kısıtlılığa ilişkin hususlar hükümlünün, seçmen olmasını engellemektedir. Özgürlüğü bağlayıcı cezaya ilişkin yeni düzenlenen TMK m. 407 hükmünde de kast-taksir ayrımının yapılmadığı görülmektedir. Fakat kısıtlılığa dair seçmen olmama hali 298 sayılı Kanun'un 8. maddesi nedeniyle değildir. Nihayetinde hükümlülerin oy kullanma hakkının genişletilmesi bağlamında bir düzenleme yapılması isteniyorsa TMK'da değil, 298 sayılı Kanun'un 8. maddesi değiştirilmelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsi geçen iptal kararı doğrultusunda, YSK da 13.03.2023 tarihli ve 2023/107 sayılı kararı¹⁰² uyarınca ceza infaz kurumunda iken firar edenler de dahil olmak üzere kasten işlenebilen bir suçtan dolayı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy

“Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis hâlinin hukuka uygun bir şekilde sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.

Hapis hâlinin devamı süresince aşağıdaki şartların varlığı hâlinde vesayet sona erdirilebilir:

- 1. Toplam beş yıldan az olan hapis cezasının infazına bağlı olarak verilen kısıtlama kararları bakımından kişinin isteminin bulunması,*
- 2. Toplam beş yıl veya daha fazla kesinleşmiş hapis cezasının infazına bağlı olarak verilen kısıtlama kararları bakımından kişinin talebi üzerine kişiliğinin veya malvarlığının korunması sebebinin ortadan kalkması.”*

101 Bu durumda hükümlü kaçak durumdaysa veya cezanın infazı ertelemesiyle infaz süreci başlanamamışsa vesayet altına alınmaz. Şayet kişi ceza infaz kurumunda bulunup da hükümlü değil, bizzat tutukluysa bu durumda da kişi hakkında vesayete ilişkin süreç işletilemez. Bkz. **Ermenek/Üçüncü**, s. 9.

102 YSK, 2023/107 sayılı kararı, <https://www.ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/82484/2023-107.pdf>, E.T. 18.03.2024.

kullanamayacağını, seçmen niteliğine sahip olan¹⁰³ tutuklular ve taksirli suçlardan hükümlü olanların oy kullanabileceklerini belirtmiştir. Ayrıca kararda kişilerin kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak uygulanması gereken hak yoksunluklarına dair mahkumiyet hükmü kesinleşmiş olmakla birlikte henüz ceza infaz kurumuna alınmayan veya ceza infaz kurumuna alındıktan sonra koşullu salıverilen ya da denetimli serbestlik hükümlerinden yararlanmak suretiyle salıverilen ancak hak ederek salıverilme süresi sona ermeyen hükümlüler ile uzun süreli de olsa hapis cezası ertelenen ya da hastalık dolayısıyla cezanın infazı geri bırakılan hükümlülerin ceza infaz kurumunda bulunmamaları dolayısıyla bu süre dahilinde yapılacak seçimlerde oy kullanma yönünde bir engel olmadığı ifade edilmiştir.

Kararda kısıtlılık hali ile ilgili olarak hapis halinin sona ermesiyle kısıtlılık hali de kendiliğinden ortadan kalkacağı ifade edilerek bu kapsamdaki hükümlülerin de yapılacak seçimlerde oy kullanabileceklerine değiştirilmiştir. YSK'nın bu kararı Milletvekili Genel Seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçimiyle ilgilidir. Son olarak YSK, 19.12.2023 tarihli ve 2023/1564 sayılı Kararla¹⁰⁴ 31.03.2024 tarihinde yapılacak olan Mahalli İdareler Genel Seçimlerinde de ilgili tutuklu ve taksirli suçlardan hükümlülerin yukarıda bahsi geçen hususlar çerçevesinde oy kullanılabileceğini belirtmektedir. Bu karar uyarınca seçimin genel veya yerel seçim olup olmamasına göre bir ayrımın olmadığı söylenebilir.

Son olarak ifade edilmelidir ki, Türk hukukunda kasten işlediği suç nedeniyle infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanmasına yönelik engel, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin de önüne gelmiştir. *Musa Kaya Başvurusu*'nda başvurucu, ceza infaz kurumunda bulunduğu için seçme hakkını kullanamadığını ve hükümlülerin oy kullanmasına yönelik yasağın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil ettiğini öne sürerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme,

103 “Seçmen kütüklerin kesinleşme tarihinden sonra tutuklu ve taksirli suçlardan hükümlülere ilişkin askı listesinde yer almayan seçmenlerin, ceza infaz kurumu yönetimi aracılığı ile ceza infaz kurumunun bulunduğu ilçe seçim kurulu başkanlığına müracaat etmeleri halinde, kesinleşen seçmen kütüklerinde kayıtlı olmaları şartıyla tutuklu ve taksirli suçlardan hükümlülere ilişkin askı listesinde dahil edilmeleri gerektiğine,” (YSK 2023/107 sayılı kararı sonuç kısmı madde 3)

“11 Mayıs 2023 Perşembe gününe, Cumhurbaşkanı Seçiminin ikinci tura kalması halinde ise 26 Mayıs 2023 Cuma gününe kadar yeni kurulan ceza infaz kurumunda bulunan tutuklular ile taksirli suçlardan hükümlü olanlar için de tutuklu seçmen listesi oluşturulacağına...,” (YSK 2023/107 sayılı kararı sonuç kısmı madde 4)

104 YSK 2023/1564 sayılı Kararı, <https://www.ysk.gov.tr/doc/karar/dosya/46637354/2023-1564.pdf>, E.T. 18.03.2024.

ilgili hükmün AİHS'ye uygunluğu bakımından herhangi bir inceleme yapmamıştır. Başvurucunun oy kullanmasına yönelik engelin bizatihi Anayasa'nın 67. maddesinden kaynaklanması ve ilgili kanun hükümlerinin bu madde ile uyumlu olması hasebiyle Mahkeme, başvurunun *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.^{105,106}

III. Karşılaştırmalı Hukukta Hükümlülerin Oy Hakkına Yönelik Sınırlamalar

Hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılmasına yönelik düşünceler, Türkiye'deki mevcut düzenlemeler ve tarihsel gelişim süreci ortaya konulduktan sonra, karşılaştırmalı hukukta konuya yaklaşım, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde serbest seçim hakkının gerekleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya dair içtihadının da açıklanması, çözüm önerilerinin ifade edilmesinden evvel, konunun bütünlüğe kavuşmasını sağlayacaktır. Böylelikle Türkiye'deki ceza infaz siyasetinin oy hakkı bağlamındaki pozisyonu ve ilgili mevzuatın uluslararası standartlara uygunluğu, özellikle de uluslararası örgütlere üyelik bakımından, ortaya çıkarılmış olacak ve geleceğe yönelik önerilerin bu bilgiyle mücehhez bir biçimde yapılması mümkün hale gelecektir.

105 AYM, Musa Kaya Başvurusu, 2014/19397, 25.03.2015.

106 Sözleşmenin Ek 1 No'lu Protokol 3. maddesi ile Anayasa'nın m. 67, f. 5 hükmünün birbirine uyumlu olmadığı vurgulanmaktadır. Bkz. **Mensiz**, 2016, s. 62; Burada Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler noktasında kanunlarla usule uygun olarak yürürlüğe giren uluslararası sözleşmeler arasında bir ihtilaf halinde uluslararası sözleşmelerin uygulanmasını gerektiren Anayasa'nın m. 90, f. 5 hükmünün uygulama alanı bulamayacağı açıktır. İhtilaf hali kanunlarla uluslararası sözleşme arasında değil, uluslararası sözleşme ile Anayasa arasındadır. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi, Anayasa'yı gerekçe göstererek AİHM tarafından verilecek içtihatların aksi yönde karar verebilecektir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, bu sorun bireysel başvuru sorunu olarak Anayasa Mahkemesi'ne gidildiği takdirde sorunun boyut değiştiğine ve farklı bir çözüm yolu bulunabileceğine vurgu yapılmaktadır. Sözleşmeden ziyade Anayasa'nın m. 67, f. 5 ve m. 148, f. 3 arasında bir çatışma olduğu ileri sürülmektedir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa m. 148, f. 3 hükmünü doğrudan uygulayarak sözleşmeden yana tercihte bulunması gerektiği önerilmektedir. Bkz. Ahmet Burak **Bilgin**, "AİHS ve Diğer Uluslararası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri Bağlamında 2004 Değişikliğinin Beraberinde Getirdiği Sorunlar ve Bazı Çözüm Önerileri", MÜHFHAD, C. 22, S. 1, 2004, s. 131, 146, dn. 35. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın bir hükmünü devre dışı bırakacak şekilde sözleşme hükümlerini yorumlaması mümkün değildir. Fakat sözleşmelerle Anayasa arasında bir ihtilafın oluşmaması adına bir ön denetim ve onay sisteminde revizyon gibi hususlar önerilmektedir. **Bilgin**, s. 147, 151.

A. Karşılaştırmalı Hukuk Mevzuatında Oy Hakkı

Türkiye'deki seyrin aksine, dünya genelinde tutuklu ve hükümlülerin oy hakkına yönelik trendin özgürlükçü olduğu söylenebilir. Zaman içerisinde, hükümlü ve tutuklulara hiç oy hakkı tanımayan devletlerin kısmen de olsa bu hakkı tanımaya başladığı, mevcut sınırlamaların ya tümüyle ortadan kaldırıldığı ya da şartlarının oldukça sıkılaştırıldığı müşahede edilebilmektedir.^{107,108} Bu hususta, aşağıda da değinileceği üzere, AİHM ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatlarının ve ulusal Anayasa Mahkemelerinin de önemli bir rolü bulunmaktadır.¹⁰⁹

Mevcut uygulamaların değerlendirilmesinden önce, bir hususun önemle altının çizilmesi gerekir. Salt bir devletin mevzuatında hükümlülerin oy kullanabileceğine yönelik bir düzenlemenin bulunması, hükümlülerin gerçekten de oy hakkının bulunduğu anlamına gelmez. Eğer pratikte hükümlülerin oy kullanabileceği bir mekanizma mevcut değil ise (infaz kurumunda sandık kurulmaması gibi) ya da hükümlülerin oy kullanması çeşitli nedenlerle çok güçleştiriliyor ise (hükümlülerin büyük bir bölümüne seçim çevresi dışında bulduklarından bahisle oy kullandırılmaması gibi) bu durumda hükümlülerin oy haklarının sınırlandırıldığı kabul edilmelidir.¹¹⁰ Bu çalışmanın konusu böyle pratik güçlükleri ele almak olmadığından, ağırlıklı olarak mevzuat temelli bir inceleme yapılacaktır.

107 Tom **Theuns**, "A Comparative Study on the Right to Vote for Convicted Prisoners, Disabled Persons, Foreigners and Citizens Living Abroad, Ethos Work Package" C. 3: "Law as or Against Justice for All?", Brüksel 2020, s. 104; Martina **Prpic**, Prisoners' Voting Rights in European Parliament Elections, b.y. European Parliamentary Research Service, 2023, s. 7 vd. Aynı yönde bkz. **Anayurt**, s. 571.

108 Afrika'daki gelişmeler için bkz. **Africa Criminal Justice Reform (ACJR)**, The Right of Prisoners to Vote in Africa (Factsheet 17), 2019, s. 2 vd. Rapordan da takip edilebileceği üzere, pek çok Afrika ülkesinde hükümlülerin oy hakkına kavuşması geçtiğimiz 15 yıllık süreçte ve büyük oranda Anayasa Mahkemesi kararları ile olmuştur. Ayrıca bkz. Adem Kassie **Abebe**, "In Pursuit of Universal Suffrage: The Right of Prisoners in Africa to Vote", The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, C. 46, S. 3, 2013, s. 410 vd.

109 AİHM kararlarının hükümlülerin oy hakkı bağlamında neden olduğu reform hareketlerine yönelik müşahhas bir çalışma için bkz. Ergül **Çeliksoy**, "Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights in Prisoners' Right to Vote Cases", Human Rights Law Review, C. 20, 2020, s. 560 vd.

110 Bu hususta Andorra örneğine yönelik eleştiriler için bkz. Shai **Dothan**, "Comparative Views on the Right to Vote in International Law: The Case of Prisoners' Disenfranchisement", S. 64, 2016, Courts Working Paper Series, s. 6. Aynı şekilde Peru'da tutukluların oy kullandırılması için sandık kurulmadığına dair bkz. **PRI**, s. 3.

Karşılaştırmalı hukukta, hükümlülerin oy hakkı bakımından genel olarak üç farklı yolun izlendiğini söylemek mümkündür. Bunlardan ilki, *hükümlülerin oy hakkını hiçbir şekilde kısıtlamamak* ve onları diğer bireyler ile aynı şekilde oy hakkından yararlandırmaktır.¹¹¹ Günümüzde Avrupa devletlerinin büyük bölümü¹¹² (Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, İzlanda, İrlanda, Litvanya, Letonya, Makedonya, Norveç, Sırbistan, Slovenya, İspanya, İsveç ve İsviçre) bu prensibi benimsemiştir. Mevzuatında belli suçları işleyen hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılmasına ilişkin hükümler yer alsa da uygulamada bu kuruma neredeyse hiç başvurmayan Almanya^{113,114} da kanaatimizce bu kapsamda değerlendirilmelidir.

İkinci yöntem, *hükümlülerin hiçbirini oy hakkından yararlandırmamaktır*¹¹⁵ (Bulgaristan, Estonya, Ermenistan, Rusya vd.). Bu kapsamdaki devletlerden bazılarında tutuklulara da oy hakkı tanınmamaktadır (Belarus, Kenya, Mozambik).¹¹⁶

İlk iki kategorideki devletler ya tamamen serbestliği ya da tamamen yasaklamayı tercih ettikleri için bu sistemlere dair detaylı bir izaha da ge-

111 **PRI**, s. 4 vd.

112 **European Commission for Democracy Through Law** (Venedik Komisyonu), Report on Electoral Law and Administration in Europe, Strasbourg 2020, s. 11.

113 Bkz. **Venedik Komisyonu Raporu**, s. 12; Almanya'da kural olarak hükümlülerin oy kullanmasına yönelik bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak Al. CK'da her suç bakımından değil, belli bir ağırlığı ve konusu olan suçlar oy hakkının sınırlandırılması ön plana çıkmaktadır. Al. CK § 92a hükmü uyarınca barışa ihanet, vatana ihanet ve demokratik hukuk devletini tehlikeye düşürme başlığı altında düzenlenen suçlardan (§ 81-91); § 101 hükmü uyarınca, devlet sırlarının açıklanması, casusluk ve devletin dış güvenliğini tehlikeye düşürme başlığı altında düzenlenen suçlardan (Al CK § 93-100a), § 102/2 hükmü gereğince yabancı devletin organ ve temsilcilerine karşı saldırı suçu (§ 102), § 108c hükmü uyarınca seçim güvenliğine yönelik suçlardan (§ 107 seçimleri engelleme, § 107a seçim sırasında yapılacak sahtecilik, § 108 seçmenin zorlanması, § 108b seçmene rüşvet verme), § 108e/5 hükmüne göre milletvekilinin rüşvet alması veya milletvekiline rüşvet verme (§ 108e) suçundan, § 109i hükmü bakımından savunma araçlarına karşı sabotaj fiilleri (§ 109e) ve güvenliği tehdit eder nitelikteki istihbarat hizmeti suçundan (§ 109f) hapis cezasına çarptırılan kişilerin oy hakkı mahkeme kararına bağlı olarak sınırlandırılabilir. Bernd von **Heintschel-Heinegg**, BeckOK StGB, 60. Baskı, 2024, § 45, Kn. 2-3.

114 Almanya'da hükümlülerin infazından sonra oy hakkının kullanılmasını engelleyen Alman Ceza Kanunu § 45(5) hükmünün, neredeyse hiç uygulanmadığına değinilmektedir. Buna ilişkin hüküm uygulanmasa bile Alman Anayasası'na aykırı olduğu yönünde ciddi itirazların olduğundan da bahsedilmektedir. **Sobota**, s. 253.

115 **PRI**, s. 4 vd.; **Prpic**, s. 5; **Dothan**, s. 9.

116 **ACJR**, s. 3 vd.; **Venedik Komisyonu Raporu**, s. 11.

rek bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Türkiye'nin de aralarında yer aldığı üçüncü gruptaki devletlerde, hükümlülerin yalnızca bir kısmının oy hakkından yararlandırılmaması söz konusu olmaktadır (Avusturya, Belçika, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya, İspanya).¹¹⁷ Bu sınırlamanın ne şekilde yapılacağı ve hangi hükümlüler oy kullanabilirken hangilerinin kullanmasının engelleneceği konusunda neredeyse her hukuk sisteminde farklı bir düzenlemenin mevcut olduğu söylenebilir. Bu farklı uygulamaların kısaca ifade edilmesinde yarar vardır.

Yalnızca bazı hükümlülerin oy hakkını sınırlandıran hukuk sistemlerinde, bu sınırlama genellikle ya *cezanın ağırlığına* ya da işlenen *suçun mahiyetine* ilişkindir. Bazı örneklerde ise her iki kriterin birlikte göz önüne alındığı görülmektedir. İşlenen suçun mahiyetine yönelik kriterler de kendi içinde farklılaşabilmektedir. Kimi durumlarda yalnızca belli suç tiplerinden ya da belli bir hukuki değeri ihlal eden suçlardan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin bir sonucu olarak doğabilir iken, kimi durumlarda ise suçun kasten veya taksirle işlenmiş olması önem kazanmaktadır. Bu hususta bazı örneklerin ifade edilmesi yararlı olacaktır.

Hükümlülerin bir bölümünün oy hakkının sınırlandırılmasını öngören sistemlerden ilki, *suçun mahiyet ve muhtevasına göre* ayrıma gidilmesidir. Bu düşünceye göre, yalnızca bir suçun işlenmesi ya da bu suçtan dolayı hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunması oy hakkının sınırlandırılması için bir gerekçe olamaz. İşlenen suçun haksızlık içeriği itibarıyla oy hakkının kötüye kullanımıyla ilişkilendirilebilmesi gerekir. Bunun için de işlenen suçun ya doğrudan seçim suçlarından olması ya da hükümlünün ülkesine ya da işgal ettiği kamusal makama sadakatsizliğini ifade eden bir suç olması gerekir.

Bu düşünce tarzı, aşağıda ele alınacak AIHM içtihadı ile de uyum içinde olduğu için, oy hakkının sınırlandırıldığı Avrupa ülkelerinin tamamına yakınında bu yönde düzenlemeler mevcuttur. Söz gelimi Avusturya'da, hükümlülerin oy hakkı, ceza infaz kurumunda buldukları süre boyunca sınırlandırılmakta olup; oy hakkının sınırlandırılması yalnızca oy hakkının kötüye kullanılmasıyla ilişkilendirilebilecek suçların işlenmesi

117 Prpic, s. 5.

(vatana ihanet, ordu mensuplarına saldırı, cumhurbaşkanına suikast, soykırım vb.) halinde ortaya çıkmaktadır.^{118,119} Benzer şekilde Hollanda’da, hükümlünün oy hakkının sınırlandırılması, yalnızca yasama organına karşı işlenen suçlardan birinin işlenmesi ve hükümlü hakkında en az 1 yıl hapis cezasına hükmedilmesi halinde ortaya çıkmaktadır.¹²⁰ Belçika’da yalnızca Seçim Kanunu’nda tanımlı olan belli suçların işlenmesi halinde oy hakkının sınırlandırılması yoluna gidilmektedir.¹²¹ Oy hakkının sınırlandırılmasına neden olacak suçların kapsamı değişmekle birlikte, özellikle Avrupa’da, AİHM içtihadı ile de uyumlu olarak, işlenen suçun mahiyetinin yaygın olarak temel kriter kabul edildiği görülmektedir. Yukarıda zikredilenler dışında Almanya, Yunanistan, İspanya, Portekiz gibi örneklerde aynı yönde düzenlemeler mevcuttur.¹²²

Bazı devletlerin ise işlenen suçun mahiyetine değil, *cezanın ağırlığına göre* oy hakkının sınırlandırılması yoluna gittiği müşahede edilmektedir. Bu düşünceye göre, her ne kadar hükümlünün suç işlediğine dair kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığı onun oy hakkının belli bir süre sınırlandırılması için bir gerekçe olarak kabul edilebilirse de, orantılılık ilkesi uyarınca bu sınırlama her suç bakımından değil, yalnızca belli bir önemi haiz suçlar bakımından ortaya çıkabilmelidir. Bu bağlamda gerek soyut cezanın alt sınırı gerekse somut cezanın miktarına göre bir ayrıma gidilebilmesi mümkündür.

Söz gelimi Lüksemburg’da, cezanın ağırlığına göre, hükümlünün belli sürelerle ya da ömür boyu oy hakkından mahrum edilebilmesi mümkündür.¹²³ Aşağıda daha detaylı olarak ele alınacağı üzere İtalya’da belli bir süreyi aşan hapis cezaları oy hakkının sınırlandırılmasına yol açmaktadır.

118 Veronika **Apostolovski**/Markus **Möstl**, “Right to Vote - National Report Austria”, Brussels 2020, Ethos Work Package 3.4: Law as or Against Justice For All, s. 25.

119 Esasen Avusturya’daki eski düzenleme, hemen Türkiye’deki ile oldukça benzer nitelikteydi. Herhangi bir suç tipi zikredilmeksizin, kasten işlenen suçlardan dolayı 1 yıl veya daha fazla hapis cezasıyla cezalandırılan hükümlüler, ceza infaz kurumunda buldukları süre boyunca oy kullanamamakta idi. Buna karşılık, aşağıda incelenecek olan *Frod/Avusturya* davasında verilen ihlal kararı sonrasında, yasal düzenleme bu şekilde değiştirilmiştir.

120 **Theuns**, s. 16, 17.

121 **Prpic**, s. 5.

122 **Dothan**, s. 6-7.

123 **Prpic**, s. 8.

Romanya'da¹²⁴ bu sınır 2 yıl, Polonya'da¹²⁵ ve Yeni Zelanda'da¹²⁶ 3 yıl olarak belirlenmiştir. Her ne kadar kanunda bir süre sınırlamasından açıkça söz edilmese de, Türkiye'nin de oy hakkının sınırlandırılmasını yalnızca hapis cezası ceza infaz kurumunda infaz edilen hükümlülerle sınırlandırması hasebiyle, bu kategoride kabul edilmesi mümkündür.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, oy hakkının sınırlandırılması her zaman hapis cezasının varlığını ya da hükümlünün bilfiil ceza infaz kurumunda olmasını gerektirmemektedir. Oy hakkının sınırlandırılması genellikle hapis cezasına bağlı bir sonuç olarak ortaya çıktığından, hukuk sistemlerinin kahir ekseriyetinde cezanın infazının toplumsal ortamda gerçekleştirildiği hallerde hükümlünün oy hakkı sınırlandırılmamaktadır. Buna karşılık, oy hakkının sınırlandırılmasına bir güvenlik tedbiri olarak hâkim tarafından ayrıca hükmedildiği Belçika, Tunus ve Etiyopya gibi örneklerde, hükümlünün oy hakkı seçenek yaptırımla birlikte de sınırlandırılabilir. ¹²⁷ Brezilya ve Kuveyt gibi bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde ise, hapis cezası ile diğer ceza türleri arasında bir ayırım gözetilmeksizin, bütün hükümlülerin oy hakkından belli süreyle mahrum edilmesi yoluna gidilmektedir. ¹²⁸

Hükümlünün ceza infaz kurumundan (koşullu salıverilmeyle ya da bihakkın) tahliye olması bütün hukuk sistemlerinde oy hakkını kendiliğinden yeniden kazanacağı anlamına gelmemektedir. ABD'nin çok sayıda eyaleti¹²⁹, İtalya, Belçika, Polonya, Lüksemburg gibi birçok devletin hukuk sistemlerinde hükümlünün tahliyesinden sonra belli bir süreyle ya da

124 **Dothan**, s. 6.

125 **Prpic**, s. 9.

126 Yeni Zelanda hukukuna ilişkin açıklamalar için bkz. **Robins**, s. 165, 196. Esasen, mezkur çalışmadan sonra Yeni Zelanda'da seçim yasası iki kez değişmiş ve yukarıda zikredilen 3 yıl sınırı 2020 yılında ihdas edilmiştir. Bu hususta ayrıca bkz. "Prisoner voting bill passes in chaotic night at Parliament", Katie **Scother**, <https://www.rnz.co.nz/news/political/419769/prisoner-voting-bill-passes-in-chaotic-night-at-parliament>, E.T. 28.02.2024.

127 **PRI**, s. 4.

128 **PRI**, s. 4.

129 2023 yılı verileri itibarıyla, ABD'de yalnızca 3 eyalette hükümlüler ceza infaz kurumunda olsalar dahi oy haklarını kullanabilirler. 23 Eyalette hükümlüler oy kullanma haklarını yalnızca infaz kurumundayken kullanamazlar. Tahliye sonrasında oy haklarını geri alırlar. 14 Eyalette ise hükümlüler oy hakkını hem infaz kurumundayken hem de koşullu salıverildiklerinde bihakkın tahliye tarihine değin kaybederler. Bu süre sonunda oy hakkına tekrar kavuşmuş olurlar. Geriye kalan 11 eyalette hükümlüler, oy kullanma haklarını, hem ceza infaz kurumunda iken hem de salıverilme sonrasında süresiz olarak kaybetmektedirler. Bu eyaletlerin bazılarında ise

kimi durumda ömür boyu süren oy hakkından yasaklılık halleri mevcuttur.¹³⁰

Bazı hukuk sistemlerinde, yapılacak seçimin mahiyeti bakımından da bir ayrıma gidilebilmektedir. Söz gelimi Ukrayna’da, hükümlüler oy hakkını haiz olmakla birlikte, yerel seçimlerde oy kullanamamaktadırlar. Zira ceza infaz kurumunda buldukları süre içerisinde, mutad olarak yaşadıkları semtin ya da şehrin bir sakini olarak kabul edilmemektedirler. Keza Çek Cumhuriyeti ve Litvanya’da da hükümlüler, yerel meselelerin bir parçası olmadıkları için, yerel seçimlerde oy kullanamamaktadır.¹³¹

Değerlendirilmesi gereken bir diğer konu ise oy hakkının ne şekilde sınırlandırılabileceğidir. Bu hususta iki yoldan birine başvurulabilmektedir. Türkiye’nin de aralarında bulunduğu bazı sistemlerde, kanunda öngörülen şartlar ortaya çıktığında hükümlünün oy hakkı, geçici veya kalıcı olarak, kendiliğinden sınırlandırılmaktadır (Türkiye, Birleşik Krallık, Bulgaristan, Estonya vd.).¹³² Buna karşılık bazı sistemlerde, hükümlünün oy hakkı, mahkûmiyet kararıyla birlikte ya da ondan bağımsız olarak, hâkim kararıyla sınırlandırılmaktadır (Hollanda, Almanya, Polonya).¹³³ Aşağıda inceleneceği üzere, AİHM kararlarının etkisiyle, hâkim kararının bir koşul olarak aranmasının yaygınlaştığı görülmektedir. Söz gelimi Avusturya’da, *Frodl v. Avusturya* kararını müteakiben¹³⁴, oy hakkının sınırlandırılması için hâkim kararı gerektiği yönünde kanuni düzenleme yapılmıştır.

Nihayet, Avrupa Birliği’ndeki gelişmelerden, Türkiye’nin aday ülke sıfatını haiz olması hasebiyle, kısaca söz etmek yerinde olacaktır. Avrupa Birliği yasama organları tarafından, henüz özel durumdaki bireylerin (engelliler, başka ülkede yaşayanlar ve hükümlüler gibi) oy haklarını koruma altına alan ve bütün üye devletleri bağlayan bir norm ihdas edilmemiştir.¹³⁵ Bununla birlikte, Avrupa Parlamentosu’nun 2022 yılında kabul ettiği 2020/2220(INL) sayılı ilke kararında (resolution), Avrupa Parlamentosu

oy hakkının yeniden tesis edilebilmesi için valinin af yetkisini kullanması gerekmektedir. bkz. Felon Voting Rights, <https://www.ncsl.org/elections-and-campaigns/felon-voting-rights>, E.T. 20.03.2024.

130 Abebe, s. 412; Venedik Komisyonu Raporu, s. 11; PRI, s. 6.

131 PRI, s. 3.

132 Prpic, s. 5 vd.

133 Theuns, s. 17 vd.; Dothan, s. 7.

134 Karar ile kanun değişikliği arasındaki ilişkiye yönelik tespitler için bkz. Apostolovski/Möstl, s. 22.

135 Prpic, s. 3-4.

seçimlerinde başka gruplarla birlikte hükümlülerin de diğer vatandaşlardan farksız bir biçimde oy hakkına sahip kılınmaları çağrısında bulunulmuştur.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 2015 yılında verdiği *Thierry Delvigne v. Commune de Lesparre Médoc and Préfet de la Gironde*¹³⁶ kararında, hükümlülerin oy hakkının, ancak işlenen suçun mahiyeti ve ağırlığı ile cezanın süresi de dikkate alınmak suretiyle sınırlandırılabilceği (ve bu kriterler olmaksızın genel bir yasaklama yoluna gidilemeyeceği) yönünde hüküm kurmuştur.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Oy Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasına Yönelik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

Bireylerin oy hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 1 no.lu Protokol'ün "Serbest Seçim Hakkı" başlıklı 3. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre "*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.*" Madde hükmü önceleri, bireylere sübjektif bir hak tesis etmediği, sadece sözleşmeye taraf devletlerin seçimlerde riayet edecekleri taahhütleri ele aldığı yönünde dar yorumlanmaktaydı.¹³⁷ Daha sonra *Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika* davasında bu dar yorumdan ayrılarak madde hükümünden bireylerin de oy hakkın düzenlendiği sonucuna ulaşılmıştır.¹³⁸

Her ne kadar ilgili hükümde serbest seçimlerde oy kullanacak olan bireylerin oy hakkına yönelik olarak bir sınırlamanın yapılabileceğinden söz edilmemiş ise de, AİHM bu hakkın sınırsız olmadığını kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre bu hakka yönelik zımni sınırlamalar mevcut olup¹³⁹, bu sınırlamaların kapsamının belirlenmesinde devletlere geniş bir takdir yetkisi tanınmalıdır.¹⁴⁰ Bu husus takdir payı doktrini olarak da ifade edilmektedir.¹⁴¹

136 AB Adalet Divanı, *Thierry Delvigne/Commune de Lesparre Médoc and Préfet de la Gironde*, C-650/13, 06.10.2015.

137 **Aydın**, s. 73.

138 **Şirin**, s. 293.

139 AİHM, *Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika*, 9267/81, 02.03.1987.

140 AİHM, *Söyler/Türkiye*, 29411/07, 17.09.2013.

141 Mahkemenin içtihatlar yoluyla geliştirmiş olduğu bu doktrinin sözleşmeye taraf devletlerin hepsinde aynı standartta uygulandığı sonucuna ulaşılamaz. Sözleşmeye taraf devletin takdiri, birtakım koşullar altında genişleyebilmekte ya da dar hale gelebilmektedir. **Aydın**, s. 77; Aynı yönde bkz. **Karakaş Doğan**, s. 115.

Bu hakkın sınırlandırılmasına yönelik prensipleri izah etmeden önce belirtmelidir ki, bu hak *yalnızca yasama organının belirlenmesine yönelik seçimleri* kapsamaktadır. Söz gelimi *Moohan ve Gillon v. Birleşik Krallık*¹⁴² kararına konu olan olayda başvurucular, ceza infaz kurumunda bulunmaları nedeniyle 18.09.2014 tarihinde İskoçya’da yapılan bağımsızlık referandumunda oy kullanamamışlardır. Başvuruyu ele alan Mahkeme, ek 1 no.lu Protokol’ün 3. maddesinde herhangi bir muğlaklık bulunmadığını ve bu madde ile teminat altına alınan hakkın yalnızca yasama organını belirlemeye yönelik serbest seçimlere ilişkin olduğunu ve referandumları kapsamadığını kabul etmiştir (§40). Hatta İskoçya’nın bağımsızlığını kazanması, dolaylı yoldan yasama organının kuruluşunu etkileyecek olsa dahi, bu durum, referandumun 3. madde ile koruma altına alındığı anlamına gelmez (§41). Bu gerekçeyle Mahkeme, davanın ek 1 no.lu Protokol’ün 3. maddesi kapsamında olmaması nedeniyle başvuruyu *kabul edilemez* bulmuştur. Aynı şekilde, Anayasa’yı değiştirmeye yönelik referandumlar da bu kapsamda mütalaa edilemezler.¹⁴³ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki AİHM’e göre, Avrupa Parlamentosu seçimleri de yasama organı seçimi olarak kabul edilmelidir ve bu anlamda 3. maddenin koruması kapsamındadır.¹⁴⁴

Bunun yanında, bireylerin oy hakkının ihlal edildiği yönündeki bir tespit yapılabilmesi, hükümlünün oy hakkının daha önce gerçekleşmiş olan bir seçimde sınırlandırılmış olmasını gerektirmektedir. Bir başka deyişle, başvurucular, yalnızca kanunda -kendi durumlarıyla örtüşen- bir oy hakkı sınırlaması bulunduğu bahisle AİHM’e başvuramazlar. Nitekim Mahkeme, *Dunn ve diğerleri v. Birleşik Krallık*¹⁴⁵ kararında henüz gerçekleşmemiş olan bir seçimde oy kullanamayacak olmaları dolayısıyla oy haklarının ihlal edildiğini öne süren başvurucular bakımından yapılan başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle *kabul edilemez* bulmuştur.

142 AİHM, *Moohan ve Gillon/Birleşik Krallık*, 22962/15 ve 23345/15, 13.06.2017.

143 AİHM, *Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika*, § 57.

144 AİHM, *Ochetto/İtalya*, 14507/07, 12.11.2013. Mahkeme bu şekilde bir karar ortaya koysa da doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, seçmenlerin seçmen kütüğünde olmasının mecburiyet arz ettiği, oylama evvelinde siyasi katılımcıların leh ve aleyhte propaganda yaptıkları, pusulada evet-hayır-boykot-geçersiz oy verme tercihleri bağlamında bir seçme fiilinin icra edildiği gerekçeleriyle referandumun da serbest seçim kapsamında değerlendirilmesi gerekir. *Şirin*, s. 297.

145 AİHM, *Dunn ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 7408/09, 566/10, 578/10 vd., 13.05.2014.

AİHM, oy hakkına yönelik sınırlamaların ek 1 no.lu Protokol'ün 3. maddesine aykırılığını değerlendirirken, ilk kez *Mathieu-Mohin ve Clerfayt v. Belçika* kararında ortaya koyduğu ve daha sonra da sürdürdüğü ikili testi uygulamaktadır: Oy hakkına yönelik sınırlamanın *orantılı olması* ve *meşru bir amaca yönelmesi* gerekir. Her iki kriterden de ne anlaşılması gerektiği aşağıda karar örnekleri ile izah edilecektir.

AİHM'in (ve selefi olan Komisyon'un) hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılmasına ilişkin verdiği kararlar iki grupta toplanabilir. Bunlardan ilki, oy hakkının, mahkûmiyet kararına da hükmeden hâkim kararıyla ve bireysel olarak sınırlandırıldığı, ikinci grup ise bu hakkın kanunla genel olarak sınırlandırıldığı durumlara ilişkindir. Türkiye, genel bir sınırlama öngören mevzuatı uyarınca ikinci grupta yer almaktadır.

Oy hakkının hâkim kararıyla ve bireysel olarak sınırlandırıldığı durumlar bakımından AİHM'in gerçekten de taraf devletlerin yetkili makamlarına geniş bir takdir yetkisi tanıdığı görülmektedir. Söz gelimi Komisyon, *H. v. Hollanda*¹⁴⁶ kararında, *vatandaşlığa aykırı davranışları* dolayısıyla cezalandırılan başvuruçuların, oy haklarının sınırlandırılmasını takdir yetkisi içinde görerek, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Aynı şekilde, *M.D.U v. İtalya*¹⁴⁷ kararında Mahkeme, yerel mahkeme tarafından parlamento üyesi olan ve dolandırıcılık suçundan dolayı mahkûmiyet hükmüyle birlikte hükümlünün oy hakkının 2 yıl boyunca sınırlandırılmasını 3. maddeye aykırı olarak mütalaa etmemiştir. Mahkeme'ye göre yerel makamlar, *demokratik düzenin korunması* meşru amacı doğrultusunda bu kararı vermişlerdir ve bu nedenle 3. maddenin ihlali söz konusu değildir. Mahkeme, yakın geçmişte verdiği *Kalda v. Estonya*¹⁴⁸ kararında, her ne kadar Estonya Ceza Kanunu'nda, ceza infaz kurumunda bulunan bütün hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılabilmesini sağlayacak bir hüküm bulunması endişe doğuracak nitelikte ise de, oy hakkının sınırlandırılmasına somut olay hakiminin karar vermesi ve hâkimin kararında bu tedbirin orantılılığını yeterli düzeyde tartışmış olması nedeniyle 3. maddenin *ihlal edilmediğine* karar vermiştir.

146 AİHM, H/Hollanda, 9914/82, 04.07.1983.

147 AİHM, M.D.U/İtalya, 58540/00, 26.04.2000.

148 AİHM, Kalda/Estonya, 14581/20, 06.12.2022.

AİHM'in hükümlülerin oy hakkının kanunla ve genel olarak sınırlandırılmasına yönelik ilk ve kendisinden sonra gelen kararlara dayanak teşkil eden kararı, *Hirst v. Birleşik Krallık* kararıdır.¹⁴⁹ Mezkûr kararında, kasten öldürme suçunu işleyen ancak ağır kişilik bozukluğu yaşadığı için cezası indirilen başvuru, ceza infaz kurumunda bulunduğu süreçte, 1983 Seçim Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan ve bütün hükümlüleri ceza infaz kurumunda buldukları sürece oy kullanma hakkından mahrum eden hüküm uyarınca, oy kullanamamıştır. Ulusal makamlara yaptığı başvurular ve açtığı dava reddedilen başvuru AİHM'e başvurmuştur.

Davayı ele alan Mahkeme, öncelikle konuya ilişkin temel prensipleri ortaya koymuştur. Hükümetin, oy hakkının bir *ayrıcalık* olduğu ve ceza mahkumiyeti ile kaybedildiği yönündeki savunmasına itibar etmeyen Mahkeme, oy hakkının bir temel hak olduğunu kabul etmiştir (§59). Bununla birlikte bu hak sınırsız değildir. Taraf devletler oy hakkını sınırlandırma yetkisine sahip olmakla birlikte, bu hakkın özünü zedeleyecek ya da onu pratikte uygulanamaz hale getirecek sınırlamalar yapamazlar. Bu kapsamda, yapılacak olan sınırlamalar kanuni bir amaca matuf ve orantılı olmalı, serbest seçimlerde halkın özgür iradesinin tespitini sağlamaya yönelik ve onunla çelişmeyen bir nitelik taşımalıdır. Oy hakkına getirilecek olan her sınırlama, bir şekilde halkın iradesinin sandığa yansımaları güçleştirdiği için, sınırlamaların muhakkak gerekli ve ek 1 no.lu Protokol'ün 3. maddesindeki amaçlarla uyumlu olması gerekir. Toplumda ne kadar çok kişi veya grubun serbest seçimlere katılması engellenirse, serbest seçimler sonucunda oluşacak siyasi iktidarın ve iktidarın yapacağı kanuni düzenlemelerin meşruiyeti de o denli şüpheli hale gelecektir (§60-62).

Bu prensipleri somut olaya uygulayan Mahkeme, öncelikle meşru amaç bakımından değerlendirme yapmıştır. Mahkeme, hükümetin, oy vermenin bir ayrıcalık olduğu ve hapis cezasının özgürlüğün kısıtlanmasının ötesinde -oy hakkından mahrumiyet gibi- sonuçlarının olması gerektiği yönündeki savunmasına itibar etmemiştir. Bununla birlikte Mahkeme, her

149 Esasen, *Hirst/Birleşik Krallık* kararından bir yıl önce verilen *Aziz/Kıbrıs* kararının, *Hirst* kararının da temellerini attığı söylenebilir. GKRY vatandaşı olan ve Kıbrıs Rum Yönetimi'nin kontrolündeki topraklarda yaşayan başvuruçunun Türk olması nedeniyle oy hakkından mahrum bırakılması AİHM tarafından ek 1 no.lu Protokol'ün 3. maddesinin ihlali olarak kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre, oy hakkının sınırlandırılması konusunda taraf devletler geniş bir takdir yetkisinden yararlanmakla birlikte, bu yetki *kitlesel bir oy yasağına dönüştürülemez*. AİHM, *Aziz/Kıbrıs*, 69949/01, 22.06.2004. Mahkeme, aşağıda izah edileceği üzere, bir yıl sonra *Hirst* kararında aynı düşüncüyü hükümlülere de uyarlamış ve kitlesele olarak hükümlülerin de oy hakkından mahrum edilemeyeceğine hükmetmiştir.

ne kadar oy hakkının sınırlandırılması ile bu amaçlara erişilip erişilemeyeceği şüpheli olsa da, hükümetin hukukun üstünlüğünün korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi şeklindeki amaçlarını meşru amaç olarak kabul etmiş ve bu durumu bizatihi ihlal sebebi saymamıştır (§74-75).

Orantılılık değerlendirmesinde ise Mahkeme, istisnai durumlar dışında bütün hükümlüleri kapsayan; hükümlülerin kişisel özellikleri, işledikleri suçun ağırlığı, niteliği, cezalarının ağırlığı gibi hiçbir unsuru dikkate almayan ve [hakim kararına gerek duyulmaksızın] kendiliğinden bütün hükümlülere uygulanan bir hükmün orantılı olduğunun düşünülmemeyeceğini kabul etmiştir (§76-85). Bu gerekçelerle mahkeme, on ikiye karşı beş oyla, ek 1 no.lu Protokol'ün 3. maddesinin *ihlal edildiğine* karar vermiştir.

Hirst v. Birleşik Krallık kararını takip eden *Greens ve M.T v. Birleşik Krallık*¹⁵⁰ kararında Mahkeme, *Hirst v. Birleşik Krallık* kararında ortaya koyduğu içtihadı uygun bir yasal düzenlemenin yapılmamış olması ve ihlal nedeninin varlığını sürdürmesi nedeniyle ek 1 no.lu Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bunun yanında, bu konuya ilişkin önüne gelen çok sayıda ihlal iddiasının varlığını da gözeterek pilot karar usulünü işletmiş, Birleşik Krallık hükümetine 6 ay içinde *Hirst v. Birleşik Krallık* kararında öngördüğü içtihadı uygun bir düzenleme yapma yükümlülüğünü tahmil etmiştir. Gerekli hukuki düzenlemenin yapılmamış olması nedeniyle Mahkeme, daha sonra önüne gelen *Firth ve diğerleri v. Birleşik Krallık*¹⁵¹ ve 1015 hükümlünün başvurularının birlikte değerlendirildiği *McHugh ve diğerleri v. Birleşik Krallık*¹⁵² kararlarında *Greens ve M.T* kararından ayrılmayı gerektirir bir durum olmadığından bahisle ihlal kararları vermiştir.¹⁵³

150 AİHM, *Greens ve M.T/Birleşik Krallık*, 60041/08, 23.11.2010. Aynı minvalde AİHM, *Mclean ve Cole/Birleşik Krallık*, 12626/13 ve 2522/12, 11.06.2013.

151 AİHM, *Firth ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 47784/09 vd., 12.08.2014.

152 AİHM, *McHugh ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 51987/08 vd., 10.02.2015.

153 Birleşik Krallık ile AİHM içtihadı arasındaki uyumsuzluk kısmen de olsa günümüze kadar da varlığını sürdürmüştür. Birleşik Krallık hükümetleri, AİHM kararlarına karşı büyük bir tepki ve direnç göstermiştir. Özellikle dönemin başbakanı David Cameron'un "*hükümlülere oy hakkı tanıdığını düşünmek dahi midemi kaldırıyor*" sözleri, o dönemin hissiyatının anlaşılması bakımından önemlidir. Süreç içerisinde belli adımlar atmış ise de hükümlülerin önemli bir bölümüne oy hakkı tanımamayı sürdürmüş ve mevzuatını AİHM içtihadı ile bütünüyle uyumlu hale getirmemiştir. Bu hususta daha geniş bilgiler için bkz. Neil **Johnston**, "Prisoners' Voting Rights, Research Briefing", S. 7461, 2023, House of Commons Library, s. 15 vd. Ayrıca bkz. **CRG Murray**, "Playing for Time: Prisoner Disenfranchisement Under the ECHR

İlerleyen dönemde Mahkeme, *Ramishvili v. Gürcistan* kararında, Gürcistan Anayasası'nın 28. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ve Birleşik Krallık hukukundaki düzenlemeye benzer şekilde ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanamayacağına yönelik genel yasaklamanın, ek 1 no.lu Protokol'ün 3. maddesinin ihlalini teşkil ettiğini kabul ederek içtihadını sürdürmüştür. Bu karar Gürcistan'da oy hakkı reformlarının yapılmasına ve mevcut sınırlamaların ortadan kaldırılmasına neden olmuştur.¹⁵⁴

*Frodl v. Avusturya*¹⁵⁵ kararında AİHM, Avusturya Seçim Kanunu'nun 22. maddesinde yer alan “*Kasten işlenen bir suçtan dolayı hakkında en az 1 yıl hapis cezasına hükmedilen hükümlülerin... oy veremeyeceği...*” yönündeki hüküm bakımından aynı değerlendirmeyi yapmıştır. Dikkat edilirse (mülga) Avusturya mevzuatında, Birleşik Krallık mevzuatındaki gibi kanunla öngörülen genel bir sınırlama mevcuttur. Buna karşılık, Birleşik Krallık hukukundan farklı olarak, suçun kasten işlenmesi ve en az 1 yıl somut cezaya hükmedilmesi şeklinde iki sınırlama öngörülmüştür. Ayrıca, mahkumiyete hükmeden hâkimin, Avusturya Ceza Kanunu'nun 44. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, hükümlünün ceza mahkumiyetinin bir sonucu olarak oy hakkından mahrum edilmesini uygulamama yetkisi de mevcuttur.

Bütün bu farklılıklara rağmen Mahkeme, mevcut düzenlemenin *Hirst* kararında ortaya koyduğu standartları karşılamaya yetmediğini kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre davanın koşullarını dikkate almayan, işlenen suç ile oy hakkından mahrumiyet arasında bir ilişkinin kurulamadığı ve hâkim kararına dayanmayan genel nitelikli sınırlandırmaların 3. madde ile uyumlu olduğunun kabulü mümkün değildir. Bu gerekçelerle Mahkeme, altıya karşı bir oyla, ek 1 no.lu Protokol'ün 3. maddesinin *ihlal edildiğine* karar vermiştir.

Scoppola v. İtalya kararında ise İtalyan hukukunda oy hakkının sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeler değerlendirilmiştir. İtalyan hukukunda 223/1967 sayılı Kararname uyarınca kamu hizmetinden yasaklı olanlar oy kullanamamaktadırlar. Kamu hizmetinden yasaklılık ise İtalyan Ceza Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca -genellikle kamu görevinin kötüye kullanılması suretiyle ya da devlete karşı işlenen- belli suçların ya da

After *Hirst v United Kingdom*”, King’s Law Journal, C. 22, S. 3, 2011, s. 309; **Duff**, s. 6.

154 AİHM, *Ramishvili/Gürcistan*, 48099/08, 31.05.2018. Karar sonrası Gürcistan'da yapılan reformlar için ayrıca bkz. **Çeliksoy**, s. 562 vd.

155 AİHM, *Frodl/Avusturya*, 20201/04, 08.04.2010.

en az 3 yıl hapis cezasına hükmedilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca cezanın belirlenmesinde İtalyan Ceza Kanunu'nun 132 ve 133. maddeleri uyarınca, failin kişisel özellikleri de dahil çok sayıda kriter hâkim tarafından dikkate alınmaktadır.

AİHM'e göre, İtalyan hukukunda oy hakkının sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeler, her ne kadar kanunla düzenlenen genel nitelikte bir sınırlama olsa da, bütün hükümlüler bakımından kendiliğinden ortaya çıkan, işlenen suçun ağırlığını ve her davanın özel koşullarını dikkate alan düzenlemeler olduğu söylenemez. Gerek oy hakkının sınırlandırılmasına yönelik düzenlemelerin işlenen suçun mahiyeti ve/veya ağırlığı ile sınırlandırılmış olması gerekse somut cezanın belirlenmesi sırasında hâkimin geniş takdir yetkisi, bu sınırlamaların yalnızca belli bir hükümlü grubu bakımından ortaya çıkmasına neden olmaktadır. İtalya'da uygulamada hükümlülerin önemli bir bölümünün oy hakkından mahrum olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu gerekçelerle Mahkeme, on altıya karşı bir oyla, ek 1 no.lu Protokol'ün *ihlal edilmediğine* hükmetmiştir.¹⁵⁶

AİHM, Türkiye'de hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılması hususunu da iki kararında ele almıştır. Bunlardan ilki olan *Söyler v. Türkiye* kararında, kasten işlediği karşılıksız çek keşide etme suçundan dolayı ceza

156 Çalışmanın konusunu oluşturmadığından bu hususa geniş yer ayrılmayacak olmakla birlikte, kanaatimizce Scoppola kararı, Mahkeme'nin önceki (ve sonraki) içtihadı ile uyumsuz ve kendi prensipleriyle çelişen bir karardır. Avusturya hukukunda da çok benzer koşullar öngörölmüş olmasına karşın neden Frodl kararında ihlal tespit edilmiş iken bu kararda ihlal bulunmadığı sonucuna varıldığı anlaşılabilir. Aynı şekilde Mahkeme, gerek Scoppola kararından önce gerekse sonra verdiği kararlarda kullandığı *işlenen suçun mahiyeti ile oy hakkının sınırlandırılması gerekliliği arasında doğrudan bağ kurulabilmesi* ölçütünü Scoppola davasında, anlaşılmayan bir nedenle, kullanmamıştır. İtalyan hukukundaki düzenlemeler *herhangi bir suçtan dolayı* oy hakkının sınırlandırılabilmesini, hatta *bu hakkın -hükümlü tahliye olsa dahi- hayat boyu ortadan kaldırılabilmesini* mümkün kılmaktadır. Bu düzenlemelerin teleolojik açıdan ek 1 no.lu Protokol'ün 3. maddesiyle telifi mümkün değildir. Bütün bu gerekçelerle Scoppola kararının isabetsiz olduğu kanısındayız.

Scoppola kararının çok sayıda eleştiriyeye maruz kalması, pek çok yazar tarafından bir *geri adım* ya da *çelişki* olarak tanımlanması da bu anlamda şaşırtıcı değildir. Karara yöneltilen eleştiriler için bkz. Marie-Pierre **Granger ve diğerleri**, "Justice in Europe Institutionalized: Legal Complexity and the Rights of Vulnerable Persons", Ethos Work Package: 3 Law as or Against Justice for All, Brüksel, 2020, s. 52; Javier **Jaramillo**, "Scoppola/Italy, (No. 3): The Uncertain Progress of Prisoner Voting Rights in Europe", Boston College International and Comparative Law Review, C. 36, S. 3, 2014, s. 42 vd.; Edward **Lang** "A Disproportionate Response: Scoppola/Italy (No. 3) and Criminal Disenfranchisement in the European Court of Human Rights", American University International Law Review, C. 28, S. 3, 2014, s. 857 vd.

infaz kurumunda bulunan başvuru, cezasının infazı sırasında yapılacak olan seçimlerde oy kullanmak üzere talepte bulunmuş ancak kendisine oy kullanmasının mümkün olmadığı bildirilmiş ve seçimler sırasında oy kullanması engellenmiştir (§5-10). Ayrıca başvuru, her ne kadar 09.04.2009 tarihinde koşullu salıverilmiş ise de, oy kullanma yasağı bi-hakkın tahliye tarihi olan 01.04.2012 tarihine kadar devam etmiş (§11) ve bu nedenle 2011 yılında yapılan genel seçimlerde de oy kullanamamıştır (§24).

Konuyu ele alan Mahkeme, öncelikle oy hakkının sınırlandırılmasına ilişkin yukarıda zikredilen temel prensipleri ortaya koymuş ve *Hirst v. Birleşik Krallık* kararındaki içtihadını hatırlatarak; hükümlülerin, cezalarının süresine ve işlemiş oldukları suçun mahiyetine veya ağırlığına bakılmaksızın, oy kullanmalarının genel bir düzenleme ile engellenmesinin 3. maddeye aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir (§24-35).

Mahkeme, Türk hukukunda oy hakkına yönelik sınırlamaların kapsamını incelemiş ve kasıtlı olarak suç işleyen hükümlüler arasında gerek ceza infaz kurumunda bulunanlar gerek koşullu salıverilenler gerekse cezası ertelendiği için ceza infaz kurumunda bulunmayanların oy kullanmadığını tespit etmiştir. Hükümetin savunmasına göre bu sınırlamanın sebebi, hükümlülerin rehabilitasyonunun sağlanmasıdır. Mahkeme ise bu savunmaya itibar etmemiş ve oy hakkının sınırlandırılmasının hükümlünün rehabilitasyonuna ne şekilde katkı sağlayacağını anlayamadığını ifade etmiştir (§36-37).¹⁵⁷

Mahkeme ayrıca, hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılmasının, olayın koşullarını değerlendirebilecek ve sınırlamanın orantılı olup olmadığı yönünde tespit yapabilecek bir hâkimin incelemesine dayanmamasını ve doğrudan kanun hükmünden kaynaklanmasını da eleştiri konusu yapmıştır. Mahkeme'ye göre bu durum bizatihi 3. maddenin ihlalini teşkil etmese

157 Bu noktanın Mahkeme'nin içtihadı bakımından ayrık olduğu altının çizilmesi gerekir. Yukarıda belirtilen kararlarda meşru amaç bakımından oldukça gevşek bir tutum izleyen ve taraf devletlerin oy hakkının sınırlandırılması bakımından çok geniş bir meşru amaç yelpazesine sahip olabileceklerini kabul eden Mahkeme'nin, hükümetin sunduğu meşru amacı eleştirmesi ender rastlanan bir durumdur. Öyle ki, *Scoppola/İtalya* kararında hükümet savunmasında hiçbir meşru amaçtan açıkça söz edilmemesi dahi bir sorun olarak telakki edilmemiş iken *Söyler/Türkiye* kararında meşru amacın eleştiri konusu yapılması ilginçtir. Mahkeme'nin, bilhassa *Scoppola* kararına yönelik, ikircikli tutumu eleştirilebilirse de, hükümet savunmasının da sorunlu olduğu ifade edilmelidir. Yukarıda da tartışıldığı üzere oy hakkının sınırlandırılmasının hükümlünün ıslahına hiçbir katkısı olmadığı gibi, bu açıdan zararlı olduğu dahi savunulabilir. Bu anlamda hükümetin savunması, gerçekten de eleştiriye muciptir.

de, sınırlamanın erişilmek istenen amaçla orantılılığı bakımından şüpheler doğurmaktadır (§39-41).

Mahkeme, hükümetin, hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılmasının genel bir yasak niteliğinde olmadığı ve yalnızca kasten suç işleyen hükümlülerin oy hakkının sınırlandırıldığı ve dolayısıyla oy hakkının özüne hanel getirilmediği yönündeki savunmasına da itibar etmemiştir. Mahkeme'ye göre hükümetin savunması ne kasten işlenen suçların diğerlerine göre daha ağır olduğunu ne de kasten işlenen suçların faillerinin oy hakkının sınırlandırılmasının 3. maddenin amaçlarıyla neden ve nasıl bağdaştırdığını ortaya koyabilmektedir (§42-43).

Mahkeme'nin içtihadına göre oy hakkının sınırlandırılmasının hukuka uygunluğunun denetimi bakımından, işlenen suçun ağırlığı önemli ölçütlerden biridir. Türk mevzuatında ise -kasten işlenen suçların daha ağır olduğu yönündeki savunma hariç- işlenen suçun ağırlığına yönelik hiçbir belirleme yapılmamış, başvuruçunun oy hakkı karşılıksız çek keşide etme gibi nispeten önemsiz bir suçtan dolayı sınırlandırılmıştır. Mahkeme'ye göre böyle bir durumda bu sınırlamanın makul ve orantılı olduğunun söylenebilmesi mümkün değildir (§44-47). Mahkeme'ye göre Türk mevzuatındaki sınırlamalar, daha önce ele almış olduğu Birleşik Krallık, Avusturya ve İtalya mevzuatına göre daha ağır bir sınırlama içermektedir. Zira önceki örneklerden farklı olarak Türkiye'de, [kararın verildiği tarihteki düzenleme ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesi itibarıyla] kasten suç işleyen ancak koşullu salıverilme veya erteleme dolayısıyla ceza infaz kurumunda bulunmayan kişiler dahi oy hakkını kullanamamaktadır.

Bu gerekçelerle Mahkeme, hayati öneme sahip olarak addettiği oy hakkı ile ilgili olarak öngörülen katı tedbirin doğrudan ve hükümlüler arasında fark gözetmeksizin uygulanmasının, kabul edilebilir takdir payının dışında kaldığını kabul etmiş ve ek 1 no.lu Protokol'ün 3. maddesinin *ihlal edildiğine*, oybirliğiyle, karar vermiştir.

Mahkeme, daha sonra verdiği *Murat Vural v. Türkiye*¹⁵⁸ ve *Çetin v. Türkiye*¹⁵⁹ kararında ise, oy hakkının sınırlandırılmasına yönelik geçmiş içtihadını hatırlatmış, *Söyler v. Türkiye* kararında yaptığı tespitlerden ayrılmayı gerektirecek bir durum olmaması nedeniyle, oy birliğiyle, Sözleşmeye ek 1 no.lu Protokol'ün 3. maddesinin *ihlal edildiğine* karar vermiştir.

Belirtmek gerekir ki, Mahkeme'nin bugüne dek Türkiye aleyhine ihlal kararları vermiş olması, cezası toplumsal ortamda infaz edilen hükümlüler bakımından oy hakkına yönelik sınırlamaların ortadan kaldırılmış olması

158 AİHM, Murat Vural/Türkiye, 9540/07, 21.01.2015.

159 AİHM, Çetin/Türkiye, 47299/15, 01.02.2022.

hasebiyle, gelecekte de ihlal kararları verileceğinin kesin olduğu anlamına gelmemektedir. Zira, mezkûr mevzuat değişiklikleri sonrasında Avrupa Konseyi, *Söyler* grubu kararlarının izlemesini, gerekli genel ve bireysel tedbirlerin tümünün alındığı gerekçesiyle, bilahare sona erdirmiştir.¹⁶⁰ Gerek *Scoppola* davasında verilen kararın gerekçesi değerlendirildiğinde gerekse *Hirst* kararı sonrasında Birleşik Krallık hükümetinin, hükümlülerin oy hakkına yönelik sınırlamaları büyük ölçüde sürdürmesine rağmen Avrupa Konseyi'nin yeterli düzeyde reform yapılmış olduğu gerekçesiyle *Hirst* grubu kararlarının izlemesini sona erdirdiği¹⁶¹ göz önüne alındığında, Türkiye'deki mevcut düzenlemelerin de ihlal nedeni olarak kabul edilmemesi bir ihtimal olarak varlığını sürdürmektedir. Bir başka deyişle, AİHM henüz Türkiye'deki güncel mevzuat ve uygulamaya yönelik olarak bir karar vermiş değildir. Yine de eğer *Frodl v. Avusturya* kararındaki ölçütler gözetilecek ise, Türkiye'deki mevzuatın AİHM içtihadı ile halen uyumsuz olduğu ifade edilmelidir.¹⁶²

Sonuç itibarıyla oy hakkına yönelik AİHM içtihadının teorik altyapısının şöyle özetlenmesi mümkündür: Serbest seçimler, taraf devletlere düşen bir yükümlülük olup, serbest seçim hakkı bireylerin seçme ve seçilme hakkını da koruma altına almaktadır. Seçme hakkı sınırsız olmayıp, belli koşulların varlığı halinde sınırlandırılabilirliği mümkündür. Her toplumun yapı ve mevzuatındaki farklılıklar dolayısıyla, bu sınırlamalar hususunda devletlere geniş bir takdir yetkisi tanınmalıdır. Bununla birlikte, oy hakkı sınırlandırılacak ise bunun orantılı olması ve meşru bir amaca yönelmesi şarttır.

Meşru amaç, oy hakkının sınırlandırılmasının Ek 1 no.lu Protokol'ün 3. maddesindeki amaçlarla uyumlu olması anlamına gelmektedir. Bu amaç ise serbest seçimlerin yapılabilmesi ve yasama organının seçiminde halkın iradesinin sandığa yansıtılabilmesidir. Bir başka deyişle, eğer oy hakkı sınırlandırılacak ise, bu sınırlandırma seçimlerin ve demokrasinin selameti için yapılmalıdır.

Bu amaçlarla uyumlu bir sınırlandırmanın nasıl olabileceği hususunda *X v. Hollanda* kararının gerekçesi önemli ipuçları vermektedir. Komisyon'a göre, *vatanına sadık olmayan* ve 2. Dünya Savaşı sırasında va-

160 DH-DD 92 Sayılı Türkiye Eylem Planı, 29.01.2019, <https://rm.coe.int/native/0900001680920439>, E.T. 29.02.2024.

161 DH-DD 843 Sayılı Birleşik Krallık Eylem Planı 09.07.2018, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22execidentifier%22:%5B%22DH-DD\(2018\)843E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22execidentifier%22:%5B%22DH-DD(2018)843E%22%5D%7D), E.T. 29.02.2024.

162 Aynı yönde **Çeliksoy**, s. 579 vd.

tandaşlık haklarını kötüye kullanmış olan kişilerin oy hakkının sınırlandırılması, 3. maddeye aykırılık teşkil etmemektedir; zira bu kişilerin oy haklarını da kötüye kullanmaları mümkündür. Komisyon, kamu güvenliğine karşı işlenen suçların ve demokratik bir toplumun temelini oluşturan değerlere karşı işlenen suçların [bu hükmün korumasının kapsamı] dışında bırakılabileceği görüşündedir. Benzer şekilde Mahkeme, *Hirst v. Birleşik Krallık* kararında *sahip olduğu kamusal mevki kötüye kullanan ya da hukukun üstünlüğünü ve toplumun demokratik temellerini ciddi biçimde tehdit eden kişilere karşı demokratik bir toplumun kendisini korumak için gerekli tedbirleri alabileceğini* öngörmektedir.

Orantılılık ilkesinden ne anlaşılması gerektiği ise *Frodl* kararından takip edilebilmektedir. Mahkeme'ye göre: "*Oy hakkından mahrumiyet ancak uzun süreli hapis cezasına mahkum edilmiş ve dar kapsamlı bir hükümlü grubu için öngörülmeli; mahkumiyete neden olan olay ile oy hakkından mahrumiyet [gerekliliği] arasında doğrudan bir bağlantı kurulabilmeli ve tercihen kanunla [genel olarak] öngörülmek yerine [bireysel olarak] hakim kararına dayanmalıdır (§28).*" Mahkeme, orantılılık değerlendirmesini *in abstracto* değil, meşru amaç ile bağlantılı olarak yapmakta ve erişilmek istenen amaçla orantılı bir sınırlamanın varlığını aramaktadır.¹⁶³ Bu bağlamda Mahkeme her ne kadar hâkim kararının varlığını orantılılığın sağlanması bakımından önemli görse de, bunu zorunlu bir koşul olarak addetmemektedir. Hatta, *Scoppola v. İtalya* davasında bu hususu özel olarak tartışmış ve taraf devletlerin, orantılılık prensiplerine riayet etmek kaydıyla, ister bu konuyu kanunla düzenleyebileceklerini ister hâkim kararına bırakabileceklerini kabul etmiştir (§97-102).

SONUÇ

Şu ana dek yapılan açıklamalar doğrultusunda oy hakkına yönelik sınırlandırmaların gerekçeleri, bu hususta gerek Türkiye'de gerekse karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler ve yargı kararlarından söz edilmiş durumdadır. Bu noktada, yapılan bütün açıklamalardan istifade edilmek suretiyle kanaatimizce hükümlülerin oy hakkına yönelik sınırlamalar konusunda ne şekilde bir düzenleme yapılması gerektiği hususuna değinilecektir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, oy hakkının hükümlülük haricindeki diğer sınırlandırma kategorilerine bakıldığında (vatandaşlık, yaş, kısıtlılık ve askerlik durumu) ilgili sınırlamaların tutarlı ve mantıklı bir temele oturduğu görülmektedir. Hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılmasında da yuka-

163 Granger ve diğerleri, s. 50.

rıda bahsettiğimiz birtakım gerekçeler ileri sürülmüştür. Ancak kanaatimizce, oy hakkının sınırlandırılmasına yönelik gerekçelerin tamamına yakını, hükümlüyü damgalayan, onu ahlaken değersiz olarak addeden ve ikinci sınıf vatandaş olarak kabul eden, artık terk edilmiş düşüncelerin birer izdüşümüdür. Bunlar arasında, bir hukuk devletinde hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılabilmesine namzet tek ölçüt, *serbest seçimlerin korunması* olabilir.

Bu açıklamalar doğrultusunda önerimiz, oy hakkına yönelik 1982 Anayasası ile ihdas edilen bütün sınırlamaların ortadan kaldırılması ve Avrupa uygulamasıyla uyumlu bir düzene geri dönülmesidir. 1961 Anayasası döneminde hükümlüler oy kullanabilmiş ve bu süreçte hükümlülerin oy kullanmasına ilişkin önemli bir soruna veya itiraza da rastlanmamıştır. 1982 Anayasası ile getirilen bu sınırlamanın hangi sosyal ihtiyaca binaen ortaya çıktığı belli değildir. Yukarıdaki izahlar yanında, prensip olarak, sosyal bir ihtiyaca dayanmayan her türlü temel hak ve özgürlük sınırlamasının reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle 1982 Anayasası ile getirilen bu sınırlamanın meşru bir nedene dayanmadığı ve ortadan kaldırılması gerektiğini düşünüyoruz. Bunun sağlanması için Anayasa'nın m. 67, f. 5 hükmünde bir değişiklik yapıldıktan sonra, 298 sayılı Kanun'un 7. ve 8. maddeleri ve kısmi bir şekilde iptal edilen TCK m. 53, f. 1, bent b hükmü, Anayasa'nın yeni hükmüne uygun olarak yeniden düzenlenmelidir. Her ne kadar Anayasa değişikliği oldukça güç bir yol ise de, halihazırda yeni Anayasa tartışmaları devam etmekteyken bu talebin dillendirilmesinin önemli ve gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Kuşkusuz kanun koyucunun bu yola gitmek istemeyeceği de düşünülebilir. Bu noktada, özellikle AİHM içtihadı ile uyumlanmak bakımından, oy hakkının sınırlandırılmasına yönelik düzenlemelerin ne şekilde yapılması gerektiği yönünde de değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, oy hakkına yönelik sınırlamaların öncelikle etik olarak izah edilebilmesi ve böylelikle meşruiyet kazanması gerekir. Bu meşruiyetin dayanağı olarak serbest seçimlerin korunması bir kez tayin edildikten sonra, izlenecek yol da kendiliğinden ortaya çıkmış olmaktadır: Eğer bir hükümlünün oy hakkı sınırlandırılacak ise, işlenmiş olan suç ile serbest seçimlerde oy hakkının kötüye kullanılması arasında doğrudan bir ilişkinin kurulabilmesi gerekir. Ancak bu ilişkinin kurulması ile hükümlüye oy hakkı tanınmaması izah edilebilecektir.

Yukarıda da açıklandığı üzere bu ilişkinin nasıl kurulacağı ve hangi suç tiplerinin bu kapsamda mütalaa edilmesi gerektiği hususunda farklı hukuk sistemlerinde farklı düzenlemelere rastlanmaktadır. Biz iki grup suçu işleyenlerin bu kapsamda değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

Oy hakkı sınırlandırılabilir gruplardan ilki *seçim suçlarını* işleyen kişilerdir. Bu suçları işleyenler, işledikleri suç ile demokratik düzene karşı çıkışlarını ve seçim sistemine tehlike oluşturduklarını açıkça ortaya koymuş olmaktadır. Bu kişilerin oy hakkından belli bir süreyle mahrum edilmesi, serbest seçimlerin korunması bağlamında makul bir çözüm olabilir. Bununla birlikte, hükümlünün rehabilitasyonunun ve ahlaki eğitiminin sağlanması bakımından, bu kişilere doğrudan seçim güvenliğine yönelik bir görev verilmesi doğru olmamakla birlikte, demokratik düzenin ve kurumların güçlendirilmesine yönelik STK'larda seçenек yaptırım olarak çalıştırılmalarına yönelik düzenlemelerin yapılması da yerinde olur.

Oy hakkı sınırlandırılabilir gruplardan ikincisi ise *terör suçlarını* işleyen kişilerdir.¹⁶⁴ Terör suçları, TMK m. 1 hükmündeki tanımı ile cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.

Bu tanımda dikkati çeken husus, terör suçlarının, doğrudan devletin anayasal niteliklerini ve organlarını hedef alan suçlar olmasıdır. Bir başka deyişle bu suçları işleyen kişiler, serbest seçimlere ve demokratik yöntemlere başvurmak yerine, cebir ve tehdide başvurarak toplum üzerinde tahakküm kurmaya çalışmaktadırlar. Dolayısıyla bu suçları işleyen kişilerin, vatandaşlık haklarını kötüye kullanan kişiler oldukları ve demokratik düzenle çatışma içinde oldukları tartışmasız olup; gelecekte oy haklarını da kötüye kullanacaklarını düşünmek için güçlü nedenler bulunmaktadır. Gerçekten de hem yasama organı ile silahlı mücadele içinde olup hem de yasama organının oluşumunda oy kullanmak tuhaf bir tezat oluşturmaktadır. Bu nedenle bu kişilerin de oy haklarının sınırlandırılması, hem demokratik seçimlerin korunması hem de terörle mücadelenin tahkim edilmesi bakımından makul bir çözüm olabilir.

164 Terör suçları, TMK m. 3 hükmü uyarınca Türk Ceza Kanunu'nun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlardır.

Bir tereddüde mahal vermemek için açıkça belirtilmelidir ki, yalnızca doğrudan terör suçu niteliğinde olan suçlar bakımından oy hakkının sınırlandırılması yoluna gidilebilmelidir. Murtabit terör suçları ya da TMK'daki ifadesiyle terör amacıyla işlenen suçların (TMK m. 4) bu kapsamda mütalaa edilmesi halinde, oy hakkının kitlesel olarak sınırlandırılması sonucuna yol açacak surette çok sayıda suç tipi de bu kapsama dahil olacaktır.

Yukarıda örnekleri verildiği üzere, terör suçları olarak anılmamakla birlikte, bilhassa yasama organına karşı suç işleyen kişilerin oy hakkının sınırlandırılması, bugün AİHM içtihadı ile uyumlu hukuk sistemlerinde en yaygın rastlanan sınırlamalardanır. Bu durum da oy hakkının sınırlandırılmasına yönelik kuramsal çerçeve dikkate alındığında, şaşırtıcı bir husus değildir.

Mevcut düzenlemenin, gerek oy hakkının sınırlandırılmasını hukuk devleti ilkesi ve serbest seçim hakkı bağlamında izah edemediğini, AİHM içtihadı ile de uyumlu olmadığını düşünüyoruz. Eğer hükümlülerin oy hakkına sınırlama getirilecek ise, bu sınırlamanın kapsamının işlenen suçun manevi unsuruna göre belirlenmesi isabetli bir çözüm yöntemi değildir. Kasten işlenen suçların, kategorik olarak taksirle işlenen suçlardan daha ağır oldukları söylenemeyeceği gibi, kasten suç işlemiş olan kişilerin, oy haklarının sınırlandırılmasına daha müstahak olduklarını düşündürecek hiçbir neden de mevcut değildir. *Söyler v. Türkiye* kararında bu hususun AİHM tarafından haklı olarak eleştirildiği ve Avusturya'daki benzer düzenlemenin de *Frodl v. Avusturya* kararı sonrasında ilga edildiği de akılda tutulmalıdır. Bu nedenle, olası bir Anayasa değişikliğinde bu ayrımın kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Şayet gelecekte yapılacak bir yasal düzenlemede, oy hakkının sınırlandırılması bakımından cezanın ağırlığına yönelik bir ayırım yapılacak ise, bu durumda karşılaştırmalı hukuk örneklerine temkinli yaklaşılması gerektiğinin de altı çizilmelidir. Cezanın ağırlığına göre bir sınırlamanın getirilmesindeki amaç, yalnızca en ağır suçları işleyen kişilerin oy hakkından mahrum bırakılması ve uygulamada kitlesel oy kullanma yasağının ortaya çıkmasının önüne geçilmesidir. Bu noktada, Türkiye'de gerek soyut cezaların Avrupa'daki örneklerle kıyasla çok ağır olduğu gerekse hapis cezasına bütün ceza türleri arasında oransal olarak çok daha fazla başvurulduğu unutulmamalıdır.¹⁶⁵ Bu bağlamda örneğin İtalya'da 3 yıl ve daha fazla hapis cezasına hükmedilmesine ilişkin olarak AİHM'in "*İtalya'da hükümlülerin nispeten hafif suçlardan ya da mahiyeti itibarıyla ağır olup*

165 Bu hususta geniş bilgi ve değerlendirmeler için bkz. **Karabulat**, s. 345 vd.

*da üç yıl ya da daha fazla hapis cezasını gerektirmeyen suçlardan dolayı oy hakkının sınırlandırılması söz konusu olmayıp... bu nedenle büyük hükümlü grubunun oy kullanmadığının söylenmesi mümkün değildir*¹⁶⁶” tespiti, Türkiye bakımından geçerli olmayabilecektir.¹⁶⁷ Bu nedenle eğer oy hakkının sınırlandırılması bakımından cezaların ağırlığına göre bir sınırlamaya gidilecek ise, bu sınırın en azından *10 yıl ve daha fazla hapis cezası* olması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde, kanuni düzenleme, kâğıt üzerinde uluslararası standartlara uygun gibi görünse de pratikte kitlesel oy kullanma yaşağına dönüşebilecektir.

Hükümlülerin yalnızca yerel seçimlerde oy kullanmadığı bazı sistemlerden yukarıda bahsedilmiştir. Kanaatimizce böyle bir uygulama *hükümlünün yerel politikardan etkilenmediği* şeklindeki yanlış bir kanaatin üzerine bina edildiğinden isabetsizdir. Öncelikle işaret edilmelidir ki, seçim sistemlerine göre değişkenlik göstermekle birlikte, yerel yöneticiler genellikle 5-7 yıllık dönemler için seçilmektedir. Hükümlü seçim anında ceza infaz kurumunda bulunsa dahi, yerel yöneticinin iş başında olduğu dönem bitmeden toplumsal hayata dönebilir ve yerel politikaların bir parçası haline gelebilir. Böyle bir yaklaşım, her şeyden önce hükümlünün bütün bir seçim dönemi boyunca ceza infaz kurumunda kalacağını varsayması nedeniyle hatalıdır.

Bir an için hükümlünün gerçekten de bütün bir dönem boyunca ceza infaz kurumunda kalacağı varsayılsa bile, bu durum onun yerel yönetim politikalarından etkilenmediği anlamına gelmez. Bu görüşün taraftarları, insanın toplumsal ortamda yaşayan sosyal bir varlık olduğunu gözden kaçırmaktadırlar. Bireyler yalnızca kendilerini değil, aileleri ve sosyal çevrelerini de gözeterek, bir bütün halinde bütün çevreleri için en iyi stratejii tayin etmeye çalışarak oy verme davranışında bulunurlar. Hükümlüyü sosyal çevresinden izole ederek, çevresinin doğrudan etkilendiği politikalarından kendisinin etkilenmediğini kabul etmek, insan psikolojisinin gerçekleriyle uyumsuzdur. Bir başka deyişle, hükümlü yalnız kendisi için değil; ailesi, sosyal çevresi ve hemşehrileri için de oy kullanır ve kullanabilmelidir.

Nihayet, hükümlünün sırf ceza infaz kurumunda bulunduğu için yerel politikardan etkilenmediği de doğru değildir. Ceza infaz kurumu ve çev-

166 Scoppola/İtalya, §108.

167 Örneğin, Türkiye’de ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin %44.1’i 10 yıl ve üzeri hapis cezası almış iken, Avrupa ortalamasında bu oran %12.7’dir. Daha geniş bilgi için bkz. **Karabulut**, s. 365 vd.

resi de belediye hizmetlerinden yararlanmaktadır. Hükümlüler için bilhassa aile ziyaretinin ne denli önemli olduğu ve ceza infaz kurumlarına ulaşım meselesinin ne denli güç bir konu olduğu dikkate alındığında, esasen hükümlülerin de diğer bireyler kadar yerel politikalardan önemli ölçüde etkilendiği söylenebilir. Bu gerekçelerle özel olarak yerel seçimlerde oy hakkının sınırlandırılması uygulamasını isabetsiz bulmaktayız. Nitekim 2020 Venedik Komisyonu Raporu'nda da bu uygulamalar eleştirilmekte ve yeniden gözden geçirilmesi önerilmektedir.¹⁶⁸ Türkiye'de halihazırda mevcut olmayan bu ayrıma gelecekte de başvurulmamasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

168 Venedik Komisyonu Raporu, s. 12.

KAYNAKÇA

- Abebe**, Adem Kassie, “In Pursuit of Universal Suffrage: The Right of Prisoners in Africa to Vote”, C. 46, S. 3, 2013, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, s. 410-446.
- Africa Criminal Justice Reform (ACJR)**, The Right of Prisoners to Vote in Africa (Factsheet 17), 2019.
- Akbulut**, Berrin, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Akkaş**, Ahmet Hulusi, Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Anayurt**, Ömer, Anayasa Hukuku: Genel Kısım, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Apostolovski**, Veronika/**Möstl**, Markus, “Right to Vote-National Report Austria”, Brussels 2020, Ethos Work Package 3.4 Law as or Against Justice For All, s. 1-29.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır Kerim**, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Atar**, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Aydın**, Ömür, “Serbest Seçim Hakkı ve Kişinin Siyasal Etkinliklerinin Kısıtlanması Sorunu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 8, S. 15, 2020, s. 69-96.
- Bahçeci**, Barış, “1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar”, AÜHFHD, C. 54, S. 3, 2005, s. 365-396.
- Bilgin**, Ahmet Burak, “AİHS ve Diğer Uluslararası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri Bağlamında 2004 Değişikliğinin Beraberinde Getirdiği Sorunlar ve Bazı Çözüm Önerileri”, MÜHFHAD, C. 22, S. 1, s. 131-155.
- Boğa**, Bekir, “Türk Ceza Kanununun Siyasal Haklardan Yoksunluğa İlişkin Düzenlemesinin İptali”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 9-20.
- Canoğlu**, Veysel Candan, “Hükümlülerin Oy Kullanma Hakkı”, 9. Asoscongress, Uluslararası Hukuk Sempozyumu-Tam Metin Kitabı, Asos Yayınevi, Ankara 2023, s. 1016-1037.
- Çeliksoy**, Ergül, “Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights in Prisoners’ Right to Vote Cases”, Human Rights Law Review, C. 20, 2020, s. 555-581.
- Dothan**, Shai, “Comparative Views on the Right to Vote in International Law: The Case of Prisoners’ Disenfranchisement”, Courts Working Paper Series, S. 64, 2016, s. 1-18.

Duff, Antony, “Citizens (Even) In Prison”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, C. 43, S. 1, 2014, s. 3-6.

Ermenek, İbrahim/Üçüncü, Hilal, “Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza Sebebiyle Kısıtlanma Halinde Kanuni Temsilciye Tebligat Yapılma Usulü”, *AHBVÜHFD*, C. 24, S. 2, 2020, s. 3-30.

European Comission for Democracy Through Law (Venedik Komisyonu), “Report on Electoral Law and Administration in Europe”, Strasbourg 2020.

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 2. Baskı, Cilt 1, Ekin Yayınevi, Bursa 2020.

Granger, Marie-Pierre/**Oomen**, Barbara/**Salat**, Orsolya/**Theuns**, Tom/**Timmer**, Alexandra, “Justice in Europe Institutionalized: Legal Complexity and the Rights of Vulnerable Persons”, *Ethos Work Package Law: 3 as or Against Justice for All*, Brüksel 2020.

Harris, Patrick, “Should Voting Prisoners Make You Sick?”, Yüksek Lisans Tezi, University of Vienna, European Master’s Degree in Human Rights Democratisation, Viyana 2014.

Heintschel-Heinegg, Bernd von, *BeckOK StGB*, 60. Baskı, 2024.

Jaramillo, Javier, “Scoppola v. Italy, (No. 3): The Uncertain Progress of Prisoner Voting Rights in Europe”, *Boston College International and Comparative Law Review*, C. 36, S. 3, 2014, s. 32-46.

Johnston, Neil, “Prisoners’ Voting Rights”, S. 7461, 2023, House of Commons Library.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

Karabulat, Efe Can, *Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024.

Karagöz, Kasım, “Mahkumların Oy Hakkı Üzerindeki Yasağın Demokrasi Teorisindeki Yerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, *DEÜHFD*, C. 9, S. 1, 2007, s. 165-206.

Karakaş Doğan, Fatma, “Mahkumların Oy Hakkı AİHM’nin Söyler v. Türkiye Kararı ile Yüksek Seçim Kurulu Kararı Işığında”, *TBBD*, S. 112, 2014, s. 107-126.

Karamustafaoğlu, Tuncer, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

Kontacı, Ersoy, “Türk Hukukunda Kısıtlılık Hali ve Seçme Hakkı”, 2024 <https://yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/kisitlilik.pdf>, s. 1-2, E.T. 15.03.2024.

Lang, Edward, “A Disproportionate Response: Scoppola v. Italy (No. 3) and Criminal Disenfranchisement in the European Court of Human

Rights”, *American University International Law Review*, C. 28, S. 3, 2014, s. 837-871.

Laubenthal, Klaus/**Nestler**, Nina, *Strafvollstreckung: Nebenstrafen und Nebenfolgen*, 2. Baskı, Springer, Berlin 2018.

Levine, Eli, “Does the Social Contract Justify Felony Disenfranchisement?”, *Washington University Jurisprudence Review*, C. 1, S. 1, 2009, s. 193-224.

Liles, William Walton, “Challenges to Felon Disenfranchisement Laws: Past, Present and Future”, *Alabama Law Review*, C. 58, 2007, s. 615-629.

Mensiz, U. Ceren, “Seçme, Seçilme ve Serbest Siyasal Faaliyette Bulunma Hakkı Bakımından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme”, *GSÜHFD*, S. 1, 2016, s. 55-93.

Murray, CRG, “Playing for Time: Prisoner Disenfranchisement Under the ECHR After *Hirst v United Kingdom*”, *King’s Law Journal*, C. 22, S. 3, 2011, s. 1-33.

Nelles, Ursula, “Statusfolgen als ‘Nebenfolgen’ einer Straftat (§ 45 StGB)”, *JZ*, C. 46, S. 1, 1991, s. 17-24.

Özbek, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Meraklı**, Serkan/**Bacaksız**, Pınar/**Başbüyük**, İsa, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

Özgenç, Nuri Berkay, “Türk Hukukunda Özgürlüğü Bağlayıcı Bir Cezaya Mahkumiyetin Sonucu Olarak Kişinin Kısıtlanması”, *MÜHFAD*, C. 26, S. 2, s. 652-668.

Penal Reform International (PRI), *The Right of Prisoners to Vote: A Global Overview*, Londra 2016.

Prpic, Martina, *Prisoners’ Voting Rights in European Parliament Elections*, European Parliamentary Research Service 2023.

Radtke, Henning, “StGB § 45, Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts” in *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Baskı, C.H. Beck, Münih 2020.

Robins, Greg, “The Rights of Prisoners to Vote: A Review of Prisoner Disenfranchisement in New Zealand”, *New Zealand Journal of Public and International Law*, S. 4, 2007, s. 165-196.

Sobota, Sebastian, “Die ‘Nebenfolge’ Eigenständige Rechtsfolge oder Auffangbecken des Sanktionsrechts?”, *ZIS*, S. 5, 2017, s. 248-256.

Şen, Ersan, “Kamu Görevinden İhraç Edilenler Oy Kullanabilir mi?”, 23.04.2019, <https://www.hukukihaber.net/kamu-gorevinden-ihrac-edilenler-oy-kullanabilir-mi>, E.T. 05.04.2024.

Şirin, Tolga, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, MÜHF-HAD, C. 17, S. 1-2, 2011, s. 283-348.

Theuns, Tom, “A Comparative Study on the Right to Vote for Convicted Prisoners, Disabled Persons, Foreigners and Citizens Living Abroad, Ethos Work Package” C. 3: “Law as or Against Justice for All?”, Brüksel 2020.

Tahmaz Üzeltürk, Saba Şahika, “Mahkumiyet Bağlamında Oy Hakkının Sınırlandırılması ve Genel Oy İlkesi”, YÜHFD, C. 18, S. 2, 2021, s. 1873-1903.

Yelekin, Süleyman, Ceza Mahkumiyetinin Seçme ve Seçilme Hakkına Etkisi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.

Özel Hukuk / Private Law



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

**Türk Spor Hukukunda Çocukların Korunmasına İlişkin
Bir Adım: Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma
Talimatı Üzerine Bir İnceleme**

**A Step Regarding the Protection of Children in Turkish
Sports Law: A Review Instruction of Athlete Well-being and
Child Safeguarding in Football**

  **Doç. Dr. Hakkı Mert DOĞU***

 10.60002/ebyuhfd.1449197

ÖZ

Sporun bütün dünyayı etkisi altına alan büyümesi, birçok uyumsuzluğu ve problemi de beraberinde getirmiştir. Bu tür uyumsuzluk ya da problemlerin çözümü, hukuk kurallarıyla sağlanmaktadır. Hukuk kurallarının varlığı düzenin korunması açısından çok önemlidir. Sportif uyumsuzluklar bakımından da bu uyumsuzlukların çözümünde bazı kurallara ihtiyaç duyulmuş ve spor hukuku adı altında bir hukuk dalı doğmuştur. Spor süneleri arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk dalına spor hukuku adı verilmektedir. Spor hukuku, sportif faaliyetlerin her alanında, ortaya çıkan uyumsuzluk ve anlaşmazlıkların çözümünde rol oynamaktadır. Spor

* Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article
Geliş/Received: 08.03.2024 | Kabul/Accepted: 06.09.2024.**

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Hakkı Mert Doğu, “Türk Spor Hukukunda Çocukların Korunmasına İlişkin Bir Adım: Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Talimatı Üzerine Bir İnceleme”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (623-646).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

hukuku, karma bir hukuk dalı olarak kabul edilmekle birlikte son zamanlarda kendine has yapısı olan uluslar üstü bir nitelik kazanmaya başlamıştır.

Çocuğun korunması sosyal ve hukuki açıdan da herkese ilgilendirmektedir. Hukukun her alanında olduğu gibi spor hukukunda da çocuğun ayrı bir yeri ve önemi vardır. Spor Hukuku çerçevesinde ve özellikle futbolda çocukların korunması amacıyla Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Talimatı çıkartılmıştır. Bu talimat ile Türkiye Futbol Federasyonu Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Kurulu'nun teşkilatlanması; Kurul'un görev, yetki ve çalışma esas ve usulleri ile futbolda "Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma" kurallarının ve buna ilişkin sorumluluk bilincinin yaratılması için alınacak tedbirlerin neler olabileceği ortaya koyulmaktadır. Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Talimatı ile birlikte çocuğun sportif menfaatlerinin sağlanması ile korunması arzulanmakta ve hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Spor, Spor Hukuku, Futbol, Çocuk, Çocuğun Üstün Menfaati.

ABSTRACT

The magic of sports that has influenced the whole world has brought with it many conflicts and problems. The solution of such disputes or problems is provided by legal rules. The existence of legal rules is very important for maintaining order. In terms of sports disputes, some rules were needed to resolve these disputes and a branch of law called sports law was born. The branch of law that regulates the relations between sports subjects is called sports law. Sports law plays a role in resolving disputes and disputes that arise in every field of sports activities. Although Sports Law is considered a mixed branch of law, it has recently begun to gain a supranational character with its own unique structure.

The protection of the child is of concern to everyone, both socially and legally. As in every field of law, children have a special place and importance in sports law. In order to protect children within the framework of Sports Law and especially in football, the Instruction on Athlete Well-being and Child Safeguarding in Football Instruction was issued. With this instruction, the organization of the Turkish Football Federation Athlete Well-being and Child Safeguarding; the duties, powers and working principles and procedures of the Board and the rules of "Athlete Well-being and Child Safeguarding in Football" and the measures to be taken to create awareness of responsibility regarding this are set out. With Athlete Well-being and Child Safeguarding Instruction, it is desired and aimed to protect the child's sporting interests.

Keywords: Sport, Sport Law, Football, Child, The Best Interest of the Child.

GİRİŞ

Spor Hukuku çerçevesinde ve özellikle futbolda çocukların korunması amacıyla Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Talimatı (Talimat)

17.02.2023 tarihinde Türkiye Futbol Federasyonu'nun resmi internet sitesinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu talimatla birlikte futbol branşında on sekiz yaşından küçük kişilerin korunması, kötü muamelelere maruz kalmamaları ve kötü muamele durumunda yapılabilecekler üzerinde durulmaktadır.

Çalışmada Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Talimatı bütün yönleriyle ele alınmaktadır. Bu kapsamda öncelikle spor hukuku kavramı ile spor hukukunda çocuk genel olarak incelenmiş; ardında da sporcu esenliği ve çocuğun korunması değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Bütün bu incelemelerin ardından Türkiye Futbol Federasyonu Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Kurulu ele alınarak konu bütünlüğü sağlanmaya çalışılmıştır.

Çalışmada incelemeler yapılırken birçok yerde görüş bildirilmiş; talimat kapsamında eksik hususların tamamlanabilmesi noktasında gerekli açıklamalar yapılmaya çalışılmıştır.

I. SPOR HUKUKU BAKIMINDAN SPORCU ESENLİĞİ VE ÇOCUĞUN KORUNMASI

A. Spor Hukuku ve Spor Hukuku'nda Çocuk

Spor Hukuku, sporun belirli kurallar çerçevesinde yapılmasını sağlayan ve spor süjeleri arasındaki ilişkileri düzenleyen karma bir hukuk dalıdır¹. Spor Hukuku, özel hukuk ve kamu hukukuna ilişkin kuralları bünyesinde barındırmaktadır². Bununla birlikte günümüzde spor hukukunun kendi kendini dizayn edebilen uluslar üstü, özerk ve kendine özgü bir yapıya sahip olduğu kabul edilmeye başlanmıştır³.

Spor Hukuku açısından önemli konulardan bir tanesi küçük yaştaki sporculardır. Küçük yaştaki sporcuların sportif faaliyetlere katılması ve

-
- 1 Farklı tanımlar için bkz., Urs **Scherrer**, Sportrecht (Ein Begriffserläuterung), Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2001, s. 153; Durmuş Ali **Genç**, Spor Hukuku, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1998, s. 61; Şeref **Ertas/Hasan Petek**, Spor Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 40; Ramazan **Çağlayan**, Spor Hukuku (Spor Hukuku Temel Metinleri), Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2007, s. 17; Hakkı Mert **Doğu**, 61 Soruda Spor Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 22, (Spor Hukuku).
 - 2 Rifat **Erten**, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 55; Recep **Gülşen**, Spor Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 89; **Çağlayan**, s. 19; **Doğu**, Spor Hukuku, s. 23.
 - 3 Ayrıntılı bilgi için bkz., Kadir **Gürten/S. Ege Erenel**, “Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2021, s. 299 vd.

katılımlarının sağlanması, onların bu faaliyetlerde korunması vb. durumların ele alınması gerekmektedir. Çocuk, on sekiz yaşını tamamlamamış olan kişilerdir⁴. Bunlar ayırt etme gücüne sahiplerse, ehliyet gruplarından sınırlı ehliyetsizler grubu içerisinde yer alırlar⁵. Spor Hukuku'nda çocuk dendiğinde ise sportif faaliyetlerde bulunan on sekiz yaşından küçüklerin ifade edilmek istendiği söylenecektir. Nitekim Talimat'ın 3. maddesinin (a) bendinde çocuk, on sekiz yaşın altındaki tüm kişiler şeklinde ifade edilmektedir. Bununla birlikte (a) bendinin ikinci cümlesinde “*kırılgan durumdaki çocuklar*” şeklinde bir kavrama daha yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre kırılgan durumdaki çocuklar, “...*özellikle hassas olan, bunlarla sınırlı olmamak üzere; engelli çocuklar, mülteci statüsündeki çocuklar, azınlık grupların çocukları, yoksulluk içerisinde yaşayan çocuklar, alternatif bakım hizmeti alan çocuklar ve kanunlarla ihtilaf içerisindeki çocuklar*” olarak tanımlanmaktadır. Kanaatimizce *kırılgan durumdaki çocuklar* ifadesinin kullanılması, bu kavramın kapsamına bakıldığında son derece anlamlı olmuştur. Nitekim ilgili düzenlemede örneklendirme yapmak suretiyle kırılgan durumdaki çocukların kimler olabileceği açıklanmaktadır. Bir başka ifadeyle kırılgan durumdaki çocuklar belirlenirken sadece maddede sayılan örneklerle sınırlı bir çerçeve çizilmemelidir. İlgili maddedeki “...*bunlarla sınırlı olmamak üzere...*” ifadesi de bu durumu destekler niteliktedir.

Sportif faaliyetlere çocukların katılım sağlanması son derece önemlidir. Çocukların bu tür faaliyetlerde yer alması fiziki ve psikolojik gelişime katkı sağladığı gibi çocukların sosyalleşmesinin yanı sıra kendileri güven duymalarına da yardımcı olmaktadır.

B. Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuğun Korunması

1. Genel Olarak

Futbolda sporcu esenliği ve çocuğun korunması amacıyla bir talimat çıkartılmıştır. Bu talimatla birlikte futbolda “*Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma*” kurallarının ve buna ilişkin sorumluluk bilincinin yaratılması için alınacak tedbirlerin belirlenmesi amaçlanmaktadır. Söz konusu talimatın yürürlüğe girmesi olumlu bir gelişme olarak kabul edilse

4 Ayrıca bkz., Canan **Yılmaz**, Velayet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 25; Sevgi **Usta**, Velayet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 22.

5 M. Kemal **Oğuzman**/Özer **Seliçi**/Saibe **Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 99; Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**, Türk Özel Hukuku-Cilt II: Kişiler Hukuku, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 84.

de kanaatimizce sadece futbol branşıyla sınırlı tutulması bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir. Spor branşlarının çeşitliliği ve her branşta çocuk sporcuların olma ihtimali düşünüldüğünde ilgili düzenlemenin sadece futbolla sınırlı tutulmaması gerekirdi. Bu çerçevede söz konusu talimatın, niteliği uygun düştüğü ölçüde diğer spor branşlarında da kıyasen uygulanması ve en kısa sürede bütün spor branşlarını kapsayacak şekilde yeni ve genel bir düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Talimat, futbolda sporcu esenliği ve çocuğun korunmasını amaç edinmektedir. Talimatın 3. maddesinin (b) bendinde futbolda sporcu esenliği ve çocuğun korunmasından ne anlaşılması gerektiği açıklanmaktadır. Buna göre futbol oynayan ve on sekiz yaşın altındaki tüm kişilerin yaşına ve gelişimine uygun olarak eğitimini, öğrenimini, kişiliğini ve toplumsal sorumluluğunu geliştirmesi için gerekli önlemleri almak bu kapsamda değerlendirilmektedir. Görüldüğü üzere futbol oynayan çocukların, yaş ve gelişim seyirlerine göre uygun eğitim ve öğretimin sağlanması bu kavram içerisindedir. Çocuk yaşta sporla tanışılması, sporun faydalı yanlarının çocuklara öğretilmesi ve bütün bunlar yapılırken çocuğun her türlü olumsuz durumdan etkilenmesinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

2. Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuğun Korunmasının Temel Özellikleri⁶

a. Korumanın Uygulanabilir Olması

Çocuğun korunması, bütün menfaatlerin üzerindedir. Bu sebepten dolayı çocuğun korunmasına ilişkin prosedürün oldukça basit ve uygulanabilir olmasının sağlanması gerekir. Bir başka ifadeyle çocuğun korunmasında, her türlü istismar ve zarardan uzak, kapsayıcı bir ortamda güven içerisinde futbol oynanmasının sağlanması anlayışı öncelikli hedef olmalıdır.

Korumanın uygulanabilir ve pratik olabilmesi için konuya ilişkin yasal düzenlemelerin, prosedürlerin ve verilecek eğitim uygulamalarının gerekliliklerinin yerine getirilmesi hedeflenmelidir.

b. Korumanın Kurum ya da Kuruluşlarla Bağlantılı Olması

Korumanın kurum ya da kuruluşlarla bağlantılı olmasından maksat, çocuğun bir zarar görmesi durumunda hangi kurum ya da kuruluşların ne

6 Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Child Safeguarding Toolkit For Uefa Member Associations, <https://uefafoundation.org/wp-content/uploads/2020/08/uefa-toolkit-english-5ed7b80c361505f3797b9f1008.pdf>, s. 6-7, E.T. 28.02.2024.

derecede bu sürece dahil olacaklarının tespitine ve buna ilişkin yasal düzenlemelerin neler olabileceğine yönelik olmasıdır.

Çocukların korunmasına yönelik tedbirlerin geliştirilmesi, eğitim, sağlık, sosyal hizmetler, adalet ve kolluk kuvvetleri gibi farklı sektörlerle iş birliğini gerektirir. Ayrıca ulusal mevzuata uygun olarak okullar ve kulüpler, aileler, doktorlar, antrenörler, öğretmenler, spor yetkilileri ve akranlar dahil olmak üzere çeşitli taraflarla etkileşime geçilmesi bu süreçte son derece önem arz etmektedir.

c. Korumanın Hedeflerinin Olması

Futbolda sporcu esenliği ve çocuğun korunmasına ilişkin temel özellikler bakımından bir diğeri ise korumanın birtakım hedeflerinin olmasıdır. Bu hedeflerin başında çocuğun korunmasına yönelik devlet politikalarının ve beyanlarının sağlanması gelir. Aslında bu durum, zararın önlenmesine yardımcı olacak prosedür ve uygulamaların oluşturulmasını da içerir. Ayrıca koruma tedbirlerinin uygulandığından ve devamlılık gösterdiğinden emin olunması, hedefler arasında yer almaktadır. Bu noktada iletişim ve eğitimin önemi de ortaya çıkmaktadır. İletişim ve eğitim, koruyucu önlemlerin, ilkelerin ve bunların futbolda yer alan herkes için ne anlama geldiğinin anlaşılmasının sağlanması açısından etkin rol oynamaktadır.

Koruma hedefleri, çocuk açısından zararlı durumun ortaya çıkması ya da çıkma ihtimalinin kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda ilgili kurum veya kuruluşların bu sürece ne ölçüde dahil olabileceğinin belirlenmesini de içermektedir. Aslında korumanın hedeflerinin olması, korumanın pratik ve uygulanabilir olmasının ön koşulu olarak da kabul edilmelidir.

3. Karşılaştırmalı Hukukta Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuğun Korunması

a. Amerika Birleşik Devletleri'nde

Amerika'da sporda çocuğun korunmasına ilişkin Amerika Birleşik Devletleri Olimpiyat Komitesi'nin (USOC) etkili çalışmalar yaptığını söylemek mümkündür. Bu kapsamda USOC, antrenör etik kodları oluşturmuş; antrenör ile çocuk sporcular arasında olumsuz bir ilişkinin yaşanmaması ve cinsel istismarın ortaya çıkmasına sebep olabilecek her türlü davranışın önüne geçilmesi arzulanmıştır⁷.

7 Seda Nur **Turhal**/Mustafa Yaşar **Şahin**/Özgün **Parasız**, "Amerika Birleşik Devletleri'nde Sporda Çocuk Koruma Uygulamaları", Akdeniz Spor Bilimleri Dergisi, C. 6, S. 1, 2023, s. 1150.

Amerika Birleşik Devletleri Olimpiyat Komitesi, sporcu çocukların korunması amacıyla 2011 yılında Etik ve Spor Kurulu'nu kurmuş; 2012'de Olimpiyat Komitesi Güvenli Spor El Kitabı'nı kabul etmiş; 2013'te USOC, soruşturma, karar ve yaptırımlara ilişkin bir Safesport çalışma grubu kurmuştur⁸. Daha sonraki süreçte bu durum, spor ortamlarında yer alan çocuklar ile tüm diğer katılım sağlanan bütün spor organizasyonlarını kapsayan Güvenli Spor Merkezi (The U.S. Center for SafeSport) isimli sporda çocuk koruma politikasını oluşturmasına yardımcı olmuştur. Bütün bu çabaların tamamı çocuk sporcuların her türlü zarardan korunması, sportif faaliyetleri güven içerisinde gerçekleştirebilmelerini sağlamak amacıyla.

b. İngiltere'de

The U.S. Center for SafeSport'a benzer şekilde İngiltere'de de 2001 yılında CPSU (Child Protection in Sport Unit-Sporda Çocuk Koruma Birimi) oluşturulmuştur⁹. Burada amaç çocukların korunmasına ilişkin politikalar oluşturmak ve geliştirmektir. Ayrıca spor alanlarında ve sportif faaliyetlerde çocukların korunmasını sağlayarak onlara güvenli bir ortam sunmak amacı da bu kapsamda değerlendirilmektedir.

İngiltere'de CPSU sporla ilgili kişileri ve organizasyonları çocuk koruma konularında eğitmek ve farkındalıklarını arttırmak, çocukları korumak için stratejiler geliştirmek, çocuk koruma bilincini, politikalarını ve yasal düzenlemelerin oluşturulmasına yardımcı olmak, çocuklara danışmanlık yapmak amacıyla faaliyetlerini yürütmektedir¹⁰.

c. Fransa'da

Sporcu esenliği ve çocuğun korunması kapsamında Fransa açısından da bir değerlendirme yapmak mümkündür. Bu değerlendirme özellikle kız çocuklar için kendini göstermektedir. Her ülkede olduğu gibi Fransa'da da sportif imkânlardan erkek çocuklar kadar kız çocukları da faydalanabilmektedir. Ancak bu faydalanma her zaman eşit olarak ortaya çıkmaz.

8 **Turhal/Şahin/Parasız**, s. 1151 vd.

9 Özgün **Parasız/Mustafa Yaşar Şahin/Akın Çelik**, "Sporda Çocuk Koruma Programı Uygulamaları: İngiltere Örneği", *International Journal of Science Culture and Sport*, C. 3, S. 1, 2015, s. 648.

10 **Parasız/Şahin/Çelik**, s. 648-649.

Fransa’da spor alanlarında kız çocuklara yönelik yapılan yatırımların yetersiz kaldığı bilinmektedir¹¹. Bu yetersizlik beraberinde sportif anlamda kız çocuklarının esenliği ve korunması meselesini de olumsuz şekilde etkilemektedir. Ayrıca yatırımlardaki eksiklik, kız çocuklarının spora olan ilgilerinin azalmasına sebebiyet verebilecektir. Fransa’da çocuk sporculara ilişkin olarak, çocuk hakları genel çerçevesi içerisinde durum dikkate alındığında, hâlâ atılması gereken adımlar olduğu söylenebilecektir¹².

d. Kanada’da

Kanada’da çocuk sporcuların olumsuz davranış ve cinsel istismardan korunmaları amacıyla bir dizi önlemlerin alındığı bilinmektedir. Kanada hükümetinin 2019 yılında yapmış olduğu çağrıyla birlikte konuya ilişkin ülke çapında davranış kuralları getirilmeye başlanmıştır; bu çerçevede ilk olarak Kanada Antrenörler Derneği (CAC) tarafından bir spor zirvesi gerçekleştirilmiştir¹³.

Ülke genelindeki davranış kuralları ve spor zirvelerinin yanı sıra konuyla ilgili birçok eğitimin düzenlendiğini söylemek mümkündür. Ancak Kanada’daki spor yöneticileri, önleme eğitimlerinin uygulanmasının ebeveynlere bir istismar sorunu olduğu izlenimini vereceğinden endişe etmişlerdir. Ayrıca bu tür eğitimlerin beraberinde asılsız suçlamaları getirmesinden de çekinmişlerdir. Bu kapsamda Kanada’da sporda önlemin uygulanmasının zor olduğu söylenebilecektir; çünkü birçok antrenör kuralardan habersizdir, cinsel istismar konusunda uzmanlık bilgisinden yoksundur ve bazen sporcularla “yakınlığa karşı rahat tutumlar” içerisine girmektedirler¹⁴.

e. İspanya’da

İspanya’da sporla ilgili Devlet kurumları, sporun gelişimini sağlamak amacıyla birçok tedbirler almakta; uygulamaları hayata geçirmektedir. Toplumun sağlığı için spor yaptırılması, sporcuların sağlığının korunmasının yanı sıra hükümetin spor politikalarının yönetmesi ve yürütmesi,

11 Mehmet Rifat **Tınc**, “Fransa’da Çocuk Hakları”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 81, S. 2, 2023, s. 615.

12 Ayrıca bkz., **Tınc**, s. 615.

13 **Turhal/Şahin/Parasız**, s. 1158-1159.

14 Anne M. **Nurse**, “Child Sexual Abuse Prevention Training”, *Confronting Child Sexual Abuse*, Lever Press, Amherst 2000, s. 217-218.

spor dünyasında değişen ve gelişen düzenlemelerin uygulanmasını sağlaması vb.'leri bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁵.

Çocuk sporcular bakımından da İspanya'da özellikle okul çağına gelmiş çocukların spor yapmasının sağlanması öncelikli hedefler arasında yerini almaktadır¹⁶. Okul çağına gelmiş çocukların spor yapmaya teşvik edilmesi ve yönlendirilmesi, beraberinde çocuk sporcuların olumsuz davranışlarla karşılaşma ihtimalini de getirmektedir. Bu noktada spor yapacak olan çocukların, her türlü olumsuz tutum ve davranıştan etkilenmesinin önlenmesi de Devlet kurumlarının sorumluluğu altındadır.

4. Türk Spor Hukuku'nda Futbolda Çocuğun Korunmasına İlişkin Talimat Yürürlüğe Girmeden Önce Çocuk Sporculara İlişkin Var Olan Düzenlemeler

Futbolda çocuk sporcuların korunması amacıyla çıkarılan Talimat'tan önce de TFF'nin diğer bazı talimatlarında çocuğun korunmasına ilişkin hükümlerin olduğunu görmek mümkündür. Bunlardan en önemlisi Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nın (FSTT) 17. maddesindeki düzenlemedir. Söz konusu madde, küçük futbolcuların transferleri ve bu transfer sürecinde korunmalarına ilişkin usul ve esasların ortaya koyulduğu madde olarak ifade edilebilecektir^{17,18}.

15 Hakan **Sunay**/Bayram **Kaya**, "Türkiye İtalya Fransa ve İspanya Spor Sistemlerinin Spor Kulübü Yapılanması Düzeyinde Karşılaştırılması", Spormetre, C. 17, S. 2, 2019, s. 84.

16 **Sunay/Kaya**, s. 84.

17 **FSTT Madde 17:**

"(1) 18 yaşını doldurmamış futbolcular, uluslararası transfer yapamazlar.

(2) Ancak, küçük futbolcunun kanuni temsilcilerinin transfer olunacak kulübün bulunduğu ülkeye futbolla ilgisi olmayan bir sebeple taşınmış olmaları halinde veya futbolcunun Türkiye sınırına 50 km.'den daha kısa bir mesafede ikamet etmesi ve komşu ülke Federasyonu'na tescilli kulübün tesislerinin Türkiye sınırına 50 km.'den daha kısa bir mesafede olması halinde uluslararası transfere izin verilebilir.

(3) Bu madde hükümleri, daha önce hiçbir kulübe tescil edilmemiş olan ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan küçük futbolcular için de geçerlidir.

(4) Bu madde çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar, FIFA'nın ilgili organları tarafından çözülür.

(5) Bu maddenin 2. fıkrası uyarınca gerçekleştiren bütün uluslararası transferler ile 3.fıkrası uyarınca ilk kez yapılan tüm tescillerde FIFA Futbolcuların Statüleri ve Transferleri Talimatı'nın 19. maddesi 4. fıkrası uygulanır."

18 FIFA transfer sistemi içerisinde çocukların korunmasına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz., Feyza **Başar**, "FIFA Transfer Sisteminde Çocuk Haklarının Korunması" İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 2, 2019, s. 751 vd.

Spor Hukuku kapsamında çocuklar bakımından talimattan önce de var olan bir diğer düzenleme, Sportif Ekipman Talimatı'nda (SET) yer almaktadır. Bu düzenleme *refakatçi çocuk* diye ifade edilen çocuklarla ilgilidir. Refakatçi çocuk, ev sahibi kulüp tarafından TFF'nin izni dahilinde, müsabakalar başlamadan önce yapılacak seremonilerde futbolcuların yanında onlarla birlikte sahaya çıkan ve seremoni bittikten sonra da sahadan ayrılan altı ile on iki yaş arasındaki çocuklar olarak tanımlanabilecektir¹⁹. Ancak hemen belirtmek gerekir ki talimatta sportif faaliyette bulunan ya da bulunacak olan çocuklar ve onların bu süreçte korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilirken; SET'te sadece refakatçi çocuğun kim olduğu ortaya koyulmaktadır. Bir başka ifadeyle SET'te çocuklara ilişkin ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır.

5. Türk Spor Hukuku'nda Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuğun Korunmasına İlişkin İlkeler

a. Çocuğun Üstün Yararının Sağlanması

Çocuğun üstün yararını, çocuğun yararının ve menfaatinin her hâl ve şartta korunması ile üstün tutulması gerektiği yönündeki anlayış olarak tanımlamak mümkündür²⁰. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de çocuğun üstün yararına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi'nin 2. maddesinde *çocuğun üstün yararı* ifadesi kullanılmış ve kavramsal olarak da çocuğa özel

19 Ayrıntılı bilgi için bkz., Hakkı Mert **Doğu**, "Türk Spor Hukuku'nda "Refakatçi Çocuk"", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2017, s. 47 vd., (Refakatçi Çocuk).

20 Emine **Akyüz**, Çocuk Hukuku, 8. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2021, s. 53 vd.; Gülçin Elçin **Grassinger**, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 58-59; Sera **Reyhani Yüksel**, Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 90 vd.; Yıldız **Abik**, "Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı", Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 8 vd.; Bedia **Güleş**, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun Yararını Tespit ve Çocuğun Eşyalarının Teslimi Sorunu", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 2, 2023, s. 849; Zeynep Nur **Subaşı**, "Çocuk Hakları Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Bağlamında Çocuğun Üstün Yararı", Çocuk Hukuku Armağanı, Ed. Yıldız Abik/Seher Bağaç İçen, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 3, 8; Tuğçem **Seçer**, "Velayete İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk: Çocuğun Üstün Yararı İlkesi Çerçevesinde Değerlendirmeler", Çocuk Hukuku Armağanı, Ed. Yıldız Abik/Seher Bağaç İçen, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 560.

koruma sağlayan bir hüküm ortaya koyulmuştur²¹. Bununla birlikte Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 4. maddesinin (b) bendinde çocuğun yararı ve esenliğinden de bahsedilmektedir.

Talimatın 3. maddesinin (m) bendinde çocuğun üstün yararı “*Çocuğun Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde tanımlanan bütün haklardan tam ve etkin bir şekilde yararlanmasını ve bütünsel gelişimini sağlamayı amaçlayan, çocukla ilgili yapılan bütün faaliyetlerde öncelikle bu amacın dikkate alınmasını zorunlu kılan ilke*” şeklinde tanımlanmaktadır. Çocuğun üstün yararının belirlenmesinde onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması ve bunların dengeli bir biçimde geliştirilmesi amacının gözetilmesi gereklidir²².

Talimat kapsamında çocuğun sportif faaliyetle (futbolla) ilgili geçireceği her süreçte onun üstün yararının gözetilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Ayrıca bu kapsamda futbolun çocuklar için güvenli olması ve çocukların menfaatine hareket edilmesi ile çocukların futboldan keyif almalarını sağlamak amacı söz konusudur. Bu sayede küçük yaşlarda kişilerin sporla tanışması arzulanmaktadır.

b. Kuralların Tüm Çocuklara Eşit Olarak Uygulanması

Talimatın 4. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendine göre kuralların, herhangi bir yaş, cinsiyet, cinsel yönelim, ırk, sosyal konum, inanç, yetenek düzeyi veya engel durumu gibi hususlarda ayırım yapılmaksızın, tüm çocuklara uygulanması gerekmektedir. Buna göre her türlü ayrımcılığa karşı olacak şekilde, bütün çocuklara aynı kurallar uygulanacaktır.

Söz konusu düzenlemede eleştirilebilecek bir durum kanaatimizce ilgili fıkarda belirtilen “*cinsel yönelim*” ifadesidir. On sekiz yaşından küçük bir kişinin cinsel yöneliminden ne anlaşılması gerektiği ya da cinsel yönelimin on sekiz yaşından küçük bir kişi için neyi ifade ettiği, soruları

21 Zeynep **Hazar**, “İnsan Hakları Çatışmalarının Çözümlemesinde Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin İşlevi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 2, 2022, s. 650. Ayrıca bkz., Hüseyin **Hatemi**, Aile Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 132; Hacı **Can/Ekin Tuna/Nehir Tuna**, Çocuk Hukuku, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 2019, s. 10 vd.

22 Hayrunnisa **Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi**, Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 17; Sinan Sami **Akkurt**, “Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velâyetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu”, Rona Serozan’a Armağan-Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 112; **Reyhani Yüksel**, s. 92. Ayrıca bkz., Yarg. 2. HD., E. 2018/7533, K. 2019/1241, 18.2.2019, (www.lexpera.com, E.T. 14.12.2023).

beraberinde getirmektedir. Ayrıca bu tür kavramların, henüz on sekiz yaşından küçük kişilerin dünyasına sokmak ve yerleştirmek, tehlikeli sonuçların doğmasına neden olabilir. Bu sebeplerden dolayı “cinsel yönelim” ifadesinin tekrar gözden geçirilmesi kanaatimizce uygun olacaktır.

c. Çocuğun Haklarının Göz Önünde Tutulması

Talimatın 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde belirtilen çocuk haklarının göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir. Burada öncelikle şunu belirtmek gerekir ki ilgili bentte “*Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi*” ifadesine yer verilmişse de sözleşmenin asıl adı *Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*’dir. Aslında talimatın 3. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde sözleşmenin adı doğru olarak belirtilmiş ancak diğer maddelerde bu sözleşme, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi olarak ortaya koyulmuştur. Yeknesaklığın sağlanabilmesi için talimatın tamamında Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ifadesinin kullanılması kanaatimizce uygun olacaktır.

Futbolda sporcu esenliği ve çocuğun korunması bakımından çocukların haklarının göz önünde tutularak bu korumanın sağlanması gerektiği talimatta belirtilmektedir. Bu kapsamda özellikle çocuğun kendisini geliştirme hakkına imkân verilmesi ve sportif faaliyetlere katılımının sağlanarak her türlü durumda onun korunması gündeme gelmektedir. Ayrıca çocuğun haklarının göz önünde bulundurulması çerçevesinde onun yaşam, güvenlik ve sağlık haklarına saygı gösterilmesi ile mahremiyet ve kişisel verilerin korunması hakkından da bahsetmek mümkündür²³.

d. Koruma Faaliyetlerinin Şeffaflık ve Açıklık İçinde Yapılması

Çocuğun korunması için yapılacak faaliyetlerin tamamı şeffaflık ve açıklık içinde gerçekleştirilmelidir. Burada da çocuğun menfaatlerinin korunması amacıyla hareket edildiği söylenebilecektir.

Çocuğun korunması faaliyetleri kapsamında elde edilen bilgi ve belgelerin paylaşılmaması gerekmektedir. Talimat söz konusu konuya ilişkin birtakım istisnalar öngörmektedir. Bir başka ifadeyle koruma faaliyetleri neticesinde ulaşılan bilgi ve belgelerin bazı durumlarda paylaşılması söz konusudur. Buna göre kurum veya kişilerin itibarının gözetilmesi, konu hassasiyeti açısından üst düzey merciler ve bilmesi gerekenler varsa bilgi paylaşımı yapılabilir.

23 Söz konusu haklar, Talimatın 4. maddesinin birinci fıkrasının (f) ve (g) bendinde de düzenlenmektedir.

Koruma faaliyetleri açısından bilgi ve belgeler bakımından talimatın 4. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine de bakmak gerekir. İlgili düzenlemeye göre çocukların esenliği ve güvenliği konusunda edinilen her türlü bilgi ve endişenin ivedilikle dikkate alınması ve öncelikle çocuğun, sonrasında futbolun ve kurum çalışanlarının zarar görmemesi açısından riskin azaltılması için gerekenler yapılmalıdır. Özellikle çocuğun istismarı meselesinin burada değerlendirilmesi mümkündür²⁴. İstismara ilişkin emarelerinin varlığı durumunda vakit kaybetmeksizin harekete geçilmesi çocuğun zarar görme riskinin azaltılması bakımından da son derece önemli bir rol oynamaktadır.

C. Futbolda Sporcu Esenliği ve Çocuğun Korunmasında Önleyici ve Koruyucu Çalışmalar

1. Genel Olarak

Talimatın 5. maddesinde sporcu esenliği ve çocuğun korunmasında birtakım önleyici ve koruyucu çalışmalardan bahsedilmektedir. Öncelikle

24 Talimatta istismar ve çeşitleri tanımlanmaktadır. İstismar, “Fiziksel, psikolojik ve cinsel nitelikli olabilecek şekilde; ihmal, özensiz muamele, şiddet ve sömürünün her türlü; birebir veya sanal olarak gerçekleşen her tür zararlı girişim başta olmak üzere; bir şeyin fazla veya yanlış kullanımı, ya da yetersiz girişimden dolayı ortaya çıkan zarar, hasar, zarar görme olasılığı ve bütün veya tek tek bu nedenlerden dolayı bir çocuğun gelişiminin zarara uğratılması”; Fiziksel İstismar, “Çocuklara vurmak, çocukları sarsmak, sallamak, herhangi bir şey atmak/fırlatmak, tekmelemek ve bunlarla sınırlı olmamak üzere çocukların canını yakabilecek, bedenine hasar veren/verebilecek veya iz bırakabilecek/bırakmayacak kasti her türlü fiziksel eylem”; Cinsel İstismar, “Çocuklardan pornografik içeriklerin paylaşılıp seyredilmesinin istenmesi, cinsel bölgelerinin gösterilmesinin istenmesi, çocukların uygunsuz biçimde hareket etmesinin veya cinsel hareketlere bakmasının istenmesi ya da bunların yapımı için onların kullanılması ile bu davranışların teşviki için onlara yardımcı maddeler verilmesi de dahil olmak üzere; fiziksel temas ve cinsel penetrasyon içeren veya içermeyen her türlü cinsel girişim, saldırı, sömürü ve benzeri faaliyetler”; Duygusal İstismar, “Çocuğun yaşından ve gelişiminden daha ileri seviyede beklentiyle hareket etmek de dahil olmak üzere, çocuklara değersiz olduğunu söylemek veya hissettirmek; çocukların sevilmedikleri veya başkasını memnun etmedikleri sürece değerli olmadıklarını, sevilmeceklerini ve dışlanacaklarını düşündürecek davranışlar ve çocukları korkutmak veya tehlikede olduklarına dair duygu oluşturabilecek davranışlar”; Dijital İstismar, “İnternet veya sosyal medya ortamlarında değişik yollarla; gizliiden veya açıktan, duygusal, zihinsel, ekonomik ve cinsel girişim, şiddet, saldırgan eğilim, sömürü, benzer paylaşım ve faaliyetler” şeklinde ifade edilmektedir.

talimat kapsamındaki tüm kişiler²⁵, talimatta belirlenen ilkelere uygun hareket etmekle ve hesap verilebilir olmakla yükümlüdür. “Hesap verilebilir olmakla yükümlü” olmadan ne anlaşılması gerektiği kanaatimizce farklı değerlendirilebilir. İlk durum, talimat kapsamındaki kişilerin yaptıkları işlemlerle ilgili olacak şekilde bilgi vermesi şeklinde ortaya koyulabilir. İkincisi ise talimattaki kurallara uygun hareket edilmemesi durumunda, yaptırımla karşı karşıya kalma şeklinde hesap verme olabilir. Şayet hesap verme şeklinde bir anlam çıkacaksa, talimata aykırı davranışlar zaten birtakım cezalarla karşı karşıya kalacaklarından dolayı, ilgili düzenlemenin gözden geçirilerek tekrar ele alınması ve düzeltilmesi gerekir.

Talimat kapsamındaki kişiler, talimatta belirlenen ve çocuğun korunmasına engel teşkil edecek bir olayın oluştuğunu veya bir ihlalin gerçekleştiğini öğrenirlerse bu durumu TFF Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Kurulu’na bildirmek ya da ihbarda bulunmakla yükümlüdürler.

Önleyici ve koruyucu tedbirler noktasında çocuklara yönelik tüm ihlaller ve ihmali davranışlara ivedilikle müdahale edilmelidir. Çocukların bu tür olumsuz davranışlardan çok çabuk etkilenebileceği düşünüldüğünde hızlı hareket edilmesi son derece önemlidir. Ayrıca çocuklara karşı işlenen eylemlerin soruşturulması için gerekli her türlü bilgi ve belgenin ilgili mercilere gizlilik içinde verilmesi gerekir. Görüldüğü üzere olayın çözüme kavuşturulması, çocuğun zarara uğramasını en aza indirecek şekilde gerçekleştirilmelidir. Bununla birlikte çocuklarla çalışan kişilerin yüz kızartıcı suç veya çocuğa karşı her seviyede şiddet olaylarıyla ilgili Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunlar kapsamında soruşturma, şikâyet, derdest yargılama veya kesinleşmiş mahkeme ilamının olmasının tespit edilmesi halinde durum derhal kişinin kendisi veya durumu öğrenen, kulübü veya diğer paydaşlarca TFF Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Kurulu’na bildirilmelidir (Talimat md. 5/4).

25 Talimat kapsamında kimlerin olduğu talimatın 2. maddesinde, “TFF, TFF’ye bağlı kulüpler, futbol okulları ve aşağıda belirtilen kişiler bu talimat hükümleri kapsamındadır:

(a) Kulüpler, kulüp başkanları, onursal başkanları, yöneticileri ve çalışanları,

(b) Müsabaka görevlileri,

(c) Amatör ve profesyonel futbolcular,

(ç) Teknik adamlar,

(d) Müsabaka organizatörleri ve futbol menajerleri,

(e) Taraftarlar,

(f) Bir müsabaka veya etkinlik kapsamında görevlendirilmiş kişiler,

(g) Bir kulüpte tescilli olsun veya olmasın futbola ilgili her türlü faaliyette bulunan diğer kişiler” olarak belirlenmiştir.

Talimatın 5. maddesinin beşinci fıkrasında korumanın sağlanması hususunda mekân ve kişi sayısı açısından bir sınırlamaya gidildiği görülmektedir. Buna göre çocuklarla bire bir çalışmalardan mümkün olduğunca kaçınılmalı, çalışmalar ve paylaşımlar en az iki yetişkinin gözetiminde gerçekleştirilmelidir. Bunun mümkün olmadığı durumda kişiler, çocuklarla herkesin görebileceği açık alanlarda veya en az iki çocuğun mevcut olduğu ortamda çalışma ve paylaşım gerçekleştirmelidir. Asgari kişi sayısının sağlanamaması durumunda, söz konusu etkinlik iptal edilmelidir²⁶.

Önleyici ve koruyucu önlemler açısından çocukların doping kontrollerine ilişkin de bir düzenlemenin getirildiği görülmektedir. Reşit olmayan bir futbolcudan doping kontrolü için alınacak örnek, ancak kendi takımından bir yetişkinin gözetiminde, örneği alacak yetkili ile yalnız kalmadan alınmalıdır. Çocuğun takımından birini ısrarla istememesi halinde, doping numunesi almakla yetkili kişinin yanında başka bir erişkinin eşlik etmesi suretiyle işlem yapılmalıdır (Talimat md. 5/7). Burada çocuğun takımından birini ısrarla istememesi halini de ayrıca ele almak gerekir. Bir başka ifadeyle çocuğun, takımından bir yetişkini yanında istememesi sebebi üzerinde durulması ve araştırma yapılması, sporcu esenliği ve çocuğun korunması bakımından önem arz etmektedir. Çünkü bu tür somut olaylarda çocuğun takımda yer alan bir yetişkinden zarar gördüğü düşünülebilir.

2. Çocuk Koruma Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Durumun Değerlendirilmesi

Futbolda sporcu esenliği ve çocuğun korunması çerçevesinde Talimat'taki düzenlemeler dışında sporcu çocuğa girilen olumsuz davranışlar karşısında uygulama alanı bulabilecek yaptırımlar ya da önleyici tedbirlerin ÇKK, Türk Medeni Kanunu (TMK) ve Türk Borçlar Kanunu (TMK) açısından da ele alınması mümkündür.

a. Çocuk Koruma Kanunu Kapsamında Değerlendirmeler

Çocuk Koruma Kanunu'nun amacı korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir. Bu çerçevede sporcu çocukların korunması noktasında, ÇKK ile bağlantının kurulması söz konusu olabilir. Nitekim ÇKK'nin 4. maddesinin birinci fıkrasının (b)

26 Benzer durum talimatın 5. maddesinin altınca fıkrasında da vardır. Çocuğun, kendisine yapılacak sağlık müdahalesi sebebiyle bir yetişkin ile bire bir görüşmesi gerektiği durumlarda; çocuğun velisi/vasisi yanında değilse, kendi seçtiği çocuğun veya yetişkinin de müdahale alanında bulunması gerekir.

bendinde de ilgili kanunun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi ilkesinin dikkate alınacağı belirtilmektedir.

Talimat ile ÇKK arasında bağlantının kurulması, çocuğun üstün yararının sağlanması ve esenliğinin gözetilmesi noktalarında kendini göstermektedir. ÇKK'nin 5. maddesinde düzenlenen çocuğa ilişkin koruyucu ve destekleyici tedbirler ile Talimat'ın 5. maddesinde düzenlenen önleyici ve koruyucu çalışmalar aslında benzer amaçlara hizmet etmektedir. Ayrıca her iki düzenlemede de çocuğun korunması için bir kuruma başvuru prosedürü öngörülmektedir.

b. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Değerlendirmeler

Sporcu esenliği ve çocuğun korunmasında sporcu çocuklara karşı girilen olumsuz tutum ve davranışlar, bir taraftan çocuğun bedensel ve ruhsal bütünlüğünü ihlâl ederken diğer taraftan da geniş anlamda onun kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğurmaktadır. Kişilik hakkı, kişinin kişisel değerleri üzerinde sahip olduğu mutlak ve tekeli bir hak olarak tanımlanabilir²⁷. Kişilik haklarının ihlâli ve sonuçlarına ilişkin olarak gerek TMK gerekse TBK'de birtakım düzenlemelere yer verilmektedir.

Sporcu çocuğun kişilik haklarının, ona karşı yapılan davranışlarla ihlâl edilmesi durumunda -Spor Hukukuna özgü cezalar ya da tedbirler dışında- TMK'nin 24 ve 25. maddeleri ile TBK'nin 54 vd. maddeleri uygulama alanı bulabilir. Bu açıdan çocuğa karşı var olan saldırı tehlikesinin önlenmesi, sürmekte olan saldırıya son verilmesi, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti istenebilir. Bununla birlikte söz konusu saldırılar neticesinde ortaya bir zararın çıkması durumunda maddi ya da manevi tazminat davalarının açılması mümkün olabilir. Bedensel bütünlüğün ihlâli durumunda TBK'nin 54. maddesi de dikkate alınarak maddi tazminat talep etmek mümkündür²⁸. Bununla birlikte manevi tazminat taleplerinde ise TBK'nin 56. maddesi çocuğun bedensel

27 Jacques-Michel **Grossen**, Schweizerisches Privatrecht II-Einleitung und Personenrecht, Hrsg. Max Gutzwiller, Verlag Helbing&Lichtenhahn, Basel 1967, s. 289; Serap **Helvacı**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2001, s. 41-42; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 178-179; **Dural/Öğüz**, s. 100.

28 Mehmet Yaşar **Şahin**, Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 63 vd. Ayrıca bkz., Murat **Topuz**, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 378 vd.

bütünlüğünün ihlâli halinde gündeme geleceken; kişilik hakkının ihlâli durumunda da TBK'nin 58. maddesi uygulama alanı bulur²⁹.

Talimat hükümlerine bakıldığında sporcu çocukların zarara uğraması durumunda bu zararın giderilmesine ilişkin tazminat ve tazminat talepleri bakımından bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Talimat'ın 11. maddesinde disiplin hükümlerine değinilmekle birlikte tazminat hakkına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu açıdan çocuğun zararlarının karşılanması noktasında TMK'nin ve TBK'nin ilgili hükümlerinden hareket edilmesi uygun olacaktır.

II. TÜRKİYE FUTBOL FEDERASYONU SPORCU ESENLİĞİ VE ÇOCUK KORUMA KURULU

A. Genel Olarak

Futbolda sporcu esenliği ve çocuğun korunması için talimatta öngörülen tedbirlerin alınması gerekmekte; bu tedbirlere aykırı hareket edildiğinin tespiti halinde durum gecikmeksizin Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Kurumu'na bildirilmelidir. Söz konusu kurul, talimatın 3. maddesinin (k) bendinde “Çocuk koruma alanında uzman en az bir hukukçu, bir sağlıkçı, bir emniyet mensubu olmak üzere toplam yedi kişiden oluşan kurul” şeklinde tanımlanmaktadır.

Talimatta kanaatimizce kurul açısından eksik bir hususun olduğunu söylemek mümkündür. Talimatta kurulun görevleri düzenlenmemiştir. Bu önemli bir eksiklik olarak kabul edilmelidir. Talimatta sadece kurulun çalışma usul ve esasları ile soruşturma yapabilmesi imkânına ilişkin tespit ve değerlendirmeler yer almaktadır.

B. Kurulun Çalışma Usul ve Esasları ile Kurulun Soruşturma Yetkisi

1. Kurulun Çalışma Usul ve Esasları

Talimatın 7. maddesinde kurul ile kurulun çalışma usul ve esasları düzenlenmektedir. Kurul, bir başkan ve altı üye olmak üzere toplamda yedi kişiden oluşmaktadır. Kurulda, çocuk koruma alanında uzman en az bir hukukçu, bir sağlıkçı ve bir emniyet mensubunun yer alması zorunludur. Bununla birlikte kurul üyelerinin tamamının en az lise mezunu, en az on

29 Sami Narter, Uygulamada Manevi Tazminat, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 43; Şafak Arıkan, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 64 vd.

yıllık mesleki tecrübeye sahip olmaları ve arşivli adli sicil kayıtlarını sunmaları gerekir³⁰.

Kurulun görev süresi, TFF Yönetim Kurulu'nun görev süresiyle sınırlıdır. Kurul'un üyeleri, TFF Başkanının önerisi ve TFF Yönetim Kurulu'nun onayı ile her zaman değiştirilebilir. Kararlar, toplantıda hazır bulunanların salt çoğunluğu ile alınır. Oyların eşitliği halinde başkanın oyu belirleyicidir. Kurul, ayda en az bir kere toplanır. Kurul ayrıca, iş durumuna göre veya Başkanın gerek görmesi halinde, her zaman toplanabilir. Kanaatimizce kurulun her zaman için toplanmasına izin verilmesi, talimatın amacıyla da uyumlu ve birbirini tamamlayan niteliktedir.

2. Kurula Başvuru

Talimatın 8. maddesinde kurula ihbar, şikâyet ve başvuru usulü düzenlenmektedir. Talimat kapsamında belirtilen durumların ihlal edilmesi ya da ihlal edildiğine dair şüphe oluşması durumlarında talimatın ekinde veya TFF'nin internet sitesinde yer verilen formun doldurulması suretiyle ihbar, şikâyet ve başvuruda bulunmak mümkündür. Bu başvurudan sonra talimatın 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre kurul, kendisine yapılan ihbar, şikâyet ve başvurularla ilgili olarak her türlü resmi ya da özel kuruluş, kurum veya kişilerden ve adli mercilerden bilgi ve belge isteyebilir; gerektiğinde müsabakada görevli hakemleri, gözlemcileri, temsilcileri, ilgili futbolcuları ve yöneticileri, aracı kişileri ve bunların dışında olayın aydınlatılmasına yardımcı olabilecek kişileri çağırıp dinleyebilir. Ancak kurul tüm bu işlemleri gizlilik esasına dayalı olarak gerçekleştirmekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere kurula her türlü resmi veya özel kurum ya da kuruluştan bilgi ve belge isteme yetkisi sağlanmıştır³¹. Bununla birlikte gerekli olduğu hâllerde kurul, müsabakada görevli olan veya olayın aydınlatılmasında yardımcı olabilecek kişilerden bilgi almak amacıyla onları dinleyebilmektedir. Kurul nasıl bir yol izlerse izlesin, hepsinde yapılan işlem-

30 Kurul üyelerin seçiminde çocukların bedensel ve zihinsel sağlığı veri gizliliği, çocukların bilgi teknolojilerine güvenli erişimi konusunda uzman veya çocuk esenliği, çocuk hakları konusunda uzman hukukçu olmak tercih sebebidir.

31 Talimatın 8. maddesinin dördüncü fıkrasına göre kurul, belirtilen kurum, kuruluş ve kişilerle doğrudan doğruya yazışma yapmak ve tebligat göndermek yetkisine sahiptir. Ayrıca talimatın 8. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre de kulüpler, kulüp yöneticileri, kamu hukuku ve özel hukuk tüzel kişileri, bu talimat kapsamında Kurul'un görevini yerine getirebilmesi için kurulun her türlü bilgi, belge ve delile ulaşması konusunda gereken yardımı yapmakla yükümlüdürler.

lerin gizlilik esasına dayanması gerektiği çocuğun üstün yararı ve menfaati düşünülerek tekrar vurgulanmıştır. Ayrıca kurulun, durumu adli mercilere bildirme yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Kurul önüne gelen olayda çocuğa yönelik bir eylemin gerçekleşip gerçekleşmediği, zarar meydana gelip gelmediği veya zarar riskinin bulunup bulunmadığını değerlendirerek başvuruyu ciddi bulması halinde kişiler hakkında soruşturmanın her aşamasında soruşturma tamamlanıncaya kadar idari tedbir vermeye yetkilidir. Kanaatimizce bu noktada kurulun vakit kaybetmeksizin gereken değerlendirmeleri yapması gerekir. Yapılan incelemeler neticesinde tedbir kararının uygulanmasına karar verilmişse, bu karar kişiye ve kişinin bağlı olduğu kulübe veya ilgili kuruma bildirilir. Kurul tarafından verilen tedbir kararının, kurul tarafından soruşturmanın her aşamasında kaldırılması mümkündür. Verilen tedbir kararlarına karşı Disiplin Kurulu'na itiraz edilebilir (Talimat md. 8/7).

Talimatın 8. maddesinin sekizinci fıkrasında kulun verdiği tedbir kararının sonuçları belirtilmektedir. Buna göre kurul tarafından hakkında idari tedbir verilen kişi, tedbir kararı kaldırılana kadar veya hakkında kesin bir ceza hükmü tesis edilene kadar futbol müsabakalarına iştirak edemez, hakemlik, temsilcilik, gözlemcilik, saha komiserliği yapamaz, TFF veya kulüp yöneticisi, idari ve teknik görevlisi olarak müsabakalarda görev alamaz, kulüp mensubu olarak futbolla ilgili idari, sportif veya sair hiçbir faaliyette bulunamaz, antrenmanlara katılamaz ve stadyumlara giremez. Talimat, hakkında tedbir kararı verilen kişinin ilgili süreler içinde neredeyse sporla bağlantısının kesilmesini istemiş, müsabakaların yapıldığı alanlara girişi bile yasaklanmıştır. Ayrıca talimatın 11. maddesinde de kurul tarafından verilen idari tedbir kararlarına uyulmaması durumunda disiplin hükümlerinin devreye girmesi öngörülmüştür³².

32 Talimat Madde 11:

“(1) Kurul tarafından verilen idari tedbir kararına uymayan kişiler hakkında ilgili disiplin kurulu tarafından en az 1 yıl hak mahrumiyeti veya lisansın iptali cezası verilebilir. Bununla birlikte ilgili kulüplere Süper Lig için 2.000.000- TL'den 2.500.000-TL'ye kadar, 1. Lig için 1.000.000-TL'den 1.250.000-TL'ye kadar, 2. Lig için 500.000-TL'den 625.000-TL'ye kadar, 3. Lig için 250.000-TL'den 300.000-TL'ye, Bölgesel Amatör Ligler, Gelişim Ligleri, Kadınlar Ligi için 75.000-TL'den 100.000-TL'ye kadar para cezası, diğer amatör kulüplere ise Futbol Disiplin Talimatı'nın 35. maddesinde düzenlenen ikame ve ilave cezalar verilir.

(2) Buna rağmen Kulüpler tarafından tedbir kararına uyulmaması halinde yukarıda belirtilen cezalara ek olarak ilgili Kulübün ligden ihracına karar verilebilir.

(3) Bu talimat kapsamındaki ihlaller hakkında yargılamaya yetkisi profesyonel ligler ve kupa müsabakaları açısından Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu'na, amatör ligler açısından Amatör Futbol Disiplin Kurulu'na aittir.”

C. Kurula Bağlı Diğer Kişiler

1. Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Koordinatörü

Talimatta kurula bağlı kişiler arasında sporcu esenliği ve çocuk koruma koordinatörü adı altında bir kişi öngörülmektedir. Bu kişi, kurulun idari işlerini yürütmek üzere alanında uzman kişiler arasından TFF Başkanının önerisi üzerine TFF Yönetim Kurulu tarafından görevlendirilmektedir.

Sporcu esenliği ve çocuk koruma koordinatörü kurul başkanına bağlı olarak görevini sürdürür ve koordinatörün görevini yerine getirirken yaptığı işlemlerin, gizlilik esasına dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir.

2. Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Kulüp Yetkilisi

Talimatın 10. maddesinde kulüp sporcu esenliği ve çocuk koruma yetkilisine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre TFF'ye tescilli tüm kulüpler, Kurul ile koordinasyonda bulunmak ve önleyici ve koruyucu çalışmalar ile bu talimatın uygulanmasının sağlanması amacıyla bünyelerinde çalışan en az çocuk koruma konusunda bir uzman personelini kulüp sporcu esenliği ve çocuk koruma yetkilisi olarak görevlendirmek zorundadır. Bu talimatta düzenlenen önleyici ve koruyucu çalışmaların sağlanması hususundaki kulüp yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için azami düzeyde yetkilendirilirler. Söz konusu düzenlemeyle sporcu esenliği ve çocuk koruma yetkilisinin görevlendirilmesinde kulüplerin sorumlu olduğu söylenebilecektir. Ancak burada kulüp tarafından bu görevlendirmenin yapılmaması durumunda nasıl bir yaptırımın gündeme geleceği belirtilmemiştir. Talimatın 12. maddesine göre talimatta belirtilmemiş hususlar hakkında TFF Yönetim Kurulu karar verebilecektir. Kulüplerin, kulüp sporcu esenliği ve çocuk koruma yetkilisini görevlendirmemeleri durumunda bunun yaptırımının ne olacağının TFF Yönetim Kurulu tarafından karara bağlanabilecektir.³³

Talimatın 10. maddesinin ikinci fıkrasında kulüp sporcu esenliği ve çocuk koruma yetkilisinin görevleri, talimatta düzenlenen hükümler ile buna bağlı yapılacak diğer faaliyetlerde danışman konumunda olmak, bilgi, destek, tavsiye sağlamak şeklinde belirtilmiştir. Bununla birlikte yetkili, talimatın doğru ve etkin olarak uygulanması konusunda gerekli tüm dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Ayrıca kulüp sporcu esenliği ve çocuk

33 Ayrıca Talimatın 11. maddesinin üçüncü fıkrasına göre talimat kapsamındaki ihlaller hakkında yargılama yetkisi profesyonel ligler ve kupa müsabakaları açısından Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu'na, amatör ligler açısından Amatör Futbol Disiplin Kurulu'na aittir.

koruma yetkilisi, TFF tarafından verilen eğitime katılmakla yükümlüdür ve katılıma ilişkin sorumluluk, ilgili kulübe aittir (Talimat md. 10/3).

SONUÇ

Futbolda sporcu esenliği ve çocuğun korunması amacıyla çıkarılan talimat, spor hukuku alanında çocukların sportif faaliyetlerde korunmasını sağlayan düzenlemelerin başında gelmektedir. Birçok ülkede çocuk sporcuların korunmasına için alınan tedbirler eskiye dayanmaktadır. Türkiye’de her ne kadar çıkış tarihi itibarıyla geç kalınmış olsa da yine de konuya ilişkin bir talimat çıkarılması ve bu talimatta çocuğun menfaati doğrultusunda yapılması gerekenler üzerinde ayrıntılı düzenlemelere yer veriliyor olması olumlu bir gelişmedir. Bununla birlikte talimatın sadece futbol branşı ile sınırlı tutulmuş olması eleştirilebilir. Bütün çocuk sporcuları bünyesine alacak, her spor branşını kapsayacak şekilde bir talimatın yapılması kanaatimizce daha uygun olacaktır.

Talimatta bazı kavramların kullanılmış olması sakıncalı durumları beraberinde getirebilir. Örneğin talimatta çocuğun cinsel eğiliminden bahsedilmiştir. On sekiz yaşından küçük kişilerin cinsel eğilimin ne anlama geldiği noktasında fazlaca bilgi sahibi olması beklenemeyeceği gibi bu ve benzeri ifadelerin kavram kargaşasına sebebiyet verebileceğinden bahsedilecektir.

Talimatta kanaatimizce her türlü durum ayrıntılı bir şekilde ele alınmış; çocuğun menfaatini zedeleyecek olaylara nasıl ve ne şekilde yaklaşılması gerektiği adım adım ortaya koyulmuştur. Bununla birlikte talimatta Türkiye Futbol Federasyonu Sporcu Esenliği ve Çocuk Koruma Kurulu adı altında bir kurulun kurulmasına izin verilmiştir. Bu kurulun çalışma usul ve esasları ile kurulun soruşturma yetkisi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak kurulun görevlerinin neler olduğuna ilişkin bir düzenleme talimatta yer almamaktadır. Bu bir eksiklik olarak ifade edilebilecektir. Kurulun görevlerinin neler olduğunun açıkça belirtilmesi görev sınırlamasının da yapılmasına yardımcı olur.

KAYNAKÇA

- Abik**, Yıldız, “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Şener Ak-yol’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 1-73.
- Akkurt**, Sinan Sami, “Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velâyetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu”, Rona Serozan’a Armağan-Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 91-120.
- Akyüz**, Emine, Çocuk Hukuku, 8. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2021.
- Arıkan**, Şafak, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Başar**, Feyza, “FIFA Transfer Sisteminde Çocuk Haklarının Korunması”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 2, 2019, s. 747-771.
- Can**, Hacı/**Tuna**, Ekin/**Tuna**, Nehir, Çocuk Hukuku, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 2019.
- Çağlayan**, Ramazan, Spor Hukuku (Spor Hukuku Temel Metinleri), Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2007.
- Doğu**, Hakkı Mert, “Türk Spor Hukuku’nda “Refakatçi Çocuk””, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2017, s. 43-54, (Refakatçi Çocuk).
- Doğu**, Hakkı Mert, 61 Soruda Spor Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, (Spor Hukuku).
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan, Türk Özel Hukuku-Cilt II: Kişiler Hukuku, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- Ertaş**, Şeref/**Petek**, Hasan, Spor Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Erten**, Rifat, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Genç**, Durmuş, Spor Hukuku, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1998.
- Grassinger**, Gülçin Elçin, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Güleş**, Bedia, “Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun Yararını Tespit ve Çocuğun Eşyalarının Teslimi Sorunu”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 2, 2023, s. 845-865.
- Gülşen**, Recep, Spor Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Gürten**, Kadir/**Erenel**, S. Ege, “Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2012, s. 295-315.

Hatemi, Hüseyin, Aile Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Hazar, Zeynep, “İnsan Hakları Çatışmalarının Çözümlemesinde Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin İşlevi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 2, 2022, s. 647-684.

Helvacı, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2001.

Narter, Sami, Uygulamada Manevi Tazminat, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Nurse, Anne M., “Child Sexual Abuse Prevention Training”, Confronting Child Sexual Abuse, Lever Press, Amherst 2000, s. 207-233.

Oğuzman, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

Özdemir, Hayrunnisa/**Ruhi**, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Parasız, Özgün/**Şahin**, Mustafa Yaşar/**Çelik**, Akın, “Sporda Çocuk Koruma Programı Uygulamaları: İngiltere Örneği”, International Journal of Science Culture and Sport, C. 3, S. 1, 2015, s. 641-653.

Reyhani Yüksel, Sera, Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

Scherrer, Urs. Sportrecht (Ein Begriffserläuterung), Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2001.

Seçer, Tuğçem, “Velayete İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk: Çocuğun Üstün Yararı İlkesi Çerçevesinde Değerlendirmeler”, Çocuk Hukuku Armağanı, Ed. Yıldız Abik/Seher Bağaç İçen, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 553-590.

Subaşı, Zeynep Nur, “Çocuk Hakları Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Bağlamında Çocuğun Üstün Yararı”, Çocuk Hukuku Armağanı, Ed. Yıldız Abik/ Seher Bağaç İçen, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 3-40.

Sunay, Hakan/**Kaya**, Bayram, “Türkiye İtalya Fransa ve İspanya Spor Sistemlerinin Spor Kulübü Yapılanması Düzeyinde Karşılaştırılması”, Spormetre, C. 17, S. 2, 2019, s. 75-91.

Şahin, Mehmet Yaşar, Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Tınç, Mehmet Rıfat, “Fransa’da Çocuk Hakları”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 81, S. 2, 2023, s. 589-620.

Topuz, Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

Turhal, Seda Nur/**Şahin**, Mustafa Yaşar/**Parasız**, Özgün, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Sporda Çocuk Koruma Uygulamaları”, Akdeniz Spor Bilimleri Dergisi, C. 6, S. 1, 2023, s. 1147-1164.

Usta, Sevgi, Velayet Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Yılmaz, Canan, Velayet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senedinin Delil Değerinin Delil Başlangıcı Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of the Evidentiary Value of a Expired Bill of Exchange in Terms of the Elements of the Commencement of Proof

  Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk DEMİR*

 10.60002/ebyuhfd.1537892

ÖZ

Delil başlangıcı, Türk hukukunda kabul edilen senetle ispat zorunluğunun önemli bir istisnasıdır. Delil başlangıcının varlığı halinde senetle ispat zorunluluğu ortadan kalkmakta ve diğer delillere başvurulabilmektedir. Delil başlangıcı bir belge niteliğinde olup davada iddia edilen husus kime karşı ileri sürülmüşse ondan veya onun temsilcisinden sadır olmuş olmalıdır. Delil başlangıcı, iddia konusu vakıayı muhtemel göstermelidir.

* Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 23.08.2024 | **Kabul/Accepted:** 13.11.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Ömer Faruk Demir, “Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senedinin Delil Değerinin Delil Başlangıcı Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (647-675).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

Kambiyo senetlerinin düzenlenmesiyle alt ilişkiadaki mevcut borcun yanında, kambiyo ilişkisine dayalı yeni bir borç meydana gelmektedir. Kambiyo senedindeki bu yeni borç ilişkisi, soyutluk ilkesi uyarınca temel ilişkiadaki borcun varlığından doğrudan etkilenmemektedir. Zamanaşımına uğramış kambiyo senedi için kambiyo borçlusu ifaya zorlanamaz. Soyutluk ilkesi ve kambiyo senedinin temel ilişki hakkında tam bilgi içermemesi sebebiyle kambiyo senetlerinin temel ilişkinin ispatında bir senet olarak kullanılması mümkün değildir.

Zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin temel ilişkinin ispatında delil başlangıcı olarak kullanılabilmesi, yargı kararları ve doktrinde kabul edilmektedir. Fakat zamanaşımına uğramış kambiyo senetlerinin delil başlangıcı olarak kullanılabilmesi bakımından, delil başlangıcının tüm unsurlarının bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır. Kambiyo senedinde imzası bulunan kişiler, her zaman kambiyo alacaklılarıyla bir temel ilişki içinde bulunmadığından, kambiyo senedinin delil değeri ve senedin delil başlangıcı niteliğinde olup olmadığı her bir hukuki ilişki için ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Çalışmamızda delil başlangıcının unsurları olan maddi unsur (belge olma), karşı taraftan sadır olma ve muhtemel gösterme unsurlarını haiz olan zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin delil değeri, delil başlangıcı olarak kullanılabilmesi ve temel ilişkinin ispatı için tanık deliline başvurulabilmesi inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kambiyo Senedi, Zamanaşımı, Delil Başlangıcı, Delil Başlangıcının Unsurları, Belge.

ABSTRACT

The commencement of proof is an important exception to the obligation to prove by deed accepted in Turkish law. If there is a commencement of proof, the obligation to prove it with a deed is eliminated and other evidence can be used. The commencement of proof is a document and the matter alleged in the case must have come from the person against whom it was alleged or his representative. Commencement of proof must make the alleged fact seem probable.

With the issuance of the promissory note, a new debt based on the foreign exchange relationship occurs in addition to the existing debt in the sub-relationship. This new debt relationship created by the issuance of the bill of exchange is not directly affected by the existence of debt in the sub-relationship in accordance with the principle of intangibility.

The foreign exchange debtor cannot be compelled to perform a bill of exchange that has expired. Due to the abstractness of the reason and the fact that the bill of exchange does not contain any information about the sub-relationship, it is not possible to use the bill of exchange as a bill of exchange to prove the sub-relationship.

It is accepted in judicial decisions and doctrine that a expired bill of exchange may be used as a prima facie commencement of proof of a sub-relationship.

However, in terms of the use of expired bills of exchange as a prima facie evidence, it is important whether all the elements of a prima facie evidence are present. Since the signatories of the bill of exchange are not always in a sub-relationship with the bill of exchange creditors, the evidentiary value of the bill of exchange and whether the bill of exchange qualifies as a commencement of proof should be evaluated separately for each legal relationship.

In our study, the evidentiary value of the expired bill of exchange, which has the elements of being a document, originating from the counterparty and showing probability, the evidentiary value of the expired bill of exchange, its ability to be used as the commencement of proof and the ability to apply witness evidence to prove the sub-relationship are examined.

Keywords: Bill of Exchange, Expired, Commencement of Proof, Commencement of Proof Elements, Document.

GİRİŞ

Hukuk sistemimizde belli bir meblağı geçen hukuki işlemlerin senetle ispat edilmesi esas olup bu kurala senetle ispat kuralı denilmektedir. Belli bir meblağın altındaki hukuki işlemlerde, hukuki fiillerin ispatında ve bir hukuki işlemin tarafları dışında kalan üçüncü kişilerin bu hukuki işlemi ileri sürmelerinde ise senetle ispat kuralı geçerli değildir. Senetle ispat kuralının çok katı uygulanması, hem gerçeğe ulaşmayı zorlaştırabilir hem de senet düzenlenmeyen hallerde ispat hakkının kullanılmasını güçleştirir. Senetle ispat kuralının bu sakıncalarını ortadan kaldırmak veya hafifletmek için bu kurala istisnalar getirilmiştir. Senetle ispat kuralının istisnalarının çoğu, senet düzenlenmesinin veya düzenlenmiş bir senedin ibraz edilmesinin maddi veya manevi olarak imkansız olması hallerine ilişkindir. Bu imkansızlık hallerine ilişkin istisnalar dışında, elinde delil başlangıcı olan taraf da iddiasını senetle ispat etmek külfetinden kurtulur.

Delil başlangıcının varlığı halinde senetle ispat edilme zorunluluğu ortadan kalkmakta ve takdiri deliller ile ispat yapılabilmektedir. Delil başlangıcı; iddia konusu edilen hukuki işlemi tamamen ispat etmemekle birlikte iddia konusu vakıayı muhtemel gösteren, aleyhine ileri sürülen kimse tarafından oluşturulan ve var olması halinde diğer takdiri delillere başvurma imkanı sağlayan bir belgedir¹.

Kambiyo senetlerinde zamanaşımının etkisi hakkında doktrin ve yargı kararlarında farklı değerlendirmeler mevcuttur. Özellikle zamanaşımının

1 Hakan **Pekcamtez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 401; Ali Cem **Budak**/Varol **Karaaslan**, Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 322.

senedin kambiyo senedi vasfına etkisi ve zamanaşımına uğramış senedin alt ilişkisinin ispatı için delil başlangıcı olarak kullanılması farklı fikirlerin ileri sürüldüğü bir konudur.

Bu çalışmada, delil başlangıcının yargılama faaliyetindeki önemi, ispat gücü ve unsurlarına değinildikten sonra TTK hükümleri uyarınca zamanaşımına uğramış kambiyo senetlerinin bu senetlerin düzenlenmesinin temelini oluşturan alt ilişkisinin ispatına yönelik bir delil başlangıcı olarak kullanılabilmesi hususu ve delil değeri delil başlangıcının unsurları göz önünde bulundurularak incelenecektir.

I. DELİL BAŞLANGICININ MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDAKİ ÖNEMİ VE İSPAT GÜCÜ

A. Delil Başlangıcının Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi

HMK m. 200 ve devamında senetle ispat zorunluluğuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Kanuni delil sisteminin kabul edildiği Türk hukukunda HMK m. 200'deki bu hüküm miktar veya değeri belirli bir parasal sınırın² üzerindeki hukuki işlemler bakımından senetle ispat edilme zorunluluğu getirilmiştir. Delil sistemine ilişkin bu katı senetle ispat kuralı, maddi ve manevi imkansızlıklar veya delil başlangıcı gibi istisnai durumlar ile yumuşatılmıştır³.

Senetle ispat kuralının önemli istisnası olan delil başlangıcına ilişkin hükme HMK m. 202'de yer verilmiştir. Bu hükme göre delil başlangıcı, iddia edilen hukuki işlemi tamamen ispat etmemekle birlikte muhtemel gösteren kendisine karşı kullanılacak olan kişi⁴ veya temsilcisi tarafından verilen belgedir⁵. Delil başlangıcı, senetle ispat zorunluluğunun bulunduğu durumlarda diğer takdiri delillere (genel olarak tanığa) başvurma imkanı sağlaması bakımından yargılamada rol alabilmektedir⁶.

2 2024 yılı için 23.450 TL'dir.

3 Süha **Tanrıver**, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 852.

4 Belgeye dayanan taraf belgeyi düzenleyen kişiyse, bu belge delil başlangıcı olarak kabul edilemez. Ejder **Yılmaz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 4, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 3731; **Budak/Karaaslan**, s. 322.

5 **Budak/Karaaslan**, s. 322.

6 Necip **Bilge/Ergun Önen**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1978, s. 566; **Budak/Karaaslan**, s. 322. Belirtmek gerekir ki senetle ispat zorunluluğunun olmadığı ve takdiri delillerle de ispatın gerçekleştirilebildiği uyuşmazlıklarda da delil başlangıcı yargılamada rol alabilmektedir. Fakat senetle ispat kuralının önemli bir istisnası olan delil başlangıcı genel itibarıyla senetle ispat kuralının olduğu durumlarda bu katı kuralın aşılması için başvuru bir imkan olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk hukukunda olduğu gibi Fransız hukukunda⁷ da kanuni delil sistemi kabul edilmiştir⁸. Delil başlangıcının varlığı halinde senetle ispat zorunluluğu ortadan kalkmakta ve tanık deliline başvurulabilmektedir. Böylece ispat yükü altında olan kişi, delil başlangıcının varlığı halinde senetle ispat kuralı kalktığından, takdiri delillere (tanık deliline) başvurabilir⁹. Dolayısıyla senetle ispat kuralının getirmiş olduğu zorluk da aşılmış olur¹⁰.

Delil başlangıcı bir belge olup davada iddia edilen vakıa (hukuki işlem) kime karşı ileri sürülmüşse ondan veya onun temsilcisinden sadır olmuş olmalıdır¹¹. Yine delil başlangıcı hukuki işlemi muhtemel gösterecek nitelikte olmalıdır¹². Delil başlangıcı kavramı ne kadar geniş yorumlanır ise hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebilmesine de o ölçüde imkan tanınmış olur¹³.

Fransız hukukundaki düzenlemelerde olduğu gibi Türk hukukunda da delil başlangıcının kapsamı zamanla genişlemiştir. Fransız Hukukunda *comparution personnelle* kurumunun kabul edilmesiyle delil başlangıcına eş durumların ortaya çıkabilmesi ve benzer şekilde Türk hukukunda HMK’de yazılı olmayan belgelerin de delil başlangıcı olması bu genişlemeye örnektir. Türk ve Fransız hukukunda senetle ispat kuralındaki sertlik, delil başlangıcı üzerinden aşılmaya çalışılmakta ve hukuk uygulayıcıları da delil başlangıcını geniş yorumlama eğilimindedir¹⁴.

Delil başlangıcı bazı açılardan senetten farklılık gösterir. Senet, bir hukuki işlemi¹⁵ tam (doğrudan doğruya) ispatlayabilme niteliğine haizdir¹⁶. Delil başlangıcı ise hukuki işlemi (tek başına) tam ispatlayabilme

7 Delil başlangıcı kurumu bakımından yargılama hukuku bağlamında Fransız hukuku önem arz ettiğinden çalışmamızda Fransız hukukundaki ilgili düzenlemeler ile kıyas yapılarak açıklamalarda bulunulmuştur.

8 Güray **Erdönmez**, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı”, İstanbul Barosu Dergisi, 83 (5), 2013, s. 15.

9 Murat **Yavaş**, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 262.

10 **Bilge/Önen**, s. 567; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 401.

11 **Yılmaz**, s. 3731.

12 **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 401.

13 **Yavaş**, s. 262; İlhan **Postacıoğlu**, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, 2. Bası, Baha Matbaası, İstanbul 1964, s. 253.

14 **Yavaş**, s. 263.

15 Hukuki işlem, hukuk düzeninde işlemi yapanın iradesine uygun hukuki sonuç doğuran irade beyanı olarak tanımlanabilir. **Budak/Karaaslan**, s. 317.

16 Saim **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, s. 676-677.

niteliğine sahip değildir¹⁷. Senet, uyuşmazlık öncesinde hukuki işlemi tespit etme imkanı verdiği için senet güvenilirliği yüksek bir delildir¹⁸. Delil başlangıcı genel itibariyle başka amaç için oluşturulur ve ispatlanmak istenen vakıanın komşu vakıalarını göstermesi de mümkündür¹⁹. Yine senedin varlığında hâkimin takdir yetkisi bulunmazken; delil başlangıcının varlığı hâkimin takdir yetkisini doğurmakta ve hâkim delili serbestçe değerlendirebileceği gibi diğer takdiri delillere de başvurabilmektedir²⁰.

Delil başlangıcı, ancak senetle ispat kuralının varlığında bir anlam ifade edebileceğinden delil başlangıcı da senet delilinde olduğu gibi ancak hukuki işlemlerde söz konusu olabilir²¹. Delil başlangıcı, sadece belirli bazı belgelerin kullanılabilmesi hallerde uygulama alanı bulamaz. Örneğin, sınırlı delil sisteminin cari olduğu icra mahkemelerindeki yargılamalarda sadece kanunda sayılan belirli belgelerle ispatın geçerli olduğu durumlarda delil başlangıcı hükümleri uygulanmaz. İİK m. 68 hükmü uyarınca, itirazın kesin kaldırılmasını sağlayan bu belgeler ibraz edilmeden delil başlangıcı yoluyla itirazın kesin kaldırılması talep edilemez²².

HMK m. 199, uyuşmazlık konusu olan vakıaları ispat etmeye elverişli olan yazılı veya basılı metinler ile ses kaydı, görüntü, senet, çizim, fotoğraf, elektronik veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarını belge olarak tanımlamaktadır. Belge, uyuşmazlıkla ilgili bir bilgi taşıyıcısı olmalı ve bu bilgi uyuşmazlığı çözmeye tek başına yeterli olabileceği gibi başka belge veya delillerle desteklenmeye de ihtiyaç duyabilir. Hükümde geçen '*ispata elverişli olma*' ifadesi kanaatimizce, iddia edilen vakıa ile ilgisi olmak şeklinde anlaşılmalıdır. İddia edilen vakıayı en küçük ihtimal dâhilinde gösteren belge dahi ispata elverişli nitelikte sayılmalıdır²³.

Türk ve Fransız hukuklarında belli bir değeri aşan hukuki işlemler ancak senetle ispat olunur (HMK m. 200; FrMK m. 1359). Senetle ispat zorunluluğunun söz konusu olduğu hallerde iddia edilen vakıalar HMK'da

17 Üstündağ, s. 676-677; Postacıoğlu, s. 257.

18 Oğuz Atalay, Delil Kavramı Üzerine, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt 1, Ankara 2009, s. 135.

19 Üstündağ, s. 568.

20 Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 401; Budak/Karaaslan, s. 324.

21 Haluk Konuralp, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 34; M. Kamil Yıldırım/Ozan Tok, "İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Delil Değeri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (1), 2016, s. 241.

22 Yıldırım/Tok, s. 241 vd.

23 Aynı yönde bkz. Ozan Tok, Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 23.

düzenlenen diğer kesin delillerle de ispat edilebilir. Kesin delille ispat kuralı, kanunda senetle ispat kuralı olarak ifade edilmiştir. Kesin delilin hüküm ve sonuçları kanun koyucu tarafından düzenlenmiş ve hâkime bu konuda takdir yetkisi tanınmamıştır. Hâkim kesin delilin içeriği ile bağlıdır²⁴.

Delil başlangıcı, Fransız hukukunda yazılı olma şartına bağlıdır²⁵. Türk hukukunda ise HUMK m. 292’de *tahriri bir mukaddime beyyine*²⁶ olarak düzenlenen kurum, HMK m. 202’de delil başlangıcı olarak düzenlenmiştir. Böylece HMK, delil başlangıcının yazılı olması şartını aramamıştır.

B. Delil Başlangıcının Medeni Yargılama Hukukundaki İspat Gücü

Delil başlangıcı bir kesin delil olmayıp aksine kesin delille ispat zorunluluğunu ortadan kaldıran bir takdiri delildir²⁷. Ayrıca delil başlangıcı senetle ispat kuralına tabi bir konuda takdiri delille (tanıkla) ispat etme imkanını sağlamaktadır²⁸. Delil başlangıcı ve devamında başvurulacak takdiri delillerle yapılan ispat faaliyetinden sonra diğer taraf bu ispat faaliyetini çürütmek için karşı ispat faaliyetinde (HMK’de geçerli olan) her türlü delile başvurabilir.

Delil başlangıcı bulunması halinde iddia konusu hukuki işlem hakkında tanık dinlenebilecektir²⁹. Kanun lafzı sadece tanık dinlenebilir şeklinde olsa da (HMK’de geçerli olan) her türlü takdiri delile başvurulabilir³⁰.

Delil başlangıcının mevcudiyeti halinde, bu delilden başka bir delile dayanmadan diğer bir anlatımla sadece delil başlangıcına dayanarak karar verilip verilmeyeceği hususu açık değildir. Doktrinde bu konuda farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre tamamlayıcı delile başvurmak zorunludur³¹.

24 M. Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990, s. 207.

25 Fransız hukukunda daha önce Frmk m. 1347’de düzenlenen delil başlangıcı, 10 Şubat 2016 tarihindeki değişikliklerle 1362. maddede düzenlenmiştir.

26 HUMK m. 292/2’de anılan ‘evrak ve vesaik’ teriminin yazılı belgeyi ifade ettiği doktrin tarafından kabul edilmekteydi. Tok, s. 20; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 2 (Usul, Cilt 2), 6. Bası, İstanbul 2001 s. 2290.

27 Üstündağ, s. 677.

28 Tanrıver, s. 855.

29 Jean-Pierre Sortais, Constitution Des Sociétés, Répertoire De Procédure Civile, Éditions Dalloz 2004, n. 142; Tanrıver, s. 854.

30 Yavaş, s. 306.

31 Bilge/Önen, s. 566.

Ancak diğer bir görüşe göre ise delil başlangıcı tek başına hükme esas alınabilir³².

Delil başlangıcı, iddia edilen vakıanın bizzat kendisini değil ancak komşu vakıaları ispat ederse iddia edilen vakıanın ispat edilmiş sayılması için delil başlangıcına ek olarak tanık veya diğer bir tamamlayıcı delile ihtiyaç vardır³³. Ancak delil başlangıcı iddia konusu vakıayı yeterince ispatlıyorsa artık tamamlayıcı delile başvurmak şart değildir³⁴.

Delil başlangıcı, mevcut olması halinde senetle ispat kuralını ortadan kaldıran delildir. Delil başlangıcı, senetle ispat zorunluluğuna tam bir istisna teşkil etmeyip tartışmalı olmakla beraber, vakıayı tek başına ispat edebildiğinden, senetle ispat zorunluluğunu yumuşatan bir kurumdur³⁵. Fransız Hukukunda ise delil başlangıcının tek başına iddia edilen vakıayı ispata yetmeyeceği, bunun tamamlayıcı bir delille desteklenmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁶. Kanaatimizce de delil başlangıcı tek başına vakıayı ispat edebilme niteliğine sahip olmadığından ancak tamamlayıcı nitelikte bir komşu (taksiri) delil desteğiyle vakıa ispat edilebilir. Zira yukarıda değindiğimiz üzere delil başlangıcının asıl işlevi senetle ispat kuralını yumuşatması ve taksiri delillere başvurma imkanını sağlamasıdır³⁷.

II. DELİL BAŞLANGICININ UNSURLARI

Delil başlangıcı, içeriğinin hâkimi bağlamaması ve vakıanın ispat edilmesi için tamamlayıcı bir delile duyulan ihtiyaç sebebi ile senetten ayrılır³⁸. Delil başlangıcının maddi unsur, kaynaklanma (sadır olma) unsuru ve gerçeğe yakınlık (muhtemel gösterme) unsuru olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır (HMK m. 202/2). Kanun koyusu tarafından HMK m.

32 Tok, s. 114.

33 Tanrıver, s. 854; Yavaş, s. 306.

34 Yavaş, s. 306.

35 Postacioğlu, s. 132.

36 Frédérique Ferrand, Preuve, Répertoire De Procédure Civile, Éditions Dalloz, 2013, N. 296.

37 Bu hususta belirtmek gerekir ki, yaklaşık ispatın yeterli görüldüğü yargılama ve işlerde kanaatimizce delil başlangıcı tek başına (yaklaşık ispat bakımından) yeterli görülmelidir.

38 Jean Louis Mouralis, Preuve (Regles De Preuve), Dalloz 2011, N. 327; Tanrıver, s. 854-855.

202/2’de delil başlangıcının unsurları (şartları) açıkça belirlendiğinden³⁹, içtihat yoluyla delil başlangıcı için ayrıca bir unsur oluşturulamaz⁴⁰.

A. Maddi Unsur

HMK m. 199, uyuşmazlık konusu olan vakıaları ispat etmeye elverişli olan yazılı veya basılı metinler ile ses kaydı, görüntü, senet, çizim, fotoğraf, elektronik veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarını belge olarak tanımlamaktadır⁴¹. HMK m. 202’de delil başlangıcı için yazılılık şartı aranmamaktadır. Doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre, delil başlangıcı ancak yazılı bir belge olabilir⁴². Bu görüşe göre, senet dışındaki takdiri deliller senetle ispat kuralının istisnaları olmadığından, bunların başlangıcı niteliğindeki belgeler de delil başlangıcı teşkil edemez. Oysa HMK m. 199’da anılan belgelerin delil başlangıcı olmasına engel bir durum söz konusu değildir. FrMK m. 1363’e göre delil başlangıcı ancak yazılı bir belge olabilir. Fransız hukukunda genel kabul gören görüş, delil başlangıcının yazılı bir belge olmasıdır⁴³.

Delil başlangıcı teşkil eden belgenin niteliği önem taşımaz⁴⁴. Delil başlangıcı olarak kullanılacak yazılı bir belge adi senet veya resmi senet olabileceği gibi⁴⁵; senet niteliğinde olmayan ticari defter ve mektup da olabilir. Delil başlangıcının, somut davaya konu olan hukuki işlem hakkında

39 **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 405.

40 Delil başlangıcının unsurları kanunda gösterilmiş olsa da bu belgenin muhtevası konusunda farkı görüşler ve içtihatlar bulunmaktadır. Farklılık en çok delil başlangıcının maddi unsurlarında kendini göstermektedir. HMK ile beraber, yazılılığın delil başlangıcını bir unsuru olmaktan çıkmasıyla delil başlangıcının uygulama alanı gelişmiş olmakta ve aynı zamanda hangi belgelerin delil başlangıcı olabileceği sorunları da artmış olmaktadır.

41 Belge kavramının kapsamı, HMK ile birlikte genişletilmiştir. elektronik belgeler ve benzeri nitelikteki bilgi taşıyıcıları denilerek belge kavramının kapsamı geniş tutulmuştur. Yargıtay’ın kararları da bu yöndedir. Yarg. 21. HD., E. 2013/17593, K. 2014/13206, 09.06.2014, www.kazanci.com.tr (E.T. 22.03.2024).

42 Baki **Kuru**, Yazılı Delil Başlangıcı, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 1385.

43 **Yavaş**, s. 265.

44 **Yavaş**, s. 270.

45 Yargıtay HGK, “*Karşı tarafın el yazısı ile yazıp da imzalamadığı yahut parafını taşıyan bir belge, yazılı delil başlangıcı teşkil edebileceği gibi, yerine göre bütün şekil unsurlarını kapsayan bir yazılı sözleşme de, yazılı delil başlangıcı sayılabilir. bu son halde kuşkusuz tarafların imzasını taşıyan sözleşme, konusu oluşturan muamele bakımından tam bir delil, fakat ayrıca diğer bir muamele vukuuna delalet eder mahiyette ise, bu son muamele için yazılı delil başlangıcı niteliğinde görülebilir*”. Osman **Kiper**, Hukuk Davalarında Kanıtlar, Adil Yayınevi, Ankara 1995, s. 124.

olmasına gerek yoktur⁴⁶. Herhangi bir yazı, diğer unsurlar da bulunmak şartıyla, delil başlangıcı olabilir. Sayfa kenarına yazılan notlar, belli bir düzeni bulunmayan yazılar da delil başlangıcı olabilir⁴⁷. El ile yazılmış bir yazı, kime ait olduğu belirlenebildiği ölçüde delil başlangıcı teşkil eder. Keza makine ile yazılan veya üçüncü kişilerin yazıları da üzerinde tarafın imzası veya parafı bulunmak şartıyla delil başlangıcı olabilir⁴⁸.

Manyetik bant üzerinde gerçekleşen ses kayıtları⁴⁹ tek başına bir yazılı belge değilken; kayıtlı sesin kime ait olduğu teknik araçlar ve bilirkişi sayesinde ortaya çıkarılırsa, delil başlangıcı teşkil edebilir⁵⁰. Video kaydı bir hukuki işlemi gösterdiğinde her ne kadar kaydı yapan hasım değilse de işlemi yapan hasım olduğundan ve video kaydının da güvenilirliği incelenebileceğinden bu tür belgelerin de delil başlangıcı olarak kabulü gerekir⁵¹. Elektronik posta, sms, ve sosyal ağlar aracılığıyla gönderilen veriler de delil başlangıcı olabilmektedir⁵². Bu delillerin hasım tarafından meydana getirildiği kesin bir şekilde tespit edilmişse, delil başlangıcı niteliğine haiz olurlar. Üçüncü kişi tarafından meydana getirilen elektronik yazılar delil başlangıcı olamaz⁵³.

46 **Yavaş**, s. 272.

47 **Yavaş**, s. 271.

48 **Tanrıver**, s. 855.

49 HUMK döneminde Türk hukukunda yazılı olmayan belgelerin delil başlangıcı olamayacağı kabul edilmekteydi. Ses kayıtları da o dönemde delil başlangıcı olarak kabul edilmemiş ancak takdirli delil olarak kullanılmıştır. Bu sebeple HUMK döneminde ses kayıtlarının tanık delili ile birlikte değerlendirilmesi senetle ispat kuralını aşmak için yeterli olmamıştır. **Yavaş**, s. 269. “*Band tek başına delil teşkil etmez. ancak, uzman bilirkişi aracılığıyla dinlenilmesi, kapsamının yazılması ve sesin Mustafa’ya aidiyeti hakkında rapor düzenlenmesi halinde, diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi iktiza edeceği...*”, Yarg. 14. HD, E. 1987/5376, K. 1987/7668, 27.10.1987, www.kazanci.com.tr, (E.T. 15.03.2024).

50 Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 22. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 412. Örnek olarak telefon ile verilmiş siparişlerdeki sesin ve tarihinin tespiti mümkündür. **Yavaş**, s. 268.

51 “Mahkemece yapılacak iş, dosyaya delil olarak sunulan kamera görüntülerini de delil başlangıcı kabul ederek...”, Yarg. 21. HD., E. 2014/17586, K. 2014/13203, 09.06.2014, www.kazanci.com.tr, (E.T. 15.03.2024).

52 **Tanrıver**, s. 855.

53 Üçüncü kişilerce oluşturulan belgelerin delil başlangıcı olması hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu hususa ilişkin detaylı açıklamalar için bkz: Varol **Karaaslan**, “Banka Dekontu ve Havale Mektubunun Delil Değeri”, MİHDER, C. 12, S. 35, 2016/3, s. 618 vd. Özellikle bir borcun ödenmesine ilişkin banka aracılığıyla para gönderimi neticesinde bankadan temin edilen banka dekontunun paranın gönderildiği kişi alacihine delil başlangıcı olarak kullanıp kullanılmayacağı hususu önem arz etmektedir. Burada banka, dekontu düzenleyen ve taraflar arasındaki uyumsuzluk

Delil başlangıcı, senet niteliğini tam olarak taşımayan belgedir⁵⁴. Tarafların hukuki bir işlemi ispat için düzenlemek istedikleri fakat kanunun öngördüğü bazı şekli unsurların eksik olması nedeni ile senet olma niteliği kazanmamış belgeler de ispat faaliyetinde kullanılabilirler⁵⁵. Kambiyo senetleri, çoğunlukla, alt ilişkiyi göstermediğinden, iddia edilen vakıayı muhtemel gösterme unsuru gerçekleşmeyecektir. Özellikle senet tanzim eden kişinin lehtara birden fazla borcu olduğu durumlarda gerçeğe yakınlık unsuru da zayıflayacaktır.

Fotokopilerin delil başlangıcı olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe⁵⁶ göre fotomontaj tehlikesi nedeniyle fotokopiler delil başlangıcı olamazken diğer bir görüşe⁵⁷ göre ise delil başlangıcı olması mümkündür. Yargıtayın da fotokopideki imzanın araştırılması gerekliliği konusunda birbiri ile çelişen kararları mevcuttur⁵⁸. Fransız hukukunda, noter

bakımından üçüncü kişi konumundadır. Doktrinde bu hususa ilişkin çoğunluk görüşü uyarınca şayet bu banka dekontu aleyhine kullanılacak kişi tarafından açıkça kabul edilmiş veya benimsenmişse delil başlangıcı olarak kullanılabilir. **Konuralp**, s. 116-117; **Postacıoğlu**, s. 277; **Yavaş**, s. 278. Buna karşın, bankalarca oluşturulan banka dekontları, aleyhine kullanılacak kişi tarafından verilmiş veya gönderilmiş olmadığından, HMK m. 202/2'deki açık düzenleme uyarınca delil başlangıcı niteliğinde olamayacağı sadece aleyhine kullanılacak kişi veya temsilcileri tarafından verilen veya gönderilen belgelerin delil başlangıcı olabileceği doktrinde ifade edilmiştir. **Karaaslan**, s. 622-623. Son olarak belirtmek gerekir ki, bir belgenin delil başlangıcı niteliğine haiz olması için bu belgenin oluşturulmuş olması yeterlidir. Bir başkasına gönderilmiş veya verilmiş olması şart değildir. Salih **Keser**, Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 95.

54 Ergun **Önen**, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979, s. 249.

55 **Yavaş**, s. 270.

56 **Postacıoğlu**, s. 270; **Bilge/Önen**, s. 567.

57 **Konuralp**, s. 56; **Tanriver**, s. 855; Recep **Akcan**, “Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Değeri”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (1-2), 2001, s. 165.

58 Yargıtay çoğunluk itibarıyla fotokopi üzerinde imza ve yazı incelemesinin yapılamayacağına hükmetmekle birlikte aksi yönde kararları da mevcuttur. Yargıtay kararları için bkz: “... dava konusu çek aslının olmadığı, yerleşik Yargıtay kararlarına göre fotokopi üzerinden imza incelemesi yapılamayacağı...” Yarg. 11. HD., E. 2021/5006, K. 2022/8951, 13.12.2022, www.lexpera.com.tr (E.T. 23.10.2024). Benzer yönde; “Fotokopi belge üzerinde imza ve yazı incelemesi yapılamayacağı...” Yarg. 11. HD., E. 2023/2080, K. 2024/4782, 06.06.2024, www.lexpera.com.tr (E.T. 23.10.2024); “Fotokopi belge üzerinde imzanın davacıya ait olup olmadığı hususunda bilirkişi incelemesi yaptırılması mümkün olmayıp belge aslı da ibraz edilemediğinden sözkonusu belgeye itibar edilerek davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış...” Yarg. 15. HD., E. 2014/4830, K. 2014/5710, 13.10.2014, www.kazanci.com.tr (E.T.

veya resmi makamlar dışında oluşturulan fotokopiler senet olmayıp ancak bir delil başlangıcı teşkil edebilirler⁵⁹.

Kanaatimizce delil başlangıcının maddi unsuru tanıkla ispat edilemez. Zira hem delil başlangıcının varlığı konusunda tanık dinlenmesi ve buna dayanılarak delil başlangıcının varlığının kabul edilmesi hem de delil başlangıcının varlığı kabul edildikten sonra tanık dinlenebileceğinden delil başlangıcının tamamlayıcı ispatının tanık dinlenerek gerçekleştirilmesi senetle ispat kuralını bertaraf eder. Senetle ispat kuralının nedeni esasen tanık deliline olan güvensizliktir. Delil başlangıcının varlığında tanık dinlenilmesi de aslında tanık deliline ek olarak başka bir belgenin (delil başlangıcının) de varlığı aranarak tanık deliline olan güvensizlik de bir ölçüde aşılmaktadır⁶⁰. Hatta delil başlangıcının da tek başına hukuki işlemi ispat edebileceği görüşü kabul edilirse, tek bir takdiri delille (örneğin tanıkla) bile senetle ispat edilmesi gereken hukuki işlemin ispatına yeterli olacaktır⁶¹.

B. Sadır Olma (Kaynaklanma) Unsuru

Kaynaklanma unsuru, hasmın belgenin kendisinden sadır olduğunu ikrar etmesi veya inkârı halinde yapılan incelemeler sonucunda belgenin

15.03.2024). Aksi yönde; “Somut olayda, taraflar arasındaki, protokol başlıklı belgenin adli tıp kurumu tarafından yapılan incelenmesinde belgedeki imzaların davalının eli ürünü olduğu, incelemeye konu belgenin fotokopi belge olduğu bildirmiştir. Mahkemece yapılacak iş; davaya konu davalının imzasını taşıyan protokol başlıklı belgenin yukarıda açıklanan bilgiler ışığında yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir belge kabul edilip, HMK'nin 202. maddesi uyarınca, tanık dahil her türlü delil ispatına imkan verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”, Yarg. 3. HD., E. 2014/7722, K. 2014/9296, 13.10.2014, www.kazanci.com.tr (E.T. 15.03.2024).

59 Michel **Redon**, Copies Et Reproductions De Pièces, Répertoire De Procédure Civile, Éditions Dalloz, 2012, n. 61.

60 Örneğin, A, B'ye 10.000 tl ödünç verdiğini ve B'nin bu parayı vadesi gelmesine rağmen geri ödemediğini iddia ederek dava açarsa, A kural olarak bu iddiasını senetle ispat etmelidir. Ancak delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilir. Davada A, varlığını iddia ettiği ancak mahkemeye ibraz etmediği bir delil başlangıcının mevcut olduğunu tanıkla ispat edemez. Aksi halde A, bir tanık ifadesine dayanarak delil başlangıcının mevcut olduğu sonucunu elde etmekte hem de varlığı kabul edilen delil başlangıcına ek olarak ikinci bir tanık da dinleterek, böylece iki hususta tanık dinleterek, senetle ispat etmesi gereken hukuki işlemi sadece tanıkla ispat etmiş olmaktadır.

61 **Yavaş**, s. 270.

onun tarafından oluşturulduğunun ortaya çıkmasıdır⁶². HMK m. 202, kaynaklanma unsurunu, “kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş” şeklinde ifade etse de, delil başlangıcının kaynaklanma unsuru anılan kişi tarafından oluşturulması yeterli olup ayrıca verilmesi veya gönderilmesi şart değildir⁶³.

Bir kimsenin kendisinden sadır olan belgeyi kendi lehine ve başkası aleyhine delil olarak kullanması mümkün değildir⁶⁴. Bazı şartlar altında ticari defterlerin sahibi aleyhine olduğu gibi lehine de kullanılabilmesi bu prensibin istisnasıdır. Bir kimsenin kendisinin oluşturduğu bir belgenin aleyhine delil olarak kullanılabilmesi mümkündür. Kişinin kendisinin oluşturduğu yazılı belge bir senet niteliğinde ise onun aleyhine kesin delil oluşturur. Ancak senet niteliği kazanmayan bir yazılı belge diğer şartları da sağlamak şartıyla sahibi aleyhine delil başlangıcı olarak kullanılabilir. Bir belgenin, sahibi aleyhine delil olarak kullanılabilmesi için bu belge ile sahibi arasında mantıki ve nesnel bir ilişki bulunmalıdır. Böyle bir ilişki yoksa belge, sahibi aleyhine delil olarak kullanılamaz⁶⁵.

Yazılı belgedeki yazı unsuru, belgenin hasım tarafından oluşturulduğunu objektif olarak gösterecek nitelikte olmalıdır⁶⁶. Belgeyi yazan kişi belgeyi imzalamasa bile belge onun eli ile yazılmışsa delil başlangıcı teşkil eder⁶⁷. Çünkü el yazısının kime ait olduğu bilirkişi vasıtasıyla ortaya çıkarılabilir. Ancak bilgisayarda veya daktilo ya da üçüncü kişiyle yazılmış bir belgede belgeyi oluşturan kişinin imzası veya parafı yoksa bu yazılı belge sahibinin aleyhine kullanılamamalıdır⁶⁸. Makine ile yazılmış bir

62 Timuçin **Muşul**, Medeni Usul Hukuku (Temel Bilgiler), 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 252.

63 **Yavaş**, s. 269.

64 **Konuralp**, s. 108. “Mahkeme davacının tuttuğu tasdiksiz el defterini delil başlangıcı saymak suretiyle tanıkları dinlemiş ve ödetme kararı vermiştir. Oysa HUMK.nun 292. maddesinin 2. bendi gereğince bir belgenin yazılı delil başlangıcı sayılabilmesi için bu belgenin aleyhine ibraz edilmiş olan tarafça verilmiş olması gereklidir.”, Yarg. 13. HD., E. 1984/5995, K. 1984/6766, 01.11.1984, www.kazanci.com.tr (E.T. 15.03.2024).

65 **Konuralp**, s. 108; **Yavaş**, s. 272.

66 Yavuz **Alangoya**/M. Kamil **Yıldırım**/Nevhis **Deren-Yıldırım**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 390.

67 **Yavaş**, s. 274, “Alacaklının cep takviminde ödünç borçlusunun el yazısı ile borç ve hesap tutarının açıklandığı fakat imzası bulunmadığı ileri sürülmüştür. bu imzasız yazılar, gerçekten ödünç borçlusuna ait olduğunun ispatlanması kaydıyla, ödünç alacaklısı yararına usulün 292.inci (şimdi 202.) maddesinde yazılı bir delil başlangıcı sayılır.” **Kuru**, Usul Cilt 2, s. 2293.

68 **Postacıoğlu**, s. 263.

belgenin aleyhine ileri sürüldüğü kimse tarafından yazılıp yazılmadığı hususunda tanık da dinlenemez⁶⁹.

Beyaza atılmış imzanın delil başlangıcı teşkil etmeyeceği doktrinde savunulmaktadır⁷⁰. Yazılı belgedeki yazı, imza veya paraf inkâr edildiğinde bunun araştırılması gereklidir⁷¹. Üçüncü bir kişi tarafından meydana getirilen belge delil başlangıcı olarak kullanılamaz. Ancak üçüncü kişiden sadır olan belge, hasım tarafından kabul edilmiş ve bu husus da ispatlanmışsa delil başlangıcı oluşturabileceği kabul edilmektedir⁷². Hasım tarafından kabulün açıkça olması gerektiği ve zımnî kabulün yeterli olmadığı da ifade edilmektedir⁷³. Hasımın temsilcisi tarafından oluşturulan belgeler de delil başlangıcı olabilir. Ancak temsilci tarafından oluşturulan belgenin delil başlangıcı olarak kullanılabilmesi için temsilcinin ilgili hukuki işlem bakımından temsil yetkisine sahip olması gerekir⁷⁴.

Bir belgenin aleyhine ileri sürüldüğü kimseden sadır olup olmadığı konusu bütün araştırmalara rağmen ortaya çıkarılamıyorsa bu belge delil başlangıcı olarak kullanılamamalıdır. Fiili karineler veya hayatın olağan akışı bir belgenin hasım tarafından oluşturulduğunu gösterse bile, kanaatimizce, kaynaklanma unsuru sabit olmadan delil başlangıcı meydana gelmeyecektir. Yine delil başlangıcının kaynaklanma unsuru bakımından tanık dinlenemeyeceği kanaatindeyiz. Aksi halde bir belgeyi tanık ifadele-

69 Söz konusu belgelerin hukuka aykırı bir şekilde elde edilip edilmediği hususu da ayrıca hâkim tarafından inceleme konusu yapılabilecektir. **Budak/Karaaslan**, s. 322.

70 **Yavaş**, s. 275.

71 “O halde, anılan belgedeki yazıların davacının eli mahsulü olup olmadığı, başka bir deyimle delil başlangıcı niteliğinde bulunup bulunmadığı davacının isticvabı suretiyle ve gerektiğinde istihap edilerek bilirkişi aracılığı ile saptanmalı, delil başlangıcı kabul edildiği takdirde bakiye 25.000 lira ödeme savunması karşısında tanık beyanları değerlendirilmelidir. Belgedeki ödemeye ilişkin yazının davacının elinden çıkmadığının anlaşılması halinde yazılı delil başlangıcı sayılamayacağından...”, Yarg. 15. HD., E. 1981/565, K. 1981/650, 27.03.1981, www.kazanci.com.tr (E.T. 16.03.2024).

72 **Yavaş**, s. 278.

73 **Yavaş**, s. 278.

74 **Yavaş**, s. 279; “Adı geçen ...'nin davalı şirket adına mal teslim almaya yetkili olduğunun kabul edilmesi karşısında irsaliyelerin yazılı delil başlangıcı niteliğinde olacağı ve buna dayalı iddianın tanık dahil her türlü delille kanıtlanabileceği dikkate alınarak davacının bu yöne dair delilleri eksiksiz olarak toplandıktan sonra hep birlikte değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yarg. 19. HD, E. 2014/12584, K. 2015/3540, 12.03.2015, www.kazanci.com.tr (E.T. 16.03.2024).

rine dayanarak hasım tarafından oluşturulduğu sonucuna varmak ve böylece delil başlangıcının varlığını kabul ederek sadece tanık delili ile senetle ispat kuralı bertaraf edilmiş olur⁷⁵.

Delil başlangıcı teşkil eden belgenin hangi amaçla oluşturulduğu ödem taşımaz⁷⁶. Bir hukuki işlemi tespit etmek için oluşturulan senet, başka bir hukuki işlem için delil başlangıcı olabilir⁷⁷.

C. Muhtemel Gösterme (Gerçeğe Yakınlık) UNSURLARI

Bir belgenin delil başlangıcı olarak kullanılabilmesi için belgenin iddia konusu hukuki işlemi muhtemel göstermesi gerekir (HMK m. 202)⁷⁸. Kanunun delil başlangıcını ispat kuvveti açısından nitelendirmesi, delil başlangıcının hukuki işlemi tamamen ispat edebilecek vasıfta bir belge olmamasıdır. Dolayısıyla kanun, delil başlangıcına ne tam ispat kuvveti vermiştir ne de basit ihtimali yeterli görmüştür. Delil başlangıcının ispat kuvveti, tam ispat (kesinlik) ile basit ihtimal arasında kabul edilmelidir.

Delil başlangıcının akla uygun olarak tutarlı, olayların tamamını açıklayıcı ve hâkimi ikna edebilecek güce sahip olması gerekir⁷⁹. Belgenin iddia edilen vakıayı muhtemel gösterip göstermediğini hâkim takdir edecektir. Her somut olaya göre hâkim, belgenin iddia konusu vakıayı ne derece gerçek gösterdiğini saptayacaktır. Bunu yaparken de hayatın olağan akışından ve fiili karinelere de yararlanılır⁸⁰.

Muhtemel gösterme, ispat ölçüsü açısından değerlendirilmelidir. Kanun delil başlangıcını bir belge⁸¹ olarak nitelediğinden, delil başlangıcının hukuki işlemi muhtemel gösteren olarak nitelemesinin üzerinde ayrıca durulmalıdır⁸². Kanun, delil başlangıcını hukuki işlemi muhtemel gösteren olarak nitelemeseydi bile delil başlangıcı her şeyden önce HMK m. 199 anlamında bir belge olduğundan hukuki işlemi ispata elverişlidir. O halde ispata elverişlilik ile muhtemel gösterme arasındaki anlam ilişkisi ortaya

75 **Yavaş**, s. 270 vd.

76 **Bilge Umar**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 642.

77 **Postacıoğlu**, s. 612.

78 HUMK m. 292/2'de "...müddeabihin tamamen sübutuna kâfi olmamakla beraber bunun vukuuna delalet eden..." şeklinde ifade edilmiştir.

79 Haluk **Konuralp**, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 41.

80 **Tok**, s. 92.

81 HMK m. 199'da belge, 'uyuşmazlık konusu vakıalara ispata elverişli olma' olarak nitelenmiştir.

82 **Tanrıver**, s. 854-855.

konmalıdır. İspata elverişlilik genel bir kavram olup, en basit ihtimali kapsadığı gibi senet gibi kesin delillerin kesin ispat ölçüsünü de kapsar. O halde kanun koyucunun, ispata elverişli olan bir belgenin delil başlangıcı teşkil edebilmesi için özel bir ispat kuvvetini kabul ettiği görülmektedir. Kanaatimizce, muhtemel gösterme, ispat açısından, basit ihtimalden daha kuvvetli bir olasılıktır. Belge, zaten ispata elverişli olduğu için basit ihtimali kendi içinde barındırır⁸³.

III. KAMBYO SENEDİNİN ZAMANAŞIMINA UĞRAMASININ SONUCU VE DELİL DEĞERİNİN DELİL BAŞLANGICI UNSURLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak Kambyo İlişkisi ve Kambyo Alacağı

Kambyo senedi, temel ilişkiden kaynaklanan hakla bütünleşen⁸⁴ ve o hakkın senede sığdırılmasını sağlayan nitelikli bir senettir⁸⁵. Kambyo senedinin düzenlenmesindeki amaç, keşideci ve lehtar arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan hakka, tedavül açısından kolaylık sağlamaktadır⁸⁶. Kambyo senedinin temsil ettiği hakkın devri için kambyo senedinin de devri zorunludur (TTK m. 645)⁸⁷.

Hukuk sistemimizde bir kişinin başka bir kişiye borçlanmasının temelinde genel olarak maddi veya hukuki sebepler yer almaktadır⁸⁸. Kambyo senedinden kaynaklanan alacaklarda hukuki bir sebep olmakla birlikte, bu

83 Kanun delil başlangıcını, muhtemel gösteren olarak niteleyerek, ispata elverişli olma niteliğini belirginleştirmek istemiş ve delil başlangıcına nitelikli bir ispat kuvveti vermiştir.

84 Hak ile senedin bütünleşmesi, kıymetli evrağı diğer senetlerden ayıran temel bir özelliktir. **Kendigelen/Kırca**, s. 8.

85 Kambyo senetleri, kıymetli evrakın önemli bir grubunu oluşturmaktadır. Ali **Bozer/Celal Göle**, Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2018, s. 26 vd; **Poroy/Tekinalp**, s. 51 vd.

86 İsmet **Sayhan**, Kambyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 117.

87 Hakkın kambyo senedine bürünmesi, devrini kolaylaştırır. **Öztan**, s. 3. Fakat belirtmek gerekir ki kıymetli senet, hakkın kendisi olmayıp, hakkın temsilcisidir. Kıymetli senet olmaksızın hak sahipliğinden bahsedilemez. Şayet kıymetli senet zayi olmuşsa, kıymetli senet olmadan da hak ileri sürülebilir (TTK m. 652/1).

88 Kemal **Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 189. Bununla birlikte hukukumuzda sebebi belirtilmeyen borç tanımları da geçerlidir (TBK m. 18). Sebebi belirtilmeyen borç tanımlarına ilişkin doktrindeki görüşler ve detaylı bilgi için bkz: **Oğuzman/Öz**, s. 215-216; **Hatemi/Gökyayla**, s. 58-60.

hukuki sebep temel borç ilişkisinden ayrıdır⁸⁹. Keşideci ve lehtar arasında kambiyo senedinin düzenlenmesiyle temel ilişkiden kaynaklanan borca ek olarak yeni bağımsız bir (kambiyo) borcu meydana gelir⁹⁰. Her ne kadar ticari ilişkilerde bir bedelin varlığı asıl olsa da bir kambiyo senedinin düzenlenmesi için temel bir borç ilişkisinin varlığı zorunlu olmadığından, herhangi bir borç söz konusu olmadan da kambiyo senedi düzenlenebilir. Taraflar arasındaki temel ilişkiye bakılmaksızın, soyutluk ilkesi uyarınca kambiyo senedi geçerlidir⁹¹.

Kambiyo senedinin temelindeki alt ilişkinin kambiyo senedinde belirtilmesi zorunlu değildir⁹². Soyutluk ilkesi uyarınca kambiyo senetlerinin düzenlenme sebebine kambiyo senetlerinde yer verilmez⁹³. Şayet taraflar arasındaki temel ilişkide kambiyo senedine ilişkin bir kayıt düşülmüşse (atıf yapılmışsa) veya açıkça teminat senedi olduğu yazılmışsa, bu durumda Yargıtay vermiş olduğu kararlarında istikrarlı bir şekilde kambiyo senedinde artık soyutluk ilkesinin uygulanmayacağını belirtmektedir⁹⁴. Dolayısıyla, temel ilişkideki kambiyo senedine ilişkin yazılan bu kayıt soyutluk ilkesini bertaraf etmektedir.

89 Kambiyo senetlerindeki soyutluk ilkesi uyarınca, kambiyo alacağı taraflar arasındaki temel ilişkiden bağımsızdır. Reha **Poroy/Ünal Tekinalp**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 35; Muhammet Can **Karıksız**, “Teminat Amacıyla Düzenlenen Kambiyo Senetleri ve Soyutluk İlkesi”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 2, s. 687.

90 Taraflar arasındaki meydana gelen bu kambiyo ilişkisi, temel ilişkinin yerine geçmez ve asıl borç yenilenmiş sayılmaz, şayet borcun yenilenmesi yönünde tarafların açık iradesi varsa, borç yenilenmiş sayılır (TBK m. 133/2). Taraflar arasındaki temel alt ilişkiden kaynaklanan bir borcun ifası amacıyla kambiyo ilişkisi kurulduğunda, kambiyo ilişkisi ile alt ilişki arasındaki bağ, kambiyo senedinin düzenlenmesindeki amacın ifa yerine mi olduğu yoksa ifa uğruna mı olduğuna göre değişkenlik gösterir. **Oğuzman/Öz**, s. 283 vd; **Hatemi/Gökyayla**, s. 248. Tarafların kambiyo senedi düzenlenmesindeki amacı ifa yerine edim ise alt ilişkiden doğan borç sona erer ve artık borcun konusu kambiyo senedindeki taahhüt olur. Buna karşın, kambiyo senedi düzenlenmesindeki amaç ifa uğruna edim olursa, alt ilişkideki borç sona ermez ve varlığını sürdürür, bu borca ek olarak taraflarca bir ifa imkanı da sağlanmış olur. **Hatemi/Gökyayla**, s. 248.

91 **Kendigelen/Kırca**, s. 130; **Bahtiyar**, s. 16.

92 Hüseyin **Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya**, Kıymetli Evrak Hukuku, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 86 vd.

93 **Sayhan**, s. 100. Kambiyo senetlerinde kambiyo alacağının sebebine ilişkin kayıtların yer alması, o senedin kambiyo senedi olma vasfını kaybetmesine yol açar. **Sayhan**, s. 72.

94 Bu hususa ilişkin Yargıtay kararları için bkz: Yarg. 12. HD., E. 2023/2898, K. 2024/90, 09.01.2024; Yarg. 12. HD., E. 2016/7745, K. 2016/25709, 20.12.2016; Yarg. 12. HD., E. 2016/2053, K. 2016/10965, 13.04.2016, Yarg. 12. HD., E. 2016/20104, K. 2017/11705, 02.10.2017, www.lexpera.com.tr, (E.T. 28.10.2024).

Taraflar arasında kambiyo senedinin düzenlenmiş olması, temel alt ilişkiden kaynaklanan borcun ifasının talep edilemeyeceği anlamına gelmez. Fakat böyle bir talep durumunda senet borçlusu, kambiyo senedinin düzenlenmiş olması sebebiyle temel ilişkiye dayalı borcun kambiyo senediyle ödemesinin yapılacağına taraflarca düzenlendiğini defi olarak ileri sürebilir. Dolayısıyla kambiyo senedi hamilinin senetten doğan alacağın değil de temel ilişkiden kaynaklanan alacağın ifasını talep etmesi durumunda senet borçlusu, temel ilişkiden kaynaklanan borcu ifa etmekten kaçınabilir⁹⁵. Yargıtay da bu hususu destekler nitelikte benzer bir durumda, kambiyo senedinin düzenlenmesi ile temel ilişkide geçerli olan vadenin kambiyo ilişkisindeki vade tarihine göre belirlenmesi gerektiğini, temel ilişkideki borcun ödenmesinin kambiyo senedindeki vadenin dolmasına kadar erteleneceği şeklinde karar vermiştir⁹⁶.

B. Kambiyo Senetlerinin Zamanaşımına Uğramasının Sonuçları ve Temel İlişkiye Dayalı Açılan Dava ve Takiplerdeki Etkisi

Kambiyo alacağının niteliği itibarıyla çok fazla kişi tarafından hukuki ilişkiye konu yapılabilmesi ve kambiyo alacağının çok farklı durumlarda meydana gelebilmesi sebebiyle kanun koyucu tarafından kambiyo senetlerinin tabi olduğu zamanaşımı süreleri, TTK'de özel olarak farklı sürelerde düzenlenmiştir. TTK uyarınca zamanaşımı süreleri, poliçede muhatap için üç yıl, düzenleyen ve cirantanın hamile karşı sorumluluğu için bir yıl ve cirantanın başka bir cirantaya veya düzenleyene karşı sorumluluğu için altı aydır (TTK m. 749)⁹⁷. Çekte ise kambiyo alacağı için üç yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür (TTK m. 814)⁹⁸.

95 **Kendigelen/Kırca**, s. 26; **Bahtiyar**, s. 48.

96 *"Zamanaşımına uğrayan ve bu nedenle kambiyo senedi vasfını kaybederek (yazılı) delil başlangıcına dönüşen bonodaki vade tarihinin; temel ilişkiye dayanılarak yapılan bir takip veya açılan bir davada temerrüde esas alınmayacağı..."*, Yarg. İBHGK, E. 2019/1, K. 2019/8, 25.12.2019, www.yargitay.gov.tr (E.T. 20.02.2024). Kanaatimizce, Yargıtay vermiş olduğu bu kararında bir borcun vadesinin dolması ile ifadan kaçınabilmeyi (def'i) karıştırmıştır. Dolayısıyla kambiyo senedi alacağının ödenmesi mümkünken senet borçlunun temel ilişkiden kaynaklanan borcu ifadan kaçınabilmesinin sebebi, temel ilişkideki borcun vadesinin gelmemesi değil; taraf iradelerinin temel ilişkiden kaynaklanan borcun kambiyo senedi ile ödenmesinin kararlaştırılmasındandır.

97 Poliçe bakımından düzenlenen zamanaşımı süreleri kıyasen bono için de uygulanır (TTK m. 778/1).

98 TTK'de kambiyo senetleri için düzenlenen zamanaşımı sürelerine ilişkin hükümler, senedin geçerli bir kambiyo senedi vasfına haiz olması durumunda geçerli olacaktır. **Aksu**, s. 628.

Zamanaşımı, hakkı sona erdiren veya ortadan kaldıran bir sebep olmayıp o hakkın elde edilmesine engel olan ve borçlunun dava ve takip ile borcu ödemeye zorlanmasını engelleyen bir durumdur⁹⁹. Esasen bir maddi hukuk kurumu olan zamanaşımının maddi hukukun yanında usul hukuku ve takip hukukunda da önemli bir karşılığı vardır. Maddi hukuk bakımından borcun zamanaşımına uğraması o borcun eksik borca dönüşmesi sonucunu doğurur¹⁰⁰. Bir borcun zamanaşımına uğraması sonucu eksik borca dönüşmesi, usul ve takip hukuku bakımından borçluya bir def'i¹⁰¹ imkanı sağlamakta ve bu durum borçluya borcu ödemekten kaçınma hakkı vermektedir¹⁰².

Kambiyo senetlerinden doğan borçlar için zamanaşımı süresi, borcun muaccel olması ile başlar (TBK m. 149). Kambiyo senetlerinde imzaların bağımsızlığı kuralı cari olduğundan, bu kuralın (ilkesnin) bir sonucu olarak zamanaşımını kesen işlem, kambiyo senedin bütün borçlularına karşı sonuç doğurmaz. Kambiyo senedindeki imza sahibi olan her bir kambiyo borçlusu için zamanaşımı süreleri ayrı ayrı işleyeceğinden, söz konusu işlem kimin hakkında yapılmış ise sadece o kişi bakımından zamanaşımı kesilir¹⁰³. Dolayısıyla diğer kambiyo borçlularının borcu zamanaşımına uğramayacağından, onların durumunda herhangi bir değişiklik söz konusu olmaz (TTK m. 751).

Kambiyo senetleri için TTK'de düzenlenen zamanaşımı süreleri, kambiyo senedinden kaynaklanan alacaklar için düzenlenmiştir. Taraflar ara-

99 **Oğuzman/Öz**, s. 600; **Hatemi/Gökyayla**, s. 366.

100 Mehmet **Erdem**, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 352. Zamanaşımına uğrayan bir kambiyo senedi, havale ya da borç taahhüdü olarak da kabul edilemez. Zira temel ilişkiden kaynaklanan bir borcun ifası amacıyla taraflarca kambiyo senedi düzenlenmektedir. **Kendigelen/Kırca**, s. 26. Dolayısıyla zamanaşımına uğrayan kambiyo senedi, kambiyo senedi vasfı dışında, maddi hukukta sonuç doğurabilecek herhangi başka bir irade beyanı olarak kabul edilemez.

101 Takip hukuku bakımından ödeme emrine itiraz olarak ileri sürülmesi niteliğini değiştirmez ve nitelik olarak hem usul hukuku hem de takip hukuku bakımından def'i niteliğindedir.

102 **Hatemi/Gökyayla**, s. 375; **Aksu**, s. 657; Ahmet Batuhan **Oyal**, "Avalistin Hamile Karşı Savunma İmkânları ve Lehine Aval Verilen Kişinin Savunma İmkânlarından Yararlanıp Yararlanamayacağı Sorunu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13 (1), 2023, s. 682. Fakat bir borç zamanaşımına uğramasına rağmen borçlu tarafından ödenirse, yapılan bu ödeme, geçerli ve iadesi talep edilemeyen bir ödeme olur. Dolayısıyla borçlu bu ödemeyi sebepsiz zenginleşme ya da bağışlama hükümlerine konu yapıp iadesini talep edemez. **Aksu**, s. 658.

103 Esra **Civelek Acar**, "Kambiyo Senetlerinde Aval", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18 (2), 2021, s. 1304.

sındaki temel ilişkiden kaynaklanan alacağın tabi olacağı zamanaşımı süresi, TBK hükümleri uyarınca genel hükümlere göre belirlenir¹⁰⁴. Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda belirtildiği üzere, zamanaşımına uğrayan ve bu sebeple kambyo senedi olma vasfını kaybeden kambyo senedindeki (bonodaki) vade tarihi, artık temel ilişkiye dayanılarak açılan dava veya başlatılan takipte temerrüde esas alınamayacağı ve temel ilişki-deki zamanaşımı sürelerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁵.

Yargıtay kararları ve doktrinde zamanaşımına uğramış kambyo senedinin kambyo senedi vasfını kaybedip kaybetmeyeceğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Yargıtay, kambyo senedindeki alacağın zamanaşımına uğraması durumunda, borçlunun zamanaşımı def'inde bulunmasıyla senedin kambyo senedi vasfını yitireceği görüşündedir¹⁰⁶. Doktrindeki bir görüşe göre¹⁰⁷, (kambyo senedinin zamanaşımına uğraması neticesinde) borçlunun zamanaşımı def'inde bulunması durumunda, kambyo senedi (çek) kambyo senedi olma vasfını kaybeder. Diğer bir görüşe göre ise, kambyo senedindeki alacağın zamanaşımına uğraması, kambyo senedinin niteliğini değiştirmez, senet, kambyo senedi vasfını taşımaya devam eder¹⁰⁸.

Kambyo senedinin zamanaşımına uğramasıyla kambyo senedi adi senede dönüşmez¹⁰⁹, sadece ispat hukuku bakımından bir delil başlangıcı olarak kullanılabilir¹¹⁰. Dolayısıyla zamanaşımına uğrayan kambyo senedi hem kambyo senedi olma vasfını kaybeder hem de aynı zamanda artık bir adi senet olarak dahi kullanılamaz. Zamanaşımına uğrayan kambyo senedi, sadece temel ilişki bakımından delil başlangıcı niteliğinde kabul edilmektedir. Zira artık kambyo vasfı yitirildiğinden bütünleşik hak

104 **Poroy/Tekinalp**, s. 271; **Kaya**, s. 411.

105 Yarg. İBHGK, E. 2019/1, K. 2019/8, 25.12.2019, www.yargitay.gov.tr (E.T. 20.02.2024). Söz konusu Yarg. İBHGK'nin değerlendirilmesi hakkında detaylı bilgi ve değerlendirme için bkz: Ezgi Başak **Demirayak Ünal**, "Zamanaşımına Uğrayan Kambyo Senedinin Temel Borç İlişisine Dayalı Dava ve Takiplerdeki Rolü", Başakşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 199-200, 2021, s. 553-473.

106 Yarg. İBHGK, E. 2019/1, K. 2019/8, 25.12.2019, www.yargitay.gov.tr (E.T. 20.02.2024). Ayrıca söz konusu Yargıtay kararında kambyo senedi vasfını yitiren bu senedin delil başlangıcı niteliğinde olduğu da açıkça ifade edilmiştir.

107 **Aksu**, s. 660.

108 **Kaya**, s. 423.

109 **Erdönmez**, s. 1774; **Aksu**, s. 661; Yarg. HGK, E. 2011/19-686, K. 2011/671, 02.11.2011, www.kazanci.com.tr (E.T. 16.03.2024).

110 **Aksu**, s. 660. Yarg. İBHGK, E. 2019/1, K. 2019/8, 25.12.2019, www.yargitay.gov.tr (E.T. 20.02.2024).

olan kambiyo alacağı da son bulmaktadır¹¹¹. Buna mukabil, kambiyo ilişkisin temel ilişkisindeki alacağı için alacaklı dava ya da takip yoluyla alacak talebinde bulunabilir ve zamanaşımına uğrayan kambiyo senedi artık delil başlangıcı niteliğinde olduğundan takdiri deliller (örneğin, tanık) ile ispat faaliyetinde bulunabilir¹¹². Fakat belirtmek gerekir ki, zamanaşımına uğramış bir kambiyo senedinin temel ilişkinin ispatı bakımından kambiyo alacaklısı ile senedin aleyhine kullanıldığı kişi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği her bir ilişki için ayrı ayrı değerlendirilmeli ve senedin delil başlangıcı unsurlarının mevcut olup olmadığı belirlenmelidir.

Kambiyo senedi bakımından hukuki görünüşe güven ilkesi geçerli olduğundan, senedin hamil olarak gözüken bir kişiden bu senedi devralan kişinin iyi niyeti korunur¹¹³. Kambiyo senedinin sahip olduğu güçlü hakların bir neticesi olarak temel ilişkinin taraflarınca birbirlerine karşı ileri sürülebilir şahsi defiler iyi niyetli üçüncü kişi hamillere karşı ileri sürülemez¹¹⁴. Kambiyo senedinin devri bu senedin barındırdığı hakların da devrini sağladığından, kambiyo senedinin devriyle bu senetten kaynaklanan haklar devredilmekte ve bu bakımdan devreden kişinin bir önemi bulunmamaktadır¹¹⁵. Fakat taraflar arasında temel ilişkinin bulunmaması ya da alt hukuki işlemin kesin hükümsüz olması durumunda, kambiyo borçlusu, doğrudan doğruya münasebet içerisinde olduğu kambiyo senedinin hamiline karşı şahsi defileri ileri sürebilir¹¹⁶.

111 **Kendigelen/Kırca**, s. 8.

112 Kambiyo senedinin (çekin) zamanaşımına uğraması sebebiyle, delil başlangıcı niteliğinde olduğu ve temel (alt) ilişkinin ispatı için tanık delili dahil diğer takdiri delillere başvurulabileceğine dair Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 19. HD, E. 2010/11353, K. 2010/13227, 24.11.2010, www.kazanci.com.tr (E.T. 16.08.2024).

113 **Pulaşlı**, s. 276; **Karıksız**, s. 699.

114 **Pulaşlı**, s. 277; **Karıksız**, s. 700-701.

115 Zira kambiyo senedini devreden kişinin sahip olduğu haklar bu devirde iktisap edilmemektedir. **Karıksız**, s. 699. Dolayısıyla kambiyo senedini devreden kişinin yetkili hamil olmaması veya devreden kişinin yetkisizliği, devralan kişiye karşı ileri sürülemez. **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya**, s. 30 vd.

116 **Karıksız**, s. 687. Benzer yönde Yargıtay kararı mevcuttur: “Davacı keşideci ile davalı lehtar arasında ileri sürülebilecek şahsi defilerin yeni hamile karşı ileri sürülebilmesi için... iktisap ederken bile bile borçlu zararına hareket etmiş olduğunun ispatlanması gerekmektedir.” Yarg. 19. HD., E. 2016/3486, K. 2017/802, 06.02.2017, www.yargitay.gov.tr, (E.T. 20.10.2024).

C. Zamanaşımına Uğramış Kambiyo Senetlerinin Delil Değeri ve Delil Başlangıcı Unsurları Bakımından Değerlendirmesi

Yukarıda değindiğimiz delil başlangıcının unsurları, yargılama hukukundaki önemi ve işlevi hususları, zamanaşımına uğramış kambiyo senetlerinin konu yapıldığı ispat faaliyeti bakımından uygulamada önemli yer kaplamaktadır¹¹⁷. Kambiyo senetlerinin niteliği gereği haiz olduğu güçlü haklar ve bir takım özellekliler delil başlangıcı ve senetle ispat kuralı bakımından özellik arz etmektedir. Zira nitelikli senetler olan kambiyo senetleri hem TTK hükümleri uyarınca bazı özel hükümleri barındırmakta hem de yargılama hukuku yönünden senet delili hükümlerine tabi olmaktadır. Bu bakımdan zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin kambiyo alacağına etkisinin ve kambiyo alacağı ile temel ilişkiden kaynaklanan alacak için açılacak dava ve başlatılacak takiplerdeki delil değerinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Kambiyo senedinin zamanaşımına uğramasıyla kambiyo ilişkisinden doğan borç eksik borca dönüşür¹¹⁸. Fakat kambiyo senedi belge olma niteliğini kaybetmez¹¹⁹. Çünkü zamanaşımı süresi de dahil olmak üzere kanunlarda düzenlenmiş olan sürelerin delillerin ispat gücü bakımından bir etkisi yoktur. Dolayısıyla zamanaşımına uğramış kambiyo senetleri, temel hukuki ilişkilerin ispatında delil olarak kullanılabilir¹²⁰.

Kambiyo senedinin ispat ettiği ve bir senet olarak belgelediği (içerisinde barındırdığı) hukuki ilişki, kambiyo ilişkisidir¹²¹. Kambiyo senetleri, taraflar arasındaki kambiyo ilişkisi bakımından hem barındırdığı hakkın varlık unsuru hem de ispat aracıdır. Dolayısıyla kambiyo senetleri, (genel olarak) taraflar arasındaki temel ilişki hakkında bir bilgi içermezler. Bu yönüyle kambiyo senetlerinin temel ilişki bakımından senet delili olma niteliği mümkün değildir¹²². Zira bir hukuki ilişkinin ispatı için kullanıla-

117 Zira kambiyo senetlerinin düzenlenmesiyle, hem maddi hukuk bakımından hem de yargılama (ispat) ve takip hukuku bakımından bazı önemli sonuçlar meydana gelmektedir. **Hatemi/Gökyayla**, s. 375.

118 **Erdem**, s. 352.

119 **Kaya**, s. 423.

120 Ayrıca bu senet, taraflarca kambiyo alacağının zamanaşımına uğradığının ispatı için de kullanılabilir.

121 Yukarıda değinildiği üzere, kambiyo senedine konu yapılan bu ilişki taraflar arasındaki temel ilişkiden bağımsız yeni bir ilişkidir.

122 Temel ilişkide kambiyo senedine ilişkin bir kayıt mevcutsa (atf yapılmış veya açıkça teminat senedi olduğu yazılmışsa), Yargıtay bu hususa ilişkin istikrarlı bir şekilde ver-

cak senetler, belgeledikleri hukuki ilişki hakkında tam bilgiyi ihtiva etmelidir, ispata yönelik tam bir irade beyanını içermeyen belge, adi senet olarak kullanılamaz¹²³. Temel ilişkiden bağımsız (veya ilgisinin zayıf) olması sebebiyle kambiyo senetleri taraflar arasındaki temel ilişki için adi senet olarak kullanılamaz.

Zamanaşımına uğramış bir kambiyo senedi, kambiyo senedi olma vasfını kaybettiğinden artık kambiyo hukukundan kaynaklanan ayrıcalık ve özel imkanlardan faydalanamaz¹²⁴. Bunun yanında temel hukuki ilişkiden soyut olması ve temel alt ilişkideki irade beyanını yansıtmaması nedeniyle adi senet olarak da kabul edilemeyecektir¹²⁵. Bu bakımdan, zamanaşımına uğramış olan kambiyo senedi artık sadece yargılama (ispat) hukuku bakımından HMK m. 202 kapsamında delil başlangıcı olarak kabul edilecektir¹²⁶.

Kambiyo senedinin zamanaşımına uğramasıyla kambiyo senedinin adi senede dönüşmeyeceği¹²⁷, taraflar arasındaki temel ilişkinin ispatı bakımından delil başlangıcı olarak kullanılabilmesi hususunda doktrin ve yargı kararlarında görüş birliği mevcuttur¹²⁸. Zamanaşımına uğramış bir kambiyo senedi hem kambiyo senedi olma vasfını kaybeder hem de artık bir adi senet olarak kullanılamaz. Kambiyo senedinin zamanaşımına uğraması neticesinde kambiyo vasfı yitirildiğinden, kambiyo vasfıyla bütünlük hak niteliğinde olan kambiyo alacağı da son bulmaktadır¹²⁹. Buna mukabil, kambiyo ilişkisinin temel ilişkisindeki alacağı için alacaklı dava açabilir veya takip yoluyla alacak talebinde bulunabilir ve zamanaşımına

miş olduğu kararlarında değindiği üzere kambiyo senetlerindeki soyutluk ilkesi bertaraf olacağından, kambiyo senedi temel ilişkinin ispatı için kullanılabilir. Bu durumda diğer takdiri delillerle birlikte temel ilişkinin ispatı faaliyetine konu yapılabilir. Bu hususa ilişkin Yargıtay kararları için bkz: Yarg. 12. HD., E. 2023/2898, K. 2024/90, 09.01.2024; Yarg. 12. HD., E. 2016/7745, K. 2016/25709, 20.12.2016, www.lexpera.com.tr, (E.T. 28.10.2024).

123 Güray **Erdönmez**, Medeni Usul Hukuku (Pekcanitez Usul), 15. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 1774.

124 **Öztan**, s. 878.

125 **Kendigelen/Kırca**, s. 8; **Öztan**, s. 878; **Erdönmez**, s. 1774.

126 **Öztan**, s. 878; **Kendigelen/Kırca**, s. 8; **Erdönmez**, s. 1774.

127 **Erdönmez**, s. 1774; **Aksu**, s. 661; Yarg. HGK, E. 2011/19-686, K. 2011/671, 02.11.2011, www.kazanci.com.tr (E.T. 16.03.2024).

128 **Aksu**, s. 660. Yarg. İBHGK, E. 2019/1, K. 2019/8, 25.12.2019, www.yargitay.gov.tr (E.T. 20.02.2024).

129 **Kendigelen/Kırca**, s. 8.

uğrayan kambiyo senedi artık delil başlangıcı niteliğinde olduğundan takdiri deliller (örneğin, tanık) ile ispat faaliyetinde bulunabilir¹³⁰. Fakat belirtmek gerekir ki, zamanaşımına uğramış bir kambiyo senedinin taraflar arasındaki temel ilişkinin ispatı bakımından kambiyo alacaklısı ile senedin aleyhine kullanıldığı kişi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği her bir somut hukuki ilişki için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira artık kambiyo senedi olma vasfı kaybedildiğinden, kambiyo senedine ayrıcalık ve özellik tanıyan güçlü haklar da mevcut değildir. Bu bakımdan kambiyo senedinde delil başlangıcı unsurlarının mevcut olup olmadığı somut hukuki ilişkiye göre özel olarak değerlendirilmeli ve belirlenmelidir.

Delil başlangıcının unsurlarından ilki olan maddi unsurun zamanaşımına uğrayan kambiyo senetlerinde mevcut olduğu aşikardır. Delil başlangıcının diğer (sadır olma ve muhtemel gösterme) unsurlarının zamanaşımına uğramış kambiyo senedinde mevcut olup olmadığı her bir somut olaya göre ayrıca değerlendirilmelidir¹³¹. Fakat genel olarak zamanaşımına uğrayan kambiyo senedi delil başlangıcının unsurları bakımından değerlendirildiğinde, delil başlangıcının tüm unsurlarını taşımaktadır. Bu sebeple, kambiyo alacaklısı (hamil), temel alt ilişkinin ispatı bakımından zamanaşımına uğrayan kambiyo senedini delil başlangıcı olarak kullanabilecek ve böylelikle tanık delili ve HMK’de geçerli olan diğer delillere başvurabilecekler¹³². Bu bakımdan zamanaşımına uğramış kambiyo senedinin delil değeri, delil başlangıcı niteliğinde olmasıdır.

130 Kambiyo senedinin (çekin) zamanaşımına uğraması sebebiyle, delil başlangıcı niteliğinde olduğu ve temel (alt) ilişkinin ispatı için tanık delili dahil diğer takdiri delillere başvurulabileceğine dair Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 19. HD., E. 2010/11353, K. 2010/13227, 24.11.2010, www.kazanci.com.tr (E.T. 16.08.2024).

131 Örneğin, avalist ile lehine aval verilen kişi arasındaki ilişki değerlendirildiğinde, aval şerhi işlemi lehine aval verilen kişiden sadır olmadığından delil başlangıcının kaynaklanma (sadır olma) unsuru gerçekleşmemiş olur. Bu durumda, kambiyo senedinin avalisti, zamanaşımına uğramış kambiyo senedini delil başlangıcı olarak kullanamaz. Ayrıca aval veren kişiye karşı temel ilişkiye de dayanılmaz. Aynı şekilde aval verene karşı sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca da zamanaşımına uğramış kambiyo senedinden kaynaklanan alacak talep edilemez. Yarg. 19. HD., E. 2018/2973, K. 2018/6785, 20.12.2018, www.kazanci.com.tr (E.T. 28.10.2024). Ayrıca belirtmek gerekir ki, kambiyo senedinin zamanaşımına uğramasıyla aval verenin kambiyo alacaklısına karşı olan borcu da sona ermektedir. **Pulaşlı**, s. 217; **Firdevs Arslan**, “Kambiyo Senetlerinde Aval”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (1), 2020, s. 126. Buna karşın, zamanaşımına uğramış bir bono sadır olma unsurunu karşıladığından, taraflar arasındaki temel ilişkisinin ispatı için bono (kambiyo senedi) delil başlangıcı olarak kullanılabilir. Yarg. 13. HD., E. 2017/8942, K. 2011/11865, 04.12.2017, www.kazanci.com.tr (E.T. 28.10.2024).

132 Yarg. İBHGK, E. 2019/1, K. 2019/8, 25.12.2019, www.yargitay.gov.tr (E.T. 20.02.2024).

Kambiyo borçlusunun aleyhine kullanılan kambiyo senedine ilişkin zamanaşımı def'ini ileri sürmesi neticesinde kambiyo alacağına kavuşamayan kambiyo alacaklısı, temel ilişkiden kaynaklanan alacağı için açacağı alacak veya sebepsiz zenginleşme davasında zamanaşımına uğrayan kambiyo senedini delil başlangıcı olarak ispat faaliyetinde kullanabilir¹³³.

133 Muzaffer Coşkun, Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1994, s. 96; Poroy/Tekinalp, s. 274; Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 10. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 375 vd; Aksu, s. 661. Ayrıca, zamanaşımına uğramış çek üzerinde yer alan ciro şerhi de delil başlangıcı niteliğindedir. Edip Şimşek, Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Yonca Matbaası, Ankara 1982, s. 15.

SONUÇ

Delil başlangıcının varlığı durumunda, senetle ispat zorunluluğu ortadan kalkmakta ve ispat yükü altında olan taraf tanık deliline başvurulabilmektedir. Böylece senetle ispat kuralının getirmiş olduğu zorluk hafifletilmektedir. Bir belge niteliğinde olan delil başlangıcı, aleyhine ileri sürülen kişiden veya onun temsilcisinden sadır olmuş olmalıdır. Ayrıca delil başlangıcı, hukuki işlemi muhtemel gösterecek nitelikte olmalıdır. Delil başlangıcı, yazılı olabileceği gibi yazılı olmayan bir belge de olabilir.

Kambiyo senedinin düzenlenmesiyle temel ilişkideki mevcut borcun yanında, kambiyo ilişkisine dayanan yeni bir borç meydana gelmektedir. Yargı kararları ve doktrinde kabul edildiği üzere, kambiyo ilişkisinden kaynaklanan yeni borç ilişkisi, temel ilişkideki borcun varlığından doğrudan etkilenmemektedir. Kambiyo senetleri, uygulamada çoğunlukla mevcut bir borcun ifası amacıyla düzenlense de bu senetlerde soyutluk ilkesi geçerlidir.

Kambiyo alacağının zamanaşımına uğraması, borçlunun borcu ifaya zorlanamaması sonucunu doğurur. Kambiyo alacağının zamanaşımına uğramasına rağmen temel alt ilişki, varlığını devam ettirir. Soyutluk ilkesi uyarınca, kambiyo senedinin alt ilişkinin ispatında bir senet olarak kullanılması mümkün değildir. Fakat kambiyo senedi, alt ilişkinin var olmasını muhtemel gösteren belgedir. Kambiyo senedinde imzası bulunan kişiler (örneğin, muhatap, ciranta ve avalist), kambiyo senedinin düzenleneni olmasalar bile senedin oluşumuna katılan kişiler konumundadırlar ve bu yönüyle senet kendilerinden sadır olmuş kabul edilir.

Zamanaşımına uğramamış kambiyo senedi, temel ilişkinin ispatı açısından delil başlangıcı niteliğindedir. Yargı kararları ve doktrinde, zamanaşımına uğrayan kambiyo senedinin temel ilişkinin ispatı için delil başlangıcı olarak kullanılabilmesi hususunda görüş birliği mevcuttur. Zamanaşımına uğramış bir kambiyo senedinin temel ilişkinin ispatı bakımından kambiyo alacaklısı ile senedin aleyhine kullanıldığı kişi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği her bir ilişki için ayrı ayrı değerlendirilmeli ve delil başlangıcı unsurlarının mevcut olup olmadığı belirlenmelidir.

Değerlendirmelerimiz sonucunda, delil başlangıcının unsurları olan belge olma, karşı taraftan sadır olma ve ispatı amaçlanan hukuki ilişkiyi muhtemel gösterme unsurlarına sahip olan kambiyo senedinin delil değeri, delil başlangıcı niteliğinde olmasıdır. Zamanaşımına uğrayan kambiyo senedi, delil başlangıcı olarak kullanılacak ve temel ilişkinin ispatı için takdiri (tanık) delile başvurulabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akcan**, Recep, “Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Değeri”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (1-2), 2001, s. 159-189.
- Aksu**, Raziye, “Yargıtay Kararları Işığında Çekte Zamanaşımına İlişkin Düzenlemelerin İncelenmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13 (1), 2023, s. 625-670.
- Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.
- Arslan**, Firdevs, “Kambiyo Senetlerinde Aval”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (1), 2020, s. 93-132.
- Atalay**, Oğuz, Delil Kavramı Üzerine, Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt 1, Ankara 2009.
- Bahtiyar**, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.
- Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1978.
- Bozer**, Ali/**Göle**, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2018.
- Budak**, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol, Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- Chabot**, Gérard, Comparation Personnelle, Répertoire De Procédure Civile, Éditions Dalloz, 2016.
- Civelek Acar**, Esra, “Kambiyo Senetlerinde Aval”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18 (2), 2021, s. 1301-1339.
- Coşkun**, Muzaffer, Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1994.
- Delice**, Emrah, “Temsilci Aracılığıyla Aval Verilmesi”, Uluslararası Yönetim Eğitim ve Ekonomik Perspektifler Dergisi, 10 (1), 2022, s. 25-42.
- Demirayak Ünal**, Ezgi Başak, “Zamanaşımına Uğrayan Kambiyo Senedinin Temel Borç İlişkisine Dayalı Dava ve Takiplerdeki Rolü”, Başakşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 199-200, 2021, s. 553-473.
- Erdem**, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Erdönmez**, Güray, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı”, İstanbul Barosu Dergisi, 83 (5), 2013, s. 15-53.
- Erdönmez**, Güray, Medeni Usul Hukuku (Pekcanitez Usul), 15. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Ferrand, Frédérique, *Preuve, Répertoire De Procédure Civile*, Éditions Dalloz, 2013.

Hatemi, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2021.

Karaaslan, Varol, “Banka Dekontu ve Havale Mektubunun Delil Değeri”, *MİHDER*, C. 12, S. 35, 2016/3.

Karıkısız, Muhammet Can, “Teminat Amacıyla Düzenlenen Kambiyo Senetleri ve Soyutluk İlkesi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 2, 2022, s. 675-722.

Kaya, Sedat, “Zamanaşımına Uğramış Bonodaki Temerrüdün Yıbbhgk Kararı Işığında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 13 (52), 2022, s. 407-436.

Kendigelen, Abuzer/**Kırca**, İsmail, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 7. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2023.

Keser, Salih, *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Kiper, Osman, *Hukuk Davalarında Kanıtlar*, Adil Yayınevi, 1. Basım, Ankara 1995.

Konuralp, Haluk, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.

Konuralp, Haluk, *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, 1. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.

Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 2*, 6. Bası, Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.

Kuru, Baki, *Yazılı Delil Başlangıcı*, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.

Kuru, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 22. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.

Mouralis, Jean Louis, *Preuve (Regles De Preuve)*, Dalloz 2011.

Muşul, Timuçin, *Medeni Usul Hukuku (Temel Bilgiler)*, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.

Oğuzman, Kemal/**Barlas**, Nami, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Oğuzman, Kemal/**Öz**, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Oyal, Ahmet Batuhan, “Avalistin Hamile Karşı Savunma İmkânları ve Lehine Aval Verilen Kişinin Savunma İmkânlarından Yararlanıp Yararlanamayacağı Sorunu”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13 (1), 2023, s. 671-699.

Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1979.

Öztañ, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 26. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022.

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

Poroy, Reha/**Tekinalp**, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

Postacıoğlu, İlhan, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, Baha Matbaası, İstanbul 1964.

Pulaşlı, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 10. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2023.

Redon, Michel, Copies Et Reproductions De Pièces, Répertoire De Procédure Civile, Éditions Dalloz, 2012.

Sayhan, İsmet, Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

Sortais, Jean-Pierre, Constitution Des Sociétés, Répertoire De Procédure Civile, Éditions Dalloz 2004.

Şimşek, Edip, Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Yonca Matbaası, Ankara 1982.

Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2001.

Tok, Ozan, Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.

Ülgen, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kendigelen**, Abuzer/**Kaya**, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000.

Yavaş, Murat, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

Yıldırım, M. Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990.

Yıldırım, M. Kamil /**Tok**, Ozan, “İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Delil Değeri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (1), 2016, s. 241-250.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt 4, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

**Takviye Edici Gıdalara İlişkin Aldatıcı Reklamlar
Karşısında Tüketicinin Korunması**

The Protection of the Customer Against Deceptive Advertising
Regarding Dietary Supplements

  Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nur KILINÇ*

 10.60002/ebyuhfd.1536242

ÖZ

Literatürde gıda takviyesi ya da besin takviyesi şeklinde de ifade edilen takviye edici gıdalar, Türk hukukunda ne “ilaç” ne de klasik anlamda “gıda” olarak kabul edilmektedir. Takviye edici gıdalar, bir ara ürün olup üretimi, ithalatı ve satışındaki reklamlar açısından ilaçtan ziyade gıdaya benzer hukuki rejime tabi tutulmuştur. Bununla birlikte takviye edici gıdalar sağlığa ilişkin ürünler olduğundan, bu ürünlere ilişkin reklamların tüketici menfaati dikkate alınarak düzenlenmesi gerekir. Bu çalışmada ise, tüketicilerin takviye edici gıdalara ilişkin aldatıcı reklamlara muhatap olmaları hâlinde başvurabilecekleri hukuki yollar ve söz konusu yolların elverişliliğinin değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Zira literatürde, tüketicilerin bu tür ürünlerle ilgili karşılaştıkları en önemli sorunlardan birinin aldatıcı reklamlar olduğuna işaret edilmiştir. Türk hukukunda tüketicinin,

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 20.08.2024 | Kabul/Accepted: 17.10.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Ayşe Nur Kılınç, “Takviye Edici Gıdalara İlişkin Aldatıcı Reklamlar Karşısında Tüketicinin Korunması”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (677-720).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

takviye edici gıdalara ilişkin aldatıcı reklamlara karşı, bir yandan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 8/II'ye dayanarak ayıba karşı tekeffül hükümlerine bir yandan da m. 61 ve devamı hükümlerinde düzenlenen Reklam Kuruluna başvurması mümkündür. Anılan hükümler dışında, tüketicinin, ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde hukuki koruma araması da mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Takviye Edici Gıda, İlaç, Gıda, Aldatıcı Reklam, Tüketicisi, Başvuru Yolları.

ABSTRACT

Dietary supplements, which are named also food supplements in the literature, are recognized neither as “*medicine*” nor as ordinary “*food*” under Turkish law. Indeed, they are only evaluated as intermediate products which have been subjected to a similar legal regime to food rather than medicine in terms of production, import and sale advertising. However, since dietary supplements are essentially health products, sale advertising should be regulated by taking into account the interests of the consumer. This paper aims to reveal the legal remedies that consumers may apply in case they are exposed to deceptive advertisements regarding dietary supplements and evaluate whether such legal remedies are favourable or not. Because it is pointed out that misleading and deceptive advertisements are one of the most important problems regarding dietary supplements. Against deceptive advertisements regarding dietary supplements, it is possible for the consumer to apply on one hand to the provisions of the warranty against defects based on article 8/II of the Consumer Protection Law numbered 6502 on the other hand to the Advertising Board based on article 61 and the following provisions. Apart from the aforementioned provisions, it is also for the consumer to apply legal remedies within the framework of the Turkish Code of Obligations numbered 6098 and the Turkish Commercial Code numbered 6102.

Keywords: Dietary Supplements, Drug, Food, Deceptive Advertising, Consumer, Legal Remedies.

GİRİŞ

Günümüzde hızlı ve yoğun çalışma temposu, bireyleri kötü beslenme alışkanlıklarına yönlendirmektedir. Besinle ilgili yapılan çalışmalarda ise, yetersiz ve dengesiz beslenmenin yoğun çalışma temposuna ayak uydurmayı engellediği vurgulanmaktadır. Bu sebeple tüm dünyada olduğu gibi, Türkiye’de de¹ insanlar, gıda takviyesi ya da besin takviyesi olarak

1 Bkz. Derya Atalay/H. Selen Erge, “Gıda Takviyeleri ve Sağlık Üzerine Etkileri”, Food and Health, C. 4, S. 2, 2018, s. 98, 107. Son yıllarda takviye edici gıda pazarı hızla büyümekte ve sağlık harcamaları içinde önemli bir miktar tutmaktadır (Mustafa Aslan/İ. Erdoğan Orhan, “Takviye Edici Gıdaların Türkiye’deki Durumu”, I.

da bilinen takviye edici gıdaların günlük tüketimine yönelmişlerdir². Oysa sağlıklı bir bireyde dengeli ve sağlıklı bir beslenme ile vücudun takviye edici gıdaya ihtiyacı kalmayacağı açıktır³.

Takviye edici gıdanın en sık kullanım sebebi, fiziksel ve zihinsel olarak kişiyi zinde tutan birçok fonksiyonel bileşenin bir anda vücuda alınmasını sağlamak ve bağışıklık sistemini güçlendirerek hastalık riskini minimize etmektir⁴. Özellikle de pandemi döneminde Kovid-19'a yakalanma tehlikesi, küresel ölçekte takviye edici gıda kullanımını artırmış⁵ ve kullanıcılarında bir tür alışkanlık oluşturmuştur⁶. Takviye edici gıdaların tüketici tarafından ilaçlara kıyasla daha doğal ve sağlıklı

-
- Uluslararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, 04-05 Eylül 2021, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 727, 729). Uluslararası Gıda Takviyesi Dernekleri Birliği (IADSA)'nin 2022 yılında yayınladığı raporda, takviye edici gıdaların tüketim sıklığına bakıldığında, 2020 yılı sonrasında, tüketicilerin neredeyse her gün takviye edici gıda kullanımında artış olmuştur. 2020'de bu oran yaklaşık %25 iken, 2022'de ise yaklaşık %30 civarındadır. Türkiye'de yapılan Gıda Takviyesi ve Beslenme Derneği'nin 2022 yılı araştırmasında ise, kullanılan takviye edici gıdaların sıklığı ve içeriği sorulmuş olup; katılımcıların %83'ünün son 3 ay içinde gıda takviyesi kullandığı belirlenmiştir. İleri yaşta katılımcılar genç yaşlara oranla daha çok gıda takviyesi kullanırken, önceki 3 döneme göre, takviye edici gıda kullanım oranındaki artış (%60) da dikkat çekici bulunmuştur (Samet **Serttaş**, "Takviye Edici Gıdalara Sektörel Bakış", <https://www.gidaturk.com.tr/2023/03/takviye-edici-gidalara-sektorel-bakis/>, E.T. 15.08.2024).
- 2 Küresel ve ulusal ölçekte fonlanan gıda araştırmaları, takviye edici gıda kullanımının artışında önemli rol oynamaktadır (Bkz. **Atalay/Erge**, s. 101-105; Derya Nil **Budak**, "Takviye Edici Gıda Reklamlarında Kadının Annelik Rolü ve Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Ünlü Desteğinin Alınlanması: Ceyda Düvenci'nin Sosyal Medyadaki İzleyici Yorumlarının Analizi", *Academic Journal of Information Technology*, C. 14, S. 54, 2023, s. 279).
 - 3 Bkz. bu yönde Arzu **Kazaz/Merve Gençyürek Erdoğan**, "Takviye Edici Gıda Reklamlarında Aldatıcı Unsurlar", *Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi*, C. 8, S. 2, 2020, s. 931; **Savlak ve diğerleri**, "Türkiye'de ve Dünyada Takviye Edici Gıdalara Genel Bir Bakış", *GIDA (The Journal of Food)*, C. 47, S. 4, 2022, s. 576; İbrahim **Ankara**, "Takviye Edici Gıdalar ve Yasal Sorunlar", *Legal Tıp Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 20, 2021, s. 274.
 - 4 **Kazaz/Gençyürek Erdoğan**, s. 934.
 - 5 **Budak**, s. 280. Nitekim Kovid-19 tehlikesiyle endişe duyan kişiler, reklamlar vasıtasıyla daha kolay yönlendirilebilmiş ve bu dönemde takviye edici gıda kullanımını artırmıştır (**Ankara**, s. 307). Ne yazık ki bu dönemde adına takviye edici gıda denilen ancak esasında içinde ilaç etken maddeler bulunan ürünler dijital platformlardan reklamı yapılarak yüksek miktarda satılmıştır (Bülent **Kıran**, "Toplum Eczanelerinde Deontolojik Rekabet Suçları", I. Uluslararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi (04-05 Eylül 2021), s. 400).
 - 6 Bkz. Mehmet Akif **Erişen/Fatma Özlem Yılmaz**, "COVIDs-19 Pandemisi Döneminde Bireylerin Harcamalarının İncelenmesi", *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, -Özel Sayı- 2020, s. 342-343.

olarak algılanması⁷ ile kullanımını için ilaçların aksine sağlık personeline başvuru zorunluluğunun bulunmaması kullanımını artırmıştır. Son olarak, takviye edici gıdalara sadece eczaneler değil, dijital satış noktalarından da erişilebilmesi, kullanımını artıran sebepler arasındadır⁸. Gerçekten de Türkiye’de ve dünyada takviye edici gıdalar, hem eczanelerden hem de dijital platformlardan satışa sunulabilen ürünlerdir⁹. Takviye edici gıdaların çeşitli sebeplerle bilinçsiz tüketiminin hızla artması, “gıda güvenliği ve güvencesi” sorunlarını gündeme getirmektedir¹⁰. Ancak anılan sorunlar bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Takviye edici gıda kullanıcıları, genellikle gelir ortalaması yüksek, sağlıklı beslenme tarzına sahip ve sağlıklı yaşam tarzına düşkün kimselerdir¹¹. Bunun yanında profesyonel vücut geliştiriciler, sporcular ve fitness tutkunları da bu tür ürünlere yönelmektedir. En büyük sorun ise, esasen sağlıklı yaşam tarzına düşkün olmayan ancak kolay ve kısa yoldan

-
- 7 Bkz. **Aslan/Orhan**, s. 727. Takviye edici gıdalara ilişkin olarak, doğal kökenli olmaları sebebiyle güvenli ve zararsız oldukları ve yan etkileri bulunmadığı düşüncesi hâkimdir (Zeynep **Türkmen ve diğerleri**, “Bitkisel Ürünlerin ve Gıda Destek Ürünlerinin İçeriklerinin Adli ve Hukuki Boyutu”, Adli Tıp Bülteni, C. 19, S. 1, 2014, s. 39).
 - 8 Benzer yönde bkz. **Atalay/Erge**, s. 99; **Savlak ve diğerleri**, s. 576; Doğan **Durna**, “Türk Yargı Kararları Işığında Takviye Edici Gıdaların Denetimi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 41, 2020, s. 271-272.
 - 9 **Ankara**, s. 273-274. Ancak takviye edici gıdaların eczaneler dışında internet üzerinden de satışının yapılabilmesi birçok sağlık sorunu doğurabilir (Tuğçe **Aydın**, “Ecza Depolarının Yasal Sorumlulukları”, I. Uluslararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, 04-05 Eylül 2021, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 933). Bu sebeple anılan ürünlerin sadece eczanelerden satışının yapılması gerektiği ifade edilmektedir (Hasan **Petek**, “Takviye Edici Gıdalar (Özellikle Zayıflatıcı Haplar ve Çaylar) Sebebiyle Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluk”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 6, 2015, s. 32; **Ankara**, s. 313; **Savlak ve diğerleri**, s. 586).
 - 10 Bkz. **Savlak ve diğerleri**, s. 576, 581. Takviye edici gıdalarda gıda güvenliğinin sağlanmasında yetkinin sağlık idaresinde mi yoksa gıda idaresinde mi olması gerektiği tartışmalıdır (**Ankara**, s. 273). Türk hukukunda anılan kurum Tarım ve Orman Bakanlığı olarak belirlenmiş ancak doktrinde uygulamada takviye edici gıda denetiminde Sağlık Bakanlığı ile görev, yetki ve sorumluluklar açısından önemli uyumsuzluklar yaşandığına işaret edilmiştir (**Durna**, s. 245). Türk hukukunda takviye edici gıdaların gıda güvenliğinin sağlanmasına ilişkin mevzuatı değerlendiren yakın tarihli bir çalışma için bkz. Sümeyye **Şimşek**, “Takviye Edici Gıdaların Onay İşlemleri ve İdari Denetimi”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2021, s. 125-191.
 - 11 Araştırmalar takviye edici gıda kullanıcılarının çoğunluğunun eğitilmiş, yaşlı, kadın ve varlıklı kimseler olduğunu göstermektedir (**Budak**, s. 280).

zayıflamak, kilo almak veya kas yapmak isteyen kişilerin bu tarz ürünlere aldatıcı reklamlarla yönlenebilmesidir¹².

Takviye edici gıdalar, Türk hukukunda ilaç değildir. Ancak sağlığa ilişkin ürünler arasında bulunan bu ürünlerin bilinçsiz kullanımı hâlinde, başka ilaçlarla etkileşime geçerek toksik (zehirlenme) etki yaratabileceği¹³, hastalıkların önlenmesinde ve tedavisinde kullanılabilmesi yönündeki ticari reklamlarla pazarlanması nedeniyle¹⁴ son derece ciddi sağlık sorunlarına yol açabileceği sıkça ifade edilmektedir¹⁵. Bu çalışmada, tüketicilerin takviye edici gıdalara ilişkin aldatıcı reklamlara muhatap olmaları hâlinde başvurabilecekleri hukuki yollar ve söz konusu yolların elverişliliğinin değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Zira literatürde, tüketicilerin bu tür ürünlerle ilgili

-
- 12 Nitekim Türkiye’de özellikle sporculara yönelik takviye edici gıdalarda Tarım ve Orman Bakanlığı ruhsatı alınmadan kaçak üretilen formların bulunduğu ifade edilmektedir. Söz konusu ürünlerin, ne yazık ki internet üzerinden, marketlerden veya spor merkezlerinde tavsiye üzerine elden satışı yapılabilmektedir. Söz konusu ürünler kişinin kullandığı diğer ilaçlarla etkileşime girerek, zehirlenme ve hatta ölümle sonuçlanan vakalara sebep olmaktadır. Benzer şekilde zayıflama amaçlı kullanılan ürünlerin bir kısmı da karaciğer yetmezliğine neden olarak ölümle sonuçlanan vakalara sebep olan sibutramin gibi sentetik ya da henüz insan tarafından kullanılması onaylanmamış maddeler içermektedir (**Türkmen ve diğerleri**, s. 39; **Petek**, s. 16; **Aslan/Orhan**, s. 731).
 - 13 **Türkmen ve diğerleri**, s. 38-39; **Petek**, s. 16; **Aslan/Orhan**, s. 731. Bu sebeple sağlık personeli, hastalardan takviye edici gıda dahil ek gıda alımları hakkında bilgi talep etmelidir. Aksi hâlde, istenmeyen ilaç-gıda takviyesi etkileşimleri meydana gelebilir (**Ankara**, s. 280).
 - 14 Bkz. **Savlak ve diğerleri**, s. 582. İnsanlar gıdayı seçmekte özgür gibi görünseler de; esasen tüketime sunulan alternatifler küresel dünyanın gıda politikaları tarafından yönlendirilmektedir (**Budak**, s. 280).
 - 15 **Atalay/Erge**, s. 107-108; **Budak**, s. 280; **Türkmen ve diğerleri**, s. 39, 45; **Şimşek**, s. 128. Yine bu ürünler içindeki bazı bileşenler çocuk, hamile, yaşlı ve kronik hastalıkları olan kişilerde yan etkilere neden olabilir (Bilgi için bkz. **Savlak ve diğerleri**, s. 578). Türk hukukunda bu sebeple hukuki sorumluluğa ilişkin bilimsel çalışmalar bulunmaktadır (Bkz. **Petek**, s. 24 vd). Zayıf olmaya yönelik sosyo-kültürel baskı, Amerika’da zayıflama ürünlerini büyük bir sektör hâline getirmiş ve yetişkinlerin her yıl 30 milyon doları bu ürün ve hizmetlerin alımına ayırdığı belirtilmiştir (Jodie **Sopher**, “Weight-Loss Advertising Too Good to Be True: Are Manufacturers or the Media to Blame”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, C. 22, S. 3, 2005, s. 934-935). Takviye edici gıdalarla ilgili sağlık okuryazarlığının düşük olması, reklamların pozitif pekiştirici olarak süreci etkilemesi, ürünlere kolay ulaşılabilir olması bilinçsiz kullanımı tetiklemektedir (**Ankara**, s. 274).

karşılaştıkları en önemli sorunlardan birinin aldatıcı reklamlar olduğu vurgulanmıştır¹⁶.

I. TEMEL KAVRAMLAR, TAKVİYE EDİCİ GIDA REKLAMLARINDA BİLGİLENDİRME, SAĞLIK BEYANI, SAĞLIK ÇEKİCİLİĞİ VE ALDATICILIK UNSURLARI

A. Takviye Edici Gıda Kavramı

Türk hukukunda “*takviye edici gıda*”, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu¹⁷ m. 3/I, b. 65’te “*Normal beslenmeyi takviye etmek amacıyla, vitamin, mineral, protein, karbonhidrat, lif, yağ asidi, amino asit gibi besin öğelerinin veya bunların dışında besleyici veya fizyolojik etkileri bulunan bitki, bitkisel ve hayvansal kaynaklı maddeler, biyoaktif maddeler ve benzeri maddelerin konsantre veya ekstraktlarının tek başına veya karışımlarının, kapsül, tablet, pastil, tek kullanımlık toz paket, sıvı ampul, damlalıklı şişe ve diğer benzeri sıvı veya toz formlarda hazırlanarak günlük alım dozu belirlenmiş ürünler*” şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrinde ise, takviye edici gıdanın ne olduğu daha ziyade ne olmadığı vurgulanarak açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre takviye edici gıda; “*ilaç*”, “*geleneksel bitkisel ürün*”, “*bitkisel tıbbi ürün*” ya da “*klasik anlamda gıda*” değildir¹⁸.

Doktrinde bir görüş tarafından takviye edici gıdaların, tezgâh üstü ilaç (OTC/Over the Counter Drug)¹⁹ ya da reçetesiz ilaç denilen hekim reçetesine gerek olmaksızın kullanılabilen ürünler arasında yer aldığı ifade

16 **Kazaz/Gençyürek Erdoğan**, s. 930, 955; **Durna**, s. 253; **Aslan/Orhan**, s. 732; **Şimşek**, s. 128. Takviye edici gıdaya ilişkin sorunlar arasında ürünlerde reklam serbestisi ve tüketicinin takviye edici gıdalar hakkındaki “*ilaç*” algısı vardır (**Ankara**, s. 276-277). Amerikan hukuku bakımından takviye edici gıdalara ilişkin aldatıcı reklamların ciddi bir sorun olduğu yönünde bkz. Diane E. **Hoffman**/Jack **Shwartz**, “Stopping Deceptive Health Claims: The Need for a Private Right of Action under Federal Law”, *American Journal of Law & Medicine*, C. 42, S. 1, 2016, s. 58-61.

17 13.06.2010 tarih ve 27610 sayılı R.G.

18 **Petek**, s. 19-20; **Durna**, s. 247. Takviye edici gıdalar, ilaç değildir (**Türkmen ve diğerleri**, s. 38, 40; **Ecem Kirkit**, “Beşeri Tıbbi Ürünlerde Reklam”, I. Uluslararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi (04-05 Eylül 2021), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 234).

19 Reçeteli-reçetesiz ilaç ayrımı için bkz. Hakan **Hakeri**, *İlaç Hukuku*, 2. Bası, Astana Yayınları, Ankara 2018, s. 39-41; **Kirkit**, s. 227. İlaça ilişkin başka ayrımlar da bulunmaktadır. Örneğin orijinal ilaç-jenerik ilaç ayrımı ve farkları için bkz. Yasemin **Durak**, “Eczacıların Jenerik İlaç Verme Hakkı”, *Tıp Hukuku Dergisi*, S. 23, s. 82-83.

edilmiştir²⁰. Ancak Türk mevzuatına göre, takviye edici gıdalar “reçetesiz ilaç” kapsamında görülemez. Zira mevzuatta “ilaç²¹” ve ilaca eşdeğer kullanılan “beşeri tıbbi ürün”; “Hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, teşhis koymak veya farmakolojik, immünolojik ya da metabolik etki göstererek bir fizyolojik fonksiyonu iyileştirmek, düzeltmek veya değiştirmek amacıyla, insanlarda kullanılan veya insana uygulanan her türlü doğal ve/veya sentetik (kimyasal) kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonu içeren ürün²²” ve “İnsanlardaki hastalığı tedavi edici veya önleyici özelliklere sahip olarak sunulan ve farmakolojik, immünolojik veya metabolik etki göstererek fizyolojik fonksiyonları düzeltmek, iyileştirmek, değiştirmek veya tıbbi teşhis amacıyla insanlarda kullanılan veya insana uygulanan madde veya maddeler kombinasyonu²³” şeklinde tanımlanmıştır.

Şu hâlde ilaçlarda hastalıklardan korunma, teşhis, tedavi veya vücudun fizyolojik bir fonksiyonunu düzeltme amacı bulunmaktadır. Ayrıca ilaçların sentetik (kimyasal) kaynaklı etken maddeler içermesi mümkündür²⁴. Bu sebeple uzun süreli bilimsel ve klinik çalışmaların

-
- 20 Bkz. **Aslan/Orhan**, s. 729; Sıla **Gülbağ Pınar**, “Reçete Türleri ve Beşeri İlaç Şekillerin Kavramsal Yaklaşım”, I. Uluslararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi (04-05 Eylül 2021), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 53; **Kazaz/Gençyürek Erdoğan**, s. 931; Neva **Doğan**, “OTC (Over the Counter) Reklamlarındaki Sağlık Çekiciliği: Nitel Bir Çalışma”, Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 12, S. 3, 2023, s. 1034; Şeyhmus **Doğan/Duygu Ünal**, “Sosyal Medyada Reçetesiz (OTC) İlaç Pazarlaması: Pharmaton ve Supradyn Reklamlarının Göstergebilimsel Analizi”, The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication (TOJDAC), C. 11, S. 1, 2021, s. 251. Tarım Bakanlığından onay ve ruhsatı olan ürünler ara ürünler olarak kabul edilmekte ve reçetesiz ilaç grubunda değerlendirilmektedir (**Doğan/Ünal**, s. 248, 251). Esasen ülkeler, sağlık politikaları çerçevesinde, hangi ürünlerin takviye edici gıda kapsamına girdiğini, hangilerinin ise ilaç olarak tanımlanan ancak reçetesiz de satılabilen ürünler kapsamında bulunduğunu belirlemektedir (**Kazaz/Gençyürek Erdoğan**, s. 932).
 - 21 14.05.1928 tarih ve 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu 1’inci maddesi birinci fıkrasına göre ilaç, “Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere” denir. Doktrindeki kapsamlı bir tanıma göre ilaç, “insanlarla ilgili tıbbi bir amaçla (tedavi, teşhis, koruna vs.) uygulanan ve kimyasal veya biyolojik bir işleme tabi tutulmuş maddeler”dir (**Hakeri**, s. 29).
 - 22 Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliği (21.10.2017 tarih ve 30217 sayılı R.G.) m. 4/I, b bendi.
 - 23 Beşeri Tıbbi Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik (27.05.2023 tarih ve 32203 sayılı R.G.) m. 4/I, n bendi.
 - 24 Bkz. **Petek**, s. 18.

ürünü olarak üretilen ilaçlarda endikasyon²⁵ belirtilmektedir. Hatta bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde, ilaçların prospektüslerinde endikasyon bulunması zorunludur. Ancak takviye edici gıdalar, endikasyonu bulunmayan ve sadece sağlıklı yaşamı güçlendirici olarak kullanılan, kimyasal (sentetik) madde içermeyen hayvansal ya da bitkisel kaynaklı besin öğeleridir²⁶. Buna karşılık piyasaya, takviye edici gıda adı altında, içinde kimyasal (sentetik) madde bulunan ürünler sürülebilmektedir. Türkiye’de takviye edici gıda satışı, dijital platformlar dahil serbest olduğundan, anılan ürünler internet ve televizyon reklamları yoluyla ya da piramit satış yöntemleriyle aldatıcı reklamlardan yararlanılarak kolayca piyasaya arz edilebilmektedir²⁷.

Nitekim takviye edici gıdaların satışında, ilaçlardan farklı olarak²⁸, ticari reklam yapılması mümkündür. Ancak yapılan reklamlarda mevzuatta izin verilen ölçüde sağlık beyanında bulunulabilir. Takviye edici gıdanın herhangi bir hastalığın tedavisinde ya da semptomlarının ortadan kaldırılmasında kullanılabileceği ifade edilemez²⁹. Uygulamada ise, bazen ürün cazibesini artırmak amacıyla, bu tür ürünlere ilaç etken

25 Türk hukukunda, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları arasında bir unsur olarak ele alınan endikasyon, “*tıbbi gereklilik/zorunluluk*” olarak ifade edilmektedir (Bkz. Hakan **Hakeri**, Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 212 vd.). Tıbbi gereklilik karşılığı kullanılan endikasyon, bir hastalığın veya tıbbi müdahalenin sebebini gösteren belirti veya koşuldur (Bkz. Özgü **Yücel**, “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 320-321).

26 Bkz. **Türkmen ve diğerleri**, s. 40; **Aslan/Orhan**, s. 732.

27 **Petek**, s. 15-16; **Şimşek**, s. 168. Aynı sorunun devam ettiği yönünde bkz. **Aslan/Orhan**, s. 733.

28 Gerçekten de ilaç tanıtımına ilişkin İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m. 13’te reçeteli-reçetesiz ilaç tanıtımına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre reçeteli ilaç reklamı ancak tıbbi dergilerde yapılabilir. Reçetesiz ilaçlar için ise ancak “... *hastalıklarında kullanılması faydalıdır*” şeklindeki ilanlara izin verilebilir. Buna karşılık reçeteli ve reçetesiz ilaçları övme ve bunlara sahip olmadıkları şifa özelliklerini yükleme veya sahip oldukları özellikleri abartmak suretiyle herhangi bir vasıta ile reklam yapılması yasaktır. Şu hâlde ilaçlar bakımından tüketicilere yönelik her türlü ticari reklam yasaktır (Emrehan **İnal/Başak Baysal**, Reklam Hukuku ve Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 13); **Hakeri**, s. 22-23; Erdal **Kart/Doğukan Doğan/İpek Türe**, “İlaç Reklamlarının Mukayeseli Hukuk Açısından Türkiye, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Bağlamında Değerlendirilmesi”, I. Uluslararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi (04-05 Eylül 2021) s. 257; **Kirkit**, s. 228). İlaçların insan sağlığına zarar verme potansiyeli yüksek olduğundan ABD ve Yeni Zelanda dışındaki tüm ülkelerde ilaca ilişkin açık ve örtülü reklamlar yasaktır (**Kart/Doğan/Türe**, s. 253).

29 Bkz. **Kirkit**, s. 234; **Ankara**, s. 282.

maddeler katılarak tüketicilerin hayat ve sağlığı tehlikeye atılmaktadır. Tarım ve Orman Bakanlığının 2012-2020 yılları arasındaki taklit ve tağşiş ifşa tablosunda, takviye edici gıdalar; en sık ifşa edilen ürünler arasında et ve et ürünleri, süt ve süt ürünleri ve bitkisel yağlardan sonra gelmek üzere dördüncü sırada yer almaktadır³⁰. Yine Tarım ve Orman Bakanlığına kayıtlı olması gerekirken kayıtlı olmayan işletmelerde üretilen ve dolayısıyla hiçbir yerden onay almamış gıda takviyeleri de iç piyasaya sürülebilmektedir³¹. Bu tür ürünler, reklamlarında özellikle zayıflatıcı ya da kas geliştirici özellikleri vurgulanarak pazarlanmakta ve yasak olmasına rağmen içine kimyasal (sentetik) maddeler ilave edilmektedir³².

Doktrinde bir görüş tarafından ise, takviye edici gıdaların büyük kısmında tıbbi amaç takip edilip, kimyasal işleme tabi tutup ilaç görünümü (kapsül, damlalık, hap) verilerek satışa arz edildiğinden; bunların hukuken “ilaç” olarak nitelendirilerek ilaç üretiminin tabi olduğu hukuki prosedüre tabi tutulması gerektiği iddia edilmiştir. Bu görüşe göre, söz konusu ürünlere “bitkisel ürün, gıda takviyesi, takviye edici gıda” denilerek Sağlık Bakanlığı denetiminden çıkartılıp Tarım ve Orman Bakanlığı denetimine tabi tutulması, anılan ürünlerin “ilaç” niteliğine sahip olduğu gerçeğini değiştirmez. Gerçekten de özellikle piyasaya sürüm görünüşleri ve ticari reklamlarında kullanılan hukuka aykırı sağlık beyanları, takviye edici gıdaların tüketici gözünde “ilaç” olarak algılanmasına sebep olabilmektedir³³. Bu sebeple anılan görüş, kısmen haklıdır. Ancak bu

30 Soner **Türkmen/Yener Ataseven**, “Türkiye’de Taklit ve Tağşiş Yapılan Gıdalara İlişkin Yasal Düzenlemelerin ve Uygulamaların Değerlendirilmesi”, Tarım Ekonomisi Araştırmaları Dergisi (TEAD), C. 6, S. 1, 2020, s. 70-71.

31 **Atalay/Erge**, s. 108; **Savlak ve diğerleri**, s. 581; **Aslan/Orhan**, s. 734. Standartta uymayan takviye edici gıda kaynaklı zehirlenme ve ölüm vakalarının artması, ürünlerin Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından denetimini daha önemli hale getirmiştir (**Durna**, s. 244; **Savlak ve diğerleri**, s. 579).

32 **Savlak ve diğerleri**, s. 581. Tarım Bakanlığında onay almamasına rağmen onaylanmış gibi reklam yapılan zayıflatıcı ürünler içine sağlığa zararlı olduğu kesin ve yasaklanmış olan “*sibutramin*” gibi sentetik (kimyasal) maddeler katılmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Petek**, s. 52-53).

33 **Ankara**, s. 282-283; **Aslan/Orhan**, s. 732; **Kirkit**, s. 234. Özellikle ürünlerin farmasötik formda (tablet, kapsül vb.) piyasaya sürülmesi ilaç algısını kuvvetlendirmektedir (**Ankara**, s. 279; Benzer yönde bkz. **Aslan/Orhan**, s. 727). Türk hukukunda esasen ilaç niteliğinde olan ancak Sağlık Bakanlığı denetimi ve izninden kurtulmak için takviye edici gıda adı altında piyasaya sürülen birçok ürün vardır. Bunların “ilaç” olarak nitelendirilmesinde tereddüt edilmemelidir. Özellikle zayıflatıcı, kilo aldırıcı ve cinsel gücü artırıcı ürünler tıbbi amaçlıdır. Tıbbi amaç taşıdığı şüpheli olanlarda ise, bu ürünlerde ilaç molekülü gibi kimyasal maddeler olup olmadığına bakılmalı ve eğer içeriğinde bu nitelikte bir madde varsa ürüne takviye

görüŖün, tüm takviye edici gıdalar bakımından, olması gereken hukuk bakımından savunulması pek olası görünmemektedir. Buna karŖılık takviye edici gıdalar, “ilaç” olmasa da, sağlığa iliŖkin ürünler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla da sağlığa iliŖkin ürün olduğundan, takviye edici gıda reklamları özel olarak düzenlenmeli ve denetlenmelidir.

B. KarŖılaŖtırmalı Hukukta Takviye Edici Gıda Kavramı ve Genel Olarak Takviye Edici Gıdaya İliŖkin Reklamlar

Takviye edici gıdaların tarihçesine bakıldığında, bu sektörün ilk ortaya çıktığı ve geliŖtiđi yerin Amerika BirleŖik Devletleri olduğu görölmektedir. Bu sebeple takviye edici gıdanın karŖılaŖtırmalı hukukta nasıl düzenlendiğini ortaya koyarken ilk baŖta Amerikan hukuk sistemine bakılmalıdır. ABD’de 1994 yılında ABD Senatosu tarafından kabul edilen “*Takviye Edici Gıda Sağlığı ve Eğitimi Yasası*”nda (The Dietary Supplement Health and Education Act) gıda takviyeleri tanımlanmıŖtır. Buna göre, beslenmeyi desteklemek üzere kullanılan bir veya daha fazla besin ögesini (mineraller, vitaminler, amino asitler ve bitkisel droglar) içeren ağızdan alınmak üzere tablet, kapsül ve sıvı formda hazırlanmıŖ ürünler, takviye edici gıdadır.

Amerikan hukukunda, takviye edici gıdalara iliŖkin sağlık beyanlarını düzenlemekle federal düzeyde görevli iki kurum bulunmaktadır. Bunlardan ilki “*Gıda ve İlaç İdaresi*” (Food and Drug Administration/FDA), diğeri ise “*Federal Ticaret Komisyonu*”dur (Federal Trade Commission/FTC). FDA, takviye edici gıdaların üretimi ve etiketlenmesini düzenleme yetkisine sahipken; FTC, aldatıcı reklamlar konusunda düzenleme yapma yetkisine sahip kurumdur. Gıda, İlaç ve Kozmetik Kanunu’na (Food, Drug and Cosmetic Act) göre, bu ürünlerdeki etiketler hatalı ve yanıltıcı olamaz. FTC Kanunu’na göre ise, takviye edici gıdalara iliŖkin reklamlar hukuka aykırı ve aldatıcı olamaz³⁴. Amerika’da 1990 öncesinde takviye edici gıdalara iliŖkin sağlık beyanında bulunmak yasaktır. 1990 sonrasındaki serbesti üzerine açılan davalar neticesinde FTC, 1998 tarihinde “*Takviye Edici Gıdalar: Sektör için Reklam Kılavuzu*”nu (Dietary Supplements: An Advertising Guide for Industry) yayınlamıŖtır. Ancak hâlihazırda FTC tarafından 20.12.2022’de

edici gıda denilememeli ve bu ürün de diğer “ilaçlar” gibi ilaç hukuku rejimine tabi tutulmalıdır (Hakeri, s. 31-32; Benzer yönde bkz. Aydın, s. 940). Yazar, haklı olarak, ilaç ruhsatı almamıŖ olsa bile, esasen ilaç niteliğine sahip olan takviye edici gıdaların reklam yasağına tabi olması gerektiği düşünceindedir (Hakeri, s. 150).

34 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Hoffmann/Schwartz, s. 57, 61-68; Sophor, s. 943, 948.

yayınlanan takviye edici gıdalara ilişkin anılan kılavuzu da yürürlükten kaldıran ve revize eden “Sağlık Ürünlerine İlişkin Uyum Kılavuzu” yürürlüktedir³⁵. Anılan kılavuzda takviye edici gıdaları da kapsayan sağlıkla ilgili ürünlerin pazarlanmasında hem FDA hem de FTC Kanunu’na uygun şekilde etiketleme yapılması ve reklamdaki beyanların gerçeğe uygun ve doğrulanmış olması gerekliliği ile yanıltıcı olmaması gereği ifade edilmiştir. Piyasada tüketicinin menfaatini korumakla da görevli olan FTC, genelde anılan beyanların doğruluğunun yetkin ve güvenilir kanıtlarla desteklenmesini talep etmektedir.

Avrupa Birliği mevzuatında ise, 2002 yılında yayımlanan “AB Gıda Hukuku Tüzüğü” (General Food Law Regulation) m. 33’ten gıdaya ilişkin genel otoritenin “Avrupa Gıda Güvenliği Otoritesi” (European Food Safety Authority) olduğu anlaşılmaktadır³⁶. Avrupa Parlamentosu, üye devletlerin takviye edici gıda ile ilgili düzenlemelerini uyumlu hale getirmek amacıyla 2002 yılında 2002/EC/46 sayılı AB direktifini³⁷ yayınlamıştır. Direktif m. 2’ye göre, “gıda takviyeleri”, normal beslenmeyi tamamlamayı amaçlayan, besleyici veya fizyolojik etkiye sahip konsantre besin kaynakları veya diğer maddelerdir. Doz formunda yani tablet, kapsül, sıvı vb. formlarda pazarlanabilir. Takviye edici gıdaların etiketinde, sunum ve reklamında, bir hastalığı önleme, tedavi etme veya iyileştirme özelliğine işaret edilemez. Yine takviye edici gıda etiketlerinde, sunum ve reklamında, dengeli bir beslenmenin bile insan sağlığı için genel olarak uygun miktarlarda besin sağlamayacağını belirten veya ima eden ifadeler kullanılamaz³⁸. Buna karşılık Avrupa Birliği içerisinde de son yıllarda artan bilinçsiz takviye edici gıda kullanımının bir halk sağlığı sorunu olduğu dile getirilmektedir³⁹.

35 “Health Products Compliance Guidance”, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/Health-Guidance-508.pdf, E.T. 13.08.2024.

36 “Regulation (EC) No 178/2002 Of The European Parliament and of The Council”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02002R0178-20240701>, E.T. 16.08.2024. Avrupa Birliği Gıda Tüzüğü’nün temel amaçları insan yaşamı ve sağlığının üst düzeyde korunması ile tüketicilerin menfaatlerinin korunmasıyla birlikte iç piyasada gıda ve yemlerin serbest dolaşımının sağlanması ve son olarak da küresel ticaretin kolaylaştırılmasıdır (2002/EC/178 sayılı AB Tüzüğü m. 5).

37 “Directive 2002/46/EC of the European Parliament and of the Council of 10 June 2002 on the approximation of the laws of the Member States relating to food supplements”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0046&qid=1723802545462>, E.T. 16.08.2024.

38 Takviye Edici Gıdalara İlişkin 2002/EC/46 sayılı AB Direktifi m. 6/II, 7/I.

39 **Ankara**, s. 287.

Sonuç olarak karşılaştırmalı hukuka bakıldığında takviye edici gıdaların farmasötik formda (tablet, kapsül vb.) piyasaya arz edilse de “ilaç” değil, “gıda” kapsamında ele alındığı ancak klasik anlamda gıdalardan da farklı özel bir hukuki rejime tabi tutulduğu anlaşılmaktadır. Karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda, tüm takviye edici gıdaların “ilaç” statüsüne tabi tutulup, üretiminden satışına kadar ilaca eş ya da benzer hukuki rejime tabi tutulması olası görünmemektedir.

C. Türk Hukukunda Takviye Edici Gıda Reklamlarında Bilgilendirme ve Sağlık Beyanı

5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu m. 8’de, takviye edici gıdalarda gıda güvenliğine ilişkin düzenlemelerin Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca düzenleneceği hüküm altına alınmıştır⁴⁰. Hâlihazırda merkezi idare teşkilatında ise, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı yerine “*Tarım ve Orman Bakanlığı*” kurulmuş olup, anılan hususlarda görevli birim “*Gıda ve Kontrol Genel Müdürlüğü*”dür⁴¹.

Bakanlık, takviye edici gıdalara ilişkin olarak “*Takviye Edici Gıdaların İthalatı, Üretimi, İşlenmesi ve Piyasaya Arzına İlişkin Yönetmeliği*”⁴² çıkarmıştır. Yönetmelik m. 9/III’te takviye edici gıda üreten işletmelere yönelik reklâmlarla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Hükme göre, gıda işletmecisine ait alan adı ve URL adres/adreslerinde mevzuata aykırı reklâm ve tanıtım yapılamaz. Hatta takviye edici gıda üretmek üzere yapılan başvuru dosyasının il müdürlüğüne değerlendirmeye alınabilmesi için; başvuranın kendisine ait olmayan alan adı ve URL adres/adreslerinde mevzuata aykırı reklâm ve tanıtım bulunması hâlinde, bunların kaldırılmasına yönelik kanuni yollara başvuracağına dair taahhünameyi başvuru dosyasına eklemesi zorunludur.

Esasen tüm gıdalarda uygulanan “*Türk Gıda Kodeksi Gıda Etiketleme ve Tüketicileri Bilgilendirme Yönetmeliği*”⁴³’nin hükümleri arasında da

40 Hükümde özel tıbbî amaçlı diyet gıdaların gıda güvenliğine yönelik düzenlemelerde ise, Sağlık Bakanlığının yetkili olduğu düzenlenmiştir.

41 Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname 703 sayılı Kanun Hükümünde Kararname ile kaldırılmış (m. 23) olup, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile “*Tarım ve Orman Bakanlığı*” kurulmuştur. Bakanlığın hizmet birimleri arasında sayılan Gıda ve Kontrol Genel Müdürlüğünün görevleri m. 413’te ayrıntılı olarak gösterilmektedir (10.07.2018 tarih ve 30474 sayılı R.G.).

42 02.05.2013 tarih ve 28635 sayılı R.G.

43 26.01.2017 tarih ve 29960 (mük.) sayılı R.G.

takviye edici gıdalar bakımından göz önünde bulundurulması gereken hükümler bulunmaktadır. Anılan Yönetmelikte gıda hakkındaki bilgilendirmenin, tanıtımın ve reklâmın doğru, açık ve tüketici için kolay anlaşılır olması gerektiği (m. 7/II), gıdanın bir hastalığı önleme, tedavi etme veya iyileştirme özelliğine sahip olduğuna dair bilgilendirme, tanıtım ve reklâm yapılmaması gereği vurgulanmıştır (m. 7/III). Özellikle gıdanın bileşimi, miktarı, menşe ülkesi, imalat metodu açısından, gıdanın sahip olmadığı etki ve özelliklere atıfta bulunularak, benzerlerinden farkı olmadığı hâlde diğerlerinden daha özel bileşenlere ve/veya besin öğelerine sahip olduğu vurgulanarak bilgilendirme yapılamaz. Ayrıca gıdanın içerdiği öğe ve bileşenlerin aslında içerdiğinden farklı bir bileşenmiş gibi anlaşılmasına müsait bilgilendirmeler de yanıltıcı olup, yasaktır (m. 7/I).

5996 sayılı Kanun m. 23/II’de ise, “*gıda kodeksi*” kenar başlığı altında, takviye edici gıdaların etiketinde, tanıtımında veya reklamında “*sağlık beyanı*” kullanılabilmesine, Sağlık Bakanlığına bağlı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunca izin verileceği hükme bağlanmıştır. Hükme dayanılarak hazırlanan ve 20 Nisan 2023 tarihinde yürürlüğe giren “*Gıda ve Takviye Edici Gıdalarda Sağlık Beyanı Kullanımı Hakkında Yönetmelik*⁴⁴” hükümlerinin incelenmesi ise, bu çalışma bakımından son derece önemlidir.

Yönetmelikte, son tüketiciye arz edilen takviye edici gıdalarda sağlık beyanı kullanımına ilişkin usul ve esaslar yer almaktadır (m. 1). “*Sağlık beyanı*”, herhangi bir gıda grubunun, gıdanın veya gıdanın bileşiminde bulunan öğelerin insan sağlığıyla ilişkisini belirten, ileri süren veya ima eden beyanı; “*sağlık beyanı kullanımı*” ise, ürünlerin etiketinde, tanıtımında veya reklâmında sağlık beyanının yer almasını ifade eder (m. 4/I, i ve j bentleri).

Sağlık Beyanı Kullanımı Yönetmeliği’ne göre, kural olarak, takviye edici gıdaların etiketinde, tanıtımında veya reklâmında “*sağlık beyanı*” kullanılabilir (m. 5/I). Ancak sağlık beyanı; belirsiz, yanlış veya yanıltıcı olamayacağı gibi diğer ürünlerin yeterliliği veya güvenilirliği konusunda şüpheye de neden olmamalıdır. Yine sağlık beyanıyla belirli bir ürünün aşırı tüketimi desteklenmemeli veya özendirilmemelidir. Son olarak tüketicide kaygıya neden olabilecek biçimde; yazılı, resimli, grafik veya sembolik gösterimler vasıtasıyla vücut fonksiyonlarındaki değişikliklere atıfta bulunan sağlık beyanı da kullanılamaz (m. 5/II). Türk hukukunda takviye edici gıdaların tanıtım ve reklamlarında sağlık beyanı kullanımı,

44 20.04.2023 tarih ve 32169 sayılı R.G. Yönetmeliğe bundan sonra “*Sağlık Beyanı Kullanımı Yönetmeliği*” şeklinde atıf verilmektedir.

ancak ilgili kılavuz ve eklerine uygun olması hâlinde mümkündür. Elbette sağlık beyanı, ortalama tüketicinin beyanda belirtilen yararlı etkiyi kolayca anlayabileceği şekilde olmalıdır (m. 5/VII). Beşeri tıbbi ürün (ilaç), tıbbi cihaz veya özel tıbbi amaçlı gıda ile aynı ismi taşıyan takviye edici gıdalarda ise, her hâlde, sağlık beyanı kullanımı yasaktır (m. 5/VI):

Sağlık Beyanı Kullanımı Yönetmeliği'ne göre takviye edici gıdada sağlık beyanı kullanılabilmesi için, ürün etiketinde veya etiketin olmadığı durumlarda ürünün sunum ve reklamında dengeli ve çeşitli beslenme ile sağlıklı yaşamın önemini belirten bir ifade mutlaka yer almalıdır. Yine tanıtım ve reklamda beyan edilen faydanın sağlanması için tüketilmesi gereken gıda miktarı ve tüketim şekli ile varsa gıdayı tüketmemesi gereken kişiler için uyarı bulunmalıdır. Son olarak da, fazla tüketilmesi durumunda sağlığı olumsuz etkileyebilecek takviye edici gıdalar için uyarı yapılmış olmalıdır (m. 5/X). Sağlık Beyanı Kullanımı Yönetmeliği'nde ayrıca hangi ifadelerin sağlık beyanı olarak kesinlikle kullanılamayacağı da düzenlenmiştir (m. 5/XI).

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Kanun'da takviye edici gıdaların etiketinde, tanıtımında veya reklamında sağlık beyanı kullanılabilmesine Sağlık Bakanlığına bağlı olan Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunca izin verileceği ifade edilmiştir (5996 sayılı Kanun m. 23/II). Sağlık Beyanı Kullanımı Yönetmeliği m. 10/I'de ise, Tarım ve Orman Bakanlığınca kayıtlı veya onaylı işletmeler tarafından üretilen veya ithal edilen takviye edici gıdalar için ilgili kılavuz eklerinde yer alan sağlık beyanlarının, Kuruma izin başvurusu veya bildirim yapılmaksızın kullanılabilmesi belirtilmiştir. Hatta anılan hükme eklenen son fıkra ile takviye edici gıdalarda ilgili kılavuz eklerinde yer almayan bir sağlık beyanının kullanılması açıkça yasaklanmıştır (m. 10/IV). İlk bakışta Yönetmelik hükümlerinin normlar hiyerarşisine aykırı olduğu akla gelmektedir. Ancak Yönetmeliğin yürürlüğünün hemen sonrasında Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından yayınlanan kılavuz ve ekleri incelendiğinde, takviye edici gıda üreticilerine yönelik somut sağlık beyanlarına hangi hâllerde onay verilip hangi hâllerde verilmediğinin çok çeşitli örneklerle izah edildiği anlaşılmaktadır⁴⁵. Kanaatimizce yeni

45 Örneğin “*X bağışıklık sisteminin normal fonksiyonuna katkıda bulunur/yardımcı olur/rol oynar/destekler/ sürdürülmesine katkıda bulunur*” şeklinde sağlık beyanında bulunulabilir ancak “*X bağışıklık sisteminin normal fonksiyonunu yükseltir/optimize eder*” şeklinde kullanılamaz. Bu ve benzeri birçok örnek için bkz. “Gıda ve Takviye Edici Gıdalarda Sağlık Beyanı Kullanımı Kılavuzu”, <https://www.titck.gov.tr/mevzuat/gida-ve-takviye-edici-gidalarda-saglik-beyani-kullanimi-kilavuzu> 26042023123448, E.T. 09.08.2024.

mevzuat ile benimsenen uygulamanın, Kanun’da aranan izin, ilgili Kılavuz ve eklerinde yer alan sağlık beyanlarına uygun olmak koşuluyla, Tarım ve Orman Bakanlığınca kayıtlı veya onaylı takviye edici gıda işletmelerine baştan verildiği şeklinde değerlendirilmesi de mümkündür⁴⁶. Buna karşılık, normlar hiyerarşisine lafzen sıkı sıkıya bağlı kalındığında, anılan Yönetmelik hükmünün Kanun hükmüne uygun olmadığı da ileri sürülebilir. Kanaatimizce bu tür iddialarla karşılaşmamak için, 5996 sayılı Kanun m. 23/II’nin uygulamadaki ihtiyaçlara cevap verecek şekilde yeniden düzenlenmesi uygun düşer.

D. Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlara Karşı Korunan “Tüketici” Kavramı

Tüketici hukukunun amaçlarından biri, tarafı tüketici olan işlemlerde özellikle bilgi asimetrisi sebebiyle zayıf konumda olan tüketicilerin korunmasıdır. Hukukun nihaî amacı ise, adaletin sağlanması olup adalete ancak toplumsal refahın sağlanmasıyla erişilir. Dolayısıyla tüketicinin etkin şekilde korunabilmesi için, her hâlde varılan sonucun kamuya getirdiği yükün ekonomik bakımdan taşınabilir olması da gerekir⁴⁷.

46 Nitekim Kurumun web sitesindeki 16.01.2024 tarihli duyurusunda da, takviye edici gıda üreticilerinden sağlık beyanı kullanımıyla ilgili Kuruma görüş başvurusu yapıldığı ifade edilmiştir. Bunun üzerine, takviye edici gıda işletmelerinin Kuruma, ücreti karşılığında “*Gıda ve Takviye Edici Gıdalarda Sağlık Beyanı Kullanımı Görüş Talep Başvurusu*” yapabilmeleri mümkün kılınmıştır (<https://www.titck.gov.tr/duyuru/ilgili-firmalarin-dikkatine-16012024162717>, E.T. 09.08.2024).

47 Tüketici hukukunun amacı için bkz. A. Lale **Sirmen**, “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8 -Özel Sayı- 2013, s. 2466-2467. Tüketici hukuku günümüzde tüketiciyi ne her durumda zayıf ve korunma ihtiyacı içinde olduğu için, ne de liberal ekonomide pazarı etkileme gücüne sahip olduğu için korur. Tüketici farklı işlemlerde farklı gerekçelerle korunur ve tüketici hukukunun nihai amacı maddi anlamda sözleşme adaletini sağlamaktır (Zeynep **Dönmez**, “Avrupa Birliği’nde Tüketici Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri ve Tüketicinin Korunması Modelleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 967). Sözleşme özgürlüğüne sadece maddi sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmek için müdahale edilmelidir. Türk tüketici hukukunda benimsenen birleştirici model gereği de, bir taraftan tüketici ve satıcı-sağlayıcı tanımı yapılmış, diğer yandan ise tüketicinin ancak maddi sözleşme özgürlüğünün gerçekleşmesini sağlamak amacıyla ve sadece gerekli olduğu ölçüde özellikle de kanun koyucu tarafından önceden tespit edilen durumlarda özel olarak korunması gereklidir. Nitekim TKHK genel gerekçesinde de, tüketiciyi koruma sebepleri arasında tüketicinin bilgilendirilmesinin önemi vurgulanarak, sözleşme özgürlüğüne en az müdahale eden yöntem tercih edilmektedir (Çiğdem **Kırca**, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Modeller, TKHK’un Amacı ve Avrupa Birliği Tüketici Yönergelerinin Kapsamı (6502 Sayılı TKHK’un Yorumu ve TKHK’da Düzenleme Bulunmayan Konularda Tüketici İşlemlerinden Kaynaklanan

Tüketici kavramının kapsamının belirlenmesi açısından ise, sübjektif (amaç sistemi) ve objektif olmak üzere iki sistem bulunur. Türk hukukunda, 2003 yılından beri amaç sistemi esas alınarak dar ve hukuki anlamda tüketici tanımı tercih edilmiştir. Şu hâlde bir kişinin tüketici olarak nitelendirilebilmesi için, bir mal veya hizmeti ticarî veya meslekî olmayan amaçla edinmesi gerekir⁴⁸. Bununla birlikte 4077 sayılı TKHK döneminde uygulamada tüketici işlemi dar yorumlanmış ve bu durum birçok soruna sebebiyet vermiştir⁴⁹. Bu sebeple 6502 sayılı TKHK ile tüketici işleminin tanımı yeniden düzenlenmiş ve kapsamı genişletilmiştir⁵⁰.

Türk hukukunda tüketici kavramı, bazen dar bazen geniş anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda tüketici, bir gerçek veya tüzel kişinin bir mal veya hizmeti özel amaçla edindiği hâller yanında ticarî veya meslekî amaçlı edindiği hâlleri de kapsar. Yürürlükteki TKHK'un uygulama

Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme-I)", Yargıtay Dergisi, C. 43, S. 2, 2017, s. 300, 312-313).

- 48 Murat **Aydoğdu**/Nalan **Kahveci**, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 74-75; İ. Yılmaz **Aslan**, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2014, s. 70. Bu sistemde tüketici esasen, sözleşmenin zayıf tarafını oluşturması, ürünü nihai kullanım amacıyla satın alması gibi sebeplerle değil, sözleşmeyle takip ettiği ekonomik amaç dolayısıyla "*tüketici*" sıfatını kazanır. Modern tüketici hukukunda kabul gören amaç teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Hasan Seçkin **Ozanoğlu**, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 1, 2001, s. 59-60. Tüketici kavramı için ayrıca bkz. Mehmet **Altunkaya**, "Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 99; Çağlar **Özel**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 8. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 63-66; Tamer **İnal**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 66-67.
- 49 Şebnem **Akipek Öcal**, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Usul Hukuku Bakımından Etkileri", Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 17; Abdulkarim **Yıldırım**, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 3, 2022, s. 1171.
- 50 **Kırca**, I, s. 289; **Akipek Öcal**, s. 20; **Yıldırım**, s. 1171; Sezer **Çabri**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 61, 77; Seda **Özmumcu**, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16 -Özel Sayı- 2015, s. 840.

alanını belirleyen dar anlamda tüketici kavramı ise, mal veya hizmetin (meslekî ve ticarî olmayan) özel amaçlarla edinildiği hâllerle sınırlıdır⁵¹.

Acaba aldatıcı reklama muhatap olan tüketicinin TKHK kapsamındaki başvuru yollarından yararlanabilmesi için “*dar anlamda tüketici*” olması gerekli midir? Kanaatimizce TKHK’un mal ve hizmetlerde ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulabilmesi için tüketicinin, dar anlamda tüketici olması gerekir. Ancak TKHK m. 61 vd. hükümlerindeki başvuru yollarından yararlanabilmek için özel amaçlı yapılan bir tüketici işleminin varlığı aranmamalıdır. Zira reklamlara ilişkin genel ilkeleri düzenleyen TKHK m. 61 ve devamında düzenlenen Reklam Kurulu, sadece dar anlamda tüketicileri değil, geniş anlamda tüketicilere yönelik reklamları da denetlemekle yetkisine sahiptir⁵². Yine hukuki başvurunun TBK’nun yanılma ve aldatmaya ilişkin genel hükümlerine dayandığı durumlarda da, dar anlamda tüketicinin varlığını aramaya gerek bulunmaz. Dolayısıyla tüketicinin bu hâllerde “*geniş anlamda tüketici*” kapsamında bulunması

- 51 **Aydoğdu/Kahveci**, s. 80; **Aslan**, s. 4. Burada tüketici işleminin sınırını çizen ölçüt hukuki işlemin amacıdır (**Özel**, s. 64). Kanun’da tüketici tanımının sınırı hem amaç hem kişi yönünden oldukça geniş çizilmiştir. Hâkim görüşe göre tüketici sıfatının varlığı bakımından ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket eden ifadesi, lafzî gibi okunup anlaşılmalıdır (**Akıpek Öcal**, s. 22). Diğer taraftan doktrinde TKHK m. 3’ün lafzî yorumlandığında çok geniş bir kapsamı içine alan ifadesinin (**Kırca**, I, s. 290), amacına göre daraltılarak yorumlanması gerektiği de ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre TKHK’un kapsamı, özel olarak düzenlediği konularla sınırlıdır. TKHK, sadece düzenlediği konularda uygulama alanı bulur ve TKHK’un düzenlemediği konularda taraflarından biri tüketici olsa veya yapılan işlem tüketici işlemi olsa bile yine asıl düzenlemenin yapıldığı Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu veya ilgili diğer Kanun uygulanır. Dolayısıyla söz konusu uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri değil, ilgili mahkemelerin görevli olması da gerekir (**Kırca**, I, s. 282). Diğer bir deyişle, bir sözleşme türünün, TKHK kapsamında olduğunun kabul edilmiş olması o sözleşmeye ilişkin her uyuşmazlığın Kanun kapsamında olmasını gerektirmez (Ece **Baş Süzel**, “Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, 2018, s. 967-968). Lafzî yoruma sıkı sıkıya bağlı kalınması, uygulamada tüketici mahkemelerinin iş yükünü artırmakta ve sıkça mahkemeler arasında görev uyuşmazlıklarının doğmasına neden olmaktadır (**Özümucu**, s. 841, 869-870; Çiğdem **Kırca**, “6502 Sayılı TKHK’daki Düzenlemelerin Yorumlanması ve Görevli Mahkeme (6502 Sayılı TKHK’un Yorumu ve TKHK’da Düzenleme Bulunmayan Konularda Tüketici İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme-II)”, Yargıtay Dergisi, C. 43, S. 2, 2017, s. 389).
- 52 Aynı yönde bkz. Emrehan **İnal**, Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 126; **Özdemir**, s. 64-65. Nitekim aldatıcı reklamin muhatapı olan “*tüketici*” grubuna hem malî bireysel ihtiyaçları için edinenler hem de sınıai-ticari tüketiciler dâhildir (Celal **Göle**, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1983, s. 37, 49).

yeterlidir. Değinildiği üzere geniş anlamda tüketici ise, bir gerçek veya tüzel kişinin bir mal veya hizmeti özel amaçla edindiği hâller yanında ticarî veya meslekî amaçlı edindiği hâlleri de kapsar. Başvurunun TTK haksız rekabet hükümlerine dayandırıldığı hâllerde ise, başvuranın geniş anlamda tüketici kapsamında bulunması ve hatta rakip firma olması dahi yeterlidir. Zira TTK m. 56'ya göre, aldatıcı reklam dolayısıyla haksız rekabetten doğan davaları, zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşılaşan rakipler yanında ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler de açabilmektedirler.

E. Reklamların Önemi ve Takviye Edici Gıda Reklamlarında Aldatıcılık Unsurlarının Değerlendirilmesi

Reklam, piyasaya aynı veya benzer nitelikte ürünler sunan yüzlerce ve hatta binlerce sayıdaki işletmenin, tüketici tarafından öncelikli olarak tercih edilmek amacıyla başvurduğu ürün tanıtım araçlarının başında gelir. Zira reklamlar geniş anlamda tüketiciye ulaşmanın en kısa yoludur. Reklam, tüketiciye belli bir ürün veya hizmet hakkında bilgi vererek, o malın veya hizmetin piyasadaki sürümünü artırmayı amaçlar⁵³.

Mecra ise, reklamın tüketiciye ulaştırıldığı yöntemi/vasıtayı ifade eder⁵⁴. Reklâmlar, yayımlandıkları mecra açısından bakıldığında televizyonda, radyoda, yazılı basında (gazete, dergi, broşür) yayınlanan reklamlar ile afiş gibi açık havada yayınlanan reklamları kapsar. Bunlar yanında internet reklamları ve satış yerlerinde yapılan reklamlar ile sosyal medya reklamları⁵⁵ da bulunur⁵⁶. Şu hâlde serbest piyasa ekonomisinde var olmak ve varlığını devam ettirmek isteyen her üretici reklâm faaliyetine önem göstermektedir. Zira birbirinden fiziksel anlamda çok uzakta bulunan üretici/satıcı ile tüketici arasındaki bağlantı, ancak reklam sayesinde kurulur⁵⁷.

53 Bkz. **Göle**, s. 33; **İnal/Baysal**, s. 6; Yakup **Güzel**, Reklam Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 10-11.

54 **Çabri**, s. 1088. Mecra, doktrinde reklamın kamuoyuna duyurulacağı vasıta şeklinde de ifade edilmiş ve reklamın bir unsuru olarak ele alınmıştır (**Göle**, s. 35).

55 Sosyal medya kapsamında Facebook ve Instagram gibi uygulamalar ile Youtube öncelikle tercih edilmektedir. İçerisinde ilaç firmaları da bulunan işletmeler; internet reklamları, sosyal medya paylaşımları ve e-posta gönderimleriyle kısa yoldan tüketiciye ulaşma gayesindedir (Bkz. **Doğan/Ünalın**, s. 248-249, 264).

56 Bkz. **Güzel**, s. 14.

57 Bkz. **İnal**, s. 5; Numan **Tekelioğlu**, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 1, 12, 20; **Özdemir**, s. 65; **Çabri**, s. 1081.

Takviye edici gıda sektörü bakımından da reklam son derece önemlidir. Yukarıda açıklandığı üzere takviye edici gıdalarda, ilaçlarda olduğu gibi, reklam yasağı bulunmamaktadır. Takviye edici gıda işletmelerinin, mevzuata uygun olduğu ölçüde, reklam yapması serbesttir. Yapılan araştırmalarda da takviye edici gıda kullanıcılarının büyük çoğunluğu, bu ürünleri yakın çevrelerinden ve özellikle de reklamlardan öğrendiklerini ifade etmişlerdir⁵⁸.

1. Aldatıcı Reklamlara İlişkin Genel Hükümler ile Aldatıcılığa İlişkin Ölçütler

Türk hukukunda, aldatıcı reklamlara ilişkin düzenlemeler başta Türkiye Radyo ve Televizyon (TRT) Kanunu olmak üzere birçok kanun ve yönetmelikte yer almaktadır. TRT Kanunu m. 16'ya göre, TRT Kurumu, görev ve yayın esaslarına uymak kaydıyla gerçek kişiler, kurumlar ve özel hukuk tüzel kişilerin de hazırlanan programlı veya programsız reklam kuşaklarını radyo ve televizyondan yayımlayabilir. Ancak reklamlarda halkı aldatıcı, yanıltıcı, haksız rekabete veya karşılıklı cevaplamaya yol açıcı, diğer ürün veya nitelikleri kötüleyici, herhangi bir ürünün israfını telkin veya ima edici ve genel olarak memleketin ekonomik durumuna zarar verici hususlara yer verilemez, siyasi propaganda yapılamaz.

Mevzuatta aldatıcı reklamları yasaklayan en önemli düzenleme ise, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 61/III'te bulunmaktadır. Anılan hüküm ile tüm reklam verenlere hitap eder şekilde, aldatıcı reklam yasağı getirilmiştir. Hükümün gerekçesinde ise, toplum sağlığı açısından olumsuzluklar yaratan bilimsel olarak etkinliği ve yan etkileri kanıtlanmamış olan takviye edici gıdaları sağlıklıymış gibi sunmanın aldatıcı reklam oluşturduğu açıkça vurgulanmıştır⁵⁹. Ancak hükümde, aldatıcı reklam tanımlanmamıştır. TKHK'a dayanılarak çıkartılan *Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği*⁶⁰, nde de aldatıcı reklama dair herhangi bir tanım yer almamaktadır. Türk hukukunda aldatıcı reklamın tanımı, doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Aldatıcı reklamın varlığını ortaya koyan ölçütler somutlaştırılmalıdır. Bu hâlde hem tüketici menfaati korunmuş olur hem de reklamı idari ve adli

58 **Doğan ve diğerleri**, “Tüketicilerin Takviye Edici Gıdaları Kullanım Amacı, Satın Alma Tercihleri, Ürünler Olan Güveni ve Yasal Düzenlemeler Hakkındaki Düşünceleri: Van İli Örneği”, Yüzcüncü Yıl Üniversitesi Tarım Bilimleri Dergisi, C. 30, S. 4, 2020, s. 823.

59 Bkz. **Çabri**, s. 1085.

60 10.01.2015 tarih ve 29232 sayılı R.G.

anlamda denetleyen makamlar, sınırı daha belirgin hâle gelen “aldatıcı reklam” kavramına dayanarak, daha istikrarlı kararlar verebilirler⁶¹.

Aldatıcı reklamın tanımı ve reklamlarda aldatıcılık unsurlarına ilişkin olarak “Avrupa Birliği’nin Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin 2006/114 Sayılı Direktifi⁶²”nden yararlanılabilir. Direktif m. 2’ye göre, “aldatıcı reklam, sunulması da dâhil olmak üzere herhangi bir şekilde hitap ettiği veya ulaştığı kişileri yanıltan veya yanıltabilecek olan ve yanıltıcı özelliği sebebiyle onların ekonomik davranışlarını etkilemesi muhtemel olan veya bu özellikleri sebebiyle bir rakibe zarar veren veya zarar vermesi muhtemel olan reklamlardır”. Türk hukukunda da, Direktife benzer şekilde, aldatıcı reklamlar karşısında korunmak istenen iki grup bulunmaktadır. Bunlar, tüketiciler ile rakip firmalardır⁶³. Reklamın aldatıcı sayılması için, tüketicinin somut olayda yanıltılmış olması gerekmez. Önemli olan, reklamın tüketiciyi yanıltabilecek nitelikte olmasıdır. Dolayısıyla aldatıcı reklamın aldatıcı özelliğinin tüketicinin ekonomik davranışını somut olarak etkilemesi değil; etkileme gücünün olması aranır⁶⁴.

Bir reklamın aldatıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde, objektif ölçütlerden hareket edilmelidir. Örneğin reklamdaki bilginin yanlış ya da gerçek dışı (diğer bir deyişle yalan) olması; reklamın aldatıcı olduğunu gösteren objektif bir ölçüttür⁶⁵. Dolayısıyla bir reklamın içerdiği iddiaların her hâlde bilimsel araştırma sonuçlarıyla desteklenmesi gerekir⁶⁶. Bazen reklamın lafzi anlamı aldatıcı olmasa da; reklamdaki ifadenin vaadi, gösterinin ifadeyi desteklemediği hâller söz konusu olabilir. Bazen de reklamdaki tüketiciler için önemli olan bilgilerin açıklanmadığı ve reklamdaki ifadenin birden fazla anlamının ya da ifadenin belirsiz (açık olmadığı) olduğu hâller ile karşılaşılabilir. Doktrinde tüm bu hâllerin, bütün olarak değerlendirildiğinde bir reklamın yanıltıcı olduğu sonucuna götürebileceği ifade edilmiştir⁶⁷.

61 İnal, s. 102; Özdemir, s. 71-72; Tekelioğlu, s. 70.

62 “Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0114>, E.T. 06.08.2024.

63 Aldatıcı reklamın önlenmesi ayrıca serbest piyasadaki rekabeti ve ahlâki değerleri de korur (İnal, s. 88).

64 Aslan, s. 267.

65 Özdemir, s. 72; Güzel, s. 170. Yanlış bir reklam aldatıcıdır (Aslan, s. 265). Haksız rekabet hâli olan aldatıcı reklamlar açısından aynı yönde bkz. Göle, s. 52, 62 vd.

66 Tekelioğlu, s. 115.

67 Göle, s. 67-73.

Bir reklâmın aldatıcı olup olmadığına ilişkin yapılan değerlendirmede göz önünde bulundurulması gereken tüketici, “*reklamın hedef kitlesinde yer alan ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketici*”dir⁶⁸. Şu hâlde yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi içererek orta seviyedeki tüketicinin ekonomik davranışlarını etkileyebilecek nitelikte olan reklamlar, aldatıcıdır⁶⁹.

2. Takviye Edici Gıda Reklamlarında Sağlık Çekiciliği ve Aldatıcılık Unsurları

Günümüzde takviye edici gıda reklamlarıyla, sosyal medya dahil çok çeşitli mecralarda sıkça karşılaşılmaktadır⁷⁰. Reklam sektörü, reklâmın muhatabı üzerinde daha etkili olması için, çeşitli çekicilik unsurlarından yararlanır. Reklamlarda sıkça başvurulan çekicilik unsurlarından biri, sağlıktır⁷¹. Takviye edici gıdaların sosyal medya reklamlarının sıklığı ve içeriğini çekicilik unsurları açısından değerlendiren araştırmalarda, takviye edici gıda reklamlarında daha ziyade “*sağlık çekiciliğine*” odaklanıldığı vurgulanmıştır⁷². Takviye edici gıda reklamlarında oynatılan ünlülerin hepsi; sağlıklı, başarılı, fit ve toplum tarafından kabul görmüş beden estetiğine sahiptir. Ünlüler; reklamda tanıtılan takviye edici gıdayı tükettikleri için ciltlerinin, saçlarının, kas ve kemik yapılarının sağlam ve dolayısıyla vücut sağlıklarının yerinde olduğunu, yoğun iş temposuna ancak bu sayede ayak uydurabildiklerini vurgulamaktadırlar. Böylece reklâmla, muhatabına bir yandan ürünün rutin kullanımı hâlinde her daim zinde kalınacağı mesajı verilmekte bir yandan da kullanım

68 **Göle**, s. 74-75; **İnal**, s. 114; **İnal/Baysal**, s. 26-27; **Özdemir**, s. 74-75; **Aslan**, s. 267; **Güzel**, s. 171. Ayrıntılı bilgi için bkz. Koray **Güven**, “Reklam Hukuku Perspektifinden Avrupa Birliği, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın ‘Gut Springenheide’ Kararı Üzerinden Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 120, 2015, s. 504. Ancak Reklam Kurulunun bir reklâmın aldatıcılığını değerlendirirken ortalama tüketici kıstasından daha düşük bir tüketiciyi esas aldığı yönündeki eleştiriler için bkz. **İnal/Baysal**, s. 36-37.

69 **İnal/Baysal**, s. 25 vd. Tanımda, aldatıcı reklâmın üç kümülatif unsuru da bulunur (**İnal**, s. 38, 104 vd.). Kısaca, satıcının bildirdiği niteliklerin satışa sunduğu malda bulunmaması şeklinde de ifade edilebilir (**Çabri**, s. 1105).

70 **Doğan/Ünal**, s. 252; **Ankara**, s. 277; **Şimşek**, s. 168.

71 **Doğan**, s. 1035.

72 **Doğan**, s. 1034, 1036. Bir başka çalışmada ise, reklâmdaki ürünün kullanıcılarına yoğun iş temposunda enerji ve zindelik sağladığı; işte, okulda, günlük yaşamda her zaman kullanılabileceği ve böylece yoğun iş temposundan arta kalan zamanlarda günlük aktivitelere zaman ayrılabilceği vurgulanmıştır (**Doğan/Ünal**, s. 264).

sonrasında modern tüketicinin hedeflediği bedensel ideal ölçülere sahip olma durumu vaat edilmektedir⁷³.

Bilindiği üzere Türk hukukunda, reçeteli olsun olmasın ilaçlar bakımından reklam yasağı bulunmaktadır. Ancak takviye edici gıdalar bakımından, sınırlandırılmış reklam serbestisi getirilmiştir. Bu durum, takviye edici gıda sektöründe markalaşma gayesindeki ilaç firmalarını, önceden Sağlık Bakanlığında “ilaç” ruhsatı almış bazı ürünlerine ilişkin Tarım ve Orman Bakanlığına başvurarak “takviye edici gıda” ruhsatı almaya yönlendirmiştir. Türk hukukunda anılan başvuruların önüne engel de konulmadığından, esasen ilaç niteliğine sahip ürünleri takviye edici gıda ruhsatını da kazanan işletmeler, sınırlı reklam serbestisinden yararlanabilmekteydiler⁷⁴. Yürürlükteki Sağlık Beyanları Yönetmeliği’nde ise, bu ve benzeri durumların sakıncalarını bertaraf etmek amacıyla; beşeri tıbbi ürün (ilaç), tıbbi cihaz veya özel tıbbi amaçlı gıda ile aynı ismi taşıyan takviye edici gıdalarda sağlık beyanı kullanılamayacağı açıkça düzenlenmiştir (m. 5/VI).

Takviye edici gıdalara ilişkin reklamlardaki aldatıcılık unsurları belirlenirken, reklamın yalnız sözlü/yazılı ifadesi değil, bir bütün olarak görsel ve işitsel duylara hitap eden tüm özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁵. Reklamlarda, takviye edici gıdaların her isteyen tarafından istediği zaman kullanılabilmesi değil; özellikle tüketici bakımından potansiyel sağlık riski oluşabilecek zamanlarda zorunlu ve gerekli olduğu ölçüde kullanımı tavsiye edilmelidir. Oysa takviye edici gıda reklamlarında sıkça bunun aksi vurgulanmaktadır. Özellikle de, takviye edici gıdanın internet ortamından ya da piramit satış ağları üzerinden yetkili sağlık personeli tavsiyesi aranmaksızın tedarik edilebilmesi, Türkiye’de bu ürünlerin klasik anlamda gıda gibi tüketimini mümkün kılmaktadır⁷⁶.

73 Doğan, s. 1040. Benzer yönde Doğan/Ünalın, s. 259, 261, 263.

74 Ankara, s. 277-278; Aslan/Orhan, s. 727; Şimşek, s. 151. Tüketiciler de takviye edici gıdalar konusunda yetkili otoritenin Sağlık Bakanlığı olması gerektiği kanaatindedir. Nitekim Türkiye’de yapılmış yakın tarihli bir araştırmada katılımcılara sorulan “Takviye edici gıdaların kontrol ve denetimleri hangi bakanlıkça yürütülmeli?” sorusuna % 76.9 oranında “Sağlık Bakanlığı”; % 6.7 oranla da “Tarım ve Orman Bakanlığı” cevabı verilmiştir (Doğan ve diğerleri, s. 828).

75 Genel olarak reklamlara ilişkin bu yönde bkz. Göle, s. 67-68; İnal, s. 107; Özdemir, s. 73.

76 Bkz. Budak, s. 283. Takviye edici gıdaların yetkili sağlık personeli (özellikle diyetisyen) tavsiyesi üzerine kullanılması son derece önemlidir (Ankara, s. 312-313; Aslan/Orhan, s. 732-733).

Doktrinde de “*kolay yoldan kilo alıp verme ve kısa süre içerisinde kaslı bir vücut yapısına sahip olma*” amaçlı takviye edici gıda reklamlarıyla sıkça karşılaşıldığı vurgulanmaktadır⁷⁷. Yürürlükteki Sağlık Beyanı Yönetmeliği’nde ise, söz konusu sağlık beyanlarının kesinlikle ve açıkça yasaklandığı görülmektedir (m. 5/XI). Zikredilen düzenlemeye göre, takviye edici gıdanın tüketilmemesi hâlinde sağlığın olumsuz etkilenebileceğini ileri süren bir beyanda bulunulamaz. Kilo kaybının veya artışının miktarına veya oranına işaret eden sağlık beyanında bulunmak yasaktır. Sağlık beyanı kullanılan takviye edici gıda ile ilgili tanıklığına başvuru kişinin tecrübesi veya ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar ile ilişkilendirilen teşekkür, övgü, tavsiye veya onay ifadesine yer verilen veya imada bulunan beyanlar da kullanılamaz.

Ticari reklamlarda takviye edici gıdaların kendi özel besin değerlerine ilişkin gerçek bilgileri sunması da zorunludur. Kanaatimizce salt gerçeğe aykırı bilgi verilmesi bile, yanlış ve yanıltıcı olduğundan reklamı aldatıcı hâle getirir. Özellikle de, bir takviye edici gıdanın Tarım ve Orman Bakanlığı’ndan ruhsatı olmadığı hâlde ruhsatı varmış gibi ya da Sağlık Bakanlığı’ndan ruhsatlıymış gibi reklamının yapılması, her hâlde tüketicileri aldatır.

II. TÜKETİCİLERİN TAKVİYE EDİCİ GIDALARA İLİŞKİN ALDATICI REKLAMLARA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

Türk hukukunda Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) ve Ticaret Bakanlığı Reklam Kurulu, takviye edici gıda reklamlarına karşı idari yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Aldatıcı bir reklama muhatap olduğundan dolayı bir takviye edici gıdayı satın alan ancak ürün reklamında vaat edilen faydayı görmeyen tüketiciler, reklamın aldatıcı olduğuna dayanarak, ilgili idari makamlara şikâyette bulunabilirler. Esasen, Reklam Kurulunun mevzuata aykırı reklamlarla ilgili re’sen inceleme yetkisi de bulunmaktadır. Ancak Reklam Kurulu, personel yetersizliği ve yapısının uygun olmaması sebebiyle bu yetkisini fazla kullanamamaktadır. Gerçekten de Reklam Kurulu kararlarında genelde şikâyet üzerine karar verildiği görülmektedir⁷⁸.

77 **Kazaz/Gençyürek Erdoğan**, s. 939.

78 Nitekim Reklam Kurulunun 2024 yılı Ağustos ayı dahil yayınladığı “*Reklam Kurulu Kararları Basın Bültenleri*” incelendiğinde, yaptırım uygulanan dosyaların hemen hepsinde “*şikâyet edilen reklam*” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir (https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari, E.T. 19.08.2024). Aynı yönde bkz. **Aslan**, s. 287; **Güzel**, s. 241.

A. Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna (RTÜK) Başvuru

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın İlkeleri Hakkında Kanun⁷⁹ m. 34 ve devamında radyo ve televizyonda yayınlanan reklamları denetleme yetkisine de sahip olan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) kurulmuştur⁸⁰.

RTÜK Kanunu'nda, önemi dolayısıyla takviye edici gıda reklamlarına ilişkin özel bir düzenleme de vardır. Hükümde radyo ve televizyon yayınlarında takviye edici gıdaların ilgili mevzuatına aykırı olarak sağlık beyanıyla satışının, pazarlanmasının ve/veya reklamının yasak olduğu açıkça vurgulanmıştır (RTÜK Kanunu m. 8/IV)⁸¹. Zikredilen hükmün ihlâli halinde ise, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, ihlalin ağırlığını ve yayının ortamını ve alanını göz önünde bulundurarak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirin yüzde ikisinden beşine kadar idarî para cezası vermeye yetkilidir (RTÜK Kanunu m. 32/I). Ayrıca, idarî tedbir olarak, ihlâlê konu programın yayınının beş kez kadar durdurulmasına, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ihlâlê konu programın katalogdan çıkarılmasına karar verilir. İhlalin mahiyeti göz önünde bulundurulurken, bu fıkra hükümlerine göre idarî para cezası ile birlikte idarî tedbire karar verilebileceği gibi, sadece idarî para cezasına veya tedbire karar verilebilir (RTÜK Kanunu m. 32/II). Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun ihlâlê ağırlığını, haksız ekonomik kazancın ve tekrarının varlığını göz önünde bulundurarak her ihlal için bir defaya mahsus olmak üzere, idari para cezası yerine medya hizmet sağlayıcı kuruluşunu uyarabilme yetkisi de bulunmaktadır (RTÜK Kanunu m. 32/VIII).

Uygulamada da RTÜK'nun, takviye edici gıdalara ilişkin reklamlarda reklam mevzuatına aykırılığın aynı zamanda RTÜK Kanunu m. 8/IV'ü ihlal ettiği gerekçesiyle duruma göre televizyon kanalının uyarılmasına, idari para cezasına veya ihlale konu program yayının durdurulmasına yönelik idari yaptırım kararları bulunmaktadır⁸². Buna karşılık RTÜK,

79 3.3.2011 tarih ve 27863 sayılı R.G. Bundan sonra Kanuna, "RTÜK Kanunu" şeklinde atf verilmektedir.

80 RTÜK'ün reklam denetimine ilişkin ayrıca bkz. **Şimşek**, s. 172-175.

81 Anılan düzenleme Kanun'a 17.04.2017 tarih 690 sayılı KHK m. 60 ile eklenmiş olup, 7077 Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun m. 50 ile de aynen kabul edilmiştir (8.03.2018 tarih ve 30354 (mük) sayılı R.G.).

82 Takviye edici gıdalara ilişkin bazı kararları için bkz. RTÜK, Karar No. 20, T. No. 2018/34, 29.08.2018; RTÜK, Karar No. 12, T. No. 2022/11, 16.3.2022, (Lexpera İçtihat Bankası, E.T. 09.08.2024).

takviye edici gıda reklamlarını sadece radyo ve televizyonlarda yayınlanan reklamlarla sınırlı olarak denetleyebilmektedir. Oysa tüm reklam sektöründe olduğu gibi, takviye edici gıda işletmeleri de reklamlarında son zamanlarda sosyal medya dahil internet ortamından yararlanmayı tercih etmektedir. Zira tüketicilerin internet ve sosyal medyada geçirdikleri süre dikkate alındığında, doktrinde de sosyal medyada yayınlanan açık ve örtülü reklamlar yoluyla bireylerin tüketim alışkanlıklarını değiştirmenin, diğer bir deyişle tüketicilerde yeni tüketim alışkanlıkları oluşturmanın mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁸³ Bu sebeple, kanaatimizce RTÜK'ün anılan yetkileri önemlidir ancak RTÜK, tüketicileri korumak bakımından, Reklam Kuruluna göre daha arka planda kalmaktadır. Ayrıca her idari kuruluş gibi, Üst Kurulun verdiği yaptırım kararlarına karşı da idari yargı yolu açıktır.⁸⁴

B. Reklam Kuruluna Başvuru ve Kurulun 2023 Tarihli Sağlık Beyanı Yönetmeliği Sonrası Kararlarının Değerlendirilmesi

Ticaret Bakanlığına bağlı Reklam Kurulunun sosyal medya dahil tüm mecralarda yayınlanan reklamları idari yoldan denetim yetkisi bulunmaktadır.⁸⁵ Kanun'da Kurulun, denetlediği reklamlara ilişkin olarak durdurma, aynı yöntemle düzeltme, idari para cezası verme ve gerekli gördüğü hâllerde üç aya kadar tedbiren durdurma cezası ya da içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi düzenlenmiştir (TKHK m. 63/I). Reklam Kurulu, aykırılığın niteliğine göre yaptırım kararlarını birlikte veya ayrı ayrı verebilir. Kanun'da idari para cezası miktarının belirlenmesinde, reklamın yerel veya ulusal düzeyde olmasına ve yayınlanan mecraya göre farklılık getirilmiştir. Yine Kurula, idari işleme konu ihlalin bir yıl içinde tekrar edilmesi hâlinde Kanun'da öngörülen idari para cezalarını on katına kadar uygulayabilme yetkisi verilmiştir (TKHK m. 77/XII, c. 2,3,4).

Reklam Kuruluna şikâyet yoluyla başvuru, uygulamada aldatıcı reklamlara karşı en fazla başvuru yoldur. Zira aldatıcı reklamlar sebebiyle münferit tüketicinin ortaya çıkan zararı, özellikle de takviye edici gıdalar bakımından değerlendirildiğinde, oldukça düşük miktarda kalabilmektedir. Ayrıca tüketicinin mahkemeye başvurma hususunda

83 Bu yönde bkz. Ayşe Dilşad **Keskin**, “Influencer Sözleşmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2022, s. 131.

84 İdare mahkemesindeki dava, işlemin tebliğinden itibaren on beş gün içinde açılmalıdır ve bu başvuru, kararın icrasını durdurmaz (RTÜK Kanunu m. 32/IX).

85 **Güzel**, s. 181. Reklam Kurulunun reklam denetimine ilişkin ayrıca bkz. **Şimşek**, s. 175-179.

yeterli bilgiye, zamana ve paraya sahip olmaması da, tüketicileri dava açmaktan uzaklaştırmaktadır. Buna karşılık tüketiciler, aldatıcı olduğu iddiasıyla bir reklamın Reklam Kurulu tarafından incelenmesini ve reklam verenlere TKHK m. 63/I ve m. 77/XII’de belirtilen yaptırımların uygulanabilmesini sağlayabilmektedirler. Ancak bu başvuru üzerine, tüketicinin varsa aldatıcı reklam sebebiyle uğramış olduğu zararının tazmini mümkün değildir. Zira Kurulun amacı, reklamların mevzuata uygunluğunu incelemek ve gerekli gördüğü hâllerde Kanun’da belirtilen idari yaptırımları uygulamaktır⁸⁶.

Yukarıda içeriği detaylı şekilde açıklandığı üzere, Türk hukukunda takviye edici gıda reklamlarında kullanılabilen sağlık beyanlarına ilişkin olarak 20.04.2023 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan “*Gıda ve Takviye Edici Gıdalarda Sağlık Beyanı Kullanımı Hakkında Yönetmelik*” yürürlüktedir. Yönetmeliğin ardından 26.04.2023 tarihinde Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu tarafından “*Gıda ve Takviye Edici Gıdalarda Sağlık Beyanı Kullanımı Kılavuzu*” yayınlanmıştır. Buna göre, takviye edici gıda reklamlarında bir hastalığın önlenmesinde, tedavisinde kullanılabileceği şeklinde endikasyon belirten bir sağlık beyanında bulunulamaz. Takviye edici gıdalara ilişkin ticari reklamların ilgili kılavuz ve eklerine uygun olması zorunludur. Aşağıda, Reklam Kurulunun takviye edici gıdalara ilişkin olarak anılan yönetmelik ve Kılavuz sonrasında verdiği kararları incelenmiştir⁸⁷.

Reklam Kurulunun Basın Bültenleri incelendiğinde, yeni tarihli takviye edici gıda şikâyetlerinde de, önceki dönemde olduğu gibi, mevzuata aykırı ve tüketiciyi aldatıcı çeşitli durumlar tespit edilerek idari yaptırım kararları verildiği görülmektedir. Bu kararların bir kısmında, ürünler reklamlarda “*takviye edici gıda*” olarak tanıtılmakta ancak ürünlerin Tarım ve Orman Bakanlığı’ndan ruhsatı dahi bulunmamaktadır. Reklamların çok büyük bir kısmında ise, hastalıklara karşı yararlı olduğu veya bazı hastalıkların önlenmesinde anılan ürünlere başvurulabileceği

86 Bkz. **Tekelioğlu**, s. 150-151.

87 Bir başka çalışmada ise, Reklam Kurulu’nun 2019 yılının son altı aylık döneminde (Temmuz, Ağustos, Eylül, Ekim Kasım, Aralık) verdiği kararlar konu edilmiştir. Çalışmada takviye edici gıdalardan en çok hangi ürün grubunun şikâyete konu olduğu, şikâyete konu reklamların reklam mecraları, cezai yaptırım oranları ve Kurul’un hangi gerekçeler ile cezai yaptırım uyguladığı incelenmiştir (**Kazaz/Gençyürek Erdoğan**, s. 946). Doktrinde, 2020 yılında Reklam Kurulu tarafından uygulanan yaptırımların sektörel dağılımı incelendiğinde gıda sektörünün üçüncü en fazla yaptırım uygulanan sektör olduğu ve bunun sebebinin uydu kanalları ve internet üzerinden satış ve pazarlaması yapılan takviye edici gıdalara ilişkin reklamlar olduğu ifade edilmiştir (**Güzel**, s. 195-196).

izlenimi oluşturulduğu tespit edilmiştir. Diğer bir deyişle, anılan reklamlarda endikasyon (tıbbi zorunluluk/gereklilik) belirtilerek bilimsel olarak ispata muhtaç iddialara yer verilmekte ve söz konusu takviye edici gıdalar bir ilaç veya beşeri tıbbi ürün gibi tanıtıldığından, haklı olarak, reklamların aldatıcı olduğu tespit edilmektedir. Zira Sağlık Beyanı Kullanımı Yönetmeliği'ne göre takviye edici gıda reklamlarında bağışıklık sistemini güçlendirip antioksidan özelliğe sahip olduğu ya da kısa sürede kilo aldırıp verdirebildiği yönünde beyanda bulunulamaz. Kararlarda ise, reklamlarda endikasyon belirtir şekilde kanser ve kalp-damar hastalıklarını önlediği, kış aylarında artan enfeksiyon hastalıklarından koruduğu şeklinde sağlık beyanları kullanıldığı tespit edilmiştir. Takviye edici gıda reklamlarındaki bu ve benzeri iddiaların, insanın fizyolojik yapısında değişiklik meydana getirerek bazı sağlık sorunlarının tedavisine katkı sağladığı yönünde mesaj taşınması, mevzuata aykırı nitelikte sağlık beyanı olarak değerlendirilmiştir⁸⁸.

Kanaatimizce de Reklam Kurulunun zikredilen kararları oldukça yerindedir. Zira Sağlık Beyanı Yönetmeliği, Kılavuzu ve eklerine uygun olmayan sağlık beyanlarıyla, tüketiciler nezdinde takviye edici gıdalar, reklamda belirtilen hastalıkları tedavi etme potansiyeli olan ilaçlar gibi tanıtılmaktadır. Reklam Kurulu anılan reklamlarla ilgili olarak reklam verenlere TKHK m. 63 ve m. 77/XII uyarınca bazen durdurma cezası ve bazen de hem durdurma hem idari para cezaları vermiştir.

88 Reklam Kurulu'nun 10.05.2023 tarihinde yayınlanan yayıflatıcı gıda takviyesine ilişkin bir reklam hakkında *"ilgili ürünlerin insan metabolizmasında değişiklik meydana getirerek bu ürünü kullanan tüketicilerin olağan süreçten daha hızlı bir şekilde kilo verdiklerine yönelik endikasyon belirten, sağlık beyanı içeren ve bilimsel olarak ispata muhtaç ifadeler kullanıldığı, bu çerçevede söz konusu ürünlerin tüketiciler nezdinde bir ilaç veya beşeri tıbbi ürün olduğu izlenimi uyandırıldığı"* (Dosya No. 2023/1061; Benzeri kararlar için Dosya No. 2023/6054, 2023/6219) ifade edilmiştir. Bağışıklık sistemini güçlendirdiğine yönelik bir reklam hakkında ise *"söz konusu ürünün insan fizyolojisinde değişiklik meydana getirerek tıp literatüründe hastalık olarak nitelendirilen birçok rahatsızlıktan koruduğuna, bu rahatsızlıkları tedavi ettiğine ya da tedavi sürecinde yardımcı olduğuna yönelik endikasyon belirten ve bilimsel olarak ispata muhtaç ifadeler kullanıldığı; bu doğrultuda tüketiciler nezdinde ilgili ürünlerin takviye edici gıda olarak anlaşılmasından ziyade bu rahatsızlıkları tedavi eden bir ilaç veya beşeri tıbbi ürün algısı oluşturduğu, dolayısıyla anılan reklamlarda yer alan iddiaların mevzuatta izin verilen sınırların dışına çıkan sağlık beyanı olduğu, değerlendirilmiş olup"* idari yaptırım uygulanmıştır (Dosya No. 2023/1242. Benzeri dosyalar için bkz. 2023/5950; 2023/6134; 2023/6316; 2023/6563; 2024/2149). Gıda takviyesinin regl düzensizliklerine ve tüp bebek tedavisine etki ettiğinin belirtildiği bir reklamda da benzeri karar vermiştir (Dosya No. 2023/6354). Tüm kararlar için bkz. Reklam Kurulu Basın Bültenleri, <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, E.T. 19.08.2024.

Buna karşılık özellikle de sosyal medya gibi platformlarda yayınlanan reklamlar, anılan idari yaptırım kararlarından çok önce muhatabında etkisini doğurmaktadır. Bu sebeple doktrinde reklamın muhatabında etki doğurduktan uzun süre sonra durdurma şeklinde tezahür eden idari yaptırımların tüketiciyi koruma etkinliğinin düşük olduğu vurgulanmıştır⁸⁹. Nitekim TKHK'da da, teknolojik gelişmelerle aldatıcı reklamların çoğunun internet ortamında yayınlandığı göz önünde bulundurulurken, yakın tarihte değişikliğe gidilmiştir. Reklam Kurulu'nun aldatıcı reklamın internet ortamı üzerinden gerçekleşmesi hâlinde, içeriğin çıkarılması için ilgili internet sayfasındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden, elektronik olarak iletişim kurulabilecek araçlar ile bildirimde bulunabileceği belirtilmiştir. Ancak bu bildirimde rağmen yirmi dört saat içinde içeriğin çıkarılmaması hâlinde, Reklam Kurulunun erişimin engellenmesine karar verme yetkisi bulunmaktadır. Yine Reklam Kurulu, muhataba bildirimde bulunulamaması hâli ile sınırlı olmak üzere, doğrudan erişimin engellenmesine de karar verebilir. Erişimin engellenmesi kararı, ayrıca uygulanmak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir. Erişimin engellenmesi kararı, esas olarak aykırılığın gerçekleştiği içerikle sınırlı olarak verilir. Ancak Reklam Kurulu, teknik olarak aykırılığa ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla aykırılığın önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı da verebilir (TKHK m. 77/XII, c. 5,6,7,8,9⁹⁰).

Reklam Kurulu bazen takviye edici gıdalara ilişkin reklamların örtülü şekilde veya karşılaştırmalı şekilde yapıldığı hâllerle de karşılaşmaktadır. Böyle durumlarda da reklam aldatıcı ve yanıltıcı olup olmadığına bakılmaksızın hukuka aykırı sayıldığından, Reklam Kurulu tarafından anılan reklama ilişkin durdurma cezası uygulanmaktadır. Zira Türk

89 **Ankara**, s. 307. Gerçekten de aldatıcı reklamlarla mücadelede en etkili husus, aldatıcı reklamın mümkün olan en kısa sürede durdurulmasıdır. Miktarı çok yüksek idari para cezasının verilmesi bile, hızla durdurulmayan bir reklamın tüketici nezdinde oluşturduğu zararı gideremez (**İnal**, s. 150; **İnal/Baysal**, s. 192).

90 23.05.2024 tarih ve 7511 sayılı Kanun m. 19 için bkz. 29.05.2024 tarih ve 32560 sayılı R.G. Türk hukukunda benzer amaçla yapılan düzenlemeye ilk kez 7392 sayılı Kanun m. 15'te yer verilmişti (Bkz.1.04.2022 tarih ve 31796 sayılı R.G.). Ancak Anayasa Mahkemesi 2022/70 E. 2023/152 K. sayılı kararıyla söz konusu kuralın; ölçülülük ilkesinin, gereklilik alt ilkesini sağlamadığına ve Anayasa'nın 13., 26. ve 48. maddelerine aykırı olduğuna dayanarak iptal etmiştir. Ancak Mahkeme anılan kararda erişim engelleme yönündeki idari yaptırımın kendisini Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

hukukunda her türlü örtülü reklamın yapılması yasaktır (TKHK m. 61/IV). Buna karşılık Kanun'un çizdiği sınırlar içerisinde kalmak şartıyla, karşılaştırmalı reklam yapılması mümkündür (TKHK m. 61/V). Ancak Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği⁹¹ m. 8/III'te takviye edici gıdalara ilişkin karşılaştırmalı reklam yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir⁹².

Takviye edici gıdalara ilişkin reklam verenler, ürün ve hizmetlerine ilişkin ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlüdürler (TKHK m. 61/VI). Zira reklamdaki ifadelerin doğruluğu ancak reklam veren tarafından ispat edilebilir; bu sebeple Kanun'da ispat yükü, haklı olarak, tüketici lehine ters çevrilmiştir⁹³. Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 9'da ise, reklamlarda yer alan tanımlamalar, iddialar ve örnekli anlatımların, üniversitelerin ilgili bölümleri ya da akredite olmuş test ve değerlendirme kuruluşları ya da bağımsız araştırma kuruluşlarından alınan raporla ispatlanmak zorunda olduğu ifade edilmiştir. Ancak reklamda yer alan iddiaların reklamın yayınladığı döneme ilişkin bilimsel kanıtlara uygun olması yeterlidir.

Son olarak üzerinde durulması husus gereken ise, Reklam Kurulunca verilen idari yaptırımların idari yargı denetiminde bulunduğu ve işlemin tebliğinden itibaren otuz gün içinde dava açılabilmesi ancak iptal davası açılmış olmasının kararın yerine getirilmesini durdurmayacağı hususudur. Ayrıca TKHK'a göre verilen idari para cezalarının tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmesi zorunludur (m. 78/III).

Kanaatimizce geniş anlamda tüketicinin, aldatıcı reklamlara karşı reklamın yayımlandığı mecranın radyo veya televizyon kanalı olması hâlinde RTÜK'e ya da sosyal medya dahil tüm mecralarda yayınlanan reklamlara karşı Reklam Kuruluna şikâyetle bulunması işlevsel görünmektedir⁹⁴. Ancak anılan kararların idari yargı denetimine tabi olduğu ve nihai bir karar olmadığı açıktır. Yine RTÜK ile Reklam Kurulu tarafından uygulanan idari para cezalarının ne ölçüde yerine getirildiği de ayrıca değerlendirilmelidir. Tüketiciler açısından bakıldığında ise, bu

91 10.01.2015 tarih ve 29232 sayılı R.G. Anılan Yönetmeliğe bundan sonra Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği şeklinde atıf verilmektedir.

92 Reklam Kurulunun takviye edici gıdaya ilişkin karşılaştırmalı reklam yasağına uygun davranılmadığı gerekçesiyle de idari yaptırım kararı bulunmaktadır (Dosya No. 2024/2634).

93 Benzer yönde bkz. **İnal**, s. 155; **Tekelioğlu**, s. 164; **Özel**, s. 313.

94 Doktrinde ortalama tüketici ölçütünü düşük seviyede ele alan bazı Reklam Kurulu kararları, serbest piyasa ekonomisinin belkemiği niteliğindeki rekabet düzenini bozucu görülerek eleştirilmiştir (**İnal/Baysal**, s. 36-37, 39).

hâllerde tüketicinin aldatıcı reklam dolayısıyla ürün için ödediği bedelin iadesi ve varsa uğradığı zararın tazmini mümkündür.

C. Tüketicinin TKHK Kapsamında Özel Hukuka İlişkin Başvuru Yolları

Tüketicinin, reklamına güvenerek satın aldığı takviye edici gıdanın reklamda vaat edilen özelliklere sahip olmadığı veya bu özelliklerin doğruluğunun reklam veren tarafından ispat edilemediği hâllerde, ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurması mümkündür. Ancak ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanmak isteyen tüketicinin, ürünü mutlaka satın almış olması gerekir.

Bilindiği üzere Türk hukukunda ayıptan sorumluluk, sadece TKHK’da değil, aynı zamanda TBK m. 219-231 arasında da düzenlenmiştir. Bu sebeple, karşılaşılan uyumsuzlukta öncelikle hangi hükümlerin uygulanması gerektiği belirlenmelidir. TKHK’ın ayıba karşı tekeffül hükümleri, sadece “tüketici işlemi” niteliğindeki takviye edici gıda satışlarında uygulanır. Bir satış işleminin tüketici işlemi sayılabilmesi için, satıcının ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi olması gerekir (TKHK m. 3/I, i bendi). Alıcının ise, dar anlamda tüketici olması, diğer bir deyişle ürünü meslekî ve ticarî olmayan amaçlarla yani özel amaçlarla edinmesi gerekir. Şu hâlde, somut olayda taraflardan birinin dar anlamda tüketici, diğerinin TKHK anlamında “satıcı” olduğu hâllerde, işlemin konusu TKHK doğrultusunda bir mal kapsamına girmekte ise “tüketici işlemi” söz konusudur⁹⁵. Takviye edici gıda satışlarında ise, gerçek kişiler, çoğu zaman bu ürünleri sağlıklarını güçlendirmek için, dolayısıyla bireysel ve özel yararları için satın aldıklarından, yapılan işlemler, satıcı açısından aranan şartı da sağlamaktaysa, “tüketici işlemi” niteliğine sahiptir.

Ayıba karşı sorumluluk TKHK m. 8 ve devamında düzenlenmiş olup, hükümde tüketiciye teslim edilen bir malın objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması durumunda, sözleşmeye aykırı olup ayıplı olacağı belirtilmektedir. Hükümün ikinci fıkrasında ise, ayıbın türleri çeşitli hâller üzerinden gösterilmiştir. “*Aldatıcı reklam*” açısından, ikinci fıkrada sayılan hâllerden, “*ambalajında, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir*

95 Akipek Öcal, s. 23; Yıldırım, s. 1172. Tüketici işlemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. dn. 51.

veya birden fazlasını taşımayan” ve “satıcı tarafından bildirilen niteliğe aykırı olan” mallardaki ayıp türü önem arz etmektedir⁹⁶.

Doktrinde, reklamı veren kim olursa olsun, bir ürüne ilişkin reklamlarda sahip olduğu iddia edilen özelliklerin, o mal bakımından “vasıf/nitelik vaadi” kapsamında olduğu kabul edilmektedir⁹⁷. Kanun’un lafzına göre bir reklamda vaat edilen özelliklerden birinin dahi malda bulunmaması, malı ayıplı hâle getirir. Ancak bu değerlendirmede dürüstlük kuralına uygun yorum yapılmalı ve özellikle reklamdaki vaatler tüketici tarafından ciddiye alınmadığı hâllerde ayıptan söz edilmemelidir⁹⁸. Şu hâlde bir takviye edici gıda satıcısı, kural olarak, tüketiciye teslim ettiği malda hem ürünün reklamlarında yer alan hem de kendi bildirdiği niteliklerin bulunmamasından, ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumludur. Ancak satıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberi olmadığını ve haberi olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini ispatlayarak ayıptan sorumluluktan kurtulabilir. Yine satıcı, yapılan açıklamanın içeriğinin ürünün satışı anında düzeltilmiş olduğunu veya satış sözleşmesi kurulma kararının reklamdaki açıklamalardan kaynaklanmadığını (reklamla satış arasında nedensellik bağı bulunmadığını) ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağı olmaz (TKHK m. 9/II).

Aldatıcı reklama muhatap olan ve reklamın etkisiyle mal satın alan tüketici, tüketici işlemi niteliğindeki bir takviye edici gıda satışında TKHK m. 11’de yer alan seçimlik haklarından birini kullanabilir. Ancak bu tür işlemlerde, tüketici bakımından Kanun’da öngörülen seçimlik haklardan sadece “satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme hakkı” işlevsel görünmektedir. Zira bir üründen aldatıcı reklamında var olduğu iddia edilen faydayı görmediğini anlayan tüketicinin, ürünü satıcıya iade edip, karşılığında ödediği bedelin iadesini

96 Nitekim doktrinde hükümde yer alan “satıcı tarafından bildirilen” ifadesinin m. 8/II, c.1 ilk kısımda (bir üst kısımda) olması gerektiğine işaret edilmiştir (Aslan, s. 115. Benzer yönde bkz. Gültekin, s. 1192).

97 Bkz. İnal, s. 130-131; Tekelioğlu, s. 136; Özdemir, s. 77-78; Aslan, s. 287; Aydoğdu/Kahveci, s. 188, 249; Özel, s. 128-129; Çabri, s. 269-270, 1105-1106. Ayrıca bkz. Esra, Gültekin, “Aldatıcı Reklamlara Karşı 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıp Hükümlerine Başvurulması”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2021, s. 1191-1196.

98 Bu yönde bkz. Gültekin, s. 1192. Nitekim doktrinde de her aldatıcı reklamın ürüne ilişkin nitelik vaadi olarak görülmeyebileceğine işaret edilmiştir (Aslan, s. 287; İnal, s. 138). Buna karşılık doktrinde, anılan yorumların 4822 sayılı Kanun öncesinde geçerli olabileceği ancak bugün için reklam ve ilanlarda belirtilen her hususun tüketici bakımından nitelik vaadine girdiği de iddia edilmektedir (Aydoğdu/Kahveci, s. 250).

talep etmesi rasyoneldir (makuldür). Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Nitekim Kanun'da da tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümünün derhâl tüketiciye iade edileceği hüküm altına alınmıştır (TKHK m. 11/V). Yine tüketicinin, seçimlik hakkını kullanması sebebiyle ortaya çıkan tüm masraflar da satıcı tarafından karşılanır. Bu başvuru yolunda tüketicinin, aldatici reklamda vaat edilen vasıfların üründe bulunmaması nedeniyle bir zararı doğmuşsa, bunu genel hükümlere göre talep etmesi de mümkündür (TKHK m. 11/VI).

Buna karşılık bu makalenin hazırlanması esnasında veri tabanları taranmış ancak takviye edici gıdaya ilişkin aldatici reklamlardan kaynaklı ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulmuş bir yargı kararına ulaşılamamıştır. Bunda, tüketicilerin takviye edici gıdalara ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurularının, miktar açısından, tüketici hakem heyeti başvuru sınırında kalmasının etkisi bulunduğu düşünülmektedir.

Geniş anlamda tüketici kapsamında bulunan bir kişinin ise, aldatici reklamlara karşı TKHK'daki ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanarak korunması mümkün değildir. Bu kişiler, ancak şartları gerçekleşmişse, TBK m. 219 ve devamı hükümlerinden yararlanabilirler.

Şu hâlde TKHK'daki ayıba karşı tekeffül hükümleri, sadece dar anlamda tüketicinin korunması ve zararının giderilmesi bakımından işlevseldir. Zira aldatici reklama maruz kalan tüketici bakımından, ürünlerdeki ayıp hâlinde ileri sürebileceği seçimlik haklar arasında yer alan sözleşmeden dönerek ürünün bedelinin iadesini talep etme hakkı rasyonel ve elverişlidir. Ancak uygulamada özellikle ürünün fiyatının düşük olduğu hâllerde, dar anlamda tüketicilerin, gereksiz zaman kaybedecekleri düşüncesiyle bu yola başvurmaktan kaçınabildikleri de görülmektedir. Bu husus göz önünde bulundurulduğunda zikredilen başvuru yolu, sadece münferit tüketicinin hakkını korumaya elverişli ancak genel tüketici yararını korumakta yetersiz görünmektedir.

D. Tüketicinin TBK Kapsamında Başvuru Yolları

Takviye edici gıdaya ilişkin aldatici reklamlara karşı tüketicinin, Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerine dayanması da mümkündür. Bu başlık altında, tüketicinin aldatma ve esaslı yanıltma hâlleri ile haksız fiil hükümlerine başvurup başvuramayacağı değerlendirilmektedir.

Özellikle Tarım ve Orman Bakanlığı ruhsatı bulunmayan ve tüketici sağlığı hiçe sayılarak içeriğine ilaç etken sentetik maddeler katılarak piyasaya sürülen takviye edici gıdalarda, aldatici reklamların TBK

aldatma hükümlerindeki kasta dayanan⁹⁹ aldatma unsurunu içinde barındırdığı kesindir. Tüketici, reklam verenlerin, aynı zamanda sözleşmenin karşı tarafı (satıcı) da olduğu hâllerde, aldatma hükümlerine (TBK m. 36 ila 39) dayanarak, aldatmayı öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilir¹⁰⁰. Ancak reklam verenler genellikle sözleşmenin karşı tarafı olmamaktadır. Bu hâlde, tüketicinin üçüncü kişinin aldatmasına dayanması gerektiğinden, sözleşmenin karşı tarafının (satıcının) aldatmayı bildiğini veya bilmesi gerektiğini de ispatlaması gerekir (TBK m. 36/II)¹⁰¹. Aksi hâlde tüketici, kural olarak, reklam verene karşı ancak haksız fiil hükümlerine (TBK m. 49 vd.) dayanarak başvurabilir. Buna karşılık kanaatimizce bir ürünle ilgili üretici ya da bir başkası tarafından verilen aldatıcı reklamın, haksız fiilin unsurlarından “*hukuka aykırılık unsurunu*” ya da zarar ile aldatıcı reklam arasındaki “*uygun illiyet bağını*” içinde barındırdığını ispat etmek, tüketici bakımından oldukça zor ve külfetli görünmektedir. Hatta bu sebeple, aldatıcı reklamın ancak TBK m. 49/II’de yer alan şartlar söz konusu ise, diğer bir deyişle “*kasten ahlâka aykırı fiille zarar verme*” kapsamında haksız fiil sorumluluğuna yol açabileceği de iddia edilebilir. Bu hâlde ise, bir de aldatıcı reklam verenin kast niteliğindeki kusurunu ispat yükü tüketiciye yüklenmektedir. Dolayısıyla satıcının, üçüncü kişi tarafından verilen aldatıcı reklamı bilmediği veya bilmesi gerekmediği hâllerde, tüketici açısından aldatıcı reklamlara karşı aldatma hükümlerine başvurulması elverişli değildir. Doktrinde de, takviye edici gıda gibi malın değerinin yüksek olmadığı hâllerde, tüketicilerin aldatma hükümlerine başvurmaktan kaçınmaları ihtimal dahilinde değerlendirilmiştir¹⁰².

Bunun yanında, tüketici, bir takviye edici gıda reklamının aldatıcılığında reklam verenin kastı bulunmamasına rağmen reklam dolayısıyla esaslı yanılmışsa, TBK genel hükümleri arasında yer alan yanılma hükümlerine dayanarak (TBK m. 30 vd.) sözleşmeyi iptal edebilir. Böylece tüketicinin ürünü satıcıya vererek ödediği bedelin iadesini talep etmesi mümkündür. Bu ihtimalde, tüketici somut olayda ya

99 Bkz. **Göle**, s. 151; **Aslan**, s. 288; **Çabri**, s. 1107; **Gültekin**, s. 1189.

100 Bkz. **Göle**, s. 150; **Aslan**, s. 288; **Özdemir**, s. 69; **Çabri**, s. 975-977; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 188.

101 **Göle**, s. 149; **İnal**, s. 139-140; **Aslan**, s. 288. Ancak İsviçre doktrini tarafından ileri sürülen bir görüşe göre, satıcının müşterinin aydınlatılması hususunda üreticiden yararlanması hâlinde üretici, satıcının yardımcı kişisi kabul edilmelidir. Böylece söz konusu edilen ispata gerek olmaksızın aldatma hükümlerine başvurulabilir (Bkz. **Tekelioğlu**, s. 121; **Gültekin**, s. 1189).

102 Bkz. **İnal**, s. 130; **Aslan**, s. 289; **Özdemir**, s. 82; **Tekelioğlu**, s. 120-121; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 189.

“*beyanda yanılma*” ya da “*esaslı saik yanılması (temel yanılması)*” şartlarının gerçekleştiğini ispat etmeli ve yanılmayı öğrendiği andan itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde sözleşmeyi iptal etmiş olmalıdır. Doktrinde bu hukuki yolun da tüketici bakımından elverişli görünmediği vurgulanmıştır¹⁰³. Zira bu ihtimalde, tüketici, somut olayda kendi kusuruna dayanarak esaslı yanılmış ise, bir de sözleşmenin karşı tarafının menfi zararını tazmin etmekle yükümlü tutulma tehlikesiyle karşılaşmaktadır (TBK m. 35).

E. Tüketicinin TTK Kapsamında Başvuru Yolları

Tüketicinin hukuka aykırı reklamlara karşı korunması çerçevesinde başvurulabileceği yollardan bir diğeri ise, Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümleridir. İlk bakışta, haksız rekabet eylemlerinin tüketicileri ilgilendirmediği düşünülebilirse de; esasen haksız rekabet oluşturan öyle hâller vardır ki, tüketiciyi aldatarak müşteri çekmeye yönelmektedir¹⁰⁴. Nitekim Türk Ticaret Kanunu m. 55/I, a bendinde sayılan haksız rekabet hâlleri içerisinde, reklamlar önemli bir yer tutmaktadır. Kanunda genel bir tabir olarak “*dürüstlük kuralına aykırı reklamlar*” şeklinde ifade edilen haksız rekabet hâlleri, hem rakipleri hem tüketici menfaatlerini ve dolayısıyla serbest piyasa ekonomisini koruyan engelsiz bir rekabet düzeni oluşturulmasını amaçlar¹⁰⁵. Gerçekten de Türk Ticaret Kanunu m. 55/I, a bendinde sayılan birçok hâlin tüketicileri aldatıcı reklam şeklinde ortaya çıkması mümkündür. Reklam verenlerin, bir takviye edici gıda reklamında kendi ürünleri, fiyatları veya faaliyetlerine ilişkin gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunması ya da başkalarının ürünlerine, fiyatlarına veya faaliyetlerine ilişkin yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötüleme bulunması hâlinde, reklam aldatıcı olur (m. 55/I, a bendi, 1, 2). Benzer şekilde, bir reklamdaki takviye edici gıda, hiçbir ödül veya paye almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket edilerek tüketicide diğerlerinden farklı ve

103 İnal, s. 130; Aydoğdu/Kahveci, s. 190; Özel, s. 317.

104 Bkz. Göle, s. 161; Altunkaya, s. 103; Aslan, s. 289; Aydoğdu/Kahveci, s. 190; Çabri, s. 977; Gültekin, s. 1190. Ayrıca bkz. Pelin Atila Yörük, Reklamların Haksız Rekabet Boyutu Karşısında Tüketicilerin Korunması, Savaş Yayınevi, Ankara 2020, s. 59-100; Ufuk Tekin, Tüketicilerin Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 156-157.

105 Benzer yönde bkz. İnal, s. 143 vd.; Tekelioğlu, s. 132. Kamu yararını esas alan hükümde, ekonomik rekabet etme hakkının kötüye kullanılması yaptırımı bağlanmıştır (Göle, s. 162, 163). Ayrıca bkz. Remzi Tamer Pekdiñer, Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 20 vd.

müstesna özelliklere sahip olduğu zannı uyandırılmaya çalışılmaktaysa, bu reklam da hem dürüstlük kuralına aykırı hem de tüketicileri aldatıcıdır (m. 55/I, a bendi, 3).

Böyle hâllerde tüketicilerin, aldatıcı reklam dolayısıyla haksız rekabete ilişkin davaları açması mümkündür. Zira Türk Ticaret Kanunu m. 56/II'de, haksız rekabet nedeniyle zarar gören veya zarar görme tehlikesi bulunan müşterilerin de bazı haksız rekabet davalarını açma imkânı düzenlenmiştir. Hükümde yer alan müşteri kavramı, tüketicileri de kapsamaktadır¹⁰⁶. Dolayısıyla, haksız rekabet oluşturan bir aldatıcı reklamın varlığı hâlinde tüketici, failin kusuru bulunsun bulunmasın haksız rekabetin tespitini, haksız rekabetin men'ini (önlenmesini) ve haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet aldatıcı reklamlarla yapılmışsa reklamdaki bu beyanların düzeltilmesini isteyebilir. Failin kusuru olduğu hâllerde ise, tüketici varsa maddi ve manevi zararının tazminini de isteyebilir (TTK m. 56/I)¹⁰⁷. Tüketici, haksız rekabete ilişkin açtığı davada mahkemeden, haksız rekabetin önlenmesine ve haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına ve aldatıcı reklamların düzeltilmesi ile diğer tedbirlere "*ihtiyati tedbir*" niteliğinde karar verilmesini de isteyebilir (TTK m. 61/I).

Haksız rekabetin aldatıcı reklamlar yoluyla gerçekleşmesi hâlinde, münferit tüketiciler yanında tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan sivil toplum kuruluşlarının (örneğin tüketici derneklerinin ve onların kuracağı üst kuruluşların) da dava açma hakkı bulunmaktadır (TTK m. 56/III). Bu dava, üyelerinin dava açması şartına da bağlanmamıştır. Esasen bir ülkedeki genel tüketici menfaatinin korunmasındaki etkinlik, o ülkedeki topluluk davalarının işlevselliği ile ölçülebilir. Zira topluluk davalarında münferit bir tüketicinin zarara uğraması sebebiyle değil, birden fazla tüketiciye yönelen ve tüketicilerin oluşturduğu grubun kolektif yararına uygun bir

106 Göle, s. 102, 186; Aslan, s. 294; Atıla Yörük, s. 148; Pekdiñer, s. 29, 223.

107 Davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Göle, s. 175-185; Pekdiñer, s. 187-212; Tekin, s. 161 vd.

dava açılması söz konusu olur¹⁰⁸. Ancak Türk hukukunda topluluk davasıyla tazminat talebinin ileri sürülmesi mümkün değildir¹⁰⁹.

Uygulamada ise, tüketicilerin bizzat müşteri sıfatıyla haksız rekabetten zarar görmeleri durumunda bile, TTK hükümlerine dayanarak dava açmalarına pek rastlanmamaktadır. Buna, bir yandan tüketicinin satın aldığı ürünün bedelinin düşük olması etki etmektedir. Bir yandan da tüketicinin bu davaları açmak için masraf yapması ve zaman ayırması güçlük oluşturmaktadır. Yine zarar görme tehlikesinin varlığına dayandığı hâllerde, tüketicinin tehlikenin var olduğunu ispat etmesi de oldukça zordur. Buna bir de tüketicinin zararını tazmin ettirmek için davalının kusurunu ispatla yükümlü tutulması gereği eklendiğinde, aldatıcı reklamlara karşı haksız rekabet hükümlerine başvurmak tüketici bakımından tamamen elverişsiz hâle gelmektedir. Ayrıca haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanma koşullarının, hükümlerin uygulanma yeteneğini ortadan kaldıracak ölçüde katı olması da tüketici tarafından anılan hükümlere başvurulmasını neredeyse imkânsız hâle getirmektedir. Nitekim doktrinde hem geçmişte hem de günümüzde tüketicilerin haksız rekabet davalarına başvurularının uygulamada pek tercih edilmediği sıkça belirtilmiştir¹¹⁰.

SONUÇ

Bu çalışmada, Türk hukukunda takviye edici gıda kavramı açıklanmakta ve takviye edici gıdalara ilişkin reklamlarda aldatıcı unsurlara karşı tüketicinin ne ölçüde korunduğu ortaya konulmaktadır. Çalışmada varılan sonuçlar, kısaca şöyle özetlenebilir:

1. Türk hukukunda takviye edici gıda, ne ilaç ne de klasik anlamda gıdadır. İkisinin arasında yer alan ancak üretimi, ithalatı ve satışı daha ziyade gıdalara ilişkin hukuki rejime tabi tutulan bir ara üründür.

108 Melis **Taşpolat Tuğsavul**, “Topluluk Davalarının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından Uygulanması”, Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 103, 108-109. Ayrıca bkz. **Pekdiñer**, s. 223-224; **Tekin**, s. 175-177.

109 **Aslan**, s. 295; **Atıla Yörük**, s. 148; **Taşpolat Tuğsavul**, s. 115; **Pekdiñer**, s. 225. Bununla birlikte tüketicilerin, topluluk davasında dayanılan vakialara dayanarak, bireysel olarak veya ihtiyari dava arkadaşlığına ilişkin kurallar çerçevesinde, haksız rekabet dolayısıyla uğradıkları zararın tazminini istemeleri pekâlâ mümkündür (**Tekin**, s. 177-178).

110 **Göle**, s. 191, 208; **Tekelioğlu**, s. 133; **Atıla Yörük**, s. 148; **Tekin**, s. 159-160. Türk hukukunda tüketicilerin haksız rekabete ilişkin hükümlere göre korunması, neredeyse yok denilecek kadar az sayıda uyuşmazlığa konu olmuştur (**Tekin**, s. 159).

İlaçlardan farklı olarak, takviye edici gıdalarda sınırlı bir ticari reklam serbestisi bulunmaktadır.

2. Takviye edici gıda üretimi, ithalatı ve satışı Tarım ve Orman Bakanlığı ruhsatına tabidir. Ancak ticari reklamlarında kullanılabilecek sağlık beyanlarına ilişkin düzenleyici işlemler (Sağlık Beyanı Kullanımı Yönetmeliği ve Kılavuzu ve ekler) Sağlık Bakanlığına bağlı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından çıkartılmaktadır. Dolayısıyla takviye edici gıdalar, sağlığa ilişkin ürünler arasında bulunmaktadır.

3. Takviye edici gıdalarda ilaç sektörünün hâkim olması ve anılan ürünlerin piyasaya sürüm şeklinin farmasötik formda (tablet, kapsül, damlalıklı şişe vb.) olması, tüketicide “ilaç” şeklinde algılanmasına neden olmaktadır. Tüketicide buna ilişkin mevcut yanlış algının düzeltilmesi, ancak ilgili kuruluşların işbirliğiyle (Tarım ve Orman Bakanlığı ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu) kamu spotları hazırlanmasına ve radyo ve televizyon yayınları ile dijital platformlarda sıkça yayınlanmasına bağlıdır. Kamu spotu içeriğinde, bu ürünlerin ilaç ya da klasik anlamda gıda olmadığı, üretiminin ve ithalatının Tarım ve Orman Bakanlığı denetiminde gerçekleştirildiği belirtilmelidir. Özellikle de bir bireyin sağlıklı ve dengeli beslenmesi hâlinde söz konusu ürünlere ihtiyaç duymayacağı ve anılan ürünlerin rutinde değil, sadece risk dönemlerinde ve yetkili sağlık personeli tavsiyesi üzerine kullanılması gerektiği vurgulanmalıdır. Böylece tüketicilerdeki mevcut takviye edici gıdaya ilişkin bilgi asimetrisinin aşılabileceği değerlendirilmiştir

4. Reklam Kurulu kararlarından, içeriğinde ilaç etken maddeler barındıran ve Tarım ve Orman Bakanlığı’ndan ruhsat dahi almadan takviye edici gıda adı altında piyasaya sürülen ürünler bulunduğu anlaşılmaktadır. İlaç etken sentetik maddeler içeren ve sözde zayıflatıcı, kilo aldırıcı, kas geliştirici bu ürünlerin, mutlaka Sağlık Bakanlığı’ndan “ilaç” olarak ruhsatlandırılması gerekmektedir. Ancak tüm takviye edici gıdaların ilaca benzer bir prosedüre tabi tutularak Sağlık Bakanlığı’ndan ruhsatlandırılması mümkün değildir.

5. Takviye edici gıdalara ilişkin ticari reklamlarda, mevzuatın izin verdiği ölçüde sağlık beyanında bulunulabilir. Örneğin reklamlarında, ilaç prospektüslerinde olduğu gibi endikasyon beyanında bulunulamaz. Dolayısıyla bir takviye edici gıdanın herhangi bir hastalığın önlenmesinde, tedavisinde ve semptomlarının ortadan kaldırılmasına etki ettiğini belirtir nitelikte ticari reklamı yapılmamalıdır. Zira bu türden reklamlar tüketicileri aldatıcı niteliktedir. Türk hukukunda, takviye edici gıdalara ilişkin örtülü ve karşılaştırmalı reklam yapılması da yasaktır.

6. Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından 2023 yılında çıkartılan Sağlık Beyanı Kullanımı Yönetmeliği ve Yönetmeliğin atıf yaptığı Kılavuz ve ekler, takviye edici gıdaya ilişkin oldukça ayrıntılı ve tüketiciyi koruyucu düzenlemeler getirmektedir. Ancak anılan Yönetmelikle, Kanun'un açık hükmünün aksine, Tıbbi İlaç ve Cihaz Kurumu'na reklamlarda kullanılan sağlık beyanlarına ilişkin izin başvurusu yapma zorunluluğu kaldırılmıştır. Kanaatimizce mevcut düzenleme, normlar hiyerarşisine aykırı değildir ancak aksi yöndeki iddiaların bertaraf edilebilmesi için, 5996 sayılı Kanun m. 23/II'nin yeniden düzenlenmesi gerekir.

7. Genel tüketici menfaatinin aldatıcı reklamlara karşı korunmasında, hem dar hem de geniş anlamda tüketicilerin başvurabileceği en işlevsel yol, kanaatimizce aldatıcı reklamlara ilişkin olarak RTÜK veya Reklam Kurulu'na şikâyette bulunarak reklamın idari denetime tabi tutulmasını sağlamaktır. RTÜK ve Reklam Kurulu kararları incelendiğinde, takviye edici gıdalara ilişkin aldatıcı reklamlar dolayısıyla çok sayıda idari yaptırım uygulandığı görülmektedir. Ancak bu başvuru yolunda, takviye edici gıdayı satın alan dar anlamda tüketicinin ürünü iade etmesi ve aldatıcı reklam dolayısıyla uğradığı zararını tazmin ettirmesi mümkün değildir. Ayrıca bu hâlde RTÜK ve Reklam Kurulu'nun verdiği yaptırım kararlarına karşı, her idari kuruluşta olduğu gibi, idari yargı yolu açıktır.

8. Dar anlamda tüketicilerin aldatıcı reklamlara karşı korunması açısından, TKHK'da düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümlerinin de elverişli olduğu sonucuna varılmıştır (TKHK m. 8 vd.). Aldatıcı reklam, çoğu zaman bir vasıf vaadi niteliğindedir. Bu sebeple bir takviye edici gıdanın reklamında vaat edilen bir özelliğe sahip olmaması hâlinde, tüketici, ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilir. Ancak anılan hükme başvurulması için, mutlaka ürünün satın alınmış olması gerekir. Tüketici, bu hâlde hem ürünün iadesine yönelik başvurusundan kaynaklı masraflarını hem de satış bedeli ve ürün dolayısıyla uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Türk hukukunda tüketicilerin takviye edici gıda özelinde bu tip başvuruları varsa, miktar bakımından çoğu zaman tüketici hakem heyeti sınırları içerisinde kaldığı düşünülmektedir. Bu sebeple bu çalışmada tüketicinin aldatıcı reklam dolayısıyla ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurduğu bir yargı kararına ulaşılammıştır. Ayrıca ayıba karşı tekeffül hükümleri, münferit tüketici bakımından işlevsel olsa da, genel tüketici menfaatini korumakta yetersiz görünmektedir.

9. Takviye edici gıdaya ilişkin aldatıcı reklama muhatap olan tüketici, genel hükümler kapsamında Türk Borçlar Kanunu'nun irade sakatlığına ilişkin hükümleri arasında yer alan yanılma ve aldatma hükümleri ile Türk

Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerine de başvurulabilir. Ancak doktrinde açıkça vurgulandığı üzere, anılan hükümlere başvurulması, özellikle takviye edici gıda ürünlerinin bedelinin düşük olması, zikredilen davalardaki masraf, zaman kaybı ile ispat yükünün davacıya yüklenmesi açısından tüketici bakımından elverişli bulunmamaktadır. Genel tüketici menfaatinin korunmasında topluluk davaları işlevsel görünmekte ise de, uygulamada tüketici örgütleri tarafından açılan bu tür davalara da pek rastlanmamaktadır. Yine Türk hukukunda, tüketicinin açtığı haksız rekabet davaları ise yok denecek kadar azdır.

KAYNAKÇA

Akipek Öcal, Şebnem, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Usul Hukuku Bakımından Etkileri”, Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 17-27.

Altunkaya, Mehmet, “Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 95-118.

Ankara, İbrahim, “Takviye Edici Gıdalar ve Yasal Sorunlar”, Legal Tıp Hukuku Dergisi, C. 10, S. 20, 2021, s. 271-317.

Aslan, İ. Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2014.

Aslan, Mustafa/**Orhan**, İ. Erdoğan, “Takviye Edici Gıdaların Türkiye’deki Durumu”, I. Uluslararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, 04-05 Eylül 2021, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 727-734.

Atıla Yörük, Pelin, Reklamların Haksız Rekabet Boyutu Karşısında Tüketicilerin Korunması, Savaş Yayınevi, Ankara 2020.

Aydın, Tuğçe, “Eczacıların Yasal Sorumlulukları”, I. Uluslararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, 04-05 Eylül 2021, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 929-941.

Aydoğdu, Murat/**Kahveci**, Nalan, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Atalay, Derya/**Erge**, H. Selen, “Gıda Takviyeleri ve Sağlık Üzerine Etkileri”, Food and Health, C. 4, S. 2, 2018, s. 98-111, <http://jfhscscientificwebjournals.com/tr/download/article-file/408491>, E.T. 30.03.2024.

Baş Süzel, Ece, “Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, 2018, s. 966-998.

Budak, Derya Nil, “Takviye Edici Gıda Reklamlarında Kadının Annelik Rolü ve Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Ünlü Desteğinin Alınlanması: Ceyda Düvenci’nin Sosyal Medyadaki İzleyici Yorumlarının Analizi”, Academic Journal of Information Technology, C. 14, S. 54, 2023, s. 274-297.

Çabri, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Doğan, Neva, “OTC (Over the Counter) Reklamlarındaki Sağlık Çekiciliği: Nitel Bir Çalışma”, Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 12, S. 3, 2023, s. 1032-1041.

Doğan, Serkan/Okumuş, Emine/Bakkalbaşı, Emre/Cavidoğlu, İsa, “Tüketicilerin Takviye Edici Gıdaları Kullanım Amacı, Satın Alma Tercihleri, Ürünlere Olan Güveni ve Yasal Düzenlemeler Hakkındaki Düşünceleri: Van İli Örneği”, *Yüzüncü Yıl Üniversitesi Tarım Bilimleri Dergisi*, C. 30, S. 4, 2020, s. 821-831.

Doğan, Şeyhmus/Ünalın, Duygu, “Sosyal Medyada Reçetesiz (OTC) İlaç Pazarlaması: Pharmaton ve Supradyn Reklamlarının Göstergebilimsel Analizi”, *The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication (TOJDAC)*, C. 11 S. 1, 2021, s. 247-267, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/tojdac/issue/59046/814638>, E.T. 15.03.2024.

“Directive 2002/46/EC of the European Parliament and of the Council of 10 June 2002 on the approximation of the laws of the Member States relating to food supplements”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0046&qid=1723802545462>, E.T. 16.08.2024.

“Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0114>, E.T. 06.08.2024.

Dönmez, Zeynep, “Avrupa Birliği’nde Tüketici Hukuku Alanında Kanunlaştırma Hareketleri ve Tüketicinin Korunması Modelleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 953-968.

Durak, Yasemin, “Eczacıların Jenerik İlaç Verme Hakkı”, *Tıp Hukuku Dergisi*, S. 23, s. 79-90.

Durna, Doğan, “Türk Yargı Kararları Işığında Takviye Edici Gıdaların Denetimi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 1, S. 41, 2020, s. 243-274.

Erişen, Mehmet Akif/Yılmaz, Fatma Özlem, “COVID-19 Pandemisi Döneminde Bireylerin Harcamalarının İncelenmesi”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, -Özel sayı- 2020, s. 340-353, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1264265>. E.T. 21.03.2024.

“Gıda ve Takviye Edici Gıdalarda Sağlık Beyanı Kullanımı Kılavuzu”, <https://www.titck.gov.tr/mevzuat/gida-ve-takviye-edici-gidalarda-saglik-beyani-kullanimi-kilavuzu-26042023123448>, E.T. 09.08.2024.

“Gıda ve Takviye Edici Gıdalarda Sağlık Beyanı Kullanımı Görüş Talep Başvurusu”, <https://www.titck.gov.tr/duyuru/ilgili-firmalarin-dikkatine-16012024162717>, E.T. 09.08.2024.

Göle, Celal, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları*, Ankara 1983.

Gülbağ Pınar, Sıla, “Reçete Türleri ve Beşeri İlaç Şekillerin Kavramsal Yaklaşım”, I. Uluslararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, 04-05 Eylül 2021, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 51-54.

Gültekin, Esra, “Aldatıcı Reklamlara Karşı 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıp Hükümlerine Başvurulması”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2021, s. 1177-1198.

Güven, Koray, “Reklam Hukuku Perspektifinden Avrupa Birliği, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın ‘Gut Springenheide’ Kararı Üzerinden Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 120, 2015, s. 493-508.

Güzel, Yakup, Reklam Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

“Health Products Compliance Guidance”, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/Health-Guidance-508.pdf, E.T. 13.08.2024.

Hakeri, Hakan, İlaç Hukuku, İkinci Bası, Astana Yayınları, Ankara 2018.

Hakeri, Hakan, Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı, İkinci Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Hoffman, Diane E./**Shwartz**, Jack, “Stopping Deceptive Health Claims: The Need for a Private Right of Action under Federal Law”, American Journal of Law & Medicine, C. 42, S. 1, 2016, s. 53-84, HeinOnline.

İnal, Emrehan, Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000.

İnal, Emrehan/**Baysal**, Başak, Reklam Hukuku ve Uygulaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.

İnal, Tamer, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Kart, Erdal/**Doğan**, Doğukan/**Türe**, İpek, “İlaç Reklamlarının Mukayeseli Hukuk Açısından Türkiye, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Bağlamında Değerlendirilmesi”, I. Uluslararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, 04-05 Eylül 2021, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 249-259.

Kazaz, Arzu/**Gençyürek Erdoğan**, Merve, “Takviye Edici Gıda Reklamlarında Aldatıcı Unsurlar”, Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi (e-gifder), C. 8, S. 2, 2020, s. 930-960, <https://doi.org/10.19145/e-gifder.722025>, E.T. 14.03.2024.

Keskin, Ayşe Dilşad, “Influencer Sözleşmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2022, s. 129-147.

Kırca, Çiğdem, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Modeller, TKHK’un Amacı ve Avrupa Birliği Tüketici Yönergelerinin Kapsamı (6502 Sayılı TKHK’un Yorumu ve TKHK’da Düzenleme Bulunmayan Konularda Tüketici İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme-

I)”, Yargıtay Dergisi, C. 43, S. 2, 2017, s. 285-342, (Kırca, I, şeklinde kısaltılmıştır).

Kırca, Çiğdem, “6502 Sayılı TKHK’deki Düzenlemelerin Yorumlanması ve Görevli Mahkeme (6502 Sayılı TKHK’un Yorumu ve TKHK’da Düzenleme Bulunmayan Konularda Tüketici İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme-II)”, Yargıtay Dergisi, C. 43, S. 2, 2017, s. 343-418.

Kıran, Bülent, “Toplum Eczanelerinde Deontolojik Rekabet Suçları”. I. Uluslararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, 04-05 Eylül 2021, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 397-404.

Kirkit, Ecem, “Beşeri Tıbbi Ürünlerde Reklam”, I. Uluslararası İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, 04-05 Eylül 2021, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 219-237.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 1, 2001, s. 55-90.

Özdemir, Hayrunnisa, “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 3, 2004, s. 61-90.

Özel, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 8. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

Özmumcu, Seda, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16 -Özel Sayı- 2015, s. 831-871.

Pekdiñer, Remzi Tamer, Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kurulna Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Petek, Hasan, “Takviye Edici Gıdalar (Özellikle Zayıflatıcı Haplar ve Çaylar) Sebebiyle Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluk”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 6, 2015, s. 15-54.

“Regulation (EC) No 178/2002 Of The European Parliament and of The Council”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02002R0178-20240701>, E.T. 16.08.2024.

Reklam Kurulu Basın Bültenleri, <https://ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, E.T. 19.08.2024.

Sirmen, A. Lale, “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8 -Özel Sayı- 2013, s. 2465-76, doi:10.19168/jyu.66017.

Serttaş, Samet, “Takviye Edici Gıdalara Sektörel Bakış”, <https://www.gidaturk.com.tr/2023/03/takviye-edici-gidalara-sektorel-bakis/>, E.T. 15.08.2024.

Savlak, Nazlı/**Çağmıdı**, Özlem/**Dedeoğlu**, Mustafa/**İnce**, Ceren/**Köse**, Ergun, “Türkiye’de ve Dünyada Takviye Edici Gıdalara Genel Bir Bakış”, GIDA (The Journal of Food), C. 47, S. 4, 2022, s. 576-590.

Sopher, Jodie, “Weight-Loss Advertising Too Good to Be True: Are Manufacturers or the Media to Blame”, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, C. 22, S. 3, 2005, s. 933-964, Heinonline.

Şimşek, Sümeyye, “Takviye Edici Gıdaların Onay İşlemleri ve İdari Denetimi”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2021, s. 125-191.

Taşpolat Tuğsavul, Melis, “Topluluk Davalarının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından Uygulanması”, Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 101-118.

Tekelioğlu, Numan, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Tekin, Ufuk, Tüketicilerin Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

Türkmen, Zeynep/**Türkdoğru**, Serkan/**Mercan**, Selda/**Açikkol**, Münevver, “Bitkisel Ürünlerin ve Gıda Destek Ürünlerinin İçeriklerinin Adli ve Hukuki Boyutu”, Adli Tıp Bülteni, C. 19, S. 1, 2014, s. 38-48.

Türkmen, Soner/**Ataseven**, Yener, “Türkiye’de Taklit ve Tağşiş Yapılan Gıdalara İlişkin Yasal Düzenlemelerin ve Uygulamaların Değerlendirilmesi”, Tarım Ekonomisi Araştırmaları Dergisi (TEAD), C. 6, S. 1, 2020, s. 65-75, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/tead/issue/55432/759987>, E.T. 21.03.2024.

Yıldırım, Abdülkerim, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 3, 2022, s. 1165-1181.

Yücel, Özge, “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Editörler, Özge Yücel/Gürkan Sert, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 287-329.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

**Uluslararası Tahkim Yargılamalarında Yapay Zekâ
Sistemlerinin Kullanımı**

**The Use of Artificial Intelligence Systems in International Ar-
bitration Proceedings**

  Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemal RUHİ*

 10.60002/ebyuhfd.1563030

ÖZ

Günümüzde yapay zekâ sistemlerinin uyumsuzlukların çözümünde kullanılması bir süredir tartışılmaktadır. Yapay zekâ, hayatın her alanında her geçen gün etkinliğini daha da artırmaktadır. Yapay zekâ destekli programların kullanımı yaygınlaşmaktadır. Yapay zekâ, teknolojik gelişmelere paralel olarak sürekli gelişen dinamik bir yapıya sahiptir. Yapay zekâ kullanımı günlük yaşamın bir parçası haline gelmiştir. Yapay zekâ sistemlerinde yaşanan gelişmeler ışığında yapay zekâ araçlarının uluslararası tahkim yargılamalarında özellikle de karar alma süreçlerinde kullanım olanaklarının ve hukuki sınırlarının değerlendirilmesi oldukça önemlidir. Yapay zekâ sistemleri genel olarak, toplanan verileri işleyerek daha doğru ve etkili kararlar almalarına yardımcı olabilecek düzenleyicilerdir. Bu sistemler bilgiyi işleme, sınıflandırma, denetim, ölçeklendirme, düzenleme ve

* Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 07.10.2024 | Kabul/Accepted: 11.11.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Ahmet Cemal Ruhi, “Uluslararası Tahkim Yargılamalarında Yapay Zekâ Sistemlerinin Kullanımı”, EBYÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (721-741).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

doğru kararlar almak için yapay zekâ sistemlerinin kullanımı yaygınlaşmaktadır. İnsan zekâsının en önemli göstergesi öğrenme becerisidir. İnsan zekâsı örnek alınarak oluşturulmaya çalışılan yapay zekâ sistemlerinin temelinde de makinelere öğrenme becerisi kazandırma düşüncesi yatmaktadır. Yapay zekânın en önemli özelliği öğrendiklerini çok hızlı kullanabilmesi ve kalıcı öğrenmeler edinebilmesidir. Bu çalışmada öncelikle yapay zekâ sistemleri hakkında genel bilgiler, yapay zekânın tarihsel gelişi hakkında bilgi verilecektir. Yapay zekâ sistemlerinin tanımı ve çeşitleri, yapay zekânın tahkim yargılamasında kullanılması konusu ele alınacaktır. Tahkim yargılamasının kısmen ve tamamen otomatikleştirilmesinde farklı kullanım biçimleri ele alınacaktır. Tahkim yargılamasında yapay zekânın katkısı ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, Tahkim yargılaması, Tahkim kararının kısmen otomatikleştirilmesi, Tahkim kararının tamamen otomatikleştirilmesi.

ABSTRACT

Today, the use of artificial intelligence systems in resolving disputes has been discussed for a while. Artificial intelligence is increasing its effectiveness in every aspect of life day by day. The use of artificial intelligence-supported programs is becoming widespread. Artificial intelligence has a dynamic structure that constantly evolves in parallel with technological developments. The use of artificial intelligence has become a part of daily life. In light of the developments in artificial intelligence systems, it is very important to evaluate the possibilities and legal limits of using artificial intelligence tools in international arbitration proceedings, especially in decision-making processes. Artificial intelligence systems are generally regulators that can help people make more accurate and effective decisions by processing the collected data. The use of artificial intelligence systems is becoming widespread in these systems to process information, classify, control, scale, organize and make the right decisions. The most important indicator of human intelligence is the ability to learn. The basis of artificial intelligence systems, which are tried to be created by taking human intelligence as an example, is the idea of giving machines the ability to learn. The most important feature of artificial intelligence is that it can use what it has learned very quickly and acquire permanent learning. In this study, first of all, general information about artificial intelligence systems and the historical development of artificial intelligence will be given. The definition and types of artificial intelligence systems and the use of artificial intelligence in arbitration proceedings will be discussed. Different ways of using it in the partial and complete automation of arbitration proceedings will be discussed. The contribution of artificial intelligence in the arbitration proceedings will be discussed.

Keywords: Artificial intelligence, Arbitration proceedings, Partial automation of arbitration award, Fully automated arbitration award.

GİRİŞ

Teknolojideki gelişmeler sayesinde bilgi çağını yaşamaktayız¹. Teknolojik gelişmeler insan hayatını etkilemektedir². Yapay, doğadaki örnekleri benzetilerek insan tarafından meydana getirilmiş, yapma, suni, doğalın karşıtı olarak tanımlanabilir³. Yapay zekâ, teknolojik gelişmelere paralel olarak sürekli gelişen dinamik bir yapıya sahiptir⁴. Yapay zekâ, bu gelişmeye paralel olarak⁵ insan hayatını her geçen daha fazla etkilemektedir⁶. Yapay zekâ, yaşamın ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir⁷. Yapay zekâ, hayatın her alanında her geçen gün etkinliğini daha da artırmaktadır⁸. Yapay zekâ destekli programların kullanımı yaygınlaşmaktadır⁹. Kıscası, yapay zekâ kullanımı artık günlük yaşamın bir parçası haline gelmiştir¹⁰.

Literatürde “*yapay zekâ*”nın tanımı, teknolojinin gelişmesiyle birlikte değişim göstermektedir¹¹. Yapay zekâ, algılama, veri toplama, toplanan

- 1 Gökhan **Erdoğan**, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, Adalet Dergisi, C. 148, S. 66, 2021, s. 117 vd.
- 2 Çolpan **Mücahit Küçük**, “Yapay Zekâ Tarafından Gerçekleştirilen İdari İşlemlerde Sorumluluk”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2024, s. 169 vd.
- 3 Nimet **Önet/Özde Bayraktar**, Yapay Zekâ ve Hukuk, Yapay Zekânın Hukuk ve Yargı Alanında Kullanılması Yöntemi ile Değerlendirme, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 17 vd.
- 4 Engin **Ergül**, Yapay Zekâ ve Hukuk, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 21 vd.
- 5 Sedat **Ayaz**, Yapay Zekâ Temelli Akıllı Yargı Sistemi, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 15 vd.
- 6 Atilla **Kasap**, “Güncel Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Yapay Zekâ Varlıkları ve Hukuki Kişilik”, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2022, s. 485 vd.
- 7 Nesrin **Singil**, “Yapay Zeka ve İnsan Hakları”, Public and Private International Law Bultein, C. 42, S. 1, 2022, s. 121 vd.
- 8 Emin **Adaş/Borabay Erbay**, “Yapay Zekâ Teknolojisi Üzerine Bir Değerlendirme”, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 22, S. 1, 2022, s. 326 vd.
- 9 Uğur **Karaca/Esra, Karataş**, “Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Korunması”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 2022, s. 18 vd.
- 10 Özge **Yenice Ceylan**, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Değerlendirilmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2024, s. 35 vd.
- 11 Necip Fazıl **Akburakçı**, Kamu Düzeni Açısından Yapay Zekâ, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 19 vd; Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Resmi Web Sayfasına bakınız. <https://cbddo.gov.tr/sss /yapay-zeka/> (E.T. 01.10.2024).

verileri işleme ve karar verme özelliğine sahip sistemlerdir¹². Yapay zekâ, algılayan, analiz eden ve karar veren robotik bir sistemdir¹³. Kısaca yapay zekâ, en basit şekilde belirli görevleri yerine getirmek için insan zekâsını taklit eden ve topladıkları bilgileri kullanarak kendilerini geliştirebilen sistemler olarak tanımlanabilir¹⁴.

Yapay zekâ, insanın yeteneklerini taklit etmek suretiyle, bilgi toplayarak mükemmele yakın tahminler ve geri dönüşler elde edilmesine imkân tanımaktadır¹⁵. Yapay zekâ, temelde insan yapısı olmasına rağmen insanlarla çeşitli şekillerde iletişime girmektedir¹⁶. Bu iletişimin hukuk alanında sonuçlarının olması doğaldır¹⁷. Yapay zekâ, her geçen daha fazla gelişme göstermektedir. Yapay zekâ, dikkatli şekilde tasarlanmış bile olsa her zaman başarılı sonuç elde edilmeyebilir¹⁸. Yapay zekânın faydaları yanında zararları da olabilir¹⁹. Özel hukuka ve kamu hukukuna dair sonuçları olabilir. Bu zararlardan dolayı hukuki bir sorumluluk sözkonusu olabilir²⁰. Yapay zekâ alanındaki gelişmeler, bu alanda yasal düzenleme yapılması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır²¹. Teknolojik ilerlemeler arttıkça kuralların günümüz şartlarına uyarlanması gerekir²².

Bilgi işlem gücü ve depolama kapasitelerinde son yıllarda yaşanan önemli artış, yapay zekâ araçlarının potansiyelinde de doğrudan bir artışa

-
- 12 Süleyman **Dost**, “Yapay Zekâ ve Uluslararası Hukukun Geleceği”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2023, s. 1280 vd.
 - 13 Cemal **Araalan**, “Yapay Zekâ Teknolojisinin Sağlık Sektörüne Etkilerine İlişkin Hukuksal Bir Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 17, S. 185, 2022, s. 3 vd.
 - 14 Muhammet Burak **Görentaş**, Yapay Zekâ Yöntemleriyle Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarının Tahmini, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 13 vd.
 - 15 Mesut **Aygün**, Milletlerarası Usul Hukuku ile Kanunlar İhtilafı Hukuku Kuram ve Metodolojisi Çerçevesinde Yapay Zekâ, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 17 vd.
 - 16 Ahmet Semih **Başığit**, Temel İnsan Hakları Bağlamında Risk Temelli Yapay Zekâ, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 8 vd.
 - 17 Cavit **Yantaç**/ Mete Özgür **Falcoğlu**, “Yapay Zekâ, İnsan ve Hukuk”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 11, 2020, s. 31 vd.
 - 18 İlyas **Sağlam**/Emre **Girgin**, “Yapay Zekâ ve Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 19, 2022, s. 37 vd.
 - 19 Enes **Yazar**, “Uluslararası Hukukta Yapay Zekâ Teknolojisi”, Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, C. 6, S. 2, 2023, s. 538 vd.
 - 20 Erman **Benli**/Gayenur **Şenel**, “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2020, s. 296 vd.
 - 21 Gökçen **Yücel**, Yapay Zekâ Teknolojilerinin Kolluk Faaliyetinde Kullanımı, 1. Baskı, Ankara Ağustos 2024, s. 17 vd.
 - 22 Hazal **Günel**, Hukuki Açından Yapay Zekâ, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 22 vd.

neden olmuştur. Günümüzde yapay zekâ araçları sadece e-postaları filtrelemekle kalmıyor tıp, eğitim ve güvenlik gibi alanlarda farklı amaçlar için yaygın bir şekilde kullanılıyor. Diğer alanlar gibi tahkim yargılamaları da yapay zekâ sistemlerinin kullanımı açısından büyük bir potansiyele sahiptir²³.

Ulusal kanunlar veya tahkim kurumları, tarafların kendilerini bağlayabilecekleri çerçeve koşullar öngörmektedirler. Ancak taraflar farklı anlaşmalar yaparak tahkim yargılamasının nasıl yürütüleceği kararlaştırabilir. Bu durum, yasal değişikliklere ihtiyaç duyulmaksızın yargılamanın yürütülmesinde yapay zekâ sistemlerinin kullanımı için büyük bir manevra alanı sağlamaktadır²⁴.

I. YAPAY ZEKÂ

A. Yapay Zekânın Kısa Tarihi ve Gelişimi

Yapay zekânın genel olarak kabul görmüş bir tanımı yoktur²⁵. Terimin kökeninin esasında 1955 yılında ABD’li bilgisayar bilimcisi John McCarthy tarafından sunulan bir araştırma önerisine dayandığı bilinmektedir. 1956 yılında McCarthy ve diğer önde gelen bilgisayar bilimcileri hesap yapmaktan daha fazlasını yapabilen sistemleri araştırmak üzere bir konferans düzenlemiştir²⁶. Dartmouth Konferansı olarak bilinen bu konferansta McCarthy insan öğrenme biçimlerinin ve zekânının birtakım özelliklerinin simüle etme kabiliyetine sahip makinelerin inşa edilebileceği tezini ileri sürmüştür²⁷. Dartmouth konferansı ilk olarak yapay zekâ olarak tanımlanan şeyi geliştirme girişimiydi ve bu nedenle bilim çevrelerinde yapay zekânın doğuşu olarak kabul edilmektedir²⁸.

Esasında yapay zekâyâ yönelik ilk adımlar daha da geriye gitmektedir. Bir makinenin ne zaman zeki olarak nitelendirileceği sorusu tartışmalı bir konuydu. İngiliz matematikçi Alan Turing 1950 yılında bu sorunun dil

23 Serkan **Seyhan**, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Belirlenmesine Yönelik Bir İnceleme”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 133, 2020, s. 7 vd.

24 İlay **Yılmaz**/Can **Sözer**/Ecem **Elver**, “Yapay Zekâ İle İlgili Güncel Düzenlemeler, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme”, *Adalet Dergisi*, C. 48, S. 66, 2021, s. 445 vd.

25 Fritz-Ulli **Pieper**, *Künstliche Intelligenz: Im Spannungsfeld von Recht und Technik*, InTeR 2018, s. 11.

26 Philip **Specht**, *Die 50 wichtigsten Themen der Digitalisierung*, 2018, s. 223.

27 John **McCarthy**/Marvin **Minsky**/Nathaniel **Rochester**/Claude **Shannon**, A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, s. 2, tam metin için bkz. <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf>, (E.T. 01.10.2024).

28 **Specht**, *Die 50 wichtigsten Themen der Digitalisierung*, s. 223.

bilgisi kullanımıyla ilgili olduğunu ifade etmiştir²⁹. Turing bir makinenin zekâsının “*Turing test*” olarak adlandırılan bir deneme süreci aracılığıyla ölçülmesinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Testte bir insan başka bir insanla ve bir makineyle, diyalog partnerlerini ne duyabileceği ne de görebileceği şekilde iletişim kurar. Test süresince ilgili kişiden sorular sorularak, muhataplarından hangisinin insan hangisinin makine olduğunu bulması beklenir. Beş dakikalık test sonunda kullanıcıların en az yüzde 30’u bilgisayarın insan olduğuna inanırsa, söz konusu makine Turing testini geçmiş ve dolayısıyla zeki kabul edilir. İfade etmeliyiz ki Turing testi yalnızca insanlarla diyalog kurabilen sistemler için geçerlidir. Bu nedenle örneğin otonom araçların bu anlamda akıllı sayılmayacağı gerçeği göz ardı edilmemelidir³⁰. Yine de McCarthy ve meslektaşları Dartmouth konferansındaki araştırmaları sırasında Turing’in bu çalışmalarından ilham almışlardır.

Yapay zekâ sistemlerinin gelişimine yönelik araştırmalar 50’li yılların sonunda yavaşlaşsa da az da olsa devam etmiştir. Ancak 90’li yıllara gelindiğinde üç önemli gelişme yapay zekâ sistemlerini daha popüler hale getirmiş ve kamuoyunun dikkatini akıllı sistemlerin potansiyeline çekmiştir. Bu üç dönüm noktasından ilki, 1996 yılında Deep Blue adlı satranç programının o zamanki dünya satranç şampiyonu Garry Kasparov’u yenmeyi başarması olmuştur³¹. Ancak üretici IBM şirketi Deep Blue’nun öğrenen bir sistem olmadığını, oyun stratejisinde yapılan her değişikliğin geliştirme ekibi tarafından program kodunda manuel olarak yapılan değişikliklere dayandığını ifade etmiştir.

Bir başka dikkat çekici yapay zekâ başarısı ise ABD’deki Jeopardy adlı bilgi yarışmasında elde edilmiştir. Deep Blue’nun başarısının ardından IBM şirketi kendisine yöneltilen soruları yanıtlamak üzere Watson adlı bir yapay zekâ tabanlı program geliştirmiştir. Program 2011 yılında iki eski Jeopardy bilgi yarışması şampiyonunu yenmeyi başarmıştır. Watson İnternet ansiklopedisi Wikipedia’nın tüm içeriği de dâhil olmak üzere 200 milyondan fazla sayfadan oluşan bir bilgi veri tabanı ile donatılmıştır. Geniş bilgi tabanına ek olarak Watson insan yarışmacılara kıyasla oldukça hızlıydı. Zira bir insan beyninin doğal tepki sürelerine kıyasla Watson’nın

29 Alan **Turing**, *Computing Machinery and Intelligence*, *Mind* 49 (1950), s. 433.

30 Aynı yönde bkz. Manuela **Lenzen**, *Künstliche Intelligenz. Was sie kann und was uns erwartet*, 2018, s. 25.

31 Jerry **Kaplan**, *Künstliche Intelligenz. Eine Einführung*, 2017, s. 58.

işlemcisinin olağanüstü hızı insan yarışmacılara karşı kazanılan zaferlerde belirleyici faktör olmuştur³².

2016 yılındaki en son dönüm noktası ise Google'ın yan kuruluşu DeepMind tarafından geliştirilen AlphaGo programının Go isimli masa oyununda daha önce birçok ödül kazanmış profesyonel oyuncu Lee Sedol'a karşı zafer kazanması olmuştur. Deep Blue'nun satrançtaki başarılarının aksine DeepMind oyunu sadece ilgili hamleyi veri havuzunda arayarak kazanmamıştır, zira Go'da satrançtakinden çok daha fazla hamle mümkündür³³. Ayrıca Go'da satrançtan farklı olarak akla gelebilecek tüm hamleleri hesaplamak mümkün değildir. Bu nedenle AlphaGo insan rakiplerinin bir sonraki hamlesini tahmin etmesi amacıyla oldukça geniş bir veri tabanı ile eğitilmiştir. Yapay zekâ araştırmacıları tarafından şaşırtıcı bulunan bir başka özellik ise, AlphaGo'nun daha önce bilinmeyen stratejileri öğrenmesi ve bunları uygulaması olmuştur³⁴. Programın en son sürümü olan AlphaGo Zero ise oyunu daha önce herhangi bir eğitim verisi olmadan oynamak üzere tasarlandı. Sisteme yalnızca Go oyununun kuralları öğretildi ve diğer her şeyi program kendi başına öğrendi. AlphaGo Zero nihayetinde önceki versiyonu da yenmeyi başardı.

ROSS yazılımı ise Watson temel alınarak IBM şirketi tarafından geliştirilmiştir. Özellikle hukuk piyasası için geliştirilen bu yazılımın hem metin şeklinde hem de doğal dilde girilebilen sorulara cevap verebilmesi ve hukuki kaynakları arayabilmesi oldukça önemli bir gelişmedir. Özellikle hukuki metinleri ve uygun kararları ararken, Ross'un ABD hukuk piyasasında kısmen avukatların yerini alması bile beklenmektedir³⁵.

Bugüne kadar yapay zekâ araştırmalarının amacı daha önce sadece insanlar tarafından çözülebilen problemler için programlar geliştirmek olmuştur. Basit algoritmaların uyumsuzlukların çözümünde dolayısıyla tahkim yargılamasında kullanımı mümkün değildir. Bilgisayar programının insan muadilinden daha iyi performans gösterebilmesi için veri tabanında bulunmayan farklı sorunlara çözüm önerileri getirmesi beklenir.

ChatGPT programı ABD'li OpenAI şirketi tarafından Kasım 2022 piyasaya sürülmüştür. Bu program kullanıcıların çeşitli dillerdeki sorularını yanıtlayabilen diyalog tabanlı bir sohbet robotudur. Yapay zekâ tarafından

32 **Kaplan**, *Künstliche Intelligenz*, s. 61.

33 **Kaplan**, *Künstliche Intelligenz*, s. 62.

34 Datatilsynet, The Norwegian Data Protection Authority, Artificial intelligence and privacy, 2018, s. 6, tam metin için bkz. <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/english/ai-and-privacy.pdf>, (E.T. 01.10.2024).

35 Jens **Wagner**, *Legal Tech und Legal Robots: Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und Künstliche Intelligenzen*, 2020, s. 34.

üretilen cevap şaşırtıcı derecede insanlar tarafından verilen cevaplara benzetilmektedir. Program önceden hazırlanmış metin şablonlarını kullanmamakta aksine her bir soru için kendi cevabını oluşturmaktadır. ChatGPT uygulaması geniş veri tabanı sayesinde hukuki konularda da yorum yapabilmektedir. Hukukçu olmayan kişiler sadece sisteme bir komut girerek hızlı bir şekilde yasal bir değerlendirme elde etme imkânına sahiptirler. Avukatlarda yasal taleplerin formülasyonunu bu program aracılığı ile yapabilmektedirler³⁶.

B. Yapay Zekânın Tanımı ve Türleri

1. Tanımı

Yapay zekâ ve algoritma terimleri eşanlamlı olmasalar bile çoğu zaman eşanlamlı olarak kullanılmaktadır. Bu durum kafa karışıklığına yol açmaktadır. Bu nedenle yapay zekâ sistemlerini tanımlamadan önce algoritmanın tanımının yapılması gerekmektedir. Algoritma teriminin kökeni dokuzuncu yüzyılda matematiğe önemli katkılarda bulunan matematikçi ve bilgin el-Harezmi'ye dayanmaktadır. Algoritma terimi genel olarak belirli sorunları bireysel adımlarla çözmek için kullanılan bir eylem talimatı olarak anlaşılmaktadır³⁷. Algoritmalar genel olarak matematiksel yapılardan başka bir şey değildir. Soyut anlamda her algoritma akıllı bir program değildir. Wolfgang Hoffmann-Riem'e göre bilgisayar teknolojisi bağlamında algoritma belirli problemleri tanımlanmış bireysel adımlarla çözmek için kullanılan açık bir talimat anlamına gelir³⁸.

Algoritmalar zaman içinde giderek daha karmaşık hale gelen teknik sistemlerin davranışlarının tanımlanmasında kilit rol oynamıştır. Modern bilgisayar programlarının algoritmaları genellikle binlerce satır kod içerir ve milyonlarca bilgisayar komutu dizisine çevrilebilir. Algoritmalar görevlerin verimli bir şekilde yerine getirilmesine yardımcı olur ve bu nedenle veri sıralama, arama veya optimizasyon problemleri gibi çeşitli alanlarda kullanılırlar. Son yıllarda algoritmaların kullanımı daha da ivme kazanmıştır, öyle ki artık algoritmalara temel hukuk alanlarında bile rastlamaktayız³⁹. Esasında algoritmalar yapay zekâ sistemlerinin en temel yapı

36 Afra **Nickl**, ChatGPT als Rechtsdienstleister? Praxistest: Rechtsberatende Leistung durch KI am Beispiel eines Softwarekaufvertrags, MMR 2023, s. 328.

37 Wolfgang **Hoffmann-Riem**, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen, AöR 142 (2017), s. 1 vd.

38 **Hoffmann-Riem**, AöR 142 (2017), s. 3.

39 Mittelstand-Digital Zentrum Fokus Mensch, Algorithmus, KI und die menschliche Intelligenz, tam metin için bkz. <https://www.digitalzentrum-fokus-mensch.de/kos/WNetz?art=News.show&id=2231>, (E.T. 01.10.2024).

tasıdır. Her yapay zekâ sistemi algoritmalarından oluşur, fakat her algoritma yapay zekâ sistemlerinin bütünü kadar zeki değildir.

2. Yapay Zekânın Türleri

Yapay zekâ teriminin kökeni İngilizce “artificial intelligence” kelimesine dayanmaktadır. Kesin bir tanım bugün hala mümkün değildir⁴⁰. Zira bu terim farklı araştırma alanlarında farklı biçimlerde kullanılmaktadır. Zaman içinde yapay zekânın uygulama alanları çeşitlendikçe onu tanımlamak için kullanılan terimler de çeşitlenmiştir. Yapay zekâ terimi temel olarak zekâ gerektiren görevleri yerine getiren makine sistemlerine işaret etmektedir. Bu bağlamda zekâ ile neyin kastedildiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bir başka sorun da yapay zekâ terimi altında kategorize edilen olguların tarih boyunca değişime uğramasıdır. Geçmişte ağırlıklı olarak yapay zekânın bir biçimi olarak kabul edilen olguların ilerleyen zamanda artık yapay zekâyâ ait olmadığı söylenmeye başlanmıştır. Bunun nedeni, insanların akıllı makine davranışlarına ilişkin beklentilerinin değişmiş olması gösterilebilir. Türkiye’de ünlü matematikçi Cahit Arf 1958 yılında Türkiye’de bir çalışmada makinelerin düşünebileceklerine değinmiştir⁴¹.

Russell ve Norvig’in tanımına göre yapay zekâ, ortak amacı bir problemi mümkün olduğunca rasyonel, yani en iyi şekilde çözmek olan farklı bilgisayar bilimi yöntemlerini içeren geniş kapsamlı bir terimdir⁴². Yani yapay zekâ sonuç olarak farklı görevler ve problemler için farklı araçlar içeren bir alet kutusu olarak anlaşılabilir⁴³. Programcının görevi söz konusu problemi çözebilecek akıllı bir sistem geliştirmek için bu araçları kullanmaktır. Zira analog dünyada olduğu gibi, karmaşık bir sorunu çözmek için birkaç aracın bir arada kullanılması gerekir.

Avrupa Birliği Konseyi 21 Mayıs 2024 tarihinde Yapay Zekâ Yasası’nı (AI Act) kabul etti. Yapay zekânın düzenlenmesine ilişkin dünyanın ilk kapsamlı yasası olan Yapay Zekâ Yasası, Avrupa Birliği’nde yapay zekânın geliştirilmesi ve kullanılmasına yönelik standartlaştırılmış gereklilikler oluşturmayı amaçlıyor. Yapay Zekâ Yasası m. 3 hükmüne göre:

“Yapay zekâ sistemi, çeşitli derecelerde özerklikle çalışmak üzere tasarlanmış ve bir kez konuşlandırıldığında uyarlanabilirlik gösteren ve

40 Stuart **Russell**/Peter **Norvig**, Artificial Intelligence, 4. Baskı, 2021, s. 20 vd.

41 Cahit **Arf**, Makine Düşünebilir Mi ve Nasıl Düşünür? Konferanslar Serisi No: 1, Erzurum Atatürk Üniversitesi, Üniversite Çalışmaları Muhite Yayıma ve Halk Eğitimi Yayınları, Erzurum 1959, s. 91 vd; Oğuzhan **Sapan**, Ceza Muhakemesinde Yapay Zekâ Kullanımı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 16 vd.

42 **Russell/Norvig**, Artificial Intelligence, 4. Baskı, 2021, s. 21.

43 Wolfgang **Ertel**, Grundkurs Künstliche Intelligenz-eine praxisorientierte Einführung, 5. Baskı, 2021, s. 12.

*açık veya örtük hedefler için aldığı girdilerden fiziksel veya sanal ortamları etkileyebilecek tahminler, içerik, öneriler veya kararlar gibi çıktıları nasıl üretebileceğini çıkararak makine tabanlı bir sistem anlamına gelir*⁴⁴.

Güçlü ve zayıf olmak üzere yapay zekânın farklı ayrımları bulunmaktadır. Güçlü yapay zekâ sadece zeki değil aynı zamanda bilinçli bir zihne sahip bir makine olarak tanımlanabilir⁴⁵. Bir insan gibi çoğu faaliyeti gerçekleştirebilir. Ancak böyle bir teknoloji günümüzde mevcut değildir. Zayıf yapay zekâ ise daha az gelişmiş olmakla birlikte, kendi kendine öğrenen sistemler de dâhil olmak üzere karmaşık örüntüleri tanıyabilmekte ve büyük miktarda veriyi etkin bir şekilde değerlendirebilmektedir⁴⁶. Zayıf yapay zekâ her zaman öğrenme sürecinin bir insan tarafından programlanmasına bağlıdır ve bu nedenle yalnızca sınırlı sayıda görevi çözebilir. Bu makalede zayıf yapay zekâ sistemleri esas alınacaktır.

II. YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİNİN TAHKİM YARGILAMASINDA KULLANIMI

A. Belge Analizi

Yapay zekâ sistemleri ilk olarak kaynakların otomatik olarak araştırılması ve belge analizi gibi amaçlarla tahkim yargılamasında kullanılabilir. Tahkim yargılaması başlamadan önce taraflar ve yasal temsilcileri, tahkim yargılaması başladıktan sonra tahkim heyeti tarafından bu tür yapay zekâ sistemlerinin kullanılması mümkündür. Bu tür programların tahkim yargılamasında kullanılması hukuki bir soruna neden olmayacağı kanaatindeyiz.

2021 yılında yapılan geniş kapsamlı bir ankete göre, katılımcıların yüzde 25'i tahkim yargılamasında yapay zekâ araçlarını nadiren kullandıklarını belirtirken, yüzde 15'i ise bu araçları tahkim yargılamasında sıklıkla kullandıklarını ifade etmiştir. Bu çalışmada belgelerin sunulmasını kolaylaştıran bir takım belge inceleme yazılımları esas alınmıştır⁴⁷. Yapay

44 Bkz. <https://artificialintelligenceact.eu/de/article/3/>.

45 CEPEJ, European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, s. 31, tam metin için bkz. <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>, (E.T. 01.10.2024).

46 CEPEJ, European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, s. 31, tam metin için bkz. <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>, (E.T. 01.10.2024).

47 Queen Mary University/White & Case, 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, 2021, s. 22, tam metin için bkz. <https://www.qmul.ac.uk/arbitration/research/2021-international-arbitration-survey/>, (E.T. 01.10.2024).

zekânın sadece belirli kullanım alanları ile sınırlı bu araştırma yapay zekâ araçlarının tahkim yargılamasındaki potansiyelinin küçük bir kısmına işaret etmiştir.

B. Hakem Kararının Kısmen Otomatikleştirilmesi

Yapay zekâ sistemleri hakem kararının hazırlanmasında hakem heyetine yardım edebilir. Ancak burada karar verme yetkisinin tamamen devri söz konusu değildir. Bunun nedeni hakemler ile taraflar arasındaki hukuki ilişkidir. Zira hakemlik yetkisi son derece kişisel bir yetkidir. Yapay zekâ sistemleri burada özellikle bir dijital sekreter olarak düşünülebilir ve insan asistanlara benzer bir şekilde tahkim yargılamasında kararın hazırlanması sürecinde hakemlere yardımcı olabilir⁴⁸.

Yapay zekâ sistemleri sözleşmeler de dâhil olmak üzere hukuki belgelerin hazırlanmasında hâlihazırda yaygın olarak kullanılmaktadır⁴⁹. Bazı yatırım bankaları sözleşme taslakları oluşturmak bunları müzakere etmek ve akdedilen sözleşmeleri yönetmek için “*Arteria*” gibi yapay zekâ sistemlerini kullanmaktadır. Benzer şekilde yapay zekâ sistemleri hakem kararının hazırlanması ile ilgili olarak özellikle hakem heyeti kararının resmi kısımlarının, yargılamanın geçmişinin veya tarafların pozisyonlarının hazırlanması gibi kararın otomatik olarak hazırlanması gereken kısımları için kullanılabilir. Hakem heyeti daha sonra yapay zekâ sistemleri tarafından oluşturulan bu ilk versiyonu inceleyip kendi fikirlerine göre değiştirme yetkisine sahiptir.

Tahkim kararlarının bazı kısımları belirli hukuki tanımlamalardan oluşan klişe ifadeler içerir. Yapay zekâ sistemleri bu durumda metin modülleri kullanarak otomatik metin tamamlama görevleri için de kullanılabilir. Örneğin “*TextExpander*” veya “*Text Blaze*” gibi yazılımlar belirli metin modüllerinin önceden programlanmasına ve klavye kısa yolları kullanılarak gerektiğinde çağrılmasını mümkün kılar⁵⁰.

Önemle vurgulamak gerekir ki, yapay zekâ sistemlerinin destekleyici faaliyetinin hakem heyetinin karar verme faaliyetinden açıkça ayrılmış olması çok önemlidir. Yapay zekâ sistemlerinin tahkim yargılamasında daha

48 Falco **Kreis**, KI und ADR-Verfahren, Ed. Kaulartz/Braegelmann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, s. 640.

49 Giesela **Rühl**, KI in der gerichtlichen Streitbeilegung, Ed. Kaulartz/Braegelmann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, s. 619.

50 Bkz <https://textexpander.com/>; <https://blaze.today/>.

fazla kullanımı için asgari bir gereklilik olarak taraf anlaşması zorunludur⁵¹. Sonuç olarak hakem heyeti karar verme yetkisini elinde tuttuğu sürece yapay zekâ sistemlerinden yardım alabilir⁵².

C. Hakem Kararlarının Tamamen Otomatikleştirilmesi

1. Genel Olarak

Yapay zekâ sistemleri benzer konulardaki önceki kararların verilerine dayalı olarak ilgili yargılamanın sonucu hakkında bir tahminde bulunabilir. Günümüzde bu türde yapay zekâ sistemleri sınırlı sayıda da olsa mevcuttur⁵³. Yapay zekâ sistemleri aracılığıyla elde edilen kararlar bu yönüyle tahkim hâkimleri tarafından bilişsel süreçler ve ilgili yasal kuralların analizi yoluyla elde edilen kararlardan ziyade istatistiksel bir değerlendirmeye yaklaşmaktadır⁵⁴. Diğer taraftan davaların sonucuna ilişkin bu tür bir öngörü, örneğin yapay zekâ sistemleri tarafından erken bir tarafsız değerlendirme tarafların ilgisini çekebilir. Bu durum tarafların dava açmadan önce başarı şanslarını değerlendirmesini ve uzlaşma müzakerelerinin daha objektif verilere dayalı olarak gerçekleşmesini mümkün kılar.

Yapay zekâ sistemleri tarafından oluşturulan kararlar doğal olarak geçmiş verilere dayandığı için ilk kez ortaya çıkan sorunlar bakımından bir çözüm sağlanması ilk bakışta zor gözükmektedir. Bu nedenle bu tür bir teknolojinin yaygın kullanımı tahkim yargılamasının gelişiminde bir duraklama riski taşıdığı için eleştirilmiştir⁵⁵. Ancak yapay zekâ teknolojisinin geldiği nokta göz önünde bulundurulursa, yeterli veriye sahip yapay zekâ modellerinin bu zorluklarında üstesinden gelebileceğini ifade edebiliriz.

2. Yapay Zekâ Sistemleri Tarafından Verilen Kararların Hukuki Niteliği

Taraflar arasında yapılan tahkim anlaşması gereğince, taraflar arasında ortaya çıkmış veya ileride ortaya çıkması muhtemel bir uyuşmazlığın, devletin yargı organları yerine özel kişi veya kişiler tarafından çözülmesini kararlaştırmaları üzerine, uyuşmazlığın hakem veya hakem heyeti

51 **Jensen**, Tribunal Secretaries in International Arbitration, 2019, Rn. 5.111.

52 **Jensen**, Tribunal Secretaries in International Arbitration, 2019, Rn. 5.248.

53 Marcus **Kaulartz**/Tom **Braegelmann**, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 1. Baskı, C.H. Beck, München Haziran 2020, s. 621.

54 Maxi **Scherer**, Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open?, J. Int. Arb. 2019, Vol. 36, no. 5, s. 546.

55 **Scherer**, J. Int. Arb. 2019, s. 571.

tarafından çözüme kavuşturulmasına tahkim denir. Tahkimden bahsedebilmek için, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmeye elverişli olması, uyuşmazlığın ortaya çıkmış veya ortaya çıkması muhtemel olan belli bir konuda olması, tahkime ehil olan tarafların tahkime müracaat konusunda karşılıklı olarak anlaşmaları, yargılamanın bağımsız ve tarafsız hakem veya hakemler tarafından yapılması, yargılama sonucu verilecek olan kararın bağlayıcı olması gerekir⁵⁶.

Tahkim kararlarının yapay zekâ sistemleri tarafından desteklenmesi hâlihazırda kavramsal zorluklara yol açsa bile, bu durumun hukuki olarak mümkün olduğu kanaatindeyiz. Ancak yapay zekâ sistemlerinin tahkim yargılamasında insan hakemlerin yerini alıp alamayacağı sorusu birtakım tartışmalara yol açmaktadır. Yapay zekâ sistemleri tarafından insan hakemler yerine karar verilmesi teknik olarak mümkün olduğunda ortaya çıkan ilk soru bu durumun tahkim yargılamasına ilişkin ulusal ve uluslararası tahkim kuralları ile uyumlu olup olmayacağıdır.

Tahkim yargılamasının en önemli özelliği taraf özerkliği kavramıdır⁵⁷. Bu ilk olarak taraflarca akdedilecek tahkim anlaşması ile ifade edilir. Taraflar Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) m. 1029 ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁵⁸ (HMK) m. 412 hükümlerine göre uyuşmazlığın bir tahkim mahkemesi önünde çözüme kavuşturulmasını şart koşturmaktadır. Taraflar esasen ZPO m. 1042/3 ve HMK m. 424 hükümlerine göre yargılamanın gidişatını kendileri belirleyebilir ve düzenleyebilirler. Taraflar buna göre yargılama dilini, yargılamanın nasıl yapılacağı veya hangi yerde karara bağlanacağını belirleyebilirler⁵⁹. Bu takdir yetkisi, tarafların tahkim

56 Aysel **Çelikel**/B. Bahadır **Erdem**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 812 vd; Can **Hacı**, *Tahkim Hukuku Genel Esaslar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 20 vd; Cemal **Şanlı**/Emre **Esen**/İnci **Ataman-Fıganmeşe**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 795 vd; Ergin **Nomer**, *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 559 vd; Işıl **Özkan**/Bengül **Kavlak**, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Tahkim*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 19 vd; Sibel **Özel**/Mustafa **Erkan**/Hatice Selin **Pürselin**/Hüseyin Akif **Karaca**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 786 vd; Ziya **Akıncı**, *Milletlerarası Özel Hukuk -Ders Kitabı-* 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 224 vd; Ziya **Akıncı**, *Milletlerarası Tahkim*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 5 vd.

57 MüKoZPO/MüncH, Vorbemerkung zu § 1025 Rn. 4.

58 Resmi Gazete: Tarih: 04.02.2011, S. 27836.

59 Nagehan **Okumuş**, “Tahkimde Çevrimiçi Duruşma Yapılması”, *Dijital Çağda Hukuk*, Editörler, Kerem Batır, Cansu Atıcı Kabalak, Elif Çağla Yıldız, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 429 vd.

yargılamasının dijitalleşmesine yol açan teknik araçların kullanımı konusunda anlaşabilecekleri anlamına gelmektedir⁶⁰.

Tahkim yargılamasının ulusal tahkim hükümlerine uygun olarak yürütülmesinin yanı sıra, tahkim kurumları tarafından çıkarılan tahkim kurallarına başvurmak da mümkündür. Örneğin Alman tahkim kurumu DIS 2018 yılında tahkim kurallarını yenilemiş ve Ek 3'te usule ilişkin verimliliği artırmaya yönelik tedbirler öngörmüştür⁶¹. Diğer hususların yanı sıra, burada bilgi teknolojilerinin kullanımından bahsedilmektedir. Teknolojinin olası hızlı gelişimi nedeniyle, hangi teknolojinin nasıl kullanılacağına dair herhangi bir öneride bulunulmamıştır⁶². Bunun yerine, bu husus tarafların ve hakem heyetinin takdirine bırakılmıştır. LCIA Tahkim Kuralları da 2020 yılında yenilenmiş ve artık verimliliği artırmak için teknolojinin kullanılmasını öngörmektedir⁶³.

Türk ve Alman tahkim mevzuatına göre taraflar hakemleri özgürce seçme hakkına sahiptir. ZPO'nun onuncu kitabında uyumsuzluğun gerçek bir kişi olan hakem tarafından çözülmesi gerektiğine dair doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır⁶⁴. Ancak tarihsel olarak bakıldığında yasa koyucunun o dönemde yapay zekâ sistemleri öngörmesi mümkün değildir. Bir görüşe göre taraflar hakemleri seçmekte özgürlerse uyumsuzluklarının gerçek bir kişi tarafından değil teknik bir araç tarafından çözümlenmesine de karar verebilirler⁶⁵.

Sonuç olarak Alman tahkim düzenlemeleri tahkim robotu tarafından verilen tahkim kararını açıkça engellememiştir. Türk hukukunda ise hakemlerin seçimine ilişkin HMK m. 416/1-a hükmüne göre taraflar, hakem veya hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmakta serbesttir. Bu maddede yalnızca gerçek kişilerin hakem seçilebileceği ifade edilmiştir. Çeşitli tahkim kanunları da Türk hukukuna benzer şekilde hakemin gerçek bir kişi olması gerektiğini veya hakemin görevinin ölümle sona ereceğini açıkça belirtmektedir.

60 Markus **Kaulartz**, Smart Contract Dispute Resolution, Ed. Fries, Martin/Paal, Boris P., Smart Contracts, 2019, s. 80.

61 Erik **Schäfer**, Informationstechnologie in Schiedsverfahren nach 2018 DIS-Schiedsgerichtsordnung – Hinweise zu Art. 27.4(i) und Anlage 3 lit. G 2018 DIS-Schiedsgerichtsordnung, SchiedsVZ 2019, s. 195 vd.

62 Ramona **Schardt**, Neue Regelungen der DIS-Schiedsgerichtsordnung zur Steigerung der Verfahrenseffizienz, SchiedsVZ 2019, s. 33.

63 **Kaulartz**, Ed. Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, s. 81.

64 Markus **Kaulartz**/Falco **Kreis**, Smart Contract Dispute Resolution, Ed. Braegelman/Kaulartz, Rechtshandbuch Smart Contracts, 2019, s. 258.

65 **Kaulartz** Ed. **Fries/Paal**, Smart Contracts, 2019, s. 81.

Yapay zekâ sistemlerinin insan hakemlerin tamamen yerini alması durumunda verilen kararların niteliği hukuki bakımdan tartışmalıdır. Zira tarafların hukuki dinlenme hakkı ve hakemlerin bağımsızlığı her koşulda güvence altına alınmalıdır⁶⁶. Örneğin ZPO m. 1042/1 ve HMK m. 423 hükümlerine göre her bir tarafa eşit muamele edilmeli ve taraflara hukuki dinlenme hakkını kullanma imkânı tanınmalıdır. Yapay zekâ sistemlerine dayalı tam otomatik bir tahkim yargılamasında taraflar kendilerini ifade etme fırsatına sahip olsalar bile verilen kararın bir kara kutu niteliği taşıması mümkündür. Zira tarafların herhangi bir programa bilgisi olmadan yapay zekâ sistemleri tarafından verilen kararı doğrudan anlamaları pek mümkün gözükmemektedir⁶⁷. Ayrıca yapay zekâ sistemlerinin programlanması sırasında birtakım önyargıların ortaya çıkma riski mevcuttur ve bu da kararın tarafsızlığını etkileyecektir. Kısaca yürürlükteki mevzuata göre yapay zeka yargılama işlemlerinde ve karar verme bakımından yardımcı bir işlev görebilir, fakat doğrudan bir işlev görmesi söz konusu değildir.

Bir yapay zekâ sisteminin tahkim yargılamasında gerçekten bağımsız bir karar verebileceğini varsaysak bile, kararın Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi⁶⁸ hükümlerine göre hala bir hakem kararı olup olmadığı sorusu ortaya çıkacaktır. Zira yapay zekâ tarafından verilen kararlarda New York Sözleşmesi hükümlerine göre icra edilmek zorundadır. Ancak tarafların kararın gereğini kendiliğinden yerine getirmeleri durumunda herhangi bir sorun olmayacaktır.

New York Sözleşmesi hükümleri 1950'lerde hazırlandığı için yapay zekâ sistemlerinin o dönemde öngörülmesi mümkün değildi. Ancak bu durum New York Sözleşmesi hükümlerinin bir yapay zekâ sistemi tarafından verilen kararı açıkça hariç tutmadığı görüşüne yol açmaktadır⁶⁹. Fakat New York Sözleşmesinde hakem kararının bir insan tarafından verilmesi gerektiğine dair açık işaretler bulunmaktadır. Örneğin New York Sözleşmesi m. IV/1-a hükmüne göre tahkim kararının kararı veren hakemler tarafından imzalanması gerekmektedir. Bu hükmün bir yapay zekâ sis-

66 **Rühl** Ed. **Kaulartz/Braegelmann**, *Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning*, s. 628.

67 **Rühl** Ed. **Kaulartz/Braegelmann**, s. 626.

68 Resmi Gazete: T. 21.05.1991, S. 20877. 08.05.1991 tarih ve 3731 sayılı Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

69 **Kreis** Ed. **Kaulartz/Braegelmann**, s. 644.

temi tarafından yerine getirilmesi pek mümkün değildir. Uluslararası uygulanabilirliği mümkün kılmak için New York Sözleşmesi m. IV hükmünün, sadece yazılı değil aynı zamanda elektronik bir kararın ve imzanın da yeterli olacağı şekilde değiştirilmesi gerekmektedir⁷⁰.

Ayrıca yapay zekâ tarafından verilen tahkim kararlarının incelenmesine yönelik yeni hukuki düzenlemelere ihtiyaç vardır. Yapay zekâ tarafından verilen tahkim kararları başka teknik araçlar tarafından incelenmemelidir. Yapay zekâ tarafından verilen kararlar da tıpkı insan hâkimler tarafından verilen kararlar gibi devlet mahkemeleri tarafından incelenmelidir. Bu inceleme sonucunda hukuki dinlenilme hakkının ihlali, kamu düzeni gibi önemli bir takım iptal gerekçelerinin tespit edilmesi durumunda hakem kararı klasik tahkim yargılamalarında olduğu gibi iptal edilmelidir⁷¹.

SONUÇ

Taraflar tahkim yargılamasında aralarındaki uyuşmazlığın ne şekilde çözüleceğini kararlaştırma yetkisine sahiptir. Ancak tahkim yargılamasında taraf özerkliği kavramının sınırsız olduğunu söylemek mümkün değildir. Yapay zekâ sistemlerinde meydana gelen gelişmeler, bu sistemlerin tahkim yargılamasında kullanılmasına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

Yapay zekâ sistemlerin tahkim yargılamasında kullanılabilmesi için teknik fizibilite oldukça yeterli görünmektedir. Hatta karar hazırlık aşamasında yapay zekâ sistemleri tahkim yargılamasında etkin olarak kullanılmaya başlanmıştır. Ancak yapay zekâ sistemlerinin insan hakemlerin yerine geçerek verdiği kararın hukuki niteliği tahkim düzenlemeleri bakımından henüz net değildir. Ancak ifade etmeliyiz ki, tahkim yargılamasında yapay zekâ sistemlerinin kullanılması öncelikle tarafların anlaşmasına bağlıdır. Tarafların yargılamanın sonunda verilen kararı kendiliğinden yerine getirmeleri durumunda herhangi bir sorun ortaya çıkmaz.

Türk hukukunda olduğu gibi birçok hukuk sistemi hakemlerin doğrudan ya da dolaylı olarak gerçek kişiler olması gerektiğine ilişkin düzenlemelere sahiptir. Alman tahkim düzenlemesine göre ise tarafların uyuşmazlıklarının nasıl çözüleceği konusunda bir anlaşmaya varmaları halinde bu görevin yapay zekâ tarafından yerine getirilebileceği bazı yazarlarca ifade edilmiştir. Zira ZPO'nun tahkime ilişkin onuncu kitabından bir insan

70 Kreis Ed. Kaulartz/Braegelmann, s. 649.

71 Kreis Ed. Kaulartz/Braegelmann, s. 649.

tarafından karar verilmesi gerektiği sonucu çıkmaz. Ancak yapay zekâ sistemleri tarafından verilen kararın farklı gerekçelerle iptal edilme riski her zaman mevcuttur.

Bu nedenle ulusal kanunlarda ve uluslararası anlaşmalarda uygun değişiklikler yapılmadan, bir yapay zekâ sistemi tarafından verilen kararın hakem kararı niteliği taşıdığını söylemek pek doğru bir yaklaşım olmaz. Yürürlükteki mevzuata göre yapay zekâ yargılama işlemlerinde ve karar verme bakımından yardımcı bir işlev görebilir, fakat doğrudan bir işlev görmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla bir yapay zekâ sistemi tarafından verilen kararın şimdilik New York Sözleşmesi'nin icra rejiminden yararlanması pek mümkün gözükmemektedir.

KAYNAKÇA

- Adaş, Emin/Erbay, Borabay**, “Yapay Zekâ Teknolojisi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 22, S. 1, 2022, s. 326–337.
- Akburakçı, Necip Fazıl**, *Kamu Düzeni Açısından Yapay Zekâ*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Akıncı, Ziya**, *Milletlerarası Özel Hukuk -Ders Kitabı-* 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Akıncı, Ziya**, *Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- Araalan, Cemal**, “Yapay Zekâ Teknolojisinin Sağlık Sektörüne Etkilerine İlişkin Hukuksal Bir Değerlendirme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 17, S. 185, 2022, s. 2–15.
- Arf, Cahit**, *Makine Düşünebilir Mi ve Nasıl Düşünür? Konferanslar Serisi No: 1*, Erzurum Atatürk Üniversitesi, Üniversite Çalışmalarını Muhite Yayma ve Halk Eğitimi Yayınları, Erzurum 1959.
- Ayaz, Sedat**, *Yapay Zekâ Temelli Akıllı Yargı Sistemi*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2024.
- Aygün, Mesut**, *Milletlerarası Usul Hukuku ile Kanunlar İhtilafı Hukuku Kuram ve Metodolojisi Çerçevesinde Yapay Zekâ*, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Başığit, Ahmet Semih**, *Temel İnsan Hakları Bağlamında Risk Temelli Yapay Zekâ*, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2024.
- Benli, Erman/Şenel, Gayenur**, “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 2020, s. 296–336.
- Çelikel, Aysel/Erдем, B. Bahadır**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- CEPEJ**, *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (E.T. 01.10.2024).
- Datatilsynet**, *The Norwegian Data Protection Authority, Artificial intelligence and privacy*, 2018, <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/english/ai-and-privacy.pdf>, (E.T. 01.10.2024).
- Dost, Süleyman**, “Yapay Zekâ ve Uluslararası Hukukun Geleceği”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 2, 2023, s. 1271–1313.
- Erdoğan, Gökhan**, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, *Adalet Dergisi*, C. 148, S. 66, 2021, s. 117–192.
- Ergül, Engin**, *Yapay Zekâ ve Hukuk*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

Ertel, Wolfgang, Grundkurs Künstliche Intelligenz-eine praxisorientierte Einführung, 5. Baskı, Wiesbaden 2021.

Görentaş, Muhammet Burak, Yapay Zekâ Yöntemleriyle Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarının Tahmini, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2024.

Günel, Hazal, Hukuki Açıdan Yapay Zekâ, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Hacı, Can, Tahkim Hukuku Genel Esaslar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen, AöR 142 (2017), s. 1–42.

Jensen, Ole, Tribunal Secretaries in International Arbitration, Oxford 2019.

Kaplan, Jerry, Künstliche Intelligenz. Eine Einführung, Frechen 2017.

Karaca, Uğur/**Karataş**, Esra, “Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Korunması”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 2022, s. 17–50.

Kasap, Atilla, “Güncel Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Yapay Zeka Varlıkları ve Hukuki Kişilik”, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2022, s. 485–556.

Kaulartz, Marcus/**Braegelmann**, Tom, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 1. Baskı, C. H. Beck; München 2020.

Kaulartz, Markus, Smart Contract Dispute Resolution, Ed. Martin Fries/Boris P. Paal, Smart Contracts, Tübingen 2019, s. 73-83.

Kaulartz, Markus/**Kreis**, Falco, Smart Contract Dispute Resolution, in: Tom Braegelmann/Markus Kaulartz (Hrsg.), Rechtshandbuch Smart Contracts, München 2019, s. 249–263.

Kreis, Falco, KI und ADR-Verfahren, Ed. Kaulartz/Braegelmann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, München 2020, s. 633–650.

Krüger, Wolfgang/**Rauscher**, Thomas, Ed. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Baskı, München 2022.

Lenzen, Manuela, Künstliche Intelligenz, Was sie kann und was uns erwartet, München 2018.

McCarthy, John/**Minsky**, Marvin/**Rochester**, Nathaniel/**Shannon**, Claude, A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf> (E.T. 01.10.2024).

Mittelstand-Digital Zentrum Fokus Mensch, Algorithmus, KI und die menschliche Intelligenz, <https://www.digitalzentrum-fokus-mensch.de/kos/WNetz?art=News.show&id=2231> (E.T. 01.10.2024).

Mücahit Küçük, Çolpan, “Yapay Zekâ Tarafından Gerçekleştirilen İdari İşlemlerde Sorumluluk”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2024, s. 169–215.

Nickl, Afra, ChatGPT als Rechtsdienstleister? Praxistest: Rechtsberatende Leistung durch KI am Beispiel eines Softwarekaufvertrags, MMR 2023, s. 328-333.

Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.

Okumuş, Nagehan, “Tahkimde Çevrimiçi Duruşma Yapılması”, Dijital Çağda Hukuk, Editörler, Kerem Batır, Cansu Atıcı Kabalak, Elif Çağla Yıldız, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 429–439.

Önet, Nimet/**Bayraktar**, Özde, Yapay Zekâ ve Hukuk, Yapay Zekânın Hukuk ve Yargı Alanında Kullanılması Yöntemi ile Değerlendirme, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2024.

Özel, Sibel/**Erkan**, Mustafa/**Pürselin**, Hatice Selin/**Karaca**, Hüseyin Akif, Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2024.

Özkan, Işıl/**Kavlak**, Bengül, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Tahkim, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024.

Pieper, Fritz-Ulli, Künstliche Intelligenz: Im Spannungsfeld von Recht und Technik, InTeR 2018, s. 9–15.

Queen Mary University/ White & Case, 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World, 2021, <https://www.qmul.ac.uk/arbitration/research/2021-international-arbitration-survey/> (E.T. 01.10.2024).

Rühl, Giesela, KI in der gerichtlichen Streitbeilegung, Ed. Kaulartz/Braegelmann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, München 2020, s. 617-632.

Russell, Stuart/**Norvig**, Peter, Artificial Intelligence, 4. Baskı, Harlow 2021.

Sağlam, İlyas/**Girgin**, Emre, “Yapay Zekâ ve Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 19, 2022, s. 37–87.

Şanlı, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2024.

Sapan, Oğuzhan, Ceza Muhakemesinde Yapay Zekâ Kullanımı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

Schäfer, Erik, Informationstechnologie in Schiedsverfahren nach 2018 DIS-Schiedsgerichtsordnung – Hinweise zu Art. 27.4(i) und Anlage 3 lit. G 2018 DISSchiedsgerichtsordnung, SchiedsVZ 2019, s. 195–216.

Schardt, Ramona, Neue Regelungen der DIS-Schiedsgerichtsordnung zur Steigerung der Verfahrenseffizienz, SchiedsVZ 2019, s. 28–35.

Scherer, Maxi, Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open?, J. Int. Arb. 2019, Vol. 36, No. 5, s. 539–574.

Seyhan, Serkan, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Belirlenmesine Yönelik Bir İnceleme”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 12, S. 133, 2020, s. 6-22.

Singil, Nesrin, “Yapay Zeka ve İnsan Hakları”, Public and Private International Law Bultein, C. 42, S. 1, 2022, s. 121–158.

Specht, Philip, Die 50 wichtigsten Themen der Digitalisierung, München 2018.

Turing, Alan, Computing Machinery and Intelligence, Mind 49 (1950), s. 433–460.

Wagner, Jens, Legal Tech und Legal Robots: Der Wandel im Rechtsmarkt durch neue Technologien und Künstliche Intelligenzen, Wiesbaden 2020.

Yantaç, Cavit/**Falcioğlu**, Mete Özgür, “Yapay Zeka, İnsan ve Hukuk”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 11, 2020, s. 31–56.

Yazar, Enes, “Uluslararası Hukukta Yapay Zeka Teknolojisi”, Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, C. 6, S. 2, 2023, s. 537–553.

Yenice Ceylan, Özge, “Yapay Zekanın Hukuki Statüsünün Değerlendirilmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2024, s. 35–52.

Yılmaz, İlay/**Sözer**, Can/**Elver**, Ecem, “Yapay Zekâ ile İlgili Güncel Düzenlemeler, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme”, Adalet Dergisi, C. 48, S. 66, 2021, s. 445–469.

Yücel, Gökçen, Yapay Zekâ Teknolojilerinin Kolluk Faaliyetinde Kullanımı, 1. Baskı, Ankara 2024.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

Same-Sex Adultery as a Ground for Divorce

Bir Boşanma Nedeni Olarak Aynı Cinsiyetten Kişilerin Zinası

  Dr. Öğr. Üyesi Tuğçem SEÇER*

 10.60002/ebyuhfd.1536676

ABSTRACT

Discrimination against individuals with different orientations occurs when courts adopt a perspective that implies that those who do not identify as heterosexual are abnormal. Since marriage is viewed as a heterosexual legal relationship by the Turkish courts, heteronormative dynamics dominate divorce proceedings. Protecting or supporting same-sex relationships has never been the goal of Turkish courts. Nonetheless, court rulings constitute a form of rights violation, given that discrimination is forbidden under Turkish law and can lead to compensation claims. Adultery is only one of the few contexts in which same-sex unions in Turkish jurisprudence. Turkish courts recognize that reformist rulings on adultery do not necessarily permit or endorse same-sex unions. Despite Türkiye being a secular state, the religious values held by a significant percentage of the population cannot be disregarded when it comes to the judicial system. Courts, however,

- * Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu, Büro Hizmetleri ve Sekreterlik Bölümü, Mahkeme Büro Hizmetleri Programı, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.
Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article
Geliş/Received: 21.08.2024 | Kabul/Accepted: 11.11.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Tuğçem Seçer, "Same-Sex Adultery as a Ground for Divorce", EBYÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (743-773).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

believe that they would be acknowledging the possibility of same-sex relationships if they recognized same-sex adultery. On the other hand, due to concerns about compensation claims, courts are beginning to adopt supposedly equal positions even in cases where they are sincerely unable to approve same-sex unions. This has led to inconsistent rulings, as some courts shift their approach case by case to avoid the accusation of discrimination, causing legal ambiguities.

Key Words: Discrimination, Family Law, Divorce, Gender Equality, Adultery.

ÖZ

Farklı yönelimlere sahip bireylere karşı ayrımcılık, mahkemelerin kendilerini heteroseksüel olarak tanımlamayanların normal olmadığı yönünde bir bakış açısını benimsemiştir. Bu nedenle boşanma sürecini de heteronormatif dinamikler yönetir. Eşcinsel ilişkileri korumak veya bu tür ilişkileri desteklemek hiçbir zaman Türk mahkemelerinin ya da hakimlerinin hedefi olmamıştır; ancak cinsiyet ayrımcılığının hukuki mevzuat tarafından aleni bir biçimde yasaklanması mevcut mahkeme kararlarının bireysel tazminat taleplerine neden olmasına yol açmıştır. Bir boşanma nedeni olarak zina, aynı cinsiyetten birlikteliklerin Türk yargısındaki yansımalarından yalnızca bir tanesidir. Türk mahkemeleri, zina kavramının geniş yorumlanmasının doğrudan eşcinsel birlikteliklere izin verilmesi anlamına gelmediğini bilir. Zira Türkiye laik bir devlet olmasına rağmen yargı sisteminin idaresi söz konusu olduğunda, nüfusun önemli bir kısmının benimsediği dini kurallara göz ardı edilmez. Bununla birlikte günümüzde mahkemeler, eşcinsel zinaya izin verdikleri takdirde hukuki düzlemde eşcinsel ilişki olasılığını kabul etmiş olmanın rahatsızlık duymalarına rağmen, tazminat yaptırımları nedeniyle sözde eşit pozisyonlar benimsemeye ve bakış açılarını değiştirmeye zorlanırlar.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık, Aile Hukuku, Boşanma, Cinsiyet Eşitliği, Zina.

INTRODUCTION

Nowadays, two fundamental questions seem unsolvable in the legal system. The first question is whether the homosexual relationship between a married person and another constitutes adultery within the scope of the Turkish Civil Code nr. 4721. The second question is what the definition of sexual intercourse is. There isn't much complexity to why these questions have been classified as unsolvable. The ground is that the Turkish courts are unwilling to acknowledge same-sex partnerships as having a legal status. So then, where does the dilemma mentioned in the title of this study arise from, and what is the solution?

The Court of Cassation's historical decision of "Giving custody of a daughter to a woman who has a habit of homosexuality disease may jeopardize her future." is an indicator of understanding the point of view of the courts.¹ On the other hand, the sociological, non-religious, and cultural character of the new and young Turkish society, the international treaties to which it is a party, and the desire to have a modern legal system all work against the Turkish courts' willingness to deny homosexual relationships on a legal basis.² In other words, Turkish courts are unable to forbid homosexual relationships explicitly, but they also cannot publicly endorse them.

In this light, Part II of this article presents the general understanding of adultery under Turkish law. This part summarizes the act's criminal and civil aspects by analyzing the historical ground. Part III discusses the definition of adultery by looking at its fundamental elements in the 4721 nr. Civil Code. Part IV analyzes the dilemmas that the courts and doctrine create. Finally, the conclusion offers suggestions for changing the courts' perspective.

I. GENERAL VIEW OF ADULTERY IN TURKISH LAW

In Turkish law, adultery has been addressed both in criminal and civil law. As adultery has historically been considered a criminal offense under the criminal law, it is recognized as a ground for divorce. Therefore, although the subject of this study is adultery as a ground for divorce, it would be appropriate to briefly mention the effect of adultery as a criminal act on the mentality of Turkish law. In this respect, it would be helpful to briefly discuss the legal basis of adultery as a criminal act before discussing the dilemma raised by this act in civil law.

A. As a Criminal Act

Since the Code of Hammurabi, adultery has been regulated as an unfair act.³ However, there was an obscure line between tort and crime in the

1 Yarg. 2. HD., E. 1982/5077, K. 1982/5531, 21.06.1982, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Last Seen: 15.03.2024).

2 Barış **Erdoğan**/Esra **Köten**, "Yeni Toplumsal Hareketlerin Sınıf Dinamiği: Türkiye LGBT Hareketi", Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi, Vol. 2, Iss. 1, 2014, p. 107; See <https://www.indyrturk.com/node/457061/haber/26-ilde-18-ya%C5%9Fve-%C3%BCzeri-2-bin-200-ki%C5%9Fi-ile-lgbt-hakk%C4%B1nda-g%C3%B6r%C3%BC%C5%9F%C3%BCld%C3%BC> (Last Seen: 15.03.2024).

3 Daniel E. **Murray**, "Ancient Laws on Adultery - A Synopsis", Journal of Family Law, Vol. 1, Iss. 1, 1961, p. 91-92.

past.⁴ So, the act of adultery, which should have constituted a tort, was criminalized in many legal systems.⁵ This act, which should have been subject to compensation or monetary sanctions, was subject to criminal punishment.

Adultery has been punished as a crime for quite some time in Türkiye.⁶ According to the community's common understanding at that period, adultery was a grave offense. It was accepted as an act that degraded morality and ruined the family union, which is the headstone of society.⁷ Additionally, it was acknowledged that this act caused the aggrieved party to desire revenge and hatred.⁸

According to the former Turkish Criminal Code nr. 765 Article 440, the woman who commits adultery will be punished. The one who acknowledges that the woman is married will be punished with the same sentence. However, according to Article 441, the husband will be punished only if he commits the act of adultery with a woman who is not married and if he commits it in the matrimonial home. This regulation indicates that the adultery of husband and wife was not subjected to the same conditions.⁹ Therefore, first, the Constitutional Court of Türkiye abolished

4 Murray, p. 89.

5 Even in some legal systems, adulterous acts have caused limitations on remarriage. See Mark **Strasser**, "Sodomy, Adultery, and Same Sex Marriage: On Legal Analysis and Fundamental Interests", *UCLA Women's Law Journal*, Vol. 2, Iss. 8, 1998, p. 326-329; Peter **Nicolas**, "The Lavender Letter: Applying the Law of Adultery to Same-Sex Couples and Same-Sex Conduct", *Florida Law Review*, Vol. 1, Iss. 63, 2011, p. 100; Ted N. **Echols**, "Decriminalizing Adultery: An Unanticipated Step in Restoring the Value of Marriage", *Liberty University Law Review*, Vol. 16, Iss. 2, 2022, p. 203-206.

6 Adultery as a criminal act has a legal basis from the Ottoman Empire for dishonoring the husband. Cem **Doğan**, "Bounds of Passion: Adultery, Gender and Modernization of Penal Practices in Ottoman Society from the Classical Age to 1915", *Mavi Atlas*, Vol. 1, Iss. 9, 2021, p. 44-52.

7 In fact, the act of adultery was regulated under the heading of crimes against family order.

8 See Faruk **Erem**, "Zina", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 1-2, Iss. XVIII, 1961, p. 126; Sulhi **Dönmezer**, "Zina Cürmü", *Adalet Dergisi*, Vol. 7, Iss. 41, 1956, p. 861-862; Özge **Yücel**, *Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinden Kusurdan Bağımsızlığa Geçiş*, Seçkin, Ankara 2023, p. 67; Berkcan **Bekem**, *Boşanma Sebebi Olarak Zina (Tmk M.161)*, Seçkin, Ankara 2023, p. 55; Oğuz **Ersöz**, *Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma*, *On İki Levha*, İstanbul 2018, p. 29; Namık **Yalçınkaya**/**Şakir Kaleli**, *Boşanma Hukuku*, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara 1987, p. 604-605.

9 Distinctive legal provisions for men and women were often found in the abolished

Article 441 because it violated the principle of equality.¹⁰ Then, the regulation regarding wife's adultery, article 440, was abolished by the Constitutional Court of Türkiye due to the same ground.¹¹

The Constitutional Court decided that *“The husband must meet some requirements that are not necessary for the wife's adultery to be considered adultery, and these requirements represent that the husband has a legal prevalence over the wife. There's no reason to give the spouse this kind of dominance in the marriage. Since loyalty is a mutual obligation for both husband and wife. Therefore, not punishing the husband's simple adultery gives him a privilege over the wife that is incompatible with modern understanding and violates the equality of men and women, which rejects gender discrimination.”*¹² So, as it's seen, the justification for the decriminalization of adultery didn't depend on the discussion of whether the act of adultery was criminal or not. The act of adultery was annulled because it was contrary to the gender-equality.

On the other hand, many legal systems classify adultery as an act that can committed only by a woman. Or, if the act is committed by a man, lighter penalties and less compensation are regulated.¹³ This is because, in

laws. This is because, before legal modernization, there was no doubt about the effect of Islam on the laws. For example, the Former Turkish Civil Code Nr. 743 Article 152 stipulated that the husband was the head of the household. Thus, in a marital dispute, the husband's vote was considered superior to the wife's. Article 153 has stated that the wife must take care of the house. Again, women's employment was subject to the man's permission, according to Article 159. However, these provisions were abolished with the adaptation of the law to the equality of women and men. Nowadays, it can be argued that the fact that women and men are equal, at least in theory, suggests that homosexual partnership equality may also be possible. See the Former Civil Code nr. 743, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-kanunu-medenisi-743> (Last Seen: 15.03.2024).

10 Constitutional Court of Türkiye, E. 1996/15, K. 1996/34, 23/09/1996; for the full text <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1996-34-nrm.pdf> (Last Seen: 15.03.2024).

11 Constitutional Court of Türkiye, E. 1998/3, K. 1998/28, 23/6/1998; for the full text <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1998-28-nrm.pdf> (Last Seen: 15.03.2024).

12 Constitutional Court of Türkiye, E. 1996/15, K. 1996/34, 23/09/1996; for the full text <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1996-34-nrm.pdf> (Last Seen: 15.03.2024).

13 As an example of the double standard, under the 1857 Matrimonial Causes Act, to punish the husband for adultery, there should also be a marital crime such as physical violence. Hannah **Charnock**, “A Million Bonds’: Infidelity, Divorce and the Emotional Worlds of Marriage in British Women's Magazines of the 1930s”, *Cultural and Social History*, Vol. 14, Iss. 3, 2017, p. 368.

the past “*the women were not regarded as equals and were considered more in the nature of a property right.*”¹⁴ By virtue of this quote, when considering adultery as an act of criminal law, it is not possible to state that gender equality is ensured. Although this issue will not be examined here since it is outside the scope of this study, it should be noted that the subjects are different, and the discrimination is transfigured, but it still exists.

Regardless, the decriminalization of adultery was an improvement in criminal laws. When one of the partners has been unfaithful, the only option available to repair the fractured family unit is a divorce.¹⁵ So, rather than criminalizing adultery, it would be more acceptable to apply civil law sanctions to the act.¹⁶ On the other hand, the critical fact regarding adultery as a criminal act is that the basis for the criminalization of adultery has been sexual intercourse, not the feelings of one party for the other.¹⁷ Due to this approach, adultery has been regulated under divorce law with the false belief that sexual intercourse is required.¹⁸

B. As a Ground for Divorce

According to the Turkish Civil Code nr. 4721, the grounds for divorce are categorized under two different headings: general and special. The type of divorce grounds matter, particularly regarding the burden of proof and material consequences.¹⁹ Articles 161-165 of the Turkish Civil Code define special divorce grounds which are adultery, attempt against life, abominable or degrading treatment, committing a crime, leading a dishonorable life, desertion, and mental illness. As it's seen, the special grounds for divorce are listed individually in the code.

14 **Murray**, p. 104. As it's seen not only in the Islamic states but also in the states which are in effect of another religion, the discrimination between men and women existed regarding adultery.

15 **Dönmezer**, p. 862.

16 **Erem**, p. 129.

17 **Erem**, p. 126.

18 See for the similar approach of courts **Nicolas**, p. 117.

19 The Swiss Civil Code provides a blueprint for Turkish family law regulations. Nevertheless, the “*no-fault*” basis of the Swiss Civil Code permits divorces without blaming one spouse over the other, contrary to Turkish regulations. Ingeborg **Schwenzer**/Tomie **Keller**, “Recent Developments in Swiss Family Law”, Public and Private International Law Bulletin, Vol. 1, Iss. 35, 2015, p. 8.

Even though adultery was decriminalized, the act stands as a special divorce ground to protect the social order.²⁰ In this regard, Article 161 of the Turkish Civil Code nr. 4721 states that *“If one of the spouses commits adultery, the other spouse can file a lawsuit for divorce. The right to sue shall cease within six months as of the date when the spouse with a right to sue learns about the cause of divorce and within five years as of the commencement of the act of adultery under any circumstances.”*

This article creates seemingly no gender-based discrimination, while there was no egalitarian regulation in criminal law. On the other hand, the absence of a legal definition regarding adultery, according to this article, causes legal inconsistencies regarding determining adultery. Therefore, the Turkish Civil Code nr. 4721 has a gap wherein the definition of adultery is absent, which is why the courts’ definition of this term matters. Due to this gap, the definition and elements of adultery shall have been made by doctrine and courts.

II. THE DEFINITION OF ADULTERY

The widespread dictionary meaning of adultery is *“sex between a married person and somebody who is not their husband or wife.”*²¹ This definition leaves open what is meant by “sex” and “somebody.” However, courts have reached a consensus regarding that “sex” means sexual intercourse, and “somebody” means a member of the opposite gender.²²

According to Article 161 of the Turkish Civil Code, *“If one of the spouses commits adultery, the other spouse can file a lawsuit for divorce.”* As it is obvious, neither there a legal definition of the term adultery nor the elements which are the opposite party and sexual act. So, while deciding, the court shall interpret this term and its elements.

20 Zafer **Zeytin**/Ömer **Ergün**, Türk Medeni Hukuku, 6. Edition, Seçkin, Ankara 2022, p. 203; The most significant marriage requirement is the obligation of fidelity, which adultery violates. Due to this, it is regarded by the law as the most severe cause for divorce. Mehmet **Erden**/Aslı **Makaracı Başak**, Aile Hukuku, Seçkin, Ankara 2022, p. 103-104; Ömer Uğur **Gençcan**, Boşanma Hukuku 1. Cilt, 12. Edition, Yetkin, Ankara 2023, p. 159; Harun **Bulut**, Aile Hukukunda Boşanma Davaları ve Yabancı Unsurlu Davalar, Beta, İstanbul 2007, p. 5.

21 See for the definition: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/adultery?q=adultery> (Last Seen: 15.03.2024).

22 Bethany **Catron**, “If You Don’t Think This Is Adultery Go Ask Your Spouse: The New Hampshire Supreme Court’s Fault Interpretation of Adultery in Inre Blanchflower, 834 A.2d 1010 (2003)-Grounds for a Fault Based Divorce”, University of Dayton Law Review, Vol. 3, Iss. 30, 2005, p. 345.

In this scope, according to Turkish courts, adultery is generally defined as sexual intercourse between one of the spouses and a member of the opposite sex during the marriage.²³ Thus, first, there needs to be a marriage union; second, sexual intercourse needs to occur; and third, there needs to be a person of the other sex to discuss adultery in this context.

A. Marriage Union

Adultery is an act that can only be committed by a spouse; therefore, speaking of adultery, there must be a marriage union. Regarding marriage as an element of adultery, there isn't any discussion. According to Article 185 of the Turkish Civil Code nr. 4721 "*Marriage establishes a union between spouses.*"²⁴ So, this union can only be established between a man and a woman. In other words, same-sex people are not allowed to marry according to Turkish law.²⁵

B. Sexual Intercourse

Sexual intercourse is "*sexual activity involving the insertion and thrusting of the male penis inside the female vagina for sexual pleasure,*

23 İsmail **Dede**, "Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 3, Iss. 23, 2017, p. 650; Turgut **Aküntürk**/Derya **Ateş**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 22. Edition, Beta, İstanbul 2020, p. 244.

24 According to Article 2 (f) of the Marriage Regulation, marriage is a civil law agreement signed by a man and a woman in front of a duly authorized official to start a family.

25 Legal marriages of homosexual couples are not valid in Türkiye. Therefore, a divorce case cannot be filed on the grounds of adultery. Elif Nurbanu **Or**, Boşanma Davaları, 2. Edition, Adalet, Ankara 2022, p. 7; Candan **Yasan**, Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, On İki Levha, İstanbul 2013, p. 72-74; Esen **Aydın**, "Maddi Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Eşcinsel Evliliklerin Değerlendirilmesi", Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler, Beta, İstanbul 2017, p. 111; Metin **İkizler**/Özlem **Tüzüner**, Medeni Hukuk-II Aile Hukuku, Adalet, Ankara 2023, p. 95; On the other hand, the idea that marriage can only take place between a man and a woman has begun to fade. **Bekem**, p. 99; Kazım Sedat **Sirmen**, "Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Düzenlenişi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 58, Iss. 4, 2009, p. 856.

reproduction, or both.”²⁶ Yet, “the sexual conduct denoted by the unnatural act²⁷ was classified as distinct from penetration of a vagina by a penis that as required to prove adultery.”²⁸ The definition of this term, sexual intercourse, can refer to any penetrating or non-penetrating sexual activity that takes place between two or more persons.²⁹

When it comes to sexual intercourse, there are exciting court decisions all over the world. For example, In the *Re Blanchflower*³⁰ case, the court concluded that an act does not constitute adultery if there is not an actual penis inside the vagina.³¹ On the other hand, when LGBTQ+ people are becoming more publicly recognized, the different sexual intercourse types are becoming visible.³² Regarding this matter, the Turkish doctrinal perspectives are not in agreement. Some say that sexual intercourse must take place³³, while others interpret sexual intercourse from a broader perspective. And the viewpoint of Turkish courts is still conservative.

C. The Opposite Sex

In today’s world, same-sex relationships are becoming one of the primary focuses of social life. Even with the acceptance of the queer theory, same-sex families have begun to be recognized in the legal systems.³⁴ Even though we live in a time of heteronormative dynamics, homosexual relationships have been known since the Hellenistic era. It is well known

-
- 26 Irving. B. **Weiner**/Edward W. **Craighead**, *The Corsini Encyclopedia of Psychology* (Volume 4), John Wiley& Sons, 2003, p. 1577.
- 27 “Before the rise of modern scientific knowledges, law governed sexuality as a set of acts, mainly distinguishing ‘unnatural’ from ‘natural’ acts. Many law codes still contain prohibitions against sodomy and other ‘unnatural’ acts.” Mariana **Valverde**, “A New Entity in the History of Sexuality: The Respectable Same-Sex Couple”, *Feminist Studies*, Vol. 32, Iss. 1, 2006, p. 155.
- 28 Karen **Pearlston**, “Avoiding the Vulva: Judicial Interpretations of Lesbian Sex Under the Divorce Act, 1968”, *Canadian Journal of Law and Society*, Vol. 1, Iss. 32, 2017, p. 40-41.
- 29 See for the definition: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/sexual%20intercourse> (Last Seen: 15.03.2024).
- 30 *Blanchflower v. Blanchflower*, 150 N.H. 226 (2003), https://en.wikipedia.org/wiki/Blanchflower_v._Blanchflower (Last Seen: 15.03.2024).
- 31 **Catron**, p. 339.
- 32 **Pearlston**, p. 39.
- 33 Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**/Mustafa Alper **Gümüş**, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 14. Edition, Filiz, İstanbul 2021, p. 107; Bilge **Öztan**, *Aile Hukuku*, 6. Edition, Turhan, Ankara 2015, p. 647; **Dönmezer**, p. 864.
- 34 Yv E. **Nay**, “Die heterosexuelle Familie Als Norm”, *Sozial Extra*, Vol. 1, Iss. 6, 2019, p. 372.

that men in positions of power in society were attracted to younger men, particularly during that era.³⁵

The prevailing opinion in the Turkish doctrine states that to speak of adultery, this act must have taken place between two persons of the opposite sex. In other words, adultery is an act that can only occur between two people of the opposite sex.³⁶ So, according to the prevailing opinion, if the spouse has sexual intercourse with a person of the same sex, adultery cannot be discussed here.³⁷ The question to ask is where the doctrine comes to this conclusion when there is no definition of adultery in the legislation. The reason for this understanding may be born from the idea that people of different sexes are not allowed to be married in Turkish legislation. Therefore, both the legislator and the doctrine associate the concept of sexual intercourse only with heterosexual relationships.

III. THE DILEMMAS

The most intriguing question is where the dilemmas mentioned in the title of this study arise from. It is a must to state that things are not crystal clear in Turkish law. This is because of the cultural structure of the society, social and economic conditions, and the fact that Türkiye is a bridge between cultures and the new beliefs and lifestyles of the latest generation.³⁸

It is well known that the Turkish legislature cannot pass laws entirely diverted from religious principles, despite the Republic of Türkiye's Constitution declaring it as a secular state.³⁹ On the other hand, the Kemalist

35 David M. **Halperin**, "Is There a History of Sexuality?", *History and Theory Journal*, Vol. 3, Iss. 28, 1989, p. 265.

36 Andreas **Schwarz**, *Aile Hukuku I*, Çev. B. Davran, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1946, p. 143; Serap **Helvacı**, *İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri*, Beta, İstanbul 2002, p. 1157; **Dural/Öğüz/Gümüş**, 14. Edition, p. 106; **Öztan**, p. 645.

37 Hakkı Mert **Doğu**, "Eşin Aynı Cinsten Biriyle Yaşadığı Cinsel İlişkinin Bazı Boşanma Sebepleri Bakımından Değerlendirilmesi", *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 4, Iss. 1, 2019, p. 88.

38 "*All societies and cultures regulate sexual activity among their members. Certain pairings are permissible, while others are not; some acts are permitted, while others are forbidden.*" **Doğan**, p. 43.

39 Article 2 of the Republic of Türkiye's Constitution states that "*The Republic of Turkey is a democratic, secular and social state governed by rule of law, within the notions of public peace, national solidarity and justice, respecting human rights, loyal to the nationalism of Atatürk, and based on the fundamental tenets set forth in the preamble.*"

reforms, the sociological,⁴⁰ non-religious, and cultural character of the new Turkish society,⁴¹ the international treaties to which it is a party⁴², and the desire to have a modern legal system all work against the Turkish parliament and the Courts' willingness to deny homosexual relationships on a legal basis.⁴³ Besides, although religion has an influence on the acceptance of adultery as a defective behavior, sexual fidelity is more often associated with the concept of morality.⁴⁴

The Turkish legislature has refrained from enacting regulations that would cause indignation, especially in the majority of society. It has made these regulations with more rounded and ambiguous sentences, thus leaving the issue of defining these terms to the principles regarding international agreements or doctrine opinions. The legislator relies on the interpretation of the courts to avoid conflicts.

-
- 40 Sociological or economic aspects of society have been grounds for court decisions for a long time. For example, according to a study regarding same-sex infidelity in postwar divorce courts in the USA, courts ruled against wives who had engaged in homosexual activities; on the other hand, when the husband engaged in a homosexual relationship, they treated men with more tolerance. Because society wishes to keep men in marriage, if a man becomes an ex-gay husband with a heavy alimony burden, he may never be able to marry again. Alison **Lefkowitz**, "The Peculiar Anomaly: Same-Sex Infidelity in Postwar Divorce Courts", *Law and History Review*, Vol. 3, Iss. 33, 2015, p. 669.
- 41 Zeynep Özlem **Üskül Engin**, *Hukuk Sosyolojisi Açısından Türkiye'de Evlenmenin Evrimi*, Beşir, İstanbul 2008.
- 42 For example, many legal norms (the iddah, the women's surname, the joint custody, etc.) violating the equality of women and men have been brought before the European Court of Human Rights, and Türkiye has been forced to amend and annul these norms, to pay for material and moral damages. Ünal Tekeli v. Turkey, 29865/96

A. Determination of the Opposite Sex

The definition of sexual intercourse is a Gordian knot. According to the Turkish Official Dictionary, adultery is defined as sexual intercourse between people who are not related by marriage, and sexual intercourse is defined as the act of union between a male and female or individuals who have assumed these roles through their sexual organs.⁴⁵ Nonetheless, there are circumstances in which, even though the existence of sexual intercourse is unquestionable, the partner is from the same sex. So, this brings up a dilemma: the opposite sex.

According to article 40 of the Turkish Civil Code nr. 4721, “*Transsexual people feel themselves to be of the opposite sex, differently from their biological sexes, and they may be sterilized or not. Transsexual people who are naturally sterilized from birth or have been sterilized through surgery are allowed to undergo gender reassignment surgery.*” This article means that Turkish law accepts some people feel themselves to be of the opposite sex or sexless at all. However, the determination of the opposite sex in adultery cases in Turkish law presents the most significant challenge since modern gender and sex concepts are distinct from one another.

The Turkish judiciary has been finding it challenging to adjust to the new gender concepts since, as previously pointed out, it has continuously upheld the view that adultery must occur with a person of the opposite sex.⁴⁶ It is deliberate that courts do not rule by examining concepts such as non-discrimination, equality, feminism, humanism, and LGBTIQ+. In this way, they create a procedural self-restraint technique for themselves and try not to be in the eyes of the political power⁴⁷ or the public eye.⁴⁸

45 See for the definition: <https://sozluk.gov.tr> (Last seen: 01.01.2024).

46 Yarg. 2. HD., E. 2014/17883, K. 2015/8438, 27.04.2015; E. 2009/19858, K. 2010/3834, 02.03.2010; A person of the opposite sex is necessary for the act to be classified as adultery. For example, abnormal intercourse between a woman and another woman cannot be accepted as an act of adultery. Hıfzı **Velidedeoğlu**, Türk Medeni Kanunu Cilt II, 3. Edition, Tan Matbaası, İstanbul 1956, p. 164.

47 See <https://www.theguardian.com/global-development/2023/may/12/lgbt-receptayyip-erdogan-targets-gay-trans-rights-critical-turkish-election> (Last seen: 01.01.2024).

48 İhsan **Baştürk**, “Türk Anayasa Yargısı Perspektifiyle Erkeğin Zinası Suçu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 1, Iss. 8, 2018, p. 34.

They interpret the regulations with the dictionary meanings and don't bother themselves by using new interpretation methods such as queer.⁴⁹ The doctrine mainly supports this tendency of the courts.⁵⁰

On the other hand, some ideas regarding homosexual adultery have arisen in time. This new wave claims that “*sexual interactions between people of the same sex should also be regarded as adultery, and this term needs broad interpretation.*”⁵¹ In fact, according to this new idea, the proper terminology is that for a third party to be grounds for divorce on adultery, it must be a human being, regardless of gender.⁵² In this regard, “*courts should avoid discrimination when interpreting the act of adultery, as the different application of the articles of the civil law to homosexuals is incompatible with the principle of equality before the law.*”⁵³ Besides, “*the individual with whom the sexually immoral spouse has interacted is not the concern of Article 161 of the Civil Code.*”⁵⁴

-
- 49 Harriet **Malinowitz**, “Queer Theory: Whose Theory?”, *A Journal of Women Studies*, Vol. 2, Iss. 13, 1993, p. 168-184.
- 50 **Velidedeoglu**, p. 164; **Yalçınkaya/Kaleli**, p. 626; **Schwarz**, p. 143; **Dural/Öğüz/Gümüş**, 14. Edition, p. 106; **Helvacı**, p. 1157; **Öztan**, p. 645; **Zeytin/Ergün**, p. 203; **Or**, p. 11-12; **Ersöz**, Zina Sebebiyle Boşanma, p. 71; **Bulut**, p. 5; Süleyman **Yılmaz**, Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku, Yetkin, Ankara 2023, p. 164; Aydın **Zevkçiler**, “Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol. 2, Iss. 1, 1988, p. 270-271; Hüseyin **Hatemi**, Aile Hukuku, 9. Edition, On İki Levha, İstanbul 2021, p. 120; Emin **Şahin**, Aile Hukuku Davaları, 2. Edition, Adalet, Ankara 2012, p. 143; M. Zerrin **Akgün**, Evlilik Hukuku, Vakıf Matbaası, İstanbul 1946, p. 132; Bülent **Köprülü/Selim Kaneti**, Aile Hukuku, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul 1985-1986, p. 157; Cem **Baygın**, “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü”, 17-20 Şubat 2016 Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Sempozyumu Kitabı Cilt 2, Yetkin, Ankara 2017, p. 737-738; İnci **Biçkin**, “Medeni Yasa'da Zina Nedenine Dayalı Boşanma ve Sonuçları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Vol. 5, Iss. 80, 2006, p. 1884; Oğuz **Ersöz**, “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Boşanma Sebeplerine Genel Bakış”, *The Journal of Social Science*, Vol. 3, Iss. 5, 2019, p. 232-233.
- 51 **Erdem/Makaracı Başak**, p. 104; **Bekem**, p. 87; For example, Gençcan defines adultery as “*sexual activity with another human.*” Ömer Uğur **Gençcan**, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu 1. Cilt, 5. Edition, Yetkin, Ankara 2023, p. 1226; “*Sexual intercourse between a married person and another person.*” Süleyman **Yılmaz/Abdulkerim Yıldırım**, Temel Hukuk Dizisi Medeni Hukuk (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku), 4. Edition, Seçkin, Ankara 2023, p. 223; “*Adultery is the breach of the fidelity in marriage. Having a sexual intercourse with somebody other than your spouse will constitute adultery no matter what.*” İpek **Sağlam**, Turkish Family Law, On İki Levha, İstanbul 2019, p. 121.
- 52 **Bekem**, p. 100.
- 53 **İkizler/Tüzüner**, p. 137.
- 54 **Gençcan**, Boşanma, p. 182; **Sağlam**, p. 121; This perspective also influences the

Today, sexual identity goes beyond gender and constitutes a part of social identity and, in legal terms, an element of personality. However, it should be noted that these discussions on sexual identity or sexual orientation are still far from being able to influence Turkish court decisions. So, while the Turkish courts discuss the requirement of the opposite sex, it has been seen in recent years that the gender indicated on identity cards and one's actual gender identification might differ from one another. This is because gender has become a concept that only categorizes the human body physically, and it is accepted that it has no other function.⁵⁵

The question to be considered is whether the definition of adultery should consider the sexual identity that the third party has internalized and reflected to society or the psychical gender.⁵⁶ Perhaps the most critical issue to be resolved is how to determine the sexual identity of the third party in a case to which they are not a party of the law case and on whom the burden of proof will remain. Furthermore, since the research may violate a third party's rights, adopting this procedure will be illegal.

The viewpoint known as queer theory challenges the idea that heterosexual and cisgender identities are normative in any way.⁵⁷ In this scope, it's nonsensical to claim that a woman cannot enjoy having sex with another woman. The question is simple: will a married person care about the difference between same-sex infidelity and opposite-sex infidelity?

Most married people would view unfaithfulness as adultery even if it's happened between same-sex people.⁵⁸ When the husband or wife enjoys sexual pleasure, the other one does not think about the definition or level of sexual intercourse. The beliefs of spouses in the marriage don't depend on the type of sexual activity. Otherwise, it's similar to the way of thinking, like while penile-vaginal intercourse destroys the marriage, anal sex

judgment of the courts. In a reformist ruling of İzmir 16. Family Court (E. 2014/495, K. 2015/844, 17.12.2015), in this framework, it was stated that "*the gender of the person with whom sexual intercourse is performed is not important in terms of the act of adultery.*" Yarg. 2. HD., E. 2016/6730, K. 2017/565, 17.01.2017, <https://kazanci.com.tr/> (Last seen: 01.03.2024).

55 Halperin, p. 258-259.

56 Dede, p. 652; Doğu, p. 89; Oğuzhan Ünsal, "Haysiyetsiz Hayat Sürme Nedeniyle Boşanma", İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 7, Iss. 12, 2022, p. 243.

57 See for more information: https://en.wikipedia.org/wiki/Queer_theory (Last seen: 01.01.2024).

58 Nicolas, p. 98.

or cunnilingus is excusable.⁵⁹

Rapid developments, especially about sexual orientation, further challenge the courts that are trying to catch up with modernity as slow as molasses. So, from the court's point of view, it cannot be denied that the understanding of adultery comes from religious grounds.⁶⁰ So, the courts should rule through prudentialism to maintain public order. Thus, they tend to avoid adopting homosexual relationships on a legal basis.⁶¹ On the other hand, when homosexual relationships have become more publicly recognized in Türkiye, same-sex relationships cannot be ignored legally anymore.⁶² In sum, Turkish courts must find a way to integrate their traditional views with the new regulations resulting from recent developments in gender roles.

B. Determination of the Sexual Intercourse

Sexual intercourse causes a dilemma because even though there is no legal definition or explanation regarding sexual intercourse in the article, sexual intercourse is accepted as a requirement for adultery.⁶³

-
- 59 “Unlike legal definitions of adultery which rested solely upon penetrative sexual intercourse, the magazines’ understandings of what constituted a breach of marital fidelity were far more elastic and encompassed a much broader range of acts.” **Charnock**, p. 370. This finding holds significant value in revealing light on the standard view of infidelity within marriage unions.
- 60 Talip **Yiğit**, “Boşanma ve Zina İlişkisi: Türkiye ve Avrupa Birliği Üye Ülkelerin Yasa Uygulama Örnekleri”, *Asos Journal*, Vol. 1, Iss. 46, 2016, p. 204; Not only in the scope of Islam but also in other religions. Yv **Nay**, “Qu(er) zum Recht? Normalisierungsprozesse gleich- und transgeschlechtlicher Elternschaft durch Recht”, *Die Praxis Des Familienrechts*, Vol. 2, Iss. 14, p. 373; **Nicolas**, p. 105; **Doğan**, p. 43.
- 61 The majority of those who oppose the legal recognition of homosexual relationships argue that homosexuality does not exist in nature. Cansu **Çapkıncı**, *İnkâr ile Kabul Arasında Bir Hak: Eşcinsel Bireylerin Evliliği*, On İki Levha, İstanbul 2021, p. 48; For example, **Zevkliler**, argues that the concept of gender exists in nature only as male and female. **Zevkliler**, p. 267.
- 62 The Swiss Civil Code provides a blueprint for Turkish civil law regulations. Therefore, the new rules on the Swiss Code are essential for Turkish civil law. Albert Howe **Lybyer**, “Turkey Walks Abreast with the Modern World”, *Current History*, Vol. 4, Iss. 24, 1926, p. 578-581; However, even though in Switzerland there have been many new regulations regarding same-sex relationships, Turkish legislators haven’t done any reform to uniform the law yet. For Swiss reforms, See **Nay**, *Queer zum Recht*, p. 373; **Schwenzer/Keller**, p. 13-14.
- 63 **Nicolas**, p. 118; **Gençcan**, *Boşanma*, p. 180; According to Ersöz, abnormal sexual intercourse that has to be accepted as perverted, even if it is had with a person of the opposite sex, is not considered adultery. **Ersöz**, *Zina Sebebiyle Boşanma*, p. 75.

The court's decisions and doctrine do not define this term or set a framework. Courts tend to understand sexual intercourse by its ordinary meaning.⁶⁴ However, the interpretation of the ordinary meaning of sexual intercourse excludes homosexual activities. In this case, even if the court accepts that the act of adultery can occur between persons of the same sex, the injured party still will not be able to rely on this divorce ground as long as the court continues to require "normal" sexual intercourse.⁶⁵ In other words, if having sex with its classical meaning is a requirement for adultery, then it is impossible to commit adultery between the same gender.⁶⁶

This perception may be based on the courts' view regarding sexual intercourse as a procreation way.⁶⁷ Even in these circumstances, this perception is deceptive when the spouses are infertile, on sexual abstinence or contraception. Because with this criterion, any relationship that is not for reproductive purposes, e.g. homosexual intercourse, oral or anal sex, and masturbation, will be considered as a disease.⁶⁸ However, according to the International Classification of Diseases of the World Health Organization, homosexuality ceased to be a mental illness in 1992.⁶⁹

Associate fidelity with penetrative sexual intercourse supports the idea that sex is not for pleasure in marriages; thereby, this idea denies all the other sexual acts between spouses.⁷⁰ So, the court should interpret the term

64 **Catron**, p. 341; While some courts define adultery as sexual intercourse with the classical meaning, the other courts define this term as sexual intercourse, oral sexual intercourse, or anal sexual conduct as covering all forms of sexual activity. **Nicolas**, p. 117.

65 For instance, in doctrine, even those who believe that adultery might occur between people of the same sex try to meet the penetration requirement to discuss adultery. **Erdem/Makaracı Başak**, p. 104-105; Close physical contact without sexual intercourse, such as petting, making out, or kissing, is not adultery. **Şahin**, p. 143; **Yılmaz**, p. 166; Full sexual intercourse is necessary. **Köprülü/Kaneti**, p. 158; **Ersöz**, Zina Sebebiyle Boşanma, p. 72; On the other hand, according to some opinions, penetration is not required, but the person of the opposite sex is required. **Or**, p. 8; **Biçkin**, p. 1884.

66 This interpretation may even lead to the conclusion that even a person suffering from sexual impotence cannot commit the act of adultery. Yarg. 4. CD., E. 1951/2191, K. 1951/2191, 28.03.1951 <https://kazanci.com.tr/> (Last seen: 01.03.2024).

67 Mark **Strasser**, "Marital Acts, Morality, and the Right to Privacy", New Mexico Law Review, Vol. 1, Iss. 30, 2000, p. 44-47.

68 **Çapkıncı**, p. 35; **Yasan**, p. 58.

69 See the complete list: <https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases> (Last seen: 01.01.2024).

70 **Strasser**, Marital, p. 46; On the other hand, adultery is a concept that does not only cover sexual fidelity but also emotional and mental fidelity. **Baygın**, p. 731.

sexual act by considering the changes in social structure. In such circumstances, courts should apply analytical thinking to interpret the term by considering recent developments rather than merely referencing a dictionary to determine its definition.⁷¹ It is discriminatory to allow a heterosexual couple who does not wish to have children to marry while denying a homosexual couple the same privilege based on reproductive criteria.⁷² Herein, this research aims to ensure that the courts are just. In other words, it prevents the courts from discriminating.

In this context, Article 161 of the Turkish Civil Code should be interpreted in the spirit of the times. Life's constantly evolving conditions must be acknowledged because the primary purpose of this article is to prevent the obligation of sexual fidelity from violating family unity. Therefore, the concept of sexual intercourse should be interpreted broadly, and courts should interpret the meaning of the article in a way that best serves the purpose of the law.⁷³

It is noticeable that the queer method has become popular, particularly in the last few years, to interpret the existing legal regulations for same-sex relationships. From this view, the act of adultery violates the moral commitment between spouses. Therefore, it is erroneous to accept that this violation can only occur through sexual intercourse.⁷⁴

On account of this, adultery must be considered as any sexual act which breaks the fidelity between spouses.⁷⁵ There should be a judicial slippage from the point of view which requires a penis for adultery to gay intercourse.⁷⁶ As is obvious now, sexual intercourse has its manifestations. Therefore, homosexual intercourse should also be recognized within the

71 **Catron**, p. 347.

72 **Çapkıncı**, p. 98; **Bekem**, p. 89; It is discriminatory to prohibit same-sex couples from getting married. Nergis **Karadağ**, Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Çerçevesinde, On İki Levha, İstanbul 2008, p. 110.

73 **Bekem**, p. 88-89; With the sexual revolution, the definition of sexual intercourse transforms into every activity that people do to obtain sexual pleasure. **Ünsal**, p. 241-242.

74 According to **Gençcan**, the concept of sexual intercourse should be interpreted broadly. Otherwise, the acts of people who engage in activities for sexual pleasure naked in a bed do not constitute adultery. **Gençcan**, Boşanma, p. 181.

75 **Strasser**, Marital, p. 43; **Catron**, p. 344; **Or**, p. 3.

76 Mehmet **Erdem**, Aile Hukuku, 2. Edition, Seçkin, Ankara 2019, p. 102; Ahmet **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, 6. Edition, Turhan, Ankara 2022, p. 92-93; Ömer Uğur **Gençcan**, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin, Ankara 2015, p. 135-136.

concept of sexual intercourse.⁷⁷ For example, oral sex is not necessarily penetrative⁷⁸, but it is still sexual intercourse.⁷⁹ If the court accepts this understanding, one of the issues that must be addressed is which criteria should be used to define sexual intercourse; in this regard, they may answer the question: Can simply a passionate kiss be interpreted as sexual activity, for instance?

First, proof of gratification or orgasm should not be necessary to prove sexual intercourse. According to the Court of Cassation, breach of a fidelity obligation is the simplest definition of adultery.⁸⁰ The Turkish Court of Cassation states regarding criminal law that the acts need to have a sexual purpose; sexual pleasure is not necessary for punishment.⁸¹ Even though criminal and civil law processes differ, these decisions show the court's approach. According to some doctrinal opinions, the fact that the spouse is caught in the act of preparation for sexual intercourse with another person is a presumption of the existence of adultery.⁸² From a different perspective, acts like touching, kissing, and embracing must entail the use of a sexual organ to be regarded as adultery.⁸³

Second, proving adultery is circumstantial because, generally, there is no witness to sexual intercourse.⁸⁴ In this scope, the Turkish Court of Cassation accepts the plausible proof.⁸⁵ For example, flirting or having any

77 **Halperin**, p. 267-268; **Bekem**, p. 88-89.

78 **Pearlston**, p. 43.

79 For instance, the court recognizes homosexual activity as sexual contact even in the absence of evidence of orgasm. This is because the court cites highly suggestive evidence of mutual sexual interest and states that if there is an object gratification of sexual impulses, there is evidence of sexual intercourse. Katherine **Arnup**, "Mothers Just Like Others: Lesbians, Divorce and Child Custody in Canada", Canadian Journal of Women and the Law, Vol. 1, Iss. 3, 1989, p. 22.

80 Yarg. 4. HD., E. 2014/1656, K. 2014/17564, 22.12.2014, <https://kazanci.com.tr/> (Last seen: 01.03.2024).

81 "*The activities involving contact are not motivated by sexual desire, so they are not recognized as a sexual crime,*" The General Assembly of Criminal Chambers of The Court of Cassation, E. 2017/901, K. 2021/323, 29.06.2021; E. 2018/261, K. 2023/203, 05.04.2023, See for the full-text <https://kazanci.com.tr/> (Last seen: 01.03.2024).

82 **Erdem**, p. 103; **Kılıçoğlu**, p. 92; **Gençcan**, p. 147.

83 Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**/Mustafa Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 15. Edition, Filiz, İstanbul 2022, p. 107; **Öztan**, p. 647.

84 **Pearlston**, p. 50; **Biçkin**, p. 1887.

85 Hakkı **Demirel**, "Zinanın İspatı", Adalet Dergisi, Vol. 2, Iss. 4, 1956, p. 433; **Velidedeoğlu**, p. 164-165; **Erdem/Makaracı Başak**, p. 105; **Akıntürk/Ateş**, p. 246-247; **Şahin**, p. 144-145; **Or**, p. 20; **Baygın**, p. 741; **Bekem**, p. 122; **Bulut**, p. 5; **Yılmaz**, p. 167.

other kind of intimate relationship with another person does not constitute adultery. However, these behaviors may constitute a de facto presumption of adultery. This is because it is often not possible to detect adultery in the act itself. For this reason, various events and facts proved that there was adultery.⁸⁶ If the judge is satisfied that the judge has not detected adultery in the act of adultery can decide to get a divorce. For example, the Court of Cassation stated that if a woman meets another man and kisses him in the streets when her husband leaves home, this is not adultery but is considered leading a life without dignity.⁸⁷ In another decision, it has stated that although it is established that the defendant's wife held hands and had dinner with another woman and was seen together in a car, these actions are not sufficient to create a presumption of adultery. Since these were acts of flirtation, it was accepted that they constituted a breach of trust, and within this framework, it was stated that the conditions for adultery as a ground for divorce were not met.⁸⁸

The Court of Cassation ruled that, even though the right circumstances were created for adultery to occur, the failure of sexual engagement to occur for unavoidable reasons can nonetheless constitute an attempt at adultery and be grounds for divorce. It is quite rare to prove adultery, which naturally happens in extreme secrecy. Some assumptions imply adultery exists based on certain behaviors, attitudes, and hints. In this regard, the fact that the conditions for adultery have been met, but the act itself has merely reached the stage of an incomplete effort is sufficient for a divorce based on adultery. The defendant, in this case, was discovered in the bedroom with a male while naked. This inference is adequate justification for an adulterous divorce.⁸⁹ In another case, having nude pictures of the defendant was considered sufficient justification for an adulterous

86 “A photograph of the spouse and another woman in the bathroom, half-naked, that seems to show them in an intimate situation” Yarg. 2. HD., E. 2019/4012, K. 2019/12142, 11.12.2019; “living in the same house as if married to another woman” Yarg. 2. HD., E. 2020/1606, K. 2020/5481, 09.11.2020, <https://kazanci.com.tr/> (Last seen: 01.03.2024).

87 Yarg. 2. HD., E. 1995/772, K. 1995/1889, 16.02.1995, <https://kazanci.com.tr/> (Last seen: 01.03.2024).

88 If there are behaviors that do not reach the level of sexual intercourse but violate the obligation of fidelity, the general ground for divorce should be applied. Baygı, p. 731; Yarg. 2. HD., E. 2019/3109, K. 2019/7529, 20.06.2019, <https://kazanci.com.tr/> (Last seen: 01.03.2024).

89 Yarg. 2. HD., E. 1993/7903, K. 1993/7941, 23.9.1993, <https://kazanci.com.tr/> (Last seen: 01.03.2024).

divorce.⁹⁰ Although Turkish courts do not require sexual intercourse to rule a divorce on the grounds of adultery, the aim of the court is not the lack of penetrative sexual intercourse. Here, the court concludes that sexual intercourse may have occurred based on the presumptions. So, the court still seeks for the “normal” sexual intercourse.

On the other hand, all these decisions above are regarding adultery between the opposite sex. Although these decisions do not involve same-sex sexual relationships, they are essential in understanding the court’s approach to the definition of the term sexual intercourse. This is because if the court can decide on adultery without penetrative intercourse, this understanding may also be applied to same-sex adultery. In conclusion, the definition of adultery should not be focused on the relationship between the genitalia. However, the Turkish courts have failed to come up with the right solution.

C. Determination of the Ground for Divorce

Since marriage is a heterosexual legal relationship for the Turkish Courts, the heteronormative dynamics rule the divorce. As mentioned above, Articles 161-165 of the Turkish Civil Code define special grounds for divorce which are adultery, attempt against life, abominable or degrading treatment, committing crimes, leading a dishonorable life, desertion, and mental illness. This dilemma has had the effect that court decisions are based on false grounds for divorce. In the case of sexual intercourse with a person of the same sex, the courts used to decide that this act should be considered as leading a life without dignity.⁹¹ This means that everyone in the society who is in a relationship not classified as heterosexual leads a life without dignity.⁹² The courts and doctrine have thus supported this

90 Yarg. 2. HD., E. 2016/24076, K. 2018/10959, 15.10.18, <https://kazanci.com.tr/> (Last seen: 01.03.2024).

91 Leading a life without dignity, in the decisions of the Court of Cassation, is defined as behaving oneself for a period in a manner inconsistent with the principles of honor and dignity within the understanding of society. For example, this divorce may occur if a woman texts and talks frequently with another man. Yarg. 2. HD., E. 2016/6272, K. 2016/15892, 13.12.2016, <https://kazanci.com.tr/> (Last seen: 01.03.2024).

92 Instead of being considered an element of adultery, homosexuality was included as one of several sexually unethical actions. Also, it’s accepted as a most unusual relationship in which two women are engaged. **Arnup**, p. 21; Akıntürk/Ateş describe sexual intercourse between people of the same sex, using terms such as sodomy and lesbianism. And unfortunately, they do not recognize it as adultery, categorizing it together with bestiality. **Akıntürk/Ateş**, p. 246; **Şahin**, p. 143; Baygın also mentioned homosexual adultery together with bestiality. **Baygın**, p. 738.

conclusion for a long time.⁹³

On the other hand, lately, it has begun to be considered that the act of homosexual adultery should not be viewed as leading a life without dignity.⁹⁴ Because the personality or gender of the other party is inconsequential when a spouse shares his or her sexual desire with another individual and violates the obligation of sexual fidelity.⁹⁵

If adultery is not discussed as a ground for divorce in same-sex relationships, at least this act should be considered as a degrading treatment.⁹⁶ Leading a life without dignity occurs when a person adopts a lifestyle that destroys morality, ethics, dignity, and honor. Acts such as sexual intercourse in exchange for money or drug addiction can be included in the scope of leading a life without dignity. On the other hand, it is not possible to include homosexuality within the scope of this ground for divorce. Otherwise, there would be a question of discrimination.⁹⁷

93 **Dural/Öğüz/Gümüş**, 14. Edition, p. 106; **Helvacı**, p. 1157; **Yılmaz**, p. 164; **Akıntürk/Ateş**, p. 246; **Şahin**, p. 143; **Köprülü/Kaneti**, p. 158; **Biçkin**, p. 1881-1882; According to Hatemi, the ground for divorce depends on whether the act constituting adultery is continuous or not. If the relationship is continuous, it constitutes leading a life without dignity. Otherwise, the general ground for divorce should be applied. **Hatemi**, p. 120; **Baygın**, p. 738; Zevkliler defines the sexual orientation of homosexual persons as perversion. **Zevkliler**, p. 277-278; Ünsal accepts the adultery of persons of the same sex; however, he still states that it would be leading a life without dignity if it were not based on the ground of adultery. **Ünsal**, p. 241; According to Ersöz, abnormal sexual intercourse that has to be accepted as perverted, even if it is had with a person of the opposite sex, is not considered adultery. On the other hand, the ground for divorce depends on whether the act constituting adultery is continuous or not. If the relationship is continuous, it constitutes leading a life without dignity. **Ersöz**, Zina Sebebiyle Boşanma, p. 75-76.

94 For example, in the previous edition, **Dural/Öğüz/Gümüş** considered this to be leading a life without dignity. In the new edition, their mind has changed. Although they insist on the position that same-sex relationships do not constitute adultery, they state that, in this case, the general ground for divorce should be applied. **Dural/Öğüz/Gümüş**, 15. Edition, p. 106.

95 **Kılıçoğlu**, p. 92.

96 **Erdem/Makaracı Başak**, p. 104.

97 **İkizler/Tüzüner**, p. 141-142; For example, Zeytin and Ergün define the scope of leading life without dignity with homosexuality. **Zeytin/Ergün**, p. 204; **Akıntürk/Ateş**, while giving examples for leading life without dignity, they emphasize “*abnormal sexual intercourse habits.*” **Akıntürk/Ateş**, p. 253; According to Köprülü/Kaneti, homosexuality should be defined under the grounds for divorce as leading a life without dignity. **Köprülü/Kaneti**, p. 164; The law does not explain the concept of leading life without dignity. Therefore, if this ground for divorce is interpreted broadly, a new obligation is imposed on the spouses: to lead a life with

Discrimination against individuals of different orientations occurs when the courts adopt the point of view that those who do not identify as heterosexuals lead lives without dignity.⁹⁸ At this point, it should be mentioned that protecting or supporting same-sex relationships has never been the goal of Turkish courts. Nonetheless, it is important to note that the court rulings constitute a violation of rights as discrimination is expressly prohibited by the international to which Türkiye is a party.

On the other hand, the ignorance of the courts and legislature regarding same-sex relationships does not negate the existence of these relationships in Türkiye. The state's prohibition of registered unions or marriages may harm the institution of marriage in time. Beyond the violation of the right to marry, this would increase the number of people in unregistered unions in society.⁹⁹

The concept of fault-based divorce presumes that there is an innocent and a guilty spouse.¹⁰⁰ Due to the guilty spouse's violation of their marital obligations, the innocent spouse is entitled to a divorce. The aim of allowing fault-based divorce is to provide an innocent spouse with some compensation for the offensive behavior of a guilty spouse.¹⁰¹ Thus, according to Article 236 of the Turkish Civil Code, "*Each one of the spouses or their heirs shall be right holders of half of the residual value. Receivables shall be exchanged. In case of divorce due to adultery or attempt at life, the judge may decide to revoke or reduce the share of the spouse at fault in residual value in an equitable manner.*" In this scope, not only is it unethical, but based the divorce on leading a life without dignity results in loss of rights.¹⁰² The victim's filing for divorce on the grounds of

dignity. **Yücel**, p. 141; Bulut gives "*abnormal sexual intercourse*" as an example of leading life without dignity. **Bulut**, p. 21.

98 Neo **Khuu**, "Obergefell v. Hodges: Kinship Formation, Interest Convergence, and the Future of LGBTQ Rights", *UCLA Law Review*, Vol. 1, Iss. 184, 2017, p. 204-205.

99 **Strasser**, *Sodomy, Adultery, and Same Sex Marriage*, p. 315.

100 Fault or no-fault-based divorce matters under Turkish law regarding the decision and its financial consequences. The General Assembly of Criminal Chambers of The Court of Cassation, E. 2018/456, K. 2021/1511, 30.11.2021.

101 **Catron**, p. 343.

102 For example, "*in the cases reviewed above, engagement in a homosexual act was interpreted by the courts as something a quite distinct from adultery which involves, by judicial standards, normal or natural sexual conduct between a man a woman. Had the grounds upon which a divorce was granted not also been a factor determining the custody of children.*" **Arnup**, p. 23.

adultery is critical for their ability to secure compensation and submit a contribution claim.¹⁰³

Even if, in court decisions, the ground for divorce is accepted as leading a life without dignity, also it is often not possible to rely on this ground for divorce. For this special ground for divorce to be accepted, leading a life without dignity must be continuous. In this context, if two persons of the same sex have sexual intercourse for one time, this reason for divorce cannot be relied upon.¹⁰⁴ In a case before the Court of Cassation, it's understood from the collected evidence that the wife talked and exchanged messages with another man on her cell phone. According to the decision, to talk about the existence of leading a life without dignity and to decide for divorce for this reason, the behavior of the spouse, which conflicts with the general value judgments of the society and which is of a negative nature, must show continuity and this behavior must make cohabitation unexpected for the other spouse. So, one-time behavior that does not show continuity is insufficient for a divorce decision based on the reason for leading a life without dignity. Even though this behavior of the defendant woman has made the plaintiff unable to expect to live together, since it is understood that it is not continuous, it cannot be considered as leading a life without dignity.¹⁰⁵

When we look through it from the family law lens, people of the same sex can legally form civil unions¹⁰⁶ and even get married, have children¹⁰⁷,

103 Emel **Badur**, “Zina ve Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 1, Iss. 2, 2016, p. 53-56; Fahri Erdem **Kaşak**, “Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılması veya Kaldırılması (TMK M. 236/II)”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 2, Iss. 1, 2020, p. 111-130; **Ünsal**, p. 244; **Sağlam**, p. 121.

104 It is essential that the relationship with another person must be embraced as a lifestyle and that this way of living must show continuity to discuss the presence of a life without dignity and to make a divorce decision based on this basis. Yarg. 2. HD., E. 2011/1829, K. 2011/23825, 28.12.2011, <https://kazanci.com.tr/> (Last seen: 01.03.2024); **Hatemi**, p. 120; **Baygın**, p. 738; **Ersöz**, Zina Sebebiyle Boşanma, p. 75-76.

105 Yarg. 2. HD., E. 2011/22536, K. 2012/17686, 26.06.2012, <https://kazanci.com.tr/> (Last seen: 01.03.2024).

106 **Schwenzer/Keller**, p. 13.

107 Homosexual couples and their children are the new players of family law. Katherine R. **Allen**, “Ambiguous Loss After Lesbian Couples with Children Break Up: A Case for Same-Gender Divorce”, Family Relations, Vol. 2, Iss. 56, 2007, p. 175; **Nay**, Queer zum Recht, p. 368.

and divorce¹⁰⁸ in several countries.¹⁰⁹ On the other hand, there is little research that analyzes same-sex relations as a ground for divorce.¹¹⁰ As a result of this, same-sex unions and divorces are uncommon in society despite their existence. Homosexual relationships are now visible in the Turkish society. For this reason, courts should consider these relationships, especially regarding grounds for divorce.¹¹¹ As in the presence of evidence proving the existence of a homosexual relationship, the courts do not reject these relationships altogether but only consider them as another ground for divorce. This approach is not correct.¹¹²

CONCLUSION

Making decisions involving same-sex union legalization is a challenging task for courts. Yet, since Türkiye is a secular state, it wouldn't be impossible. In particular, the legal structure meets with the regulations of the European Union. In other words, there is no legal barrier preventing courts from acknowledging same-sex relationships in their decisions. The Turkish Civil Code No. 4721, along with different regulations, prohibits same-sex marriage and registered unions. However, Turkish Constitution Article 90 states, "*In the case of a conflict between international treaties, duly put into effect, concerning fundamental rights and freedoms and the laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international treaties shall prevail.*" International treaties mandate that

108 Nora **Gustavsson**/Ann **MacEachron**, "Gay Divorce", *Social Work*, Vol. 3, Iss. 59, 2014, p. 283-284; Aaron **Hoy**, "Accounting for Same-Sex Divorce: Relationship- vs. Self-Focused Divorce Accounts and the Meanings of Marriage among Gays and Lesbians", *Journal of Divorce & Remarriage*, Vol. 5, Iss. 61, 2021, p. 322-324.

109 See: https://en.wikipedia.org/wiki/Legal_status_of_same-sex_marriage (Last seen: 01.03.2024).

110 See **Allen**, p. 175; **Arnup**, p. 320.

111 From another perspective, even if there is a legal basis for same-sex marriage, the court may not accept same-sex relations as a divorce ground because there is no legal regulation regarding the adultery of same-sex people. See *Thebeau v Thebeau*, 2006 NBQB 154, <https://heinonline.org/HOL/Welcome> (Last seen: 01.03.2024).

112 The same judicial dilemmas have occurred throughout history. As an example, in the USA, courts denied the wife's fault for divorce even though they proved the husband's homosexual activities. Besides, in these cases, the husband has no intent to deny their homosexual activities; the courts emphasize that they continue their heteronormative marriage. These courts believed that the marriage union could be saved because the husband still has the capacity to have sex with the wife. **Lefkowitz**, p. 688. So, as it's seen, the courts have tended to support heteronormative relationships and, of course, the husbands, who are the main stone of it in history at different times and eras.

courts follow the prohibition of discrimination and treat everyone equally before the law.

Adultery is only one of the reflections of same-sex unions in the Turkish judiciary. Naturally, Turkish courts are aware that decisions regarding adultery do not inevitably permit same-sex unions. Nonetheless, the courts believe that they are acknowledging the possibility of same-sex relationships if they permit same-sex adultery. As stated before, notwithstanding Türkiye is a secular state, the religious rules that a significant percentage of the population embraces cannot be disregarded when it comes to the administration of the judicial system.

As is well known, a significant percentage of the population in Türkiye believes in Islam. So, adultery is an act forbidden in the Quran. The Qur'an defines adultery as an act that breaches Allah's prohibitions and becomes a sin. However, adultery referred to here is with the opposite sex. The Qur'an makes it clear how it views homosexuality. The Qur'an states that all individuals possess one sex. An individual must behave in a manner that's appropriate for his or her gender, such as a man or a woman. Because of this, it is challenging for courts to make decisions that encourage homosexual relationships while dismissing social standards and the expectations of society.

In this scope, the laws need to be revised in this direction to make courts think from a broader perspective. For example, the prohibition defining marriage under the Turkish Civil Code nr. 4721, which states only a man, and a woman can be married, might be revised. A proposal to gender neutralize the clauses regarding special divorce reasons is not necessary because the Civil Code's provisions on adultery have already been regulated neutral.

The structure of laws is not the primary issue with Turkish legislation. As previously mentioned, the Turkish legislature has a lengthy history of enacting laws that comply with EU legislation. In this case, greater diligence is required to ensure that the principles of equality and anti-discrimination are followed in order to avoid facing compensation decisions from the European Court of Justice. Doctrinal views are one of the courts' most significant instruments for interpretation. Here, the primary issue to be resolved is not the revision of the law but rather their interpretation. Within this perspective, an objective and widespread critique of court rulings prohibiting same-sex unions—particularly on an international level—is one of the most effective tools available to bring a solution.

Nevertheless, many commonly accepted social standards have shifted as Turkish society ages. In this scope, same-sex partnerships are no longer

a taboo in society. Thus, the Turkish courts must also respect and empathize with homosexual relationships. The courts should consider these relationships and use new methods, such as queer, to interpret legal regulations. In this context, for the first and last time in its history, the second Civil Chamber of the Court of Cassation considered same-sex sexual intercourse as adultery in a divorce case 2016/6730E and 2017/565K, 17.01.2017. Unfortunately, this decision has not set a precedent and has become widespread. To spread awareness regarding the High Court's viewpoint, publications and research, especially by the doctrine, should aim to change the judiciary's perspective on same-sex unions.

KAYNAKÇA

- Akgün**, M. Zerrin, *Evlilik Hukuku*, Vakıf Matbaası, İstanbul 1946.
- Akıntürk**, Turgut/Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, 22. Edition, Beta, İstanbul 2020.
- Allen**, Katherine R., “Ambiguous Loss After Lesbian Couples with Children Break Up: A Case for Same-Gender Divorce”, *Family Relations*, Vol. 2, Iss. 56, 2007, p. 175-183.
- Arnup**, Katherine, “Mothers Just Like Others: Lesbians, Divorce and Child Custody in Canada”, *Canadian Journal of Women and the Law*, Vol. 1, Iss. 3, 1989, p. 18-32.
- Aydın**, Esen, “Maddi Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Eşcinsel Evliliklerin Değerlendirilmesi”, *Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler*, Beta, İstanbul 2017, p. 103-136.
- Badur**, Emel, “Zina ve Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 1, Iss. 2, 2016, p. 39-63.
- Baştürk**, İhsan, “Türk Anayasa Yargısı Perspektifiyle Erkeğin Zinası Suçu”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 1, Iss. 8, 2018, p. 27-46.
- Baygın**, Cem, “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü”, *17-20 Şubat 2016 Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Sempozyumu Kitabı Cilt 2*, Yetkin, Ankara 2017, p. 750-770.
- Bekem**, Berkcan, *Boşanma Sebebi Olarak Zina (Tmk M.161)*, Seçkin, Ankara 2023.
- Biçkin**, İnci, “Medeni Yasa’da Zina Nedenine Dayalı Boşanma ve Sonuçları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Vol. 5, Iss. 80, 2006, p. 1875-1903.
- Bulut**, Harun, *Aile Hukukunda Boşanma Davaları ve Yabancı Unsurlu Davalar*, Beta, İstanbul 2007.
- Çapkıncı**, Cansu, *İnkâr ile Kabul Arasında Bir Hak: Eşcinsel Bireylerin Evliliği*, On İki Levha, İstanbul 2021.
- Catron**, Bethany, “If You Don’t Think This Is Adultery Go Ask Your Spouse: The New Hampshire Supreme Court’s Fault Interpretation of Adultery in *Inre Blanchflower*, 834 A.2d 1010 (2003)-Grounds for a Fault Based Divorce”, *University of Dayton Law Review*, Vol. 3, Iss. 30, 2005, p. 339-355.
- Charnock**, Hannah, “A Million Bonds’: Infidelity, Divorce and the Emotional Worlds of Marriage in British Women’s Magazines of the 1930s”, *Cultural and Social History*, Vol. 14, Iss. 3, 2017, p. 363-379.
- Dede**, İsmail, “Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 3, Iss. 23, 2017, p. 643-664.

Demirel, Hakkı, “Zinanın İspatı”, *Adalet Dergisi*, Vol. 2, Iss. 4, 1956, p. 432-436.

Doğan, Cem, “Bounds of Passion: Adultery, Gender and Modernization of Penal Practices in Ottoman Society from the Classical Age to 1915”, *Mavi Atlas*, Vol. 1, Iss. 9, 2021, p. 42-54.

Doğu, Hakkı Mert, “Eşin Aynı Cinsten Biriyle Yaşadığı Cinsel İlişkinin Bazı Boşanma Sebepleri Bakımından Değerlendirilmesi”, *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 4, Iss. 1, 2019, p. 85-94.

Dönmezer, Sulhi, “Zina Cürmü”, *Adalet Dergisi*, Vol. 7, Iss. 41, 1956, p. 859-872.

Dural, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 14. Edition, Filiz, İstanbul 2021.

Dural, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 15. Edition, Filiz, İstanbul 2022. (15. Edition)

Echols, N. Ted, “Decriminalizing Adultery: An Unanticipated Step in Restoring the Value of Marriage”, *Liberty University Law Review*, Vol. 16, Iss. 2, 2022, p. 197-230.

Erdem, Mehmet/**Makaracı Başak**, Aslı, *Aile Hukuku*, 2. Edition, Seçkin, Ankara 2024.

Erdem, Mehmet, *Aile Hukuku*, 2. Edition, Seçkin, Ankara 2019.

Erdoğan, Barış/**Köten**, Esra, “Yeni Toplumsal Hareketlerin Sınıf Dinamiği: Türkiye LGBT Hareketi”, *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, Vol. 2, Iss. 1, 2014, p. 93-113.

Erem, Faruk, “Zina”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 1-2, Iss. XVIII, 1961, p. 125-159.

Ersöz, Oğuz, “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Boşanma Sebeplerine Genel Bakış”, *The Journal of Social Science*, Vol. 3, Iss. 5, 2019, p. 230-247.

Ersöz, Oğuz, *Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma*, On İki Levha, İstanbul 2018.

Gençcan, Ömer Uğur, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu 1. Cilt, 5. Edition, Yetkin, Ankara 2023.

Gençcan, Ömer Uğur, *Boşanma Hukuku* 1. Cilt, 12. Edition, Yetkin, Ankara 2023.

Gençcan, Ömer Uğur, *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Yetkin Basımevi, Ankara 2015.

Gustavsson, Nora/**MacEachron**, Ann, “Gay Divorce”, *Social Work*, Vol. 3, Iss. 59, 2014, p. 283-285.

Halperin, David M., “Is There a History of Sexuality?”, *History and Theory Journal*, Vol. 3, Iss. 28, 1989, p. 257-274.

Hatemi, Hüseyin, *Aile Hukuku*, 9. Edition, On İki Levha, İstanbul 2021.

Helvacı, Serap, *İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri*, Beta, İstanbul 2002.

Hoy, Aaron, “Accounting for Same-Sex Divorce: Relationship- vs. Self-Focused Divorce Accounts and the Meanings of Marriage among Gays and Lesbians”, *Journal of Divorce & Remarriage*, Vol. 5, Iss. 61, 2021, p. 320-343.

İkizler, Metin/**Tüzüner**, Özlem, *Medeni Hukuk-II Aile Hukuku*, Adalet, Ankara 2023.

Karadağ, Nergis, *Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Çerçevesinde*, On İki Levha, İstanbul 2008.

Kaşak, Fahri Erdem, “Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Artık Değerdeki Pay Oranının Azaltılması veya Kaldırılması (TMK M. 236/II)”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 2, Iss. 1, 2020, p. 111-130.

Khuu, Neo, “Obergefell v. Hodges: Kinship Formation, Interest Convergence, and the Future of LGBTQ Rights”, *UCLA Law Review*, Vol. 1, Iss. 184, 2017, p. 186-229.

Kılıçoğlu, Ahmet *Aile Hukuku*, 6. Edition, Turhan, Ankara 2022.

Köprülü, Bülent/**Kaneti**, Selim, *Aile Hukuku*, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul 1985-1986.

Lefkowitz, Alison, “The Peculiar Anomaly: Same-Sex Infidelity in Postwar Divorce Courts”, *Law and History Review*, Vol. 3, Iss. 33, 2015, p. 665-650.

Lybyer, Albert Howe, “Turkey Walks Abreast with the Modern World”, *Current History*, Vol. 4, Iss. 24, 1926, p. 576-582.

Malinowitz, Harriet, “Queer Theory: Whose Theory?”, *A Journal of Women Studies*, Vol. 2, Iss. 13, 1990, p. 168-184.

Murray, Daniel E., “Ancient Laws on Adultery - A Synopsis”, *Journal of Family Law*, Vol. 1, Iss. 1, 1961, p. 89-104.

Nay, Yv E., “Die heterosexuelle Familie Als Norm”, *Sozial Extra*, V. 1, Iss. 6, 2019, p. 372-375.

Nay, Yv, “Qu(e)er zum Recht? Normalisierungsprozesse gleich- und transgeschlechtlicher Elternschaft durch Recht”, *Die Praxis Des Familienrechts*, Vol. 2, Iss. 14, 2013, p. 366-394.

Nicolas, Peter, “The Lavender Letter: Applying the Law of Adultery to Same-Sex Couples and Same-Sex Conduct”, *Florida Law Review*, Vol. 1, Iss. 63, 2011, p. 97-128.

Or, Elif Nurbanu, *Boşanma Davaları*, 2. Edition, Adalet, Ankara 2022.

Öztañ, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Edition, Turhan, Ankara 2015.

Pearlston, Karen, “Avoiding the Vulva: Judicial Interpretations of Lesbian Sex Under the Divorce Act, 1968”, *Canadian Journal of Law and Society*, Vol. 1, Iss. 32, 2017, p. 37-53.

Sağlam, İpek, *Turkish Family Law, On İki Levha*, İstanbul 2019.

Şahin, Emin, *Aile Hukuku Davaları*, 2. Edition, Adalet, Ankara 2012.

Schwarz, Andreas, *Aile Hukuku I*, Çev. B. Davran, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1946.

Schwenzer, Ingeborg/**Keller**, Tomie, “Recent Developments in Swiss Family Law”, *Public and Private International Law Bulletin*, Vol. 1, Iss. 35, 2015, p. 1-28.

Sirmen, Kazım Sedat, “Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Düzenlenişi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 58, Iss. 4, 2009, p. 825-880.

Strasser, Mark, “Marital Acts, Morality, and the Right to Privacy”, *New Mexico Law Review*, Vol. 1, Iss. 30, 2000, p. 43-67.

Strasser, Mark, “Sodomy, Adultery, and Same Sex Marriage: On Legal Analysis and Fundamental Interests”, *UCLA Women’s Law Journal*, Vol. 2, Iss. 8, 1998, p. 313-339.

Ünsal, Oğuzhan, “Haysiyetsiz Hayat Sürme Nedeniyle Boşanma”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 7, Iss. 12, 2022, p. 229-254.

Üskül Engin, Zeynep Özlem, *Hukuk Sosyolojisi Açısından Türkiye’de Evlenmenin Evrimi*, Beşir, İstanbul 2008.

Valverde, Mariana, “A New Entity in the History of Sexuality: The Respectable Same-Sex Couple”, *Feminist Studies*, Vol. 32, Iss. 1, 2006, p. 155-162.

Velidedeoğlu, Hıfzı, *Türk Medeni Kanunu Cilt II*, 3. Edition, Tan Matbaası, İstanbul 1956.

Weiner, Irving. B./**Craighead**, Edward W., *The Corsini Encyclopedia of Psychology (Volume 4)*, John Wiley& Sons, 2003.

Yasan, Candan, *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri*, On İki Levha, İstanbul 2013.

Yalçınkaya, Namık/**Kaleli**, Şakir, *Boşanma Hukuku*, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara 1987.

Yiğit, Talip, “Boşanma ve Zina İlişkisi: Türkiye ve Avrupa Birliği Üye Ülkelerin Yasa Uygulama Örnekleri”, *Asos Journal*, Vol. 1, Iss. 46, 2016, p. 201-222.

Yılmaz, Süleyman, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*, Yetkin, Ankara 2023.

Yılmaz, Süleyman/**Yıldırım**, Abdulkerim, Temel Hukuk Dizisi Medeni Hukuk (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku), 4. Edition, Seçkin, Ankara 2023.

Yücel, Özge, Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinden Kusurdan Bağımsızlığa Geçiş, Seçkin, Ankara 2023.

Zevkliler, Aydın, “Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Vol. 2, Iss. 1, 1988, p. 258-285.

Zeytin, Zafer/**Ergün**, Ömer, Türk Medeni Hukuku, 6. Edition, Seçkin, Ankara 2022.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi



Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

İfaya Ekli Ceza Koşulunun Varlığı Hâlinde Çekince Beyanı

Declaration of Reservation in the Presence of a Penalty Clause Attached to the Performance

  Arş. Gör. Burak DOĞAN*

 10.60002/ebyuhfd.1462664

ÖZ

İfaya ekli ceza koşulunun kararlaştırılmış olması hâlinde alacaklı ifanın yanı sıra ceza koşulu olarak kararlaştırılan bedeli de talep edebilir. Alacaklının ifaya ekli ceza koşulu talebinde bulunabilmesi için ceza koşulu talebinden açıkça feragat etmemiş olmalı ya da yalnızca asıl borcun ifasını çekince beyanında bulunmadan kabul etmemiş olmalıdır. Çekince beyanının ileri sürülmemesi halinde ceza koşulu isteme hakkının kaybedilmesi, çekince beyanının niteliğinin külfet olduğunu gösterir. Çekince beyanının ileri sürülebilmesi için, geçerli bir asıl borç olmalı, söz konusu asıl borç belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemiş olmalı ve son olarak da bu durum için ifaya ekli ceza koşulunun ödeneceği kararlaştırılmış olmalıdır. Çekince beyanının yapılması şekle tabi değildir. Çekince beyanı en geç

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğrencisi/ İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 01.04.2024 | Kabul/Accepted: 29.07.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Burak Doğan, “İfaya Ekli Ceza Koşulunun Varlığı Hâlinde Çekince Beyanı”, EBÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (775-792).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

ifa anına kadar yapılmalıdır. İfa anı ifadesi katı yorumlanmamalı ifadan makul süre sonra yapılan çekince beyanı da geçerli kabul edilmelidir. Çekince beyanından feragat edilebilir. Çekince beyanının ileri sürülmemesi kanuni karine gereği ceza koşulu isteminden örtülü feragat anlamına gelir. Çekince beyanının yapıldığını ispat yükü alacaklıdadır.

Anahtar Kelimeler: Çekince, İhtirazi Kayıt, Ceza Koşulu, Külfet, İrade Beyanı.

ABSTRACT

In the case of a penalty clause attached to the performance, the creditor may demand both the performance and the price agreed as a penalty clause. For the creditor to claim a penalty clause attached to the performance, the creditor must not have expressly waived the penalty clause claim or only accepted the performance of the principal debt without expressing a reservation. The nature of the reservation is an onus. In order to assert a reservation, there must be a valid principal obligation, the principal obligation in question must not have been performed at the specified place or time, and finally, it must have been agreed that a penalty clause attached to the performance will be paid for this situation. The declaration of reservation is not subject to form. The declaration of reservation must be made until the moment of performance at the latest. The term “moment of performance” should not be interpreted strictly. The declaration of reservation may be waived. Failure to assert the declaration of reservation shall constitute an implicit waiver of the claim for penal clause pursuant to the legal presumption. The burden of proof is on the creditor to prove that the declaration of reservation was made.

Keywords: Reservation, Penalty Clause, Burden, Onus, Declaration of Will.

GİRİŞ

Borç ilişkilerinin alacaklı bakımından en önemli noktasını borcun zamanında ve yerinde ifa edilmesi oluşturmaktadır. Bu amaca ulaşılabilmesi için sözleşmelerde ifaya eklenen ceza koşulu hükümlerine yer verilmektedir. İfaya eklenen cezai koşulu sayesinde, hem borçlu üzerinde zamanında ve yerinde ifa hususunda bir baskı oluşturulmakta hem de ifanın gerçekleşmemesi halinde alacaklı zararı olmasa dahi tazminat elde etmektedir.

İfaya ekli cezai koşulunun kararlaştırılmış olması halinde ifa ile birlikte ceza koşulunu da talep etme niyetinde olan alacaklının, en geç ifa anında çekince ileri sürmesi gerekmektedir. Çalışmamızda, çekincenin ileri sürülmesi, doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları ışığında ele alınacaktır. Bu bağlamda, ilk kısımda konunun daha rahat anlaşılabilmesi için öncelikle ifaya ekli ceza koşulu hakkında açıklamalar yapılacaktır. İkinci kısımda çekincenin tanımı ve hukuki niteliği incelenecek, üçüncü kısımda ileri sürülebilmesi için gerekli olan şartlar ele alınacaktır. Son kısımda ise,

ileri sürülmesinin nasıl yapılacağı, sona ermesi ve ispatı hususları üzerinde durulacaktır.

I. İFAYA EKLİ CEZA KOŞULU

İfaya eklenen ceza koşulu, TBK m.179/II’de, “Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.” ifadesiyle düzenlenmiştir. Buna göre, borcunu belirlenen zaman ve yerde ifa etmeyen borçlu, hem ifayı gerçekleştirmeli hem de belirlenmiş olan ceza koşulunu ödemelidir¹.

TBK m. 179/II’de ceza koşulunun ifanın zamanında ya da yerinde yapılmaması hali için kararlaştırılması halinde ifaya ekli ceza koşulunun olduğu yönünde karine getirilmiştir. Diğer borca aykırılık hükümlerinin varlığı halinde ise, TBK m. 179/I’de yer alan seçimlik ceza koşulunun olduğu karinesi getirilmiştir². TBK m. 179/I ve TBK m. 179/II hükümleri emre-

-
- 1 Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 986; Andreas **von Tuhr**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. 1-2, Çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, s. 768; Burcu **Yağcıoğlu**, Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 59; Cevdet İlhan **Günay**, Cezai Şart (BK m.158-161), Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 83; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, N. 3695; Haluk N. **Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, N. 239.4; Hüseyin **Ekinci**, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu Doktrin ve Uygulama, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 151; Hüseyin **Hatemi/K.** Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, N. 21; Kenan **Tunçomağ**, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1963, s. 45; Köksal **Kocağa**, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 137; M. Kemal **Oğuzman/M.** Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, N. 1598; Mehmet **Erdem**, “Bağlanma Parası, Cayma Parası, Ceza Koşulu”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 2298; Selen **Meşe Hacısmanoğlu**, Türk Hukuku’nda İfaya Eklenen Ceza Koşulu, Yetkin Kitabevi, Ankara 2021, s. 24; Yasemin **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 52.
 - 2 İrem **Kayinoğlu Özdoğan**, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Teslim Borcunda Temerrüdüne İlişkin Ceza Koşulu, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 160-161; Mustafa Alper **Gümüş**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 1022; Necip **Bilge**, “Kefilin Mesuliyetinin Şumulü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, 1956, s. 104; Oğuz **Usta**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Adalet Yayınları, Ankara 2017, s. 117; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 55; **Kocağa**, s. 138; **Tunçomağ**, s. 46; **Yağcıoğlu**, s. 59, 63; **Günay**, s. 83; **Meşe Hacısmanoğlu**, s. 24-25.

dici nitelikte olmadıklarından tarafların anlaşarak bu karinelerin tersi yönünde belirleme yapmaları mümkündür³.

TBK m. 179/II uyarınca ifaya ekli ceza koşulunun talep edilebilmesi için ifa yeri ve zamanının taraflarca kararlaştırılmış olması gerekmektedir. İfa yeri ve zamanının ilgili kanun (TBK m. 89 vd.) hükümleri uyarınca tespit edilmesi halinde ifanın yerinde veya zamanında gerçekleşmemesi ifaya ekli ceza koşulu ödenmesini gerektirmez. Ancak, kanuni ifa yeri ve zamanı tarafların iradesiyle kabul edilmiş olması halinde ifaya ekli ceza koşulunun ödenmesi gerekir⁴.

İfaya ekli ceza koşulu tarafların açık iradesiyle kararlaştırılabilir. Tarafların iradesi açık değilse, yorum yoluyla ifaya ekli ceza koşulunun varlığı tespit edilir. Tarafların iradesinin tespit edilebilmesi için öncelikle ceza koşulunun kararlaştırılma amacına bakılmalıdır. Eğer ifaya zorlama amacının varlığı tespit edilebiliyorsa, ifaya ekli ceza koşulu vardır⁵. İfaya ekli ceza koşulunun varlığını tespitinde göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ceza koşulunun miktarıdır. Eğer ceza koşulu miktarı asıl borcun ifası halinde elde edilecek olan menfaate oranla daha az ise ifaya ekli ceza koşulunun varlığı kabul edilir⁶. Son olarak, tarafların iradesi durumunun gereği bulundurulması tespit edilmeye çalışılır. Örneğin rekabet yasasına uyulmaması hali için bir ceza koşulu belirlenmişse, ifaya ekli ceza koşulunun varlığı kabul edilmelidir. Zira ceza koşulu koyulmasındaki asıl amaç rekabet yasasının ihlal edilmemesidir⁷. Ancak, bu tespit hizmet sözleşmelerindeki rekabet yasasına getirilen ceza koşulu için geçerli değildir. Zira TBK m. 446/II'de "*Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasasına ilişkin borcundan kurtulabilir*" düzenlemesine

3 Hasan Seçkin **Ozanoğlu**, İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD, C. III, S. 2 Ankara 1999, s. 37; Selahattin S. **Tekinay**/Sermet **Akman**/Haluk **Burcuoğlu**/Atilla **Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 351; **Ekinci**, s. 151-152; **Günay**, s. 84; **Kabakhoğlu Arslanyürek**, s. 55; **Kaynoğlu Özdoğan**, s. 163; **Kocaağa**, s. 138; **Meşe Haciosmanoğlu**, s. 25; **Usta**, s. 119.

4 **Ekinci**, s. 152; **Hatemi ve Gökyayla**, N. 22; **Kocaağa**, s. 139; **Meşe Haciosmanoğlu**, s. 25.

5 **Ekinci**, s. 153; **Günay**, s. 84; **Kocaağa**, s. 141-142; **Meşe Haciosmanoğlu**, s. 26; **Tunçomağ**, s. 46-47.

6 **Ekinci**, s. 155; **Günay**, s. 84; **Hatemi ve Gökyayla**, N. 22; **Kocaağa**, s. 142; **Meşe Haciosmanoğlu**, s. 26; **Tunçomağ**, s. 47; **Yağcıoğlu**, s. 61.

7 **Ekinci**, s. 154; **Eren**, N. 3695; **Kocaağa**, s. 140; **Meşe Haciosmanoğlu**, s. 27; **Tunçomağ**, s. 46; **Yağcıoğlu**, s. 62.

yer verilmiştir. Görüldüğü üzere hükümde işçinin ceza koşulunu ödeyerek asıl borcu olan rekabet yasağından kurutulacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla dönme cezasının varlığı yönünde karine getirilmiştir⁸.

İfaya ekli ceza koşulunun varlığı için geçerli bir asıl borcun varlığı gereklidir. Zira ifaya ekli ceza koşulu asıl borcun ifasını teminat altına alma işlevi vardır⁹. Asıl borcun geçersiz olması ceza koşulunun da geçersiz olması sonucunu ortaya çıkarır¹⁰. Öte yandan, asıl borç geçerli olmasına rağmen ceza koşulu geçersiz olabilir. TBK m. 346’da yer alan, konut ve çatılı işyeri kiralarında geç ödemeyle ilişkin kararlaştırılan ceza koşulu hükümlerinin geçersiz olacağı düzenlemesi bu duruma örnek teşkil eder¹¹.

Ceza koşulunun varlığı için asıl borcun hâlâ mevcut olması gerekir. Asıl borcun mevcut olmadığı durumda ifaya ekli ceza koşulundan da bahsedilemez¹². Öte yandan, asıl borcun ifaya ekli ceza koşulunun kararlaştırılması sırasında mevcut olması gerekmez. Bu durumda ceza koşulunun hüküm ifade etmesi, asıl borcun doğmasına bağlı olur¹³.

II. ÇEKİNCENİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Tanımı

Kanunda herhangi bir tanımı yapılmamış olan ihtirazi kayıt, Yargıtay tarafından “*muayyen haklarını kullanmak hususunda serbestisini muha-*

-
- 8 Kadir Berk **Kapancı**, Dönme Cezası (TBK m. 179 f. 3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma, MÜHFHAD, C. 22, S. 2, 2016, s. 250, dn. 7; Rona **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 217; **Meşe Haciosmanoğlu**, s. 27; **Tunçomağ**, s. 47.
 - 9 Doğan **Ağırman**, Uygulamada Ceza Koşulu (Cezai Şart) ve Benzer Kurumlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 42; Erol **Cansel/Çağlar Özel**, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. 1, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 721; **Bilge**, s. 50; **Ekinci**, s. 27; **Günay**, s. 23; **Kaymoğlu Özdoğan**, s. 124; **Kocaağa**, s. 65; **Meşe Haciosmanoğlu**, s. 31; **Tekinay ve diğerleri**, s. 342; **Tunçomağ**, s. 7; **Yağcıoğlu**, s. 109.
 - 10 Bilgehan **Çetiner/Andreas Furrer/Markus Müller-Chen**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, N. 1619; Salter **Uçar**, Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1993, s. 15; **Ağırman**, s. 49; **Eren**, N. 3696; **Kocaağa**, s. 75; **Meşe Haciosmanoğlu**, s. 31; **Yağcıoğlu**, s. 109; **Tekinay ve diğerleri**, s. 344-345; **von Tuhr**, s. 764.
 - 11 **Çetiner ve Diğerleri**, N. 1620.
 - 12 **Ağırman**, s. 43; **Ekinci**, s. 29; **Kocaağa**, s. 65; **Meşe Haciosmanoğlu**, s. 35; **Tunçomağ**, s. 7; **Yağcıoğlu**, s. 113.
 - 13 **Ağırman**, s. 43; **Ekinci**, s. 29; **Eren**, N. 3696; **Kocaağa**, s. 65; **Meşe Haciosmanoğlu**, s. 35.

faza etmek isteyen tarafın bu husustaki vaki beyanı” olarak tanımlanmıştır¹⁴. Bu bağlamda ihtirazi kayıt borcun fer’ileriyle birlikte ifa edilmesini güvence altına alan bir kurumdur¹⁵.

818 sayılı Borçlar Kanununda yer alan ihtirazi kayıt kavramı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda çekince olarak değiştirilmiştir.

B. Hukuki Niteliği

Çekince, tek taraflı, varması gerekli irade beyanıdır¹⁶. Çekincenin ileri sürülmesiyle borçluya ifanın sona ermediği hatırlatılır. Bu bağlamda, çekincenin borcu muaccel hale getiren niteliği olmayıp, yalnızca borcun varlığını teyit edici niteliği bulunmaktadır¹⁷. Çekince beyanı ile borçlunun borçlu olmadığı bir edimin ifası talep edilmediğinden, çekince beyanının cezalandırıcı hak niteliği yoktur.

Çekincenin ileri sürülmemesi yalnızca ceza koşulunu ödeme borcunu sona erdiren bir sebeptir¹⁸. Asıl borcun varlığına etki etmez. Şöyle ki, ifaya eklenen ceza koşulunun varlığı halinde, ceza koşulunun ödenmemesi kısmi ifa teşkil eder. Ancak, bu ifa, çekince ileri sürülmeden kabul edilirse, tam ifanın sonuçları doğar ve ceza koşulu ödeme borcu sona erer.

Doktrinde, çekincenin ileri sürülmemesinin ceza koşulu isteminden vazgeçildiğine ilişkin kesin karine teşkil ettiği ifade edilmektedir¹⁹. Öte yandan, bir başka görüşe göre ise, çekince beyanında bulunulmasıyla birlikte, herhangi bir hakkın kurulması, değiştirilmesi ya da sona ermesi söz konusu olmaz. Dolayısıyla bu durumda karine değil, aksinin ispatlanması mümkün olan, yasal bir varsayım gündeme gelir²⁰. Kanaatimizce, kanun hükmünün düzenlenme amacı göz önünde bulundurulduğunda, çekince beyanında bulunulmaması ve ceza koşulu talep etme hakkını saklı tuttuğu yönünde bir çıkarımın da yapılamaması durumunda ceza koşulundan vazgeçildiğinin aksinin ispat edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla çekincenin ileri sürülmemesi yasal bir varsayım oluşturur.

14 Yarg.10. HD., E. 2015/11162, K. 2017/2163, 14.03.2017, (www.kazanci.com.tr).

15 Halil **Yılmaz**, Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi ve Uygulaması, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 61; Didem **Başar**, “İfaya Eklenen Cezai Şart”, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, C. 2, S. 4, 2018, s. 67.

16 Ahmet **Pektaş**, Eser Sözleşmesinde Ceza Koşulu, Gazi Kitabevi, Ankara 2021, s. 111; **Yılmaz**, s. 72.

17 **Yılmaz**, s. 72.

18 **Tunçomağ**, s. 115.

19 **Kılıçoğlu**, s. 989; **Kocağa**, s. 287; **Oğuzman/Öz**, N. 1604; **Tunçomağ**, s. 115-116.

20 **von Tuhr**, s. 768; **Yılmaz**, s. 95.

Çekince beyanının hukuki niteliği tartışma konusudur. Bu konudaki Yargıtay tarafından da savunulan ilk görüşe göre, çekince beyanı hakkın korunmasını sağlayan yenilik doğuran hak niteliğindedir²¹. Diğer görüşe göre ise, çekince beyanında bulunulmaması hak kaybına yol açtığından, çekince beyanının külfet niteliği taşır²².

Kanaatimizce, çekince ileri sürme külfet niteliğindedir. Zira külfet, hukuk düzenince kişiye yüklenmiş bir davranış olup, bu davranışın yerine getirilmemesi hakkın doğumunu engeller ya da ortadan kaldırır²³. Çekince ileri sürmeyerek ifanın kabul edilmesi halinde de ceza koşulu istenemeyeceğinden hakkı ortadan kaldıran bir hal mevcuttur. Çekincenin yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğu kabul edilemez. Zira çekince beyanı yenilik doğuran hak kabul edilirse türünün de belirlenmesi gerekir²⁴. Yenilik doğuran haklar kurucu, değiştirici ve bozucu olmak üzere üçe ayrılır²⁵. Çekincenin ileri sürülmesiyle bir hukuki durumun kurulması, değiştirilmesi ya da sona erdirilmesi söz konusu olmadığından herhangi bir yenilik doğuran hak türüne girmediği görülür²⁶.

III. ÇEKİNCENİN İLERİ SÜRÜLEBİLMESİNİN ŞARTLARI

A. Geçerli Bir Asıl Borç İlişkisinin Varlığı

Çekincenin ileri sürülmesi halinde yeni bir borç doğmaz, çekince ileri sürme külfetinin kaynağı mevcut bir borç ilişkisidir. Dolayısıyla çekince ileri sürülebilmesi için öncelikle bir borç ilişkisinin varlığı aranır²⁷.

21 Cem **Türkoğlu**, Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara 2022, s. 76; **Ekinci**, s. 328; **Kocaağa**, s. 294; **Günay**, s. 225; **Tunçomağ**, s. 116; Yarg. 10. HD., E. 2016/18242, K. 2019/3813, 24.04.2019, “İhtirazi kayıt ileri sürme hakkı, yenilik doğurucu nitelikte olup, bir hukuksal durumu ortaya çıkarmak, var olan hukuksal durumu değiştirmek veya ortadan kaldırmak için kullanılır. Bu haklar, nitelikleri gereği, sonuçlarını kendiliğinden meydana getirirler. İhtirazi kayıt ileri sürmeye yönelik hak, başka bir hakkı koruyucu nitelikte olup, koruduğu hak, asıl alacağa bağlı olan ve henüz ifa edilmeyen yan edimlere ilişkin haklardır.”, (www.kazanci.com.tr).

22 **Ozanoğlu**, s. 112; Gökhan **Dirican**, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 74; **Yağcıoğlu**, s. 203; **Yılmaz**, s. 96.

23 **Eren**, N. 118; **Tekinay ve Diğerleri**, s. 32.

24 **Yağcıoğlu**, s. 203; **Yılmaz**, s. 96.

25 M. Kemal **Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk, 27. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, N. 556.

26 **Yağcıoğlu**, s. 203; **Yılmaz**, s. 96.

27 **Yılmaz**, s. 98.

Çekince ileri sürülmesiyle korunan ceza koşulu, fer'i bir hak olduğundan asıl borcun geçerliliğine bağlıdır. Bu bağlamda asıl borcun baştan itibaren geçersiz olması ya da sonradan geçersiz hale gelmesi ceza koşulu talebini ve dolayısıyla da çekince ileri sürülmesini engelleyecektir²⁸.

Çekince beyanında bulunulacak asıl borcun kaynağı önem arz etmez. Buna göre, asıl borcun kaynağının sözleşme, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme olması çekince beyanına etki etmez. Aynı husus borcun konusu için de geçerlidir²⁹.

B. Asıl Borcun Belirlenen Yer ve Zamanda İfa Edilmemiş Olması

TBK m.179/II'de belirtildiği üzere, ceza koşulunun talep edilebilmesi için, asıl borcun belirlenen yer ve zamanda ifa edilmemesi gerekir. Ancak, ifanın gerçekleşmemesinin haklı nedene dayanması halinde muacceliyet değişeceğinden ceza koşulu talep edilmesi de mümkün olmaz³⁰.

Haklı gecikme niteliğinin kabulünü gerektiren nedenler, beklenmedik bir halin ortaya çıkması, borçlunun ifadan kaçınmasına imkân veren sürekli veya geçici bir def'ie sahip olması ya da alacaklı temerrüdü olabilir³¹. Ayrıca, borcun ifasının imkânsızlaşması halinde de temerrüt oluşmayacağından ceza koşulu istenemez³².

C. İfaya Ekli Ceza Koşulunun Kararlaştırılmış Olması

Çekince beyanı ileri sürülmesi, TBK m.179/II'de yer aldığından ceza koşulu türlerinden ifaya ekli ceza koşulunun varlığı halinde söz konusu olur³³. Bu bağlamda, sözleşmenin feshedilmesi ya da sözleşmeden dönülmesi halinde ifaya ekli ceza koşulundan bahsedilemeyeceğinden, çekince beyanından da bahsedilemez³⁴.

IV. ÇEKİNCE BEYANI YAPILMASI

A. Çekince Beyanının Tarafları

Çekince beyanında bulunacak olan taraf, asıl borç ilişkisinde alacaklı sıfatını haiz olan kişidir. Ancak, çekince ileri sürülmesi kişiye sıkı sıkıya

28 Yağcıoğlu, s. 109; Yılmaz, s. 98.

29 Yılmaz, s. 99.

30 Ebubekir Uslu, Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 113; Ozanoğlu, s. 70.

31 Ozanoğlu, s. 70.

32 Dirican, s. 45; Antalya, s. 411.

33 Kılıçoğlu, s. 986; Oğuzman/Öz, N. 1603; Tekinay ve diğerleri, s. 348-349.

34 Uçar, s. 56; Güney, s. 147-148; Yağcıoğlu, s. 198-199; Yarg. 15. HD., E. 2004/629, K. 2004/1163, 03.03.2004, (www.kazanci.com.tr).

bağlı hak niteliğinde olmadığından, hak sahibinin yasal ya da iradi temsilcisi tarafından da ileri sürülebilir³⁵. Bu bağlamda, yetkisiz temsilcinin çekince beyanında bulunması ya da bulunmaması kural olarak hukuki sonuç doğurmaz³⁶. Ancak yetkisiz temsilci tarafından yapılan beyan hak sahibi tarafından onaylanabilir³⁷. Asıl borcun ifasının çekince beyanında bulunmaya yetkisiz temsilciye yapılması halinde çekince beyanında bulunma külfeti varlığını korur. Bu durumda makul süre içerisinde çekince beyanının ileri sürülmesi gerekir. Makul süre, somut olaya göre tespit edilir³⁸. Örneğin, günümüzde oldukça sık kullanılan kargo teslimat noktalarına yapılan teslimlerde bu husus geçerlidir. Kargoyu teslim alan kişinin çekince beyanında bulunma yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda kargoyu teslimat noktasından alacak olan kişi makul sürede çekince beyanında bulunmazsa ve çekince beyanında bulunduğu durum ve koşullardan da anlaşılmıyorsa ceza koşulunu talep hakkı ortadan kalkacaktır.

Birden fazla kişinin çekince ileri sürme hakkına sahip olması mümkündür. Bu durumda içlerinden birinin çekince beyanının diğerleri hakkında da sonuç doğurup doğurmayacağı aralarındaki hukuki ilişkiye göre belirlenir. Asıl borcun konusunu oluşturan edimin hak sahiplerinden birine ifa edilmesiyle borç sona eriyorsa, yani müteselsil alacaklılık varsa, hak sahiplerinden birinin çekince beyanında bulunması diğerleri için de sonuç doğurur. Zira bu durumda her birinin ifayı kabul etme yetkisi vardır. Öte yandan, ifanın birden fazla kişiye karşı ayrı ayrı yapılması gerekiyorsa tek hak sahibinin çekince beyanı yalnızca kendisi açısından hukuki sonuç doğurur. Zira ilgili kişinin diğerlerine yapılacak olan ifayı kabul yetkisi bulunmamaktadır³⁹.

Çekince beyanının muhatabı borcu ifa edecek olan kişidir. Bu bağlamda, muhatap, borçlu olabileceği gibi, onun temsilcisi de olabilir⁴⁰. Buradaki temsilcinin özel yetkisi olması gerekmez⁴¹. Zira çekince beyanında

35 **Erdem**, s. 2300-2301; **Ozanoğlu**, s. 113; **Pektaş**, s. 110; **Yılmaz**, s. 121; **Yağcıoğlu**, s. 203.

36 Efrail **Aydemir**, Yorum ve Çözümleriyle Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 180; **Pektaş**, s. 110; **Ekinci**, s. 329; **Yılmaz**, s. 121.

37 **Pektaş**, s. 110; **Yılmaz**, s. 121; Yarg. 11. HD., E. 1999/5404, K. 27.09.1999, (www.kazanci.com.tr).

38 **Aydemir**, s. 180; **Türkoğlu**, s. 114-115.

39 **Yılmaz**, s. 122.

40 **Ozanoğlu**, s. 112; **Yılmaz**, s. 130.

41 **Yılmaz**, s. 130; Aksi yönde görüş için bkz. **Tunçomağ**, s. 117.

muhatap değil, beyan sahibi hakka dayanmakta olduğundan, özel bir tasarruf yetkisinin aranması isabetli olmaz. Bu nedenle, ifayı gerçekleştirmeye yetkili olan kişinin çekince beyanının muhatabı olabileceği kabul edilmelidir⁴².

Birden fazla muhatabın varlığı halinde, muhataplar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine bakılmalıdır⁴³. Birden fazla muhatap arasında müteselsil borçluluk varsa, muhataplardan birine karşı yapılan çekince beyanı yeterli olacaktır. Ancak, müteselsil borçlulukta borcun çokluğu teorisinin bir gereği olarak ceza koşulunun bir ya da birkaç müteselsil borçlu için kararlaştırılmış olması mümkündür. Bu durumda haklarında ceza koşulu kararlaştırılmamış müteselsil borçlular çekinceye muhatap olma yetkisine sahip olmayacaklarından çekince beyanı onlara yöneltilemez. Öte yandan, birden fazla muhatap arasında elbirliği borçluluğu varsa, çekince beyanının her bir borçluya yönelmiş olması gerekir. Benzer şekilde muhataplar arasında kısmi borçluluk olması halinde de çekince beyanının her bir muhataba ayrı ayrı yöneltmesi gerekecektir.

Çekince beyanının muhatabı, pasif konumda olduğundan beyanı engelleme imkânı yoktur. Ancak, ceza koşulunu ödemekle yükümlü olan kişi çekince beyanının geçerli şekilde yapılmadığını ileri sürebilir. Bu durumda mahkeme çekince beyanının yetkili kişi tarafından yapıp yapılmadığını ve beyanının ceza koşulu talep hakkını saklı tutma anlamına gelip gelmediğini inceleyecektir⁴⁴.

B. Çekince Beyanının Şekli

Çekince beyanının şekli hususunda herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda, çekince beyanı herhangi bir şekle tabi değildir. Asıl borç ilişkisinin şekle bağlı olarak yapılması zorunluluğunun olması, çekince beyanının şekle bağlı yapılmasını gerektirmez⁴⁵. Zira çekince beyanında bulunmasıyla asıl borç ilişkisinde herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Öte yandan, tarafların aralarında anlaşarak çekince beyanının belirlenecek şekilde yapılabileceğini kararlaştırmaları mümkündür⁴⁶.

42 Yılmaz, s. 130-131.

43 Tespitin edimin niteliğine göre yapılacağı yönündeki görüş için bkz.: Yılmaz, s. 131.

44 Yılmaz, s. 130.

45 Pektaş, s. 111; Kılıçoğlu, s. 989; Ozanoğlu, s. 113; Yılmaz, s. 157-158; Yarg. 3. HD., E. 2020/7412, K. 2021/1279, 11.02.2021, (www.kazanci.com.tr).

46 Işıl Yörük, Türk Hukukunda Sözleşmenin Uyarlanması, On İki Levha Yayıncılık, Antalya 2021, s. 128; Pektaş, s. 112; Kılıçoğlu, s. 989; Ozanoğlu, s. 113; Yılmaz, s.

TBK m.131/II'de, *“İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılıyorsa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir.”* hükmüne yer verilmiştir. Bu bağlamda, çekince beyanının açık ya da örtülü olarak yapılması mümkündür. Örneğin, ifa sırasında fazlaya ilişkin haklarının saklı tutulduğu şeklindeki genel bir ifade de yeterli olur⁴⁷. Durum ve koşullardan çekince beyanının ileri sürüldüğünün kabulü konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim, tespit yaparken tarafların göstermesi gereken özeni gösterip göstermediğini göz önünde bulundurur. Bu bağlamda, dava açılması, takip başlatılması gibi iradeyi gösteren davranışların varlığı ya da taraflar arasındaki yakın hısımlık nedeniyle çekince beyanının ileri sürülmemiş olması çekince beyanının yapıldığının kabulü için yeterlidir⁴⁸.

Çekince beyanında bulunacak kişi ve beyanın muhatabı tacirse, çekince beyanı herhangi bir şekilde uyulmadan ileri sürülebilir. Zira şekil şartına tabi işlemlerin sayıldığı TTK m. 18/III'te çekince beyanına yer verilmiştir. Ancak, çekince beyanıyla aynı zamanda karşı taraf temerrüde düşürülüyorsa, beyanın TTK m. 18/III'teki şekillerden birine uygun olması gerekir⁴⁹.

157-158; Yarg. 15. HD., E. 2012/ 6329, K. 2013/1417, 28.02.2013: *“Sözleşmelerin 40 ve 42/g maddeleri uyarınca Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGS) sözleşmelerin ekidir. BİGS'nin 39. maddesine göre müteahhidin geçici hakedişlere itirazı olduğu takdirde karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerekçeleri idareye vereceği ve bir örneğini de hakediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hakediş raporunu 'İdareye verilen...tarihli dilekçemde yazılı ihtirazi kayıtlı' cümlesini yazarak imzalaması gereklidir. Eğer müteahhidin hakediş raporunun imzalanmasından sonra tahakkuk işlemi yapılmaya kadar yetkililer tarafından hakediş raporunda yapılabilecek düzeltmelere bir itirazı olursa hakedişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok 10 gün içinde bu itirazını dilekçeyle idareye bildirmek zorundadır. Müteahhit itirazlarını bu şekilde bildirmede hakediş olduğu gibi kabul etmiş sayılır. Şartnamenin bu hükmü uyarınca yüklenicinin süre uzatımına bağlı haklarını talep edebilmesi için yalnızca süre uzatım talebinde bulunması yeterli olmayıp, gecikme cezası uygulanan, fiyat farkları eksik ödenen ya da fazla ve yersiz ödendiği iddiası kesilen hakedişlere BİGS'de öngörülen şekilde itiraz etmesi gerekir. Şartnamenin bu hükmü delil sözleşmesi niteliğinde olup tarafları bağlar. Hakim tarafından da resen dikkate alınması gerekir.”*, (www.kazanci.com.tr).

47 Yarg. 3. HD., E. 2021/6870, K. 2021/11467, 16.11.2021: *“Bununla birlikte davacı '756/811 Sayılı yazınızla taahhüt ettiğiniz ödemenin yapılmasını fazlaya ilişkin haklarımı saklı tutarak kabul ediyorum.' şeklinde verdiği aynı tarihli dilekçeyle yapılan ödemeyi ihtirazi kayıtlı kabul etmiştir.”*, (www.kazanci.com.tr).

48 **Ekinci**, s. 329; **Yılmaz**, s. 166 vd..

49 **Başar**, s. 69; **Pektaş**, s. 111; **Yörük**, s. 128.

Çekince beyanında bulunma hakkına sahip olan taraf kamu alacağını koruyacaksa çekince beyanında bulunması gerekmez. Zira bu halde durumun gereğinden devletin talepte bulunduğu kabul edilir⁵⁰.

C. Çekince Beyanının İleri Sürülme Zamanı

Çekince beyanının ileri sürülme zamanına ilişkin olarak, TBK m.131/II'de, “İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Düzenlemeye göre beyan en geç ifa anına kadar yapılmalıdır. Burada yer alan ifa anı ifadesi katı olarak yorumlanmamalıdır. Bu bağlamda, ifadan sonra alınacak olan süre içerisinde çekince beyanını ileri sürmesi yeterli sayılmaktadır⁵¹. Çekincenin ifadan önce yapılabilmesi için asıl borcun muaccel olması gerekir. Zira aksi halde, çekince henüz doğmamış olan fer'i nitelikteki hak için ileri sürülmüş olur⁵².

TBK m. 179/II'de “İfayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça” ifadesine yer verilmiştir. Bu nedenle ifanın fiilen teslimi çekince beyanının yapılabileceği son tarih değildir. Söz konusu ifanın alacaklı tarafından kabul edilmesi gereklidir. Bu durum alacaklıya teslimin elden yapılması halinde ya da ayıplı teslimde öneme taşır. Örneğin, bir ürünün ayıplı olarak teslim edilmiş olması halinde, gözden geçirme için ilgili kanuni düzenlemelerde belirlenmiş olan sürelerin sonuna kadar çekince beyanında bulunulması mümkündür⁵³.

50 Yarg. 15 HD., E. 2001/3439, K. 2001/4651, 18.10.2001: “Dava, yükleniciye fazladan yapılan ödemelerin faizlerine ilişkin olarak açılmış olup, mahkemece asıl alacağın ödenmesi sırasında ihtirazi kayıt ileri sürülmediğinden bahisle davanın reddine karar verilmiş ise de; BK.nın 113/II. Maddesinde ‘halin icabından neşet eden durumlarda ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olmasının’ faizleri hakkını düşürmeyeceği hususu düzenlenmiştir. Davada Devlet alacağı söz konusu olup Yargıtay’ın yerleşik içtihatları uyarınca bu tür alacaklarda faiz istemi için ihtirazi kayıt ileri sürülmesine gerek bulunmamaktadır.”, (www.kazanci.com.tr).

51 **Ekinci**, s. 329; **Uslu**, s. 145; **Ozanoğlu**, s. 113; **Erdem**, s. 301; **Yağcıoğlu**, s. 204; Yarg. 21 HD., E. 2018/6843, K. 2019/6095, 14.10.2019, (www.kazanci.com.tr).

52 Yarg. HGK, E. 2013/15-130, K. 2013/1464, 9.10.2013, (www.kazanci.com.tr), **Yılmaz**, s. 136-137.

53 **Usta**, s. 124; **Yılmaz**, s. 308; Yarg. 11 HD., E. 2022/4808, K. 2024/1059, 14.2.2024, (www.kazanci.com.tr); İfayı kabulden teslimin anlaşılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Kayınoğlu Özdoğan**, s. 186-187; **Meşe Hacısmanoğlu**, s. 92.

Kısmi ifanın varlığı halinde çekince beyanının ifanın kalan kısmının kabulüne kadar yapılması mümkündür⁵⁴. Ancak, art arda teslimli bir sözleşmenin varlığı halinde, çekince beyanı her ifade ayrı ayrı yapılmalıdır⁵⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ifaya ekli ceza koşulu yapı kullanım belgesinin yüklenici tarafından alınması için kararlaştırılmaktadır. Bu durumda, çekincenin ileri sürülebileceği son zamanı yapının fiilen teslimi değil, yapı kullanım belgesinin yüklenici tarafından ibraz edildiği an olur⁵⁶.

Çekince beyanının yapılabileceği zamanı düzenleyen kanun hükmü emredici değildir. Bu nedenle, taraflar aralarında anlaşarak çekince beyanının asıl borcun ifasında belirli süre sonra yapılabileceğini kararlaştırabilirler ya da çekince beyanında bulunma külfetini tamamen ortadan kaldıracırlar⁵⁷.

54 **Yağcıoğlu**, s. 205; **Erdem**, s. 2303; **Tunçomağ**, s. 118; **Usta**, s. 123; **Yılmaz**, s. 136-137; Yarg. 13. HD., E. 1981/4419, K. 1981/5230, 8.7.1981: “*Dava konusu somut olayda, dosya içeriğine göre, davacı, daireyi teslim alırken ceza isteme hakkını saklı tutmamış, hiç bir önkoşul ileri sürmemiştir. Öte yandan kullanma izninin, 1.5.1977 gününe değin alınmamasına karşın, davacı, davanın açıldığı 22.8.1979 gününe değin çok uzun bir süre geçtiği halde ceza koşulu için istemde bulunmamış, bu yönden de hiç bir ön koşul ileri sürmemiştir. Şu durum karşısında, davacının ceza koşulu isteme haklarından vazgeçtiğinin ve bu hakkı yitirmiş olduğunun kabulü gerekir.*”, (www.kazanci.com.tr); Kullanma izninin alınmamış olmasının teslimde çekince ileri sürme külfetini kaldırmayacağı yönündeki karar için bkz. Yarg. 23. HD., E. 2012, 4167, K. 2012/6964, 27.11.2012, (www.kazanci.com.tr).

55 **Yağcıoğlu**, s. 205; **Erdem**, s. 2303; **Tunçomağ**, s. 118; **Yılmaz**, s. 136-137; Yarg. 19. HD., E. 2014/15063, K. 2015/1674, 10.12.2015: “*Taraflar arasındaki 01.05.2006 tarihli 5 yıl süreli bayilik sözleşmesi 01.05.2011 tarihinde sona ermiştir. Davacı, 20.09.2011 tarihinde eksik alınan ürünler için cezai şart istemiyle bu davayı açmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmenin eki olan 02.05.2006 tarihli taahhütnamede ‘...cezai şartı ilgili olduğu yılın sonu itibariyle ...’in kayıtlarına göre tespit edilecek eksik satış miktarlarından hesap edebileceğinizi ve hesap edilen cezai şart tutarını, takip eden yılın Ocak ayı içerisinde herhangi bir ihtar ve hükme hacet kalmaksızın... ödemeyi kabul ederim’ düzenlemesi bulunmaktadır. Davacı ihtirazi kayıt koymadan her yıl davalıya ürün vermesi nedeniyle ilk 4 yıl için eksik ürün bakımından cezai şart isteyemez ise de, son yıl için taahhütnamenin bu hükmü dikkate alınarak cezai şart isteminde bulunabilir. Mahkemece bu yönden, sözleşme hükümleri uyarınca bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*”, (www.kazanci.com.tr).

56 **Yılmaz**, s. 223.

57 **Erdem**, s. 2304; **Uslu**, s. 147; **Usta**, s. 123; Yarg. 11. HD., E. 1999/5404, K. 1999/7137, 27.09.1999: “*BK.nun 158/2. maddesi uyarınca akdın belirli bir zamanda icra edilmemesi halinde ödenmek üzere cezai şart kararlaştırılmış bulunması halinde, alacaklının hem akdın icrasını hem de cezai şartın tediyasını talep edebileceği belirlendikten sonra, bunun istisnası olarak ihtirazi kayıt dermeyan edilmeksizin*

D. Çekince Beyanında Bulunma Hakkının Sona Ermesi

Çekince beyanında bulunma hakkının feragat yoluyla sona ermesi mümkündür. Feragat açık olabileceği gibi örtülü de olabilir⁵⁸. Ancak, tarafların feragatin yalnızca açık şekilde yapılabileceği yönünde anlaşması mümkündür⁵⁹. Feragat halinde borç ibra yoluyla sona erer. Bu durumda feragatin varlığını ispat yükümlülüğü borçludadır⁶⁰. Cezai ceza koşulu isteminden açıkça vazgeçen alacaklının borçlunun onayını alması gerekmez⁶¹.

Feragatin örtülü yapılması kanunun getirmiş olduğu karinenin sonucudur. Buna göre, çekince beyanı ileri sürülmeden ifa kabul edilirse ceza koşulu istemi mümkün olmaz. Burada alacaklının ceza koşulu isteminden feragat etme yönünde iradesi olup olmadığı önem taşımaz. Bu bağlamda, çekince beyanının ileri sürülmemesi borcu sona erdirici niteliği haizdir⁶².

edanın kabulü halinde cezai şartın istenemeyeceği belirtilmiş ise de, bu yasa karesi mutlak ve sınırsız değildir.”, (www.kazanci.com.tr); Yarg. 6. HD., E. 2022/1551, K. 2023/2463, 21.6.2023, (www.kazanci.com.tr); Yarg. 6. HGK., E. 2022/414, K. 2023/536, 31.5.2023, (www.kazanci.com.tr).

58 **Günay**, s. 224; **Tunçomağ**, s. 114; **Yılmaz**, s. 116; **Kocaağa**, s. 301; **Uslu**, s. 130; Yarg. 13. HD., E. 1981/4419, K. 1981/5230, 8.7.1981: “İfaya eklenen ceza koşulundan vazgeçilebileceği gibi, borcun yerine getirilmesinin, hiç bir önkoşul ileri sürülmeksizin kabul edilmesi de vazgeçme anlamına gelir ki, BK. md. 158/II, bunu, açıklık ve seçiklikle öngörür. Eş deyişle, hiç bir önkoşul ileri sürmeyen alacaklı, ceza koşulunu isteme hakkını yitirmiş olur ki, burada ceza koşulundan örtülü (zımni) bir vazgeçme vardır.”, (www.kazanci.com.tr).

59 Yarg. 15. HD., E. 2005/5717, K. 2006/7007, 30.11.2006, “Ne var ki yanlar arasında imzalanan 13.10.2000 tarihli sözleşmenin 33. maddesinde ‘feragat eden tarafın yetkilileri tarafından imzalanmış yazılı bir feragatname diğer tarafa verilmedikçe taraflardan hiçbiri sözleşmede yer alan herhangi bir hakkından feragat etmiş sayılmayacaktır. Taraflardan birinin sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmekten ihmali veya gecikmesi, zımni kabul anlamına gelmeyecektir.’ hükmüne yer verilmiştir. Sözleşmenin bu hükmüyle eserin sarıh veya zımni kabulü halinde ceza hakkının düşmeyeceği, sözleşmeden doğan hakların taraflardan birisinin yetkililerince imzalanacak ve diğer tarafa verilecek bir feragatname ile düşeceği kabul edilmiştir. Bu nedenle mahkemenin kabulünün aksine eserin teslimi ile ceza hakkının düştüğü sonucuna varılmayacağından...”, (www.kazanci.com.tr).

60 **Kılıçoğlu**, s. 989; **Uslu**, s. 142.

61 **Erdem**, s. 2299.

62 **Ozanoğlu**, s. 112-113; **Tunçomağ**, s. 116; **Yılmaz**, s. 154; **Uslu**, s. 144-145; Yarg. 15. HD., E. 2012/5483, K. 2013/4240, 27.6.2013, (www.kazanci.com.tr).

Alacaklının çekince beyanı ileri sürmemesi yalnızca ceza koşulu istemini engeller. Bu bağlamda, alacaklının genel hükümlere göre zararı talep hakkı varlığını korur⁶³.

E. Çekince Beyanının İspatı

Çekince beyanının yapıldığını ispat yükü alacaklıdadır. Zira kanunda çekincenin ileri sürülmediği yönünde adi karine getirilmiştir. Borçlunun, alacaklının çekince beyanında bulunmadığı iddiası aynı zamanda ceza koşulu ödeme borcunun olmadığı iddiasıdır. Bu durumda, alacaklı, çekince beyanını ileri sürdüğünü ya da durumun gereğinden sürülmüş sayıldığını ispatlamalıdır⁶⁴.

Çekincenin ileri sürülmediği savunma sebebi itiraz niteliğinde olduğundan, hâkim çekincenin varlığını re'sen göz önünde bulundurmalıdır. Hâkimin re'sen araştırması ispat yükünü ortadan kaldırmaz⁶⁵. Çekince ileri sürüldüğü ya da sürülmediği iddiası, itiraz niteliğinde olduğundan iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmaz⁶⁶.

Çekince ileri sürme herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığından, çekincenin varlığı her türlü delille ispatlanabilir. Ancak, çekince beyanının geçerliliği şekil şartına tabi olmamakla birlikte, HMK m. 200/1 uyarınca, senetle ispat zorunluluğuna tabi olabilir. Şöyle ki, ifaya ekli ceza koşulu bedeli senetle ispat edilmesi zorunlu olan bedelden az değilse ve HMK m. 203'te yer alan, senetle ispat kuralının istisnasını oluşturan durumlardan birinin varlığı söz konusu değilse, çekince beyanının yapıldığının ispatı senetle ispat zorunluluğuna tabi olacağından, uygun şekilde ileri sürülmelidir⁶⁷. Öte yandan, çekince beyanının varlığının senetle ispatı gerekse de, HMK m. 201/2 uyarınca, karşı tarafın açık muvafakatiyle tanıkla da ispat edilebilir.

63 **Kocağa**, s. 301; **Türkoğlu**, s. 115; **Yağcıoğlu**, s. 203; Yarg. 23. HD., E. 2012/3277, K. 2012/5154, 17.09.2012, (www.kazanci.com.tr).

64 **Tunçomağ**, s. 119; **Yağcıoğlu**, s. 206; **Yılmaz**, s. 455; Yarg. 6. HD., E. 2022/1551, K. 2023/2463, 21.6.2023, (www.kazanci.com.tr).

65 **Erdem**, s. 2304; **Yılmaz**, s. 455.

66 **Yılmaz**, s. 456.

67 Yarg. 11. HD., E. 1988/85, K. 1988/1601, 15.3.1988, (www.kazanci.com.tr).

SONUÇ

Kanunda tanımı yapılmamış olan çekince kaydı, belirli haklarını saklı tutmak isteyen tarafın ileri sürdüğü varması gerekli tek taraflı irade beyanıdır. Çekincenin ileri sürülmemesi halinde hak ileri sürülemeyeceğinden külfet niteliğindedir.

Çekince ileri sürülebilmesi için öncelikle geçerli bir asıl borcun varlığı gereklidir. Bu borç belirlenen yer ve zamanda ifa edilmezse çekince beyanının ileri sürülmesi söz konusu olur.

Herhangi bir şekilde bağlı olmayan çekince beyanı, en geç ifa anında alacaklı ya da onun temsilcisi tarafından ileri sürülmelidir. Aksi halde, ceza koşulu isteminden örtülü olarak vazgeçildiği yönünde kesin kanuni karine getirilmiştir.

Çekince beyanında bulunulduğunu ispat yükü alacaklıdadır. Çekince beyanı, kural olarak her türlü delille ispatlanabilir. Ancak, senetle ispata ilişkin şartların varlığı halinde senetle ispatlanmalıdır. Hâkim çekince beyanının varlığını ya da yokluğunu re'sen göz önünde bulundurur.

KAYNAKÇA

- Ağırman**, Doğan, Uygulamada Ceza Koşulu (Cezai Şart) ve Benzer Kurumlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Aydemir**, Efrail, Yorum ve Çözümleriyle Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Başar**, Didem, “İfaya Eklenen Cezai Şart”, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, C. 2, S. 4, 2018, s. 49-77.
- Bilge**, Necip, “Kefilin Mesuliyetinin Şümülü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, 1956, s. 86-171.
- Cansel**, Erol/Özel, Çağlar, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. 1, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 713-733.
- Çetiner**, Bilgehan/Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Dirican**, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Ekinci**, Hüseyin, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu Doktrin ve Uygulama, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Erdem**, Mehmet, “Bağlanma Parası, Cayma Parası, Ceza Koşulu”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Gümüş**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Günay**, Cevdet İlhan, Cezai Şart (BK m. 158-161), Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Hatemi**, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Kabaklıoğlu Arslanyürek**, Yasemin, Ceza Koşulu Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Kapancı**, Kadir Berk, Dönme Cezası (TBK m. 179 f. 3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma, MÜHFHAD, C. 22, S. 2, 2016, s. 247-270.
- Kaynoğlu Özdoğan**, İrem, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Teslim Borcunda Temerrüdüne İlişkin Ceza Koşulu, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Kocağa**, Köksal, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.

Meşe Hacıosmanoğlu, Selen, Türk Hukuku'nda İfaya Eklenen Ceza Koşulu, Yetkin Kitabevi, Ankara 2021.

Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017.

Oğuzman, M. Kemal/**Barlas**, Nami, Medeni Hukuk, 27. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Oğuzman, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", GÜHFD, C. III, S. 2, Ankara 1999, s. 65-118.

Pektaş, Ahmet, Eser Sözleşmesinde Ceza Koşulu, Gazi Kitabevi, Ankara 2021.

Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

Tekinay, Selahattin S./**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Tunçomağ, Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1963.

Türkoğlu, Cem, Ceza Koşulu (Cezai Şart), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Uçar, Salter, Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1993.

Uslu, Ebubekir, Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Usta, Oğuz, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı, Adalet Yayınları, Ankara 2017.

von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı. C. 1-2, Çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983.

Yağcıoğlu, Burcu, Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Yılmaz, Halil, Borçların Sona Ermesinde Çekince İleri Sürülmesi ve Uygulaması (İhtirazi Kayıt), 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Yörük, Işıl, Türk Hukukunda Sözleşmenin Uyarlanması, On İki Levha Yayıncılık, Antalya 2021.

Elektronik Kaynakça

www.kazanci.com.tr.tr



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 28 Sayı/No: 2 Aralık/December 2024

**Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin
İstemi ile Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş (TMK m. 206)**

Transition to an Extraordinary Property Regime at the
Request of One Spouse under the Acquired Property Regime
(Turkish Civil Code Art. 206)

  Av. Arb. Mehtap ŞAHİN ALTINTAŞ*

 10.60002/ebyuhfd.1523741

ÖZ

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun "Aile Hukuku" kitabının "Eşler Arasındaki Mal Rejimi" başlıklı bölümünde, eşlerin evlenmeden önce ve evlilik süresince edindikleri taşınır, taşınmaz mallar ile para gibi malvarlıklarını yönetme; bu malvarlığı değerlerinden yararlanma ve evlilik sona erdiğinde tasfiyeye ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Eşler, kanunda yer alan seçimlik mal rejimlerinden herhangi birini seçmedikleri takdirde yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olurlar. 1926 tarihli Türk Kanunu Medenîsinde "Mal Ayrılığı Rejimi", 2002 tarihli Türk Medenî Kanununda ise "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi" yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Eşler, Kanunda belirtilen mal rejimlerinden herhangi birini seçme imkânına sahiptir. Ancak bu serbesti eşleri ekonomik olarak her zaman korumamakta, bazı durumlarda hâkimin müdahalesini

* İstanbul Barosu.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 28.07.2024 | **Kabul/Accepted:** 23.10.2024.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Mehtap Şahin Altıntaş, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin İstemi ile Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş (TMK m. 206)", EBYÜ-HFD, C. 28, S. 2, Aralık 2024, (793-831).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

bir zorunluluk haline getirmektedir. TMK m. 206 hükmü bu bağlamda haklı sebeplerin varlığı halinde mevcut mal rejiminin hâkim kararı ile olağanüstü mal rejimine dönüşmesinin önünü açan, evlilik birliğini bilhassa ekonomik yönüyle koruyucu bir düzenleme mahiyetindedir. Çalışmamızda, Yargıtay ve doktrin görüşleri ışığında madde hükmü ve uygulamadaki yansımaları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yasal Mal Rejimi, Olağan Mal Rejimi, Mal Ayrılığı Rejimi, Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş, Haklı Neden.

ABSTRACT

The section titled “Regime of Property Between Spouses” in the “Family Law” book of the Turkish Civil Code No. 4721 regulates the management of movable and immovable properties, as well as assets such as money, acquired by spouses before and during marriage; the utilization of these assets; and the provisions for their liquidation upon the termination of the marriage. If spouses do not choose any of the optional property regimes specified in the law, they are subject to the statutory property regime of participation in acquired property. While the “Regime of Separation of Property” was the statutory property regime in the Turkish Civil Code of 1926, the “Regime of Participation in Acquired Property” was adopted in the Turkish Civil Code of 2002. Spouses have the freedom to choose any of the property regimes stipulated in the law. However, this freedom does not always provide economic protection to spouses and, in some cases, necessitates judicial intervention. Article 206 of the Turkish Civil Code, in this context, is a provision that allows the existing property regime to be transformed into an extraordinary property regime by court decision in the presence of justified reasons, thereby offering protection to the marriage union, particularly from an economic perspective. This study examines the provision and its reflections in practice in light of the views of the Court of Cassation and academic opinions.

Keywords: Statutory Property Regime, Ordinary Property Regime, Separation of Property Regime, Transition to Extraordinary Property Regime, Justified Reason.

GİRİŞ

4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu¹ ile evlilik birliğinde eşlerin malvarlıklarına dair hükümler “Eşler Arasındaki Mal Rejimi” başlığı altında, 202. ve 281. maddeler arasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, eşlerin malvarlıklarına ilişkin hususların evlilik birliği boyunca bir rejime tabi olması zorunludur.

Evlilik birliği devam ederken, eşler arasında yaşanan çatışmalar sıklıkla ekonomik sorunlardan kaynaklanmaktadır. Bu sorunların evlilik birliği açısından bir tehdit olmasını önleme düşüncesiyle Türk Medenî

1 RG. 8/12/2001, S. 24607.

Kanunu düzenlemesinde eşler arasında boşanmaya gitmeden mal rejiminde değişiklik yapılmasının yolu açılmıştır. Bu korumanın özünde, evlilik birliğinin sürekliliğinin korunması düşüncesi gizlidir.

Bazı koşulların varlığı halinde mevcut mal rejiminden mal ayrılığına geçiş, tarafların ortak iradesine bırakılmamış, hâkim kararıyla ya da kanun gereği de kendiliğinden mal ayrılığına geçiş mümkün kılınmıştır. Olağanüstü mal rejimine geçişe olanak tanıyan düzenlemelerin ortak amacı, tarafların iktisadî menfaatlerinin korunmasıdır. Bu düzenlemelerle eşlerden birinin ekonomik faaliyetlerinin ortak yaşamı tehlikeye sokması durumunda diğer eşin ve bazı durumlarda alacaklıların korunması da amaçlanmıştır.

Bu çalışmada öncelikle eşler arasındaki mal rejimleri “Olağan - Olağanüstü” ayırımı çerçevesinde incelenerek “Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş” başlığı altında yasal düzenlemeler, örnekler, doktrin görüşleri ile Yargıtay içtihatları üzerinden detaylandırılacaktır.

I. MAL REJİMLERİ

Mal rejimleri “Evlilik halinde eşlerin gerek evlilik süresince, gerek evlilik son bulduğunda malvarlıkları üzerindeki hak ve yükümlülüklerini tayin eden kurallar topluluğu²” olarak tanımlanmaktadır.

Evlilik birliği içinde eşler arasındaki ilişkinin sevgi, saygı, sadakat, paylaşılan ortak anlamlar gibi manevî yönleri ağır basarken; yaşam boyu sürecek bir yol arkadaşlığını da içeren bu birliktelik yeme, içme, barınma, ekonomik yaşamı idame ettirme gibi zorunlu ihtiyaçların karşılanmasını da gerektirmektedir. Modern toplumlarda her biri başlı başına bir hizmet sektörününün konusunu oluşturan bu ihtiyaçlar, eşler arasında ortak bir bütçeden karşılanmaktadır. Dolayısıyla eşler arasında ekonomik ilişkiler, çoğu zaman en kapsamlı çözümlere ihtiyaç duyulan mecralardan birini teşkil etmektedir³.

2 Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**/Mustafa Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku – III (Aile Hukuku), Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024, s. 219; Ahmet Mithat **Kılıçoğlu**, Medenî Kanun’umuzun Aile - Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 183 (Kısaltma: Yenilikler); Zafer **Zeytin**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 35; Ömer Uğur **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, Genişletilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 84; Bilge **Özcan**, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 395.

3 Mehmet Beşir **Acabey**, Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 1-2 (Kısaltma: Katılma Rejimi).

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi⁴ eşler arasında yasal mal rejimi olarak “Mal Ayrılığı” rejimini öngörmekteydi. Bu rejim, Türk toplumunun yaygın örf ve âdetlerine göre erkeğin karısının parasına dokunmaması yönündeki sosyal algıya yakınlığı⁵, kökeninin eski Türklere uzanması, İslâm Hukukuna uygunluğu, uygulama kolaylığı, kadına bağımsız bir statü kazandırması ve ona da tıpkı erkek gibi kendi malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilme imkânı sunması, eşler ile üçüncü kişiler arasında kurulacak ilişkilerde şeffaflık sağlaması gibi avantajlarıyla savunulmaktaydı⁶. Ayrıca tasfiye aşamasında malvarlığının bölüşülmesi de bu rejimde daha kolay ve pratik olduğundan, o dönemde bu rejim yasal mal rejimi olarak benimsenmişti⁷. Seçimlik mal rejimleri ise “Mal Ortaklığı” ve “Mal Birliği” öngörülmekteydi⁸.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile eşler arasındaki mal rejimleri kural (yasal) mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi (TMK m.202/f.1, 218-241), seçimlik mal rejimleri (TMK m.202/f.2, 242-281) ve çalışmamızın konusu olan olağanüstü mal rejimi (TMK m. 206-212) olarak düzenlenmiştir⁹. Edinilmiş mallara katılma rejimi, “Eşlerin evlenmeden önce veya sonra, mallarının yönetimi ve paylaşımı hususunda mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları, herhangi bir tercihte bulunmadıkları takdirde yasadan ötürü, kendiliğinden tabi olacakları mal rejimi¹⁰” olarak tanımlanmaktadır. TMK m. 202 düzenlemesi uyarınca “Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Eşler mal rejimi sözleşmesi ile kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler”.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin temel mantığı, rejimin tasfiyesi halinde evlilik süresince bir eşin edindiği mallarda diğer eşin hak sahibi olduğu prensibidir. Böylece Kanunun gerekçesinde¹¹ de belirtildiği gibi,

4 RG.17/2/1926, S. 339.

5 Şükran Şıpka, Türk Aile Hukukunda Karı Koca Mal Rejimleri Sisteminde Yapılmak İstenecek Düzenlemeler Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan (Kitaptan Bölüm), 2005, s. 354-359.

6 Veysel Nargül, “Karı-Koca Mallarının İdaresi Üzerine Mukayeseli Bir Etüd”, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 29, 2012, s. 193.

7 Acabey, Katılma Rejimi, s. 194.

8 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 219.

9 Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 133.

10 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 219-220; Nazif Kaçak, Açıklamalı – İçtihatlı Boşanmada Mal ve Paraların Paylaşımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 89; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 183; Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 134.

11 Türkiye Büyük Millet Meclisi, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss7_23_Madde_Gerekceleri_1.pdf, E.T. 18.05.2021.

herhangi bir işte çalışmadığı halde evlilik birliği içinde tüm malvarlığının edinilmesine farklı biçimlerde katkı sağlayan eşin emeği de dikkate alınarak, eşler arasında dengeli ve hakkaniyete uygun bir ekonomik adalet sağlanması amaçlanmaktadır¹².

Kanun koyucu yasal mal rejimi dışında seçimlik mal rejimlerinden dilediklerini seçme hususunda eşlere seçme imkânı tanımıştır. Eşler akdedecekleri bir sözleşme ile mal rejimi türlerinden herhangi birini benimseyebilirler (TMK m. 202/II). Seçimlik mal rejimleri, “Mal Ayrılığı Rejimi (TMK m. 242-243)”, “Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi (TMK m. 244- 255)”, “Mal Ortaklığı Rejimi (TMK m. 256- 281)”dir. Eşlerin Türk Medenî Kanununda öngörülenler dışında bir mal rejimi benimsemeleri mümkün olmadığı gibi, rejimlerin muhtevalarındaki değişiklikler de yine Kanun’un öngördüğü sınırlamalara tabidir. Birden çok mal rejiminin hükümlerini birleştirerek karma bir mal rejiminin benimsenmesine ise cevaz verilmemiştir¹³.

II. OLAĞAN – OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİ

Türk Medenî Kanunu’nda olağan-olağanüstü mal rejimi ayrımı açıkça düzenlenmemiştir. Kanun olağanüstü mal rejiminin aksine “Olağan Mal Rejimleri” tarzında bir ifadeye yer vermemiştir. Bununla birlikte olağan mal rejimlerinin varlığını, TMK m. 206’nın üst başlığı olan “Olağanüstü Mal Rejimi” ifadesinden çıkarmak mümkündür. Buna göre olağanüstü mal rejimi dışındaki mal rejimleri “Olağan Mal Rejimleri” olarak tanımlanabilir¹⁴.

Olağanüstü mal rejimi, TMK m. 206-212 maddelerinde düzenlenen “Mal Ayrılığı Rejimini” ifade ederken; olağan mal rejimleri ise, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (TMK m. 218- 241)”, “Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi (TMK m. 244- 254)”, “Mal Ortaklığı Rejimi (TMK m. 256- 281) ve seçimlik mal rejimi olarak benimsendiği durumlarda “Mal Ayrılığı Rejimi (TMK m. 242-243)” olarak sıralanmaktadır. Kanunun öngördüğü olağanüstü hâllerde kanun gereğince (TMK m. 209) ya da hâkim kararıyla (TMK m.206, m.210) mal ayrılığı rejimine geçilmesi mümkündür¹⁵.

Türk aile yapısının temeli olan evlilik birliğinin ayakta tutulmasına büyük önem veren kanun koyucu, bu birliğin korunmasına yönelik bir tedbir mahiyetinde ve son çare olan olağanüstü mal rejimi hükümlerini

12 Zeytin, Tasfiye, s. 36; Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 79-80.

13 Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 107 vd.

14 Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 135.

15 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 220; Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 137.

ihdas etmiştir¹⁶. Evlilik birliği ağırlıklı olarak karşılıklı sevgi saygı temeline dayalı bir birliktelik olsa da, bazı malî yükümlülük ve ödevleri de barındırır. Bu hususlardan doğan anlaşmazlıkların eşler arasındaki dengeyi hakkaniyete aykırı sonuçlara mahal verecek düzeyde sarstığı durumlar için mal ayrılığına geçiş davası ile evliliği boşanma tehlikesinden korumak amaçlanmıştır¹⁷.

Olağanüstü mal rejiminin düzenlenmesi ile, olağanüstü durumların varlığı halinde diğer eşin ya da alacaklıların mevcut mal rejiminden zarar görmelerinin önlenmesi amaçlanmıştır¹⁸. Bu rejim, “olağanüstü” olarak nitelendirilmesinden de anlaşılacağı gibi, eşler arasında birlik olma, aile olma hususunda ciddi sorunların yaşandığı durumlarda kanun gereği veya hâkim kararıyla işlerlik kazanan bir ara çözüm mahiyetindedir¹⁹. Bir yönüyle olağanüstü mal rejimine geçiş, ancak son çare olarak başvuru bir çözümdür²⁰. Evlilik birliğinin başkaca tedbirlerle ayakta kalması mümkünse, olağanüstü mal ayrılığına geçiş tedbirine başvurulmamaktadır²¹.

Eşler arasında malî hususlarda özerkliğin bulunduğu bir mal rejimi türü olan mal ayrılığı rejimi, evlilik birliğinin yapı taşlarından olan ekonomik birlik düşüncesiyle bağdaşmayan bir rejim olarak kabul edilmektedir²². Ancak olası bir ayrılık ya da boşanmadan kaçınmak üzere bu yapıyı ayakta tutmak üzere mal ayrılığına geçiş yolu açık tutulmuştur.

Kanaatimizce, evlilik birliği içinde eşler arasında malî hususları birliğin menfaati gerekçe göstererek tarafların iradesine ve çoğu zaman gücü elinde bulunduran eşin ahlâk anlayışına terk etmek yerine, bu hususları kanunda açıkça düzenleyen daha somut hükümlere yer vermek gereklidir. Kanun koyucunun toplumsal dinamikleri nazara alarak, evlilik birliğinin mahremiyetine duyulan saygı ile eşler arasında malvarlığı değerlerinin yönetimine ilişkin hususlarda düzenleme yapmakta çekingen

16 **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 223; İsmail **Atamulu**, “Türk Medenî Kanununda Olağanüstü Mal Rejimi ve Özellikle Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş Halleri”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Aralık 2010, s. 157; **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 140.

17 **Zeytin**, s. 48; **Atamulu**, s. 157.

18 M. Beşir **Acabey**, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998, s. 34 (Kısaltma: Evlilik Birliği); **Atamulu**, s. 157.

19 **Atamulu**, s. 158.

20 **Zeytin**, s. 49; Murat **Doğan**, “Türk Medenî Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 4, 2003, s. 99.

21 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 138.

22 **Atamulu**, s. 158.

davrandığını söylemek mümkündür. Uygulamada eşler arasında malvarlığı değerleri konusunda bilgi paylaşımının hukukî bir yaptırımının olmamasına ilaveten, bu değerlerin hakkaniyete aykırı olarak eşlerden birinin tekelinde kalması durumunda diğer eşin başvurabileceği hukukî imkanların sınırlı olması bu düşüncemizin sosyolojik arka planını oluşturmaktadır. Türk toplumunda baskın olarak kabul edilen görüş evlilik birliğinin yönetimini eşlere bırakma ve birliğe dışarıdan yapılacak müdahaleleri olabildiğince sınırlı tutmaktır. Bize göre nihayetinde insanın mutluluğunu amaçlayan bir kurum olarak evlilik birliğini taraflardan birinin ekonomik üstünlüğünün mecrasına dönüştürmemek maksadıyla, ekonomik anlamda da hukukî imkanların çoğaltılması ve eşlere bu yönüyle seçenekler sunulması bir zorunluluktur. Ekonomik üstünlüğe dayalı olası mağduriyetlerin giderilmesi ve ağırlıklı olarak ekonomik hususlarda ortaya çıkan ihtilafların yıllarca çözülememesi nedeniyle boşanma davalarının uzun sürmesi gibi sorunların da bu sayede büyük ölçüde çözüm bulacağı kanaatindeyiz.

Boşanma davasının açılması ile birlikte hâkimin, TMK m.169²³ uyarınca malvarlığı değerlerinin yönetimine ve mal rejimine ilişkin geçici önlemler alması söz konusu olur. Eşlerin barınmasına ve geçimine, mallarının yönetimine, çocukların bakım ve korunmasına ilişkin hususları kapsayan bu tedbire hâkim tarafından re'sen başvurulabileceği vurgulanmıştır²⁴. Nitekim konuya ilişkin Yargıtay kararları da aynı yöndedir²⁵.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, mal ayrılığına geçiş kararı, TMK m. 169 kapsamında başvurulabilecek tedbirler arasında yer alır²⁶. Her ne kadar TMK m. 206 düzenlemesinde mal ayrılığına geçiş için haklı nedenin varlığı bir önkoşul olarak aranmakta ise de, TMK m.169 ile eşlerin mallarının yönetimi konusunda hâkime geçici önlem alma yetkisi

23 “Geçici önlemler

TMK Madde 169 - Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri resen alır.”

24 Elif Nurbanu **Or**, Uygulayıcılar İçin Boşanma Davaları Başvuru Kitabı, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 871; Berrak **Genç Gelgeç**, “TMK md. 169 Gereğince Boşanma veya Ayrılık Davası Süresince Alınabilecek Geçici Önlemler”, GMHFD, C. 8, S. 2, 2023, s. 786-787.

25 Yarg. 2. HD., E. 2023/1749, K. 2023/5543, 22.11.2023; Yarg. 2. HD., E. 2023/2608, K. 2023/5534, 22.11.2023; Yarg. 2. HD., E. 2023/2636, K. 2023/6366, 20.12.2023; Yarg. 2. HD., E. 2023/1645, K. 2023/5385, 09.11.2023. Corpus. E.T. 18.10.2024.

26 **Genç Gelgeç**, s. 787.

verildiği nazara alındığında, haklı sebebin bulunması halinde hâkimin re'sen bu tedbire başvurabileceği ifade edilmiştir²⁷.

Doktrinde ağırlıklı savunulan benzer yöndeki başka bir görüş uyarınca, TMK m. 169 maddesinde geçen malların korunmasına yönelik önlem kapsamında da hâkimin tarafların talebiyle ya da re'sen mal ayrılığı rejimine geçiş kararı vermesi mümkündür²⁸.

Başka bir görüşe göre, her ne kadar TMK m.169'a göre hâkim eşlerin malları hususunda önlem alma yetkisini haiz olsa da, mal ayrılığına geçiş kararına ancak haklı sebebin bulunduğu durumlarda ve son çare ya da ikinci bir tedbir olarak başvurulabilir²⁹. Zira hâkim tarafından TMK m.169'un verdiği takdir yetkisi kullanılarak olağanüstü mal rejimine geçilmesi, TMK m.206 bağlamında "haklı sebep" kavramının bir uygulaması mahiyetindedir³⁰.

Aynı yöndeki başka bir görüşe göre ise, TMK m. 180 hükmünün "Ayrılığa karar verilirse mahkeme, ayrılığın süresine ve eşlerin durumlarına göre aralarında sözleşmeyle kabul edilmiş olan mal rejiminin kaldırılmasına karar verebilir." şeklindeki ifadesinden hâkime sadece ayrılık kararı verilen hallerde sözleşme ile belirlenen mal rejimini kaldırma yetkisi tanınmıştır³¹. Hâkimin bu yetkiyi aşarak re'sen mal ayrılığına karar vermesi mümkün değildir. Kaldı ki, TMK m. 197/II hükmünün "Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır." ifadesinden de anlaşılacağı üzere, birlikte yaşamaya ara verilen fiili ayrılık hallerinde hâkime bir tedbir olarak mal ayrılığına geçiş kararı verme yetkisi tanınmamıştır³².

Bu yöndeki bir başka görüşe göre, TMK m. 169'da "eşlerin mallarının yönetimine" ilişkin tedbirlerden söz edildiği için, burada mal ayrılığına geçiş kararı verilmesi ya da eşlerin mallarının tasfiyesi söz

27 **Genç Gelgeç**, s. 787.

28 Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, H.V. Türk Medenî Hukuku – II (Aile Hukuku), 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1965, s. 250; **Gençcan**, Boşanma Hukuku, s. 1270.

29 **Acar**, s. 151-152.

30 **Acar**, s. 151-152.

31 **Fahri Akçin/Nadir Meral/Ebru Beyaz**, Yargıtay Uygulamasında Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 53-54.

32 **Akçin/Meral/Beyaz**, s. 53-54.

konusu değildir³³. Zira bu hususlar TMK m. 218 vd. hükümleri uyarınca eşler arasındaki mal rejimi esaslarına tabidir.

Kanaatimizce, TMK 169. maddede belirtilen önlemleri hâkime re'sen mal ayrılığına geçiş kararı verme yetkisini verdiği şeklinde yorumlamak maddenin düzenleniş amacı ile uyumludur. Her ne kadar maddenin lafzından sözü edilen tedbirlerin “ayrılık” ve “boşanma” taleplerine özgülendiği düşünülse de, uygulamada mal ayrılığına geçiş davalarının fiili ayrılık durumlarında ve hatta boşanma davaları ile birlikte açıldığı da bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla eşler arasında diğer eşe ait mallar üzerinde bir katkı sağlama olanağının da çoğu zaman ortadan kalktığı bu dönemde yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması, fiili durumla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle TMK m. 169'un devamında geçen “*gerekli olan*” ve “*re'sen*” ifadeleriyle hâkime tanınan takdir yetkisinin mal ayrılığına geçiş kararı vermeyi de kapsadığı şeklinde değerlendirmektediriz.

Öte yandan, TMK 169. maddede “*eşlerin mallarının yönetimine*” ifadesiyle bu tedbirlerin bir yönüyle eşler arasında geçerli mal rejimine temas ettiği anlaşılmaktadır. Eşler arasında dava konusu olmuş ihtilafların ağırlıklı olarak ekonomik hususlarda yoğunlaştığı ve bilhassa diğer eş i ekonomik olarak mağdur etmeye yönelik tutumların yargılamanın uzun yıllar devam ettiği uygulama pratikleriyle doğrulandığı da dikkate alındığında³⁴, TMK m. 169 ile hâkime tanınan geçici önlemlerin eşler arası mal rejimlerini de kapsayacak düzeyde geniş yorumlanmasının düzenlemenin amacıyla daha uyumlu olacağı kanaatindeyiz. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un³⁵ “*Koruyucu, Önleyici Önlemler Alma*” başlıklı 6. maddesinin (b) bendinde aile mahkemesi hâkiminin “*Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli önlemleri almaya*” ifadeleriyle oldukça geniş yetkilerle donatılmış olması da bu yaklaşımımızı destekler mahiyettedir. Dolayısıyla her ne kadar uygulamada eşler arasında alınacak tedbirler ağırlıklı olarak nafaka hususunda yoğunlaşsa da³⁶, sözü edilen tedbirlerin

33 K. Yılmaz **Kılıçoğlu**, “Evlilik Birliğinin Korunması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.120, 2015, s. 441.

34 Detaylı bilgi için Bkz. Mehtap **Şahin Altıntaş**, Yasal Mal Rejiminde Mal Kaçırımların Psiko-Sosyal Etkileri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı, S. 21, C. 44, 2022.

35 RG. 18/1/2003, S. 24997.

36 Örnek kararlar için Bkz. Yarg. 2. HD., E. 2016/25249, K. 2018/1173, 16.10.2018; Yarg. 2. HD., E. 2019/7184, K. 2019/11328, 13.11.2019; Yarg. 2 HD., E. 2019/8514,

mal ayrılığına geçiş kararı verme yetkisini de kapsayacak boyutta genişletici yorumla ele almanın, bilhassa yıllarca devam eden yargılama süreçlerinde ekonomik olarak güçsüz tarafın karşılaştığı mağduriyetleri önleyeceği ve eşler arasında bozulan ekonomik dengeyi de yeniden tesis edeceği kanısındayız.

TMK m. 169 hükmü eşler arasında boşanma ya da ayrılık davasının görüldüğü durumlara özgü bir güvenlik tedbiri olarak uygulanmış olup, uygulamada eşlere ait malların korunması bağlamında mal ayrılığına geçiş kararı verildiğine de rastlanmamaktadır³⁷. Nitekim bir dönem Yargıtay ilgili hukuk dairesince TMK m. 169 kapsamında eşlerin malvarlığı değerleri üzerinde tedbir kararları verilmişse de³⁸, bu uygulamadan daha sonra vazgeçilmiştir³⁹.

Olağanüstü mal rejimine geçiş için eşler arasında geçerli mal rejiminin mal ayrılığından farklı bir rejim olması gerekmektedir⁴⁰. Zaten mevcut rejimin mal ayrılığı olduğu durumlarda böyle bir talebin gereği de bulunmamaktadır. Kaldı ki, eşler anlaşarak seçimlik mal rejimi olan mal ayrılığına diledikleri zaman geçme serbestisine de sahiptirler (TMK m. 202/II; TMK m. 208).

Mal rejiminin olağanüstü mal rejimine dönüştürülebilmesi için, eşler arasındaki anlaşmazlığın dava boyutuna ulaşmış olması gereklidir⁴¹.

III. EŞLERDEN BİRİNİN TALEBİ İLE OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİNE GEÇİŞ

Haklı bir sebebin varlığı halinde hâkim, eşlerden birinin talebi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir⁴². Kanunda sayılan haklı sebep durumları şunlardır:

-
- K. 2020/51; Yarg. 2 HD., E. 2019/4907, K. 2019/10159, 15.10.2019; Yarg. 2. HD., E. 2019/7303, K. 2020/887, 06.02.2020. Corpus. E.T. 18.10.2024
- 37 Ayça **Özdoğan**/Ayşe **Uyanık**, Yargıtay Uygulaması ve Doktrinde Soru Cevaplarla Boşanma Davaları, Aristo Yayınevi, İstanbul 2024, s. 19.
- 38 “...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle mahkemeye ihtiyati tedbir kararlarının Türk Medeni Kanununun 169. maddesine dayanılarak konulduğunun ve boşanma kararının kesinleşmesiyle kendiliğinden kalkacağına tabii bulunmasına göre...” Yarg. 2. HD., E. 2014/13717, K. 2014/24339, 01.12.2014. Corpus. E.T. 18.10.2014.
- 39 **Özdoğan/Uyanık**, s. 19.
- 40 **Atamulu**, s. 158.
- 41 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 140, 149.
- 42 Nuri Aziz **Midyat**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 18; İhsan **Makas**, Eşler Arasındaki Mal Rejimi Davalarında Yargıtay Uygulaması, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 6-7;

TMK m. 206 -“*Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir. Özellikle aşağıdaki hallerde haklı bir sebebin varlığı kabul edilir:*

1. *Diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması,*

2. *Diğer eşin, istemde bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması,*

3. *Diğer eşin, ortaklığın malları üzerinde bir tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı bir sebep olmadan esirgemesi,*

4. *Diğer eşin, istemde bulunan eşe malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması,*

5. *Diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması.*

Eşlerden biri ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun ise, onun yasal temsilcisi de bu sebebe dayanarak mal ayrılığına karar verilmesini isteyebilir.”

Hâkimin mal ayrılığına geçiş talebini kabul etmesi için kanunda bazı koşullar ve haklı sebepler öngörülmüştür.

A. TMK m. 206 Uyarınca Olağanüstü Mal Rejimine Geçişin Koşulları

Mal rejimi devam ederken ekonomik menfaatleri zarar gören eş, hâkimden talepte bulunarak mal rejimine müdahale edilmesini ve mal ayrılığına geçiş kararı verilmesini sağlayabilir⁴³.

1. Eşlerden Birinin Talebi

Olağanüstü mal rejimine geçişin ilk koşulu, eşlerden birinin bu yöndeki talebiyle hâkime başvurmasıdır⁴⁴. Açılacak bir davayla ya da açılmış bir davaya karşı dava açarak da mal ayrılığı rejimine geçiş mümkündür⁴⁵.

Haklı sebep oluşturan durumlara yol açan eşin de dava hakkının bulunup bulunmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre mal ayrılığına

Özdamar/Toker/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün Toker, s. 31-32; Acabey, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, s. 28-29; Kaçak, s. 131-132; Akçin/Meral/Beyaz, s. 53-54; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 223; Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 149.

43 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 223; Zeytin, s. 66 vd; Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 137; Ömer Uğur Gençcan, Aile Mahkemeleri Davaları, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 685.

44 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 223; Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 149; Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 685.

45 Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 149, 685.

geçiş talebinde haklı sebebin başvuru eşten kaynaklanmıyor olması gerekir⁴⁶.

Doktrinde savunulan bir görüş, kanunun lâfzına bağlı kalarak, bu hakkın her iki eşe de tanındığını yönündedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre “malvarlığı borca batık olan, ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olan; ortaklığın malları üzerinde bir tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı bir sebep olmadan esirgeyen; ortaklıktaki payı haczedilmiş olan malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınan eş” de olağanüstü mal rejimine geçiş davası açabilir⁴⁷. Kanun koyucunun kusurun dikkate alınmasını düzenlediği durumlarda bu hususu açıkça düzenlediği vurgulanarak⁴⁸, kusura ilişkin bir sınırlamanın bulunmadığı TMK m. 206 hükmünün dava açma hakkını kusurlu eşe de tanıdığı ileri sürülmüştür. Nitekim TMK m. 174⁴⁹ ile 175⁵⁰ hükümleri bu hususa örnek gösterilebilir⁵¹. Dolayısıyla “diğer eşin rızası”, “ortak rıza” ifadelerini belirtilen kanun hükmüne açıkça yazan kanun koyucu sadece kusursuz eşin dava açmasını isteseydi, bu maddelerdeki gibi sınırlayıcı bir ifadeye düzenlemede yer verirdi⁵².

Biz de Gençcan'ın görüşünü benimsemekteyiz. Zira TMK m. 206 hükmünün içeriğinde geçen “eşlerden biri” ifadesini koşulları oluşmak

46 Akçin/Meral/Beyaz, s. 56.

47 Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 150; Burhan Hayran, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Mal Rejimleri Şerhi, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s. 24.

48 Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 150.

49 “Aile konutu”

TMK Madde 194 - Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir. Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur.”

50 “Birliğin korunması

I. Genel olarak

TMK Madde 195 - Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır.”

51 Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 150.

52 Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 150.

kaydıyla her iki eşin de mal ayrılığına geçiş davası açabileceği şeklinde yorumlamaktayız. Haklı sebep olarak örnekleme yoluyla atıf yapılan hususlar nazara alındığında maddenin düzenleniş amacının eşlerden biri aleyhine bozulan denge karşısında eşleri birbirlerine karşı koruyarak evlilik birliğinin devamını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Ancak hâkim tarafından haklı sebepler değerlendirirken hakların kullanılmasında ve borçların ifasında temel prensip olan dürüstlük kuralına aykırı sonuçlara da mahal verilmemelidir. Nitekim Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin “*her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi*”⁵³ gerektiği yönündeki kararı da görüşümüzü destekler mahiyettedir.

Buna karşılık yaygın kanaatin aksi yöndeki karşıt görüş, kendi kusuruyla haklı sebebin ortaya çıkmasına yol açan eşin geçiş talep edemeyeceği yönündedir⁵⁴. Zira haklı sebebi oluşturan eş, çoğu zaman mal rejimi sözleşmesi yapmaya yanaşmadığı gibi haklı nedenlerin oluşmasına kusuruyla sebep olarak karşı tarafı zor durumda bırakan eştir. Haklı sebebin oluşumuna yol açan eşe TMK m. 206 hükmüne dayanarak olağanüstü mal rejimine geçiş talep etme hakkı tanımak ona kanunu dolanma şansı vermek olur. Şöyle ki, diğer eş TMK m. 202/II hükmü gereği yeni bir mal rejimi sözleşmesi yapmaya ikna edemeyen eş, kasten oluşturabileceği haklı sebeple mal ayrılığı rejimine geçişi talep edebilir. Ayrıca diğer eşin yol açtığı haklı sebebin varlığına rağmen, lehine olan olağanüstü mal rejimine geçiş talebinde bulunmayarak fedakârlık eden eşin, mevcut mal rejimini devam ettirme talebine saygı gösterilmelidir. Haklı sebebin temelinde, mal rejiminin tehlikede olmasına rağmen diğer eşin bu durumu düzeltmek için bir çaba harcamaması olgusu yatar. Böyle bir durumda eşlerden biri iktisadî birlikteliğe önem vermediği bu halde artık bu birlikteliğin devam ettirilmesinin haklı bir yönü kalmamıştır⁵⁵.

2. Haklı Sebebin Varlığı

TMK m. 206/I'e göre “*Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir.*” Eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesi haklı sebebin bulunması koşuluna bağlanmıştır⁵⁶. Hâkim, gösterilen sebebin

53 Yarg. 8. HD., E. 2020/1407, K. 2021/2097, 09.03.2021, Corpus. E.T. 18.10.2024.

54 Ahmet **Kılıçoğlu**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Tartışmalar- Örnekli Açıklamalar Formüller Tablolar- İlgili Yasa Metinleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 19; **Atamulu**, s. 168; **Midyat**, s. 19.

55 **Kılıçoğlu**, s. 19; **Atamulu**, s. 168; **Zeytin**, s. 50; **Atamulu**, s. 168 vd.

56 **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 223; **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 150; **Atamulu**, s. 167.

haklı bir sebep olup olmadığını her somut olaya göre değerlendirir. Ancak haklı sebep bulunduğu halde tarafların çıkarları gerektiriyorsa hâkim hakkaniyeti gözeterek mal ayrılığına geçiş talebini reddedebilir⁵⁷.

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında⁵⁸ haklı sebep olgusu şu şekilde değerlendirilmiştir:

“Dava, TMK’nın 206. maddesi gereğince açılmış taraflar arasındaki yasal edinilmiş mallara katılma rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüştürülmesi isteğine ilişkindir. Taraflar arasında görülen ve redle sonuçlanan boşanma davasında da davacı durumunda bulunan davacı, temyiz incelemesine konu olan davada, mahkeme kararıyla mal ayrılığı rejimine geçilmesini istemiş ise de, diğer eşin malvarlığının borca batık olması, ortaklıktaki payının haczedilmiş olması ve benzeri sebeplerden biriyle ortaklığın menfaatini tehlikeye düşürdüğünü kanıtlayamamıştır. Diğer yandan haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verebilir (TMK m. 206/I). Kanun, haklı sebebin varlığının kabul edileceği halleri 206. maddenin 2. fıkrasında göstermiştir. Bu maddede gösterilen haller somut olayda mevcut olmadığı gibi, şimdiki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesini haklı kılacak bir sebep de ortaya konulamamıştır. Eşlerin fiilen ayrı yaşıyor olmaları da tek başına mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi için yeterli değildir. O halde, mahkemece isteğin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmiş olması doğru olmamıştır.”

Başka bir Yargıtay kararında da eşinin maaş kartını elinde tutarak onun bilgisi dışında harcamalar yapan kocanın bu eylemlerini davanın kabulü için haklı sebep olarak kabul etmiştir:

“Tarafların uzun süreden beri ayrı yaşamaları, davacının maaşının yattığı banka kartını elinde bulunduran davalı kocanın harcamalardan davacı eşini haberdar etmemesi, ortak birikimleri ile satın alınan otomobilin davacının bilgisi dışında satılması ve davalının eşine danışmadan bir takım ekonomik kararlar almış olması dikkate alındığında davacının yasal edinilmiş mallara atılma rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesi talebinin kabulü yerindedir.”

57 Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 150

58 Yarg. 8. HD., E. 2010/1733, K. 2010/4713, 11.10.2010. Corpus. E.T. 23.04.2024.

Benzer içerikli Yargıtay kararlarında da aynı hususlara işaret edilerek ayrı yaşamının mal ayrılığına geçiş için tek başına haklı neden oluşturmadığı hükme bağlanmıştır⁵⁹.

TMK m.206/II’de haklı sebepler örnek kabilinden sıralanmıştır. Bu nedenle belirtilenler dışında başkaca haklı sebepler gerekçe gösterilerek de olağanüstü mal rejimine geçiş mümkündür. Kanun lafzında belirtilen “özellikle” ifadesinden bu sonuca ulaşılmaktadır⁶⁰.

Yargıtay bir kararında müşterek banka hesabını eşin bilgisi dışında şahsi hesabına aktaran, bu hususu eşinden gizleyen davalı eş aleyhine davanın kabulüne karar vermiştir⁶¹:

“Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verebilir. Dosya içeriğine, tarafların banka hesap hareketlerine, tapu kaydına göre davalı kocanın haber vermeden müşterek banka hesabındaki parayı çekerek kendi kişisel hesabına aktardığı, diğer yandan davacı kadının verdiği vekaletnameye dayanarak satılan Foça’da ki evin parasının davalı tarafından kendi hesabına yatırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda istemde bulunanın menfaatinin tehlikeye düşürülmesi, 4. bendinde de mal varlığı hakkında bilgi verilmesinden kaçınılması, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verilmesi için yeterli kabul edilerek davanın bu talep yönünden kabulüne karar verilmesi gerekir. Mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacak isteminde bulunulabilmesi için mal rejiminin sona ermesi zorunludur”.

Olağanüstü mal rejimine geçiş davasında haklı sebeplerin bulunup bulunmadığı hususu titizlikle incelenmelidir. Zira evlilik birliğinin

59 Yarg. 2. HD., E. 2021/8444, K. 2022/5622, 13.06.2022; Yarg. 8. HD., E. 2016/12480, K. 2018/2048, 13.02.2018. Corpus. E.T. 18.10.2024.

60 **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 219; Ahmet **Kılıçoğlu**, Katkı-Katılma Alacağı, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 101 (Kısaltma: Katkı-Katılma); Ahmet **Kılıçoğlu**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 37-38 (Kısaltma: Edinilmiş Mallar); Turgut **Akıntürk/Derya Ateş**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 21. Baskı, C. II, Beta Yayınevi, Ankara 2019, s. 150-151; Elif **Sonsuzoğlu**, Medeni Kanun’da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 26 vd; Abdulkirim **Yıldırım**, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 95 vd; Faruk **Acar**, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 146; **Atamulu**, s. 167-168; **Zeytin**, s. 66, 229; Mustafa Alper **Gümüş**, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 228.

61 Yarg. 8. HD., E. 2009/2363, K. 2009/3909, 14.07.2009, Corpus. E.T. 18.10.2024.

sürekliliğini sağlamak üzere tedbir mahiyetinde bir düzenleme olan bu hükmün uygulanması oldukça önemli sonuçlara yol açmaktadır⁶².

Kaynak İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art.185'e göre haklı sebep olarak ileri sürülen sebebin varlığı hâkim tarafından tespit edildikten sonra mal ayrılığına geçiş kararı verilmesi bir zorunluluk olup, hâkime bu anlamda bir takdir yetkisi verilmemiştir. Oysa TMK m. 206'da hâkim tarafların menfaatlerine ilişkin inceleme yapmak durumundadır⁶³.

Olağanüstü mal rejimine geçiş davasında haklı nedenin bulunduğunu ispat külfeti davacı taraftadır⁶⁴. Ancak hâkim, haklı sebebin varlığı hâlinde dahi eşlerin menfaati, somut olayın özellikleri ve hakkaniyetin gerekleri gibi hususları gözeterek mal ayrılığına geçiş talebini kabul etmeyebilir⁶⁵. Görüldüğü gibi somut olayda haklı sebebin bulunduğuna ilişkin takdir yetkisi hâkime bırakılmıştır⁶⁶.

Çalışmanın bu bölümünde, olağanüstü mal rejimine geçişte örnek kabilinden TMK m. 206'da sıralanan haklı sebepler incelenecektir.

a. Diğer Eşe Ait Malvarlığının Borca Batık veya Ortaklıktaki Payının Haczedilmiş Olması

Eşlerden birinin talebiyle olağanüstü mal rejimine geçiş için örnekseme yöntemiyle öngörülen haklı nedenlerin ilki TMK m. 206/II, b.1 hükmüdür. Buna göre, “*diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya*

62 Canan **Yılmaz**, Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 158-159; **Gümüş**, s. 230.

63 **Zeytin**, s. 64. Hükmün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınmasının “Kavram İçtihatçılığı” olarak eleştiren “Menfaat İçtihatçılığı” görüşünün savunucularına göre hükmün lafzı dikkate alınmalı; bununla birlikte hükmün bağlamı ve nihayet amacı gözetilerek sonuca varılmalıdır. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ali Cem **Budak**, “Kılı Kırk Yarma Makinası” Medeni Usul Hukukunda Kavram İçtihadı ve Menfaat İçtihadı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 5 vd; Rona **Serozan**, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 126; Kemal **Oğuzman**/Nami **Barlas**, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 28. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 111.

64 **Atamulu**, s. 170.

65 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 150,159.

66 Ali İhsan **Özğür**, Mal Rejimleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 31; Demet **Özdamar**/Ali Gümrah **Toker**/Ferhat **Kayış** /Burcu **Yağcıoğlu**/Aliye **Akgün Toker**, Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 9. Baskı, Ankara 2024, s. 32; **Akıntürk/Ateş**, s. 151; Şükran **Şıpka**/Ayça **Özdoğan**, Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2017, s. 24; **Öztan**, s. 424; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 225.

ortaklıktaki payının haczedilmiş olması⁶⁷ olağanüstü mal rejimine geçiş için haklı bir sebep oluşturur⁶⁸.

Eşin malvarlığının borca batık olması, aktif değerlerin pasif değerleri karşılayamaması anlamına gelir⁶⁹. Bu durumda diğer eş edinilmiş mallara katılma rejiminin, mal ortaklığı rejiminin ve paylaşımlı mal ortaklığı rejiminin mal ayrılığına dönüşmesi talebinde bulunabilir⁷⁰.

“Borca batıklık” durumu mal rejiminin türüne göre irdelenmesi gereken bir ölçüttür. Şayet eşler arasında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi yürürlükte ise kişisel mallar ve edinilmiş mallar olmak üzere iki malvarlığı grubundan söz konusudur. Ancak tasfiye davasında talep edilebilecek değer artış payı ve katılma alacağı kalemleri malvarlığının aktifinde yer almamaktadır⁷¹. Eşler arasında mal ortaklığı rejimi yürürlükte ise, eşlerin her biri kendi borçlarından kişisel malları ve ortaklık mallarının değerinin yarısı ile sorumludur (TMK m.269). Bu doğrultuda borca batıklıktan bahsedilebilmesi için ilgili eşin kişisel malları ile ortaklık mallarının yarısının toplamının mevcut borçlarını karşılayamıyor olması gerekmektedir⁷².

“Ortaklık payının haczedilmiş olması” ölçütü ise sadece mal ortaklığı rejimi için söz konusudur⁷³. Zira mal ortaklığı rejimi dışındaki rejimlerde ortaklık payından söz edilemez⁷⁴. Ortaklık malının yarısının eşlerden birinin borcu sebebiyle haczedilmiş olması madde kapsamında haklı neden teşkil etmektedir⁷⁵.

Borca batıklık hususunun tespiti aile mahkemesi hâkimi tarafından yapılır. İlgili eşin malvarlığının borca batık olduğunun kabulü için bu hususun resmi belge ile ispatlanması koşulu da aranmamaktadır. Ortaklık payının haczinde ise ortaklık malının yarısı üzerinde borçlu eşin

67 Bize göre anlatım bozukluğunun giderilmesi için ifade “Diğer eşin malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması” şeklinde olmalıydı.

68 **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 223.

69 **Midyat**, s. 19; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 223; **Zeytin**, s. 67.

70 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 151; Şükran **Şıpka**, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 1. Baskıdan Tıpkı Basım, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2011, s. 38 (Kısaltma: Uygulamaya İlişkin Sorunlar).

71 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 151; Mustafa **Kırmızı**, Açıklamalı İçtihatlı Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2018, s. 62; Yusuf **Uluç**, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 216.

72 **Uluç**, s. 216-217; **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 152.

73 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 152.

74 **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 224; **Atamulu**, s. 170 vd.

75 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 152; **Gümüş**, s. 230-231; **Şıpka**, Uygulamaya İlişkin Sorunlar, s. 38; **Zeytin**, s. 51.

alacaklıları tarafından haciz konulması gibi durumlarda diğer eşin, alacaklıyla ya da satış sonucunda malvarlığını iktisap edecek olan üçüncü bir kişiyle ortak olması kabilinden istenmeyen durumların önüne geçmek maksadıyla diğer eşe mal ayrılığına geçiş hakkı tanınmıştır⁷⁶. Ancak ortaklık payının haczedildiği durumlar için öngörülen haklı sebebin ortaya çıkması için borçlunun acze düşmesi gerekmektedir⁷⁷.

Borca batık olma koşulunun tespitinde 2004 sayılı İcra İflas Kanunu⁷⁸'nin hükümlerinden yararlanılabilir. Örneğin, ilgili eşin iflâsının talep edilmiş olması ya da İİK m. 127/II uyarınca eşin ödemelerinin tatil edilmiş olması malvarlığının borca batık olduğunun⁷⁹ göstergesi olarak kabul edilebilir⁸⁰. Haciz halinde ise borçlu eşin bu borç sebebiyle aciz haline düşmesi ya da borç miktarının borca batık olma durumuna yol açması şartı aranmaz. Kanun koyucu bu hükümle alacaklıların diğer eşin mallarına başvurmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır⁸¹.

b. Diğer Eşin, İstemde Bulunanın veya Ortaklığın Menfaatlerini Tehlikeye Düşürmüş Olması

Ailenin ekonomik temelinin tehlikeye atılmış olmasının olağanüstü mal rejimine geçişi talep için haklı bir sebep oluşturacağı TMK m. 206/II, b. 2'de düzenlenmiştir. Burada bilhassa talepte bulunan eşin beklenen hakkının ve evlilik birliğinin iktisadî kaynaklarının diğer eş tarafından tehlikeye düşürülmüş olması söz konusudur. Sözü edilen haklı sebebin ortaya çıkması için, talepte bulunan eşin ya da ortaklığın menfaatlerinin tehlikeye düşmesi ya da tehlikeye düşme tehdidinin ortaya çıkması yeterli olup cebri icraya başlanmış olması gerekmektedir⁸².

Kanun koyucu tehlike halinin varlığı için tehdidin cebri icra safhasına gelmiş olması şartını aramamış, tehlike veya tehdidin varlığını haklı sebebin kabulü için yeterli görmüştür. Bu sebeple eşin kusurlu olması şart

76 **Uluç**, s. 216; **Atamulu**, s. 161-162.

77 **Hayran**, s. 26 vd.

78 RG. 9/6/1932, S. 2128.

79 İflâsın istenmiş olması haklı sebebi (TMK m. 206/II, b.1), TMK m. 209'da "*Mal ortaklığını kabul etmiş olan eşlerden birinin iflâsına karar verildiği takdirde, ortaklık kendiliğinden mal ayrılığına dönüşür.*" şeklinde düzenlenen, eşin iflâsı halinde kanun gereği mal ayrılığı rejimine geçişten farklıdır. Şöyle ki, birinci halde (TMK m. 206/II, b.1) iflâsın talep edilmiş olması haklı sebep için yeterli olabilecek iken, ikinci halde (TMK m. 209) iflâs kararının kesinleşmiş olması gerekmektedir.

80 **Hayran**, s. 25.

81 **Uluç**, s. 216.

82 **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 225; **Hayran**, s. 26; **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 152; **Atamulu**, s. 171.

olmayıp, evlilik birliğinin ekonomik yönetimi konusunda başarılı olamama, öngörülebilecek durumlar için gerekli tedbirleri almama hâllerinde diğer eşin mal ayrılığına geçiş talep etme hakkı vardır⁸³.

Eşlerin ve ortaklığın menfaati soyut bir kavram olup her somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması ve mal ayrılığına geçiş tedbirinin tehlikeyi bertaraf edebilir nitelikte olduğuna kanaat getirilmesi gerekir⁸⁴. Ancak bazı hâller bu menfaatin tehlikeye atıldığı yönünde kuvvetli birer emare teşkil edebilir. Örneğin eşin kazancıyla orantısız şekilde fahiş harcamalar yapması, tasfiye sonunda diğer eşin artık değerini ortadan kaldıracak düzeyde masraflı bir hayat sürmesi, edinilmiş malları gereksiz yere tüketmesi, eşin kumar alışkanlığının olması, uygulamada karşılaşılan örnekler arasındadır⁸⁵.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden birinin diğer eşin mal rejimi tasfiyesi sonucu elde edeceği beklenen haklarını engellemek amacıyla malvarlığını üçüncü kişilere devretmesi de haklı sebep olarak kabul edilmektedir⁸⁶.

Diğer eş hakkında iflasın istenmesi ya da eşin malları üzerinde ailenin ekonomik yaşantısını sekteye uğratacak düzeyde haciz tatbik edilmesi de bu başlık altında haklı sebep olarak değerlendirilmektedir⁸⁷. Mal ortaklığı rejiminde ise ortaklık mallarının ilgili eş tarafından kötü yönetilmesi (örneğin eşlerden birinin kişisel borçları için ortaklık mallarının haczedilmesi) hâlinde ortaklık menfaatlerinin tehlikeye düştüğü kabul edilir. Haklı sebebin tespitinde diğer eşin kusurlu olup olmadığı dikkate alınmaz⁸⁸.

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında ilgili eşin babasına ait şirketin borçları için mallara haciz konulması, düzenli bir işte çalışmaması, borçlarını ödemekte acze düşmesi de haklı sebep olarak kabul edilmiştir⁸⁹.

83 **Zeytin**, s. 67; **Atamulu**, s. 171.

84 **Zeytin**, s. 67; **Gümüş**, s. 231.

85 **Zeytin**, s. 52; **Atamulu**, s. 171; **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 153.

86 **Acar**, s. 148.

87 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 152; **Zeytin**, s. 52; **Atamulu**, s. 172.

88 **Acar**, s. 148; **Zeytin**, s. 67; **Atamulu**, s. 171-172. Hâkim tarafından ortaklığın ya da davacı eşin menfaatine aykırı davranan eşin kusurunun daha fazla olup olmadığına göre karar verilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Şıpka**, Uygulamaya İlişkin Sorunlar, s. 39.

89 “...*Taraflar 09.07.2000 tarihinde evlenmişlerdir. 01.01.2002 tarihinden itibaren başka mal rejimi seçilmediğine göre taraflar arasında halen yasal edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir. Toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre davacının talebi eşler arasındaki yasal mal rejiminin TMK'nun 206. maddesine göre mal ayrılığına dönüştürülmesine ilişkindir. TMK'nun 206.maddesine göre haklı bir sebep*

Yüksek Mahkeme, benzer şekilde eşlerin banka hesap hareketleri ve tapu kayıtları üzerinde yapılan incelemeye göre davalı kocanın müşterek hesaptaki parayı davacı eşin bilgisi dışında kişisel hesabına aktarmasını, davacı kadının verdiği vekaletnameye dayanarak satılan evin parasını kişisel hesabına yatırmasını TMK m. 206/II, 2 bağlamında haklı sebep olarak değerlendirmiş⁹⁰; eşlerin ayrı yaşadığı bir uyumsuzlukta on ayrı icra takibinin borçlusu olan ve birçok bankaya borcu olan davalı eşin mal ortaklığının menfaatlerini tehlikeye düşürdüğüne hükmetmiştir⁹¹.

Diğer taraftan edinilmiş mallara katılma rejiminde paylı mülkiyete konu malvarlığı değeri üzerinde eşin tasarrufta bulunmasına diğer eşin rıza göstermemesi ya da evlilik birliğinde temsil yetkisini aşması mal ayrılığına geçiş için haklı sebep sayılmamaktadır⁹². Zira bu hâllerde TMK

varsa Hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir. Haklı sebebin varlığına ilişkin maddede beş bent halinde sebepler sayılmış ise de bu sebepler maddede yazılı olanlarla sınırlı değildir. Dava dilekçesi ekinde sunulan davalının evlilik birliği içindeki şirket ortaklığı sebebiyle malvarlığının haczedildiğine dair icra takip belgeleri ve dosya kapsamından davalının ortaklığın menfaatini tehlikeye düşürdüğü de gözetildiğinde TMK'nun 206.maddedeki 2 ve 3.benlerde yazılı sebeplerin somut olayda gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle Mahkemece taraflar arasında geçerli yasal mal rejiminin "mal ayrılığı" rejimine dönüştürme isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi doğru görülmüştür..." Yarg. 8. HD., E. 2013/11089, K. 2014/7833, 22.04.2014. Corpus. E.T. 18.10.2024.

90 "...Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verebilir. Dosya içeriğine, tarafların banka hesap hareketlerine, tapu kaydına göre davalı kocanın haber vermeden müşterek banka hesabındaki parayı çekerek kendi kişisel hesabına aktardığı, diğer yandan davacı kadının verdiği vekaletnameye dayanarak satılan Foça'da ki evin parasının davalı tarafından kendi hesabına yatırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda istemde bulunanın menfaatinin tehlikeye düşürülmesi, 4. bendinde de mal varlığı hakkında bilgi verilmesinden kaçınılması, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verilmesi için yeterli kabul edilerek davanın bu talep yönünden kabulüne karar verilmesi gerekir. Mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacak isteminde bulunulabilmesi için mal rejiminin sona ermesi zorunludur..." Yarg. 8. HD., E. 2009/2363, K. 2009/3909, 14.07.2009. Corpus. E.T. 18.10.2024.

91 "... ile ... aralarındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesi davasının kabulüne dair ... 2. Aile Mahkemesi'nden verilen 24.05.2012 gün ve 600/427 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davalı tarafından süresinde istenilmiş olmakla...Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller Mahkemece takdir edilerek karar verildiğine ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddi ile Usul ve Kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA..." Yarg. 8. HD., E. 2012/9618, K. 2013/4115. 21.03.2013. Corpus. E.T. 18.10.2024.

92 **Gümüş**, s. 231; **Acar**, s. 148.

m.190⁹³ hükmü uyarınca öngörülen tedbir daha orantılı bir çözüm olarak benimsenmektedir⁹⁴. Benzer şekilde diğer eşin menfaatini tehlikeye düşüren eşin tasarruf yetkisinin TMK m. 199/1⁹⁵ uyarınca sınırlandırılmasının amaçlanan korumayı sağladığı durumlarda olağanüstü mal rejimine geçiş talebi kabul edilmemektedir⁹⁶. Bilindiği gibi TMK m.199 hükmü evlilik birliğinin korunması amacıyla ihdas edilmiş genel nitelikli bir hüküm olup gerek evlilik birliği fiilen devam ederken, gerek ayrılık ya da boşanma davası sırasında başvurulabilen bir tedbir niteliğindedir⁹⁷.

c. Diğer Eşin, Ortaklığın Malları Üzerinde Bir Tasarruf İşleminin Yapılması İçin Gereken Rızasını Haklı Bir Sebep Olmadan Esirgemesi

TMK m. 206/II, b. 3'te düzenlenen bu haklı sebebin eşler arasında mal ortaklığı rejiminin yürürlükte olduğu durumlar için geçerli olduğu "Ortaklık malları" ifadesinden anlaşılmaktadır⁹⁸. Bu şart teknik olarak mal ortaklığı rejimine özgüdür⁹⁹.

Mal ortaklığı rejiminde eşlerin ortaklık malları üzerindeki yönetim ve tasarruf yetkileri TMK m. 262 - 266'da düzenlenmiştir. Buna göre eşler, ortaklık mallarını evlilik birliğinin yararına uygun olarak yönetirler¹⁰⁰. Olağan yönetim sınırları içinde her eş, ortaklığı yükümlülük altına sokabilir ve ortak mallarda tasarrufta bulunabilir (TMK m. 262). Hüküm, eşlerin eşitliği ilkesinin ortaklık malları üzerindeki yönetim ve tasarruf hakkının doğal bir uzantısıdır¹⁰¹.

93 "Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması

TMK Madde 190- Eşlerden biri birliği temsil yetkisini aşar veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalırsa hâkim, diğer eşin istemi üzerine temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlayabilir. İstemde bulunan eş, temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını, üçüncü kişilere sadece kişisel duyuru yoluyla bildirebilir. Temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlandırılmasının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sonuç doğurması, durumun hâkimin kararıyla ilân edilmesine bağlıdır."

94 **Gümüş**, s. 231; **Acar**, s. 148.

95 "Tasarruf yetkisinin sınırlandırılması

TMK Madde 199 - Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir."

96 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 152-153.

97 **Özdoğan/Uyanık**, s. 31.

98 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 154; **Uluç**, s. 227.

99 **Atamulu**, s. 172-173.

100 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 154; **Zeytin**, s. 53; **Atamulu**, s. 172.

101 **Atamulu**, s. 172.

Mal ortaklığı rejiminde olağan yönetim dışında kalan konularda esas olan eşlerin, ancak birlikte veya diğerinin rızasını almak suretiyle ortaklığı yükümlülük altına sokabilmesi veya mallarda tasarrufta bulunabilmesidir. Rızanın bulunmadığını bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan üçüncü kişiler için bu rıza var sayılır¹⁰².

Eşlerden biri haklı sebep olmaksızın, yapılan yönetim veya tasarruf işlemine gereken rızayı vermezse işlemi gerçekleştiren eş TMK m. 206/II, b.4 hükmü gereği mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesini talep edebilir¹⁰³. Fakat eşlerden birinin diğerinin rızasıyla ortaklık mallarını kullanarak tek başına bir meslek veya sanat icra ettiği durumlarda, bu meslek veya sanata ilişkin bütün hukukî işlemleri tek başına yapması ayrıca rızaya gerek olmaksızın mümkündür¹⁰⁴ (TMK m. 264).

Mal ortaklığı rejiminde paylı mülkiyete konu bir mal söz konusu olduğunda, bu mal üzerinde yapılacak işlemlere rıza gösterilmemesi durumunda TMK m. 206/II, b. 3 hükmüne değil, eşya hukukuna ilişkin olan paylı mülkiyet düzenlemelerine (TMK m. 688 vd.) dayanılmalıdır¹⁰⁵. Çünkü paylı mülkiyete konu şey üzerindeki işlemlere rıza gösterilmemesi aile birliğine ve mal rejimlerine özgü bir durum değildir¹⁰⁶. Kaldı ki paylı mülkiyette eşlerin payları belirli olup diğer eşin bu konuda tasarrufa zorlama yetkisi bulunmamaktadır. Benzer şekilde aile konutunun devrine ilişkin tasarruf işlemlerinde de tapuda malik görünen eşin rıza göstermemesi TMK m. 206 uyarınca haklı sebep teşkil etmemektedir. TMK m. 194/II uyarınca bu hususta aile mahkemesine başvurma imkânı bulunduğundan bu gerekçeyle mal ayrılığına geçiş talebinde bulunulamaz¹⁰⁷.

Mal ortaklığı rejiminde ortaklığın menfaatine olan bir işin yapılmasına haklı bir sebep olmaksızın rıza göstermeyen eşin, birliğe zarar vermekte veya birliği zarara uğrama tehdidi altında bırakmakta olduğu varsayılarak bu şartlarda diğer eşe, ortaklık mallarının zarara uğramasının önüne

102 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 154; **Zeytin**, s. 53; **Atamulu**, s. 173 d.

103 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 154; **Gümüş**, s. 231; **Şıpka**, s. 41.

104 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 154; **Atamulu**, s. 173.

105 TMK m. 690 hükmü ile paylı mülkiyette yönetim ve tasarruf konusunda olağan işleri düzenlemişken; m. 691 ile önemli yönetim işleri, 692. madde ile olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflar düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için Bkz. M. Kemal **Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 25. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023, s. 350 vd; Jale **Akipek/Turgut Akantürk**, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 412; Lale **Sirmen**, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 331.

106 **Zeytin**, s. 53; **Atamulu**, s. 173.

107 **Gümüş**, s. 232; **Şıpka**, s. 41.

geçmek için hâkimden mal ayrılığına geçişi talep etme imkânı getirilmiştir¹⁰⁸.

d. Diğer Eşin, İstemde Bulunan Eşe Malvarlığı, Geliri, Borçları veya Ortaklık Malları Hakkında Bilgi Vermekten Kaçınması

İsviçre Medenî Kanunu'nun 170. maddesine göre (ZGB Art. 170), eşlerden her biri mal rejimi devam ederken; diğerinden geliri, malvarlığı değerleri ve borçları hakkında bilgi talep edebilir. Eşin bu talebi karşılamaması hâlinde, talep üzerine hâkim ilgili eşi ya da duruma göre bir üçüncü kişiyi bu bilgi ve belgeleri sunmakla yükümlü tutabilir¹⁰⁹. Ancak İsviçre Medenî Kanunu'nda yer alan bu hüküm Türk Medenî Kanunu'na alınmamıştır. TMK m. 206 uyarınca bir eşin diğerine bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, diğer eşin mahkemeye başvurarak haklı nedenle mal ayrılığına geçilmesini talep etme hakkı bulursa da¹¹⁰, tasfiye sırasında malvarlığı hakkında bilgi vermekten kaçınan eşe karşı nasıl bir yaptırım uygulanacağı hususu cevapsızdır. Türk Medenî Kanunu'nda bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesinden kaçınılmasının tek sonucu, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesini mahkemeden talep hakkının doğmasıdır. Başka bir deyişle, bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, diğer eşin mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesini mahkemeden talep etmesi dışında ilgili eşi veya üçüncü kişileri, tasfiye için gerekli bilgi ve belgeleri vermeye zorlayacak hukukî bir mekanizma bulunmamaktadır¹¹¹.

Kanun'da evlilik birliğinin gereği olarak eşlerin birbirlerine bilgi verme yükümlülüğünün bulunduğu varsayılarak bu hususta ayrıca somut bir düzenleme yapılmamıştır. TMK m. 206/II, b. 4'te bilgi vermemenin hukukî bir yaptırıma bağlanmış olmasından yola çıkarak böyle bir yükümlülüğün var olduğunu kabul eden görüşler mevcuttur¹¹². Ancak bu yükümlülük sadece mal rejimlerine özgüdür ve yaptırımı sadece mal ayrılığına geçiş talebiyle sınırlıdır¹¹³. Bu nedenle evlilik birliğinde eşler

108 Acar, s. 149; Zeytin, s. 54.

109 Gümüş, s. 233; Zeytin, s. 54; Acar, s. 149; Özüğür, s. 33; Şıpka, s. 42.

110 Zeytin, s. 69, 91.

111 Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 155; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 325; Murat Uyumaz, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat ve Envanter", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 3-4, 2017, s. 136.

112 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 224; Atamulu, s. 174; Öztan, s. 427; Zeytin, s. 69, 91; Uçar, s. 329.

113 Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2016, s. 325; Ömer Uğur Gençcan, Olağanüstü Mal Rejimi ve Artık Değer, Uygulamalı Aile Hukuku

arasında bilgi verme yükümlülüğünün düzenlenmemiş olmasının bir boşluk olmadığı, İsviçre’de böyle bir düzenleme olmasına rağmen kanun koyucunun iktibas sırasında bu hükmü dışarıda bırakmış olmasının bilinçli bir tercih olduğu ileri sürülmüştür¹¹⁴. TMK m.186/II uyarınca eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar. Bilgi verme yükümlülüğünün bulunmadığının kabulü, bu katkının hesaplanmasına, dolayısıyla belirtilen kanun hükmünün uygulanmasına engel teşkil edecektir¹¹⁵. Aynı şekilde TMK m. 196 uyarınca da yapılacak parasal katkının belirlenmesinde eşlerin birbirlerine bilgi vermiş olmaları gerekir¹¹⁶.

Başka bir görüş, eşlerin malvarlığı değerleri konusunda birbirlerine bilgi verme yükümlülüğü altında bulunduğunu TMK m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralına atıfla kabul etmektedir¹¹⁷.

Kanaatimizce, bu hususta kanundaki en önemli eksiklik, eşler arasında malvarlığı yönetimine ilişkin bilgi paylaşımını eşler açısından bir yükümlülük olarak açıkça düzenleyen bir hükmün bulunmamasıdır. Bu yöndeki tedbir hükümlerinin ihtiyaca ne ölçüde cevap verdiği de cevapsızdır. Zira, evlilik birliği içinde bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen eş aleyhine mahkeme hâkiminin müdahalesini talep etme (TMK m. 194, m. 195) ve tasarruf yetkisinin sınırlanmasını (TMK m. 199) isteme gibi yasal imkânlar bulunmakta ise de, bu hükümlerin uygulama sorunları nedeniyle etkili araçlarla uygulanmadığını düşünmekteyiz. Öte yandan, mal rejimlerini düzenleyen kanun hükümlerinin evliliğin ekonomik hususlarına ilişkin olduğu düşünüldüğünde, her ne kadar kanun

Sertifika Programı III. Dönem, (Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka/Barış Özbilen/Ebru Şensöz), İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 84 vd.

114 **Atamulu**, s. 174.

115 **Gümüş**, s. 232; **Şıpka**, s. 42.

116 **Şıpka**, s. 42.

117 “Eşler arasında evlilik ilişkisinde iyi niyetin varlığı esastır. Ancak eşe gelir ve borçları hakkında bilgi vermeyen eşin bu bilgileri vermesi sağlanmalı ve talepte bulunan eşe mal ayrılığına geçiş hususunda dayatma yapılmamalıdır. Gerekli bilgileri alamayan eş hâkime başvurarak bu bilgilerin alınmasını talep edebilmeli ve sorun bu yolla çözümlenmelidir. Malvarlığı, ortaklık malları, gelir ve borçları hakkında bilgi vermeyen eşin mal kaçırma ihtimali mevcut olabilir. Dolayısıyla bilgi alamayan eşin diğer eşten bilgi alma olanağı sağlanması gerekirken mal ayrılığına geçişi talep edebileceği noktasında düzenlemenin yapılmış olması eş açısından mağduriyete sebep olabilecektir. Kanun koyucu aile kurumunun amacına ve niteliğine uygun olmayan olağanüstü mal ayrılığına geçişi kolaylaştırmamalı ve buna yönlendiren hükümlere yer vermemelidir”. Detaylı bilgi için bkz. Nurten **Yetik**, Boşanma Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, 3. Baskı, Bilge Kitabevi, Ankara 2008, s. 110.

koyucunun eşler arası ilişki ritüellerini şekli yükümlülüklerle boğmak istemediği düşünülse de, bir yandan eşlerin bilgi verme yükümlülüğü her evliliğin kendi ritmine bırakılmışken, aynı kanunda bu yükümlülüğün olağanüstü mal rejimine geçiş için bir haklı neden olarak düzenlenmesi çelişki oluşturmaktadır. Kanunun bütünlüğü açısından bu yükümlülüğün yasal yaptırıma bağlanması gerektiği kanısındayız¹¹⁸.

Bilgi verme yükümlülüğünün yanında TMK m. 216/I'e göre eşlerden her biri, diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmî senetle yapılmasını isteyebilir. Bu hükümlerle bilgi vermektan kaçınma ihtimali bulunan eşe, resmî senetle malları hakkında bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılan envanterin aksi ispatlanmış olmadıkça doğru olacağı kabul edilmiştir (TMK m. 216/II). Bu hükme göre, envanter düzenlenmesine rıza göstermeyen eşin de TMK m. 206/II, b. 4 anlamında bilgi vermektan kaçındığından söz edilebilir¹¹⁹.

Eşlerden biri malvarlığını gizliyorsa, kendisine bilgi verilmesi talebi yöneltilmemiş olsa dahi TMK m. 206/II, b.4 bağlamında haklı sebebin bulunduğu kabul edilmelidir¹²⁰. Çünkü evlilik birliği içinde bilhassa malvarlıkları hususunda gizlilik olmaması beklenir. Bu bilgilerin gizlenmesi, güven ortamına zarar vereceği gibi aile içi çatışmaların ortaya çıkmasına da mahal verir¹²¹. Belirtilen düzenleme, kazançların gizlenmesinin yanı sıra borçların ve giderlerin gizlenmesi için de uygulama alanı bulmaktadır¹²².

Bilgi isteme hakkı amacının dışında kullanılmış veya olağanüstü mal rejimine geçiş talebiyle TMK m. 206/II, b.4 anlamında açılmış bir davada karar verilmeden diğer eş bilgi vermişse mal ayrılığı rejimine geçiş karar verilmemelidir¹²³. Zira bu durumda mal ayrılığına geçişi gerektiren haklı sebebin ortadan kalktığı kabul edilmektedir.

Eşin malvarlığı, geliri ve borçları hakkında bilgi vermektan kaçınması bütün mal rejimlerinden (olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığı dışındaki diğer mal rejimleri) olağanüstü mal rejimine geçiş talebi için haklı bir

118 Detaylı bilgi için bkz. Mehtap **Şahin Altıntaş**, Hukukî, Psikolojik, Sosyolojik Boyutlarıyla Yasal Mal Rejimi ve Toplumsal Cinsiyet, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 210.

119 **Özüğür**, s. 32-33; **Zeytin**, s. 55; **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 155; **Şıpka**, s. 42.

120 **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 224; **Zeytin**, s. 55.

121 Mehtap **Şahin Altıntaş**, Yasal Mal Rejiminde Eşin Katılma Alacağını Azaltmak Kastıyla Yapılan Devirler, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 150.

122 **Hayran**, s. 27.

123 **Hegnauer/Breitschmid** Nr. 24. 11. (Aktaran: **Zeytin**, s. 53)

sebepe sayılmaktadır¹²⁴. Madde metninde geçen “Ortaklık Malları” ifadesinden mal ortaklığı rejimine özgü ortaklık malları anlaşılmaktadır. Eşlerden birinin olağan yönetim sınırları içinde ortaklık malları üzerinde tek başına tasarrufta bulunması (TMK m. 262/II), olağanüstü yönetim işlerinde diğerinin rızasını olmaksızın tasarrufta bulunması (TMK m. 263/I), ortaklık mallarını kullanarak tek başına icra ettiği meslek veya sanata ilişkin hukukî işlemler yapması (TMK m. 264/I) hâlinde diğer eş ortaklık malları hakkında bilgi sahibi olma imkânından yoksun kalabilir. Bu durumda bilgi talep eden eşe bu bilginin verilmemesi de TMK m. 206/II, b. 4 anlamında bir haklı sebep teşkil eder¹²⁵.

ZGB Art.170 hükmünün Türk Medenî Kanunu’na alınmaması, kanun koyucunun varsayılan iradesinden yola çıkarak, eşlerin iddialarında ispat yükünün genel hükümlere göre belirlenmesi gerektiği yönünde yorumlanabilir. Bu kabule göre, eşlerin malvarlığı değerlerinin varlığına, miktarına, edinilmiş mal ya da kişisel mal olup olmadığı gibi ihtilafli hususlarda ispat yükü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹²⁶ m. 190¹²⁷, a göre belirlenir¹²⁸. Dolayısıyla, eşlerin malvarlıklarının var olup olmadığının tespitinde ispat yükü, malvarlığının mevcudiyetinin ispatında kendi lehine hak çıkararak kişidedir.

Yargıtay, davacının maaş ödemesinin yapıldığı banka kartını elinde bulunduran davalı koca tarafından harcamalarla ilgili olarak davacı eşin bilgilendirilmemesini, ortak birikimlerle alınan otomobilin davacının haberi olmaksızın satılmasını ve eşle müzakere edilmeksizin ekonomik kararlar alınmasını TMK m.206/II, b. 4 kapsamında haklı sebep saymıştır¹²⁹.

e. Diğer Eşin Sürekli Olarak Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olması

TMK m. 125 uyarınca ayırt etme gücüne sahip olmayanlar fiil ehliyetinden kesin olarak yoksun oldukları gibi, bu kişilerin evlenme

124 **Makas**, s. 7 vd; **Midyat**, s. 21; **Akçin/Meral/Beyaz**, s. 56; **Atamulu**, s. 174.

125 **Uyumaz**, s. 136.

126 RG. 4/2/2011, S. 27836.

127 “İspat yükü

HMK Madde 190- (1) İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir. (2) Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakiya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir.”

128 **Uyumaz**, s. 136.

129 Yarg. 8. HD., E. 2009/1347, K. 2009/2613, 26.05.2009. Corpus. E.T. 19.10.2024.

ehliyeti de bulunmamaktadır¹³⁰. Fiil ehliyetinden yoksun olan bir kişi her nasılsa evlenmişse, bu evlilik TMK m. 145/II uyarınca mutlak butlanla bâttır. Ancak TMK m. 156, c. hükmüne göre bu evlilik iptal edilene kadar geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur¹³¹. Nisbi butlan durumunda ise dava açma hakkı sadece ayırt etme gücünü sonradan kazanan veya iradesi sakatlanan eş veya rızası alınmayan yasal temsilciye tanınmıştır¹³². Bu süreçte eşler arasındaki mal rejimi de hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam etmektedir. Bununla beraber, TMK m. 206, b.5 hükmü ile kanun koyucu diğer eşin iradesine öncelik tanıyarak, her şeye rağmen evliliğini sürdürmeyi arzulayan eşe mevcut mal rejimini sürdürme imkânını getirmiştir¹³³.

TMK m. 165 uyarınca eşlerden birinin ayırt etme gücünden yoksun olması diğer eşin boşanma davası açması için haklı neden oluşturur. Ancak dava açılmamış ya da açılmış olan dava “ortak hayatın çekilmez hale gelmediği” gerekçesiyle reddedilmişse, evlilik birliğine bağlı olarak eşler arasındaki mal rejimi de devam eder¹³⁴. Bu durumda ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olan eşe yasal temsilci atanır ve hukukî işlemler temsilci tarafından gerçekleştirilir. Ancak bu durumda açısından

130 **Oğuzman/Barlas**, s. 193; Mustafa **Dural/Tufan Öğüz**, *Kişiler Hukuku - II (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 57, 69, 74; Abdülkerim **Yıldırım**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 14. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara 2023, s. 153.*

131 Ali Cem **Budak/Varol Karaaslan**, *Medenî Usul Hukuku*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023, s. 154; **Oğuzman/Barlas**, s. 213; Şahin **Akıncı**, *Borçlar Hukuku Bilgisi, Genişletilmiş 13. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2022, s. 192.* Diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli yoksun olması nedeniyle olağanüstü mal rejimine geçiş davasının açıldığı durumlarda hâkim evliliğin mutlak butlanla geçersiz olup olmadığını re’sen inceleyemez ancak cumhuriyet savcısına ihbarda bulunmalıdır. Daha fazlası için bkz. **Atamulu**, s. 176-177.

132 Ömer Uğur **Gençcan**, *Evlenme Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 580 vd; Mehmet **Erdem**, *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 85; **Dural** vd., s. 95.

133 **Zeytin**, s. 54.

134 Emre **Aydoğdu**, *Türk Aile Hukukunda Mal Ayrılığı Rejimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2016, s. 20.*

ilave olarak TMK m. 462¹³⁵ ile m. 463¹³⁶ uyarınca bazı hukukî işlemler vesayet ve denetim makamlarının da izni gerekebilir. Ayırt etme gücünü sürekli olarak yitiren eşe diğer eşin temsilci olarak atandığı durumlarda eşler arasında menfaat çatışmasının ortaya çıkması hâlinde kayyım atanması da gündeme gelebilir¹³⁷.

TMK m. 206/II, b. 5 hükmü ayırt etme gücünü sürekli olarak yitiren eşin, doğal olarak evlilik birliğine ekonomik anlamda katkı sunamayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Bu durumda onu bu prosedürlerden uzak tutmak ve aynı zamanda diğer eşi de olası istenmeyen durumlardan korumak amacıyla¹³⁸ diğer eşe olağanüstü mal rejimine geçiş davası

135 “TMK Madde 462 - Aşağıdaki hallerde vesayet makamının izni gereklidir:

1. Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynı hak kurulması,
2. Olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehnedilmesi,
3. Olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işleri,
4. Ödünç verme ve alma,
5. Kambiyo taahhüdü altına girme,
6. Bir yıl veya daha uzun süreli ürün ve üç yıl veya daha uzun süreli taşınmaz kirası sözleşmeleri yapılması,
7. Vesayet altındaki kişinin bir sanat veya meslekle uğraşması,
8. Acele hallerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması,
9. Mal rejimi sözleşmeleri, mirasın paylaşılması ve miras payının devri sözleşmeleri yapılması,
10. Borç ödemededen aciz beyanı,
11. Vesayet altındaki kişi hakkında hayat sigortası yapılması,
12. Çıraklık sözleşmesi yapılması,
13. Vesayet altındaki kişinin bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna yerleştirilmesi,
14. Vesayet altındaki kişinin yerleşim yerinin değiştirilmesi.”

136 “TMK Madde 463 - Aşağıdaki hallerde vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni gereklidir:

1. Vesayet altındaki kişinin evlat edinmesi veya evlat edinilmesi,
2. Vesayet altındaki kişinin vatandaşlığa girmesi veya çıkması,
3. Bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması,
4. Ömür boyu aylık veya gelir bağlama veya ölünceye kadar bakma sözleşmeleri yapılması,
5. Mirasın kabulü, reddi veya miras sözleşmesi yapılması,
6. Küçüğün ergin kılınması
7. Vesayet altındaki kişi ile vasi arasında sözleşme yapılması.”

137 **Aydoğdu**, s. 21; **Atamulu**, s. 176-177.

138 **Zeytin**, s. 54; **Gümüş**, s. 232-233; **Acar**, s. 149-150; **Uluç**, s. 229.

açma hakkı tanınmıştır¹³⁹. Bununla birlikte ayırt etme gücünden sürekli yoksun olan eşin mal rejimi sözleşmesi yapma ehliyeti de bulunmadığından, diğer eşin bu yönüyle mağdur olma ihtimalini ortadan kaldırmak üzere kanun koyucu TMK m. 206'da düzenlenen bu haklı sebeple mal rejiminin değiştirilmesinin önünü açmıştır¹⁴⁰.

TMK m. 206 hükmünün son cümlesinden eşlerden birinin ayırt etme gücünden sürekli yoksun olması durumunda onun kanuni temsilcisine de bu sebeple (ve sadece bu sebeple sınırlı olmak üzere) mal ayrılığına geçiş davası açma imkânının tanındığı anlaşılmaktadır¹⁴¹. Kural, mal rejimi sözleşmesi yapma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasıdır (TMK m. 16/I; 204/I). Ancak belirtilen maddede bu kurala istisna getirilerek ayırt etme gücünden sürekli yoksun bulunan eşin kanuni temsilcisine de bu yönde bir hak verilmiştir. Kanun koyucunun bu düzenleme ile ayırt etme gücünü sürekli olarak yitiren eşin olası mağduriyetlerden korunmasını amaçladığı düşünülmektedir. Bununla birlikte istisnai bir durum olsa da, eşlerden her ikisinin de ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması hâlinde olağanüstü mal rejimine geçişi talep etme yetkisinin kanunî temsilcilere ait olacağı ve davanın da temsilciler tarafından takip edileceği anılan düzenlemeden çıkan bir sonuçtur¹⁴². Son durum TMK m.206/I ya da m.206/II, b.2 gereğince haklı sebep kapsamında da değerlendirilebilir.¹⁴³

3. Diğer Eşin Davayı Kabul Etmesi

Eşlerden birinin haklı sebebinin olduğunu düşünerek mal ayrılığına geçiş davasını açmasına karşılık diğer eşin de davayı kabul etmesi halinde davanın ne yönde şekil alacağı hususuna Yargıtay içtihatları aracılığıyla yorum getirmek mümkündür. Bir ilk derece mahkemesi kararında TMK 206. maddesinin uygulanabilmesi için eşler arasında bir çekişme olması gerektiği, tarafların her zaman mal rejimi sözleşmesiyle mal ayrılığını seçebilme olanaklarının bulunduğu, taraflar arasında çekişme bulunmadığı takdirde davanın açılmasında hukukî yararın da bulunmadığı

139 Muzaffer Şeker, Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıtay Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 219.

140 Aydoğdu, s. 21.

141 Akçin/Meral/Beyaz, s. 56; Midyat, s. 21; Makas, s. 7; Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 158.

142 Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 158. Bu durumda vesayet makamının izninin gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Zeytin, s. 54; Zafer Ergün, Boşanma Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 1552.

143 Gümüş, s. 232-233; Acar, s. 150.

gerekçeleriyle red kararı verilmiştir. Anılan davada Yargıtay, TMK 206. maddesinde yazılı koşulların oluştuğu ve davalının davayı kabul etmesinin davacı aleyhine değerlendirilemeyeceğinden bahisle verilen kararı bozmuştur¹⁴⁴. Buna göre;

“TMK’nın 208. maddesine göre her zaman tarafların mal rejimi sözleşmesi yapabilecekleri gerekçe gösterilmiş ise de TMK’nın 206. maddesinde yazılı koşulların oluşması durumunda davalının yargılamanın devamı sırasında davayı kabul etmesi davacı aleyhine değerlendirilemez. Diğer yandan TMK’nın 225. maddesine göre “mal ayrılığına geçilmesi” ve “başka mal rejimine geçilmesi” mal rejiminin sona erdiren ayrı sebepler olarak düzenlemiş olup, TMK’nın 206. maddesine göre mal ayrılığına geçilmesi halinde taraflar arasındaki mal rejimi dava tarihi itibarıyla, mal rejimi sözleşmesi ile başka mal rejiminin seçilmesi halinde ise noterde mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı tarih itibarıyla sona ereceğinden, Mahkemece mal ayrılığı rejimine geçilmesine karar verilmesinde davacının hukuki yararının varlığı da açıktır. Mahkemece, davacının hukuki yararı olduğu göz ardı edilerek TMK’nın 208. madde gereği her zaman mal rejimi sözleşmesi yapabileceklerinin gerekçe yapılması ve davacının seçimlik hakkının elinden alınarak, aleyhine hukuki sonuç doğuracak şekilde hüküm kurulmuş olması da doğru değildir... ”

Bir başka Yargıtay kararında da *“TMK’nın 208. maddesine göre her zaman tarafların mal rejimi sözleşmesi yapabilecekleri gerekçe gösterilmiş ise de TMK’nın 206. maddesinde yazılı koşulların oluşması durumunda davalının yargılamanın devamı sırasında davayı kabul etmesi davacı aleyhine değerlendirilemez. Diğer yandan TMK’nın 225. maddesine göre ‘mal ayrılığına geçilmesi’ ve ‘başka mal rejimine geçilmesi’ mal rejiminin sona erdiren ayrı sebepler olarak düzenlemiş olup, TMK’nın 206. maddesine göre mal ayrılığına geçilmesi halinde taraflar arasındaki mal rejimi dava tarihi itibarıyla, mal rejimi sözleşmesi ile başka mal rejiminin seçilmesi halinde ise noterde mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı tarih itibarıyla sona ereceğinden, mahkemece mal ayrılığı rejimine geçilmesine karar verilmesinde davacının hukuki yararının varlığı da açıktır. Mahkemece, davacının hukuki yararı olduğu göz ardı edilerek TMK’nın 208. madde gereği her zaman mal rejimi sözleşmesi yapabileceklerinin gerekçe yapılması ve davacının seçimlik hakkının elinden alınarak, aleyhine hukukî sonuç doğuracak şekilde*

144 Yarg. 8. HD., E. 2013/11089, K. 2014/7833, 22.04.2014. Corpus. E.T. 18.10.2024.

hüküm kurulmuş olması da doğru değildir” denilerek aynı gerekçelerle yerel mahkeme kararı bozulmuştur¹⁴⁵.

Kanaatimizce, eşler evlilik birliğinin devamı süresince seçimlik mal rejimlerinden dilediklerini seçebileceği gibi, mevcut mal rejimlerini kanundaki sınırlamalara tabi olarak değiştirebilirler. Bununla birlikte eşler mahkemeye başvurularak haklı sebeplere dayanarak mal ayrılığına geçiş de talep edilebilmektedir. TMK m. 206 hükmü daha ziyade “Mal Ortaklığı Rejimine” yönelik bir düzenleme olmakla birlikte, haklı sebeplerin bulunması kaydıyla diğer mal rejimlerinde de uygulama alanı bulmaktadır. Bu bağlamda diğer eşle anlaşmak suretiyle bir mal rejimi seçiminde bulunmayan/bulunamayan davacının devletin yaptırım gücü üzerinden TMK m. 206 güvencesine başvurma olanağı bulunmaktadır. Diğer taraftan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun¹⁴⁶ 308. maddesi uyarınca tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği uyuşmazlıklarda, davalının davayı kabul etme imkanı mevcuttur. TMK m. 206 bağlamında, usul kurallarına ve dürüstlük ilkesine uygun olmak kaydıyla davalı eşin davayı kabul etmesi ya da tarafların mal rejimi sözleşmesi tanzim etme imkanlarının bulunması, davacının hukuki yararının bulunmadığı yönünde değerlendirilemez. Somut durumda mahkemece değerlendirilecek husus, haklı sebeplerin bulunup bulunmadığı noktasında düğümlenmekte olup, hak arama özgürlüğünün bir gereği olarak açılan mal ayrılığına geçiş davasında kanunda olmayan gerekçelerle davanın reddi yönünde ortaya çıkan uygulamanın isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

4. Mahkemenin Olağanüstü Mal Rejimine Geçişini Kabul Etmesi

Haklı sebeplerin mevcudiyeti durumunda hâkim, eşlerden birinin talebi üzerine kanun maddesinde sayılan mevcut hallerden birinin ya da benzer bir hâlin ortaya çıkması sonucunda eşler arasında mal ayrılığı rejimine geçiş kararı verebilir. TMK m. 207 uyarınca yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Bu hususta boşanma ve ayrılığa ilişkin tesis edilen iki yetkili mahkemeden yalnızca biri yetkili kılınarak ayrı bir yetki kuralı öngörülmüştür¹⁴⁷. Mal ayrılığına geçiş talebinde görevli mahkeme ise 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun¹⁴⁸, un 4. Maddesi uyarınca Aile Mahkemeleridir.

145 Yarg. 8. HD., E. 2013/11089, K. 2014/7833, 22.04.2014. Corpus. E.T. 18.10.2024.

146 RG. 4/2/2011, S. 27836.

147 Zeytin, s. 59; Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, s. 141; Şıpka, s. 45.

148 RG. 18/1/2003, S. 24997.

Hâkimin olağanüstü mal rejimine geçiş talebinin kabulüne yönelik kararı yenilik doğuran bir karardır¹⁴⁹. Olağanüstü mal rejimine geçiş davasında verilen karar da istisnai nitelikte olup geçmişe etkilidir¹⁵⁰. Zira eşlerden birinin rejim kurallarına göre elde edeceği menfaatlerin zedelenmesi söz konusu olabileceğinden olağanüstü mal rejimine geçiş davası sonucunda davanın kabulü yönünde verilen kararın kesinleşmesiyle eşler arasındaki mevcut mal rejimi mal ayrılığı rejimine dönüşür¹⁵¹.

TMK m. 206 hükmü gereğince mal ayrılığı rejimine geçilmesiyle birlikte edinilmiş mallara katılma rejimi dava tarihinden itibaren sona erer ve TMK m. 212 hükmü gereğince tasfiye edilir; yoksa mahkemece kararın verildiği ya da kesinleştiği an dikkate alınmaz. Çünkü TMK m. 225/ f. 2'de açık bir şekilde edinilmiş mallara katılma rejiminin dava tarihinden itibaren sona ereceği belirtilmiştir¹⁵². Aynı yöndeki Yargıtay kararında “... TMK'nın 206. maddesine göre mal ayrılığına geçilmesi halinde taraflar arasındaki mal rejimi dava tarihi itibarıyla, ... sona ereceğinden, mahkemece mal ayrılığı rejimine geçilmesine karar verilmesinde davacının hukukî yararının varlığı da açıktır.” şeklinde hüküm tesis edilmiştir¹⁵³.

Mahkemece davanın kabulüne yönelik verilen karar kesinleştiğinde taraflar arasındaki önceki mal rejimi dava tarihinden itibaren kendiliğinden sona ermekte ve mal ayrılığına geçiş sağlanmaktadır. Mal ayrılığına geçilmesi hususunda dava tarihinin esas alınması talepte bulunan eşin menfaatleri açısından yerindedir. Zira uzayan yargılamanın sonunu beklemek eş için aleyhe sonuçlar doğurabilir¹⁵⁴.

TMK m. 212 hükmü uyarınca kanunda aksi yönde düzenleme bulunmadıkça eşler arasında önceki mal rejiminin tasfiyesi bu rejime ilişkin hükümlere göre yapılır. Olağanüstü mal rejimine geçilmesiyle eski rejim ortadan kalktığı için bu rejimin tasfiye edilmesi gerekmektedir ki, bu durumda tasfiye ortadan kaldırılan rejime ilişkin düzenlemeler uyarınca gerçekleştirilir¹⁵⁵.

149 Yenilik doğuran haklara dair detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 154 vd.

150 **Aydoğdu**, s. 21-22.

151 **Aydoğdu**, s. 21-22; **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 141 vd.

152 **Gençcan**, Mal Rejimleri Hukuku, s. 141 vd.

153 Yarg. 8 HD., E. 2013/11089, K. 2014/7833, 22.04.2014. Corpus. E.T. 19.101.2024.

154 Miray Deniz **Özer**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 32.

155 **Şıpka/Özdoğan**, s. 27; **Acar**, s. 153; **Zeytin**, s. 74.

Olağanüstü mal rejimine geçilmesiyle eşler arasında TMK m.242 ve m.243’de düzenlenen mal ayrılığı rejimi hükümleri geçerlilik kazanır. Bu süreçte eşler kanuni sınırlar içinde kalmak kaydıyla kendi malvarlığı değerleri üzerinde her türlü yönetim, kullanım ve tasarruf haklarına sahip oldukları gibi; birbirleriyle veya üçüncü kişilerle hukukî işlem yapmaları da mümkündür¹⁵⁶.

SONUÇ

Ekonomik, dini, duygusal, cinsel, psikolojik ve sosyal boyutları itibariyle evlilik birliği, hukukî düzenlemelere doğrudan ya da dolaylı olarak konu edilen, çok bileşenli bir kurumsal yapı mahiyetindedir. Toplumun temel taşı olarak birçok mevzuat hükmü ile koruma altına alınan bu yapı, bir yönüyle de eşlerin evlilik birliğine taşıdığı bireysel norm değerlerine göre şekillenmektedir.

İsviçre Medenî Kanunu’ndan ilham alınarak daha eşitlikçi düzenlemelerle yenilenen Türk Medenî Kanunu, bilhassa eşler arasındaki mal rejimlerini düzenleyen hükümleri itibariyle önemli yenilikler getirmiştir. Bu düzenlemelerin nihai amacı, eşler arası güç ve otoritenin en yaygın mecralarından biri olarak mal rejimine ilişkin hususlarda eşlere ekonomik himaye sağlayan yasal standartların belirlenmesidir. Hâkimin evlilik birliğine doğrudan müdahalesini öngören bu düzenlemelerle uyumlu olarak, bu çalışmanın konusu olan TMK 206. maddede düzenlenen “Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş” talebi de, evlilik birliği içinde eşlere sağlanmış önemli bir hukukî himayedir. Ancak mevzuatta yer alan eksik ya da tartışmaya açık bazı hükümler nedeniyle uygulamada bu himaye tam anlamıyla sağlanamamaktadır. İlk olarak, aile mahkemesi hâkimine eşlere ait malların yönetimine ilişkin tedbirleri alma imkanı getiren TMK 169. maddenin giriş kısmında “*boşanma ve ayrılık davası*” ibaresinin kaldırılması gerektiği kanısındayız. Eşler arasında ağırlıklı çatışma mecrası olarak ekonomik hususlarda ortaya çıkabilecek hukukî ihtilaflar boşanma ve ayrılık davası ile sınırlı olmadığına göre, TMK 169. maddesinin uygulama alanını aile mahkemesinin görev alanına giren diğer uyuşmazlıklara da genişletecek bir düzenlemenin yapılması gereklidir. Kaldı ki, boşanma ya da ayrılık talebinin söz konusu olmadığı, eşler arasında fiili birlikteliğin devam ettiği durumlarda dahi TMK m. 194, m. 198, m. 199 gibi düzenlemelerle aile mahkemesi hâkiminin özellikle ekonomik hususlarda evlilik birliğine doğrudan müdahale etmesine yasal zeminde kapı aralanmışken, mal ayrılığına geçiş talebiyle açılan bir

156 Zeytin, s. 72.

davada hâkimin tedbir kararı verme imkanının boşanma ve ayrılık davalarına nispetle sınırlı tutulmasını hukuk mantığıyla bağdaştırmamaktayız.

Diğer taraftan TMK m. 169 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, Türk toplumunda eşler arasındaki ekonomik hususların ancak olası bir ayrılık ya da boşanma halinde dava konusu yapıldığı sosyolojik verilerle sabittir. Bu veri ışığında madde hükmünde vurgulanan “*ayrılık ve boşanma*” ifadelerinin mal ayrılığına geçiş davasının düzenleniş amacıyla da uyumsuz olduğu kanaatindeyiz. Zira yukarıda da belirtildiği gibi olağanüstü mal ayrılığı rejimine geçiş davası, nihayetinde evlilik birliğini koruma saikiyle hareket eden eşin, mahkemenin vereceği mal ayrılığı kararıyla ekonomik bütünlüğünü koruma çabasının bir görünümüdür. Dolayısıyla TMK m. 206 hükmünün işlerliğini sağlamak üzere hâkime tanınan tedbir imkanlarının etkili bir şekilde kullanımını sağlayacak mevzuat değişiklikleri yapılmalıdır.

Bununla birlikte TMK m. 206’da mal ayrılığına geçiş talebi için öngörülen ve örnekleme yoluyla sıralanan haklı sebeplerden 5. bent dışındaki diğer sebeplerin “Mal Ortaklığı Rejimine” işaret etmesini de düzenlemenin amacına aykırı bulmaktayız. Bu yönüyle TMK m. 206 hükmünde örnek kabilinden verilen haklı nedenler uygulayıcılar nezdinde “Mal Ortaklığı Rejimine” mahsus bir düzenleme olduğu yanlış kanaatini oluşturmaya da elverişlidir. Nitekim maddenin diğer seçimlik mal rejimlerine de işaret eden “*Diğer eşin, istemde bulunan eşe malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermektan kaçınması*” içeriğindeki 4. bendinde dahi yine ortaklık mallarına atıf yapılması bu yanlış kanaatin oluşmasına sebebiyet vermektedir.

Sosyolojik bağlamda ise mal rejimine ilişkin hususlarda sözleşme yapma alışkanlığının yaygın olmadığı Türk toplumunda, eşler arasında en yaygın rejimin yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi olduğu düşünüldüğünde, TMK m. 206 hükmünde, düzenlemenin diğer seçimlik mal rejimleri için de uygulama gücüne sahip olduğunu ortaya koyan ve bu yöndeki tereddütleri gideren değişikliklerin yapılması bir gerekliliktir.

Son olarak, mehaz İsviçre hukukunda eşlerin birbirlerinden, malvarlığı değerleri ve borçlar hakkında bilgi talep etme imkânı bulunmakta olup Türk Medenî Kanunu’nda bu yönde bir düzenlemenin yapılmamış olması da önemli bir eksiklik. Her ne kadar TMK m. 216 hükmü ile “*Eşlerden her biri, diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmi senetle yapılmasını isteyebilir.*” ifadesiyle bu eksiklik giderilmeye çalışılmışsa da, bu talebi yerine getirmeyen eşe karşı

uygulanacak herhangi bir yaptırım bulunmamaktadır. Bununla birlikte TMK m. 206/b. 4 hükmü ile bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranan eş aleyhine diğer eşin olağanüstü mal rejimine geçiş talebinde bulunması, kanunda düzenlenmeyen bir kurala riayet edilmemesinin, kanunî bir yaptırıma bağlanması gibi hukuk mantığına uymayan bir çelişki oluşturması da cabasıdır. Bu eksikliklerin yanı sıra TMK m. 206 hükmünün ilişkili bulunduğu sorun alanlarına değinmek gerekirse; kusurlu tarafın dava hakkının bulunup bulunmadığı, diğer eşin davayı kabul etmesinin yargılamaya etkisinin ne olacağı, davanın üçüncü kişilere karşı görünüş yaratmak üzere açılması gibi uygulamada ortaya çıkan sorunlar da cevap beklemektedir. Bu hususlar nazara alınarak yapılacak düzenleme ile uygulamada ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi ve toplum nezdinde de evlilik birliği devam ederken eşleri birbirlerine karşı koruyan yasal mekanizmaların hayata geçirilmesi elzemdir.

KAYNAKÇA

Acabey, Mehmet Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998. (Kısaltma: Evlilik Birliği).

Acabey, Mehmet Beşir, Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2020. (Kısaltma: Katılma Rejimi).

Acar, Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Akçin, Fahri/**Meral**, Nadir/**Beyaz**, Ebru, Yargıtay Uygulamasında Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genişletilmiş 13. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2022.

Akıntürk, Turgut/**Akıpek**, Jale, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

Akıntürk, Turgut/**Ateş**, Derya, Türk Medeni Hukuku-II (Aile Hukuku), 21. Bası, Beta Yayınevi, Ankara 2019.

Atamulu, İsmail, “Türk Medenî Kanununda Olağanüstü Mal Rejimi ve Özellikle Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş Halleri”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Aralık 2010, s. 151-181.

Aydoğdu, Emre, Türk Aile Hukukunda Mal Ayrılığı Rejimi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2016.

Budak, Ali Cem, “Kılı Kırk Yarma Makinası” Medenî Usul Hukukunda Kavram İctihadı ve Menfaat İctihadı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.

Budak, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol, Medenî Usul Hukuku, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.

Doğan, Murat, “Türk Medenî Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 4, 2003, s. 93-129.

Dural, Mustafa/**Öğüz**, Tufan, Kişiler Hukuku-II (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

Dural, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku-III (Aile Hukuku), Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024.

Erdem, Mehmet, Aile Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Ergün, Zafer, Boşanma Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

Genç Gelgeç, Berrak, “TMK md.169 Gereğince Boşanma veya Ayrılık Davası Süresince Alınabilecek Geçici Önlemler”, GMHFD, C. 8, S. 2, 2023, s. 771-799.

Gençcan, Ömer Uğur, Aile Mahkemeleri Davaları, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Gençan, Ömer Uğur, Evlenme Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Gençan, Ömer Uğur, Mal Rejimleri Hukuku, Genişletilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Gençan, Ömer Uğur, Olağanüstü Mal Rejimi ve Artık Değer, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, (Yayına Hazırlayanlar: Şükran Şıpka/Barış Özbilen/Ebru Şensöz), İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.

Gümüş, Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

Hayran, Burhan, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu Mal Rejimleri Şerhi, Ankara 2004.

Kılıçoğlu, Ahmet Mithat, Aile Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2016.

Kılıçoğlu, Ahmet Mithat, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Tartışmalar-Örnekli Açıklamalar Formüller Tablolar-İlgili Yasa Metinleri, Ankara 2002.

Kılıçoğlu, Ahmet Mithat, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2002. (Kısaltma: Edinilmiş Mallar).

Kılıçoğlu, Ahmet Mithat, Katkı-Katılma Alacağı, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016. (Kısaltma: Katkı-Katılma).

Kılıçoğlu, Ahmet Mithat, Medenî Kanun’umuzun Aile - Miras - Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014. (Kısaltma: Yenilikler).

Kılıçoğlu, K. Yılmaz, “Evlilik Birliğinin Korunması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 120, 2015.

Kırmızı, Mustafa, Açıklamalı İçtihatlı Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2018.

Makas, İhsan, Eşler Arasındaki Mal Rejimi Davalarında Yargıtay Uygulaması, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Midyat, Nuri Aziz, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2023.

Oğuzman, Kemal/**Barlas,** Nami, Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar) 28. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2022.

Oğuzman, M. Kemal/**Seliçi,** Özer/**Oktay-Özdemir,** Saibe, Eşya Hukuku, 25. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.

Or, Elif Nurbanu, Uygulayıcılar İçin Boşanma Davaları Başvuru Kitabı, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Özdamar, Demet/**Toker,** Ali Gümrah/**Kayış,** Ferhat/**Yağcıoğlu,** Burcu/**Toker Akgün,** Aliye, Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, 9. Baskı, Ankara 2024.

Özdoğan, Ayça/Uyanık, Ayşe, Yargıtay Uygulaması ve Doktrinde Soru Cevaplarla Boşanma Davaları, Aristo Yayınevi, İstanbul 2024.

Özer, Miray Deniz, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Öztañ, Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Özğür, Ali İhsan, Mal Rejimleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Serozan, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2013.

Sonsuzoğlu, Elif, Medeni Kanun'da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.

Şahin Altıntaş, Mehtap, Hukukî, Psikolojik, Sosyolojik Boyutlarıyla Yasal Mal Rejimi ve Toplumsal Cinsiyet, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Şahin Altıntaş, Mehtap, Yasal Mal Rejiminde Eşin Katılma Alacağını Azaltmak Kastıyla Yapılan Devirler, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

Şahin Altıntaş, Mehtap, Yasal Mal Rejiminde Mal Kaçırılmaların Psiko-Sosyal Etkileri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı, S. 21, C. 44, 2022, s. 885-908.

Şeker, Muzaffer, Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıtay Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2022.

Şıpka, Şükran, Türk Aile Hukukunda Karı Koca Mal Rejimleri Sisteminde Yapılmak İstenen Düzenlemeler Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağın (Kitaptan Bölüm), 2005.

Şıpka, Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 1. Baskıdan Tıpkı Basım, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2011. (Kısaltma: Uygulamaya İlişkin Sorunlar).

Şıpka, Şükran/Özdoğan, Ayça, Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2. Bası, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

Uçar, Ayhan, 4721 Sayılı Medenî Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1-4, 2002, s. 317-332.

Uluç, Yusuf, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Uyumaz, Murat, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat ve Envanter", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 3-4, 2017, s. 123-170.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku-II (Aile Hukuku), 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1965.

Yetik, Nurten, Boşanma Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, 3. Baskı, Bilge Kitabevi, Ankara 2008.

Yıldırım, Abdulkerim, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.

Yıldırım, Abdülkerim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 14. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara 2023.

Yılmaz, Canan, Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

Zeytin, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.