

ISSN:1309-6826

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Nisan 2023 • Sayı 54 • Yıl:14



yayin.taa.gov.tr

54



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

54

YIL: 14 - SAYI: 54 - NİSAN 2023

www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER
Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR
Oğuz Gökhan YILMAZ / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF
Saniye Gizem OKUTAN / Adalet Uzmanı

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD
Muhittin ÖZDEMİR
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Oğuz Gökhan YILMAZ
Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR
Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP
Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Abdulkерim YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Yasin SÖYLER
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN
Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA
Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.taad.taa.gov.tr

BASKI / PRINT

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi yılda dört kez yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanacak makalelerin aşağıda belirtilen yazım ve yayım kurallarına uygun olması gerekmektedir.

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayım kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayımlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayım ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", **150-250** kelime arası "Özet" ve **5-8** kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler" in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak stilinin 4. Edisyonu kullanılmalı ve dipnot atf sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "**Times New Roman**" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil **3.000** kelimedenden az, **12.000** kelimedenden çok olmamalıdır.
11. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi, adı ve soyadına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
12. Makalelerin yayımlanıp yayımlanmayacağı, makale yazarına e-posta ile bildirilir.
13. Yazar ve hakemlere ödenecek telif ve inceleme ücretleri, Türkiye Adalet Akademisi Yayın Yönetmeliği'nin 23. Maddesi uyarınca dergi yayınlandıktan sonra yazara ödenir. Hakem denetiminden geçen bir makalenin telif ücretinin % 20'si hakemlere ödenir.
14. Dergide yazısı yayımlanmış yazarlara ücretsiz iki adet dergi gönderilmektedir.
15. Dergide yayımlanan tüm yazıların telif hakkı Türkiye Adalet Akademisine aittir. Makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
16. Dergilerin dijital versiyonuna "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden ulaşılabilir.

* Yazım ve yayım kuralları 04/06/2020 tarihli Yayın Kurulu Kararı ile güncellenmiştir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın BAŐBUŐ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOŐLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNÇİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ersan ÖZ

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi

MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

KAMU HUKUKU

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARI
VE DİSİPLİN SORUŞTURMALARINA ETKİSİNE DAİR BİR
DEĞERLENDİRME

*An Assessment on Deferment of the Announcement of the Verdict and its
Effects on Disciplinary Investigations*

İbrahim KESKİN s. 1-38

ULUSLARARASI HUKUKUN ÜÇ YÜZÜ: ELEŞTİREL BİR
YAKLAŞIM*

Three Faces of International Law: A Critical Approach

Atahan DEMİRKOL s. 39-76

7405 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU YARARINA ÇALIŞAN
SPOR KULÜPLERİ

*Sports Clubs Working for the Public Benefit within the Framework of Law
No. 7405*

Onur KAPLAN s. 77-96

BİR NORM ÇATIŞMASI ÖRNEĞİ: VERGİ USUL KANUNU VE
KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU

*A Norm Conflict Example: Tax Procedure Law and Personal Data
Protection Law*

Pınar NUR; Oytun CANYAŞ s. 97-130

ÖZGÜRLÜK VE HAK KAVRAMLARININ ÇATIŞAN DOĞASI:
ÖZGÜRLÜK HAKKI VE HAK ÖZGÜRLÜĞÜ GÖRÜŞLERİ

*The Conflicting Nature of the Concepts of Freedom and Rights: Opinions of
the Right of Freedom and the Freedom of Right*

Murat ATAN; Emre EKİNCİ; İlker KARAKOYUNLU s. 131-160

II. MEŞRUTİYET DÖNEMİ ve KANUN-I ESÂSÎ: SİYASAL SİSTEM
TARTIŞMALARI EKSENİNDE BİR İNCELEME

*Constitutional Monarchy II and Kanun-ı Esâsî: An Analysis in the Context
of the Political System Discussions*

Fatma SARIASLAN s. 161-192

ALMANYA'DA YÜRÜTMENİN DÜZENLEME YETKİSİ
Regulatory Authority of the Executive in Germany

İhsan Deniz AY s. 193-224

DOĞAL HUKUKUN POZİTİF HUKUKLA İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA
SOKRATES'İN ÖLÜMÜ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME
*An Evaluation on the Death of Socrates in the Context of Natural Law's
Relationship to Positive Law*

Ekin MERKİT s. 225-252

ÖZEL HUKUK

YAPAY ZEKÂNIN ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNA
ÜYELİĞİ VE ÜYELİKTEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN
DEĞERLENDİRİLMESİ
*Evaluation of the Membership of Artificial Intelligence to the Board of
Directors of the Incorporated Company and its Responsibility Arising from
Membership*

Salih KARADENİZ s. 255-288

SINAI MÜLKİYET KANUNU BAKIMINDAN GELENEKSEL ÜRÜN
ADLARI VE BU ADLAR ÜZERİNDEKİ KORUMANIN NİTELİĞİ
*Traditional Specialities Guaranteed According to Code of Industrial
Property and Nature of the Protection*

Selin ÖZDEN MERHACI s. 289-314

TÜRK BORÇLAR KANUNU MADDE 417 BAĞLAMINDA İŞÇİNİN
KİŞİLİĞİNİN KORUNMASI
*Protection of the Worker's Personality within the Scope of Turkish Code of
Obligations Article 417*

Osman UYAROĞLU s. 315-338

KISMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİYLE ÇALIŞANLARIN HAFTA TATİLİ
HAKKI
Weekly Rest in Part-Time Employment Contracts

Miraç Şamil PEKŞEN s. 339-368

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN ADİL YARGILANMA
HAKKININ UNSURLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ
*Evaluation of International Commercial Arbitration in terms of the
Elements of Due Process Rights*

Furkan ŞAHİN s. 369-394

HUKUKUN BAĞIMSIZ BİR ALANI OLARAK BİLİŞİM HUKUKU
Informatics Law as an Independent Branch of Law

Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL s. 395-414

ULAŞIM ARAÇLARINA ZİLYETLİĞİN ORTADAN KALDIRILMASI
SURETİYLE EL KONULMASI
Confiscation of Vehicles by Eliminating of Possession

Batuhan Salim YEŞİLKÖY s. 415-444

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;

TRDİZİN



 **Jurix**

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

KAMU HUKUKU

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARI VE DİSİPLİN SORUŞTURMALARINA ETKİSİNE DAİR BİR DEĞERLENDİRME

*An Assessment on Deferment of the Announcement of the Verdict
and its Effects on Disciplinary Investigations*

İbrahim KESKİN*

Özet

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB), yapılan yargılama sonucunda sanığın suç işlediğine dair mahkûmiyet kararı verilmesine rağmen, kanunda sayılan şartların bulunması sebebiyle verilen hükmün açıklanmamasıdır. Sanığın suç işlediğine ilişkin kesin vicdani bir kanaat bulunmasına rağmen bu durum, yeni kasıtlı bir suçun işlenmemesi koşuluna bağlı olarak hukuksal sonuç doğurmamaktadır. Sanık belirlenen yükümlülüklerle süreç sonuna kadar uyduğu takdirde hakkındaki hükümlülük kararı gerçekleşmemiş sayılmaktadır.

HAGB kurumu, ceza muhakemesi hukukuna ilişkin bir kurum olmakla birlikte, etkileri bakımından idare ve disiplin hukukunu da içeren sonuçları bulunmaktadır. HAGB kararı verilmesi halinde, ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmamasına rağmen bu kararın kesin hüküm gibi idari nitelikteki uyuşmazlıklarda dikkate alınması masumiyet karinesi ile çelişmektedir. Masumiyet karinesi, cezai uyuşmazlıklarda usul ve esasa ilişkin güvenceler sağlamakla birlikte daha geniş kapsamda ele alınmalıdır. Güvence ceza yargılamasının yanı sıra bu yargılamalar ile aynı zamanlı yürütülmekte olan disiplin işlem ve soruşturmalarını da kapsamalıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda yürütülmekte olan disiplin soruşturmalarına ilişkin öğretilerde farklı görüşler bulunmakta olup, bu görüşler uygulama ve mahkeme içtihatları çerçevesinde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, disiplin soruşturması, disiplin cezası, kamu görevlisi,

Abstract

The deferment of the announcement of the verdict (HAGB) delays the pronouncement of the judgment given due to the presence of the required conditions specified in the law, despite, as a result of the trial, the defendant's conviction for committing a crime.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 13.06.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023

* Cumhuriyet Başsavcısı, Kırıkkale Adliyesi, ibrahimkeskin53@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-0945-9785>



Although there is a definite conscientious opinion that the defendant committed the aforementioned crime, this situation does not have a legal consequence depending on the condition of not committing a new and deliberate crime. If the defendant complies with the determined obligations until the end of the process, the conviction shall be deemed not to have occurred.

In addition to being an institution related to criminal procedure law, the HAGB institution has consequences that include administrative and disciplinary law in terms of its effects. If a HAGB verdict is given, although there is no final verdict for conviction, it may be contradictory to the presumption of innocence where a final verdict must be considered in administrative disputes. The presumption of innocence, while providing procedural and substantive assurances in criminal disputes, should be addressed in a wider scope, and the assurance should cover not only criminal proceedings but also disciplinary proceedings and investigations conducted simultaneously with these proceedings.

If the announcement of the verdict is postponed, different opinions in the teaching regarding the disciplinary investigations are being carried out, and these views will be handled within the framework of practice and court case laws.

Key Words: The deferment of the announcement of the verdict, disciplinary investigations, disciplinary penalty, public officer.

GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Kanununda¹ (CMK) düzenlenmiş olan HAGB kurumu suç işleyen failin ıslah edilmesi amacını taşımaktadır. Suç failinin eylemi, yargılama sonucunda mahkûmiyetle sonuçlanmasına rağmen, yasadaki şartların varlığı sebebiyle hükmün açıklanması ertelenmektedir. HAGB esas itibarıyla ceza hukukuna ilişkin bir kurum olmakla birlikte, idare hukuku ve kamu personel rejimiyle doğrudan ilişkilidir. Bu gerçeklik kamu görevine alınma, görevin devamı ve sona ermesi ile de doğrudan bağlantılıdır. Bu noktada kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğuna ilişkin HAGB nitelikli mahkûmiyet kararlarının etkisi önem taşımaktadır.

HAGB; yapılan yargılama sonrasında suçluluğu sabit görülen sanığın, yasada belirtilen şartlar altında, yükümlülükleri yerine getirmesi şartı ile kurulan hükmün hukuki sonuç doğurmamasıdır. Erteleme süresi boyunca hüküm askıda beklemektedir. HAGB’de sanık suç işlediği ve mahkûm olduğu halde, mahkûmiyet hükmünün açıklanmaması sebebiyle farklı sonuçlar doğmaktadır. Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hüküm, kamu görevine girilmesinde engel olacak kapsamda kalsa bile failin kamu görevine alınmasına engel olmamaktadır.

İşlemiş olduğu suç sübut bulan sanığın kamu görevinde bulunması toplum açısından risk içermektedir. Yasa koyucu vatandaşların korunması amacıyla,

¹ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673.

yerine getirdiği kamu görevi sebebiyle kamu görevlilerinin suç işlemesini ağırlaştırıcı sebep kabul etmiştir. Suçun işlenmesinde sahip bulunulan nüfuz ve kamusal gücün kötüye kullanabileceğini varsaymıştır. Suç mağdurlarının kamu görevlisi olmayan diğer kişilere oranla daha zor ve korunaksız olduğunu kabul etmiştir.² Bu sebeple cezai düzenlemelerdeki bu ağırlaştırıcı sebeplerin yanı sıra disiplin hukukunda da memurun görevde kalmasına dair ayrıntılı düzenlemeler belirlenmiştir.

1982 Anayasasının³ 70. maddesinde kamu görevine alınma hakkı düzenlenmiştir. Kamu görevine atanmada “*istek*”, “*kamu yararı*” ve “*hizmetin gerekleri*” önemli ve zorunludur. Bu kapsamda, kamu görevlisi olma, devamı ve sona ermesinde şartlar yasal düzenlemelerde belirlenmiştir. Bu şartlar, üstlenilen kamu görevinin niteliğine göre özel olarak da belirlenmiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun⁴ (DMK) 48. maddesinde kamu görevine engel haller sayılmıştır. Türk Ceza Kanununun⁵ (TCK) 53. maddesinde ise ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak kamu görevinin mahkeme tarafından yasaklanması düzenlenmiştir.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde hizmet gerekleri önemlidir. Kamu görevlilerinin hizmet gereklerine uygun şekilde davranması, mevzuat kapsamında hareket etmesi için uyulması zorunlu kurallara uymayan ve yasakladığı işleri yapanlar bakımından disiplin yaptırımları düzenlenmiştir. Bu disiplin cezaları eylemin nitelik ve ağırlığına göre takdir edilmektedir. Birden fazla kanun ve ikincil düzenlemelerde disiplin hukukuna ilişkin kurallar yer almaktadır. Bununla birlikte devlet memuru olarak görev yapan kamu görevlileri açısından geçerli olan disiplin kuralları DMK’nın 125. maddesinde 5 ayrı başlık altında sıralanmıştır.

Kamu görevine alınma ve kamu görevinin sona ermesi hallerinde olduğu gibi HAGB kararları, disiplin cezalarının verilmesi ve uygulanması bakımından da önem taşımaktadır. HAGB nitelikli bir kararın, devlet memurlarına uygulanacak disiplin cezaları üzerindeki etkisinin belirlenmesinde fayda bulunmaktadır. Bu gerçeklik HAGB kurumunun sonuçları itibariyle sadece ceza ve ceza yargılaması hukukunu ilgilendirmeyen bir kurum olduğu gerçeğini ortaya koymaktadır.

² Doğan Soyaslan, ‘Ceza Hukukunda Memur Kavramı, Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar’ (1996) 45 (1-4) AÜHF 52.

³ 1982 Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863.

⁴ Devlet Memurları Kanunu, Kanun Numarası: 657, Kabul Tarihi: 14.07.1965, RG 23.07.1965/12056.

⁵ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

I. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMU

A. Genel Olarak

Ceza yargılamasında, alternatif çözüm yollarının önemi giderek artmakta ve suçla mücadelede etkin bir yol olarak belirmektedir. Sanık hakkında ceza mahkûmiyeti yerine ona yeniden bir şans tanınması ve bu suretle uyuşmazlığın çözümü, sanığın topluma kazandırılarak yeniden suç işlemesinin önlenmesi hedeflenmektedir. Bu düşüncenin kökenleri 2. Dünya Savaşı sonrası yaşanan demokratikleşmelerle beraber 20. yüzyılın ikinci yarısına dayanmaktadır.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde 1950’li yıllardan beri uygulanmakta olan bu kurum, Türk Hukukunda; 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun⁶ (ÇKK) 23. maddesi ile yer bulmuştur.⁷ Bu düzenleme kapsamında, HAGB sadece 18 yaş altındaki çocuklar bakımından ele alınmıştır. CMK’nın kabul edilmesiyle birlikte HAGB yetişkinler bakımından da 231. madde kapsamında düzenlenmiştir. Yasanın ilk halinde madde başlığı “*hükmün açıklanması*” iken, 5560 sayılı Kanunla “*hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması*” şeklinde değiştirilmiştir. İlgili madde 5560, 5728, 6008 ve 6545 sayılı Kanunlarla değişikliğe uğrayarak bugünkü halini almış ve uygulamanın kapsamı genişletilmiştir. İşlenen suçun şikâyete tabi olması şartı kaldırılmış ve hüküm verilen cezada üst sınır 2 yıla yükseltilmiştir.

HAGB, başta suça sürüklenen çocuklar olmak üzere, sanıkların topluma kazandırılması için tasarlanmış ve kabul edilmiş bir kurumdur. Ceza mahkûmiyeti bulunmasına rağmen, sanığın HAGB ile yeniden suç işlemekten kaçınacağı düşünülerek kurgulanmıştır. Ülkemizde 2014 yılında 3.929.262 adet ceza mahkemesi kararından 681.275 adedi HAGB kararı iken; 2021 yılında 5.000.933 adet ceza mahkemesi kararından 674.814 adedi HAGB kararı olmuştur. Ceza mahkemesi kararlarında HAGB’nin oranı 2014 yılında %17,3, 2015 yılında %16,6, 2016 yılında %14,2, 2017 yılında %12,6, 2018 yılında %12,0, 2019 yılında %12,7, 2020 yılında %13,7, 2021 yılında %13,5 olarak gerçekleşmiştir.⁸

B. Tanımı ve Hukuki Niteliği

HAGB, mahkeme hükmünün sanık hakkında “*hukuki bir sonuç doğurmasını*” ifade etmektedir. Atılı suç sebebiyle sanıkla ilgili yargılama yapılmakta, sanığın suçlu olduğuna karar verilmekte, yasadaki şartların var olması sebebiyle verilen hüküm sanık tarafından geleceğe dönük bazı şartların ger-

⁶ Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 15.07.2005/25876.

⁷ Nusret İlker Çolak ve Dursun Özdemir, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Ve Memuriyete Etkisi’ (2011) (1)5 TAAD 95.

⁸ Adli İstatistikler, *Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Yayınları* (2021) 36.

çekleştirilmesi sebebiyle açıklanmamaktadır.⁹ Daha sade anlatımla; mahkeme sanığa, şartları yerine getirmesi halinde, hukuken hiç suç işlememiş sayılma gibi bir imkân tanımaktadır.

HAGB Kurumu, Türk Ceza Kanunu (TCK) ve ceza normu içeren diğer özel yasalarda tanımlanmış bulunan tüm suçlarda uygulanabilir. Ancak HAGB'nın uygulanmayacağı hususunda yasada açık düzenlemenin bulunduğu hallerde, bu kurum uygulanamaz.¹⁰

HAGB kararı verilebilmesi için, yargılama yapan mahkemece verilen bir mahkûmiyet hükmü bulunmalıdır.¹¹ HAGB kararları, CMK'nın 223. maddesinde sınırlı sayıda sayılan ve hüküm olarak belirtilen kararlar arasında yer almamakta ve esasen bir hükmün hukuki içerik ve niteliklerine haiz olamamaktadır. Uyuşmazlığın esasını çözen hüküm niteliğinde olmadıklarından, HAGB niteliğindeki kararlar “*lehe veya aleyhe bir sonuç*” doğurmamaktadır. Bu sebeple HAGB kararı verilen hallerde teknik anlamda “*hüküm*” niteliğinde olan bir karar da bulunmamaktadır.¹² Mahkûmiyet hükmü gibi hukuki bir sonuç doğurmamaktadır. Sanıklara işlemiş oldukları belirli suçlardan ötürü adli bakımdan lekelenmemeleri için bir fırsat tanınmaktadır.¹³ Öğretide, HAGB kararlarının mahkûmiyet kararları ile aynı hukuksal etki ve sonuçlar doğurmayacağı şeklindeki ön kabulün, mevcut anayasal durum karşısında hukuksal himaye görmeyeceği belirtilmiştir.¹⁴ Bize göre de HAGB, kişilerin suç işlemediğine dair sonuç doğuran cezanın ertelenmesine benzeyen “*sui generis*” nitelikli bir kurumdur.¹⁵ Sonuçları itibarıyla “*karma*” bir niteliğe sahip bulunmaktadır. İçeriğinde iki ayrı karar barındırmaktadır. Birinci karar teknik anlamda hüküm sayılmaz. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi sebebiyle bu karar hukuken varlık kazanmamaktadır.¹⁶ Bu sebeple hüküm ifade etmemekte, koşullara uyulduğunda düşme kararına dönüşmekte ve sanık ile kamu arasındaki cezai uyuşmazlığı sona erdiren düşme neden-

⁹ Çolak ve Özdemir (n 7) 96.

¹⁰ Mustafa Artuç, *Açıklamalı Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu* (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 1044.

¹¹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Seçkin Yayınevi 2009) 593.

¹² Özgenç (n 11) 599.

¹³ Adem Kartal, ‘Hapis Cezasının Ertelenmesi ile Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Sonuçları Bakımından Karşılaştırılması’ 2016 11(114) Terazi Hukuk Dergisi 69; Ali Parlar, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme* (2. Baskı, Bilge Yayınevi 2015) 14.

¹⁴ Coşkun Özbudak, ‘(Kanunla Da Olsa) HAGB Kararına Mahkûmiyetin Hukuki Sonuçları Bağlanabilir Mi?’ (2016) 1(3) Ankara Barosu Dergisi 524.

¹⁵ Yasin Sezer ve Ali İhsan İpek, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri’ (2010) 1(3) TAAD 45.

¹⁶ Sümevra Sena Kurt, ‘Ceza Mahkemesi Kararlarının Devlet Memurluğundan Çıkarma Cezasına Etkisi’ (2021) 9(17) Ankara Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 411.



lerinden birisi olduğu kabul edilmektedir. Bu karar koşullara uyulmadığında geçerlilik kazanıp mahkûmiyet hükmü niteliğine dönüşecektir. İkinci karar, birinci kararın üzerine inşa edilen ve ilk kararın oluşmasını engelleyen HAGB kararıdır. İkinci kararın en temel vasfı, birinci kararın hukuken sonuç doğur-mamasıdır.¹⁷ Bu karar, esas ve usul bakımından “*karma bir niteliğe*” sahiptir.¹⁸ Denetim süresi içerisinde yeni ve kasıtlı bir suçun işlenmemesi ve tedbirlere uygun davranılması halinde, geri bırakılan hüküm kaldırılarak kamu davası düşürülecektir. Bu niteliği ile HAGB, sanık ile devlet arasındaki yargılama ve ceza ilişkisini şartlı ve geçici olarak sona erdirmektedir.¹⁹

Hükümde birden çok mahkûmiyet kararı bulunması durumunda, HAGB her bir suç yönünden ayrı ayrı değerlendirilerek hüküm kurulmalıdır.²⁰ HAGB kararları, ceza mahkemesince verilebilecek hükümlerin sınırlı olarak sayıldığı CMK’nın 223. maddesinde düzenlenmemiştir. Madde kapsamında HAGB kararları “hüküm” niteliğinde kabul edilmemektedir. Davanın esasını çözen hüküm niteliğindeki kararlardan değildir. Bu kararlar kanun yararına bozulursa yargılamanın yenilenmesi yasağına dair kurallar uygulanmayacaktır. Uyuşmazlığın esaslı çözümüne dair bir karar olmadıkları için de verilecek hükümde lehe veya aleyhe sonuçlardan bahsedilemeyecektir.²¹

Denetim süresi içerisinde yeni ve kasıtlı bir suçun işlenmesi durumunda hükmün açıklanabilmesi için mahkeme duruşma açmalıdır. Sanık duruşma-dan haberdar edilmeli ve duruşma bitiminde hüküm verilmelidir. HAGB kararı kaldırılmalı ve verilen hüküm “*hüküm fıkrası*” olarak duruşma tutanağına geçirilmelidir.²² Açıklanan hüküm denetime uygun olacak şekilde kesinleştiğinde başka bir kararın varlığına ihtiyaç bulunmadan infaza esas olabilecek nitelikte olmalıdır. İlk karara atıfta bulunularak gerekçe gösterilmeden hüküm kurulmamalıdır.²³

¹⁷ Danıştay 12 D, E 2020/5219 K 2021/1423, 17.03.2021.

¹⁸ Yargıtay CGK, K 2009/12, 03.02.2009.

¹⁹ Enver Kumbasar, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2012) 25; Ersan Şen ve Mert Maviş, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB)* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2014) 14; Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2* (7. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018) 194; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Yetkin Yayınevi 2018) 445; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Beta Yayınevi 2019) 715; Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. Baskı, Hukuk Akademisi 2021) 936; Can Yalçın, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021) 85; M. Emre Tulay, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği Ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme’ 2021 15(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 479.

²⁰ Yargıtay CGK, K 2008/43, 04.03.2008.

²¹ Yargıtay CGK, K 2014/128, 11.03.2014.

²² Artuç (n 10) 1043.

²³ Yargıtay CGK, K 2014/502, 18.11.2014.

C. Şartları

HAGB için üç “ön şart” gerçekleşmelidir. Öncelikle atılı suçun “uzlaşma kapsamında olmaması” gerekir. Uzlaşmanın şartları oluştuğunda, öncelikle bu yola gidilmelidir.²⁴ İkinci olarak sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulacak düzeyde eylem kesin şekilde “sübut” bulmalıdır. Ve son olarak sanık HAGB uygulamasını “kabul” etmelidir.²⁵

HAGB kararının verilebilmesi için “zorunlu şartlar” yani suça ilişkin şartlar, CMK’nın 231. maddesinde düzenlenmiştir. Yapılan yargılama sonucu hüküm verilen ceza, 2 yıl veya daha az miktarlı hapis ya da adli para cezası olmalıdır. Suçun Anayasa’nın 174. maddesinde güvence altına alınan “İnkılâp Kanunlarında” düzenlenen suçlardan olmaması gerekir. Ayrıca sanık daha önce kasıtlı işlenen bir suçtan mahkûm edilmemiş olmalıdır. Suçun işlenmesi sonucunda, mağdur veya kamusal zarar “*aynen iade edilmeli*”, “*suçtan önceki hale getirilmeli*” veya “*tazmin suretiyle tamamen giderilmelidir*”. Mahkeme, sanığın kişilik özelliklerini, duruşmadaki tutum ve davranışlarını gözetmelidir. Bu gözetim sonrasında sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate ulaşmalıdır. Bunlar “sanığa ilişkin” şartlardır.²⁶

1. Sanık Hakkında Takdir Edilen Ceza İki Yıl veya Adli Para Cezasını Gerektirmelidir

Bu ceza, tüm suçlar yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Yine iki ayrı suçtan dolayı HAGB kararı verilip yükümlülük yüklenen sanıkla ilgili, suçlardan birisinin yükümlülüğünü yerine getirip de diğerlerinin yükümlülüğünü yerine getirmese, iki hükmün birden açıklanması söz konusu olmayacaktır. Hangi suçtan yükümlülük yerine getirilmemişse o suçla ilgili HAGB kaldırılarak hüküm açıklanacaktır. Taksirle suçlardan mahkûmiyet halinde de ceza adli para cezasına dönüştürülmeden önce hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşulları değerlendirilmelidir.²⁷

HAGB’nin hapis cezasının paraya çevrilmesinden önce de uygulanabilir olması sebebiyle, madde metninde belirtilen para cezası tabiri, “*doğrudan verilen adli para cezası*” olarak anlaşılmalıdır. Cezaların toplam miktarı (içtima) dikkate alınmayacaktır. HAGB’de takdir edilen adli para cezasının miktarı önemli değildir. Temel ceza belirlendikten sonra cezada artırım ve indirim halleri uygulanmalı ve netice ceza miktarına bakılmalıdır.

İşlenen suçun taksirli veya kasıtlı olması önemli değildir.²⁸ Hükmedilen 1 yıl veya daha az süreli hapis cezası, “*kısa süreli hapis cezası*” sayılmaktadır.

²⁴ Devrim Güngör ve Güneş Okuyucu Ergün, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması’ 2016 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1959.

²⁵ Artuç (n 10) 1045.

²⁶ Tulay (n 19) 482.

²⁷ Yargıtay CGK, K 2012/1807, 09.10.2012.

²⁸ Artuç (n 10) 1045.



Yargılama tamamlandıktan sonra sanık hakkında hüküm verilecek netice cezanın, 2 yıl veya daha az süreli hapis cezası veya sadece adli para cezası olması gerekir. Netice cezanın 2 yıl üzerinde hapis cezası olması halinde HAGB kararı verilemeyecektir. 19.12.2006 tarihinden önce işlenen suçlarda çocuklar bakımından bu süre 3 yıldır.

HAGB kararı verilmeden önce, sanık hakkında hüküm kurulmalıdır. Mahkeme HAGB kararı verirken şartların oluşup oluşmadığını tartışmalıdır.²⁹ HAGB kararı verilmesi halinde, kararda seçenek yaptırımlar ile ertelemenin şartları değerlendirilmelidir. HAGB’de objektif şartların varlığı halinde, 6008 sayılı Kanun değişikliğinden önce re’sen, değişiklikten sonra sanığın HAGB’yi istemediğine dair bir beyanın bulunmaması halinde, cezanın kişiselleştirme hükümlerinden önce mahkemece değerlendirilme yapılmalıdır. Kararda uygulanan yasa maddeleri, tayin olunan cezanın miktarı, yasa yollarına başvurunun mümkün olup olmadığı tereddüt edilmeyecek şekilde gösterilmelidir. Denetim olanaklı ve kesinleştiğinde başka bir karar olmaksızın infaz edilmeye esas alınabilecek mahiyette bir hüküm kurulmalıdır. Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükmü atıf yapılması usul ve yasaya aykırıdır.³⁰ HAGB sonrasında sanık 5 yıl denetim süresine tabi tutulacaktır. Bu süre çocuklar hakkında 3 yıldır (ÇKK m. 23). Denetim süresi, HAGB kararının kesinleşmesi üzerine başlayacaktır. Mahkeme 1 yıldan çok olmamak üzere, denetimli serbestlik tedbirine de karar verebilecektir. CMK’nın 231/8. maddesinde düzenlenmiş olan yükümlülükler hâkime geniş takdir yetkisi tanımış olup bu sınırsız bir takdir hakkı değildir. Yükümlülük yaptırımının dolaylı infazı şeklinde olmamalı, işlenen suçla ilgili olmalıdır. Sanığı ıslah etme amacını taşımamalı, infazında zorluk yaşanmamalı, sanığa ve üçüncü kişilere maddi yük getirmemelidir.

2. Sanık Daha Önceden Kasıtlı İşlenen Bir Suçtan Dolayı Mahkûm Olmamış Olmalıdır

HAGB kararı verilebilmesi için sanık daha önceden kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olmamış olmalıdır. Kanun metninde “*kasıtlı suç*” denildiğinden, önceki mahkûmiyetin basit veya bilinçli taksirle işlenen suç olması halinde bile HAGB kararı verilebilmektedir.³¹

Sanık hakkında HAGB’ye karar verilmiş ve sanık denetim süresi içerisinde bulunmaktaysa, bu kişinin kasıtlı bir suçunu nedeniyle hakkında bir daha HAGB

²⁹ Yargıtay CGK, K 2017/110, 28.02.2017.

³⁰ Yargıtay CGK, K 2014/502, 18.11.2014.

³¹ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020) 799; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2. Baskı, Savaş Yayınevi 2016) 566; Bahattin Aras, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar’ 2008 3(22) Terazi Hukuk Dergisi 74; Tulay (n 19) 482.

kararı verilemeyecektir.³² HAGB kararı verilmesine engel oluşturacak kasıtlı ilk suçun, ikinci suçun işlenmesinden önce kesinleşmesi gerekir. Birinci kasıtlı suç kesinleşmeden ikinci suç işlenmişse, HAGB kararı verilmesi amacıyla ilk suçun kesinleşmesi beklenmemelidir. Bu durum “bekletici mesele” yapılmamalıdır. Yine ilk işlenen kasıtlı suçun, ceza miktarı önemli değildir. Bu cezanın adli para cezasına çevrilmesi veya tecil edilmesi önemli değildir. Sanık hakkında kasıtlı suçtan kurulan mahkûmiyet hükmünün adli sicilden silinme şartları oluşmuşsa bu durum HAGB uygulamasına engel oluşturmamaktadır.

3. Suçtan Dolayı Kamunun veya Mağdurun Uğradığı Zararın Aynen İadesi, Suçtan Önceki Hale Getirilmesi veya Tazmin Suretiyle Tamamen Giderilmesi Gerekir

İşlenen suç nedeniyle uğranılan zarar tamamen giderilmiş olmalıdır. Kamunun veya mağdurun uğradığı zarar aynen iade edilmelidir. Zarar suçtan önceki hale getirilme veya tazmin edilmek suretiyle tamamen giderilmelidir. Bu husus, HAGB’nin objektif koşullarından bir tanesidir. Giderilecek zarar, “*somut bir zarar*” olmalıdır. Mağdurun veya kamunun uğradığı zarar da somut bir zarar olmalıdır. Oluşan manevi zarar bu kapsamda değildir.³³

Maddi zarar, sanık adına ve onun bilgisi dâhilinde, üçüncü kişiler tarafından da giderilebilir. Zarar miktarında taraflar anlaşmışlarsa bu miktar, anlaşmalar halinde mahkemece belirlenecek miktar esas alınmalıdır. Ceza yargılamasında “şahsi hak davasına” yer verilmediğinden zararın tespitinde hâkim basit bir araştırma yapmalıdır. Ceza hâkimi, hukuk yargılamasında olduğu gibi gerçek zararı tamamıyla tespite çalışmamalıdır. Gerekliyse zarar hesabı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Mağdur daha sonra hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açabilir. Buna engel bir durum bulunmamaktadır.³⁴ Zarar tamamen giderilmelidir. Mağdurun belli olmadığı, mağdura ulaşamadığı veya suç mağdurunun kamu olduğu suçlarda, bu şartın gerçekleştiği kabul edilmelidir. Zararın “*aynen iade*”, “*eski hale getirme*”, “*zararın tazmin suretiyle giderilmesinin*” söz konusu olmadığı suçlarda, bu şartın gerçekleştiği varsayılmalıdır.³⁵ İşlenen suç sebebiyle bir zarar oluşmuşsa tazmin konusu gündeme gelir. İşlenen suç sebebiyle maddi zarar oluşmamışsa bu koşul aranmaz. Maddi zararın giderilmesinde mahkeme sanığın sosyo-ekonomik durumunu gözetmelidir. Sanığın ekonomik durumu gözetilmeksizin zararın taksit-

³² Artuç (n 10) 1049.

³³ İhsan Baştürk, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi* (2. Baskı, Bilge Yayınevi 2021) 334; İzzet Özgenç, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi (eds), Bahri Öztürk (Seçkin Yayınevi 2009) 53.

³⁴ Yargıtay CGK, K 2013/363, 17.09.2013.

³⁵ Yargıtay CGK, K 2017/252, 25.04.2016.



lendirilmesi halinde, HAGB kararı verilmesinin anlamı kalmaz. Yargılamada mağdur tarafından zararın giderildiği beyan edilmişse, “tazmin şartı” için bu beyan yeterli kabul edilir. Bu beyan sonrasında zararın tazmin edilip edilmediği yeniden araştırılmaz.³⁶

CMK’nın 213/9. fıkrasına göre, sanığın maddi zararı derhal yerine getiremediği durumda bile HAGB kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Sanık denetim süresi içerisinde, kamuya veya mağdura verdiği zararı aylık taksitler şeklinde ödemek suretiyle giderdiği takdirde, HAGB kararı verilebilecektir. Mahkeme sanığın ödeme gücünü dikkate almak suretiyle, maddi zararın 5 yıllık süre içerisinde, taksitler halinde giderilmesine karar verebilir. Maddi zararın giderilmesinde taksitlendirme yapılmış ve mağdur zararın giderilmediğini iddia etmişse mahkeme bu hususu araştırmalıdır. Sanık taksitlerden birini kasıtlı ödemezse mahkeme hükmünü açıklar.

4. Mahkeme Sanığın Yeniden Suç İşlemeyeceğine Dair Kanaate Ulaşmalıdır

HAGB’ye karar verilebilmesi bakımından mahkeme sanığın kişilik yapısı ile duruşmadaki tutum ve davranışlarını bütün halinde değerlendirir. Yaptığı değerlendirme sonrasında sanığın yeniden bir suç işlemeyeceği hususunda olumlu kanaate varmalıdır. Ancak yasada sayılan şartların oluşması durumunda mahkemece HAGB’ye karar verilmemesi için gerekçe ayrıntılı olmalıdır. Kanunda yer almayan “*sanığın sabıkalı olması*” ve “*suç işleme yönündeki olumsuz tutumu*” HAGB gerekçesi yapılamaz.³⁷

5. Suç Anayasa’nın 174. Maddesinde Düzenlenmiş Olan İnkılâp Kanunlarının Korunmasına Yönelik Yasalarda Belirtilen Suçlardan Olmamalıdır

HAGB hükümleri, İnkılâp Kanunları’nda düzenlenmiş olan suçlar bakımından uygulanamaz. Anayasa’nın 174. maddesinde İnkılâp Kanunları sekiz bent halinde sayılmıştır.

6. Sanık, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararını Kabul Etmelidir

HAGB kararını sanık “kabul” etmelidir. Hâkim hüküm kurmadan önce sanığın rızasını sormalıdır. Sanığın kabul beyanı sonrasında verilen karara itiraz edilmesi halinde, itiraz merciince sadece kurumun yasal şartları üzerinde inceleme yapılmaktadır. Öğretide sanığın kabul iradesiyle HAGB kurumunun yargı merci tarafından kötüye kullanılmasının önüne geçebileceği ve bu durumun “*aklanma hakkı*” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.³⁸

³⁶ Yargıtay CGK, K 2013/238, 07.05.2013.

³⁷ Yargıtay CGK, K 2014/490, 04.11.2014.

³⁸ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Baskı, Savaş Yayınevi

Sanık HAGB'ye rıza göstermemişse, sanık hakkında suçun sübut bulması halinde mahkûmiyet hükmü kurulmalıdır. Ancak şartları varsa hapis cezasının ertelenmesine karar verilebilmesi mümkündür. Sanık tüm aramalara rağmen bulunamamış ise “*kabul iradesi*” müdafine de sorulabilir. Kanaatimizce; bu hak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, hak sahibinin açık beyanı veya vekâlet-namede açık yetkinin bulunması halinde, müdafî bu hakkı kullanılabilir.

HAGB kararında “*değerlendirme*” yapılabilmesi için talep gerekmemektedir. Objektif şartların varlığı halinde, cezanın kişiselleştirmesine dair diğer hükümlerinden önce bu durum mahkeme tarafından re'sen gözetilmelidir. Yani talep olmaksızın öncelikle değerlendirme yapılmalıdır. Objektif şartların bulunmasına rağmen, mahkemenin HAGB'ye dair değerlendirme yapmaması hâkimin takdirinde değildir.

D. Hükümün Açıklamasının Geri Bırakılmasının Sonuçları

HAGB halinde, verilen hüküm sanık bakımından hukuksal bir sonuç doğurmamaktadır.³⁹ 5 yıllık denetim süresi içerisinde, “*yeni ve kasıtlı bir suçun işlenmemesi*” ve “*denetimli serbestlik tedbirlerine uygun davranılması*” halinde, HAGB kararı kaldırılmakta ve “*düşme*” kararı verilmektedir. Bu halde, mahkûmiyet hükmüne esas olan suç işlenmemiş kabul edilmelidir. HAGB kararlarına yönelik Adli Sicil Kanununun 6. maddesi kapsamında kaydedilen bilgiler, adli sicil kaydından silinmelidir.

HAGB belli şartlara bağlı olduğu gibi HAGB kararının da belli sonuçları doğmaktadır. Bunları inceleyecek olursak;

1. Dava Zamanaşımı Durur

HAGB kararı verildiğinde denetim süresi olan 5 yıllık süre içerisinde dava zamanaşımı süresi durur. Durma süresi içerisinde yeni bir suçun işlenmesi ve bu suçun kesinleşmesi veya denetim süresinin tamamlanması hallerinde dava zamanaşımı süresi işlemeye devam eder.

2. Denetim Süresi Kasıtlı Bir Suç İşlemeksizin Tamamlanmalıdır

HAGB süresi içerisinde kasıtlı ve yeni bir suç işlenmemelidir. Sanık 5 yıl süreyle denetim süresine tabi tutulur. Bu süre suça sürüklenen çocuklar bakımından 3 yıldır. Süreler HAGB kararına itiraz edilmesi veya itiraz edilmeden kesinleşmesi tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bu süreler içerisinde taksirle işlenen suçlar önemli değildir. Sürenin dolmasından sonra mahkeme davanın düşürülmesine karar verir.

2020) 365; Veli Özer Özbek ve Başbüyük İsa, ‘Hükümün Açıklanmasının Geriye Bırakılması Kararlarına İtirazın İncelenme Usulünün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorun Üzerine’ 2013, 8(21) Ceza Hukuku Dergisi 8.

³⁹ Harun Kale, ‘Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Cezalarına Etkisi’ (2011) 6(60) Terazi Hukuk Dergisi 45.



3. Mahkeme Denetimli Serbestlik Tedbirlerinin Uygulanmasına Karar Vermelidir

Sanık denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlese bir daha HAGB'ye karar verilemez. Mahkeme denetimli serbestlik süresi zarfında “*bir yıldan fazla olmamak üzere*” kendi belirleyeceği süre zarfında denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir. Sanık sanat veya meslek sahibi değilse, bunu sağlamak üzere eğitime ilişkin bir programına devam etmesine karar verebilir. Meslek veya sanat sahibi ise “*kamu veya özel de ücret karşılığında çalıştırılmasına*”, “*belirlenen yerlere gitmekten yasaklanma veya devam etmeye*” ya da “*belirlenecek başka yükümlülükler*” karar verebilir.

4. Ceza Tecil Edilemez Ve Seçenek Yaptırımlara Çevrilemez

İşlenen suçtan dolayı 2 yıl veya daha az süreli hapis cezaları ertelenebilir. HAGB'ye karar verilen mahkeme kararında, mahkûm olunan hapis cezası “*ertelenemez*” ve “*kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez*”. HAGB'ye esas olan hükümde mahkûmiyet kararı verilen hapis cezası ertelememez.

5. Hükmün Açıklanması

Hüküm kurulmasından sonra denetim süresinde kasıtlı ve yeni bir suçun işlenmesi, tedbirin yerine getirilmemesi veya tedbir olarak belirlenen kararlara uyulmaması halinde mahkeme denetimli serbestlik süresinin dolmasını beklemeksizin dosyayı ele alır. Re'sen duruşma açar, tarafları duruşmaya davet eder ve beş yıllık deneme süresini beklemeden açıklanmasının geri bıraktığı hükmü açıklar. Hükmü açıklayan mahkeme sanığın durumunu yeniden değerlendirir. Ceza miktarının yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine yönelik karar verebileceği gibi şartları varsa hükümdeki hapis cezasını erteleyebilir. Cezayı seçenek yaptırımlara çevirebilir ve yeni bir mahkûmiyet kararı verebilir. HAGB kararı verilirken erteleme ve seçenek yaptırımlara karar vermek mümkün değilken, hükmün açıklanmasından sonra şartları oluşmuşsa, bu iki kurumun uygulanması mümkündür.

E. HAGB Kararlarına Karşı Kanun Yolu

Bir yasa yolunun etkin olabilmesi için varlığı aranan diğer şartlardan birisi “*sonuç alınabilir nitelikte*” bulunmasıdır. Adil yargılanma ilkesinin vücut bulabilmesi bakımından ilk derece mahkemesi kararı üst dereceli mahkeme tarafından denetlenmelidir.

HAGB kararı itirazı kabil kararlardandır. İtiraz merciinin kararı lehe veya aleyhte olabilir. Kararla 5 yıllık denetim süresine tabi kılınan sanığın özgürlüğü kısıtlanmaktadır. Hakkında yaptırımlar uygulanabilmektedir. Karara karşı “*itiraz*” kanun yolunda (olağan yasa yolu) hükmün içeriğine ilişkin hukuka aykırılıkların değerlendirildiği etkin bir denetim mekanizması bulunmamaktadır.

Oysa itiraz mercii CMK'nın 231. maddesinde sayılan şartlarla sınırlı olmaksızın inceleme yapmalıdır. Mercii, suçun sübut bulması ile vasfının değişmesi gibi konuları da değerlendirmelidir. İlk verilen kararı maddi ve hukuki yönden incelemeli, hukuka uygunluk denetimi yapmalıdır. Yargıtay, önceki kararlarında itiraz makamının sadece HAGB kurumunun şartlarının oluşup oluşmadığı ile sınırlı bir inceleme yapması gerektiğine karar vermekte iken, Ceza Genel Kurulu (CGK) 2013 yılında itiraz mercii'nin hem "maddi olay" hem de "hukukilik denetimi" yapabileceğine karar vermiştir.⁴⁰

Bize göre de itiraz mercii maddi ve hukuki yönden denetim yapmalıdır. Gerek gördüğünde itirazı sanık müdafine tebliğ etmeli, sanığı dinlemeli, gerekli araştırma ve incelemeyi yapmalıdır. İtiraz kanun yolunda kararda yanlışlık varsa sanık aleyhinde bozma kararı verilebilir. İtiraz edilmeden kesinleşen hükümlerde, Kanun Yararına Bozma (KYB) yasa yolunda hükmün bozulmasına karar verilmesi halinde yargılamanın yenilenmesi yasağına ilişkin kurallar uygulanmaz. Davanın esaslı çözümüne dair bir karar bulunmadığından verilecek kararda, lehe veya aleyhe bir neticeden söz edilemez.⁴¹

İtiraz edilmeksizin kesinleşen HAGB kararlarına karşı KYB kanun yoluna gidilebilir. KYB olağanüstü bir kanun yolu olup dar kapsamlı bir incelemeyi içermektedir. Bu denetim yolunda her türlü hukuka aykırılık öne sürülemez. HAGB'ye yönelik mahkemenin olumlu ve olumsuz takdir yetkisindeki yanlışlığı, olağanüstü bir yasa yolu olan KYB'ye konu edilemez.⁴² KYB kanun yolunda, maddi ve hukuki denetimin yapılmasının kabulü, itiraz ve hatta istinaf kanun yolunu devre dışı bırakarak Yargıtay temyiz yolunu açar. Bu durum hakkın kötüye kullanılmasını sonuçlayabilir. Şöyle ki; sanık süresinde itiraz kanun yoluna başvurmayarak, kararlar ilgili maddi ve hukukilik denetimini içtihat mahkemesi olan temyiz mercii'nde yaptırabilir. Yasal süresinde itiraz yapılması sonrasında, itiraz mercii maddi ve hukuki denetim yapar. Mercii'nin verdiği kesin kararda hukuka aykırılık bulunması nedeniyle kanun yararına bozma yoluna başvurulabilir. Bu halde, mercii'nin bu denetimi yapıp yapmadığı incelenebilir. Süre geçirildikten sonra doğrudan KYB yoluna gidildiğinde, kararın maddi ve hukuki denetimi yapılamaz. HAGB kararına esas alınan mahkûmiyet kararının, olağan yasa yolu olan temyiz kanun yolunda incelebileceği düzenlenmemiştir. Kararın kanun yararına bozma yasa yoluyla denetlenebileceğinin kabul edilmesi kanun koyucunun iradesine ve kanun yollarına egemen ilkelere aykırı olur. Olağanüstü kanun yolu olan KYB' de hükmün üzerine kurulduğu HAGB kararı denetlenmelidir. Bu denetimde, takdire dayanan konular incelenmemeli, HAGB'ye ilişkin objektif şartların oluşup oluşmadığı denetlenmelidir.

⁴⁰ Artuç (n 10) 1050.

⁴¹ Yargıtay CGK, K 2014/128, 11.03.2014.

⁴² Yargıtay CGK, K 2018/632, 11.12.2018.



Sanık denetim süresi içerisinde yeni ve kasıtlı bir suç işlerse, açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanacaktır. Hükmün açıklanabilmesi için, ikinci suç nedeniyle verilen mahkûmiyet kararı kesinleşmelidir. Hükmün açıklanması durumunda “*cezanın aleyhe değiştirilmesi yasağı*” bulunmaktadır. Yeniden kurulan hükümde verilecek ceza, ilk hükümle verilen cezadan daha fazla olamaz.⁴³ Yeni kurulan hükümde “*haksız tahrik*” sebebiyle indirim yapılması mümkündür.

Denetim süresi içerisinde HAGB kararına konu suçun dava zamanaşımı süresi durur.⁴⁴ İşlenen suçun şikâyete bağlı olması veya re’sen soruşturmaya tabi kılınması önem arz etmez. İkinci suçtan dolayı verilecek mahkûmiyet hükmünün niteliğine ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. İkinci suçun cezasının “*adli para cezası*” veya “*hapis cezası*” olmasının yanı sıra “*seçenek yaptırıma çevrilmiş olması*” önemli değildir. Kesin nitelikte verilmiş bir hüküm olması da önemli değildir. İkinci işlenen suçun kasıtlı bir suç olması yeterlidir.⁴⁵ Bu süre içerisinde yeni bir suçun işlenmemesi ve denetimli serbestlik tedbirlerine uygun davranılması halinde, açıklanması geri bırakılan hüküm düşecektir.⁴⁶

Hükümde kanuna ve hukuka aykırılık bulunsa bile açıklanan hüküm değiştirilemez. HAGB kararı sonrasında “*sanığın vefatı*”, “*dava zamanaşımı süresinin dolması*”, “*şikâyetten vazgeçme*”, “*karara konu olan suçun yeni bir yasayla suç olmaktan çıkarılmış olması*”, “*daha az bir cezayı gerektiren*”, “*ön ödemeye*”, “*Basit yargılama usulüne*” veya “*Seri yargılama usulüne*” tabi suç haline getirilmesi durumunda, mahkeme yeni bir hüküm tesis edilmelidir. Yeni bir hükmün kurulması “*adil yargılanma*”, “*maddi gerçeğin araştırılması*” ve “*çabukluk*” ilkesinin gereğidir.

II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ DİSİPLİN SORUŞTURMASINA ETKİSİ

İşlemiş olduğu iddia olunan eylem sebebiyle memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ceza ve disiplin soruşturmaları açılmaktadır. Ceza soruşturma ve kovuşturmasında HAGB kararı verilmesi durumunda, bu hükmün disiplin soruşturmasına etkisi incelenmeden önce “*memur*”, “*kamu görevlisi*” “*disiplin suçu*”, “*disiplin cezası*” ve “*disiplin soruşturması*” kavramları kısaca izah edilmelidir.

⁴³ Yargıtay CGK, K 2016/42, 09.02.2016.

⁴⁴ Yargıtay CGK, K 2016/99, 01.03.2016.

⁴⁵ Yargıtay CGK, K 2015/145, 05.05.2015.

⁴⁶ Artuç (n 10) 1051.

A. Memur ve Kamu Görevlisi Kavramı

İdari organların kamu hizmetini yürütebilmesi için nitelik ve nicelik olarak insan unsuruna ihtiyacı bulunmaktadır.⁴⁷ İnsan unsuru, kamu hizmetinin beşeri kısmını oluşturmaktadır. Kamu görevlisi daha üst bir kavramdır.

1. Memur Kavramı

DMK’da kamu görevlileri, “memurlar”, “sözleşmeli personel”, “geçici personel” ve “işçiler” olarak dört ayrı şekilde tanımlanmaktadır. Mevzuatta memur tanımı farklı şekillerde tanımlanmıştır.⁴⁸ DMK’ya göre memur, “mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenlerdir” (m. 4/A). Bu tanımlamaya göre memur, genel idare esaslarına göre görev yapmak suretiyle kadro işgal etmektedir.⁴⁹

2. Kamu Görevlisi Kavramı

Kamu görevlisi kavramı yasalarda farklı şekilde tanımlanmıştır. Bu kavram en kapsayıcı şekilde TCK’nın 6/1-(c) maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanım diğer hukuk disiplinlerine göre daha geniş kapsamlıdır.⁵⁰ Maddeye göre kamu görevlisi deyiminden, “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” anlaşılmalıdır. Başka bir tanımlamayla kamu görevlisi, devletin yerine getirdiği görevlerin yürütülmesinde görev üstlenen insan unsurudur.⁵¹ Kamu görevlileri statüleri, istihdam edildikleri şekil ve çalıştıkları hizmet sektörlerine göre, “memur”, “hâkim ve savcı”, “öğretim elemanı”, “sözleşmeli personel” ve “sürekli işçi” olarak gruplara ayrılmaktadır.⁵²

Kamu görevlisi kavramı, memur kavramına oranla daha geniş bir çalışan kitlesini kapsamaktadır. Bu hususta kuşku bulunmamaktadır.⁵³ Ezcümle, kamu görevlisi idarenin var oluş sebebi olan kamusal görevlerini yerine getirmek

⁴⁷ Abdullah Uz, ‘Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı Ve Liyakat İlkesi’ (2011) 2(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 62.

⁴⁸ Adil Bucaktepe, ‘Devlet Memurluğu Ve Memurların Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler’ (2014) 18 (3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 462.

⁴⁹ Mehmet Metin Arslan ve Metin Bulut ve Abdulkadir Dursun, *Disiplin Usulü Ve Soruşturma Örnekleri* (1. Baskı, Siyasal Kitabevi 2019) 17.

⁵⁰ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku* (3. Baskı, Turhan Kitabevi 2004) 861; Nusret İlker Çolak, ‘Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri’ (2005) 9(1-2) Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 130.

⁵¹ Çolak (n 50) 129.

⁵² Arslan ve Bulut ve Dursun (n 49) 17.

⁵³ Abdullah Ayhan Şan, *Özel Soruşturma Usulleri* (1. Baskı, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayınları 2008) 35; Kurt (n 16) 387.

üzere görev üstlenen asli ve sürekli personeldir. Ancak yapılan işin niteliği kamusal faaliyet değilse personel kamu görevlisi olarak kabul edilemez.⁵⁴

B. Disiplin Suçu, Disiplin Cezası ve Disiplin Soruşturması Kavramları

Ceza hukukunun amacı kamu düzeninin korunması ile toplumun savunulmasıdır. Disiplin hukuku kamu hizmetinin daha iyi şekilde işlenmesini sağlamaktadır.⁵⁵ Genel kamu hukukunda, disiplin hukuku dar ve kısmi hususları esas almaktadır. Disiplin hukukuyla kamu hizmetlerinin yapılabilmesi, kişilerin görevlerini daha verimli yapması, yasalara uygun davranarak amirlerinin vermiş olduğu görevleri yerine getirmesi ve hizmetin aksamadan yürütülebilmesi için yaptırım ve kurallar getirilmiştir.⁵⁶ Disiplin hukuku, soruşturması ve usulüne ilişkin işlemler, kamu görevlisi ve soruşturmacı sıfatını taşıyanlar bakımından önemli olan kamu hukuku alanıdır. Öğreti ve yasa hükümlerinde “*disiplin soruşturması*” yerine “*disiplin kovuşturması*” ve “*disiplin yargılaması*” kavramları da kullanılmaktadır.⁵⁷ Anayasa Mahkemesi’ne göre, ceza ve ceza yargılaması hukuku ile disiplin hukuku farklı disiplinler olup, farklı kurallara tabidir. Ancak ceza hukukuna egeyen olan temel ilkeler disiplin hukuku bakımından da geçerlidir.⁵⁸

Disiplin suçu kamu görevine ilişkindir. Disiplin suçu sadece kamu görevlilerini kapsayan ve kamu işlerinin düzenli yürütülmesini sağlamak üzere uygulanan kurallar bütünüdür.⁵⁹ Günday’a göre disiplin suçu, memurun yasalarla düzenlenen ödev ve sorumlulukları ihlal ederek sergilediği, kurumun iç düzenini bozucu davranışlardır.⁶⁰ Kurumun iç düzenini bozmaya yönelik ve kamu hizmetine aykırı nitelikteki memur davranışları olumsuz nitelikte olup çalışma koşullarını kötüleştirir.⁶¹

Disiplin cezaları yasada belirlenen durumlarda, kurum veya meslek veya kamu hizmeti düzeninin sağlanabilmesi için ilgili hakkında uygulanan cezalardır. Disiplin cezalarının niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kamu görevini yürütmekte olan idari mercilerin iç işleyişlerinin sağlanmasına

⁵⁴ Osman Yaşar ve Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Yasası* (4. Cilt, Adalet Yayınevi 2010) 7236.

⁵⁵ İbrahim Pınar, *Memur Suçlarında İdari Soruşturma* (1. Baskı, Seçkin Kitabevi 1987) 308.

⁵⁶ Veysel Candan Canoğlu, ‘Disiplin Soruşturmasında Delil Ve İspat’ (2018) (138) TBB Dergisi 232.

⁵⁷ Arslan ve Bulut ve Dursun (n 49) 5.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, E 2014/100 K 2015/6, 14.01.2015; Anayasa Mahkemesi, 2012/584 Münür İçer Bireysel Başvuru, 12.03.2015; Mehmet Sadık Yamalı, *Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları* (1. Baskı, Şen Matbaası 2016) 1079.

⁵⁹ Zehreddin Aslan, *657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç Ve Cezaları* (1. Baskı, Alfa Yayınları 2001) 135.

⁶⁰ Metin Günday, *İdare Hukuku* (İmaj Yayınevi 2002) 545.

⁶¹ Arslan ve Bulut ve Dursun (n 49) 29.

ilişkin konulan kuralların ihlal edilmesinden kaynaklanan idari yaptırımlardır. Hürriyeti bağlayıcı ceza niteliğinde değildir.⁶² Verilecek disiplin cezaları işlenen eylem ile uyumlu olmalıdır.

Disiplin cezaları, memurun görev yaptığı kamu idaresinin iç işleyişinin korunması amacıyla yönelik getirilen kuralların ihlal edilmesinin karşılığıdır.⁶³ Kamu hizmetlerinin en iyi koşullarda yürütülmesini sağlamak amacıyla hiyerarşi gücüne dayanılarak alınmış idari tedbirlerdir.⁶⁴ Bunlar memurun memuriyet görevini tam bir bağlılık içerisinde yerine getirmesine ve kamu görevlisi sıfatıyla onurunu korumaya yönelmiş kurallardır.⁶⁵

Disiplin cezalarının sebebi kuralları ihlal eden hareketlerde bulunulması halinde, disiplin cezası yaptırımına bağlanan davranışlardır. Kamu görevlilerine verilen disiplin cezaları, mesleki yaşam ve yaptıkları görevler sebebiyle ortaya çıkan ve çalıştıkları kurum tarafından belirlenen düzenlemelere aykırı davranışları sebebiyle, kendileri hakkında uygulanmakta olan bir takım zorlayıcı tedbirlerdir.⁶⁶ Disiplin cezalarının verilmesiyle amaçlanan, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi suretiyle kamu görevlilerinin çalışma düzeninin korunmasıdır.⁶⁷

DMK'nın 125. maddesinde, eylemlerin nitelikleri itibarıyla kanunda sayılan disiplin suçlarına benzer fiil ve hâllerde, aynı cinsten disiplin cezası verileceği belirtilmiştir. Öğretide “*disiplin suçları*” bakımından “*kanunilik ilkesinin*” geçerli olmadığına ilişkin görüşler bulunmaktadır.⁶⁸ DMK'nın 124 ilâ 136. maddeleri arasında disiplin cezaları sayılmıştır. Verilecek cezalar ağırlık derecelerine göre sayılmıştır. Bize göre de “*disiplin cezaları*” bakımından kanunilik ilkesi geçerlidir. “*Geçmişe yürümezlik ilkesi*” kanunilik ilkesinin unsurlarından olup, ceza kanunlarının yürürlüğe girmesinden sonra işlenen fiillere uygulanabileceğini ifade etmektedir. Danıştay'a göre, bu ilkenin uygulanması disiplin suç ve cezaları bakımından da geçerlidir.⁶⁹

⁶² Durmuş Tezcan, ‘Kamu Görevlilerine Uygulanan Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği Ve Adil Yargılanma Hakkı’ (2004) Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu Eskişehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 190.

⁶³ Günday (n 60) 559; Sezer ve İpek (n 15) 67.

⁶⁴ Aslan (n 59) 28.

⁶⁵ Ahmet Erdoğan, ‘Yeni Disiplin Cezaları’ (1972) 2(6-7) Danıştay Dergisi 5.

⁶⁶ Tayfun Akgüner, *Kamu Personel Yönetimi* (3. Baskı, Der Yayınları 1998) 159.

⁶⁷ İsmet Giritli ve Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku* (3. Baskı, Der Yayınları 2008) 717; Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, ‘Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Disiplin Cezalarının İptali Davalarında Tanık Delili Sorunu’ (2021) 29(1) SÜHFD 513.

⁶⁸ Çınarlı ve Azak (n 67) 515.

⁶⁹ Mustafa Yaşar Demircioğlu, ‘Üniversitelerde 2014 Yılından Önce İşlenen İntihal Suçlarıyla İlgili Disiplin Soruşturması Ve Cezalandırma Sistemi’ (2014) 0(4) Ankara Barosu Dergisi 332.



Disiplin soruşturması disipline konu eylemle bozulduğu kabul edilen kısmi düzenin yeniden sağlanabilmesi amacıyla, disiplin suçuna konu olayın cezalandırılması bakımından yapılmaktadır. Bu soruşturma kendine özgü kural, özellik ve işleyişe sahiptir.⁷⁰ Bu faaliyet kapsamında bir inceleme ve araştırma faaliyeti yapılmaktadır. Haklarında soruşturma yapılanlar genellikle disiplin işlemlerini haksız ve üzücü bulmakta, güvenilir olmadığını iddia etmektedir.⁷¹ Her hukuk disiplininde, disiplin soruşturmasına ait hükümler birbirinden farklı düzenlenmiştir. Disiplin soruşturmalarında, kurum disiplin mevzuatı hükümleri uygulanacaktır. Mevzuatta eksik hükümlerin bulunması durumunda, diğer yasa hükümleri kıyas yoluyla uygulanmalıdır.⁷²

Disiplin alanında ceza hukuku ve idare hukuku iç içe geçtiğinden, yapılacak disiplin soruşturmalarında her iki hukuk dalına ait ilkeler uygulanmalıdır. Ceza hukukunda kabul edilen temel ilkelerinden “suçta ve cezada kanunilik”, “kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı”, “cezaların geçmişe yürümemesi”, “lehe kanununun uygulanması”, “hukuka aykırı delillerin kullanılmaması”, “savunma hakkının sınırlandırılmaması”, “ölçülülük”, “cezaların şahsiliği”, “aynı fiilden dolayı tek ceza verilmesi” ve “eşitlik ilkesi” disiplin soruşturmalarında da uygulanır.⁷³

C. HAGB Kurumunun Disiplin Soruşturmalarına Etkisinin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Bakımından Değerlendirilmesi

1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)

İHAS'nin 6/2. maddesine göre, “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.” Bu ilke “masumiyet karinesi” olarak adlandırılmaktadır. HAGB kararlarının yürütülmekte olan disiplin soruşturmalarına etkisi çoğunlukla bu genel ilke kapsamında ele alınmaktadır. Masumiyet karinesi gereğince, denetim süresi içerisinde suç işleyen failin bu yeni suçuna ilişkin mahkeme kararı kesinleşmelidir. Kesinleşmeyen kararın disiplin soruşturmasına esas alınmaması en uygun çözüm yoludur.

2. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) Kararları

Ceza yargılamasında HAGB kararı verildiğinde, yapılan disiplin soruşturmasına etkisi İHAM kararlarına konu olmuştur. Mahkeme, HAGB kararına

⁷⁰ Canoğlu (n 56) 234.

⁷¹ Louis Van der Bank and Amos Engelbrecht & Johanita Strümpher, ‘Perceived Fairness Of Disciplinary Procedures In The Public Service Sector: An Exploratory Study’ (2018) 6(2) SA Journal of Human Resource Management 1.

⁷² Canoğlu (n 56) 235.

⁷³ Demircioğlu (n 69) 337.

rağmen disiplin yaptırımını “*masumiyet karinesi*”, “*maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı*” ve “*gerekçeli karar hakkının ihlali*” yönünden incelemiştir.

İHAM ceza yargılamasında beraatla sonuçlanan davalar bakımından idari yargı veya idari süreçlerin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme “*Seven v Türkiye*” ve “*Kemal Coşkun v Türkiye*” kararlarında konuyu incelemiştir. Sözleşme’nin 6/2. fıkrasında düzenlenen “*masumiyet karinesine*” vurgu yapmaktadır. Masumiyet karinesi ile suç isnadı altında bulunulmasından ceza yargılamasının kesinleşmesine kadar geçen süreçte kişisel haklar güvence altına alınmaktadır. Karine adil bir yargılama ile sınırlı olmayıp çok daha geniş kapsamlıdır. Suçluluğu mahkeme kararı ile sabit olmadan yetkili mercilerce, kişinin suçlu olduğuna dair beyanda bulunulmamalıdır. Bu karine, ceza yargılamasının yanı sıra bununla bağlantılı diğer davalar ve disiplin soruşturmalarda da esas alınmalıdır. Ceza yargılamasının mahkûmiyet haricindeki bir kararlarla sonuçlanması halinde, diğer yargılama ve disiplin eylemlerinde, kişinin masum olabileceğinden şüphe duyulmamalıdır.⁷⁴

D. Anayasal Haklar Bakımından HAGB

Ceza yargılaması kararlarının diğer yargılamalar ile disiplin soruşturma ve kararlarına etkisi, Anayasa’da güvence altında bulunan “*masumiyet karinesi*”, “*adil yargılanma hakkı*”, “*mahkeme kararlarının gerekçeli olması*”, “*maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi*” bakımından ayrıca incelenmelidir.

1. Masumiyet Karinesi İlkesi

Masumiyet karinesi, ceza hukukunun temel ilkelerinden birisidir. Bir dizi insan hakları belgesinde kabul edilmiştir.⁷⁵ Bir suç ile isnat olunan ve henüz hakkında mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsamaktadır. Suçun işlediğine ilişkin kesinleşmiş bir yargı kararı olmaksızın kişinin suçlu kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Masumiyet asıldır. Suçlu olduğunun ispat yükümlülüğü iddia makamına düşmektedir. İlgiliye masumiyetini (suçsuzluğunu) ispat külfeti yüklenemez. Norm “*suçsuzluk karinesi*” olarak da ifade edilmektedir.⁷⁶ Bu ilke evrensel olarak kabul edilmiş olsa da kamu güvenliğinin gerekli kıldığı bazı hallerde, toplumu korumak adına bu ilkedен vazgeçilerek, makul şüphenin ötesinde kanıtların değerlendirilebildiği görülmektedir.⁷⁷

⁷⁴ Mustafa Yaşar Demircioğlu, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Masumiyet Karinesinin Korunması’ (2019) (2) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 318; İHAM, *Seven v Türkiye*, Başvuru No. 60392/08, 23.01.2018; İHAM, *Kemal Coşkun v Türkiye*, Başvuru No. 45028/07, 28.03.2017.

⁷⁵ Anthony Davidson Gray, ‘The Presumption of Innocence Under Attack’ (2017) 20(4) New Criminal Law Review 571.

⁷⁶ Enes Yılmaz, ‘Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sanık Hakkında Sonuç Doğurmaması Üzerine Bir Değerlendirme’ (2021) 1(2) Kırıkkale Hukuk Mecmuası 282.

⁷⁷ Gray n (75) 614.



Anayasa'nın 38/4. maddesinde düzenlenen bu ilke uyarınca, kesinleşmiş bir yargı kararı olmaksızın herkes masum kabul edilmelidir. Bu karine ceza yargılamasında usûli bir güvence sağlamaktadır. Bu ilke, ceza yargılaması ile bağlantılı hukuk ve disiplin yargılamalarında da dikkate alınmalıdır. Masumiyet karinesi ilkesi, idari yargılama hukukuna egemen olan “*idari işlemlerinin hukuka uygunluğu ilkesi*” ile çelişebilmektedir. Uyuşmazlığın esas olan maddi olayın sübutuna dair ceza mahkemesi kararı mevcutsa, idari merciler bu kararı dikkate almalıdır. Ceza mahkemesi kararı doğrultusunda hareket etmelidir.⁷⁸ Haklarında kesin mahkûmiyet hükmü bulunmayan kişiler bu yargılamalarda suçlu muamelesi görmemelidir. Ancak, mahkûmiyet hükmü kurulmamış olsa da ilgili hakkında disiplin cezası verilmesi veya hukuk mahkemesinde mahkûm olması masumiyet karinesini doğrudan ihlal etmez. İhlalin oluşabilmesi için ilgili karar vericilerin kullandıkları dil önem taşımaktadır. Verilen karar ve gerekçesi bir bütün halinde dikkate alınmalıdır. Kararda, kişinin suçluluğuna dair bir yargı ve ima bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.⁷⁹

HAGB kararlarında, sanığın suçluluğuna dair vicdani bir kanaat bulunmaktadır. Bu kanaat kişinin “*kasten yeni bir suç işlememesi*” şartına bağlanmaktadır. Bu şart, kararın hüküm ifade etmemesini sonuçlamaktadır. Ceza yargılamasına konu olan eylemde, bu alan dışında yani idari uyuşmazlıklarda, HAGB kararına dayanılması “*masumiyet karinesine*” aykırılık oluşturabilmektedir. Ancak idari uyuşmazlıkta, ceza yargılaması ve bu yargılama sonrasında HAGB'den bahsedilmesi masumiyet karinesinin ihlalini sonuçlamaz. İhlalin oluşabilmesi için, karar ve gerekçesi bir bütün halinde ele alınmalıdır. Verilen kararın münhasıran HAGB'ye karar verilen eylemlere özgü olup olmadığı incelenmelidir.⁸⁰

2. Adil Yargılanma Hakkı ve Mahkeme Kararlarının Gerekçeli Olması İlkesi

Adil yargılanma hakkı Anayasa'nın 36/1. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 141/3. maddesine göre “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” Bu düzenleme yükümlülük mahiyetindedir. Madde de “*gerekçeli karar hakkına*” dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. “*Anayasanın bütünlüğü ilkesi*” kapsamında, “*adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkını*” da içerdiği kabul edilmektedir.⁸¹ Gerekçeli karar hakkının kap-

⁷⁸ Sezgin Hatipoğlu, ‘Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Hukuku Bakımından Bağlayıcılığı’ (2016) (141) Danıştay Dergisi 89.

⁷⁹ Akif Yıldırım, ‘Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi’. (2017) 5(9) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 503; Anayasa Mahkemesi, 2013/3175 Mustafa Kıvrak Bireysel Başvuru, 20.02.2014; Anayasa Mahkemesi, 2012/1268 M. I. Bireysel Başvuru, 30.12.2014.

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, 2012/665 Kürşat Eyol Bireysel Başvuru, 13.06.2013.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi, 2014/8868 Abdullah Topçu Bireysel Başvuru, 19.04.2017.

samı, verilen kararın niteliğine göre değişebilmektedir. Bu noktada kanun yolu incelemesinde, üst mahkemenin karardaki gerekçeyle aynı sonuca ulaşması, aynı gerekçeyi kararına yansıtması ve uygun bulması yeterli görülmelidir.⁸²

3. Maddi Manevi Varlığın Korunması ve Geliştirilmesi İlkesi

Şeref ve kişisel itibarın korunması, kişisel kimliğin ve insanın manevi bütünlüğünün parçalarından birisidir. Bu hakka, kamu otoritesinin eylem ve işlemleri nedeniyle müdahale varsa Anayasa'nın 13 ve 17. maddeleri açısından değerlendirilmelidir. Yapılan işlem sebebiyle, mesleki kariyerin olumsuz etkilenmesi de “*maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı*” kapsamında ele alınmalıdır.⁸³

E. Yüksek Mahkeme Kararlarında, HAGB ve Disiplin Cezaları İlişkisi

1. Disiplin Cezaları Kapsamında HAGB Kararları

Disiplin cezasını vermeye yetkili merci, disiplin suçu sayılan eylemin işlendiğini öğrenmesi üzerine soruşturma emrini verir. Soruşturmacı görevlendirir. Soruşturmacı müştekiyi dinler, olayın açıklığa kavuşması için lüzum görülen tanık ve soruşturulan kişilerin savunmasını tespit eder. Yaptığı inceleme ve soruşturma sonrasında olayı değerlendirir. Soruşturma raporunu hazırlar ve herhangi bir şüpheye mahal vermeden somut delilleri ortaya koyar. Hakkında soruşturma yürütülen kişi hakkında “*kanaat*” teklifinde bulunur. Sonrasında disiplin kurulu veya disiplin amiri soruşturma dosyasını incelemek suretiyle karar verir.

Ceza yargılamasına konu edilen maddi olay ve olguların hepsi disiplin soruşturmasında idari makamlarca ayrıca değerlendirilmelidir. Yapılacak değerlendirme sonrasında ulaşılan kanaate göre işlem veya karar tesis edilmelidir.

Ceza ve disiplin hukukunda “*yasallık ilkesi*” geçerlidir. Memur disiplin hukukunda kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilebilmesi için yasaklanan davranışlar belirtilmiştir. Yasaklanan davranışların karşılığı olan fiilin cezalandırılması gerekir. Cezalandırılması öngörülen fiilin varsa tanımında öngörülen “*özel*” ve “*nesnel*” unsurlar idarece ortaya konulmalıdır. Kişinin fiilinin yasa tarafından öngörülmüş olan cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılması, işlemin iptalini gerektirir bir hukuksal sakatlık nedenidir. Ceza ve disiplin hukukunun aynı içerikte unsurlarını tespit etmediği suçlar bakımından açıklanmayan mahkûmiyet kararı (HAGB) idare mahkemesi kararına doğrudan etki etmez. HAGB'ye ait dava dosyası ile disiplin soruşturması dosyası, idari yargı mercileri tarafından ayrıca ele alınarak disiplin suçunun unsurları belirlenmelidir.

⁸² Anayasa Mahkemesi, 2013/2995 Mehmet Yavuz Bireysel Başvuru, 20.02.2014; Anayasa Mahkemesi, 2013/5486 Yasemin Ekşi Bireysel Başvuru, 04.12.2013.

⁸³ Anayasa Mahkemesi, 2012/1268 M. I. Bireysel Başvuru, 30.12.2014.

2. Yüksek Mahkeme Kararları Kapsamında Uygulamadaki Durum

Anayasa Mahkemesi ceza yargılaması devam ederken veya sona ermesinden sonra sürmekte olan adli ve idari soruşturmalarda masumiyet karinesinin uygulanmasını esas almaktadır. Disiplin soruşturmalarında, ceza yargılamasında elde edilmiş olan bir delile dayanılması ya da ceza yargılamasına doğrudan atıf yapılması yalnız başına masumiyet karinesinin ihlalini sonuçlamaz. Ancak adli ve idari makamların kendi görev ve yetki sınırlarını aşarak kişiyi suçlu ilan etmesi veya bu anlamda birtakım sonuçlarda bulunması masumiyet karinesini ihlal eder. Masumiyet karinesinin içerdiği güvencelerin kapsamı tespit edilirken kararın gerekçesi bir bütün halinde ele alınmalıdır. Soruşturma makamının kişiye suç isnat edip etmediğinin belirlenmesinde, ceza yargılaması kararının incelemesi önemlidir. İlgili hakkındaki ceza yargılaması mahkûmiyet dışında bir kararla sona ermesine rağmen, kamu otoriteleri ve görevliler tarafından disiplin soruşturması kararında, ilgilinin suçlu olabileceğinin ifade edilmiş olması masumiyet karinesini ihlal eder. Karar verici mercilerin kullandıkları dil kritik öneme sahiptir.⁸⁴

Anayasa Mahkemesi, “Hüseyin Şahin Bireysel Başvuru” kararında, İHAM’ın “Ringvold v Norveç” kararına vurgu yapmaktadır. Kararda, “Kişi hakkında verilen beraat kararı sorgulanmadığı sürece, aynı maddi olay çerçevesinde daha düşük ispat standardı kullanılarak kişinin disiplin sorumluluğu çerçevesinde yaptırma tabi tutulmasına engel teşkil etmemektedir.” denilmektedir.⁸⁵

Anayasa Mahkemesi, ceza yargılamasının düşmesi ve şarta bağlı olarak ertelenmesi hallerinde sanık hakkında masumiyet ilkesinin devam ettiğini belirtmektedir. Çünkü ortada verilmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi kararları değerlendirildiğinde, ceza yargılamasında kurulan HAGB kararlarının disiplin hukuku bakımından bağlayıcılığı hususunda “delil yetersizliği sebebiyle verilen beraat” kararları ile aynı doğrultuda değerlendirmelerde bulunulduğu görülmektedir.⁸⁶ Yüksek mahkemeye göre, idari yargı mercileri tarafından masumiyet ilkesi gözetilerek yargılama yapılmalıdır.

Danıştay’a göre, sanık hakkında Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar (KYOK) veya beraat kararı verilmesi durumunda, sanığın yargılamaya konu edilen eylemi gerçekleştirildiğinden bahisle yapılan idari işlemin yargı denetimi önemlidir. Ceza yargılamasına konu edilen eylemin sübut bulması veya bu eylemin kasıtlı yapılmasına dair genel bir kanaatten hareket edilmesi ve karar verilmesi masumiyet karinesi ile bağdaşmamaktadır. Ceza yargılamasının

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, 2014/15365 Turgut Duman Bireysel Başvuru, 29.05.2019; Yamlı (n 61) 1085.

⁸⁵ Hatipoğlu (n 78) 88; Anayasa Mahkemesi, 2013/1728 Hüseyin Şahin Bireysel Başvuru, 12.11.2014; İHAM, Ringvold v Norveç, Başvuru No. 34964/97, 11.02.2003, §38.

⁸⁶ Hatipoğlu (n 78) 93.

da kişinin kastı bulunmadığının tespiti durumunda, idare mahkemesinin kastın varlığına karar verebilmesi mümkün değildir. Ceza yargılaması dışında, bu yargılamaya konu eylemler sebebiyle devam etmekte olan uyuşmazlıklarda, kişi hakkında verilen beraat kararının sorgulanması masumiyet karinesinin ihlalini sonuçlar.⁸⁷

Yargıtay'a göre, kesin delilin bulunduğu bir hususta, mahkemenin bunun doğruluğunu tekrar araştırması ve inceleme konusu yapması hukuken anlamsızdır. Kesin delil dosyanın tarafları ile hâkimi bağlamaktadır. Bu nitelikteki delillerle ispatlanan olay, hukuki olarak doğru kabul edilmelidir. Hâkim kesin delilleri takdir edemez ve bu delillerle ispatlanan hususu doğru kabul etmelidir. Hukukumuzda “kesin hüküm” de kesin delillerin arasında sayılmaktadır. Mahkeme kararının kesin hüküm oluşturabilmesi için şekli ve maddi anlamda kesinleşmesi gerekir. Kesin hüküm, tüm idari ve yargı makamlarını bağlayacaktır. Kesin hükmün varlığı halinde mahkemeler aynı konuyu yeniden inceleyemez farklı yönde yeni bir karar tesis edemez.⁸⁸

Disiplin cezasına konu eylemin ceza yargılamasına konu edilmiş olması halinde, ilgilinin bu eylemi işleyip işlemediği, ceza mahkemesince verilecek kararın kesinleşmesi sonrasında belirlenir. Ceza davasının sonuçlanması, verilen kararın kesinleşmesi idare mahkemesince araştırılmalıdır. Ceza yargılaması tamamlandıktan sonra disiplin cezasına konu edilen eylemin işlenip işlenmediği ayrıca değerlendirilmelidir.

Danıştay'a göre, HAGB kararı verilmesi sanığa disiplin cezası verilmesine engel değildir. Ceza mahkemesi mahkûmiyet hükmünde HAGB'ye karar vermiş ise idare mahkemesi kararında, TCK'ya atıfla eylemin sübut bulunduğu şeklinde ifade kullanılması masumiyet karinesi kapsamında değildir.⁸⁹ Mahkûmiyet hükmü HAGB sebebiyle hukuki sonuç doğurmaz. İnfaza ilişkin hükümler 5 yıl süre ile askıda bulunmaktadır. Askıda bulunan bu hüküm, disiplin hukuku bakımından atılı eylemin sanık tarafından gerçekleştirilmediği veya sübuta ermediği şeklinde değerlendirilemez. Bu durum disiplin soruşturması bakımından bağlayıcı değildir. Yapılacak inceleme, araştırma ve toplanacak deliller kapsamında karar verilmelidir.⁹⁰ HAGB kararı verildiğinde, ceza hukuku bağlamında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün varlığından söz edilemez. Bu karar kesin delil kabul edilmek suretiyle idari yargı mercilerini bağlamaz. Karar idari yargılamada davacının leh veya aleyhinde sonuç doğurmaz. İdari yargı mercileri, ceza mahkemesince kurulan mahkûmiyet hükmüne dayanarak hüküm tesis edemez. Ceza yargılamasından bağımsız şekilde, dava

⁸⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E 2013/4988 K 2015/242, 05.02.2015.

⁸⁸ Yargıtay 9 HD, E 2008/25343 K 2010/16169, 03.06.2010.

⁸⁹ Danıştay 16 D, E 2015/896 K 2016/1858, 24.03.2016.

⁹⁰ Danıştay 16 D, E 2015/243 K 2015/859, 19.03.2015.



dosyasındaki bilgi, belge ve tanık ifadelerini ele almalıdır. İlgiliye isnat edilen eylemlerin sübutu ve disiplin suçunun oluşup oluşmadığı incelenmelidir. Bu yönde yapılacak inceleme sonrasında karar verilmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır.⁹¹ Disiplin cezaları, kamu görevlilerinin çalıştıkları kurum düzenine aykırılık oluşturan eylemleri sebebiyle haklarında uygulanan zorlayıcı önlemlerdir. Ceza mahkemelerince yapılmakta olan yargılamalar sonrasında, sanığın suçluluğunun sabit görülmesi ile HAGB'ye karar verilmektedir. Suçu sabit görülen kişinin, bu şartlar altında yürütmekte olduğu kamu görevine etkisinin belirlenmesi önemlidir. Disiplin cezasını gerektiren eylemin içeriğine göre, ceza yargılamasında HAGB kararı verilmesi, disiplin cezası uygulanamayacağı anlamına gelmez. İşlenen eylemin niteliği, yürütülmekte olan görevin gerektirdiği niteliklerin kaybedilmesini sonuçladığı hallerde, disiplin cezası uygulanmasına esas suçun yargı kararıyla sabit olduğu hususu dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır.⁹²

Buna rağmen farklı yönde Danıştay kararları da bulunmaktadır. Danıştay “*anılan suçların TCK’da açıkça tanımlanan suçlardan olması ve disiplin cezasına dayanak alınan fiillerin ceza yargılamasına da konu edilmesi nedeniyle, davacının bu fiilleri işleyip işlemediği ancak ceza mahkemesince verilecek kararın kesinleşmesi sonucunda belirlenebilecektir...*” gerekçesiyle disiplin cezasına konu kararı kaldırmıştır.⁹³ Danıştay’a göre, HAGB yönünde karar verilmesi ve bu kararın da itirazın reddi suretiyle kesinleşmesi durumunda, CMK’nın 231/5, son maddeleri uyarınca hukuki dayanak ortadan kalkmıştır. Davacının hizmet sözleşmesinin feshine dair dava konusu işlemde hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır.⁹⁴ Yine Danıştay’a göre ilgili hakkında HAGB kararı verilmesi sonrasında denetim süresinin geçmesi, karara esas fiilin niteliği ve geçen süresi dikkate alındığında hakkında yürütülen “*güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlandığı*” gerekçesi ileri sürülemez. Kamu görevine atama yapılmalıdır.⁹⁵

F. HAGB Kararlarının Disiplin Soruşturma ve Cezalarına Etkisi

Ceza hukuku ve idare hukuku birbirinden farklı ilke ve düzenlemelere tabidir. Kamu görevlisine atılı eylem, ceza hukuku anlamında suç olabileceği gibi disiplin hukuku anlamında da sorumluluk gerektirebilir. İdare sicil, terfi ve atama gibi hususlarda bu davranışı esas almak suretiyle takdir hakkını kullanabilecektir. Ceza yargılamasında, ilgilinin üzerine isnat edilen suç işlemediği-

⁹¹ Danıştay 12 D, E 2019/1172 K 2020/1410, 20.12.2018.

⁹² Danıştay 12 D, E 2011/9670 K 2012/3553, 25.05.2012.

⁹³ Danıştay 5 D, E 2016/26627 K 2018/14218, 15.05.2018.

⁹⁴ Danıştay 12 D, E 2020/5219 K 2021/1423, 17.03.2021.

⁹⁵ Danıştay 12 D, E 2015/2238 K 2015/4853, 17.09.2015.

ne dair verilen ceza mahkemesi kararı, idari organlar açısından kesin bağlayıcı nitelikte değildir.⁹⁶

HAGB kararlarının devam eden veya başlatılacak disiplin soruşturma ve disiplin cezalarına etkisi konusunda farklı görüşler bulunmakla birlikte bu görüşleri başlıca iki başlık altında toplayabiliriz.

1. HAGB Kararları Disiplin Soruşturma ve Cezalarını Etkiler

Birinci görüş savunucularına göre, hakkında HAGB kararı verilen kişiye disiplin cezası verilemez. Danıştay, tecil edilmiş olan cezaların memur olmayı engellemediğine karar vermiştir. Tecil edilmiş cezada belirlenen deneme süresinin iyi halli tamamlanması durumunda, mahkûmiyet hükmü verilmemiş sayılacaktır. Mahkûmiyet hükmünün yok sayıldığı hallerde, bu hükme bağlı ehliyetsizlikler de ortadan kalmış olacaktır.⁹⁷ Bu görüş savunucularına göre tecil bakımından esas alınan çözüm, HAGB kararları bakımından da uygulanmalıdır.

CMK'nın 231/8. maddesine göre, HAGB'ye karar verilmesi durumunda sanık denetim süresine tâbi tutulmalıdır. “Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilecektir.” Böylece hakkında HAGB kararı verilen kişinin, suç işlemediği kabul edilir. Hakkında HAGB kararı verilen kimse suç işlememiş kabul edildiğinden, memur olma hakkı devam eder.

DMK'nın 48/1-A maddesinde “devlet memurluğuna alınacaklarda aranacak genel ve özel şartlar” sayılmıştır. Maddeye göre, memur olabilmenin ve göreve devam etmenin genel ve özel şartları belirlenmiştir. Bu genel şartlar sadece memurlar bakımından değil tüm kamu görevlileri bakımından aranmalıdır.⁹⁸ Sayılan suçlardan mahkûmiyet hükmü devlet memuriyetine engel oluşturacaktır. Bu suçların tümü kasten işlenebilen suçlar olup, taksirle işlenen suçlar devlet memurluğuna engel oluşturmamaktadır.⁹⁹ Sınırlı sayıda sayılan bu suçlar açısından verilen cezanın tür ve miktarı önem taşımamaktadır. Neticice cezanın “hapis”, “hapisten çevrili adli para cezası” veya “doğrudan adli para cezası” olması sonucu etkilememektedir.¹⁰⁰ Yapılan yargılama sonrasında verilen hükmün memuriyete engel oluşturmaması için kural olarak mahkûmi-

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi, 2012/1268 M. I. Bireysel Başvuru, 30.12.2014.

⁹⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E 1990/2 K 1990/2, 15.11.1990.

⁹⁸ Yeliz Şanlı Atay, ‘Memurluğa Girişin Genel Bir Şartı Olarak Güvenlik Soruşturması’ (2016) (34) İnsan Hakları Yıllığı 44.

⁹⁹ Sezer ve İpek (n 15) 60; Yılmaz (n 76) 285.

¹⁰⁰ Mehmet Karaarslan, ‘Suç Ve Cezaların Memuriyete Etkisi’ (2009) 58(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 104.



yet kararı verilmemiş olmalıdır. HAGB kararı verilmişse bu kişiler hakkında herhangi bir kısıtlama ve ehliyetsizlik oluşmayacaktır.¹⁰¹ Bunun neticesi olarak hakkında HAGB kararı verilen memur, görevin gerektiği genel şartları kaybetmemektedir.¹⁰² HAGB kararı devam ettiği sürece verilen bir mahkûmiyet hükmü de bulunmaz. CMK'nın 231/5, 10 maddeleri kapsamında kamu görevi sona ermez.¹⁰³ Başka bir anlatımla, hakkında HAGB kararı bulunan kişinin hukuki durumunu mahkûmiyet hükmüne ilişkin sonuçlar ile sınırlamak “suçsuzluk karinesinin” ihlalini sonuçlayabilir.¹⁰⁴ Bu noktada bir sorun belirmektedir. Bu görüş savunucuları DMK'nın 131. madde hükmünü dikkate almamaktadırlar. DMK'nın 131. maddesine göre “aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez. Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz.” Ayrıca CMK'nın 231/11. maddesine göre sanığın “denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklayacaktır.” Bu halde suçun işlenmemesi durumu ortadan kalkar.

DMK'nın 127. maddesi kapsamında, disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten başlayarak 1 ay (uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması) ve 6 ay (memurluktan çıkarma) içerisinde disiplin soruşturmasına başlanmalıdır. Nihayetinde fiilin işlendiği tarihten itibaren 2 yıllık süre içerisinde disiplin cezası verilmelidir. Aksi halde ceza verme yetkisi zamanaşımına uğrar.¹⁰⁵ Süreler HAGB süresi zarfında da işlemeye devam edeceğinden artık disiplin cezası uygulanması imkânsız hale gelir. Hükmün açıklanması ile birlikte kişinin memuriyetini sona erdirecek cezası kesinleşse bile hakkında disiplin yaptırımı uygulanmaz. Yine süre itibarıyla kapsam dâhilinde ise mahkûmiyet hükmünün süresi önem arz etmeksizin kamu görevine engel oluşturan “yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçlarda” sanık kamu görevine girebilir. Bu gibi durumların Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında “eşitlik ilkesine” aykırılık oluşturabildiği de ileri sürülebilir.

¹⁰¹ Karaarslan (n 100) 109.

¹⁰² Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı, Beta Yayınevi 2020) 872; Serkan Çınarlı ve Sevinç Arslan Hızal, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi’ (2017) 12 (134) Terazi Hukuk Dergisi 22.

¹⁰³ İbrahim Pınar ve Öner Çalışkan, *Açıklamalı İçtihatlı Memurluğun & Kamu Görevinin Sona Ermesi* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020) 203; Yılmaz (n 76) 286.

¹⁰⁴ Baştürk (n 33) 459.

¹⁰⁵ Demircioğlu (n 69) 350.

2. HAGB Kararları, Disiplin Soruşturması Yapılmasını ve Ceza Verilmesini Etkilemez

İkinci görüş savunucularına göre, HAGB kararları ile disiplin hukuku uygulamaları bağımsızdır. Bu kararlar sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmadığından, beraat kararı ile benzerlik göstermektedir. Ancak nitelik ve mahiyet olarak beraat ve HAGB kararları farklıdır. Beraat kararları sonrasında sanık aklanmaktadır. HAGB halinde ise sanığın suçu işlediği olgusu sabittir. Ancak madde metnindeki sebeplerle, “*kamu davası hiç açılmamış*” sayılmaktadır. HAGB kararlarında sanık tarafından işlenen suç sebebiyle hüküm açıklanmadığından dolayı, herhangi bir hak kaybı veya ehliyetsizlik oluşmaz.¹⁰⁶

CMK'nın 231/14. maddesi, uygulanma bakımından Anayasa'nın 174. maddede metninde sayılan İnkılâp Kanunlarını istisna tutmuştur. Madde metninde memur yargılaması bakımından bu şekilde istisnai bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum öğreti ve yargısal içtihatlarda ele alınarak, istisnai bir düzenleme yapılmamış olmasının devlet memurluğuna etkisi farklı şekillerde değerlendirilmiştir.¹⁰⁷

Memur tarafından işlendiği iddia olunan eylem, cezai soruşturmayı gerektirmese bile disiplin yaptırımına konu olabilir. Disiplin soruşturması zamanaşım süresi içerisinde, disiplin soruşturması yapılabilir ve yaptırım uygulanabilir. Disiplin yaptırımı zamanaşımı süreleri, cezai uyuşmazlıklardaki zamanaşımı sürelerine oranla daha kısa olup, ceza davasının sonuçlanmasının beklenmesi durumunda disiplin yaptırımı uygulama yetkisi zamanaşımına uğrayabilecektir. Eylem yaptırımsız kalabilir. Bu sebeple, her iki hukuk disiplini farklı usul ve yaptırımlara bağlanmıştır.

DMK'nın 48. maddesinde, “*devlet memurluğuna alınacaklarda aranacak genel ve özel şartlar*” belirlenmiştir. Bu şartlardan olumsuz olanı “*mahkûmiyet*” kararının bulunmamasıdır. Memur olacak kişi, madde metninde sayılan katalog suç tiplerinden mahkûm olmamalıdır. Katalog suç tiplerinde mahkûmiyetin süresi önemli değildir. Ancak diğer kasıtlı suçlardan alınacak mahkûmiyetin süresi bir yıl ve üzerinde olmalıdır. Sayılan suçlardan (katalog) birisinin işlenmesi veya “*kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına*” mahkûmiyet kararı verilmesi ve verilen hükmün açıklanmasının geriye bırakılması halinde “hak kaybı” ve “ehliyetsizlik” oluşmaz. Bu noktada, böyle bir halin memuriyete engel olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. CMK'nın 231, DMK'nın 48. maddelerinde düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, memurun ceza hukuku bakımından işlemiş olduğu suç sebebiyle hakkında verilen HAGB kararı, DMK'nın 48/1A-(5) ve 98. maddeleri gözetildiğinde devlet memurluğundan çıkarılmaya yeterli sebep değildir. Ancak başlatılan disiplin

¹⁰⁶ Karaarslan (n 100) 107; Kale (n 39) 46.

¹⁰⁷ Çınarlı ve Arslan Hızal (n 102) 23.



soruşturması sonucunda eylem, DMK'nın 125/E-(g) bendi uyarınca, “*memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak*” olarak değerlendirilebilir. Bu hal devlet memurluğuna bir daha atanmamak üzere memurluktan çıkarılmaya sebep olabilir. Bu yaptırıma yetkili kurullar tarafından karar verilir. Bu belirsizlik bakımından, CMK'nın 231/14. maddesinde istisna olarak düzenlenmiş olan, Anayasa'nın 174. maddesinde güvence altına alınmış olan “İnkılâp kanunlarında yer alan suçlara” ilişkin çözüm gibi burada da bir düzenleme yapılmalıdır.

Danıştay'a göre, davacı üzerine atılı eylemde ceza mahkemesinin fiilin suç vasfını farklı nitelendirmesi, bu suçtan dolayı mahkûmiyet kararı (HAGB) vermesi disiplin hukuku bakımından suç oluşmadığı sonucunu doğurmaz. Disiplin cezası verilmesine engel bir durum bulunmamaktadır.¹⁰⁸ Danıştay, 765 sayılı TCK'nın 95. maddesinde düzenlenmiş olan “*tecilli cezalar*” bakımından konuyu değerlendirmiştir. Yüksek mahkemeye göre, tecil umumi hükümlerde yer almaktadır. Bu sebeple başka şekilde hükme bağlanan tüm suç ve cezalarda tecil mümkündür. Tecil, bir bütün halinde değerlendirilmelidir. Tecilde suçların ayrımı yapılmamalıdır. İşlenen fiilin türüne değil faildeki subjektif şartlara bakılmalıdır. Tecil kararı verilmesi halinde, mahkûmiyetin bütün sonuçları da geri bırakılır. Deneme süresinin bitmesi sonrasında, mahkûmiyet hükmü vaki olmamış sayılmaktadır. Failin mahkûm edilmesi hukuki sonuç doğurmaz ve ortadan kaldırılmış sayılır. Tecilin asıl amacı infazın geri bırakılması olmayıp aynı zamanda mahkûmiyet hükmünün ortadan kaldırılmasıdır. Tecil edilen mahkûmiyet hükmünün memuriyete etkisi konusunda, mahkûmiyete esas olan suçun türü dikkate alınmamalıdır. Bu konuda ayırım yapılmamalıdır. Tecilin infazı aşan sonuçları ve ehliyetsizliklere etkisi göz önüne alınmalıdır. Bu sebeple ertelenmiş bulunan mahkûmiyet hükmü sebebiyle, DMK'nın 48/1A-(5) ve 98/1-(b) maddeleri uyarınca devlet memurunun görevinden çıkartılamaz.¹⁰⁹ Karara göre, DMK'nın 48. maddesinde sayılan suçlardan mahkûmiyet kararı verilip ceza tecil edilmiş olsa bile diğer şartlar mevcutsa memuriyet görevine girişe engel bir durum bulunmamaktadır. İlgili memurluğa alınma şartlarından herhangi birini kaybettiğinden bahisle, Kanunun 98. maddesi uyarınca, devlet memurluğundan çıkarılamaz. Yüksek mahkeme kararlarına göre devlet memurunun görevine son verilmesi işleminin (DMK m. 98/b) sebep unsuru, DMK'nın 48. maddesinde belirtilen ve memuriyete engel kabul edilen suçlardan birisi ile mahkûmiyetin bulunmasıdır.¹¹⁰

¹⁰⁸ Danıştay 12 D, E 2016/7084 K 2018/1220, 20.03.2018.

¹⁰⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E 1990/2 K 1990/2, 15.11.1990.

¹¹⁰ Çınarlı ve Arslan Hızal (n 102) 26; Sezer ve İpek (n 15) 63; Yılmaz (n 76) 286; Danıştay 12 D, E 2010/1591 K 2013/439, 12.02.2013.

HAGB kararları sonuçları itibariyle “*tecil kurumu*” ile benzer özellikler taşımaktadır. Cezanın tecil edilmesi halinde denetim süresi sonunda mahkûmiyet hükmü yok sayılarak memuriyet görevi sona ermemektedir. HAGB halinde de, denetim süresi sonunda mahkûmiyet gerçekleşmemiş kabul edilmekte ve düşme kararı verilmektedir. Tecilde olduğu gibi kasıtlı bir suçtan dolayı bir yıldan fazla, iki yıl veya daha az süreli hapis süreli hapis cezasında HAGB’ye karar verilmesi halinde de memuriyete engel durum oluşmaz. Çünkü HAGB kararı, “*kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını*” ifade etmektedir. Bu kabul kapsamında, DMK’nın 48/1 A-(5) maddesinde sayılan şart ve suçlarda HAGB verilmiş hüküm, memuriyete giriş şartlarının kaybedildiğinden bahisle, memuriyetin sona ermesi sebebi olmaz. Bu durum genel aftan daha ileri sonuçlar doğurmaktadır.¹¹¹ Çünkü 48. madde metninde sayılan suçlar “*affa uğramış olsa bile*” memuriyete engel teşkil etmekteyken, bu suçlarda HAGB kararı verilmişse memuriyete etkisi olmaz. Yani HAGB kararı verilen hüküm, ilgilinin kamu görevine girmesine ve kamu görevinden çıkarılmasına engel teşkil etmemektedir.

DMK’nın 48/1 A-5 maddesindeki bu genel kuralın istisnaları da bulunmaktadır.¹¹² 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanununun 15/2, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanununun 12/3-(b), 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanunun 4/3e, 5188 sayılı Özel Güvenlik Kanununun 10/1 d, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 10/f, Polis Meslek Yüksek Okulları Giriş Yönetmeliğinin 8/1 h-(1) maddelerinde, HAGB kararının bulunması kamu görevine/memuriyete engel bir durum olarak belirlenmiştir. Yönetmelik ile yapılan düzenleme, Anayasanın 128. maddesi (kanunilik ilkesi) kapsamında ayrıca değerlendirilmelidir.

HAGB kararlarında, mahkeme sanığın suç işlediğine dair mahkûmiyet kanaati taşımaktadır. Ancak bu kararı açıklamamak suretiyle sanığa bir şans ve süre tanımaktadır. Bu sebeple ceza mahkemesince verilen bu karar, disiplin soruşturması bakımından delil mahiyetindedir. Bu noktada kamu görevlisi olan sanığın, disiplin soruşturmasına esas olan eylemi işlediği ceza mahkemesi kararı ile sübut bulmuştur. Bundan kaynaklı idari merciler sanık kamu görevlisi hakkında eylem ile orantılı şekilde disiplin cezası verme veya görevden uzaklaştırma tedbiri uygulayabilir. Yani ceza mahkemesince sanık statüsündeki kamu görevlisi hakkında HAGB kararı verilse dahi disiplin yaptırımını uygulanabilir.¹¹³

¹¹¹ Yılmaz (n 76) 287; Çolak ve Özdemir (n 7) 113.

¹¹² Çınarlı ve Arslan Hızal (n 102) 24; Karakehya (n 31) 563; Özbudak (n 14) 521; Baştürk (n 33) 459; Şanlı Atay (n 98) 49.

¹¹³ Sezer ve İpek (n 15) 72.

Özetle bu görüş savunucularına göre, ceza davasında HAGB'ye karar verilmesi disiplin soruşturması açılmasına ve disiplin cezası uygulanmasına engel değildir. Kamu görevlilerinin işledikleri eylemlerden kaynaklanan “ceza yargılaması” ve “disiplin cezası uygulaması” birbirinden farklı ancak aynı çizgide yürütülen farklı süreçlerdir. Kamu görevlisine cezai yaptırım uygulanması, kamu düzeninin sağlanmasına yönelik olduğu halde disiplin yaptırımı uygulanması idarenin iç işleyişinin korunmasına yöneliktir.¹¹⁴ Bu hal, tek eylemin iki kez cezalandırılacağı anlamına gelmemektedir.

SONUÇ

Kamu görevlilerinin üzerine atılı suçlarda, niteliği itibarıyla cezai anlamda suç oluşturabilecek eylem, disiplin hukuku anlamında da disiplin yaptırımını gerektirebilmektedir. Bu halde ceza soruşturma veya kovuşturması ile disiplin soruşturması aynı zamanda yürütülmektedir. Her iki disiplin kapsamında ayrı ayrı karar verilmektedir. Ceza dosyaları derdest iken disiplin cezasına yönelik açılan idari yargı davaları devam edebilmekte veya tam tersi durumlar da görülebilmektedir. Her iki soruşturma bağımsız yürütüldüğünden kişinin suçu işlemediğine dair kesin sübut dışında, ceza yargılaması kararları disiplin soruşturması bakımından bağlayıcı olmayacaktır. Bu halde ceza mahkemesince verilip kesinleşen kararların disiplin hukukuna etkisi yönünden idari yargı mercilerinde farklı yönde görüşler belirmektedir.

Yargılama mercileri ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olduğu hükmen sabit kabul edilinceye kadar kimse suçlu sayılamaz. Suçlu muamelesine tabi tutulamaz. İsnadın mahkûmiyete dönüştüğü hallerde ise kişi “*hakkında suç isnadı olunan*” konumundan çıkacaktır. Masumiyet karinesinin temeli kalmaz. Ceza davasının ertelendiği, düştüğü veya şarta bağlı olarak düşeceği hallerde ilgili hakkında masumiyet karinesi devam etmektedir. Çünkü bu hallerde ortada henüz bir mahkûmiyet kararı bulunmamaktadır. HAGB kararı verildiğinde, sanığın suçluluğuna dair vicdani bir kanaat oluşmaktadır. Oluşan bu kanaat “*kasten yeni bir suç*” işlenmemesi şartına bağlanmıştır. Bu sebeple verilen karar “kesin mahkûmiyet hükmü” olarak nitelendirilmemektedir. Mahkeme hükmünü açıklamayı belirli bir süre ertelemektedir. Erteleme süresi içerisinde karar sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamaktadır. Erteleme süresi sonrasında kişinin başkaca bir suç işlememesi durumunda açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılmaktadır. Davanın düşmesine karar verilmektedir.

Disiplin soruşturması ceza davası dışında yürütülmektedir. Ancak aynı eylem, ceza davasına da konu olmaktadır. Yürütülen ceza yargılaması sonucunda HAGB kararı verilmişse, HAGB'ye dair karar aleyhe sonuç doğuracak şekilde “kesin bir delil” olarak kabul edilmemelidir. Aksi görüşün kabulü durumunda,

¹¹⁴ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları (Marifet Basımevi 1952) 833.

ceza yargılamasında verilen HAGB kararına dayanılarak idari uyuşmazlıkta karar verilmesi masumiyet karinesiyle çelişir. Ancak idari uyuşmazlık çözüldükten, kişinin ceza yargılamasında sanık olduğu veya HAGB kararından bahsedilmesi masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelmez. İdari soruşturma kararı bütün halinde gözetilmelidir. Sonuç kararın, özellikle HAGB bakımından karar verilen eyleme dayandırılıp dayandırılmadığı incelenmelidir.

Ceza hukuku ile disiplin hukuku birbirinden farklı nitelikte kural ve ilkelere tabidir. Kamu görevlisinin eylemi, ceza hukukunda suç tanımına uyabileceği gibi disiplin hukukunda da sorumluluk doğurabilir. Bu halde, ceza yargılaması ve disiplin soruşturması ayrı ayrı yürütülecektir. Disiplin soruşturmasını yürüten makam ceza davasının sonucundan bağımsız hareket edecektir. Disiplin işlemine konu eylemin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılrken, tamamen dosya kapsamında hareket edilir. Ceza yargılamasından çıkan sonuca değil, yargılamaya neden olan suçun vasıf ve mahiyetine bakılır. Ceza yargılaması bitiminde, sanığa isnat edilen eylemin işlenmediğine dair kesin hüküm verilmemişse ceza yargılamasında verilen hüküm, disiplin soruşturmasında bağlayıcılık niteliği kazanamaz.¹¹⁵

HAGB kararları, kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması yapılmasına engel oluşturmamaktadır. HAGB, kararın sanık hakkında hiçbir bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade ettiğinden, ilgili hakkında verilen HAGB kararı, güvenlik soruşturmasını olumsuz etkilememeli veya memuriyetten çıkarılmaya sebep olmamalıdır. Buna rağmen yüz kızartıcı nitelikte kabul edilen suçlardan birisi işlenmişse, HAGB kararı verilmesine sebep olan suçun vasıf ve mahiyeti gözetilerek, bu durumun memuriyete engel olabilmesi mümkündür. Bu bakımdan soruşturmaya esas alınan fiil ayrıca değerlendirilmelidir.

HAGB halinde, ceza mahkûmiyetinin bulunmadığı iddiasıyla disiplin cezası uygulanmaması şeklinde bir tespitin kabul edilmesi mümkün değildir. Aksine atılı eylem yargı kararı ile sübut bulduğundan, disiplin hükümleri kapsamında bu eylem değerlendirilmelidir. Bu gerçeklik, DMK'nın 131. maddesinde de belirtilmiştir. Madde de ceza yargılaması ile idari yargının (disiplin hukuku) birbirinden farklı yürümesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak her iki disiplinindeki işlemlerin birbirini etkileyeceği gerçektir. Ceza yargılamasındaki mahkûmiyete ilişkin verilen bir karar veya "yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması ve beraat kararı" disiplin kararı verecek mercii de bağlar. Buna karşılık "yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması" halinde ilgili hakkında disiplin cezası uygulanabileceği öğretide kabul görmektedir. HAGB kararı, mahkûmiyet hükmünden farklı nitelikte olsa da bu karar disiplin hukuku bakımından güçlü delil niteliğinde kabul edilmeli ve ilgili hakkında uygulanacak disiplin yaptırımında gözetilmelidir.

¹¹⁵ Anayasa Mahkemesi, 2012/665 Kürşat Eyol Bireysel Başvuru, 13.06.2013.



Disiplin soruşturmasında, soruşturma kapsamında toplanan bilgi ve belgeler incelenmek suretiyle, ilgilinin isnat olunan eylemi işleyip işlemediği ve verilecek disiplin cezası belirlenmelidir. Ancak isnat olunan eylemin vasıf ve mahiyetinin belirlenmesi, maddi olayın açıklanması ve re'sen araştırma ilkesi kapsamında, ceza soruşturmasında toplanan deliller de esas alınmalıdır. Maddi delillerin yanı sıra yapılan disiplin soruşturmasında ceza mahkûmiyet kararı disiplin suçuna yönelik eylemin sübutunda hükme esas alınabilir. Aksi durumun kabulü halinde, HAGB kararı verilmesi ve denetim süresinin bitmesiyle kişi hiç suç işlenmemiş sayılacağından disiplin mercii, disiplin cezasını uygulamaz. Ceza mahkemesinin maddi olay ve sanığa dair tespiti ve ulaştığı sonuç bağlayıcı nitelikte olmaz.

HAGB karar verilmesi halinde, kesinleşmiş bir hüküm bulunmadığından aleyhe sonuç doğuracak şekilde bir idari işleme esas alınamaz. Bu yorumun terisinin kabulü masumiyet karinesi ile temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilmesini sonuçlayabilir. Suçla ilgili olarak hakkında HAGB kararı verilen kişi bakımından, sırf bu karar üzerine disiplin cezası uygulanmamalıdır. Yani HAGB kararının doğrudan disiplin cezalarına etki etmesi bazı sorunlara yol açmaktadır. Kanaatimizce hakkında HAGB kararı verilen ilgili bakımından uygulanacak disiplin cezalarında, kişinin yalnızca ceza davasına konu eylemleri esas alınmak suretiyle karar verilmemesi “orta bir çözüm yolu” olarak belirmektedir.

Kamu hizmeti üstlenme, görevin devamı ve sona ermesine dair DMK'nın 48/1 A-5 ve 98/b maddelerinde ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Bazı özel kanunlarda HAGB istisnai bir durum olarak düzenlenmiş iken DMK'nın bu genel hükümlerinde HAGB ayrıca sayılmamıştır. Bu gerçeklik, HAGB kararlarının memuriyete giriş ve sona ermesi koşullarını içeren disiplin hukuku bakımından kamu görevlileri üzerinde doğrudan bir etkisinin olamayacağı şeklinde yorumlanmalıdır. Çünkü hakkında HAGB kararı verilen sanık, ceza yargılamasında çoğunlukla yargı yolunu tüketmediğinden doğrudan uygulamaya karşı çıkabilir. Doğrudan uygulanma yolunun kabulü “aklanma hakkı” kapsamında sanık aleyhinde bir durum oluşturabilir. Yine hakkında HAGB kararı verilen kişinin denetim süresi içerisinde “belirlenen şartlara uymaması” veya “kasti yeni bir suç” işlemesi durumunda verilen karar açıklanır. Bu halde, işlenen disiplin suçunda eylemin yaptırımsız kalması gibi bir sonuç da doğacaktır. Masumiyet karinesinin korunması bakımından ceza yargılamasında hakkında HAGB kararı verilen kamu görevlisi yönünden, disiplin cezasının açıklanmasının ertelenmesine yönelik yasal bir düzenleme yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Adli İstatistikler, *Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Yayınları* (2021).
- Akgüner T, *Kamu Personel Yönetimi* (3. Baskı, Der Yayınları 1998).
- Aras B, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar' 2008 3(22) *Terazi Hukuk Dergisi* 71-78.
- Arslan MM ve Bulut M ve Dursun A, *Disiplin Usulü Ve Soruşturma Örnekleri* (1. Baskı, Siyasal Kitabevi 2019).
- Artuç M, *Açıklamalı Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu* (3. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).
- Aslan Z, *657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç Ve Cezaları* (1. Baskı, Alfa Yayınları 2001).
- Atay YŞ, 'Memurluğa Girişin Genel Bir Şartı Olarak Güvenlik Soruşturması' (2016) 0(34) *İnsan Hakları Yıllığı* 43-75.
- Baştürk İ, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi* (2. Baskı, Bilge Yayınevi 2021).
- Bucaktepe A, 'Devlet Memurluğu Ve Memurların Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler' (2014) 18 (3-4) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 459-489.
- Canoğlu VC, 'Disiplin Soruşturmasında Delil Ve İspat' (2018) 0(138) *TBB Dergisi* 231-272.
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı, Beta Yayınevi 2020).
- Çınarlı S ve Azak M, 'Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Disiplin Cezalarının İptali Davalarında Tanık Delili Sorunu' (2021) 29(1) *SÜHFD* 509-535.
- Çınarlı İ ve Hızal SA, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Memuriyete Giriş ve Memuriyetin Sona Ermesine Etkisi' (2017) 12(134) *Terazi Hukuk Dergisi* 14-30.
- Çolak Nİ, 'Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri' (2005) 9(1-2) *Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* 127-165.
- Çolak Nİ ve Özdemir D, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Ve Memuriyete Etkisi' (2011) 1(5) *TAAD* 93-122.
- Demircioğlu MY, 'Üniversitelerde 2014 Yılından Önce İşlenen İntihal Suçlarıyla İlgili Disiplin Soruşturması Ve Cezalandırma Sistemi' (2014) (4) *Ankara Barosu Dergisi* 328-362.



Demircioğlu MY, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Masumiyet Karinesinin Korunması’ (2019) (2) ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 307-356.

Dülger MV, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. Baskı, Hukuk Akademisi 2021).

Erdoğu A, ‘Yeni Disiplin Cezaları’ (1972) 2(6-7) Danıştay Dergisi 5-8.

Giritli İ ve Bilgen P ve Akgüner T, *İdare Hukuku* (3. Baskı, Der Yayınları 2008).

Gözübüyük AŞ ve Tan T, *İdare Hukuku*, (3. Baskı, Turhan Kitabevi 2004).

Gray AD, ‘The Presumption of Innocence Under Attack’ (2017) 20(4) *New Criminal Law Review* 569-615 (<https://doi.org/10.1525/nclr.2017.20.4.569>).

Günday M, *İdare Hukuku* (İmaj Yayınevi 2002).

Güngör D ve Okuyucu Ergün G, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması’ 2016 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1951-1965.

Hatipoğlu S, ‘Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Hukuku Bakımından Bağlayıcılığı’ (2016) (141) Danıştay Dergisi 87-96.

Kale H, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Disiplin Cezalarına Etkisi’ (2011) 6(60) *Terazi Hukuk Dergisi* 45-47.

Karaarslan M, ‘Suç Ve Cezaların Memuriyete Etkisi’ (2009) 58(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 95-138.

Karakehya H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (2. Baskı, Savaş Yayınevi 2016).

Kartal A, ‘Hapis Cezasının Ertelenmesi ile Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Sonuçları Bakımından Karşılaştırılması’ 2016 11(114) *Terazi Hukuk Dergisi* 67-74.

Kumbasar E, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2012).

Kurt SS, ‘Ceza Mahkemesi Kararlarının Devlet Memurluğundan Çıkarma Cezasına Etkisi’ (2021) 9(17) Ankara Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 383-428.

Onar SS, *İdare Hukukunun Umumi Esasları* (Marifet Basımevi 1952).

Özbek VÖ ve Başbüyük İ, ‘Hükmün Açıklanmasının Geriye Bırakılması Kararlarına İtirazın İncelenme Usulünün Mağdur/Suçtan Zarar Gören Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorun Üzerine’ 2013, 8(21) *Ceza Hukuku Dergisi* 7-19.

Özbudak C, ‘(Kanunla Da Olsa) Hagb Kararına Mahkûmiyetin Hukuki Sonuçları Bağlanabilir Mi?’ (2016) 1(3) Ankara Barosu Dergisi 521-532.

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Seçkin Yayınevi 2009).

Özgenç İ, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi (eds), Bahri Öztürk (Seçkin Yayınevi 2009).

Parlar A, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme* (2. Baskı, Bilge Yayınevi 2015).

Pınar İ, *Memur Suçlarında İdari Soruşturma* (1. Baskı, Seçkin Kitabevi 1987).

Pınar İ ve Çalışkan Ö, *Açıklamalı İçtihatlı Memurluğun & Kamu Görevinin Sona Ermesi* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020).

Sezer Y ve İpek Aİ, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri' (2010) 1(3) TAAD 43-74.

Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Yetkin Yayınevi 2018).

Soyaslan D, 'Ceza Hukukunda Memur Kavramı, Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar' (1996) 45 (1-4) AÜHFD 41-53.

Şan AA, *Özel Soruşturma Usulleri* (1. Baskı, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayınları 2008).

Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku 2* (7. Baskı, Seçkin Yayınevi 2018).

Şen E ve Maviş M, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB)* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2014).

Tezcan D, 'Kamu Görevlilerine Uygulanan Disiplin Cezalarının Hukuki Niteliği Ve Adil Yargılanma Hakkı' (2004) Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu Eskişehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 187-208.

Taner FG, 'Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine' 2011 0(4) Ankara Barosu Dergisi 286-298.

Toroslu N ve Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (20. Baskı, Savaş Yayınevi 2020).

Tulay ME, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindediği Ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme' 2021 15(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 477-525.

Uz A, 'Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı Ve Liyakat İlkesi' (2011) 2(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59-94.

Van der Bank L and Engelbrecht A & Strümpher J, 'Perceived Fairness Of



Disciplinary Procedures İn The Public Service Sector: An Exploratory Study' (2018) 6(2) SA Journal of Human Resource Management 1-8 (<https://doi.org/10.4102/sajhrm.v6i2.136>).

Yalçın C, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması* (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021).

Yamlı MS, *Bireysel Başvuruda İdari Yargıya İlişkin İhlal Kararları* (1. Baskı, Şen Matbaası 2016).

Yaşar O ve Gökcan HT ve Artuç M, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Yasası* (4. Cilt, Adalet Yayınevi 2010).

Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020).

Yıldırım A, 'Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Masumiyet Karinesi' (2017) 5(9) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 491-517.

Yılmaz E, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sanık Hakında Sonuç Doğurmaması Üzerine Bir Değerlendirme' (2021) 1(2) Kırıkkale Hukuk Mecmuası 269-292.

Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Beta Yayınevi 2019).

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

İHAM, *Ringvold v Norveç*, Başvuru No. 34964/97, 11.02.2003.

İHAM, *Kemal Coşkun v Türkiye*, Başvuru No. 45028/07, 28.03.2017.

İHAM, *Seven v Türkiye*, Başvuru No. 60392/08, 23.01.2018.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi, 2012/665 Kürşat Eyol Bireysel Başvuru, 13.06.2013.

Anayasa Mahkemesi, 2013/5486 Yasemin Ekşi Bireysel Başvuru, 04.12.2013.

Anayasa Mahkemesi, 2013/3175 Mustafa Kıvrak Bireysel Başvuru, 20.02.2014.

Anayasa Mahkemesi, 2013/2995 Mehmet Yavuz Bireysel Başvuru, 20.02.2014.

Anayasa Mahkemesi, 2013/1728 Hüseyin Şahin Bireysel Başvuru, 12.11.2014.

Anayasa Mahkemesi, 2012/1268 M. I. Bireysel Başvuru, 30.12.2014.

Anayasa Mahkemesi, E 2014/100 K 2015/6, 14.01.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2012/584 Münür İçer Bireysel Başvuru, 12.03.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2014/8868 Abdullah Topçu Bireysel Başvuru, 19.04.2017.

Anayasa Mahkemesi, 2014/15365 Turgut Duman Bireysel Başvuru, 29.05.2019.

Danıştay Kararları

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E 1990/2 K 1990/2, 15.11.1990.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E 2013/4988 K 2015/242, 05.02.2015.

Danıştay 5 D, E 2016/26627 K 2018/14218, 15.05.2018.

Danıştay 12 D, E 2010/1591 K 2013/439, 12.02.2013.

Danıştay 12 D, E 2011/9670 K 2012/3553, 25.05.2012.

Danıştay 12 D, E 2015/2238 K 2015/4853, 17.09.2015.

Danıştay 12 D, E 2016/7084 K 2018/1220, 20.03.2018.

Danıştay 12 D, E2019/1172 K 2020/1410, 20.12.2018.

Danıştay 12 D, E 2020/5219 K 2021/1423, 17.03.2021.

Danıştay 16 D, E 2015/243 K 2015/859, 19.03.2015.

Danıştay 16 D, E 2015/896 K 2016/1858, 24.03.2016.

Yargıtay Kararları

Yargıtay CGK, K 2008/43, 04.03.2008.

Yargıtay CGK, K 2009/12, 03.02.2009.

Yargıtay CGK, K 2012/1807, 09.10.2012.

Yargıtay CGK, K 2013/238, 07.05.2013.

Yargıtay CGK, K 2013/363, 17.09.2013.

Yargıtay CGK, K 2014/128, 11.03.2014.

Yargıtay CGK, K 2014/490, 04.11.2014.

Yargıtay CGK, K 2014/502, 18.11.2014.

Yargıtay CGK, K 2015/145, 05.05.2015.

Yargıtay CGK, K 2016/42, 09.02.2016.

Yargıtay CGK, K 2016/99, 01.03.2016.

Yargıtay CGK, K 2017/252, 25.04.2016.

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları
ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir Değerlendirme
İbrahim KESKİN

Yargıtay CGK, K 2017/110, 28.02.2017.

Yargıtay CGK, K 2018/632, 11.12.2018.

Yargıtay 9 HD, E 2008/25343 K 2010/16169, 03.06.2010

ULUSLARARASI HUKUKUN ÜÇ YÜZÜ: ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM*

Three Faces of International Law: A Critical Approach

Atahan DEMİRKOL**

Özet

Bu çalışma, uluslararası hukukun neden var olduğu ve uluslararası ilişkilerde ne işe yaradığı tartışmalarını incelemeyi amaçlamaktadır. Modern uluslararası hukukun ortaya çıkışı doktrinde 16. yüzyılda haklı savaş ve deniz ticaretinin düzenlenmesi konularıyla ilişkilendirilmektedir. Ancak ortaya çıkışından bugüne uluslararası hukukun varlık sebebi ve neye hizmet ettiği tartışılmaktadır. Farklı bakış açılarına göre değişik yorumlamalara gebe olan uluslararası hukuk, barışın sağlanması aracı, ulusal çıkarların optimizasyon mekanizması ya da hegemonyanın silahı olarak adlandırılmıştır. Bu birbirinden farklı değerlendirmeler sırasıyla liberal ve realist teoriler ile Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları (Third World Approaches to International Law - TWAIL) perspektifinden yapılmaktadır. Eldeki çalışma, bu üç bakış açısı üzerinden uluslararası hukukun varlık sebebini açıklamaya çalışacaktır. Bu anlamda öncelikle liberal teoriye odaklanılacak ve uluslararası hukukun barışa aracılık ettiği/edebileceği iddiaları tartışılacaktır. Sonrasında realist perspektiften uluslararası hukukun işlevi sorgulanacak ve ulusal çıkarlarla yaşadığı çatışma irdelenecektir. Son olarak ise TWAIL üzerinden uluslararası hukukun Üçüncü Dünya halklarına ve devletlerine nasıl bir hegemonya aracı olarak dikte edildiği incelenecektir. Bu üç argüman üzerinden çalışma, uluslararası hukuka ilişkin farklı Uluslararası İlişkiler teorilerinin nasıl anlamlar yüklediğini tartışmakta ve bu bağlamda uluslararası hukuka eleştirel bir değerlendirme sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Liberalizm, Realizm, Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları, Uluslararası Hukuk.

Abstract

This study aims to quest for why there is international law and what is its functions in international relations. The emergence of modern international law has been related to just war and maritime commerce in 16th century in the doctrine. However, since the emergence of international law, its *raison d'etre* and what it serves for has been discussed. From different perspectives it is possible to approach international law differently such as the tool of peace, a mechanism for gaining national interest or the weapon of

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 28.06.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023

* Yazar, çalışma sürecindeki destekleri için Dr. Öğr. Üyesi Şahin Eray Kırdım'a ve anonim hakemlere teşekkür eder.

Arş. Gör., Afyon Kocatepe Üniversitesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, ademirkol@aku.edu.tr , <https://orcid.org/0000-0002-7185-5781>



hegemony by powerful states. These different approaches have been reflected by the International Relations (IR) theories of liberalism, realism, and Third World Approach to International Law - TWAIL. This paper, therefore, attempts to analyze the *raison d'être* of international law from three different perspectives. To do so, the study firstly analyzes liberal IR theory and discusses the claims of liberalism such as international law may be the tool for international peace. Secondly, realist IR perspective has been used to questioning international law through the national interest and international law nexus. Lastly, TWAIL perspective has been included to the discussion for analyzing how the international law has been used by First World countries against Third World countries. Through these arguments, the paper discusses the meanings attributed to the international law by different International Relations theories and provides a critical evaluation to the international law.

Key Words: Liberalism, Realism, Third World Approaches to International Law, International Law.

GİRİŞ

Uluslararası hukuk şüpheye yer bırakmadan kabul edilmesi ve kutsanması gereken dokunulmaz bir alan mıdır? Bu soruya birden farklı yanıt verilebilir ve dahası verilecek yanıtların birbirleriyle uzaktan yakından hiçbir benzerliği olmayabilir. İşte bu sebeple uluslararası hukukun, her ne kadar evrensel olarak kabul gördüğü ve *jus cogens* normlar özelinde evrensel bir bağlayıcılığa sahip olduğu iddia edilse de¹ uluslararası hukuk oldukça tartışmalı bir alandır.² Bu tartışma

¹ Örneğin Bassiouni, *jus cogens* normların “emredici hüküm” (*peremptory norm*) olarak sınıflandırıldığını savunmaktadır. Bassiouni’ye göre *jus cogens* normlar seçimlik haklar değil, uygulanması zorunlu olan birer görevdir. Bu normlar ihlal edilemez ve diğer tüm normlardan hiyerarşik açıdan üstündür. Ayrıca Verdross’a göre de uluslararası hukuk alanında *jus cogens* normlar ve kurallar bulunmaktadır. Bu tür kurallar münferit olarak devletlerin değil, ancak tüm insanlığın ihtiyaçlarını karşılamak için oluşmuştur. Dolayısıyla bu kurallar kesin, ihlal edilemez ve aksine düzenleme yapılamaz niteliktedir. De Wet, benzer şekilde 1990’lı yıllardan itibaren doktrinde ve özellikle mahkeme kararlarında *jus cogens* normların uygulanmaya başladığını belirtmiştir. Uzun yıllardır uluslararası hukukun gündeminde olmakla beraber, *jus cogens* kurallar uluslararası hukukta gönüllülük ilkesinin yaygınlaştığı 20. yüzyıl başlarında bile birçok önde gelen araştırmacı tarafından kabul edilmiş ve araçsallaştırılmıştır. En genel uygulamada işkence yasağı ve soykırım yasağı *jus cogens* normlara örnek verilmektedir. Bkz. M Cherif Bassiouni, ‘International Crimes: “Jus Cogens” and “Obligatio Erga Omnes”’ (1996) 59 *Law and Contemporary Problems* 63, 65, 67; Alfred Verdross, ‘Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law’ (1966) 60 *The American Journal of International Law* 55, 58; Erika de Wet, ‘Jus Cogens and Obligations Erga Omnes’ in Dinah Shelton (ed), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (1st edn, Oxford University Press 2013) 544, 545 <<https://academic.oup.com/edited-volume/42626/chapter/358048058>> accessed 2 September 2022; Şahin Eray Kırdım, *Uluslararası Hukukta İtiraz* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 239. Focarelli, *jus cogens* normlara ilişkin genel eğilimin neredeyse bir “süper hukuk” (*super-law*) tanımlaması üzerinden şekillendiğini ifade etmektedir. Ancak yine Focarelli, bu düşüncenin aksine son dönemlerde yargı kararlarının olduğunu ve *jus cogens* normların sınırsız bir kapsamı bulunduğu düşüncesinin değişmeye başladığını da vurgulamaktadır. Bkz. Carlo Focarelli, ‘Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens’ Legal Effects’ (2008) 77 *Nordic Journal of International Law* 429, 430.

² Şahin Eray Kırdım ve Atahan Demirkol, ‘Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Bir Kaynağı

temel olarak uluslararası hukukun neden var olduğu ve neye hizmet ettiği soruları çerçevesinde yaşanmaktadır. Uluslararası hukuk tam bir mutabakatla tüm sorunların çözümü ve dünya düzeninin yegâne kurtarıcısı olarak kabul edilseydi, bugün dünya üzerinde herhangi bir uluslararası sorun yaşanmıyor olmalıydı veya yaşanan uluslararası sorunlar kolaylıkla çözümleniyor olmalıydı. Kant'ın Ebedi Barış (*Perpetual Peace*) yaklaşımıyla uluslararası barış ve çatışmasızlığın bir garantisi olarak ileri sürülen uluslararası hukuk, daimî barış ve devletler arasındaki muhtemel savaşların sonlandırılması için en önemli araç olarak ifade edilmiştir.³ Daha sonra ise Woodrow Wilson ile politik liberalizm karakterine bürünen⁴ bu bakış açısı, farklı teoriler tarafından eleştiriye tabi tutulmuştur. İlk açıdan liberalizme göre uluslararası hukuk, bir barış aracı ve uluslararası topluma entegre olmanın ön kabulüdür. Uluslararası hukuk düzeni egemenlik hakkını garanti altına alan ve barışçı bir karaktere sahip oldukça, uluslararası ilişkilerdeki sorunların güçle çözülmesi görüşüne karşıt olarak kendini konumlandırmaktadır.⁵ Devletler, bu görüş açısından, kendilerini bağlayan uluslararası hukuk kuralları ve örgütlere tabi oldukça çatışmalar azalacak veya çatışmalar barışçıl yolla çözüme kavuşacaktır. Bunun önemli göstergelerinden birisi de uzun yıllar iki dünya savaşı ile tarumar olmuş Avrupa'da, Avrupa Birliği (AB)'nin kuruluşundan bu yana üye ülkeler arasında bir savaşın ortaya çıkmamış olması ve iki rakip güç Almanya ve Fransa'nın çatışmadan bir arada 60 yıldan fazla süredir yaşayabilmesi ve hatta aynı çatı altında bütünleşmesidir.⁶ Uluslararası hukuka ve örgütlere tabi olmak ise, devletlerin egemenliklerini aşındırıcı bir sonuç doğurmaktadır. Öyle ki bir uluslararası örgüte veya sözleşmeye taraf olan devlet, denetlenme konusunda kendine yeni bir hiyerarşik unsur kazandıracaktır. Bu egemenlik aşınmasına razı olunması ile devletler, kendilerinden üst bir otoriteye kendilerini denetleme ve kontrol altında tutma yetkisi vermektedir. Bu da liberal yaklaşıma göre uluslararası barışın önemli sağlayıcılarından birisidir.

Olarak Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku' (2021) 25 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 379; Kırdım, *Uluslararası Hukukta İsrarlı İtiraz* (n 3); Daniel H Joyner, 'Why I Stopped Believing in Customary International Law' (2018) 9 Asian Journal of International Law 31; Jonathan I Charney, 'Universal International Law' (1993) 87 The American Journal of International Law 529; Bruno Simma, 'Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner' (2009) 20 European Journal of International Law 265; Luis Eslava and Sundhya Pahuja, 'Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law' (2011) 3 Trade, Law and Development 103.

³ Immanuel Kant, *Perpetual Peace and Other Essays* (Hackett Publishing 1983); Burak Bilgehan Özpek, 'Liberalizm ve Uluslararası İlişkiler' in Ramazan Gözen (ed), *Uluslararası İlişkiler Teorileri* (2nd edn, İletişim Yayınları 2021) 140.

⁴ Leonard Smith, 'The Wilsonian Challenge to International Law' (2011) 13 Journal of the History of International Law / Revue d'histoire du droit international 179.

⁵ Özpek (n 5) 140.

⁶ Ramazan Gözen, 'İdealizm' içinde Ramazan Gözen (ed), *Uluslararası İlişkiler Teorileri* (2. bs, İletişim Yayınları 2021) 90.



Ütopycılık olarak adlandırılan bu yaklaşıma temel itiraz realist teoriden gelmiştir. Buna göre uluslararası hukukun getireceği bir barış ancak *ütopyik* bir dünyada söz konusu olabilir. Liberalizmin ön gördüğü uluslararası hukuk ve örgütler düzenindeki bağlayıcı kurallar ve denetlenme mekanizmaları, devletleri egemenlik aşınmasına sürüklemektedir. Ancak tüm devletlerin koşulsuz şartsız kendi egemenliklerini tehdit eden ve aşındıran bir üst otoriteye boyun eğmesi ve egemenlik devri yapması realistler tarafından çok da gerçekçi bir senaryo olarak görülmemektedir. Bu bağlamda realist perspektif uluslararası sistemi devletler üzerinde hiyerarşik bir otoritenin olmadığı anarşik bir ortam olarak değerlendirmektedir.⁷ Böyle bir ortamda uluslararası hukuk, ancak ulusal çıkarlara hizmet ettiği ölçüde geçerli ve meşru kabul edilebilecektir, zira tüm devletler öncelikle gücün ve ulusal çıkarlarının maksimizasyonunu merkeze almaktadır. Bu bağlamda realizmin temel kavramları sistemdeki anarşi, güç ve menfaattir.⁸ Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde inceleneceği üzere bazı güçlü devletlerin uygulamaları bu iddiayı doğrular niteliktedir. Nitekim askeri ve ekonomik yönden güçlü devletler, tarihteki birçok örnekte (1945 sonrası da dâhil olmak üzere) uluslararası hukuku ve örgütleri yok sayarak veya kendilerine göre şekillendirerek kendi menfaatlerine uygun eylemlerde bulunabilmiş ve bazı zamanlarda herhangi bir meşruluk zemini bile aramamışlardır. Bu açıdan uluslararası hukukun varlık sebebi ulusal çıkarların sağlanmasının ve devlet gücünün arttırılmasının bir aracı olarak algılanmıştır.

Bahsedilen iki teoriden daha farklı bir doğrultuda Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları (TWAİL) ise, uluslararası hukukun neden var olduğu ve neye hizmet ettiği sorusuna çok daha marjinal bir yanıt sunmaktadır. Buna göre Avrupa merkezli olarak ortaya çıkan uluslararası hukuk, Birinci Dünya devletlerinin Üçüncü Dünya devletleri ve halklarını sömürme aracı olarak bir hegemonya mekanizmasından ibarettir.⁹ Birinci Dünya devletleri, kendi kapalı dünyalarında tasarladıkları kurallar ve prensipler ile evrensel olduğunu iddia ettikleri değerleri oluşturmuş ve bu değerlerle çelişen uygulamaları hukuksuz, medeniyet dışı ve uygunsuz olarak etiketlemiştir. Özellikle 19. yüzyıl, uluslararası hukuk ve medenileştirme misyonu arasındaki ilişkiyi göstermektedir. Bu dönem uluslararası hukuku, medeni olan ve olmayan devletler arasında

⁷ Eyüp Ersoy, 'Realizm', *Uluslararası İlişkiler Teorileri* (2. bs, İletişim Yayınları 2021) 167.

⁸ Gözen (n 8) 90.

⁹ Birinci Dünya Devletleri ve Üçüncü Dünya Devletleri tanımına isabetli bir açıklama Todaro tarafından yapılmaktadır. Todaro'ya göre BM içerisindeki bazı ülkeler, kendilerini ekonomik olarak avantajlı durumda bulunan kapitalist Birinci Dünya Devletleri'nden ve sosyalist İkinci Dünya Devletleri'nden ayırmak için Üçüncü Dünya Devleti tanımlamasını kullanmışlardır. Üçüncü Dünya Devletleri genel olarak ekonomik açıdan gelişmemiş veya gelişmekte olan, sömürgecilğe bir vesileyle konu olmuş ülkelerdir. Birinci Dünya Devletleri ise bunun aksine ekonomik gelişimini tamamlamış ve sömürgecilikten beslenmiş ülkelerdir. Bkz. Michael P Todaro, *Economics for a Developing World* (Longman 1982) xxi.

bir farklılık iddiası doğurmuştur.¹⁰ Kırdım'ın ifadesiyle "uluslararası hukuk, Avrupa'nın bilinç altında yatan üstünlük algısının açığa çıkarılması açısından da öğreticidir."¹¹ İşte TWAIL, tam bu noktada uluslararası hukukun doğasına karşı çıkmaktadır. Uluslararası hukukun bizatihi varlığını reddetmeyen bu yaklaşıma göre uluslararası hukuk, ancak ve ancak adilane, katılımcı ve eşitlikçi bir süreç işletildiği zaman dünya düzeninin sağlanmasına katkıda bulunabilir. Aşağıda daha detaylı olarak üzerinde durulduğu gibi, uygulamada mülteci hukuku ve göç hukuku ile insan hakları hukuku üzerinden tartışılan ve hatta BM Güvenlik Konseyi uygulamalarında kendini gösteren bu Avrupa merkezilik, TWAIL akademisyenleri tarafından yoğun eleştiriye tutularak uluslararası hukukun varlığı ve neye hizmet ettiği tartışmaya açılmıştır.

Bu çalışma, öncelikle uluslararası hukukun tartışmalı yapısından yola çıkarak üç yaklaşım üzerinden uluslararası hukukun neden var olduğunu ve neye hizmet ettiğini incelemeyi amaçlamaktadır. Sonrasında ise çalışma, literatüre özgün bir katkı olarak uluslararası hukuk anlatısını eleştirel bir değerlendirmeye ele almayı amaçlamaktadır. Uluslararası ilişkilerin hukuku olarak uluslararası kamu hukuku ve genel olarak uluslararası hukuk,¹² Uluslararası İlişkiler (Uİ) teorileri üzerinden incelenmeye değerdir.¹³ Çalışmanın önemi üç farklı Uİ teorisi ve yaklaşımı üzerinden uluslararası hukuka bakışın tartışılmasıdır. Çalışmanın özgün noktası ise, bu tartışmaların sonunda uluslararası hukukun kim için, nasıl ve neden gerekli olduğunun ileri sürülmesidir. Bu kapsamda çalışma dört ana bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde uluslararası hukuk, liberalizm üzerinden incelenecek olup mevzubahis sorulara bu perspektiften yanıtlar aranacaktır. İkinci bölümde liberalizme tepki olarak doğmuş olan realizm konu edilecek olup, uluslararası hukukun araçsallaştırıldığı bir bakış açısı sunulacaktır. Üçüncü bölümde TWAIL üzerinden, ilk iki bölümdeki uluslararası hukuk anlayışı da dahil olmak üzere, uluslararası hukuka yönelik temel ve yapı-sökümcü bir tartışma yapılacaktır. Dördüncü ve son bölümde ise, ilk üç bölümde yapılan teorik incelemeler ve uluslararası hukuk anlatısı, eleştirel bir değerlendirmeye tabi tutularak literatüre özgün bir katkı yapılması amaçlanmaktadır. Tüm bölümler, örnek devlet uygulamaları ile desteklenecektir.

¹⁰ Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (Cambridge University Press 2005) 113; Antony Anghie, 'Rethinking Sovereignty in International Law' (2009) 5 *Annual Review of Law and Social Science* 291, 293.

¹¹ Şahin Eray Kırdım, 'TWAIL'i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım' (2021) 41 *Public and Private International Law Bulletin* 129, 144.

¹² Prosper Weil, 'Towards Relative Normativity in International Law?' (1983) 77 *The American Journal of International Law* 413, 413.

¹³ Çalışmada disiplinden bahsedildiğinde *Uluslararası İlişkiler (Uİ)* kullanımı tercih edilirken, ulusların arasındaki ilişkileri ifade etmek için küçük harflerle *uluslararası ilişkiler* kullanımı tercih edilmiştir.

Sonuç olarak çalışmada uluslararası hukukun farklı bakış açılarından oldukça farklı yorumlanabileceği ve değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir. Böylelikle uluslararası hukukun üç farklı yüzü gözler önüne serilecek ve eleştirel bir değerlendirme yapılacaktır.

1. Liberal Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı: Uluslararası Hukuk Bir İsviçre Çakısıdır

Uİ teorileri açısından bakıldığında uluslararası hukuk ve liberalizm arasındaki rabita incelenmeye değerdir. Uİ teorilerini ele alan birçok kitap realizm ile başlarmaktaysa da bu çalışmada liberalizm ile Uİ teorilerini anlatmaya başlamayı uygun gördük. Zira liberalizm, uluslararası hukuk ve uluslararası ilişkiler arasındaki bağlantıyı çözümede kanımızca ilk yer verilecek yaklaşım olmalıdır. Yazında birçok araştırmacı tarafından Uİ teorileri arasındaki büyük tartışmalardan (*Great Debates*) ilkinin¹⁴ liberalizm ve realizm arasında olduğu varsayılmaktadır.¹⁵ Bu bağlamda realizmi anlamak için liberalizmin ilkelerini ve uygulamalarını bilmek elzemdir. Uİ disiplininin Birinci Dünya Savaşı sonrasında liberalizm temelinde geliştiği bilinmekte olduğundan, çalışmada tarihsel olarak öncelikle liberalizme yer verilmiştir.¹⁶ Bu amaçla da öncelikle liberalizm ve uluslararası hukuk incelenmiştir. Çalışmanın bu bölümü öncelikle liberalizmin bir Uİ teorisi olarak konumunu ve temel argümanlarını anlatacak, daha sonra bu argümanların uluslararası hukuk disiplinine yansımaları üzerinde durulacaktır.

Keohane'in ifadesiyle "liberalizmin uluslararası ilişkilere ait tek bir teorisi yoktur" ancak üç farklı temel yaklaşımdan söz edilebilir: cumhuriyetçi (*republican*), ticari (*commercial*) ve düzenleyici (*regulatory*) liberalizm.¹⁷ Cumhuriyetçi liberalizm, cumhuriyet rejimlerinin despotluklara göre daha barışçıl olduğunu varsaymakta ve savunmaktadır. Buna göre barış, ancak demokratik cumhuriyetlerin yaygınlaştırılması ile sağlanacak ve sürdürülecektir. Ancak

¹⁴ Steve Smith, 'Bir Disiplinin Öz Görüntüleri: Uluslararası İlişkiler Kuramının Bir Soyağacı' içinde Ken Booth ve Steve Smith (eds), *Uluslararası İlişkiler Kuramları* (Uluslararası İlişkiler Kütüphanesi 2015) 13.

¹⁵ Bazı yazarlara göre ise, bu büyük tartışmalar hiç yaşanmamıştır. Bkz. Scott Burchill and others, *Theories of International Relations* (Macmillan International Higher Education 2013); Tim Dunne, Milja Kurki and Steve Smith, *International Relations Theories: Discipline and Diversity* (Oxford University Press 2021); Stephen McGlinchey Scheinpfung, Christian and Rosie Walters (eds), *International Relations Theory* (2017); Ken Booth and Toni Erskine, *International Relations Theory Today* (John Wiley & Sons 2016).

¹⁶ Atila Eralp, 'Uluslararası İlişkiler Disiplininin Oluşumu: İdealizm-Realizm Tartışması' in İhsan Dağı and others (eds), *Devlet, Sistem ve Kimlik: Uluslararası İlişkilerde Temel Yaklaşımlar* (16. bs, İletişim Yayınları 2019) 59.

¹⁷ Robert Owen Keohane, *Power and Governance in a Partially Globalized World* (Psychology Press 2002) 46.

Kant için bu durum sadece bir önlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki barışın sağlanması ve savaşın önlenmesi için başka eylem ve önlemlere de ihtiyaç bulunmaktadır.¹⁸ Cumhuriyetçi liberalizm, Moravcsik açısından ise cumhuriyet rejimlerinin tercihlerine dayalı olarak barışı sağlamaktadır. Ona göre açıkça cumhuriyetçi rejimler ancak düşük maliyetli savaşları tercih edecek, dolayısıyla kazanamayacağı ve büyük güçlerin karşı karşıya geleceği savaşlardan çekinecektir. Bu yaklaşımda Moravcsik'in vurgusu demokrasilerin şeffaflığı ve askeri gücünden ziyade, tercih yapma güçlerine ilişkindir.¹⁹ Ticari liberalizm, uluslararası ticaret ile barış arasında bir ilişki kurmaktadır.²⁰ Bu yaklaşıma göre, ticaret veya ekonomik karşılıklı bağımlılık ile barış arasında bir etki bulunmaktadır.²¹ Karşılıklı ticaret arttıkça ekonomik bağımlılık artacak ve devletler bu sayede maliyetlerden kaçınarak savaşa girmeye çekineceklerdir. Bu bakış açısında ticaret anlaşmaları ve uluslararası ticaret örgütleri, barışın sağlanması ve korunması için önemli bir rol oynamaktadır. Bu yönüyle de ticari liberalizm, fonksiyonel olarak adlandırılmaktadır.²² Düzenleyici liberalizm ise, uluslararası kurum ve kuralların tüm devletler için (demokratik olsun veya olmasın) rasyonel sonuçlar doğuracağını öngörür. Bu açıdan "ortak çıkarlar için birlikte hareket etme ihtiyacı, düzenleyici kurumlara olan ihtiyacı artırır."²³ Bu ihtiyaç sonucunda ise uluslararası kurumlar ve kurallar ortak bir karşılıklı bağımlılık üretir ve barışın sağlanmasına aracı olurlar. Zira bağımlılık ve özellikle karşılıklı bağımlılık, barış ortamını getirecek bir gerçeklik olarak yorumlanmaktadır.

Bu genel anlatının ardından söylenmelidir ki Uİ çalışmalarında *ütopyacılık* eleştirilerine tâbi tutulan liberalizm,²⁴ felsefi kökeni açısından 18. yüzyıla dayanmaktadır. Liberal Uİ teorisi çoğunlukla Bernard Mandeville ve Adam Smith'in çalışmalarıyla ilişkilendirilmektedir.²⁵ Burchill'e göre liberalizm, Avrupa Aydınlanması'nın bir ürünü olarak tüm modern sanayi toplumlarını etkilemiştir.²⁶ Bu çalışma kapsamında ele alınan liberalizm, bireylerin yaşama, özgür

¹⁸ ibid 46-47.

¹⁹ Andrew Moravcsik, 'Liberal Theories of International Relations: A Primer' <<http://www.princeton.edu/~amoravcs/library/primer.doc>> Erişim: 3 Eylül 2022.

²⁰ Özpek (n 5) 154.

²¹ Galia Press-Barnathan, 'The Neglected Dimension of Commercial Liberalism: Economic Cooperation and Transition to Peace' (2006) 43 Journal of Peace Research 261.

²² Andrew Moravcsik, *Liberal International Relations Theory: A Social Scientific Assessment* (Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University Cambridge, MA 2001).

²³ Özpek (n 5) 155.

²⁴ ibid 128.

²⁵ Booth and Erskine (n 17).

²⁶ Scott Burchill, 'Liberalism', *Theories of International Relations* (3rd edn, Palgrave Macmillan 2005) 55.



olma ve mülkiyet haklarına vurgu yapan bir ahlaki önermedir.²⁷ Bu unsurlara olan vurgusu sebebiyle liberalizm, Immanuel Kant, John Stuart Mill, Woodrow Wilson, Hugo Grotius ve John Locke ile de sıklıkla özdeşleştirilmektedir.²⁸ Liberalizmin felsefi temelleri, insan doğasının iyi olduğu fikrine dayanmaktadır.²⁹ Bu düşünce aynı zamanda liberalizmin sadece devletlere değil bireylere de odaklanmasını, askeri güçten ziyade alternatif güç kaynaklarına ve organizasyonlara vurgu yapmasını ve ilerlemeci bir tarih anlayışına olan inancını da beraberinde getirmektedir.³⁰ Doğuştan ahlaki değerlere sahip olduğunu varsayan³¹ Kantçı bakış açısına göre demokrasi, uluslararası ticaret ve uluslararası örgütler çatışmaları engelleyici faktörlerdir.³² Bu argüman, Kant'ın 1795 tarihli *Perpetual Peace* (Ebedi Barış) eserinde de vurgulanmaktadır.³³ Buna göre demokratik cumhuriyetler, birbirleriyle savaşa girmekten sakınacaklardır. Bu yolla demokratik cumhuriyet rejiminin yaygınlaşması, evrensel barışı getirmekte önemli bir aşama olacaktır.³⁴ Bu argümanın uluslararası hukuk ile ilişkisini kurmak adına vurgulanması gereken husus, demokratik cumhuriyetlerden beklenenin uluslararası hukuka tabi olmaları ve uluslararası örgütlere katılma eğiliminde olmalarıdır. Böylece Kantçı liberalizm, dünya devletleri demokratikleştikçe uluslararası hukuk ve örgütlere katılımın artacağını ve sonuç olarak da evrensel barışın sağlanacağını ileri sürmektedir. Dolayısıyla Kant'ın yaklaşımına göre üç temel şart ekseninde uluslararası barış sağlanacaktır: Cumhuriyet yönetimlerinin yaygınlaşması, uluslararası hukuk ve evrensel konukseverlik.³⁵ Bu önermeler arasından çalışmanın konusu için en önemli olanı “uluslararası hukukun devletler arasındaki savaş durumuna son verebileceği düşüncesidir”.³⁶ Böylelikle uluslararası hukuk, açık bir şekilde çatışmazlığın ve barışın garantisi haline gelecektir. Anarşik olduğu realizm tarafından da kabul gören uluslararası ilişkiler sisteminde düzenleyici ve denetleyici bir

²⁷ Jeffrey W Meiser, ‘Liberalism’ in Stephen McGlinchey Scheinpflug, Christian, Rosie Walters and Christian Scheinpflug (eds), *International Relations Theory* (E-International Relations Publishing 2017) 22.

²⁸ Bruce Russett, ‘Liberalism’ in Tim Dunne, Milja Kurki and Steve Smith (eds), *International Relations Theories: Discipline and Diversity* (3rd edn, Oxford University Press 2013) 95; Andrew Moravcsik, ‘Liberalism and International Relations Theory’ 1 <https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/liberalism_working.pdf>.

²⁹ Eralp (n 18) 62.

³⁰ Keohane (n 19) 45.

³¹ Moravcsik, ‘Liberalism and International Relations Theory’ (n 30) 5.

³² Russett (n 30) 101-102.

³³ Kant (n 5).

³⁴ ibid.

³⁵ Özpek (n 5) 140.

³⁶ ibid.

hiyerarşik yapı kurmak üzere kurgulanacak uluslararası hukuk, tehlikelerle dolu olduğu ileri sürülen uluslararası ilişkiler evrenini kontrol altında tutacaktır. Bir yandan da demokratikleşmenin artmasıyla devletler birbirleriyle savaşa girmekten imtina edecek ve daimî barış ortaya çıkacaktır. Liberaller, bu argümanların dışında uluslararası hukuk yaklaşımına bir katkı olarak uluslararası örgütleri de eklemişlerdir. Robert Keohane tarafından “düzenleyici liberalizm” olarak adlandırılan bu bakış açısına göre, uluslararası ilişkilerde hukukun üstünlüğü sağlanmalı ve düzenleyici/denetleyici bir üst otorite oluşturulmalıdır.³⁷

Liberalizmin Uİ açısından en önemli ismi on dört prensibiyle bu yaklaşıma yol göstermiş olan Woodrow Wilson’dır zira en bilinen liberal teori Wilsoncu Liberal Uluslararasıçılık’tır.³⁸ Nitekim bir disiplin olarak ortaya çıkışının 1919 yılında Aberswyth’te Woodrow Wilson Kürsüsü’nün kuruluşuna dayandırılması buna bir kanıt olarak ileri sürülebilir.³⁹ Birinci Dünya Savaşı, bu felaketten bazı dersler çıkartılarak tekrar benzeri bir savaşın yaşanmaması için Uİ disiplini içerisinde geliştirilen çabalara sebep olmuştur. Bu bağlamda baskıcı devletler, devlet yönetimlerinin halka karşı sorumluluklarının olmaması ve uluslararası mekanizmaların yokluğu ve/veya çalışmaması bu savaşın bazı temel nedenleri olarak sayılmıştır.⁴⁰ Birinci Dünya Savaşı süresince insanlığın ortak kazanımıyla bu savaşın sonuçlanmasını dile getiren Wilson, bu anlamda savaş sonrasında kolektif güvenlik yaklaşımını vurgulamıştır.⁴¹ Kolektif güvenliğin, dünyada bilinen en başarılı uzman diplomatlar yerine halkın bir talebi olarak gündeme geldiği ileri sürülmektedir.⁴² Bunun sebebi şüphesiz ki Birinci Dünya Savaşı’nın halklar üzerinde yarattığı travmatik etkidir. 8 Ocak 1918 tarihinde açıklanan on dört prensibinde Wilson, gizli anlaşmaların yasaklanmasını, denizlerin serbestisini, eşit ticaret imkânlarının sağlanmasını ve MC’nin kurulmasını önermiştir.⁴³ Buradan hareketle söylenebilir ki Woodrow Wilson tarafından Uİ alanındaki liberal teorinin temel çerçevesi çizilmiştir: Uluslararası örgütlerin ve hukukun desteklendiği, açık diplomasinin uygulandığı ve herkes için güvenli olan bir dünya düzeni kurulmalıdır. Kolektif güvenliğin en açık yansıması olan MC’nin Birinci Dünya Savaşı sonrasında yeni

³⁷ ibid 143.

³⁸ Anne-Marie Slaughter, ‘International Law in a World of Liberal States’ (1995) 6 European Journal of International Law 503, 508.

³⁹ Smith (n 16) 14.

⁴⁰ Eralp (n 18) 61.

⁴¹ DF Fleming, ‘Woodrow Wilson and Collective Security Today’ (1956) 18 The Journal of Politics 611, 612.

⁴² Roland N Stromberg, ‘The Idea of Collective Security’ (1956) 17 Journal of the History of Ideas 250, 250.

⁴³ John L Snell, ‘Wilson on Germany and the Fourteen Points’ (1954) 26 The Journal of Modern History 364.



bir dünya savaşının çıkışını engelleyememesi, daha önce de belirtildiği gibi liberalizm ve kolektif güvenlik algısının tartışılmasına sebep olmuştur. Ancak Stromberg'in ifadesine göre bu başarısızlık sistemin kendisinden değil, büyük devletlerin bu sistemin ve ilkelerin varlığına ve geçerliliğine olan inançsızlığından kaynaklanmıştır.⁴⁴

Özetle söylenebilir ki Uİ açısından liberalizm, olanı değil olması gerekeni önceleyen, insan doğasının iyiliğine ve ahlaki değerlere vurgu yapan, uluslararası barışın mümkün olduğunu savunan ve bunu da uluslararası hukuk, uluslararası örgütler ve demokratik barış aracılığıyla gerçekleştirebileceğini ileri süren bir teoridir. Birinci Dünya Savaşı'nın yarattığı yıkımın etkisiyle ortaya çıkan bu anlayışa göre insanlık ebedi barışa ancak yukarıda yazılan unsurların sağlanmasıyla ulaşabilir. Ancak tüm bu argümanlar, Birinci Dünya Savaşı sonrasında Wilson prensipleri doğrultusunda kurulmuş olan Milletler Cemiyeti'nin (MC) İkinci Dünya Savaşı'nın ortaya çıkışını engelleyememesi neticesinde ağır tartışmaların konusu olmuştur.⁴⁵

Uluslararası hukuk, buraya kadar anlatıldığı kadarıyla liberalizmin temel unsurlarından birisidir. Fitzmaurice'e göre liberaller, köken olarak 19. yüzyılda imparatorluklara meşruluk kazandırabilmek için uluslararası hukuka yönelmişlerdir.⁴⁶ Devletleri anarşik olduğu iddia edilen düzende bir hiyerarşi altında kontrol edeceği ve anlaşmazlıkları çatışmaya dönmeden engelleyebileceği iddiası uluslararası hukuku liberal Uİ teorisinin merkezine yerleştirmektedir. Uluslararası hukukun liberal okumasına göre uluslararası düzen, aşağıdan yukarıya doğru kurgulanmaktadır zira farklı örgütler, yapılar ve organizasyonlar uluslararası düzeni sağlamaya yönelik olarak ortaya çıkmaktadır.⁴⁷ Bu yapılanmanın temel taşı olan uluslararası hukuk, barış antlaşmalarıyla bu argümanı destekler nitelikte gözükmektedir.

1555'te din temelli tartışmaları bitiren Augsburg Barışı, 1618-1648 arasındaki 30 Yıl Savaşları'nı sonlandıran Westphalia Antlaşmaları ve 1713'te İspanya Veraset Savaşları'nı noktlayan Utrecht Barışı bu duruma örnek uluslararası hukuk metinleridir. 1815 yılındaki Viyana Kongresi de Avrupa Uyum (Concert of Europe) dönemini başlatarak uluslararası hukuk aracılığıyla barışa zemin hazırlamıştır. Böylelikle modern ulus-devletlerin ortaya çıkışı da sağlanmış ve uluslararası hukuk, uluslararası barışın bir sağlayıcısı olarak gündemde kalmıştır.

⁴⁴ Stromberg (n 44) 253.

⁴⁵ Özpek (n 5) 143.

⁴⁶ Andrew Fitzmaurice, 'Liberalism and Empire in Nineteenth-Century International Law' (2012) 117 *The American Historical Review* 122, 123.

⁴⁷ Anne-Marie Slaughter and Jose E Alvarez, 'A Liberal Theory of International Law' (2000) 94 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 240, 242.

Uluslararası hukuk ne için ve neden vardır sorusuna liberal teorinin yanıtı hiç şüphesiz ki uluslararası barışın sağlanması ve sürdürülmesi olacaktır. Lauterpacht'a göre de "uluslararası hukuk, milletler arasında barışın sağlanması ve temel insan haklarının korunmasına yönlendirilmelidir".⁴⁸ Tarihsel olarak bakıldığında Saint Augustine, Thomas Aquinas, Hugo Grotius, Immanuel Kant ve Michael Walzer'in görüşlerinde karşımıza çıkan haklı savaş (*just war*) tanımı da uluslararası hukuk ile barış arasındaki ilişkiye işaret etmektedir.⁴⁹ Haklı savaş, bir savaşın haklı nedenlere dayalı olup olmadığını ve etik gereklilikleri yerine getirip getirmediğini incelemeye imkan veren bir kavramdır.⁵⁰ Bu yaklaşım siyaset ile etğin birbirinden ayrılmasına karşı çıkmaktadır.⁵¹ Haklı savaş kavramı yüzyıllar içerisinde özellikle Batı kültüründe çeşitli kaynaklardan etkilenmiş ve gelişmeye açık olmuştur. Nitekim ortaya çıkışı da Batı dünyasında Hristiyanlığın etkisi altında olmuştur, ancak bu kavramın bir bütün haline gelip sistematik yapıya kavuşması Ortaçağ'a denk gelmektedir.⁵² Von Elbe'nin ve Johnson'un ifadeleriyle ilk defa Augustine tarafından bilimsel bir zeminde kavramsallaştırıldığı belirtilen haklı savaş teorisi veya doktrini,⁵³ savaşın başlatılması ve yürütülmesindeki etik tartışmaları normatif bir düzleme taşımayı amaçlamaktadır.⁵⁴ Haklı savaş, bu kapsamda ancak ve ancak meşru müdafaa (*self-defense*) halinde mümkün olmaktadır.⁵⁵ Bunun dışında saldırıya dayalı olan (*aggressive*) müdahaleler haklı savaş tanımının dışında kalmaktadır.⁵⁶ Haklı savaş tanımında haklı savaşın koşulları, bir diğer ifadeyle savaşa girmenin izin verilebilir olup olmadığına yönelik değerlendirme *jus ad bellum* olarak ve savaşta uyulması gereken kurallar, geniş bir şekilde savaş anında uygulanması kabul edilebilir davranışlar ise *jus in bello* şeklinde ifade edilmek-

⁴⁸ H Lauterpacht, 'The Grotian Tradition in International Law' (1946) 23 British Year Book of International Law 1, 51.

⁴⁹ Neta C Crawford, 'Just War Theory and the U.S. Counterterrorism War' (2003) 1 Perspectives on Politics 5, 6; Joachim von Elbe, 'The Evolution of the Concept of the Just War in International Law' (1939) 33 The American Journal of International Law 665, 669.

⁵⁰ Mona Fixdal and Dan Smith, 'Humanitarian Intervention and Just War' (1998) 42 Mershon International Studies Review 283, 285.

⁵¹ Jean Bethke Elshtain, 'Just War and Humanitarian Intervention' (2001) 95 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 1, 1.

⁵² Fulya A Ereker, 'İlkçağlardan Günümüze Haklı Savaş Kavramı' (2004) 1 Uluslararası İlişkiler Dergisi 1, 2, 4.

⁵³ von Elbe (n 51) 667; James Turner Johnson, 'Just War, As It Was and Is' [2005] First Things: A Monthly Journal of Religion & Public Life 14, 14.

⁵⁴ Crawford (n 51) 6.

⁵⁵ David Luban, 'Just War and Human Rights' (1980) 9 Philosophy & Public Affairs 160, 163.

⁵⁶ ibid 162.



tedir.⁵⁷ Bu kurallar kapsamında hangi savaşın adil ve haklı olacağı ile savaştaki hangi davranışların adil ve haklı olacağına dair ilkeler belirlenmektedir. *Jus ad bellum* temel olarak doğru otorite (*right authority*), haklı sebep (*just cause*), doğru niyet (*right intention*), son çare (*last resort*), orantılılık (*proportionality*), makul umut (*reasonable hope*), göreceli adalet (*relative justice*), açık deklarasyon (*open declaration*) ilkeleri ve koşullarıyla sınırlandırılmaktadır. Bu ilke ve koşullar, haklı bir savaşı başlatmanın öncülleridir.⁵⁸ Tüm ilkeler değerlendirildiğinde *jus ad bellum*, son çare olarak başvurulması gereken ve ölçülü müdahale içeren, haklı bir sebebe ve niyete dayalı ve son olarak da doğru aktör tarafından açıkça ilan edilen savaşı ifade etmektedir. *Jus in bello* ise iki ana ilke ve kural ile açıklanmaktadır: sivillere ayrımcılık (*discrimination*) ve orantılılık (*proportionality*).⁵⁹ Bu durum her ne kadar savaşın kurallaştırılması olsa da uluslararası hukuk-uluslararası barış ilişkisiyle çelişmemektedir. Nitekim bu kurallar, savaşın ortaya çıkışını kesin koşullara bağlamakta böylelikle çatışmaları azaltıcı etki yaratmaları beklenmektedir. Bu kapsamda oluşturulan barış hukuku, MC Misakı ve Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'ndan önce 19. ve 20. yüzyılın başlarında “kuvvet kullanma yasağı” (*the prohibition of the use of force*) olarak kendine uluslararası hukukta yer bulmuştur.⁶⁰ 19. yüzyıl sonunda ve 20. yüzyıl başında düzenlenen Lahey Konferansları (1899, 1907) *jus in bello* kurallarına odaklanarak devletlerin güç kullanım yöntemlerini sınırlandıran ilk çabalarıdır.⁶¹ Bununla birlikte Lahey Konferansları silahların kontrolüne ilişkin hükümler de içermektedir.⁶² Ancak bu düzenlemeler, Birinci Dünya Savaşı'nın çıkmasını engellemeye veya vahşetini azaltmaya yetmemiştir.⁶³ Kellogg-Briand Paketi, 1928 yılında savaşın başlatılmasını yasaklayan ve kanunsuz sayan ilk düzenlemedir.⁶⁴ Bu Pakt, meşru müdafaa hariç her türlü savaş fiilini ve savaşı bir politika aracı olarak kullanmayı kınamaktadır.⁶⁵ 1928 öncesinde

⁵⁷ Şahin Eray Kırdım, Uluslararası Hukukta İnsani Müdahale Doktrini ve Birleşmiş Milletlerde Paylaşımlı Yetki Mekanizması (*Yetkin Yayınları* 2021) 30.

⁵⁸ Fixdal and Smith (n 52) 286.

⁵⁹ ibid.

⁶⁰ Cecilia Marcela Bailliet and Kjetil Mujezinovic Larsen, *Promoting Peace Through International Law* (OUP Oxford 2015) 5.

⁶¹ Şahin Eray Kırdım, ‘A Dichotomous Practice of International Relations: Theory Behind Humanitarian Intervention Until World War II’ (2017) 61 Akademik Bakış Dergisi 26, 28.

⁶² Detlev F Vagts, ‘The Hague Conventions and Arms Control’ (2000) 94 The American Journal of International Law 31.

⁶³ Kırdım, ‘A Dichotomous Practice of International Relations: Theory Behind Humanitarian Intervention Until World War II’ (n 63) 28.

⁶⁴ ibid 29; Waldo Chamberlin, ‘Origins of the Kellogg-Briand Pact’ (1952) 15 The Historian 77, 80.

⁶⁵ Luban (n 57) 161.

ilan edilen MC Misakı ise savaşı kesin bir dille yasaklamak yerine *erteleyen* bir düzenleme olmuştur.⁶⁶ Misak'ın 12. maddesine göre, “[c]emiyet'in bütün üyeleri, aralarında ilişkilerin kesilmesine varabilecek nitelikte bir anlaşmazlık çıkarsa, bu anlaşmazlığı ya hakemliğe, adli çözüme ya da Konsey'in incelemesine sunmayı kabul etmektedirler. Cemiyet üyeleri, hakemlerin kararından, adli karardan ya da Konsey'in raporundan sonra üç aylık bir süre geçinceye kadar, hiçbir durumda savaşa başvurmamayı da kabul ederler.”⁶⁷ Buna göre üye devletler arasında söz konusu bir anlaşmazlık durumunda, öncelikle barışçıl yollarla çözüm için ilgili yollara başvuru yapılacak, bu başvurular neticesindeki karardan sonra üç ay içerisinde ise savaşa başvurulmayacaktır.

*Kesin bir dille kuvvet kullanımını yasaklayan düzenleme ise BM Şartı*⁶⁸ ile ortaya çıkmıştır. Şart'ın 2'nci maddesinin 4'üncü fıkrası uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanımını ve kuvvet kullanımında bulunma tehdidini kesin bir dille -birkaç istisna haricinde- yasaklamaktadır.⁶⁹ Bu hükme göre, “[t]üm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidini ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar.”¹² Bu hükmün istisnası ise 51'inci maddede ifade edilmiştir. İlgili maddeye göre “[b]u antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin bir silahlı saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına halel getirmez.”¹³ Dolayısıyla kuvvet kullanımı ve kuvvet kullanma tehdidi, meşru müdafaa dışında BM Şartı tarafından kesin bir dille yasaklanmıştır.

BM Sistemi olarak adlandırılan 1945 sonrası dönemde uluslararası silahlı çatışmaların ve işgallerin sayısında yaşanan düşüş, uluslararası hukukun uluslararası barışa yönelik katkısına dayanak olarak gösterilmektedir.¹⁴ Gerçekten de 1945 sonrası dönem dünya üzerinde uluslararası silahlı çatışmalar bağlamında en çatışmasız dönem olarak kabul edilebilir. Henüz bir dünya savaşının daha yaşanmamış olması ve 1989'da sona eren Soğuk Savaş'ın sıcak çatış-

⁶⁶ League of Nations, *Covenant of the League of Nations*, 28 Nisan 1919, <https://www.refworld.org/docid/3dd8b9854.html> [Erişim Tarihi: 2 Eylül 2022]

⁶⁷ Leroy Bennett and James Oliver, *Uluslararası Örgütler: İlkeler ve Meseleler* (Nasuh Uslu çev., 1. bs, BB101 Yayınları 2015)532.

⁶⁸ United Nations, *Charter of the United Nations*, 24 Ekim 1945, 1 UNTS XVI, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3930.html> Erişim: 2 Eylül 2022

⁶⁹ Nico Schrijver, 'The Ban on the Use of Force in the UN Charter' in Marc Weller (ed), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law* (Oxford University Press 2015); Şahin Eray Kırdım, 'Pandemilerle Mücadele İçin Uluslararası Hukukta "Cebri Yardım"' (2020) 10 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 760, 774.



maya dönüşmemiş olması bu iddiaya en temel örnekler olarak kullanılmaktadır. Liberal argümandan çizilen bu tablo, teori ile pratik arasında uyumlu bir gerçeklik sunmaktadır. Uluslararası hukukun varlığı, Kantçı ve Wilsoncu liberaller tarafından uluslararası barışa duyulan ihtiyacın sağlanmasıyla açıklanmıştır. 1945 sonrası dünya düzeni ise liberaller tarafından bu olguyu açıklamak için kullanılmaktadır. Barış anlaşmaları ve savaşı düzenleyici/yasaklayıcı uygulamalarla uluslararası ilişkilerde yer alan ve bu amaçlara hizmet eden uluslararası hukuk, liberalizme göre uluslararası barışın sağlanmasında en önemli silahtır.

Ancak uluslararası hukukun neden var olduğu sorusuna ilişkin tek yanıt liberal Uİ teorisinden verilemez. Buraya kadar anlatılan olumlu tablonun tam aksini iddia eden Uİ teorisi, kimilerine göre sözde,⁷⁰ kimilerine göre ise bir gerçeklik⁷¹ ve ilk büyük tartışmada liberalizmin karşısında konumlanmış olan realist düşüncedir. Çalışmanın bir sonraki bölümünde realizmin temel unsurları, uluslararası hukuka bakışı ve uluslararası hukukun varlığına dair iddiaları ile devlet örnekleri tartışılacaktır.

2. Realist Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı: Uluslararası Hukuk Bir Güç Oyunudur

Schuman'a göre⁷² uluslararası hukuk ve tarih alanları Uİ'de gereksiz bir ağırlık oluşturmaktadır ve bu alanlardan ziyade Siyaset Bilimi temeline oturtulmalıdır.⁷³ 1939 yılında Carr tarafından yazılan *The Twenty Years' Crisis: 1919-1939* kitabı realist Uİ teorisinin tartışıldığı temel kitap olarak referans alınmaktadır.⁷⁴ Buna göre Carr, liberalizmdeki *olması gerekenin tartışıldığı düşünceye ütopyacılık* gerekçesiyle karşı çıkarak Machiavelli'deki realist düşünceye döner ve olması gerekenin değil *olanın* incelenmesi gerektiğini iddia ederek güç ve çıkar temelli realist Uİ teorisini kurgular.⁷⁵ Her ne kadar önceki bölümde bir Uİ teorisi olarak liberalizmin tarihsel ve felsefi kökenlerinin çok eskiye dayandığını ileri sürsek de, benzer bir iddia realist teori, *realpolitik*, için de bulunmaktadır.⁷⁶ Buna göre realist teori felsefi temellerini Antik Yunan'daki

⁷⁰ Smith (n 16).

⁷¹ *Atila Eralp and others*, Devlet, sistem ve kimlik: uluslararası ilişkilerde temel yaklaşımlar (16th edn, İletişim Yayınları 2019).

⁷² Frederick L Schuman, *International Politics* (1941).

⁷³ Eralp (n 18) 69.

⁷⁴ *EH Carr, The Twenty Years' Crisis, 1919-1939: Reissued with a New Preface from Michael Cox* (Springer 2016).

⁷⁵ Eralp (n 18) 71.

⁷⁶ Jack Donnelly, 'Realism' in Scott Burchill and others (eds), *Theories of International Relations* (3rd edn, Palgrave Macmillan 2005).

Thucydides'ten,⁷⁷ Hobbes'tan⁷⁸ ve Machiavelli'den⁷⁹ almaktadır.

Bu felsefi temelleri haiz olmakla birlikte realist Uİ teorisi, özellikle Birinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan uluslararası örgütlerin ve hukukun, özellikle de MC'nin, liberallerin iddia ettiği gibi İkinci Dünya Savaşı'nın ortaya çıkışını engelleyemediği ve bu bağlamda uluslararası barış ütopyasının geçerli olmadığını zira Uİ'nin anarşik, güç odaklı ve çıkar merkezli olduğunu ileri sürer. Morgenthau, bu kapsamda realizmin temel ilkelerini belirlerken Hobbes'tan etkilenmiş ve insan doğasının kötülüğüne vurgu yapmıştır.⁸⁰ Buna göre "Morgenthau ve realistler insanı özde bencil ve çıkarıcı olarak nitelendirmektedirler".⁸¹ Morgenthau bu açıdan Uİ'yi ulusal çıkar ve uluslararası güç üzerinden açıklamaktadır. Güç, Morgenthau için temel unsur olmakta ve "ulusların ancak güçleri ile uyumlu ulusal çıkarları savunabilecekleri" ileri sürülmektedir.⁸²

Realistler, genel olarak Uİ'nin mücadele ve rekabet üzerine kurulduğunu kabul etmektedirler.⁸³ İkinci bir ön kabul olarak ise realistlere göre uluslararası sistem anarşiktir.⁸⁴ Bu anarşi, düzene karşı çıkmak anlamındaki politik anarşiden ayrılarak, hiyerarşinin olmadığı ve bir hegemon gücün iktidarı altında bulunmayan ortamı ifade eder. Böylece uluslararası ilişkiler evreninde nihai karar alıcı ve kararlarıyla bağlayıcı olan, egemen devletler üzerinde konumlanmış merkezi bir iktidar bulunmamaktadır.⁸⁵ Bunu realist teorinin merkezine yerleştiren isim Thomas Hobbes olmuştur.⁸⁶ Üçüncü olarak, realistlere göre Uİ'nin ve uluslararası sistemin temel aktörü devletlerdir. Bu bağlamda realizm, devlet-merkezli bir teori olarak nitelendirilmektedir. Dördüncü olarak, devlet-merkezli bu sistemde devletlerin temel amacı, realistlere göre, hayatta kalmak yani bekadır.⁸⁷ Beşinci ve son olarak ise devletin temel amacı olan bekaya ulaşmaktaki asıl araç güçtür.⁸⁸ Böylece bu beş önermeden yola çıkarak realizm şu şekilde özetlenebilir: Mücadeleci, anarşik bir düzeni iddia eden,

⁷⁷ Thucydides, *The Peloponnesian War* (OUP Oxford 2009).

⁷⁸ Thomas Hobbes, *Leviathan* (CreateSpace Independent Publishing Platform 2011).

⁷⁹ Niccolo Machiavelli, *The Prince* (Penguin Publishing Group 2003).

⁸⁰ Eralp (n 18) 73.

⁸¹ ibid.

⁸² ibid 74.

⁸³ Ersoy (n 9) 167.

⁸⁴ Donnelly (n 81) 31.

⁸⁵ Ersoy (n 9) 193.

⁸⁶ ibid 167; Hobbes (n 83).

⁸⁷ Ersoy (n 9) 169; Sandra Antunes and Isabel Camisao, 'Realism' in Stephen McGlinchey, Rosie Walters and Christian Scheinplig (eds), *International Relations Theory* (E-International Relations Publishing 2017) 15.

⁸⁸ Ersoy (n 9) 170.



devlet-merkezli, beka odaklı ve gücü önceleyen bir uluslararası sistem. Bu yapıda realistlere göre iç politika ile uluslararası politika arasında bir ayırım yapılmamalıdır.⁸⁹

Realizm ile uluslararası hukuk arasındaki ilişki ise ulusal çıkarlar ve güç üzerinden kurulmalıdır. Realizm, uluslararası sistemi anarşik, güç odaklı ve ulusal çıkar merkezli kaotik bir yapı olarak tanımlamaktadır. Buna göre uluslararası sistemde egemen devletler dışında hiçbir üstün otorite bulunamayacaktır. Bu durum ise liberal teorinin argümanlarıyla tamamen çelişen şekilde uluslararası hukukun üstün bir düzenleyici güç olarak ortaya çıkamayacağını ileri sürmektedir. Nitekim uluslararası hukuk ve örgütler, egemen devletin egemenlik alanına müdahale edemeyecek ve onun üzerinde hiyerarşik bir otorite olarak bulunamayacaktır. Devletler, uluslararası ortamda sorunlarını “kendine yardım” (*self-help*) ilkesi doğrultusunda çözecektir ve sorunların çözümü, uyum ve iş birliği gibi liberal değerler üzerinden değil, güç merkezli realist bakış açısı üzerinden bulunacaktır.

Devlet uygulamalarına bakıldığında da uluslararası hukukun güç ile olan ilişkisi açığa çıkmaktadır. Liberalizmin çizdiği *ütopyik* tabloda tüm devletler uluslararası hukuk ve örgütlere saygı gösterip hiyerarşik yapılanmayı kabul ederlerken, realist bakış açısında uluslararası hukuk güçlü devletlerin zaman zaman aksine hareket edebildiği ve yaptırımlardan kaçınmadığı veya bu yaptırımları tanımadığı bir ortam oluşturmaktadır. Bunun en belirgin örneği Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’nin uygulamalarında görülmektedir. Amerikan dış politikasının temel özelliklerinden birisi de uluslararası hukuk ve örgütlerin gerekli şartlar oluştuğunda dikkate alınmamasıdır.⁹⁰ Nitekim Irak ve Afganistan müdahaleleri ile Trump dönemi dış politikası bu gerçekliğin kristalleştiği olaylar olmuştur.⁹¹ Ayrıca BM Güvenlik Konseyi’nin daimi veto yetkisine sahip 5 büyük devleti (ABD, Rusya, Çin, Fransa, Birleşik Krallık) de veto yetkisini kullanırken ilgili meseleyi bağımsız düşünmek yerine dost ve dost olmayan ülke ayırımına bakarak kullanmaktadırlar.⁹²

⁸⁹ Richard Ned Lebow, ‘Classical Realism’ in Tim Dunne, Milja Kurki and Steve Smith (eds), *International Relations Theories: Discipline and Diversity* (3rd edn, Oxford University Press 2013) 60.

⁹⁰ Atahan Demirkol, ‘Understanding American Strategic Culture and Foreign Policy Through Robert Kagan: A Review’ (2021) 4 *Uluslararası İlişkiler ve Diplomasi* 1.

⁹¹ Şahin Eray Kırdım, ‘Uluslararası Hukuk Savaş Halinde: Trump Yönetiminin Uluslararası Hukuk Yaklaşımı Üzerine Bir İnceleme’ (2021) 12 *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 148. Her ne kadar Afganistan müdahalesi için BM Güvenlik Konseyi tarafından 42. Madde kapsamında karar çıkartılmış olsa ve Irak için de “önleyici meşru müdafaa” kavramı geliştirilmiş olsa da uluslararası hukukun ciddiyetle dikkate alınmadığı göstermektedir. Uluslararası hukuk bu uygulamalarda yok sayılmamış, ancak bir anlamda eğilip-bükülerek ilgili devletler için elverişli bir şekilde getirilmiştir.

⁹² Atahan Demirkol ve Şahin Eray Kırdım, ‘Marksizm ve Uluslararası Hukuk: Teori Mi

Güç, uluslararası hukuka yönelik ülkelerin duruşunu etkileyen temel unsurdur zira askeri kapasitesi ve ekonomik göstergeleri güçlü olan bir ülkenin uluslararası hukuku yok sayabileceği ve yeri geldiğinde sorunların çözümü için diğer devletlerle iş birliğine yanaşmayacağı düşünülmelidir.⁹³ Bu örnek kapsamında ABD, geçtiğimiz yıllarda birçok önemli uluslararası hukuk metnini imzalamamak veya geri çekilmekle bilinmektedir.⁹⁴ ABD bu bağlamda uluslararası hukuk konusunda her zaman çekimser kalmıştır.⁹⁵ Robert Kagan'a göre de özellikle Kosova savaşında ABD'nin baskın tavrı, uluslararası diplomasiyi kontrol altında tuttuğunu göstermiştir.⁹⁶ Bir diğer taraftan Fabbrini'ye göre ise ABD'nin uluslararası hukukta ve örgütlerdeki tek taraflılık algısı özellikle George W. Bush'un ikinci döneminde gözler önüne serilmiştir. Bu açıdan Bush'un savunduğu yeni muhafazakarlık ile tek taraflılık arasında kesin bir ilişki kurulmaktadır.⁹⁷ Zira ABD, uluslararası hukuku bir iş birliği fırsatından ziyade uluslararası sistemde engeller yaratan bir olgu olarak değerlendirmiştir.⁹⁸ ABD'nin Irak Operasyonları sırasında uluslararası bir onay ve yetkilendirme beklememesi,⁹⁹ sözleşmelerden çekilmesi ve uluslararası örgütleri hedef alması¹⁰⁰ realizmin uluslararası hukuka ve örgütlere bakışına en açıklayıcı örneklerdir.

Kısaca değerlendirildiğinde realizm için uluslararası hukuk neden vardır sorusunun yanıtı ancak ve ancak devletlerin ulusal çıkarlarına hizmet ettiği ölçüde bir uluslararası hukuk anlayışının var olabileceği şeklinde olacaktır. Bir diğer ifadeyle uluslararası hukuk, güçlü devletlerin amaçlarına hizmet etmek için vardır. Bunu yaparken uluslararası hukuk, kanaatimizce ya güçlü devletlerin haksız eylemlerini meşrulaştırmak için kullanılacak ya da tamamen iti-

Eleştiri Mi?' (2021) 2021 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 417, 444.

⁹³ Demirkol, 'Understanding American Strategic Culture and Foreign Policy Through Robert Kagan' (n 93) 10.

⁹⁴ ibid.

⁹⁵ *D Malone and Y Khong*, *Unilateralism and U.S. Foreign Policy: International Perspectives* (Lynne Rienner Publishers 2003) 5.

⁹⁶ *Robert Kagan*, *Of Paradise and Power: America and Europe in the New World Order* (Vintage Books 2004) 47.

⁹⁷ Sergio Fabbrini, 'US Unilateralism and American Conservative Nationalism', *The United States Contested: American Unilateralism and European Discontent* (Routledge 2006) 3 <<https://www.taylorfrancis.com/books/united-states-contested-sergio-fabbrini/10.4324/9780203965085>> Erişim 12 Ocak 2021.

⁹⁸ Tom Sauer, 'American Unilateralism' (2002) 33 *Security Dialogue* 114, 116.

⁹⁹ Demirkol, 'Understanding American Strategic Culture and Foreign Policy Through Robert Kagan' (n 93) 12.

¹⁰⁰ Kırdım, 'Uluslararası Hukuk Savaş Halinde: Trump Yönetiminin Uluslararası Hukuk Yaklaşımı Üzerine Bir İnceleme' (n 96).



barsızlaştırılarak tek taraflı uluslararası hukuk ihlalleri yapılacak ve meselenin üzeri kapatılacaktır. ABD'nin uluslararası örgütleri finansal hamlelerle tehdit etmesi, uluslararası sözleşmelerden özellikle Trump döneminde tek taraflı olarak çekilmesi ve Bush yönetimi altında Irak ve Afganistan operasyonlarında herhangi bir uluslararası hukuk meşruiyeti ve onayı aramaması bunun açık örnekleridir. Tam olarak bir realist uygulama perspektifi sunan ABD örneği, uluslararası hukukun ancak ve ancak ulusal çıkarlarla çelişmediği ve ona hizmet ettiği ölçüde meşru olacağını iddia etmektedir.

3. Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları (TWAIL): Uluslararası Hukuk Ayrıcalıklarının Düzenidir

Bu bölüme kadarki kısımda çalışma, liberal ve realist perspektiften uluslararası hukukun neden var olduğu sorusuna cevap aramaya çalışmıştır. Liberal perspektifte uluslararası hukuk barışın sağlayıcısı olarak kurgulanırken, realist bakış açısında ise ulusal çıkarlara hizmet eden ve etmediği sürece de bir engel olarak görülen bir yapıyı ifade etmektedir. Bu bölümde incelenecek Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünyacı Yaklaşımlar (TWAIL) ise, uluslararası hukukun temel olarak nasıl Batı (Avrupa) merkezli kurgulandığını ve onların amacına hizmet ettiğini irdelenecektir. Bu bağlamda hem liberal hem de realist teoriye bir yanıt ve karşı duruş sunan TWAIL'in öncelikle temel argümanları açıklanacak sonrasında uluslararası hukuka bakışı ve devlet örnekleri tartışılacaktır.

TWAIL, Kırdım'a göre "uluslararası hukuk tarihinin yeniden okunması ve sömürgeleştirme uygulamalarının meşrulaştırılması ve yeniden üretilmesindeki rolü üzerine" odaklanmıştır.¹⁰¹ 1955 Bandung Konferansı ile veya 1996 Harvard Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen toplantılarla kurulduğuna dair görüşler olan TWAIL,¹⁰² temelde üç ilişkili konuyu kendine görev edinmiştir: i) Avrupalı olmayanları Avrupalılar karşısında tahakküm altına sokan uluslararası hukuk normlarının ırkçı hiyerarşisi, ii) uluslararası yönetim için alternatif bir yasal düzen oluşturmak, iii) Üçüncü Dünya'nın gelişmemişliğini ortadan kaldırmak.¹⁰³ Bir diğer taraftan TWAIL, kurulu ve inşa edilmiş bir yapıyı meydana getirmemektedir,¹⁰⁴ dolayısıyla doğal bir okuldur. TWAIL böylelikle, uluslararası hukuka yönelik hem bir teori hem de metodoloji oluşturmaktadır.¹⁰⁵ Bunu

¹⁰¹ Kırdım, 'TWAIL'i Anlamak' (n 13) 133.

¹⁰² James Thuo Gathii, 'TWAIL: A Brief History of Its Origins, Its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography' (2011) 3 Trade, Law and Development 26, 28; Makau Mutua, 'What Is TWAIL?' (2000) 94 Proceedings of the ASIL Annual Meeting 31.

¹⁰³ Mutua (n 107) 31.

¹⁰⁴ Antony Anghie, 'TWAIL: Past and Future' (2008) 10 International Community Law Review 479, 480.

¹⁰⁵ Obiora Chinedu Okafor, 'Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?' (2008) 10 International Community Law Review 371, 377.

yaparken de TWAIL akademisyenleri (*TWAILers*) Üçüncü Dünya vatandaşları ile uluslararası hukuk ve onun araçları arasındaki ilişkiye odaklanmaktadırlar.¹⁰⁶ “*TWAIL* akademisyenleri, imparatorluk siyasetine olan karşıtlıklarında birleşmektedirler.”¹⁰⁷ Buradan anlaşılması gereken, *TWAILers*’in emperyal bir hukuk düzenine karşı çıktıkları ve bunu da en çok uluslararası hukuk alanında gözlemledikleridir. Akılda tutulması gereken önemli bir gerçeklik ise, TWAIL’in uluslararası hukukun bizatihi varlığına karşı olmadığıdır. TWAIL, daha adil ve eşitlikçi bir uluslararası hukuk düzenini ve Üçüncü Dünya’nın da dahil edildiği bir uluslararası hukuk sistemini savunmaktadır.¹⁰⁸

Kırdım’ın sınıflandırmasına göre TWAIL’in sekiz ana teması bulunmaktadır: i) uluslararası hukukun Avrupa merkezliği, ii) uluslararası hukukun sömürgeciliği meşrulaştırma aracı olması, iii) medenileştirme misyonu, iv) uluslararası hukuk ve ötekileştirme, v) egemenlik konseptinin sömürgeci emeller için kullanımı, vi) uluslararası hukukun eşitsiz ve adil olmayan düzenin destekçisi oluşu, vii) uluslararası hukukun evrensellik iddiası ve, viii) odak noktasının günlük yaşamlar olması.¹⁰⁹ Bu itibarla TWAIL, temel olarak uluslararası hukukun Üçüncü Dünya’yı yok saydığını ve ötekileştirme ve tahakküm aracı olarak Birinci Dünya tarafından kurgulandığını ileri sürmektedir. Bunu ileri sürerken de TWAIL, uluslararası hukuka ilişkin bazı uygulamaları gündeme getirmektedir.

Önceki bölümde anlatılan realist bakışa göre uluslararası hukuk yalnızca ulusal çıkarlara hizmet etmek için vardır. Bu doğrultuda TWAIL’in anlatısı da realizmin bir eleştirisini oluşturmaktadır. Uluslararası hukuk, özellikle Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi’nin daimî üyelerine verilen veto hakkı, insan hakları gibi evrensel olduğu iddia edilen hukuk normlarının batı merkezli oluşu ve örf ve âdet hukukunun oluşumunda Üçüncü Dünya ülkelerinin devlet uygulamaları ve *opinio juris*’inin dikkate alınmadığı dikkate alında TWAIL açısından eleştirel yaklaşılacak bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim TWAIL akademisyenleri de uluslararası örf ve âdet hukukunun belirlenmesinde temel alınacak devlet uygulamaları konusunda Birinci Dünya’nın Üçüncü Dünya’ya aşikâr üstünlüğünü vurgulamaktadırlar.¹¹⁰

Mutua’ya göre, insanların medenileştirilmesinde en güçlü silah olarak kullanılan uluslararası hukuk, insan haklarının bir haçlı savaşı gibi kurgulan-

¹⁰⁶ Pooja Parmar, ‘TWAIL: An Epistemological Inquiry’ (2008) 10 International Community Law Review 363, 365.

¹⁰⁷ BS Chimni, ‘The World of TWAIL: Introduction to the Special Issue’ (2011) 3 Trade, Law and Development 14, 17.

¹⁰⁸ Kırdım, ‘TWAIL’i Anlamak’ (n 13).

¹⁰⁹ *ibid.*

¹¹⁰ Kırdım ve Demirkol (n 4) 423.



masına da araç olmuştur.¹¹¹ İnsan haklarına ilişkin temel belge olarak kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB), Shah tarafından özgürlük ve hak kavramlarını sadece batılı bir anlayışla tanımladığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹¹² Zira Mutua da uluslararası insan hakları hukukunun Avrupa merkezci olduğunu ve bu düşüncenin yaygınlaştırılması üzerine kurgulandığını ileri sürmektedir.¹¹³ Benzer bir argüman Zabunoğlu ve Sönmez tarafından da geliştirilmiştir.¹¹⁴ Böylece devlet uygulamalarına bakıldığında uluslararası hukuk, Birinci Dünya'nın Üçüncü Dünya üzerine üstünlüğünü kutsayan bir yapıda ortaya çıkmaktadır. BM Güvenlik Konseyi, uluslararası insan hakları hukuku ve evrensel olduğu iddia edilen Avrupa merkezli hukuk kuralları ile batı, gelişmemiş ve gelişmekte olan ülkeler üzerinde hegemonyasını kurmaktadır. Daha katılımcı ve eşitlikçi bir uluslararası hukuk düzeni getirilmedikçe ve evrensel olduğu iddia edilen uluslararası normlarda Üçüncü Dünya halklarının temsili sağlanmadıkça, uluslararası hukuk ancak Birinci Dünya devletlerine hizmet etmek ve onların uluslararası eylemlerini meşrulaştırmak için var olacaktır. TWAIL, uluslararası hukukun varlık sebebini bu bakış açısından irdelemektedir.

Örnek bir ülke eylemi olarak söylemlerinde Üçüncü Dünyacı olan ancak hareket ettiği uluslararası hukuk normlarında Birinci Dünyacı ve Avrupa merkezci davranan Türkiye alınabilir. Kırdım ve Demirkol'a göre Türkiye, dış politikada yürüttüğü "Dünya Beş'ten Büyüktür" söylemini uluslararası hukukun bir dalı olan göç hukukunda sürdürmemiştir.¹¹⁵ Suriyeli mülteci koruma krizi¹¹⁶ sırasında Türkiye, 2011 ve ilk yıllarda takındığı liberal göç politikasını AB tarafından vize serbestisi ve finansal yardım karşılığında teklif edilen Geri Kabul Anlaşması (GKA)'nın imzalanması sonucunda terk etmiştir. Böylece Türkiye, kendi ulusal çıkarları uğruna batı merkezli uluslararası hukuk uygulamalarının bir eklentisi olarak hareket etmiş, göç politikasını Avrupa merkezci bir noktaya taşıyarak Üçüncü Dünya ülkeleri karşısında bulunduğu köprü

¹¹¹ Mutua (n 107) 36.

¹¹² Jeena Shah, 'UDHR: Our North Star for Global Social Justice or an Imperial and Settler-Colonial Tool to Limit Our Conception of Freedom' (2018) 31 Pace International Law Review 569, 569.

¹¹³ Makau Mutua, 'Critical Race Theory and International Law: The View of an Insider-Outsider' (2000) 45 Villanova Law Review 841, 850.

¹¹⁴ Hamdi Gökçe Zabunoğlu ve Esmâ Yağmur Sönmez, 'Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Dünya Yaklaşımları' (2021) 12 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 258.

¹¹⁵ Şahin Eray Kırdım and Atahan Demirkol, 'Türk Göç Hukukunu TWAIL Üzerinden Değerlendirmek: Dünya Beş'ten Ne Kadar Büyük?' (2021) 18 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1577.

¹¹⁶ Başak Kale, 'The Limits of an International Burden-Sharing Approach: The Syrian Refugee Protection Crisis and Its Consequences on Turkey's Refugee Policy' (2017) 22 PERCEPTIONS: Journal of International Affairs 55.

pozisyonunu yikmiştir. Uluslararası hukukun bir alt dalı olan uluslararası göç hukuku, Chimni tarafından da mültecilik konusu ekseninde yoğun eleştiriye tabi tutulmuştur.¹¹⁷ Uluslararası göç hukuku da batı merkezci oluşuyla birlikte Birinci Dünya'nın göç olgusunu Üçüncü Dünya aleyhine kurgulamasına sahne olmuştur. Nitekim AB tarafından uygulanan uluslararası göç politikaları, Kale Avrupası'nın (*Fortress Europe*) oluşturulmasına katkı sağlamıştır. Bu kale içerisinde AB, yabancıları mümkün olduğunca dışarıda tutmayı ve kendini homojen bir topluluk olarak muhafaza etmeyi amaçlamıştır. Chimni tarafından eleştirilen bu tutum, küreselleşen dünyada mal ve hizmetler ile sermayenin dolaşımı artarken, insanların fiziki dolaşım hızının aynı oranda artmamasına işaret etmektedir.¹¹⁸ Nitekim bu durum, Jünemann, Fromm ve Scherer'e göre anakronik kalmaktadır.¹¹⁹

Netice olarak TWAIL, uluslararası hukuku Üçüncü Dünya aleyhine ve Birinci Dünya'nın hükmü altında bir hegemonya aracı olarak görmektedir. Bu itibarla uluslararası hukuk neden vardır sorusuna yanıtı da basit bir şekilde Birinci Dünya'nın lehine kazançların sağlanması için olacaktır. Özellikle mülteci ve göç hukukunda örnekleri görülen uygulamalar ve insan hakları hukuku uygulamaları ile BM Güvenlik Konseyi'ndeki daimî üyelerin veto hakkı bunu kristalleştiren uygulamalardır.

4. Değerlendirme: Hangi Uluslararası Hukuk? Kimin Uluslararası Hukuku?

Buraya kadar anlatıldığı haliyle uluslararası hukukun üç Uİ teorisi için ne anlama geldiğini ve işlevini aktarmaya çalıştık. Ancak bu çalışmanın özgün bir katkısı olarak bu üç Uİ teorisinin sonunda uluslararası hukukun ne olduğunu, kime hizmet ettiğini, neyi sağladığını ve ne için gerekli olduğunu kendi zaviyemizden tartışacağız.

Liberalizm açısından bakıldığında anlatılan uluslararası hukuk, oldukça iyimser bir tablo çizmektedir. Öyle ki uluslararası hukuk, uluslararası örgütler ve kurallar, kendilerine tabi olan devletler arasında bir denge kuracak, çatışma-

¹¹⁷ BS Chimni, 'The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South' (1998) 11 *Journal of Refugee Studies* 350; BS Chimni, 'Global Compact on Refugees: One Step Forward, Two Steps Back' (2019) 30 *International Journal of Refugee Law* 630; BS Chimni, 'The Birth of a "Discipline": From Refugee to Forced Migration Studies' (2009) 22 *Journal of Refugee Studies* 11; BS Chimni, 'Globalization, Humanitarianism and the Erosion of Refugee Protection' (2000) 13 *Journal of Refugee Studies* 243.

¹¹⁸ BS Chimni, 'Capitalism, Imperialism, and International Law in the Twenty-First Century' (2012) 14 *Oregon Review of International Law* 17, 31.

¹¹⁹ Annette Jünemann, Nicolas Fromm and Nikolas Scherer, 'The Kaleidoscope of Migration' in Annette Jünemann, Nikolas Scherer and Nicolas Fromm (eds), *Fortress Europe? Challenges and Failures of Migration and Asylum Policies* (Springer Fachmedien 2017) 1 <https://doi.org/10.1007/978-3-658-17011-0_1> Erişim 19 Aralık 2021.



ları önleyecek veya barışçıl yollarla çatışmaların çözümlenmesine vesile olacaklardır. Bu düşünce hiç şüphesiz ki heyecan vericidir. Zira barış, uluslararası ilişkiler evreninde bireylerin çoğunluğunun tereddüt etmeden talep edeceği bir olgudur. Ancak bugünkü uluslararası ilişkiler düzenine baktığımızda, liberalizmin ve onun uluslararası hukuk anlayışının geçerli ve işlevsel olduğunu söyleyebilir miyiz? Bu sorunun cevabını bir örnek üzerinden tartışmak yerinde olacaktır. Liberalizmin uluslararası hukuku, uluslararası sisteme entegre olmuş, kendisini *de facto* olmaktan öteye geçerek uluslararası kamuoyuna tanıtmış ve kabul ettirmiş ulusların hukukudur. Bu haliyle liberal uluslararası hukuk yaklaşımı, kapsayıcı olmamakta ve *de facto* toplumlar ile devletleri koruması ve uygulaması dışında bırakmaktadır. Demokrasi, cumhuriyet, karşılıklı bağımlılık ve ticaret ile şekillenen liberal uluslararası hukuk anlayışına göre devletler öncelikle tanınmış ve *de jure* olarak kabul edilmiş olmalıdırlar.

Ancak bu durumda *de facto* devletler ve sistemin dışına itilmiş ve “haydut devlet” (*rogue state*) olarak adlandırılan kategoriye dahil edilen uluslar hangi hukuktan faydalanacaklardır?¹²⁰ Haydut devlet, genel bir tanımla *hostis generis humani*, bir diğer ifadeyle tüm insanlığın düşmanı olan, devletleri ifade etmektedir.¹²¹ Genellikle ABD’de Clinton dönemine atfedilen “haydut devlet doktrini” ABD dış politikasının önemli bir unsuru olmuştur ve şaşırtıcı olmayacak şekilde Ortadoğu devletlerinin bir kısmı “haydut devlet” olarak sınıflandırılmıştır.¹²² Haydut olduğu iddia edilen bu devletler tüm liberal uluslararası hukuk ve örgütler unsurları kullanılarak uluslararası sistemden her fırsatta dışlanmıştı. Şüphesiz ki *jus cogens* olduğu kabul edilen normları ve kuralları ihlal eden devletleri tüm insanlığın düşmanı olarak tanımlamak vicdani olacaktır. Ancak, örneğin işkence yasağını Guantanamo’da ulusal çıkar ve ulusal güvenlik tehdidi gerekçeleriyle üstü kapalı olarak ihlal etmiş olduğu iddia edilen ABD’nin,¹²³ Birinci Dünya Ülkeleri tarafından “haydut devlet” şeklinde tanımlan(a)madı-

¹²⁰ Roele’in aktarımına göre İran, Irak, Libya ve Kuzey Kore Kitleli Silahlarım bulundurmaları iddiaları, terör desteği ve insan hakları ihlalleri iddiaları karşısında “haydut devlet” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Isobel Roele, ‘We Have Not Seen the Last of the Rogue State’ (2012) 13 German Law Journal 560, 560.

¹²¹ Wouter G Werner, ‘From Justus Hostis to Rogue State the Concept of the Enemy in International Legal Thinking’ (2004) 17 International Journal for the Semiotics of Law 155, 165.

¹²² Yahia H Zoubir, ‘Libya in US Foreign Policy: From Rogue State to Good Fellow?’ (2002) 23 Third World Quarterly 31, 33-34.

¹²³ Maran’ın aktarımına göre Yale Law School dekanı Harold Hungju Koh, bir röportajında “Guantanamo’nun işkenceyi artırıp artırmadığına ilişkin sorusuna kaçamak bir şekilde “kapatılmalıdır” şeklinde yanıt vermiştir. Rita Maran, ‘Detention and Torture in Guantanamo’ (2006) 33 Social Justice 151; Ayrıca Guantanamo ve işkence yasağı iddiaları hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Stephen Soldz, ‘Healers or Interrogators: Psychology and the United States Torture Regime’ (2008) 18 Psychoanalytic Dialogues 592.

ğını da akılda tutmak gerekir. Bu bağlamda bakıldığında “haydut devlet” tanımlaması, Kopenhag Okulu’nun ileri sürdüğü “güvenikleştirme” (*securitization*) kavramına uyum sağlamaktadır. Tıpkı göçün AB’de terör kaynağı olması iddiaları üzerinden güvenikleştirilmesinin bir ampirik kanıtı bulunmaması gibi,¹²⁴ haydut devlet tanımlaması yaparken kullanılan “iddialar” (*acquisition*) da bir meselenin güçlü bir politik aktör tarafından hayati bir tehdit olarak kamuoyuna sunulmasını ve sonunda olağandışı önlemler alınması sonucunu doğurmaktadır.¹²⁵ Bu haliyle haydut devlet tanımı, bir güvenikleştirme unsurunu da içermektedir. Dolayısıyla liberal uluslararası hukuk anlayışı, uluslararası hukuk ve örgütlerin kötüye kullanımı sonucunda ancak ve ancak sisteme entegre edilmiş devletlerin hukuku olabilecektir. Böyle bir yapıda herhangi bir devleti “güvenikleştirerek” tehdit halinde lanse etme sonucunda uluslararası örgütler ve hukuk sisteminden dışlamak, haydut devlet etiketi üzerinden mümkün olacaktır. Dolayısıyla liberal Uİ teorisine göre uluslararası hukuk, ancak güçlü devletlerin oluşturduğu uluslararası sisteme entegre olabilmiş toplumların ve devletlerin hukuku olacaktır.

Realizm ve uluslararası hukuk tartışması ise çok daha açık bir güç oyunu üzerinden yorumlanabilir. Realizm, uluslararası hukukun Uİ alanındaki ağırlığını eleştirerek konuya giriş yapmaktadır.¹²⁶ Tabiatı gereği mücadeleyi merkezine alan, anarşik yani bir üst otoritenin bağlayıcı ve karar alıcı olarak bulunmadığı, devlet merkezli ve beka odaklı, gücü temel araç olarak gören realizmden¹²⁷ uluslararası hukuka liberalizmde olduğu kadar olumlu bir tablo çizmesini beklemek hayal kırıklığına yol açacaktır. Önceki bölümlerde anlatıldığı üzere realist Uİ teorisi, liberalizmin *ütöpic* iyimserliğine karşı *realpolitik* bir kötümserlik içerisindedir. Bu kötümserlik, şüphesiz ki Thomas Hobbes’un *Leviathan* eserinde dile getirdiği ve doğa durumunda bulunduğunu iddia ettiği korku, ölüm tehdidi ve karamsarlık duygularından ileri gelmektedir.¹²⁸ İnsanın insanın kurdu olduğunu (*homo homini lupus*), bir diğer ifadeyle bir şekilde insanların birbirlerine zarar verme eğiliminde olduğunu ifade eden Hobbes için rekabet ve çatışma temel iki kavramdır.¹²⁹ Buraya kadar yapılan vurgu, rekabet,

¹²⁴ Atahan Demirkol, ‘An Empirical Analysis of Securitization Discourse in the European Union’ (2022) 19 Migration Letters 273.

¹²⁵ Ole Wsver, ‘Securitization and Desecuritization’ in Ronnie D Lipschutz (ed), *On security, vol New directions in world politics* (Columbia University Press 1995) <<https://contentstore.cla.co.uk/secure/link?id=bb7af99e-ed1d-e611-80bd-0cc47a6bdddeb>> accessed 21 November 2020; Barry Buzan, Ole Wsver and Jaap de Wilde, *Security: A New Framework for Analysis* (Lynne Rienner Publishers 1998).

¹²⁶ Schuman (n 77).

¹²⁷ Ersoy (n 9) 167-170.

¹²⁸ Hobbes (n 83).

¹²⁹ Ersoy (n 9) 175.



güç ve menfaat üzerinedir. Dolayısıyla realizmin bir Uİ teorisi olarak uluslararası ilişkilere hâkim olan bakış açısının bu üç temele dayandığını söylemek ve tespit etmek yerinde olacaktır. Bu durumda realist bir uluslararası ilişkiler evreninde uluslararası hukuk, kimin uluslararası hukuku olacaktır? Bu sorunun yanıtı pejoratif bir anlam taşımasa da açık bir şekilde realist uluslararası hukuk, ancak “üstünlerin hukuku” olarak tanımlanabilecektir. Öyle ki güç yarışında önde giden başat devletler, uluslararası hukuku yok saymada veya kendi lehlerine eğip-bükmede öylesine yetenekli olacaklardır ki uluslararası ilişkiler sistemi bu müdahaleler ve ihlaller karşısında çaresiz kalacaktır.¹³⁰ Bu durum, uluslararası ilişkilerde uluslararası hukuk açısından tehlikeli bir duruma işaret etmektedir, nitekim Ersoy’un ifadesiyle “[n]ihai olarak, her realist ölümü tadamak olsa da, Realist teori geleneği bakidir!”¹³¹ Realizmin hakim olduğu bir uluslararası ilişkiler evreninde uluslararası hukukun “üstünlerin hukuku” olarak var olacağı, kanaatimizce yapılan en önemli tespitlerden birisidir.

Nitekim örneklerini ABD’nin müdahalecilik kültüründeki tek-tarafli hukuk anlayışında,¹³² BM Güvenlik Konseyi uygulamalarında daimî üyelerin menfaatine aykırı konuların göz ardı edilmesinde ve güç kullanımı yetkisinde tekel olması konusunda¹³³ gördüğümüz bu durum, askeri, ekonomik veya diplomatik olarak güçlü devletlerin elinde uluslararası hukukun bir *silah* haline gelmesinin örneği olmuştur. *Caroline Doktrini*,¹³⁴ ABD tarafından geliştirilen “önleyici

¹³⁰ Uluslararası ilişkilerde günümüzde realist teorinin hakim olduğunu savunan güncel bir çalışma için bkz. Atahan Demirkol, ‘Realism Said, “Goodbye!” To Liberalism: The Case of Russia’s Invasion in Ukraine’ (University of Economics in Bratislava 2022).

¹³¹ Ersoy (n 9) 196.

¹³² Sauer (n 100); Demirkol, ‘Understanding American Strategic Culture and Foreign Policy Through Robert Kagan’ (n 92); Kırdım, ‘Uluslararası Hukuk Savaş Halinde: Trump Yönetiminin Uluslararası Hukuk Yaklaşımı Üzerine Bir İnceleme’ (n 93).

¹³³ Rossana Deplano, ‘The Use of International Law by the United Nations Security Council: An Empirical Framework for Analysis’ (2015) 29 Emory Int’l L. Rev. Recent Dev. 2085, 2086; Basak Cali (ed), *International Law for International Relations* (Oxford University Press 2009) 226.

¹³⁴ Bu doktrin, 1837 yılında Kanadalı direnişçileri taşıyan ABD gemisinin, Birleşik Krallık güçleri tarafından hedef alınmasını ve batırılmasını temel almaktadır. *Caroline Doktrini*, erken meşru müdafaa (*anticipatory self-defence*) kavramıyla özdeşleşmiştir. Buna göre gerçek bir tehlike anında, müdahalenin orantılı ve gerekli olduğu durumda ve sorunun çözümünde tüm barışçıl yolların kullanılmış ve sonuç alınmamış olması halinde erken meşru müdafaa yapılabilir. Amos N Guiora, ‘Anticipatory Self-Defence and International Law—A Re-Evaluation’ (2008) 13 Journal of Conflict & Security Law 3, 8-9; Leo Van den hole, ‘Anticipatory Self-Defence under International Law’ (2003) 19 American University International Law Review 69, 97; Ayrıca erken meşru müdafaa, bazı yazarlar tarafından uluslararası örf ve âdet hukuku olarak sınıflandırılmaktadır. Bkz. Anthony Clark Arend, ‘International Law and the Preemptive Use of Military Force’ (2003) 26 The Washington Quarterly 89, 90.

meşru müdafaa” (*pre-emptive self-defence*)¹³⁵ ve 12 Eylül 2001 saldırıları sonrasında alınan BM Güvenlik Konseyi 1368¹³⁶ ve 1373¹³⁷ sayılı kararları doktrinde çeşitli gerekçelerle eleştirilmiş,¹³⁸ temelinde ise özellikle meşru müdafaa'nın kötüye kullanımı riski ifade edilmiştir. Buradan hareketle kanaatimizce realist Uİ teorisine göre uluslararası hukuk, devletlerin kendi menfaatleri uğruna revize edilebilecek, güvenlik ve beka konuları gündeme geldiğinde göz ardı edilebilecek ve ancak ve ancak ulusal çıkarlarla uyumlu olduğu taktirde saygı gösterilecek bir kurallar bütünü olarak değerlendirilmektedir. Robert Cox'un Uİ teorileri özelinde yaptığı “teori her zaman birileri için ve bir amaç içindir”¹³⁹ tespitine referansla denilebilir ki realizm açısından “uluslararası hukuk her zaman güçlü devletler için ve güçlü devletlerin amaçları içindir.”

Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları - TWAIL ise, yukarıda bahsettiğimiz iki teoriden daha farklı bir uluslararası hukuk perspektifi sunarak uluslararası hukuku yapı-sökümcü bir eleştiriye tabi tutmaktadır.¹⁴⁰ Bu yapı-sökümcü eleştiri, uluslararası hukukun varlığına bizatihi karşı olmamakla birlikte, uluslararası hukukun Batı ve Avrupa merkeziliğine ve eşitsiz ortamına referans vermektedir. Zira Kırdım'ın ifadesine göre de uluslararası hukukun Avrupa merkeziliği ve sömürgeci karakteri konusunda literatür tereddütsüz

¹³⁵ Arend'e göre BM Şartı öncesi dönemde doktrinde bir devletin diğer bir devletin kendine silahlı müdahalede bulunacağına ilişkin inancı ve kanıtı olması durumunda ve bu duruma karşı orantılı müdahale edeceği hallerde önleyici meşru müdafaa ilkesi geçerli sayılmaktaydı. Ayrıca yine önleyici meşru müdafaa ilkesi ve Bush Doktrini, müdahalede gereklilik şartını esnetmeye çalışması bakımından BM Şartı sonrası dönemde eleştirilmiştir. Bkz. Arend (n 134) 91, 97; Bir ifadeye göre de Uluslararası Adalet Divanı (UAD), önleyici meşru müdafaya ilişkin uluslararası örf ve âdet hukuku olup olmadığını belirtmemiştir. Bkz. Natalia Ochoa-Ruiz and Esther Salamanca-Aguado, 'Exploring the Limits of International Law Relating to the Use of Force in Self-Defence' (2005) 16 European Journal of International Law 499, 522.

¹³⁶ SC Res. 1368 (Sept. 12, 2001).

¹³⁷ SC Res. 1373 (Sept. 28, 2001).

¹³⁸ 1368 sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararı, ABD ve müttefiklerine, kendilerine silahlı saldırıda bulunanlara karşı kuvvet kullanma hakkını tanımıştır. Ayrıca 1373 sayılı BM Güvenlik Konseyi Kararı'nda da terör eylemlerini planlayan, finanse eden, ortaklık eden veya düzenleyenlere karşı ekonomik, mali ve diplomatik yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak Franck'e göre bu iki kararda da kimlerin bu yaptırımların ve kuvvet kullanımının muhatabı olacağı belirtilmemiştir. Örneğin El-Kaide veya Taliban, bu kararlarda doğrudan yaptırımların muhatabı alınmamıştır. Thomas M Franck, 'Terrorism and the Right of Self-Defense' (2001) 95 The American Journal of International Law 839, 842.

¹³⁹ Vurgu orijinalinde. Robert W Cox, 'Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory' (1981) 10 Millennium 126, 128.

¹⁴⁰ Kwadwo Appiagyei-Atua, 'Ethical Dimensions of Third-World Approaches to International Law (Twail): A Critical Review' (2015) 8 African Journal of Legal Studies 209, 215; Andrew F Sunter, 'TWAIL as Naturalized Epistemological Inquiry' (2007) 20 Canadian Journal of Law & Jurisprudence 475, 477; Mutua (n 107) 31.



bir şekilde hemfikir olmuştur.¹⁴¹ İşte bu eşitsiz, Avrupa merkezci ve sömürgeci uluslararası hukuk ortamında TWAIL, uluslararası hukuku daha adilane ve katılımcı bir düzlemde değerlendirmeyi önermektedir.

Uluslararası örf ve âdet hukuku, bu kapsamda TWAIL açısından dikkat çekici bir örnek oluşturmaktadır. Arsava da açık bir şekilde uluslararası örf ve âdet hukukunu bir “güç hukuku” olarak nitelerken, güç ve hukukun uluslararası ilişkiler açısından iki önemli boyut olduğunu ifade etmektedir.¹⁴² Nitekim uluslararası örf ve âdet hukuku, bilindiği şekilde ancak iki yolla ortaya çıkmaktadır: Genel devlet uygulamaları ve *opinio juris*. Genel devlet uygulamaları, devletlerin ve özellikle de güçlü devletlerin uzun bir süre boyunca ısrarlı şekilde devam ettikleri uygulamalardır. Bir diğer unsur olarak *opinio juris* ise bu genel devlet uygulamasının hukuki bir kural olduğuna inançla yapılması, yani hukuksallık düşüncesidir.¹⁴³ Bu bağlamda kısa bir değerlendirmeye şu sonuca varılabilir: Dünya üzerinde hangi gelişmemiş devletin ısrarlı uygulaması bir uluslararası örf ve âdet hukuku normuna dönüşmüştür? Bu sorunun yanıtını tahmin etmeyecek zor olmayacaktır zira birkaç cümle önce Arsava’nın da ifade ettiği gibi uluslararası örf ve âdet hukuku, bir güç hukuku olarak sınıflandırılmaktadır. Öyle ki güçlü devletlerin yerleşmiş uygulamaları ve bunu bir hukuk kuralı olduğu inancıyla yapmaları, o normun örf ve âdet hukukuna dönmesi sonucunu doğurmaktadır.¹⁴⁴ Daha da ötesi “ısrarlı itirazcı” (*persistent objector*) istisnası hariç,¹⁴⁵ çoğunlukla güçlü devletlerin oluşturduğundan bahsettiğimiz uluslararası örf ve âdet hukuku, “örtülü rıza teorisi” (*tacit consent theory*) gereği¹⁴⁶, rıza gösterebilir göstermesin tüm devletler için bağlayıcıdır.¹⁴⁷ Dolayısıyla bu örnek uygulamayla bile gösterilmektedir ki uluslararası hukuk, önemli bir husus olan zira bağlayıcılığı bilinen uluslararası örf ve âdet hukukunun oluşumunda güçlü devletleri, Birinci Dünya Devletleri’ni ayrıcalıklı bir konuma getirmektedir. Birinci Dünya Devletleri, Üçüncü Dünya Devletleri

¹⁴¹ Kırdım, ‘TWAIL’i Anlamak’ (n 13) 136.

¹⁴² Füsun Arsava, ‘Uluslararası Hukukta Güç ve Hukuk İlişkisi’ (2012) 3 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 351, 367.

¹⁴³ Joyner (n 4).

¹⁴⁴ Kırdım ve Demirkol (n 4).

¹⁴⁵ İsrarlı itiraz konusunda yazılmış en güncel Türkçe kaynak için bkz. Kırdım, *Uluslararası Hukukta İsrarlı İtiraz* (n 3).

¹⁴⁶ Örtülü rıza teorisi, bir örf ve âdetin kanun yapma (*law-making*) süreci sonunda oluştuğunu varsayarak böylece uluslararası örf ve âdet hukukunun tüm devletlerin örtülü olarak rızasına dayandığını ve herkes için bağlayıcı olduğunu ileri sürer. Detaylı bilgi için bkz. Raphael M Walden, ‘Customary International Law: A Jurisprudential Analysis’ (1978) 13 *Israel Law Review* 86, 86; Alan Watson, ‘An Approach to Customary Law’ (1984) 1984 *University of Illinois Law Review* 561, 562.

¹⁴⁷ Kırdım ve Demirkol (n 4) 389.

üzerinde bir hegemonya ve baskı aracı olarak kurgulayabilecekleri uluslararası örf ve âdet hukuku ve genel olarak uluslararası hukuk sayesinde *üstünlerin hukukunu* oluşturmakta ve uygulamakta geri durmayacaklardır. Bu doğrultuda, TWAIL açısından bu bölümün temel sorusunun cevabı çok açık olacaktır: -Hangi uluslararası hukuk? -Birinci Dünya Devletleri'nin oluşturduğu uluslararası hukuk. -Kimin uluslararası hukuku? -Birinci Dünya Devletleri'nin uluslararası hukuku.

Kısa bir özetle TWAIL, makalenin tümünde aktarılmaya çalışıldığı şekliyle uluslararası hukukun eşitliksiz, kayırmacı ve pejoratif doğasına karşı çıkmaktadır. TWAIL yazınındaki araştırmacılara göre, bu şekliyle uluslararası hukuk, Üçüncü Dünya devletlerini ve halklarını yok saymakta, onları dezavantajlı konuma getirmektedir. Zira katılımına sınırlı şekilde dahil olabildikleri bir uluslararası hukuk düzeninde, BM Güvenlik Konseyi'nde beş daimî üyenin veto hakkının bulunduğu eşitsiz sistemde ve Avrupa merkezci-Batılı değerlere konu olarak hazırlanmış uluslararası hukuk normlarında uluslararası hukukun *herkesin ve her devletin* hukuku olması TWAIL akademisyenleri için kabul edilemez bir iddiadır.

Değerlendirmenin bir özeti olarak denilebilir ki uluslararası hukukun doğrudan kutsanması ya da yerilmesi, farklı perspektiflerden anlamsız sonuçlar çıkaracaktır. Liberalizm açısından etkili ve gerekli bir kurum olarak görülürken, realizm açısından ancak faydacı bir pragmatizmin aracı olan uluslararası hukuka en gerçekçi ve isabetli yorum TWAIL üzerinden yapılmaktadır. TWAIL, uluslararası hukuku anıldığı gibi yapı-sökümcü bir eleştiriye tabi tutarak liberalizm ve realizm tarafından verili kabul edilen gerçeklerin sorgulanmasını önermektedir. Öyle ki barışa hizmet edeceği iddiasıyla kapsayıcı olmaktan uzak kalan liberal uluslararası hukuk yaklaşımı ile ancak üstünlerin yararına uygulanacak realist uluslararası hukuk yaklaşımı, uluslararası toplumun hayalini kurduğu eşitlikçi, adil ve işlevsel uluslararası hukuk yaklaşımından kilometrelerce uzakta kalmaktadır. Kanaatimizce uluslararası hukuka en kapsamlı eleştiri yapan ve uluslararası hukuka en doğru şekilde yaklaşan akım, TWAIL olarak ifade edilmelidir. Ana akım Uİ teorilerinin uluslararası hukuk yaklaşımları tarafımızca tek taraflı görülmekte olup, eleştirel bir yaklaşım olan TWAIL'in uluslararası hukuk yaklaşımı uluslararası hukuk neden vardır ve kimin için vardır sorularının yanıtlanmasında daha başarılı bir teorik çerçeve sunmaktadır.

Bu tercihimizin bir sonucu olarak çalışmada bundan sonra yapılacak araştırmalar için eleştirel uluslararası hukuk yaklaşımlarının dikkate alınmasını da önermekteyiz. Zira Türkiye'de yapılan özellikle Türkçe dilindeki uluslararası hukuk çalışmaları, çoğunlukla eleştirel yaklaşımı göz ardı etmektedirler. Nitekim Kırdım'a göre de TWAIL'e yönelik Türkçe literatür oldukça kısıtlıdır.¹⁴⁸ Bu

¹⁴⁸ Kırdım, 'TWAIL'i Anlamak' (n 13) 136.



başlamda TWAIL ve eleştirel hukuk yaklaşımının literatürde dikkat çekmesi, bu çalışmanın alt amaçlarından biri olarak değerlendirmemize eklenmiştir.

SONUÇ

Uluslararası hukuk, ortaya çıkış coğrafyası itibarıyla ve savunduğu evrensel değerlerin bu coğrafi merkeziliği sebebiyle kanımızca Avrupa temelli olarak değerlendirilmektedir. Bir diğer yandan uluslararası hukuk, uluslararası barışın yegâne aracı olarak kutsanmakta, bazı kesimler tarafından ise hukuksuzluğa ve çifte standarda alet edilmektedir. Tüm bu tartışmalar uluslararası hukuka hangi Uİ teorisi kapsamında bakıldığıyla alakalıdır. Eldeki çalışma, öncelikle uluslararası hukuka ilişkin olarak üç temel Uİ teorisinin uluslararası hukuka bakışını aktarmayı çabalamıştır. Çalışmanın ilk bölümü liberal teoriden uluslararası hukuku anlamlandırmaya çalışırken, ikinci bölümde realist teorisinin uluslararası hukuka ilişkin bakışı açıklanmıştır. Üçüncü bölümde ise ilk iki teorisinin aksine eleştirel bir tavır takınan TWAIL yaklaşımı üzerinden uluslararası hukuka bakılmıştır. Üç bölümde de ortak olarak sorulan soru, uluslararası hukuk neden vardır ve neye hizmet etmektedir sorusu olmuştur. Son bölüm, bu üç Uİ teorisi neticesinde yapılan değerlendirmeleri içermektedir.

Liberal teori, uluslararası hukuku ebedi ve evrensel barışın bir aracı olarak görmektedir. Wilsoncu ve Kantçı olarak ifade edilebilecek liberal yaklaşıma göre uluslararası hukuka uyma, bu kuralların düzenlenmesi ve uluslararası örgütler aracılığıyla kaotik olduğu iddia edilerek anarşik olmakla tanımlanan uluslararası sistem hiyerarşik bir düzene kavuşacaktır. Bu düzen içerisinde ise uluslararası hukuk, çatışmaların engellenmesi ve azaltılması ile barışçıl yolla çözülmesine katkı sağlayacaktır. Bu bağlamda uluslararası hukuk neden vardır sorusunun cevabı liberal teoride evrensel barış için vardır olarak özetlenmektedir. Nitekim 1945 sonrasında yaşanan çatışma sayısının azlığı ve Soğuk Savaş'ın sıcak çatışmaya dönmemesi gerçeği liberallerin bu argümanındaki temel dayanak noktası olmuştur. Buna göre uluslararası hukuk, BM sistemiyle birlikte evrensel barışa açık bir katkı sağlamıştır.

Realist teoriye bakıldığında hiyerarşik olmasına ihtimal verilmeyen anarşik bir uluslararası ilişkiler yapısı vurgulanmaktadır. Bu anarşik yapı içerisinde hiçbir otorite egemen devletlerin otoritesi ve gücünden daha üstün (*superior authority*) olamaz. Bu durum, uluslararası hukukun devlet çıkarlarıyla çelişmeyeceğinin manifestosudur. Ulusal çıkar ve güç temelli realist yaklaşım, bunlara hizmet etmeyen hiçbir uluslararası hukuk kuralını tanımamaktadır. ABD'nin uygulamaları, uluslararası hukukun ulusal çıkarlara hizmet etmediği ölçüde güçlü devletler tarafından tanınmadığı veya dikkate alınmadığını gözler önüne sermektedir. Zira ABD, özellikle Bush dönemindeki yeni muhafazakarlıkla birlikte tek taraflı uluslararası politika ve hukuk anlayışını kristalleştirmiş, Irak ve Afganistan müdahalelerinde uluslararası bir meşruiyet

aramamış, Kosova savaşı sırasında insan hakları değerlerini zorlayacak şekilde Avrupa'nın tepkisini çekmiştir. Bunun üzerine Cumhuriyetçi yönetimin çok konuşulan başkanı Donald Trump döneminde ise uluslararası sözleşmelerden çekilme sayısı artış göstermiş ve uluslararası örgütler finansal araçlarla tehdit edilmiştir. ABD'nin bu tavrını sergilerken ekonomik gücü ve askeri kapasitesinden dolayı ulusal ve uluslararası tehdit gücünden faydalandığı aşikârdır. Bu itibarla liberal teorinin getirdiği ve realizm tarafından ütopyacılık ile eşleştirilen insan doğasının iyi olduğu, barışın ve uyumun mümkün olduğu ve adil bir düzen 20. ve 21. yüzyılın süper gücü olarak adlandırılan ABD'nin uygulamalarıyla uyum sağlamamaktadır. Tüm bu anlatılanların özetleriyle realist teoriye göre uluslararası hukuk, ancak ve ancak ulusal çıkarlara hizmet etmek ve güçlünün gücünü ve bekasını devam ettirmek için vardır.

Doğrudan bir uluslararası hukuk yaklaşımı olan TWAIL de uluslararası hukuka ilişkin eleştirel bir perspektif sunmaktadır. Buna göre uluslararası hukuk, açıkça Avrupa merkezci ve Birinci Dünya'nın Üçüncü Dünya üzerindeki temel hegemonya aracıdır. Öyle ki Birinci Dünya ülkeleri, Üçüncü Dünya'nın sömürülmesi için uluslararası hukuku alet edinmişlerdir. Özellikle insan hakları hukukunda, mülteci ve göç hukukunda ve hatta ticaret hukukunda örnekleri görülen bu durum, açık bir şekilde uluslararası hukukun eşitsiz bir dünya düzenini desteklediğini gözler önüne sermektedir. Bu gerçeklik ışığında uluslararası hukukun bizatihi varlığına karşı çıkmayan TWAIL, uluslararası hukukun ancak tüm dünya devletlerinin eşit katılımı ve Üçüncü Dünya halklarının temsili ile daha adil bir dünyayı yaratabileceğini ve koruyacağını ileri sürmektedir. İnsan hakları hukuku kapsamında batılı değerleri ve Birinci Dünya'nın "evrensel" insan hakları anlayışını dikte eden ülkeler, yerel ve bölgesel farklılıkları dikkate almamakta ve bu değerleri ötekileştirmektedir. Kendine ait olmayan değerlerle yargılanan Üçüncü Dünya halkları ise uluslararası insan hakları hukuku kapsamında bir kafa karışıklığına sürüklenmektedir. Zira bir toplum, nasıl olur da kendi değerleriyle çelişen ancak evrensel olduğu iddia edilen değerlerle yargılanabilir? Mülteci ve göç hukuku alanında ise Üçüncü Dünya, Birinci Dünya'nın kendi kalesinin surlarını yükselttiği ve kendi sınırlarını tellerle çevirerek dışarıdan gelenlere kapılarını kapattığı bir yapı ile karşılaşmaktadır. Göç hukuku ve mülteci rejiminin belirlenmesinde Üçüncü Dünya devletleri ve halklarının öznel durumlarının değerlendirilmesi yerine Birinci Dünya'yı koruyucu önlemlerin gündeme getirilmesi, bu alanı da bir tahakküm aracına evrilmektedir. Bu itibarla bakıldığında TWAIL için uluslararası hukuk neden vardır sorusuna verilecek yanıt, Birinci Dünya'nın çıkarlarını korumak ve Üçüncü Dünya'yı sömürmek için olacaktır.

Bu çalışmanın temelde iki amaca hizmet etmesi beklenmektedir. Öncelikle uluslararası hukuka ilişkin üç temel Uİ teorisinin açıklama ve yaklaşımlarını aktarmaktır. İkinci ve daha önemli olarak ise, bu üç Uİ teorisini aktardıktan



sonra özgün bir değerlendirme ile literatüre eleştirel bir uluslararası hukuk yaklaşımı sunmaktır. İlk üç bölümde aktarılan bilgiler ışığında yaptığımız değerlendirme, uluslararası hukukun uluslararası ilişkilerde her daim farklı bir amaca hizmet edebileceği, ettiği ve etmeye devam edeceğidir. Zira uluslararası hukuk üç temel Uİ teorisinde de farklı amaçlara ve kişilere vurgu yapmaktadır. Her ne kadar bu anlatılan her bir teorinin müstakil olarak tek bir uluslararası hukuk yaklaşımı ve amacı olmasa da çalışmanın ortaya koymak istediği sorunsal üç yaklaşım arasında bulunan keskin farklardır. Liberalizm, uluslararası hukuku bir anlamda sorun çözücü görürken, realizm baş belası olarak görmekte, TWAIL ise bambaşka bir zaviyeden bakarak sömürgecilik ile ilişkilendirmektedir. Bu ortamda çalışmanın yapmaya çalıştığı tartışma, uluslararası hukukun uluslararası ilişkilerde yegâne bir anlamı ve amacının bulunmayacağıdır. Uluslararası ilişkilerdeki hâkim konjonktür değiştikçe, uluslararası hukukun işlevi, anlamı, kapsamı ve kime ve neye hizmet ettiği de değişime uğrayabilecektir. Zira bu kapsamda ifade edilebilir ki uluslararası hukuk, Demokles'in Kılıcı'nın iki yüzlü bir hâli olarak uluslararası toplumun üzerinde sallanmaktadır. Kılıcı tutan egemenin veya egemenlerin, kılıcın hangi yüzünü kullanacağı ise her dönem bir muamma olarak kalacaktır. Dolayısıyla TWAIL gibi eleştirel yaklaşımlar, uluslararası hukukun anlaşılmasında ve yorumlanmasında ana akım Uİ teorilerine göre daha faydalı ve işlevsel kalmaktadır.

KAYNAKÇA

Altman D, 'The Evolution of Territorial Conquest After 1945 and the Limits of the Territorial Integrity Norm' (2020) 74 International Organization 490

Anghie A, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law (Cambridge University Press 2005) <<https://www.cambridge.org/core/books/imperialism-sovereignty-and-the-making-of-international-law/8AFA91E6F502B2C4996BB14E1A548E7A>> Erişim 2 Eylül 2022

—, 'TWAIL: Past and Future' (2008) 10 International Community Law Review 479

—, 'Rethinking Sovereignty in International Law' (2009) 5 Annual Review of Law and Social Science 291

Antunes S ve Camisao I, 'Realism' in Stephen McGlinchey, Rosie Walters ve Christian Scheinpluf (eds), International Relations Theory (E-International Relations Publishing 2017)

Appiagyei-Atua K, 'Ethical Dimensions of Third-World Approaches to International Law (Twail): A Critical Review' (2015) 8 African Journal of Legal Studies 209

Arend AC, 'International Law and the Preemptive Use of Military Force' (2003) 26 The Washington Quarterly 89

Arsava F, 'Uluslararası Hukukta Güç ve Hukuk İlişkisi' (2012) 3 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 351

Bailliet CM and Larsen KM, *Promoting Peace Through International Law* (OUP Oxford 2015)

Bassiouni MC, 'International Crimes: "Jus Cogens" and "Obligatio Erga Omnes"' (1996) 59 *Law and Contemporary Problems* 63

Bennett L ve Oliver J, *Uluslararası Örgütler: İlkeler ve Meseleler* (Nasuh Uslu çev, 1. bs, BB101 Yayınları 2015)

Booth K ve Erskine T, *International Relations Theory Today* (John Wiley & Sons 2016)

Burchill S, 'Liberalism', *Theories of International Relations* (3rd edn, Palgrave Macmillan 2005)

—, *Theories of International Relations* (Macmillan International Higher Education 2013)

Buzan B, Wæver O ve Wilde J de, *Security: A New Framework for Analysis* (Lynne Rienner Publishers 1998)

Cali B (ed), *International Law for International Relations* (Oxford University Press 2009)

Carr EH, *The Twenty Years' Crisis, 1919-1939: Reissued with a New Preface from Michael Cox* (Springer 2016)

Chamberlin W, 'Origins of the Kellogg-Briand Pact' (1952) 15 *The Historian* 77

Charney JI, 'Universal International Law' (1993) 87 *The American Journal of International Law* 529

Chimni BS, 'The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South' (1998) 11 *Journal of Refugee Studies* 350

—, 'Globalization, Humanitarianism and the Erosion of Refugee Protection' (2000) 13 *Journal of Refugee Studies* 243

—, 'The Birth of a "Discipline": From Refugee to Forced Migration Studies' (2009) 22 *Journal of Refugee Studies* 11

—, 'The World of TWAIL: Introduction to the Special Issue' (2011) 3 *Trade, Law and Development* 14

—, 'Capitalism, Imperialism, and International Law in the Twenty-First Century' (2012) 14 *Oregon Review of International Law* 17

—, ‘Global Compact on Refugees: One Step Forward, Two Steps Back’ (2019) 30 *International Journal of Refugee Law* 630

Cox RW, ‘Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory’ (1981) 10 *Millennium* 126

Crawford NC, ‘Just War Theory and the U.S. Counterterrorism War’ (2003) 1 *Perspectives on Politics* 5

de Wet E, ‘Jus Cogens and Obligations Erga Omnes’ in Dinah Shelton (ed), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (1. bs, Oxford University Press 2013) <<https://academic.oup.com/edited-volume/42626/chapter/358048058>> accessed 2 September 2022

Demirkol A, ‘Understanding American Strategic Culture and Foreign Policy Through Robert Kagan: A Review’ (2021) 4 *Uluslararası İlişkiler ve Diplomasi* 1

—, ‘An Empirical Analysis of Securitization Discourse in the European Union’ (2022) 19 *Migration Letters* 273

—, ‘Realism Said, “Goodbye!” To Liberalism: The Case of Russia’s Invasion in Ukraine’ (University of Economics in Bratislava 2022)

Demirkol A ve Kırdım ŞE, ‘Marksizm ve Uluslararası Hukuk: Teori Mi Eleştiri Mi?’ (2021) 2021 *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 417

Deplano R, ‘The Use of International Law by the United Nations Security Council: An Empirical Framework for Analysis’ (2015) 29 *Emory Int’l L. Rev. Recent Dev.* 2085

Donnelly J, ‘Realism’ in Scott Burchill and others (eds), *Theories of International Relations* (3rd edn, Palgrave Macmillan 2005)

Dunne T, Kurki M and Smith S, *International Relations Theories: Discipline and Diversity* (Oxford University Press 2021)

Elshtain JB, ‘Just War and Humanitarian Intervention’ (2001) 95 *Proceedings of the Annual Meeting* (American Society of International Law) 1

Eralp A, ‘Uluslararası İlişkiler Disiplininin Oluşumu: İdealizm-Realizm Tartışması’ içinde İhsan Dağı and others (eds), *Devlet, Sistem ve Kimlik: Uluslararası İlişkilerde Temel Yaklaşımlar* (16. bs, İletişim Yayınları 2019)

—, *Devlet, sistem ve kimlik: uluslararası ilişkilerde temel yaklaşımlar* (16. bs, İletişim Yayınları 2019)

Ereker FA, ‘İlkçağlardan Günümüze Haklı Savaş Kavramı’ (2004) 1 *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 1

Ersoy E, 'Realizm', *Uluslararası İlişkiler Teorileri* (2. bs, İletişim Yayınları 2021)

Eslava L ve Pahuja S, 'Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law' (2011) 3 *Trade, Law and Development* 103

Fabbrini S, 'US Unilateralism and American Conservative Nationalism', *The United States Contested: American Unilateralism and European Discontent* (Routledge 2006) <<https://www.taylorfrancis.com/books/united-states-contested-sergio-fabbrini/10.4324/9780203965085>> accessed 12 January 2021

Fitzmaurice A, 'Liberalism and Empire in Nineteenth-Century International Law' (2012) 117 *The American Historical Review* 122

Fixdal M ve Smith D, 'Humanitarian Intervention and Just War' (1998) 42 *Mershon International Studies Review* 283

Fleming DF, 'Woodrow Wilson and Collective Security Today' (1956) 18 *The Journal of Politics* 611

Focarelli C, 'Promotional Jus Cogens: A Critical Appraisal of Jus Cogens' Legal Effects' (2008) 77 *Nordic Journal of International Law* 429

Franck TM, 'Terrorism and the Right of Self-Defense' (2001) 95 *The American Journal of International Law* 839

Gathii JT, 'TWAIL: A Brief History of Its Origins, Its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography' (2011) 3 *Trade, Law and Development* 26

Gözen R, 'İdealizm' içinde Ramazan Gözen (ed), *Uluslararası İlişkiler Teorileri* (2 bs, İletişim Yayınları 2021)

Guiora AN, 'Anticipatory Self-Defence and International Law—A Re-Evaluation' (2008) 13 *Journal of Conflict & Security Law* 3

Hobbes T, *Leviathan* (CreateSpace Independent Publishing Platform 2011)

Johnson JT, 'Just War, As It Was and Is' [2005] *First Things: A Monthly Journal of Religion & Public Life* 14

Joyner DH, 'Why I Stopped Believing in Customary International Law' (2018) 9 *Asian Journal of International Law* 31

Jünemann A, Fromm N and Scherer N, 'The Kaleidoscope of Migration' in Annette Jünemann, Nikolai Scherer and Nicolas Fromm (eds), *Fortress Europe? Challenges and Failures of Migration and Asylum Policies* (Springer Fachmedien 2017) <https://doi.org/10.1007/978-3-658-17011-0_1> Erişim 19 Aralık 2021

Kagan R, *Of Paradise and Power: America and Europe in the New World Order* (Vintage Books 2004)



Kale B, 'The Limits of an International Burden-Sharing Approach: The Syrian Refugee Protection Crisis and Its Consequences on Turkey's Refugee Policy' (2017) 22 PERCEPTIONS: Journal of International Affairs 55

Kant I, *Perpetual Peace and Other Essays* (Hackett Publishing 1983)

Keohane RO, *Power and Governance in a Partially Globalized World* (Psychology Press 2002)

Kırdım ŞE, 'A Dichotomus Practice of International Relations: Theory Behind Humanitarian Inter-vention Until World War II' (2017) 61 Akademik Bakış Dergisi 26

—, 'Pandemilerle Mücadele İçin Uluslararası Hukukta "Cebri Yardım"' (2020) 10 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 760

—, 'TWAİL'i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım' (2021) 41 Public and Private International Law Bulletin 129

—, 'Uluslararası Hukuk Savaş Halinde: Trump Yönetiminin Uluslararası Hukuk Yaklaşımı Üzerine Bir İnceleme' (2021) 12 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 148

—, *Uluslararası Hukukta İnsani Müdahale Doktrini ve Birleşmiş Milletlerde Paylaşımli Yetki Mekanizması* (Yetkin Yayınları 2021)

—, *Uluslararası Hukukta Israrlı İtiraz* (On İki Levha Yayıncılık 2022)

Kırdım ŞE ve Demirkol A, 'Türk Göç Hukukunu TWAİL Üzerinden Değerlendirmek: Dünya Beş'ten Ne Kadar Büyük?' (2021) 18 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1577

—, 'Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku' (2021) 25 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 379

Lauterpacht H, 'The Grotian Tradition in International Law' (1946) 23 British Year Book of International Law 1

Lebow RN, 'Classical Realism' içinde Tim Dunne, Milja Kurki ve Steve Smith (eds), *International Relations Theories: Discipline and Diversity* (3. bs, Oxford University Press 2013)

Luban D, 'Just War and Human Rights' (1980) 9 Philosophy & Public Affairs 160

Machiavelli N, *The Prince* (Penguin Publishing Group 2003)

Malone D ve Khong Y, *Unilateralism and U.S. Foreign Policy: International Perspectives* (Lynne Rienner Publishers 2003)

Maran R, 'Detention and Torture in Guantanamo' (2006) 33 *Social Justice* 151
McGlinchey S Scheinpflug, Christian and Walters R (eds), *International Relations Theory* (2017)

Meiser JW, 'Liberalism' in Stephen McGlinchey Scheinpflug, Christian, Rosie Walters and Christian Scheinpflug (eds), *International Relations Theory* (E-International Relations Publishing 2017)

Moravcsik A, 'Liberalism and International Relations Theory' <https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/liberalism_working.pdf>

—, *Liberal International Relations Theory: A Social Scientific Assessment* (Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University Cambridge, MA 2001)

—, 'Liberal Theories of International Relations: A Primer' <<http://www.princeton.edu/~amoravcs/library/primer.doc>> Erişim 3 Eylül 2022

Mutua M, 'Critical Race Theory and International Law: The View of an Insider-Outsider' (2000) 45 *Villanova Law Review* 841

—, 'What Is TWAIL?' (2000) 94 *Proceedings of the ASIL Annual Meeting* 31

Ochoa-Ruiz N ve Salamanca-Aguado E, 'Exploring the Limits of International Law Relating to the Use of Force in Self-Defence' (2005) 16 *European Journal of International Law* 499

Okafor OC, 'Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?' (2008) 10 *International Community Law Review* 371

Özpek BB, 'Liberalizm ve Uluslararası İlişkiler' içinde Ramazan Gözen (ed), *Uluslararası İlişkiler Teorileri* (2. bs, İletişim Yayınları 2021)

Parmar P, 'TWAIL: An Epistemological Inquiry' (2008) 10 *International Community Law Review* 363

Press-Barnathan G, 'The Neglected Dimension of Commercial Liberalism: Economic Cooperation and Transition to Peace' (2006) 43 *Journal of Peace Research* 261

Roele I, 'We Have Not Seen the Last of the Rogue State' (2012) 13 *German Law Journal* 560

Russett B, 'Liberalism' içinde Tim Dunne, Milja Kurki and Steve Smith (eds), *International Relations Theories: Discipline and Diversity* (3. bs, Oxford University Press 2013)



- Sauer T, 'American Unilateralism' (2002) 33 Security Dialogue 114
- Schrijver N, 'The Ban on the Use of Force in the UN Charter' in Marc Weller (ed), The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law (Oxford University Press 2015)
- Schuman FL, International Politics (1941)
- Shah J, 'UDHR: Our North Star for Global Social Justice or an Imperial and Settler-Colonial Tool to Limit Our Conception of Freedom' (2018) 31 Pace International Law Review 569
- Simma B, 'Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner' (2009) 20 European Journal of International Law 265
- Slaughter A-M, 'International Law in a World of Liberal States' (1995) 6 European Journal of International Law 503
- Slaughter A-M ve Alvarez JE, 'A Liberal Theory of International Law' (2000) 94 Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) 240
- Smith L, 'The Wilsonian Challenge to International Law' (2011) 13 Journal of the History of International Law / Revue d'histoire du droit international 179
- Smith S, 'Bir Disiplinin Öz Görüntüleri: Uluslararası İlişkiler Kuramının Bir Soyağacı' içinde Ken Booth and Steve Smith (eds), Uluslararası İlişkiler Kuramları (Uluslararası İlişkiler Kütüphanesi 2015)
- Snell JL, 'Wilson on Germany and the Fourteen Points' (1954) 26 The Journal of Modern History 364
- Soldz S, 'Healers or Interrogators: Psychology and the United States Torture Regime' (2008) 18 Psychoanalytic Dialogues 592
- Stromberg RN, 'The Idea of Collective Security' (1956) 17 Journal of the History of Ideas 250
- Sunter AF, 'TWAİL as Naturalized Epistemological Inquiry' (2007) 20 Canadian Journal of Law & Jurisprudence 475
- Thucydides, The Peloponnesian War (OUP Oxford 2009)
- Todaro MP, Economics for a Developing World (Longman 1982)
- Vagts DF, 'The Hague Conventions and Arms Control' (2000) 94 The American Journal of International Law 31
- Van den hole L, 'Anticipatory Self-Defence under International Law' (2003) 19 American University International Law Review 69

Verdross A, 'Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law' (1966) 60 The American Journal of International Law 55

von Elbe J, 'The Evolution of the Concept of the Just War in International Law' (1939) 33 The American Journal of International Law 665

Wæver O, 'Securitization and Desecuritization' in Ronnie D Lipschutz (ed), On security, vol New directions in world politics (Columbia University Press 1995) <<https://contentstore.cla.co.uk/secure/link?id=bb7af99e-ed1d-e611-80bd-0c-c47a6bddeb>> Erişim 21 Kasım 2020

Walden RM, 'Customary International Law: A Jurisprudential Analysis' (1978) 13 Israel Law Review 86

Watson A, 'An Approach to Customary Law' (1984) 1984 University of Illinois Law Review 561

Weil P, 'Towards Relative Normativity in International Law?' (1983) 77 The American Journal of International Law 413

Werner WG, 'From Justus Hostis to Rogue State the Concept of the Enemy in International Legal Thinking' (2004) 17 International Journal for the Semiotics of Law 155

Zabunoğlu HG ve Sönmez EY, 'Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Dünya Yaklaşımları' (2021) 12 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 258

Zoubir YH, 'Libya in US Foreign Policy: From Rogue State to Good Fellow?' (2002) 23 Third World Quarterly 31



7405 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU YARARINA ÇALIŞAN SPOR KULÜPLERİ

Sports Clubs Working for the Public Benefit within the Framework of Law No. 7405

Onur KAPLAN*

Özet

Hukuki niteliği itibarıyla 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nda özel hukuk kişiliği olarak nitelendirilen spor kulüpleri, diğer özel hukuk kişilerinde olduğu gibi faaliyet gösterdiği alana dair doğrudan kamu yararı amacı güderek hareket etme yükümlülüğü altında değildir. Bu kapsamda kural olarak, spor kulüplerine kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıyla pozitif hukuk kurallarıyla verilen görev ve yetkilerden de bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla ilgililerin bir spor kulübünden kamu yararına yönelik faaliyetlerde bulunması noktasında talep hakkı mevcut değildir. Bununla birlikte özel hukuk kişilerinin kamu yararına hareket edebilmeleri açısından hukuki bir sınırlama bulunmadığı gibi, hukuk düzeninde bu şekilde faaliyet gösteren tüzel kişilere özgü hukuki statüler de yaratılabilmektedir. Bu kapsamda 7405 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi neticesinde spor kulüplerinin açıkça kamu yararına çalışabileceği ve kamu yararına çalışan spor kulübü statüsünde olabileceği belirtilmiştir. Ayrıca spor kulüplerinin kamu yararına çalışan statüsüne geçiş için aranan şartları sağladığı sürece, kamu yararına çalışan derneklerin yararlandığı haklardan yararlanabileceği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda çalışmada, kamu yararına çalışan spor kulübü sayılmanın şartları, belirlenme usulü ve bu belirlenimin hukuki etki ve sonuçlarının ne olacağı irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Spor kulübü, Kamu yararı, Dernek, İdari işlem, Hukuki statü.

Abstract

Sports clubs, which are defined as private legal entities in the Law No. 7405 on Sports Clubs and Sports Federations in terms of their legal nature, are not under the obligation to act directly for the purpose of public benefit in the field they operate, as is the case with other private law persons. In this context, as a rule, it will not be possible to mention the duties and powers given to sports clubs by positive law rules in order to realize the public interest. Therefore, the persons concerned do not have the right to demand that they engage in activities for the public interest from a sports club. In addition to this, there is no legal restriction for private law persons to act in the public

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 19.07.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023*

* Dr. Öğr. Üyesi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, onur.kaplan@yasar.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-1252-6352>



interest, and legal statutes specific to legal persons operating in this way can also be created in the legal order. In this context, as a result of the enactment of Law No. 7405, it has been stated that sports clubs can clearly work for the public interest and have the status of sports clubs working for the public interest. In addition, it has been stated that as long as sports clubs meet the conditions required for the transition to the status of working for the public benefit, they can benefit from the rights enjoyed by the associations working for the public benefit. In this direction, the conditions of being considered as a sports club working for the public benefit, the method of determination and the legal effects and consequences of this determination will be examined.

Key Words: Sports club, Public benefit, Association, Administrative act, Legal status.

GİRİŞ

Spor, ekonomik, sosyal ve kültürel boyutları bulunan, giderek değer kazanan ve farklı öznelerin bir araya gelmesiyle meydana gelen bir bütünleşmeyi ifade etmektedir¹. Sportif faaliyetlere duyulan ilginin zaman içerisinde artmasına ve medya kuruluşlarının bu faaliyetlere daha fazla yer vermesine² bağlı olarak ekonomik açıdan daha da ön planda olan spor kavramı, profesyonel bir nitelik kazanmıştır. Profesyonel spor faaliyetleri icra edilirken, özne olarak bireysel anlamda sporcuların yanında; sporun tüzel kişi özneleri olarak³ spor kulüplerinin ve federasyonların da bir araya gelmesinden söz edilecektir⁴. Bu özneler arasından spor kulüplerinin, birer özel hukuk tüzel kişisi olarak⁵, 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nda⁶ ("7405 sayılı Kanun") düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, Gençlik ve Spor Bakanlığının⁷

¹ Dominique Maletesta ve Christophe Jaccoud, 'Sporda Suç ve Güvenlik', in *La violence et le fanatisme dans le sport (Sporda Şiddet ve Fanatizm)* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2004) 27.

² Maletesta ve Jaccoud, (n 1) 29.

³ Ramazan Çağlayan, *Spor Hukuku* (Asil Yayıncılık 2007) 63.

⁴ Eivind Å. Skille, 'Understanding Sport Clubs as Sport Policy Implementers' (2008) 43 (2) *International Review For The Sociology of Law* 181-2; Márton Tonk, Tünde Nagy-Méhész ve Alexandru V. Voicu, 'Autonomy of Sport Policy and Sport Activities in the European Union: Connections between Human Rights and Sports' (2010) 1 (1) *Acta Universitatis Sapientiae European and Regional Studies* 104. Ayrıca bkz. Vladimir Andreff, *An Economic Roadmap to the Dark Side of Sport Vol-I: Sport Manipulation* (Palgrave Macmillan 2019) 11.

⁵ Belirtmek gerekirse, tüzel kişilerin haklardan yararlanma yetenekleri ve önceden öngörülmüş yükümlülüklerle tabi olması hususları, amaçlarıyla sınırlandırılmıştır. Ayrıca tüzel kişiler arasında, haklardan yararlanma konusunda mutlak anlamda eşitlik de bulunmamaktadır. Yani, tüzel kişiler niteliklerine uygun olduğu ölçüde temel hak ve hürriyetlerden yararlanmaktadır. A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (14. Baskı, Turhan Kitabevi 2000) 95.

⁶ RG. 26.04.2022-31821.

⁷ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md.184/1 uyarınca Gençlik ve Spor Bakanlığının, "*spor faaliyetlerinin plan ve program dâhilinde ve*

(“Bakanlık”) gözetimi çerçevesinde ilgili spor federasyonu tarafından yürütülen spor faaliyetlerine katılmak amacıyla kurulan ve tescilini yaptıran spor kulüpleri, kamu tüzel kişisi niteliğinde değildir. Doktrinde genel olarak dernek statüsünde olduğu ifade edilen⁸ spor kulüplerine üye olma, bu kulüplerin organlarının neler olması gerektiği gibi hususlar ise 7405 sayılı Kanun’da ayrıca düzenlenmiş durumdadır. Bununla birlikte spor kulüplerinin genelleştirilmiş bir amacından söz edilmiş değildir. Ancak, 7405 sayılı Kanun md.4 kapsamında spor kulüplerinin bir spor dalında faaliyetlere katılması⁹ hususu ayrıca düzenlenmiş olup spor kulüplerinin kuruluş esaslarına dair hükümlerle¹⁰ bir arada yorumlandığında; bu kulüplerin “federasyonun ve Bakanlığın etkinliklerine katılmak” biçiminde genel bir amaç doğrultusunda faaliyet gösterdiği ifade edilebilir. Bunun yanında spor kulübü, hukuka aykırı olmamak kaydıyla tüzüğünde spesifik faaliyet amaçları da belirleyebilir¹¹. Ancak, spor kulüplerine kamu yararına çalışma amacına yönelme şeklinde bir pozitif yükümlülük getirilmemiştir. Bu yönüyle spor kulüplerinin kamu yararına çalışma ya da kamu yararına faaliyet gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ne var ki bazı spor kulüpleri, sağladığı şartlara bağlı olarak, 7405 sayılı Kanun md.11 çerçevesinde kamu yararına çalışan spor kulüpleri olarak nitelendirilecektir. Söz konusu spor kulüplerinin bu niteliği haiz olup olmadığına göre; objektif hukukun ön-

mevzuata uygun bir şekilde yürütülmesini gözetmek, gelişmesini ve yaygınlaşmasını teşvik edici tedbirler almak, spor alanında uygulanacak politikaların tespit edilmesi amacıyla gerekli çalışmaları yapmak, teşkilatlanma, federasyonların bağımsızlığı, spor tesisleri, eğitim, sponsorluk, sporcu sağlığının korunması, uluslararası organizasyonlarla ilgili çalışmaları koordine etmek, değerlendirmek ve denetlemek, spor kuruluşlarının kurulmasına ve diğer hususlara ilişkin usul ve esasları tespit etmek, gençlik ve spor kulüpleri ile başarılı sporcuları ve çalıştırıcıları desteklemek” görevleri bulunmaktadır.

⁸ Önder Ege, *Türk Medeni Hukuku’na Göre Türkiye’de Spor Kulüpleri* (Yayınlanmamış Doktora Tezi) (Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020) 8. Doktrinde Ertaş/Petek, spor kulüplerinin derneklerin özel bir türü olduğunu ifade etmiştir. Şeref Ertaş ve Hasan Petek, *Spor Hukuku* (3. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2017) 198. Bununla birlikte farklı hukuk sistemlerinde spor kulüplerinin kişiliğinin hukuki niteliği açısından farklı yaklaşımlar (örneğin İngiltere’de spor kulüplerinin çoğunun belirli bir yasal biçim alma zorunluluğunun olmaması gibi) benimsenmiş olabilir. Bkz. Michael J. Beloff, Tim Kerr ve Marie Demetriou, *Sports Law* (Hart Publishing 1999) 18.

⁹ 7405 sayılı Kanun md.4: “*Spor kulüplerinin bir spor dalında faaliyetlere katılabilmeleri, bu spor dalının bağlı olduğu spor federasyonu tarafından tescil edilmesine bağlıdır. İlgili spor dalı tescilleri, spor federasyonları tarafından ayrıca Bakanlığa bildirilir. Tescilin yapılması, başvuru şekli ve gerekli belgelere ilişkin usul ve esaslar, ilgili spor federasyonunun talimatları ile düzenlenir*”. (Metnin altı tarafımca çizilmiştir.)

¹⁰ 7405 sayılı Kanun md.3/1: “*Spor kulüpleri, spor faaliyetlerine katılmak amacıyla gerçek veya tüzel en az yedi kişi tarafından kurulur*”. (Metnin altı tarafımca çizilmiştir.)

¹¹ Ertaş ve Petek, (n 8) 184; İlker Dilek ve Lütfi Arslan, ‘Türkiye ve İtalya Spor Kulüplerinin Örgütsel Yapılarının Kıyaslamalı Analizi’ (2021) 6 (4) Gaziantep Üniversitesi Spor Bilimleri Dergisi 323.



cesinde yaratmış olduğu, mevcut hukuki statüsünde¹² ve tabi olduğu hukuki rejimde değişiklikler meydana gelebilmektedir. Bu doğrultuda, öncelikle spor kulübü ile kamu yararı kavramı arasındaki bağlantı açıklanacak, sonra kamu yararına çalışan spor kulübünün ne şekilde belirleneceği ve bunun hukuki sonuçlarının neler olacağı üzerinde durulacaktır.

A. Spor Kulüpleri ve Kamu Yararı İltisatı

Soyut bir kavram olan kamu yararı, hukuk düzeninde pozitif hukuk kurallarıyla somutlaştırılabilir ve bu kapsamda ilgili makamların icra edeceği faaliyetler çerçevesinde bir çıktı olarak sağlanabilmektedir¹³. Çoğu kez kamu kurum ve kuruluşlarının icra ettikleri kamu hukukuna tabi faaliyetlerini nitelerken kullanılan ve onlara meşruiyet sağlayan kamu yararı kavramı¹⁴, belirli hallerde özel hukuk kişileri tarafından yapılan faaliyetlerde de bulunabilmektedir. Buna göre, özel hukuk kişilerinin de özel hukuk usulleriyle geniş anlamda kamu yararı amacıyla hareket edebilmesi mümkündür¹⁵. Ancak, idari makamların idari faaliyetlerini gerçekleştirirken kamu yararı amacından başkaca bir amaç güdemeyeceği prensibi, özel hukuk kişilerinin özel hukuka tabi faaliyetleri açısından geçerli değildir¹⁶. Bu noktada spor kulüpleri de sportif faaliyetlere katılırken idare işlevi çerçevesinde bunu yerine getirmediğine -getiremeyeceğine- göre, kamu yararına yönelik biçimde faaliyet icra etme yükümlülüğü¹⁷ yahut kamu gücü kullanma yetkisi¹⁸ bu kişiler bakımından söz konusu olmayacaktır. O halde, spor kulüplerinin kamu yararına yönelik faaliyet icra etmesinin endüstrileşen spor olgusuna karşın¹⁹ bir “*tercihin*” sonucu olduğu ileri sürülebilir. Bu çerçevede söz konusu tercihe göre “*alelade*” dernekler yahut spor kulüpleri bulunabileceği gibi, “*kamu yararına çalışan (kamuya yararlı)*”²⁰ dernekler ya da spor kulüpleri bulunabilir.

¹² S. Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt-I* (3. Baskı, Hak Kitabevi 1966) 103; Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler* (4. Baskı, Turhan Kitabevi 2018) 155.

¹³ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (Fakülteler Matbaası 1982) 7-8.

¹⁴ Cem Ayaydın, *1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi* (On İki Levha Yayıncılık 2010) 13-14.

¹⁵ Aydın Gülan, ‘Conseil D’Etat’ın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı’ in *2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu* (Danıştay Yayınları 2000) 24.

¹⁶ Cem Ayaydın, *İdare Hukuku’na Giriş (I)* (Yenilik Basımevi 2008) 39.

¹⁷ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (18. Baskı, Filiz Kitabevi 2019) 333.

¹⁸ Ayaydın, (n 16) 42.

¹⁹ Burçak Akansel, ‘Türk Spor Kulüplerinin Yapılanması ve Güncel Sorunları’ in *Av. Mustafa Kemal Kaya Armağanı* (Ankara Barosu Yayınları 2015) 59.

²⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 17) 332; K. Begüm İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*

Bununla birlikte 7405 sayılı Kanun kapsamında kamu yararına çalışan spor anonim şirketlerinden²¹ söz edilmediğinden; kamu yararına çalışan statüsünün doğrudan spor kulüplerini ilgilendirdiği ifade edilebilir. Tarihsel süreçte spor politikalarının gerçekleşmesinde kendine yer edinen kamu yararına çalışan spor kuruluşlarının²² yanında spor politikalarının genişlemesine bağlı olarak zaman içinde kamu yararına çalışan spor kulüplerinin pozitif hukuk kurallarında kendisine yer bulduğu görülmektedir.

Özel hukuk kişisi olarak spor kulübünün kamu yararına yönelik faaliyet göstermesi hususu, doğrudan 1982 Anayasası (“AY”) md.59 hükmü uyarınca açıklanamayacaktır. Zira AY md.59 hükmü kişilerin beden ve ruh sağlıklarının gelişmesi için alınacak tedbirler konusunda devlete bazı pozitif yükümlükler getirmektedir²³. Ne var ki, temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliği taşımayan mal ve hizmet sunumları belirli hallerde doğrudan özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilebilir²⁴. Özellikle idari makamların idare işlevi kapsamında sunacağı mal ve hizmetlere dair ayrıca sınırlayıcı bir düzenleme söz

(Turhan Kitabevi 2017) 83. Esasen alelade derneklerin amacı üyelerinin menfaatine ve ortak amacına olacak şekilde faaliyette bulunmaktır; dolayısıyla kamu yararı amacı birincil nitelikte değildir. Kamu yararına çalışan derneklerde ise, amaç unsurunda farklılık söz konusu olup, kamu yararı amacı ön planda olmaktadır. Mehmet Ayan ve Nursen Ayan, *Kişiler Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016) 212-3. Ayrıca bkz. Hasan Özkan, *Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli Türk Medeni Yasası ve Uygulaması Başlangıç ve Kişiler Hukuku Cilt-I* (Legal Yayıncılık 2017) 513.

²¹ 7405 sayılı Kanun md.2/1: “*Bu Kanunda geçen; (...) i Spor anonim şirketi: Bir spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki olarak ya da spor kulübünden bağımsız şekilde 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre kurulan ve spor faaliyetinde bulunmak amacıyla Bakanlığa tescilini yaptıran anonim şirketi (...) ifade eder*”.

²² Örneğin, spor kolu ihtiva eden Türk Ocakları (1912-1931), Türk Spor Kurumu (1936-1938) Türk İdman Cemiyeti İttifakı (1924-1936) gibi kurumların; kamu yararına çalışan spor kurumu olarak nitelendirildikleri görülmektedir. Fatih Murathan ve Ayhan Tekin, ‘Geçmişten Günümüze Türk Spor Teşkilatlanması’ in Mehmet İlkın (Ed.), *Sporta Güncel Araştırmalar* (Gece Kitaplığı 2022) 191 vd.; Muzaffer Akyel, *Modern Olimpiyatlara Katılan ve Türkiye’yi Temsil Eden Kadın Sporcuların Katılım Süreçlerine Etki Eden Etmenler: 1988-2012* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Celal Bayar Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü 2016) 15. Ayrıca bkz. Yasemin Gök ve Hakan Sunay, ‘Türkiye’de ve Fransa’da Uygulanan Spor Yönetiminin Kamu Yönetimi Açısından Karşılaştırılması’ (2010) 8 (1) *Spor metre Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi* 8.

²³ AY md.59: “*Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır; sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. Devlet başarılı sporcuyla korur. 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*”.

²⁴ Tekin Akilloğlu, ‘Kamu Yararı Üzerine Düşünceler’ (1988) 9 (1-3) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* (Prof. Dr. Lütfi Duran Armağanı) 18; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt-I* (3. Baskı, Ekin Yayıncılık 2019) 222.



konusu değilse; özel hukuk kişilerinin benzer konuda sunum yapabilmesi ve bu sayede kamu yararı çıktısı sağlanabilmesi mümkündür²⁵. Dolayısıyla sporun teşvik edilmesi ve yaygınlaştırılması amacıyla özel hukuk kişileri olarak spor kulüpleri de faaliyet icra edebilir²⁶. Bu faaliyetlerin sonucu olarak ortaya çıkan kamu yararı; sporcuların teşvik edilmesi, sporun yaygınlaştırılması için yerel ölçekte çalışmalar yapılması yahut sportif faaliyetlerin yapılabileceği ortamların spor kulüpleri tarafından sağlanması²⁷ şeklinde karşımıza çıkabilir. Bu yönüyle tüm kamu yararına çalışan kuruluşlar içinde kamu yararına çalışan kuruluş statüsündeki spor kulüpleri, özellikle bedensel gelişimin desteklenmesi ve yaygınlaştırılmasında belirli bir rol oynayacaktır²⁸. Gerçekten sporun toplumsal bir olgu olduğu²⁹ gerçeğinden hareketle spor kulüplerinin mal ve hizmet sunumunda bulunduğu yahut idari makamlarla iş birliği yaptığı hallerde³⁰ kamu yararı kavramıyla bağlantı kurulabilmesi söz konusu olacaktır. Nitekim etkin spor politikasının izlenmesinde ve spor faaliyetlerinin gerçekleştirilerek toplumsal katılımın ve gelişimin dolaylı olarak sağlanmasında³¹ spor kulüpleri işlevsel olabilmektedir. Ancak, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun³²’dan (“6222 sayılı Kanun”) farklı olarak 7405 sayılı Kanun’da spor kulüplerine genel yükümlülük getirilmemiştir. 6222 sayılı Kanun’da öngörülen yükümlülükler ilgili spor kulüplerinin tamamı yönünden geçerli olduğundan³³; bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi, tek başına kamu

²⁵ Bu çerçevede idari makama verildiği için kamu yararına yönelik olduğu kabul edilen idari faaliyetlerden farklı olarak, faaliyetin kendisi kamu yararına yöneldiğinde; o faaliyetin özel hukuk kişileri tarafından gerçekleştirilmesi halinde de kamu yararı gerçekleşmiş olacaktır. Bkz. Taner Ayanoğlu ve Burak Oder, ‘İdarenin Özel Faaliyetlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Kuramsal Bir Sorgulama’ (2017) 15 (174) Legal Hukuk Dergisi 2806.

²⁶ Orhan Bilgin, ‘Sporumuzda Tesis Sorunları ve Kulüpler’ (1990) 1 (1) Spor Bilim Dergisi 17.

²⁷ Bilgin, (n 26) 17. Ayrıca bkz. Ertaş ve Petek, (n 8) 167.

²⁸ Katarzyna Goldmann, ‘Sectoral Analysis of Polish Sports Clubs with the Public Benefit Organization Status’ (2021) 21 (5) Journal of Physical Education and Sport 2769.

²⁹ Atilla Erdemli, ‘Toplum ve Spor’ in Kısmet Erkiner ve Ali Soysüren (Ed.), *Spor Hukuku Dersleri* (Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları 2007) 50; Selçuk Öztek, ‘Devlet ve Sportif Faaliyet’ in *Spor Hukuku Yazıları (Kısmet Erkiner Armağanı)* (İstanbul Barosu Yayınları 2014) 21; Gök ve Sunay (n 21) 8.

³⁰ Bkz. Zübeyd Aydın, ‘Spor ve Spor Politikaları’ in Tacar Çağlar (Ed.), *Av. Akın Ataksoy Armağanı* (Ankara Barosu Yayınları 2015) 199.

³¹ Russell Hoye, Matthew Nicholson ve Barrie Houlihan, *Spor ve Politika Meseleleri ve Analizi* (Cem Tinaz çev., Beta Yayıncılık 2015) 4.

³² RG. 14.04.2011-27905.

³³ 6222 sayılı Kanun md.5/1: “Ev sahibi spor kulüpleri; a) Müsabaka ve seyir alanlarında sağlık ve güvenliğe, b) Müsabakanın yapılacağı yerde konuk takım seyircilerine bağımsız bir bölüm ayırmak ve taraftarlar arasında temas olmamasını sağlamaya yönelik olarak, ilgili spor federasyonları ve uluslararası spor federasyonları tarafından belirlenen önlemleri almakla yükümlüdür”.

yararına çalışan statüsüne geçiş yönünden yeterli olmayacaktır. Ek olarak, spor kulüplerine kamu yararına faaliyette bulunmaları için herhangi bir idari makam tarafından yetki verilmiş değildir. Bu nedenle spor kulüplerinin kamu yararına yönelik spor faaliyetlerinin icrası genel çıkara yönelik olsa da dar anlamda kamu hizmeti faaliyeti³⁴ olarak nitelendirilemeyecektir.

B. Kamu Yararına Çalışan Spor Kulüplerini Belirleme Usulü

Spor kulüplerinin kamu yararına çalışmasına bağlı olarak geniş anlamda “toplumsal fayda”³⁵ somut olarak sağlansa da hukuk düzeninde “statüye” bağlı olarak kavramsallaştırma, bu konuda yapılan hukuki işlem neticesinde ortaya çıkacaktır. Bu yönüyle hukuk kurallarıyla daha önce belirlenen statülere geçiş, yetkili makamlar tarafından yapılacak hukuki işlemlerle mümkün olabilmekte ve hukuk düzeninde bu statüye bağlı hak ve yükümlülükler o işlemin muhatabı üzerinde doğmaktadır³⁶. Bu anlamda 7405 sayılı Kanun kapsamında öngörülen “kamu yararına çalışan spor kulübü” statüsüne geçiş için, yetkili idari makamların idari işlem tesis etmesi gerekmektedir. Bu geçiş aşaması, idari usul kurallarına uyulmak suretiyle yapılan birel-koşul idari işlemle sonuçlanacaktır³⁷. 7405 sayılı Kanun’a göre, kamu yararına çalışan spor kulüpleri, “*Hazine ve Maliye Bakanlığının ve ilgili spor federasyonunun görüşü alınarak Bakanın teklifi ve Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenir*”. Dolayısıyla bir spor kulübünün “kamu yararına çalışan” statüsünde olabilmesi nihai biçimde tesis edilen birel-koşul işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanı kararıyla³⁸ mümkün olmaktadır³⁹.

³⁴ Bkz. Didier Truchet, *Droit administratif* (4. Baskı, PUF 2011) 331. Ayrıca bkz. Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku* (4. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2021) 478 ; Aydın Gülan, ‘Kamu Hizmeti Kavramı’ (1988) 9 (1-3) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* (Prof. Dr. Lütfi Duran Armağanı) 147; Dilşat Yılmaz, ‘Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri’ (2008) 12 (1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1221.

³⁵ Nermin Tombaloğlu, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı’ (2014) 5 (1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 365.

³⁶ Onar, (n 12) 340.

³⁷ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku* (2. Baskı, Beta Yayıncılık 2010) 115; Metin Günday, *İdare Hukuku* (11. Baskı, İmaj Yayınevi 2017) 127.

³⁸ Cumhurbaşkanı kararlarının düzenleyici idari işlem görünümünde olabileceği gibi, birel işlem olarak da karşımıza çıkabileceği hakkında bkz. Onur Kaplan, ‘Türk Hukukunda Cumhurbaşkanı Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi’ (2022) 17 (207) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 428 vd.

³⁹ Belirtmek gerekirse Türk hukuk düzeninde halihazırda, gerek 7405 sayılı Kanun çerçevesinde kamu yararına çalışan spor kulüpleri gerekse 5253 sayılı Kanun çerçevesinde kamu yararına çalışan dernekler bakımından bu statünün elde edilmesinde herhangi bir yargı mercisinin işlevi söz konusu değildir. Oysa mülga 2908 sayılı Dernekler Kanunu md.59/1 hükmü uyarınca kamuya yararlı derneklerin belirlenmesi sürecinde “*Danıştay İdari İşler Kurulu’nun kararı*” gerekmektedir. RG. 07.10.1983-18184. Bununla beraber İsbir’in ifade ettiği üzere Fransa’da Danıştay’ın ilgili dernek bakımından bu statüyü belirlediği ve idarenin



Zira söz konusu işlemle herhangi bir konu düzenlenmemekte⁴⁰, bir spor kulübü “*kamu yararına çalışan spor kulübü*” statüsüne geçmiştir.

Belirtmek gerekirse, kamu yararına çalışan spor kulüplerini belirlemek noktasında Hazine ve Maliye Bakanlığı ile spor federasyonunun işlevi görüş belirtmekle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla burada içeriğine göre bağlayıcı nitelikte olmayan irade açıklamalarının⁴¹ ilgili kamu makamlarınca ileri sürülmesiyle başlayan bir süreç bulunmaktadır. Bakanlığın konu hakkında teklif niteliğindeki muhatabı üzerinde hukuki etki üretmeyen⁴² ve zorlayıcı olmayan⁴³ işlemi, Cumhurbaşkanı kararının tesis edilmesi açısından hazırlayıcı işlevdedir⁴⁴. Söz konusu Cumhurbaşkanı kararı ise, spor kulübünün hukuki statüsü üzerinde etki ve sonuç doğuran idari işlem niteliğindedir. Halihazırda görüş alınması yahut teklif verilmesi bakımından kronolojik olarak sürece uyulmaması ise, nihai işlemi etkilediği çerçevede⁴⁵, şekil-usul unsuru bakımından hukuka aykırılığa neden olabilir⁴⁶. Bunun haricinde kamuya yararlı olmayan faaliyetlerde bulunmasına rağmen bir spor kulübünün kamu yararına çalışan spor kulübü olarak belirlenmesi, o idari işlemin (=Cumhurbaşkanı kararının) sebep, konu unsurlarıyla birlikte amaç unsuru bakımından⁴⁷ da hukuka aykırılık teşkil edebilir.

C. Kamu Yararına Çalışan Spor Kulübü Statüsünün Kazanılması

Daha önce hukuk kurallarıyla belirlenen statülere geçiş ya da statülerden çı-

sonrasında onay verdiği görülmektedir. Yazar, aynı zamanda söz konusu usulün Türk hukuk düzenindeki mevcut usule nazaran daha objektif olduğunu vurgulamaktadır. İsbir, (n 20) 84.

⁴⁰ Duran, (n 13) 386.

⁴¹ H. Bige Açımız, ‘İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme’ (2018) 24 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 543.

⁴² Celal Erkut, ‘İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı’ in *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap: İdari Yargı* (Danıştay Yayınları 1990) 111.

⁴³ Emre Can, *İdari İşlemin Şekil Unsuru* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 219.

⁴⁴ Cemil Kaya, ‘Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İşlemler’ (2004) 9 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 261.

⁴⁵ Erkut, (n 40) 112.

⁴⁶ İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim* (2. Baskı, Filiz Kitabevi 2004) 491. Ayrıca bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (9. Baskı, Savaş Yayınevi 2018) 377; Can, (n 41) 29-30.

⁴⁷ Doktrinde Özay’ın ifade ettiği üzere, “*kamu yararının ne olduğunu belirlemek yasamanın yetkisi ise, bir uyumsuzluk durumunda ilke ve kuralları yorumlayarak kamu yararının ne olduğunu belirleme görev ve yetkisi de yargındır*”. Özay, (n 46) 500. Bu anlamda kamu yararına çalışan statüsüne geçiş için tesis edilen idari işlemin yargısal denetime tabi olması halinde, söz konusu kamu yararının içeriği yargı mercii tarafından somutlaştırılacaktır.

kış, yetkili idari makamlar tarafından tesis edilen idari işlemlerle sağlanabilir⁴⁸. Bu çerçevede nihai işlem olarak tesis edilen Cumhurbaşkanı kararıyla bir spor kulübünün “*kamu yararına çalışan*” statüsüne geçmesi söz konusudur. Özellikle her statü, içinde bulunduğu kişilere hukuki açıdan hak ve yükümlülükler getirmektedir⁴⁹. Buna bağlı olarak ilgili kişilerin, tabi olacağı hukuki rejim değişebilecektir. Esasen ilgili statüye geçiş bakımından bireylerin spor kulüplerinden böyle bir talepte bulunmasından ziyade, spor kulüplerinin kendiliğinden ve iradesi sonucu böyle bir tercihte bulunduğu söylenebilir. Yani, bireylerin talebi üzerine spor kulüpleri tarafından icra edilen faaliyetlerden değil ve fakat spor kulüplerinin kamu yararına yönelik iradi biçimde gerçekleştirdiği faaliyetlerden söz etmek gerekir. Bununla birlikte, kamu yararına yönelik olduğu tespit edilen bu faaliyetler ve kulüplerin bu statüye geçmeleri, belirli şartların varlığına bağlı olarak mümkün olacaktır. Aşağıda, kamu yararına çalışan spor kulübü statüsüne geçmek için aranan şartlar ile bu geçişin hukuki etki ve sonuçları irdelenecektir.

1. Aranan Şartlar

Bir spor kulübünün kamu yararına çalışan spor kulübü niteliğinde olabilmesi için (=statüye geçiş) 7405 sayılı Kanun’da aranan bazı şartlar mevcuttur. Bu şartların bir kısmı, spor kulüplerinin sportif faaliyetleri yapma süresi, belirli faaliyetlere katılım göstermesi ve spor dallarıyla ilgili olup; diğer kısmı ise sahip olduğu mülkiyet hakkı ya da belirli bir mekandan veya yapıdan yararlanabilmesi maksadıyla tesis edilen uzun süreli tahsis hakkı⁵⁰ gibi hususlar (=tesis yönetimi⁵¹) şeklinde karşımıza çıkmaktadır. 7405 sayılı Kanun md.11/2 kapsamında, bir spor kulübünün kamu yararına çalışan spor kulübü niteliğinde olması için; (i). en az iki yıldır faaliyette bulunuyor olması, (ii). faaliyette bulunduğu spor dallarına elverişli spor tesislerinin mülkiyetine veya uzun süreli kiracılık ya da tahsis hakkına sahip bulunması, (iii). en az üçü olimpik, paralimpik veya deaflimpik spor dalı⁵² olmak üzere altı ayrı spor dalında faa-

⁴⁸ Özay, (n 46) 437.

⁴⁹ Onar, (n 12) 340.

⁵⁰ Tahsis hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir bir hak niteliğinde olduğu yönünde bkz. Y14HD. E. 2020/4027, K. 2021/2378, T. 31.03.2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>; Yargıtay İçtihat Bilgi Bankası), Erişim T. 13.07.2022; Y14HD. E. 2015/14199, K. 2018/3842, T. 16.05.2018, Yargıtay İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T. 13.07.2022; Y14HD. E. 2012/7337, K. 2012/8111, T. 07.06.2012, Yargıtay İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T. 13.07.2022.

⁵¹ Akansel, (n 18) 62.

⁵² 7405 sayılı Kanun md.2/1: “*Bu Kanunda geçen (...) d) Deaflimpik spor dalı: Uluslararası Deaflimpik Komitesi tarafından yaz ve kış deaflimpik oyunları programına alınma kararının verildiği tarihten itibaren programına alındığı oyunlar tamamlanana kadar deaflimpik olarak kabul edilen spor dallarını, h) Olimpik spor dalı: Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından yaz ve kış olimpiyat oyunları programına alınma kararının verildiği tarihten*



liyyette bulunması, (iv). ihtisas spor kulübü⁵³ şeklinde kurulanlarda ise olimpiik spor dallarının dünya şampiyonalarına sporcusunun katılması veya faaliyyette bulunduğu her spor dalında olimpiik, paralimpiik veya deaflimpiik oyunlarına sporcu göndermesi, (v). faaliyyet gösterdiği spor dallarından en az birinde bağlı olduğu spor federasyonu tarafından düzenlenen en üst düzeydeki spor faaliyyetine katılması⁵⁴ gerekmektedir. Bu şartlara bakıldığında; bir spor kulübünün belirli şartları kümülatif olarak sağlaması gerektiğinden söz edilebilir. Örneğin bir spor kulübünün sadece iki yıl faaliyyette bulunması yahut bir spor dalının yapılmasına elverişli tesislere sahip olması yeterli değildir. Bu anlamda spor kulübü bakımından şartların bir arada değerlendirilmesi icap eder. Bu şartların değerlendirilmesi açaısından karar alma gücü bulunan yetkili makam⁵⁵ ise, nihai olarak Cumhurbaşkanı biçiminde ifade edilecektir.

Belirtmek gerekirse bu şartlardan herhangi birinin eksikliği, ilgili spor kulübünün kamu yararına çalışan spor kulübü olarak belirlenmesini engelleyeceği gibi, buna rağmen yapılacak idari işlemleri hukuka aykırı getirecektir. Bu yönüyle bir spor kulübünün sadece sportif faaliyyetler icra ediyor olması, tek başına kamu yararına çalışan statüsüne geçmek konusunda yeterli ölçüt değerildir. Şartlar bakımından ele alınması gereken bir diğer husus, idari makamın bu konuda değerlendirmeye bağlı olarak takdir yetkisini⁵⁶ kullanıp kullanamayacağıdır. Şüphesiz, 7405 sayılı Kanun'da sayılan şartların bir arada gerçekleşmiş olması; o spor kulübünün doğrudan "*kamu yararına çalışan spor kulübü*" sayılmasını sonucunu doğurmayacaktır. Bu yönüyle 7405 sayılı Kanun md.11'de yer alan "*belirlenir*" ifadesinden hareketle bunun aksinin de mümkün olduğu ve idari

itibaren programına alındığı olimpiyat oyunları tamamlanana kadar olimpiik olarak kabul edilen spor dallarını, ı) Paralimpiik spor dalı: Uluslararası Paralimpiik Komitesi tarafından yaz ve kış paralimpiik oyunları programına alınma kararının verildiği tarihten itibaren programına alındığı paralimpiik oyunları tamamlanana kadar paralimpiik olarak kabul edilen spor dallarını (...) ifade eder".

⁵³ 7405 sayılı Kanun md.2/1: "*Bu Kanunda geçen (...) f) İhtisas spor kulübü: En fazla iki spor dalında faaliyyet göstermek üzere kurulan ve seçtikleri spor dalının bütün kategorilerinde faaliyyet gösteren spor kulüplerini (...) ifade eder*".

⁵⁴ Belirtmek gerekirse, spor kulüpleri açaısından "*profesyonel*" ve "*amatör*" spor kulübü ayırımının yapılmadığı görülmektedir. Ne var ki, amatör kulüplerin ilgili spor federasyonunun en üst düzey müsabakalarına katılma koşulunu sağlayamayacağından bu statüyü elde edemeyeceği düşünülebilir. Amatör spor kulüplerinin kamu yararına çalışan demeklerin yararlandığı haklardan yararlanması gerektiği yönünde bkz. Özkan Topçu, *Türkiye'de Spor Kulüplerinin İdari ve Sportif Açaından İşlevselliği* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü 2013) 112.

⁵⁵ Turgut Tan, *İdare Hukuku* (7. Baskı, Turhan Kitabevi 2018) 237.

⁵⁶ Doktrinde Gözler ise, idari işlemin sebep unsuru bakımından belirsiz kavramların yorumlanması suretiyle idari makamların yetkisini kullandığı hallerde terim olarak "*değerlendirme marjı*" ifadesini kullanmaktadır. Gözler, (n 24) 1063-1064.

makama bu konuda takdir yetkisinin kanunla tanınmış olduğu söylenebilir⁵⁷. Başka bir ifadeyle, kamu yararına çalışan spor kulübü sayılma hususunda idari makamın bağlı yetki içinde olduğundan, yani hareket serbestisinin kanunla ortadan kaldırıldığından⁵⁸ bahsedilemez. O halde şartların varlığı, idari işlemin tesis edilmesi açısından bir “ön koşul” teşkil etmekle beraber spor kulübünün kamu yararına çalışan statüsüne geçmesine yönelik bir zorunluluk içermemektedir. Esasen şartlara tekil olarak bakıldığında; idari makamın takdir alanında bırakılan teknik değerlendirme konusu⁵⁹ edilen hususların oldukça az olduğu, bu yönüyle kamu yararına çalışan statüsüne geçiş aşamasında objektif değerlendirmenin yapıldığı ileri sürülebilir. Ancak, bu şartların varlığı o spor kulübünün kamu yararına çalışan statüsüne geçişi açısından (halihazırda hukuk düzeninde elde edilmiş bir statü olmadığından) bir kazanılmış hak teşkil etmeyecektir⁶⁰. Nihayet, kamu yararına çalışan spor kulübünün belirlenmesi sürecinin resen başlaması gerektiğine ilişkin sınırlayıcı bir düzenleme yer almadığından⁶¹; bu konuda ilgili makama idari başvuru yapılabilir. Hazine ve Maliye Bakanlığı ile spor federasyonunun bu konudaki görüşleri alınmadan önce, değerlendirilmeye tabi olacak biçimde o spor kulübünün statüsünün değiştirilmesi konusunda menfaati bulunan kişiler tarafından başvuru yapılması, aynı zamanda süreci başlatan⁶² ve idari makamları harekete geçiren (tetikleyici) bir işlev görecektir.

2. Kazanılan Statüye Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukuki Sonuçlar

Bir spor kulübünün idari işlemin tesis edilmesi neticesinde kamu yararına çalışan spor kulübü statüsüne geçmesiyle ortaya çıkan en önemli sonuç, 7405 sayılı Kanun md.11/4 hükmünde ifade edildiği üzere, “*kamu yararına çalışan derneklerle*” aynı haklardan yararlanabilecek olmasıdır. Başka bir deyişle, 5253

⁵⁷ Gözler, (n 24) 1065.

⁵⁸ Yıldızhan Yayla, ‘İdarenin Takdir Yetkisi’ (1964) 30 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 202. Ayrıca bkz. Pertev Bilgen, *İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş* (Filiz Kitabevi 1999) 303.

⁵⁹ Bkz. Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi* (On İki Levha Yayıncılık 2011) 52.

⁶⁰ Onar, (n 12) 430; Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu* (Seçkin Yayıncılık 2003) 26; Turan Yıldırım, ‘İdari İşlemler’ in Turan Yıldırım (Ed.), *İdare Hukuku* (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 505.

⁶¹ Bu yönüyle bir spor kulübünün resen bu şartları taşıdığı tespit edilse dahi harekete geçme noktasında idari makamın zorunluluğu söz konusu olmayıp, bu yönüyle de takdir yetkisinin bulunduğu ifade edilebilir. Bkz. J. Gül Erdem, ‘Türk ve Alman İdare Hukuku Öğretilerinde Belirsiz Hukuki Kavramlar’ (2019) 10 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63.

⁶² T. Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş* (TODAİE Yayınları 1970) 213; Cem Ayaydın, *İdare Hukuku’na Giriş (II)* (Yenilik Basımevi 2008) 691. Bu başvurunun kuramsal açıdan teknik anlamda idari başvuru niteliğinde olmadığı hakkında bkz. Y. Sertaç Serter, *İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular* (Adalet Yayıncılık 2015) 70.



sayılı Dernekler Kanunu⁶³ kapsamında kamu yararına çalışan derneklere tanınan haklar, kamu yararına çalışan spor kulüpleri için de geçerlilik arz etmektedir. Bununla birlikte haklar bakımından geçerli olan 7405 sayılı Kanun md.11/4 hükmü, yükümlülükler yönünden ayrıca bir düzenleme ihtiva etmemektedir⁶⁴. Esasen spor kulüplerinin birer özel hukuk kişisi olarak daha çok dernek statüsüyle açıklanmasının⁶⁵, kanun koyucuyu -yararlanılacak haklar yönünden- bu şekilde bir düzenleme yapma yoluna götürdüğü ileri sürülebilir. Bu noktada 7405 sayılı Kanun'un kamu yararına çalışan statüsünün içeriği bakımından 5253 sayılı Kanun ve diğer yasal düzenlemelerde ifade edilen kamu yararına çalışan derneklere açıkça atıfta bulunması, kamu yararına çalışan spor kulüpleri ile dernekler arasında bir karşılaştırma yapma zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Belirtmek gerekirse, kamu yararına çalışan derneklerin belirlenmesi usulü ile kamu yararına çalışan statüsünü haiz spor kulüplerinin belirlenme usulü arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır⁶⁶. Bu durum, aynı zamanda ilgili statüye geçiş için aranan şartlar bakımından da kendisini göstermektedir⁶⁷. Ancak her iki öznenin icra edeceği faaliyetlerin genel olarak topluma yararlı sonuçlar verecek nitelikte (=dolaylı olarak toplumsal gelişmeyi sağlayacak biçimde) olması, ortak bir amacın varlığını göstermektedir. Bu ortak amaç doğrultusunda hareket etmenin getirdiği olumlu sonuçlar ise, maddi açıdan çeşitli yasal düzenlemelerin bir arada değerlendirilmesiyle ortaya çıkmaktadır.

Kamu yararına çalışan derneklerin bu statüye geçmekle birlikte yararlanacağı hususların bir kısmı 5253 sayılı Kanun md.27/7 hükmünde açıkça ifade

⁶³ RG. 23.11.2004-25649.

⁶⁴ Bu nedenle örneğin AY md.108 çerçevesinde Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanının istemi üzerine “kamuya yararlı derneklere” inceleme, araştırma ve idari soruşturma yapabilecekken; kamu yararına çalışan spor kulüplerinin bu kapsamın dışında kalacağı ileri sürülebilir.

⁶⁵ Ege, (n 8) 8; Ali Akyıldız, ‘Sporun Hukuku ve Yargısı’ in Tacar Çağlar (Ed.), *Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı* (Ankara Barosu Yayınları 2013) 61.

⁶⁶ Dernekler Yönetmeliği md.48: “Kamu yararına çalışan dernekler, Hazine ve Maliye Bakanlığının ve varsa ilgili bakanlıkların görüşü üzerine, Bakanlığın teklifi ve Cumhurbaşkanın kararıyla tespit edilir”.

⁶⁷ Dernekler Yönetmeliği md.49: “Kamu yararına çalışan derneklere sayılmak için derneğin; a) En az bir yıldan beri faaliyette bulunması, b) Son bir yıl içindeki, 200.000 Türk Lirasını geçen alım ve satım işlemlerinin rekabet koşullarına uygun yapılması, c) Amacı ve gerçekleştirdiği faaliyetlerin, üyelerinin dışında yerel, ulusal veya uluslararası düzeyde toplumun ihtiyaç ve sorunlarına yönelik çözümler üretecek ve toplumsal gelişmeye katkı sağlayacak nitelikte olması, d) Yıl içinde elde ettiği gelirin en az yarısının bu amaçla harcanması, e) Sahip olduğu mal varlığının ve yıllık gelirinin tüzüğünde belirtilen amacı gerçekleştirecek düzeyde olması gerekir. Bu durum, Bakanlık dernekler denetçileri tarafından düzenlenen rapor ile tespit ettirilebilir. Bu nitelikleri taşımadığı tespit edilen dernekler, kamu yararı kararı için, bu tespitin yapıldığı tarihten itibaren üç yıl geçmeden önce yeniden başvuramaz”.

edilmiştir. Buna göre örneğin, “*kamu yararına çalışan derneklerin mallarına karşı suç işleyenler Devlet malına karşı suç işlemiş gibi cezalandırıl(acaktır)*”. Bu noktada kamu yararına çalışan spor kulüplerinin malları da özellikli bir koruma statüsünden faydalanacaktır. Ancak, genel olarak kamu yararına çalışan derneklerin hangi haklardan yararlanacağı yahut hangi muafiyetlerin tanınacağı gibi hususlar 5253 sayılı Kanun’dan farklı yasal düzenlemelere konu edilmiş durumdadır. Örneğin, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu⁶⁸ çerçevesinde “*Hazinenin özel mülkiyetinde kayıtlı bulunan ve kamu hizmetlerine tahsisli olmayan taşınmaz malları*” rayiç bedel üzerinden kamu yararına çalışan derneklere satılabilir⁶⁹. Dolayısıyla kamu yararına çalışan spor kulüplerinin Hazinenin özel mülkiyetinde olan bir taşınmaz malı, spor faaliyetlerinde kullanılmak üzere devralması mümkündür. Keza, belirli hallerde 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu⁷⁰ kapsamında kamu yararına çalışan spor kulüplerinin izne tabi olmadan yardım toplaması da söz konusu olabilir⁷¹. Bunun yanında, kamu yararına çalışan statüsüne bağlı olarak ortaya çıkan önemli sonuçlardan birisi de tanınan mali kolaylıklar yönüyle karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu⁷² md.17/1 uyarınca kamu yararına çalışan dernekler, “*spor tesisleri işletmek veya yönetmek maksadıyla icra ettiği faaliyetler*” muafiyete tabi tutulmaktadır. Ayrıca 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu⁷³ çerçevesinde kamu yararına çalışan derneklere yapılan yardımların belirli oranda vergi indiriminden yararlanabileceği ifade edilmiştir⁷⁴. Bu anlamda kamu yararına çalışan spor kulüplerinin bu statüyü elde etmesine bağlı olarak bazı kazanımlarının bulunduğu ifade edilebilir. Bu kazanımlar aynı zamanda doktrinde Gür’ün ifade ettiği üzere, “*belirli statüde bulunmak koşuluyla*

⁶⁸ RG. 10.09.1983-18161.

⁶⁹ 2886 sayılı Kanun md.72/1: “*Kamu yararına çalışan derneklere, kuruluş gayelerine uygun olarak kullanılmak üzere, Hazinenin özel mülkiyetinde kayıtlı bulunan ve kamu hizmetlerine tahsisli olmayan taşınmaz malları, satış tarihindeki alım satım rayici nazara alınarak kıymet takdiri suretiyle satılabilir*”.

⁷⁰ RG. 25.06.1983-18088.

⁷¹ 2860 sayılı Kanun md.3: “*Kamu yararına uygun olarak, amaçlarını gerçekleştirmek, muhtaç kişilere yardım sağlamak ve kamu hizmetlerinden bir veya birkaçını gerçekleştirmek veya destek olmak üzere gerçek kişiler, dernekler, kurumlar, vakıflar, spor kulüpleri, gazete ve dergiler yardım toplayabilirler*”.

⁷² RG. 02.11.1984-18563.

⁷³ RG. 06.01.1961-10700.

⁷⁴ 193 sayılı Kanun md.89: “*Gelir vergisi matrahının tespitinde, gelir vergisi beyannamesinde bildirilecek gelirlerden aşağıdaki indirimler yapılabilir: (...) Genel ve özel bütçeli kamu idareleri, il özel idareleri, belediyeler, köyler ile kamu yararına çalışan dernekler ve Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınan vakıflara yıllık toplamı beyan edilecek gelirin %5’ini (kalkınmada öncelikli yöreler için % 10’unu) aşmamak üzere, makbuz karşılığında yapılan bağış ve yardımlar...*”.



anonimleştirilmiş hukuki durumlar oluşturularak kamunun belli imkanlarından yararlanma sağlamaktadır⁷⁵. Ne var ki, bu kazanımlar spor kulübünün içinde bulunduğu hukuki statüsüne (=statünün devamına) bağlı olarak ortaya çıktığından⁷⁶; söz konusu statüsünün kaybedilmesi halinde sona erecektir. Bu doğrultuda çalışmanın devamında kamu yararına çalışan spor kulübü statüsünün kaybedilmesinden doğacak sonuçlar irdelenecektir.

D. Kamu Yararına Çalışan Spor Kulübü Statüsünün Kaybedilmesi

7405 sayılı Kanun md.11 kapsamında kamu yararına çalışan statüsünün kaldırılmasına dair usul ve esaslar öngörülmüştür. Özellikle, idare hukukunda önemli bir usul ilkesi olarak karşımıza çıkan usulde paralellik ilkesi⁷⁷, spor kulüplerinin kamu yararına çalışılan statüsünün kaldırılmasında da işlevseldir. Buna göre, kamu yararına çalışan statüsünü haiz spor kulübünün bu statüsü, karşıt işlem niteliğindeki⁷⁸ Cumhurbaşkanlığı kararıyla kaldırılabilir. Bu ihtimalde spor kulübünün statüye bağlı olarak yararlandığı haklar sona erecektir. Her halde spor kulüplerinin bu statüsünü koruması açısından idari makamların yapacağı denetimden söz edildiğine göre⁷⁹, bu şartların devam etmesi gerektiği çıkarımında bulunulabilir. Bu doğrultuda, 7405 sayılı Kanun md.11 hükmüne bakıldığında spor kulüpleri açısından sahip olunan mülkiyet ya da tahsis haklarının kaybı yahut bağlı olunan spor federasyonunun en üst düzey spor organizasyonuna katılmaması hallerinde, statünün kaybedileceğinden bahsedilecektir.

Ayrıca, tabii olarak ilgili spor kulübünün kişiliğinin sona ermesi yahut kamu yararına yönelik herhangi bir faaliyette bulunamayacağının tespit edilmesi veya belirli fiillerinden dolayı faaliyetlerinin durması hallerinde kamu yararına çalışan statüsü sona erecektir. Ancak bu hallerde kamu yararına yönelik faaliyet icra edemeyeceğinin değerlendirilmesi spesifik olarak spor faaliyetleriyle sınırlı biçimde ele alınmalıdır. Zira kamu yararı, kavram olarak sınırları

⁷⁵ N. Taha Gür, *İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 197.

⁷⁶ Bu yönüyle 7405 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce de bu statüyü haiz olan spor kulüplerinin bu niteliği devam edecektir. 7405 sayılı Kanun Geçici md.1'e göre, "Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kamu yararına çalışan dernek statüsünü kazanmış olan gençlik ve spor kulüpleri ile Türkiye Amatör Spor Kulüpleri Konfederasyonunun kamu yararına çalışma statüsü devam eder ve kamu yararına çalışan derneklere tanınan haklardan yararlanır".

⁷⁷ Duran, (n 13) 410; Gözler (n 24) 990; Gül Üstün, 'İdari Usul' in Turan Yıldırım (Ed.), *İdare Hukuku* (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 681.

⁷⁸ Gözler, (n 24) 992.

⁷⁹ 7405 sayılı Kanun md.11/3: "Denetimler sonucunda bu şartları kaybettikleri tespit edilen spor kulübü hakkında alınan kamu yararına çalışan spor kulübü sayılma kararı birinci fıkrada öngörülen usulle kaldırılır".

tam olarak çizilmeyen, muğlak bir içeriğe sahip olduğundan⁸⁰; kamu yararına çalışan statüsünün belirlenmesi açısından yaşanan teknik değerlendirmedeki sorunlar, burada da kendisini gösterecektir. Şüphesiz bu hallerde şeklen dahi olsa bir Cumhurbaşkanlığı kararıyla (=yetkili makam tarafından tesis edilen ve statünün kaybedildiğine yönelen irade açıklaması) durumun tespit edilmesi⁸¹ ve statünün sona erdiğine dair irade beyanının ortaya konulması gerekecektir. Bu idari işlemin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla AY md.125/1, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu⁸² md.2/1 ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu⁸³ md.24 hükümleri çerçevesinde⁸⁴ meşru, şahsi ve halen mevcut (güncel) menfaati ihlal edilen kişiler tarafından iptal davası açılabilir⁸⁵. İlgili Cumhurbaşkanlığı kararının hukuka uygunluğu bakımından yapılacak değerlendirmede ise, sebep ve konu unsurları arasında bulunan illiyet bağı göz önüne alınarak⁸⁶, aranan şartlardan birinin kaybedilip kaybedilmediği önem arz edecektir. Bunun haricinde ilgili spor kulübünün -bu şartlardan birini ve buna bağlı olarak hukuki statüsünü öncesinde kaybetmiş olsa da- 7405 sayılı Kanun'da aranan şartları yeniden sağladıktan sonra, idari makamlara yeniden başvurmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.

SONUÇ

Özel hukuk tüzel kişiliğini haiz spor kulüpleri, belirli hallerde kamu yararına yönelik faaliyetler icra edebilmekte ve buna bağlı olarak farklı bir hukuki statüye geçebilmektedir. Bir hukuki statü olarak “*kamu yararına çalışan spor kulübüne*” geçiş, idari usul kuralları çerçevesinde tesis edilecek idari işlemle mümkün olacaktır. Bu kapsamda 7405 sayılı Kanun kapsamında Cumhurbaşkanlığı

⁸⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, (n 46) 3; Akilhoğlu, (n 24) 11.

⁸¹ Karahanoğulları, (n 12) 153.

⁸² RG. 20.01.1982-17580.

⁸³ RG. 20.01.1982-17580.

⁸⁴ AY md.125/1: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...”. 2577 sayılı Kanun md.2/1: “İdari dava türleri şunlardır: a) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları...”. 2575 sayılı Kanun md.24/1: “Danıştay ilk derece mahkemesi olarak: a) Cumhurbaşkanlığı kararlarına (...) karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar”.

⁸⁵ Bkz. Ragıp Sarıca, *İdari Kaza* (Kenan Basımevi 1942) 54; Turan Yıldırım, *İdari Yargı* (2. Baskı, Beta Yayıncılık 2010) 387; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (Ekin Yayıncılık 2016) 193; F. Ebru Gündüz, *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet* (Yetkin Yayıncılık 2016) 89; A. Aslı Yücesoy, *İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat* (İdari Yargıda Sübjektif Dava Ehliyeti Koşulu) (Seçkin Yayıncılık 2016) 37.

⁸⁶ Onar (n 12) 313; Özay, (n 46) 497; Günday, (n 37) 153; Karahanoğulları, (n 12) 525; Muhammed Göçgün, *İdari İşlemin Konu Unsuru* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 20-21.



kanı kararıyla bir spor kulübünün kamu yararına çalışan statüsüne geçmesi söz konusu olabilir. Esasen resen yahut talep üzerine yetkili idari makamlarca kamu yararına çalışan spor kulüplerinin belirlenmesi için 7405 sayılı Kanun'da belirli şartlar aranmaktadır. Bu şartların bir kısmı spor kulübünün faaliyette bulunma süresi ve spor kulübünün tesislerde sahip olduğu hakları, diğer kısmı ise; ilgili spor federasyonunun en üst düzey faaliyetlerine katılma ya da sporcu gönderilmesi hususlarını içermektedir. Bu şartların kümülatif olarak varlığının tespiti sonucunda bir spor kulübü kamu yararına çalışan spor kulübü niteliğini kazanabilmektedir. Bu statüye geçmekle ortaya çıkacak hukuki sonuçların bir kısmı “*yararlandırıcı*”, diğer kısmı “*yükümlendirici*” özellik arz etmektedir. Spor kulüplerinin kazandığı bu statüye bağlı olarak ortaya çıkan asıl yükümlülük, şartların devamını sağlamaktır. Yani, spor kulübünün ilgili statüye bağlı haklardan yararlanabilmesi, şartların devamı sağlandığı sürece mümkündür. Bu nedenle, kamu yararına çalışan statüsü için 7405 sayılı Kanun md.11 hükmünde aranan şartların zamanla kaybedilmesi, o spor kulübü için statünün sona ermesine neden olacaktır. Dolayısıyla kamu yararına çalışan statüsünden çıkış da yetki ve usulde paralellik ilkesine uygun olmak kaydıyla söz konusu olabilecektir. Aranan şartların devamı sağlandığı haldeyse; ilgili spor kulübü kamu yararına çalışan derneklerin sahip olduğu haklardan faydalanabilecektir. Şayet, şartlar o spor kulübü açısından fiilen devam etmezse; halihazırda ilgili spor kulübünü “*kamu yararına çalışan spor kulübü*” statüsüne geçiren idari işlem hukuk düzeninde geçerli olarak kalmaya devam ettiğinden, kulüp de bu statüye bağlı haklardan yararlanmaya devam edecektir. Bu ihtimalde resen ya da başvuru üzerine yetkili idari makamın durumu tespit ederek o idari işlemi kaldırması icap eder. Genel olarak, 7405 sayılı Kanun'da derneklerin sahip olduğu haklar konusunda ise bir çerçeve çizilerek 5253 sayılı Kanun'a atıfta bulunmakla yetinilmiştir. Bu nedenle 5253 sayılı Kanun'da ifade edilen kamu yararına çalışan dernekler statüsünden hareketle kamu yararına çalışan spor kulüpleri hakkında çıkarımlarda bulunmak mümkün olacaktır. Örneğin, vergi muafiyetleri, bazı kamu mülkiyetindeki taşınmazların satışının gerçekleştirilebilmesi, yardım toplanabilmesi konularında sağlanan imkanlardan kamu yararına çalışan spor kulüplerinin de yararlanabileceğinden söz edilecektir. Bu nedenle özel hukuk kişilerinin kamu yararına faaliyet göstermesinin dolaylı olarak teşvik edildiği ve bu konudaki teknik değerlendirmenin kişinin hukuki statüsü üzerinde sonuçlar doğurduğu ifade edilmelidir.

KAYNAKÇA

Açımız H. B, ‘İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme’ (2018) 24 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 530-568.

Akansel B, 'Türk Spor Kulüplerinin Yapılanması ve Güncel Sorunları' in Tacar Çağlar (Ed.), Av. Mustafa Kemal Kaya Armağanı (Ankara Barosu Yayınları 2015) (ss.53-64).

Akıllıoğlu T, 'Kamu Yararı Üzerine Düşünceler' (1988) 9 (1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (Prof. Dr. Lütfi Duran Armağanı) 11-22.

Akyel M, Modern Olimpiyatlara Katılan ve Türkiye'yi Temsil Eden Kadın Sporcuların Katılım Süreçlerine Etki Eden Etmenler: 1988-2012 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Celal Bayar Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü 2016).

Akyıldız A, 'Sporun Hukuku ve Yargısı' in Tacar Çağlar (Ed.), Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı (Ankara Barosu Yayınları 2013) 59-116.

Akyılmaz B, Sezginer M. ve Kaya C, Türk İdare Hukuku (9. Baskı, Savaş Yayınevi 2018).

Andreff V, An Economic Roadmap to the Dark Side of Sport Vol-I: Sport Manipulation (Palgrave Macmillan 2019).

Ayan M. ve Ayan N, Kişiler Hukuku (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016).

Ayanoğlu T. ve Oder B, 'İdarenin Özel Faaliyetlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Kuramsal Bir Sorgulama' (2017) 15 (174) Legal Hukuk Dergisi 2801-2838.

Ayaydın C, 1982 Anayasası Çerçevesinde Kamu Yararı Kavramı ve Anayasa Mahkemesi (On İki Levha Yayıncılık 2010).

Ayaydın C, İdare Hukuku'na Giriş (I) (Yenilik Basımevi 2008).

Ayaydın C, İdare Hukuku'na Giriş (II) (Yenilik Basımevi 2008).

Aydın Z, 'Spor ve Spor Politikaları' in Tacar Çağlar (Ed.), Av. Akın Ataksoy Armağanı (Ankara Barosu Yayınları 2015) 175-312.

Balta T. B, İdare Hukukuna Giriş (TODAİE Yayınları 1970).

Beloff M. J., Kerr T. ve Demetriou M, Sports Law (Hart Publishing 1999).

Bilgen P, İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş (Filiz Kitabevi 1999).

Bilgin O, 'Sporumuzda Tesis Sorunları ve Kulüpler' (1990) 1 (1) Spor Bilim Dergisi 16-19.

Can E, İdari İşlemin Şekil Unsuru (On İki Levha Yayıncılık 2016).

Çağlayan R, Spor Hukuku (Asil Yayıncılık 2007).

Dilek İ. ve Arslan L, 'Türkiye ve İtalya Spor Kulüplerinin Örgütsel Yapılarının Kıyaslamalı Analizi' (2021) 6 (4) Gaziantep Üniversitesi Spor Bilimleri Dergisi 311-328.



- Duran L, İdare Hukuku Ders Notları (Fakülteler Matbaası 1982).
- Ege Ö, Türk Medeni Hukuku'na Göre Türkiye'de Spor Kulüpleri (Yayınlanmamış Doktora Tezi) (Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020).
- Erdem J. G, 'Türk ve Alman İdare Hukuku Öğretilerinde Belirsiz Hukuki Kavramlar' (2019) 10 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 61-72.
- Erdemli A, 'Toplum ve Spor' in Kısmet Erkiner ve Ali Soysüren (Ed.), Spor Hukuku Dersleri (Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları 2007) 47-54.
- Erkut C, 'İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı' in I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap: İdari Yargı (Danıştay Yayınları 1990) 109-114.
- Ertay Ş. ve Petek H, Spor Hukuku (3. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2017).
- Goldmann K, 'Sectoral Analysis of Polish Sports Clubs with the Public Benefit Organization Status' (2021) 21 (5) Journal of Physical Education and Sport 2769-2775.
- Göçgün M, İdari İşlemin Konu Unsuru (On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Gök Y. ve Sunay H, 'Türkiye'de ve Fransa'da Uygulanan Spor Yönetiminin Kamu Yönetimi Açısından Karşılaştırılması' (2010) 8 (1) Spormetre Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi 7-16.
- Gözler K, İdare Hukuku Cilt-I (3. Baskı, Ekin Yayıncılık 2019).
- Gözübüyük A. Ş, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları (14. Baskı, Turhan Kitabevi 2000).
- Gülan A, 'Conseil D'Etat'nın Kamu Yaran Kavramına Yaklaşımı' in 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu (Danıştay Yayınları 2000) 23-32.
- Gülan A, 'Kamu Hizmeti Kavramı' (1988) 9 (1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (Prof. Dr. Lütfi Duran Armağanı) 147-159.
- Günday M, İdare Hukuku (11. Baskı, İmaj Yayınevi 2017).
- Gündüz F. E, İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet (Yetkin Yayıncılık 2016).
- Gür N. T, İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Hoye R., Nicholson M. ve Houlihan B, Spor ve Politika Meseleleri ve Analizi (Cem Tınaz çev., Beta Yayıncılık 2015).
- İsbir K. B, Kamu Tüzel Kişiliği (Turhan Kitabevi 2017)

Kaplan G, İdari Yargılama Hukuku (Ekin Yayıncılık 2016).

Kaplan O, 'Türk Hukukunda Cumhurbaşkanı Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi' (2022) 17 (207) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421-447.

Karahanoğulları O, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (4. Baskı, Turhan Kitabevi 2018).

Kaya C, 'Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İşlemler' (2004) 9 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 253-284.

Kaya C, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi (On İki Levha Yayıncılık 2011).

Maletesta D. ve Jaccoud C, 'Sporda Suç ve Güvenlik', in La violence et le fanatisme dans le sport (Sporda Şiddet ve Fanatizm) (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2004) 25-33.

Murathan F. ve Tekin A, 'Geçmişten Günümüze Türk Spor Teşkilatlanması' in Mehmet İlkın (Ed.), Sporda Güncel Araştırmalar (Gece Kitaplığı 2022) 185-204.

Oğurlu Y, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu (Seçkin Yayıncılık 2003).

Oğuzman K., Seliçi Ö. ve Oktay-Özdemir S, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) (18. Baskı, Filiz Kitabevi 2019).

Onar S. S, İdare Hukukunun Umumî Esasları Cilt-I (3. Baskı, Hak Kitabevi 1966).

Özay İ. H, Günışığında Yönetim (2. Baskı, Filiz Kitabevi 2004).

Özkan H, (Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli) Türk Medeni Yasası ve Uygulaması Başlangıç ve Kişiler Hukuku Cilt-I (Legal Yayıncılık 2017).

Öztek S, 'Devlet ve Sportif Faaliyet' in Spor Hukuku Yazıları (Kısmet Erkiner Armağanı) (İstanbul Barosu Yayınları 2014) 17-24.

Sarıca R, İdarî Kaza (Kenan Basımevi 1942).

Serter Y. S, İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular (Adalet Yayıncılık 2015).

Skille E. Å, 'Understanding Sport Clubs as Sport Policy Implementers' (2008) 43 (2) International Review For The Sociology of Law 181-200.

Tan T, İdare Hukuku (7. Baskı, Turhan Kitabevi 2018).

Tombaloğlu N, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı' (2014) 5 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 353-388.



Márton T, Tünde N. ve Alexandru V. V, ‘Autonomy of Sport Policy and Sport Activities in the European Union: Connections between Human Rights and Sports’ (2010) 1 (1) Acta Universitatis Sapientiae European and Regional Studies 103-120.

Topçu Ö, Türkiye’de Spor Kulüplerinin İdari ve Sportif Açısından İşlevselliği (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) (Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü 2013).

Truchet D, Droit administratif (4.Baskı, PUF 2011).

Ulusoy A. D., Yeni Türk İdare Hukuku (4. Baskı, Yetkin Yayıncılık 2021).

Üstün G, ‘İdari Usul’ in Turan Yıldırım (Ed.), İdare Hukuku (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 675-690.

Yayla Y, ‘İdarenin Takdir Yetkisi’ (1964) 30 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 201-211.

Yayla Y, İdare Hukuku (2. Baskı, Beta Yayıncılık 2010).

Yıldırım T, ‘İdari İşlemler’ in Turan Yıldırım (Ed.), İdare Hukuku (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 405-526.

Yıldırım T, İdari Yargı (2. Baskı, Beta Yayıncılık 2010).

Yılmaz D, ‘Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri’ (2008) 12 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1215-1234.

Yücesoy A. A, İdari Yargılama Hukukunda İptal Davalarında Menfaat (İdari Yargıda Sübjektif Dava Ehliyeti Koşulu) (Seçkin Yayıncılık 2016).

BİR NORM ÇATIŞMASI ÖRNEĞİ: VERGİ USUL KANUNU VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU

*A Norm Conflict Example: Tax Procedure Law
and Personal Data Protection Law*

Pınar NUR*
Oytun CANYAŞ**

Özet

Kişisel verilerin korunması, oldukça güncel ve önemli bir kurum olup, pek çok ülke tarafından kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler kabul edilmektedir. Ülkemiz tarafından da, 2016 yılında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Kişisel verilerin korunması, vergiye ilişkin işlemler açısından da oldukça önemlidir. Nitekim vergi idaresi tarafından gerçekleştirilen işlemlerde, mükelleflere ilişkin birçok kişisel veri işlenmektedir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda ve uluslararası vergi anlaşmalarında da, mükellefler ve mükellefler dışındaki kişilerin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin birçok düzenleme yer almaktadır. 6698 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu verilerin korunması daha da önemli hale gelmiş olup, özel norm niteliğinde olan Vergi Usul Kanunu ve uluslararası vergi anlaşmalarında yer alan hükümler ile genel norm niteliğindeki Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümlerinin aynı anda uygulandığı durumlar söz konusu olabilecektir. Çalışma kapsamında, Vergi Usul Kanunu ve uluslararası vergi anlaşmaları ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu arasında norm çatışmasının olup olmadığı ele alınarak, norm çatışması olduğu tespit edilen alanlarda hangi normun uygulanacağı hususu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel veriler, Kişisel verilerin korunması, Vergi Usul Kanunu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Norm çatışması.

Abstract

Protection of personal data is a very current and important institution, and many countries accept regulations on the protection of personal data. In 2016, the Protection of Personal Data Law No. 6698 was adopted and entered into force by our country. The protection of personal data is also very important in terms of tax-related transactions. Hence, in the transactions carried out by the tax administration, many personal data regarding taxpayers are processed. In the Tax Procedure Law No. 213 and in international tax

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 3.11.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023*

* Dr., Bilimsel Programlar Kıdemli Uzmanı, Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu, nur.pnr@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-2659-4436>

** Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, oytuncanyas@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-1991-5641>



treaties, there are many regulations regarding the processing of personal data of taxpayers and non-taxpayers. With the entry into force of Law No. 6698, the protection of this data has become even more crucial, and there might be cases where the provisions of the Tax Procedure Law and international tax treaties, which are special norms, and the provisions of the Personal Data Protection Law, which is a general norm, shall be applied simultaneously. Within the scope of the study, whether there is a norm conflict between the Tax Procedure Law, international tax treaties and the Personal Data Protection Law, and which norm will be applied in the areas where there is a norm conflict will be examined.

Key Words: Personal data, Protection of personal data, Tax Procedure Law, Personal Data Protection Law, Conflict of norms.

GİRİŞ

İdari teşkilat içerisinde en çok kişisel veri işleyen idarelerden biri vergi idaresidir. Bu nedenle kişisel verilerin işlemesi sırasında, vergi idaresine karşı vergi ödevlilerinin başta Anayasa m.20/son hükmünde düzenlenen kişisel verilerinin korunması hakkı olmak üzere temel hak ve hürriyetlerinin¹ korunması büyük önem arz etmektedir. Vergi hukukunda sınırlı da olsa bazı yasalarda kişisel verilerin korunması, -en azından işlenmesiyle ilgili- düzenlemeler bulunmaktadır. Bu yasaların başında özünde özel bir idari usul kodu olan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu² gelmektedir. Uluslararası vergi anlaşmalarında da ödevlilerin kişisel verilerinin işlenmesiyle ilgili hükümler yer almaktadır. Hatta münhasıran kişisel veri aktarımını konu edinen vergi anlaşmaları dahi vardır³. Belirtilen yasaların dışında 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.134 vd. hükümlerinde yer alan Gelir İdaresi Başkanlığı'nın kuruluş ve örgütlemesine ilişkin hükümlerde de vergi ödevlilerinin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Türk Hukuku'nda gerçek kişilerin verileri, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun⁴ yürürlüğe girmesiyle ile yasa düzeyinde güçlü bir koruma mekanizmasına kavuşmuştur. Dolayısıyla vergi hukuku alanında ki-

¹ Söz konusu temel hak ve hürriyetlere Anayasa m.35'de düzenlenen "mülkiyet hakkı" ve Anayasa m.36 hükmünde düzenlenen "hak arama hürriyeti" örnek olarak verilebilir.

² Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 213, Kabul Tarihi: 04.01.1961, RG 10.01.1961/10705. Kısaca VUK olarak anılacaktır.

³ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bermuda Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Guernsey Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Jersey Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Cebelitarık Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması; Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Man Adası Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması.

⁴ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kabul Tarihi: 24.03.2016, RG 07.04.2016/29677. Bundan sonra "KVKK" olarak anılacaktır.

şisel verilerin işlenmesini düzenleyen “genel norm” nitelikli KVKK ile özel norm nitelikli VUK ve vergi andlaşması hükümlerinin aynı anda uygulanması ihtimal dâhilindedir. Diğer taraftan KVKK m.28/2-ç⁵ hükmünde vergi alanında belirli koşullarda KVKK’da düzenlenen bazı hak ve yükümlülüklerin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Özetle, vergi hukukunda kişisel verilerin korunması/işlenmesi hususunda bir norm karmaşası olduğu söylenebilir.

Bu çalışmanın konusu VUK ve VUK’un atfı yaptığı vergi andlaşması hükümleriyle KVKK hükümleri arasında “norm çatışması” olup olmadığı, çatışma olan alanlarda hangi normun uygulanacağını belirlemektedir. Başka bir anlatımla, çalışmada vergi hukukunda kişisel verilerin korunması hukukunda yer alan hak ve yükümlülüklerin kapsamı irdelenmemekte; bunun yerine söz konusu hak ve yükümlülüklerle ilişkin anılan hukuk normlarından hangisinin uygulama alanı bulacağı sorununa odaklanılmaktadır. KVKK m.28/2-ç hükmünün vergi hukukuna etkisi ise çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira kanaatimizce burada norm çatışması değil, VUK’da yer almayan ancak KVKK’da yer alan bazı hak ve yükümlülüklerin vergi hukukunda uygulanmasının sınırlandırılması söz konusudur. Diğer bir anlatımla KVKK’nın kapsadığı alan vergi normları aleyhine daraltılmıştır⁶.

Bu çerçevede aşağıda ilk olarak, hukuk normları arasında çatışma kavramının genel çerçevesi çizilmiş, KVKK ve VUK normlarının birbiriyle ilişkisi irdelenmiştir. Bu belirlemelerden sonra VUK’un KVKK ile çatıştığı sonucuna varılan kişisel verilerin elde edilmesi, açıklanması, yurt içinde ve yurt dışında aktarılması ve veri güvenliği konularında çatışma sorunu irdelenmiştir.

I. KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KANUNU İLE VERGİ HUKUKU NORMLARI ARASINDA ÇATIŞMA

A. Hukuk Teorisinde Norm Çatışması Kavramının Genel Çerçevesi

Hukuk kaynaklarının uygulanmasında sıklıkla karşılaşılan sorunlardan biri de hukuk normları arasındaki çatışmalar ve bu çatışmaların çözümlenmesi sorunudur. Genel bir tanım vermek gerekirse, belirli bir hukuk sisteminde yer alan iki normdan birinin uygulanması diğer normu ihlal ettiği takdirde uyumsuzluktan, -çatışmadan- bahsedilebilir⁷.

⁵ KVKK m.28/2-ç: “Kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması”.

⁶ KVKK m.28/2-ç hükmü VUK hükümleriyle çatışmamakla birlikte, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun bazı hükümleriyle çatışmaktadır. Ancak bu konu da kapsamı dışından olduğundan incelenmemiştir.

⁷ Oytun Canyaş, ‘Vergi Yargılaması Hukukunda Norm Çatışması’ (2013) 3(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127, 140.



Hukuk normları arasındaki çatışmalar, mantıksal çatışmalar ve gerçek çatışmalar olmak üzere ikiye ayrılabilir⁸. Davranış koşulları aynı olan iki hukuk normunun çatışması “mantıksal çatışmalar” olarak adlandırılırken; davranış koşullarının farklılaşan hukuk normları arasındaki uyumsuzluk “gerçek çatışmalar”dır. Bu ayrımın önemi norm çatışmalarını çözümleyen yöntemler bakımındandır. Hiyerarşik olarak aynı katmanda yer alan normlar arasındaki mantıki çatışmalar lex posterior ve lex specialis gibi klasik yöntemlerle veya çatışma normlarıyla çözümlenebilirken; gerçek çatışmaların çözümünde başka yöntemler devreye girmektedir⁹.

Bu türlerden konumuzu ilgilendireni “mantıksal çatışmalar”dır. Zira aşağıda açıklandığı gibi VUK ve vergi andlaşmaları uyarınca tesis edilen işlemler ile KVKK uyarınca tesis edilen işlemler arasındaki çatışmalarda “davranış koşulu” -sebeup unsuru” aynı olmaktadır. Söz konusu çatışmalar normların uygulanma sürecinde “diğer unsurlar” olarak adlandırdığımız kısımlara ilişkindir¹⁰. Dolayısıyla söz konusu çatışmaların çözümü ya ilkeler yoluyla ya da çatışma normları yoluyla olmalıdır.

B. Çatışan Normların Birbirlerine Göre Konumu

Kişisel verilerin işlenmesinde özel hayatın gizliliği ve kişilerin ilgili diğer temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek amacıyla 6698 sayılı KVKK ihdas edilmiştir¹¹. Anılan Kanun’un 2.maddesinde Kanun’un, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla KVKK, özel ve kamu hukuku içerisinde verisi işlenen tüm gerçek kişilere ilişkin düzenlemeler içeren ve bunların kişisel verilerinin korunmasının hukuki rejimini belirlemeye çalışan “genel norm” niteliği taşımaktadır.

VUK ise bünyesinde az da olsa ceza ve yargılama normları barındırmakla birlikte özünde bir idari usul kodudur VUK, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin salt vergilendirme alanında sınırlı düzenlemeler öngörmekte ve bu özelliği nedeniyle de KVKK’ya göre “özel norm” niteliği taşımaktadır.

⁸ Norm çatışmalarının türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Canyaş, ‘Vergi Yargılaması Hukukunda Norm Çatışması’ (n 7) 131 vd.

⁹ Canyaş, ‘Vergi Yargılaması Hukukunda Norm Çatışması’ (n 7) 140.

¹⁰ “Diğer koşullar” için bkz. Canyaş, ‘Vergi Yargılaması Hukukunda Norm Çatışması’ (n 7) 141 vd.

¹¹ Bkz. KVKK m.1

Bu çerçevede aşağıda öncelikle KVKK ile VUK ve VUK'un atfı yaptığı vergi andlaşmalarındaki çatışan alanlar belirlenmiştir. Kanaatimizce VUK, vergi andlaşmaları ve KVKK kişisel verilerin elde edilmesi, açıklanması, aktarılması ve veri güvenliği konularında çatışmaktadır.

C. Kişisel Verilerin Elde Edilmesi ve Açıklanması Konusunda Norm Çatışması

1. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda Verilerin Elde Edilmesi ve Açıklanması

Kişisel veri işlenmesi sürecinin başında verinin elde edilmesi gelir. Nitekim KVKK m.3/1-e hükmünde “*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla, elde edilmesi,...*”nin kişisel verilerin işlenmesi” kavramının kapsamında olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili başta genel ilkeler (KVKK m. 4) ve kişisel verilerin işleme koşulları (KVKK m. 5) olmak üzere anılan Kanun'un ilgili hükümleri “kişisel verilerin elde edilmesine ilişkin idari işlem ve eylemler” bakımından da geçerlidir.

Bu çerçevede Kişisel Verileri Korunması Kanunu'nda kişisel verilerin korunması açısından oldukça önemli unsur ve araçlar düzenleme altına alınmıştır. Öncelikle ilgili Kanun'a göre, Kanun'da öngörülen istisnai durumlar dışında, kişisel veriler, ilgili kişinin¹² açık rızası olmaksızın işlenemez¹³. Kanun'da bu istisnalar¹⁴,

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun¹⁵ hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması”.

şeklinde belirlenmiştir.

¹² Kanun'a göre ilgili kişi, kişisel verisi işlenen gerçek kişiyi ifade etmektedir (KVKK madde 3/1-ç).

¹³ KVKK m. 5/1.

¹⁴ KVKK m. 5/2.

¹⁵ Kanun'a göre, veri sorumlusu, “*kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade etmektedir (Madde 3/1-1).



Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin öngörülen bu düzenlemelere ek olarak, Kanun'un 4/2 maddesinde, kişisel verilerin işlenmesine hâkim ilkeler öngörülmüştür. Söz konusu ilkeler kişisel verileri işlenen kişilere tanınan haklarla birlikte kişisel verilerin korunmasının temelini teşkil etmektedir¹⁶. Bu ilkeler, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme şeklindedir. Dolayısıyla KVKK uyarınca kişisel verilerin işlenebilmesi için kişisel verilerin işlenme şartlarına uyulması yeterli olmayıp, kişisel verilerin, Kanun'da öngörülen ilkelere de uygun olmasının sağlanması gerekmektedir¹⁷. Daha önce belirtildiği üzere anılan ilkeler kişisel verilerin elde edilmesi bakımından da geçerlidir.

Öte yandan KVKK'da kişilerin verileri nedeniyle ayrımcılığa uğramasının önüne geçmek amacıyla, özel nitelikli kişisel verilerin işlenme ve dolayısıyla açıklanma şartları da ayrıca düzenlenmiştir. Özel nitelikli veriler, kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri şeklinde tahdidi olarak sayılmıştır¹⁸. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi açısından da açık rıza kuralı getirilmekle birlikte, bu verilerden sağlık ve cinsel hayata ilişkin olanlar dışındakilerin, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği düzenlenmiştir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise, ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi ama-

¹⁶ Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha 2020) 129.

¹⁷ Söz konusu ilkelere benzer ilke ve düzenlemeler, kişisel verilerin korunmasının ilk defa 1980 yılında uluslararası alana taşınmasını sağlayan ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı tarafından geliştirilen Özel Hayatın Gizliliğinin ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler'de (OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data <<https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>> accessed 26 January 2022. Kısaca OECD Rehber İlkeler olarak anılacaktır) ve hemen akabinde 1981 yılında Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen ve ülkemizin de taraf olduğu 108 Sayılı Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'de (Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, European Treaty Series No. 108 <<https://rm.coe.int/1680078b37>> accessed 26 January 2022. Kısaca 108 sayılı Sözleşme olarak anılacaktır) de yer almaktadır. Bu doğrultuda, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda, ilgili kişilere oldukça önemli haklar tanınmış olup, Anayasa'da da bu haklara yer verilmiştir. Nitekim Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasına 2010 yılında eklenen hüküm ile kişisel verilerin korunması hakkı ayrı bir hak olarak ele alınmış olup, bu hakkın asgari gereklilikleri de açıkça düzenlenmiştir. (Pınar Nur, *Vergi Hukuku Açısından Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha 2022) 3.

¹⁸ KVKK m. 6/1.

cıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir¹⁹. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi açısından, bu düzenlemelerle de yetinilmemiş ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınmasının da şart olduğu öngörülmüştür²⁰.

Yukarıda belirtildiği üzere, KVKK'da kişisel verilerin işlenmesi kavramı oldukça geniş tanımlanmıştır. Anılan Kanun m.3/1-e hükmüne göre “*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla... açıklanması*” işlemleri de “kişisel verilerin işlenmesi” kapsamına girmektedir. Bu bağlamda, kişisel verilerin elde edilmesi ve kaydedilmesinin hukuki rejimiyle ilgili yapılan açıklamalar kişisel verilerin açıklanması bakımından da geçerlidir.

2. Vergi Usul Kanunu’nda Kişisel Verilerin Elde Edilmesi ve Açıklanması

2.1. Vergi Usul Kanunu’nda Kişisel Verilerin Elde Edilmesi

Bilindiği üzere vergilerin yasallığı ilkesinin bir yönü de vergilendirme işlem ve eylemlerinin yasaya uygun tesis edilmesidir. Vergi idaresi vergilendirme işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunu sağlamak üzere vergi ödevlilerinin pek çok kişisel verisini elde etmektedir. Vergi ödevlilerinin kişisel verilerinin elde edilmesine ilişkin Kanunların başında özel bir idari usul kodu olması nedeniyle “Vergi Usul Kanunu” gelmektedir²¹.

Vergi idaresinin vergi ödevlilerinin kişisel verilerini elde etmesiyle ilgili ilk olarak VUK’da düzenlenen bildirim ve bilgi verme ödevlerine değinmek gerekir. Zira VUK’da işe başlama, işi bırakma, iş ve adres değişiklikleri, bina ve arazi ile bunlarda meydana gelen değişikliklerin, tasfiye ve iflasın bildirilmesi, ekim ve sayım beyanı, ölüm ve intikallerin bildirilmesi ve noterlerin bildirim yükümlülüğü gibi birçok bildirim ve bilgi verme ödevi dolayısıyla kişisel verilerin elde edilmesini konu edinen düzenleme yer almaktadır²². Bunun dışında, vergi matrahının bildirilmesi ve beyanname verilmesi de, vergi idaresine birtakım kişisel verilerin bildirilmesini gerektirmektedir. Ayrıca, vergi karnesinin doldurulması ve ibrazı ile muhafaza edilen defter, belge, karne ve bilgilere ilişkin kayıt ve bu kayıtlara erişim açısından gerekli bilgilerin ibrazı²³ yoluyla da kapsamlı bildirimlerde bulunmaktadır²⁴.

¹⁹ KVKK m. 6/2.

²⁰ KVKK m. 6/3.

²¹ Hiç şüphesiz Gelir Vergisi Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu gibi özel vergi kanunlarında yer alan beyanname verme, bildirimde bulunma gibi mükelleflerin şekli vergi ödevleri de kişisel verilerin elde edilmesini düzenlemektedir. Ancak çalışma konumuz VUK’la sınırlı olduğundan söz konusu Kanunlar kapsam dışında bırakılmıştır.

²² Bkz. VUK madde 150 vd.

²³ VUK m. 256.

²⁴ VUK m. 248.



VUK'un 371. maddesine göre, vergi ziyai cezasını gerektiren fiilleri işleyen mükelleflerle bunların işlenişine iştirak eden diğer kişilerin kanuna aykırı hareketlerini ilgili makamlara kendiliğinden dilekçe ile haber vermesi hâlinde, vergi ziyai cezası kesilmeyecektir. Bu düzenleme yoluyla da mükellefler vergi idaresine bildirimde bulunmaya yönlendirilmekte olup, bu bildirimlerde de mükelleflere ait kişisel verilerin yer alacağı kuşkusuzdur²⁵.

VUK'da ayrıca, mükelleflerden, kurum kuruluşlarından, mükelleflerle muamelede bulunan kişilerden ve 3. kişilerden bilgi elde edilmesine yönelik oldukça kapsamlı hükümler yer almaktadır. Bu anlamda, Kanun'un 148. maddesine göre, kamu idare ve müesseseleri, mükellefler veya mükelleflerle muamelede bulunan diğer gerçek ve tüzel kişiler, Hazine ve Maliye Bakanlığı ya da vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların isteyecekleri bilgileri vermeye mecburdurlar. Benzer şekilde, 149. maddeye göre, kamu idare ve müesseseleri ile gerçek ve tüzel kişiler, vergilendirmeye ilişkin olaylarla ilgili olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı ile vergi dairesi tarafından kendilerinden talep edilecek bilgileri belli fasılalarla ve devamlı olarak yazı ile vermeye mecbur kılınmıştır. Görüldüğü üzere, bu hükümlerde, bilgi verme ödevinin sınırlarına ilişkin bir düzenleme de öngörülmemiştir. Bunun dışında, zirai kazanç il ve merkez komisyonları da bilgi talep edebilecektir²⁶.

Öte yandan VUK mük.m.257/4 hükmünde Hazine ve Maliye Bakanlığı'na, defter ve belgelerin ihtiva etmesi zorunlu bilgileri belirleme ve bilgi aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye yetkisi verilmiştir²⁷. Ayrıca, bu kanuna göre tutulan ve 3. kişilerle olan ilişki ve işlemlerle ilgili kayıtların tevsiki ödevi çerçevesinde de Bakanlık, düzenlenmesi mecburi olan belgelerde bulunması gereken zorunlu bilgileri belirleyebilmektedir. Böylelikle, bildirim ve ibraz ödevine konu bilgi ve kayıtların içeriği de dolayısıyla elde edilecek kişisel verilerin kapsamı Bakanlık tarafından belirlenmiş olmaktadır.

Benzer bir norm çatışması, verginin tarhında söz konusu olan birtakım ön işlemler kapsamında da bulunmaktadır. Bu anlamda, vergi incelemesi, yoklama ve arama kurumları çerçevesinde, birçok kişisel veri elde edilmektedir. Dahası, yoklamaya yetkili memurlar, kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğu emare teşkil eden ve içerisinde kişisel verilerin yer alma ihtimalinin oldukça yüksek olduğu defter, belge ve delillerin tespit edilmesi halinde bunları almaya yetkili kılınmıştır²⁸. Benzer şekilde, arama kapsamında da, defter ve belgeler muhafaza altına alınabilecektir.

²⁵ Nur (n 17) 171.

²⁶ VUK m. 86.

²⁷ VUK mükerrer madde 257.

²⁸ VUK m. 127/1-c.

Son olarak belirtmelidir ki vergi incelemesi, yoklama ve arama kurumları kapsamında muhafaza edilmek zorunda olunan defter, belge ve kayıtların ibraz ve inceleme için arz edilmesi zorunlu olup, vergi kaybının bulunduğu emare teşkil eden defter, belge ve deliller muhafaza altına alınabilecektir.²⁹

2.2. Vergi Usul Kanunu'nda Kişisel Verilerin Açıklanması

VUK'da mükellef ve sorumluların kişisel verilerinin açıklanması dolayısıyla da işlenmesiyle ilgili sınırlı da olsa düzenleme bulunmaktadır. Bu çerçevede VUK'un "Vergi Mahremiyeti" başlıklı 5.maddesinin 1.fıkrasında; anılan hükümde yazılı kimselerin³⁰, mükellef ve mükellefle ilgili kişilerin şahıs, muamele ve hesap durumlarına, iş ve işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine ilişkin olarak öğrendiği sır veya gizli kalması gereken hususları ifşa etmesi, kendilerinin veya 3. kişilerin nef'ine kullanması yasaklanmıştır. Vergi mahremiyetinin ihlali halinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun³¹ 239. maddesi hükümlerine göre ceza verilmesi öngörülmüştür³². "Vergi mahremiyetinin ihlal suçu" olarak adlandırılan ve özgü suç olan bu suçun maddi unsurunun oluşabilmesi, yukarıda yer verilen verilerin maddede yazılı kişilerin görevleri dolayısıyla öğrenilmesiyle mümkündür.³³

Hemen belirtmek gerekir ki, VUK'da düzenlenen vergi mahremiyeti, vergi ödevlilerinin kişisel verilerinin korunmasında oldukça yetersiz bir düzenleme getirmektedir. Zira vergi mükelleflerinin, maddede belirtilen muamele ve hesap durumları, iş ve işletmeleri, servet ve meslekleri gibi hususların dışında, kişisel veri teşkil eden ve korunması gereken çok daha fazla verisi bulunmaktadır. Bunun dışında vergi mükelleflerinin kişisel verilerinin korunması için verilerin sır ya da gizli kalması gereken husus teşkil etmesine de gerek bulunmamaktadır. Zira KVKK 3/1-d hükmünde, kişisel veriler, oldukça geniş kapsamlı bir biçimde tanımlanmıştır. Buna ek olarak, vergi mahremiyeti kapsamında mükelleflere ait bilgiler, yalnızca maddede belirtilen kişiler tarafından ve yine yalnızca, ifşa edilme ve kendisinin veya 3. kişilerin yararına kullanılmaya karşı korunmaktadır. Mükelleflere ait bilgilerin, çok daha fazla

²⁹ VUK m. 256.

³⁰ VUK m.5/1'e göre bu kimseler, vergisel işlemler ve incelemeyle uğraşan memurlar, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler ve vergi işlerinde kullanılan bilirkişilerdir.

³¹ Türk Ceza Kanunu, Kanun numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

³² "Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır".

³³ İnci Solak Akman, 'Vergi Mahremiyetini İhlal' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2012) 116.



sayıda kişi/ kurum tarafından ve çok daha çeşitli yöntemlerle işlenebileceğini de belirtmek gerekir.

Tüm bunlara ek olarak, vergi mahremiyetinin kapsamının bu denli dar tutulması ile de yetinilmemiş ve VUK da dâhil olmak üzere birçok kanun ile vergi mahremiyetine istisnalar getirilmiştir³⁴. Söz konusu istisnalardan ilki, VUK m. 5/2’de yer almaktadır. Buna göre, gelir ve kurumlar vergisi ile mükelleflerin ad ve unvanlarının, vergi daireleri tarafından cetvellerle ilan olunmasıdır. Bu çerçevede, söz konusu cetvellerin vergi dairelerinde ilanı, vergi güvenliği sebebiyle vergi mahremiyetinden istisna edilmiştir. Ne var ki, maddede vergi güvenliği ile ne kastedildiğine ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır.

Diğer bir istisna ise, Kanun’un 5/3 maddesinde yer alan, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından, mükelleflerin vergi tarhına esas beyanları, kesinleşen vergi ve cezaları ile vadesi geçtiği halde ödenmemiş bulunan vergi ve ceza miktarlarının açıklanmasına yönelik düzenlemedir. Bu hükmün vergi mahremiyetinin istisnası olmaktan ziyade, bir tür yaptırım öngördüğü söylenebilir. Nitekim özellikle vadesi geçtiği halde ödenmemiş vergi ve cezaların açıklanabilmesinin önü açılarak söz konusu vergi ve cezaların bir an önce ödenmesi hedeflenmektedir.

Hazine ve Maliye Bakanlığı’nın suç teşkil eden filleri duyurmasına ilişkin yaptırım niteliğinde bir düzenleme de, VUK 153/A maddesinde yer almaktadır. Bu anlamda, ilgili maddenin 11. fıkrasına göre, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanılması hariç olmak üzere, vergi kaçakçılığını düzenleyen 359. maddede sayılan filleri işleyenler ile ticari, zirai ve mesleki faaliyeti olmadığı halde münhasıran sahte belge düzenlemek amacıyla mükellefiyet tesis ettirenler, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından duyurulmaktadır. Fiil tüzel kişilik veya tüzel kişiliği olmayan teşekkül bünyesinde işlenmişse, bunlar da duyurulacaktır. Bu madde kapsamında suç teşkil eden filleri işleyenlerin duyurulması açısından, vergi inceleme raporlarında yapılan tespitler yeterli olmayacaktır. Bu anlamda, vergi mahremiyetinin istisnası olabilmesi bakımından, yalnızca suç işledikleri mahkeme kararı ile sabit olanların duyurulması gerekmektedir. Aksi yönde bir uygulama suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, suçsuzluk karinesi ve de vergi mahremiyeti açısından çok ciddi ihlallere yol açacaktır.

Son olarak vergi ödevlilerinin kişisel verilerinin açıklanmasıyla ilgili bir diğer istisna vergi levhaları açısından öngörülmüştür. VUK m.5/4 hükmüne göre gelir vergisi mükellefleri ile sermaye şirketleri her yıl Mayıs ayının son gününe kadar vergi tarhına esas olan kazanç tutarları ile bunlara isabet eden

³⁴ Bkz. 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun m. 7; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 100/1; 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu m. 8.

vergi miktarlarını gösteren levhayı almak zorundadır. Dolayısıyla anılan mükellefler “vergi tarhına esas olan kazanç tutarları ile bunlara isabet eden vergi miktarları” olarak belirlenmiş kişisel verilerini Kanun’un hükmü gereği açıklamaktadır.

D. Kişisel Verilerin Aktarımı Konusunda Norm Çatışması

Kişisel verilerin yurt içinde ve yurt dışına aktarımı hem KVKK hem de VUK ve bu Kanun’un atıf yaptığı uluslararası vergi andlaşmalarında düzenlenmiştir. Bu nedenle her iki norm (normlar) arasında çatışma ortaya çıkabilmektedir.

1. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda Verilerin Aktarılması

Kişisel verilerin işlenmesinin bir yolu da söz konusu verilerin aktarılmasıdır³⁵. Kişisel verilerin aktarılmasının söz konusu olabilmesi için, veri sorumlusunun hâkimiyeti altındaki verinin üçüncü kişilere aktarılması gerekmektedir. Dolayısıyla aktarım için bir veri sorumlusundan başka bir veri sorumlusuna ya da veri işleyene yönelik veri paylaşımı gerekmektedir³⁶.

Veri aktarımının kişisel verilerin işlenmesi yöntemlerinden birisini teşkil etmesiyle birlikte, KVKK’da kişisel verilerin aktarılması hususu, öneminden dolayı diğer işleme yöntemlerinden ayrı şekilde hüküm altına alınmıştır. Dahası, kişisel verilerin yurt içinde aktarılması ile yurt dışına aktarılması da farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur³⁷. Nitekim diğer veri işleme şekilleriyle kıyaslandığında, verilerin aktarılmasıyla birlikte ilgili kişinin kişisel verileri üzerindeki kontrol ve belirleme yetisi daha da azalmakta ve verilerin korunmasına olan ihtiyaç daha da artmaktadır. Buna ek olarak, verilerin yurt dışına aktarımı halinde, söz konusu kişisel verilerin eş değer ya da yeterli olmayan koruma önlemlerine tabi tutulması gibi durumlar da söz konusu olabilecektir.

Bu doğrultuda, 21. yüzyılın ekonomik, sosyal ve siyasal yapısının getirisi olarak, bilginin hızlı ve sürekli olarak akması karşısında, bu akışın temel hak ve hürriyetleri koruyarak gerçekleşmesinin sağlanması hedeflenmektedir³⁸. Bu anlamda hem yurt içinde hem de yurt dışına kişisel verilerin aktarılması açısından kural, açık rıza alınmasıdır³⁹.

Açık rıza kuralı, kişisel veri aktarımlarına ilişkin olarak da açıkça öngörülmele birlikte, yurt içinde veri aktarımı bakımından, Kanun’un 5. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen açık rıza kuralının istisnaları veri aktarımı açısından

³⁵ Bkz. KVKK m. 3/1-e.

³⁶ Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (Hukuk Akademisi 2020) 432.

³⁷ Bkz. KVKK madde 8 ve 9.

³⁸ Küzeci (n 16) 414.

³⁹ Bkz. KVKK madde 8/1 ve 9/1.



da geçerli olacaktır. Ayrıca, yeterli önlemlerin alınması şartıyla özel nitelikli kişisel verilerden, sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın aktarılabilecektir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın yurt içinde aktarılabilecektir. Bununla birlikte, kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır⁴⁰.

Bu çerçevede, kişisel verilerin yurt içinde aktarılmasına ilişkin olarak ayrı bir düzenleme öngörülmüş olmakla birlikte, bu düzenleme, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin koşullar ile neredeyse aynıdır. Buradaki tek farklılık, özel nitelikli kişisel verilerin aktarımında yeterli önlemlerin alınması şartının öngörülmesidir⁴¹. Bu şekilde genel veri işleme koşulları çerçevesinde veri aktarımı yapılması için aktarım yapılan üçüncü kişilerin yurt içinde olması gerekmektedir. Ayrıca, aktarım faaliyetinin de tümüyle yurt içinde gerçekleşmesi önemlidir⁴².

KVKK'da kişisel verilerin yurt dışına aktarılması bakımından ise ayrı bir hukuki rejim öngörülmüştür. KVKK 9. maddesine göre, kişisel veriler kural olarak açık rıza olmaksızın yurt dışına aktarılamayacak olmakla birlikte, Kanun'un 5/2 ve 6/3 maddelerinde belirtilen şartların varlığı ve verinin aktarılacağı ülkede yeterli korumanın bulunması ya da yeterli korumanın yazılı olarak taahhüt edilerek Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun izninin alınması halinde aktarılabilecektir. Dolayısıyla, Kanun'a göre, yurt içinde veri aktarımında olduğu gibi, yalnızca Kanun'un 5/2 ve 6/3 maddelerinde belirtilen şartların varlığı halinde açık rıza olmaksızın yurt dışına veri aktarımı yapılamayacaktır. Buna ek olarak, yeterli korumanın bulunması ya da taahhüt edilmesi gerekmektedir. Yeterli korumanın bulunduğu ülkeler ise, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenerek ilan edilecektir⁴³.

Ne var ki 1981 yılında Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen ve ülkemizin de taraf olduğu 108 Sayılı Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme kapsamında kural, kişisel verilerin sınır ötesi akışının, yalnızca özel hayatın korunması amacıyla yasaklanamamasıdır. Buna ek olarak, her iki düzenleme incelendiğinde, Kurul

⁴⁰ Madde KVKK 8/2 ve 8/3.

⁴¹ Küzenci (n 16) 410. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak KVKK m. 6/4'te de Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınmasının şart olduğu düzenlenmiştir.

⁴² Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (n 36) 433.

⁴³ KVKK m. 9/3.

tarafından eş değer bir korumaya sahip olmadığı belirtilmemiş olan bir ülkenin kişisel verilerin korunması hakkını özel bir düzenleme aracılığıyla koruma altına alması ve Sözleşme'ye taraf olması halinde yine de Kurul tarafından güvenli ülke olarak açıklanmasına ihtiyaç olup olmadığı gibi sorular da gündeme gelebilmektedir⁴⁴.

108 sayılı Sözleşme'ye Ek Protokol'ün⁴⁵ 2/1 maddesine göre, Sözleşme tarafı olmayan bir ülke veya kurumun yetki alanındaki bir alıcıya, veri transferi açısından yeterli seviyede korumanın sağlanması halinde ancak kişisel veri aktarımı yapılabilecektir. Buradan, taraf olanlara yönelik yeterli koruma değerlendirilmesinin yapılamayacağı gibi bir anlam çıkarılması da mümkün olabilir⁴⁶. Bununla birlikte, 108 sayılı Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporu'na⁴⁷ göre, Sözleşme'nin 12/2 hükmünde yer alan düzenleme, tarafların kendi ulusal veri koruma kanunlarında, aktarımların kendi sınırları içinde veya başka bir ülkede gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, belirli kişisel veri aktarımlarını engelleyen hükümler koyma olasılığını etkilemeyecektir. Bu halde, KVKK kapsamında, yurt dışına kişisel veri aktarımı yapılırken, Kurul tarafından ilan edilen güvenli ülkelerin hangileri olduğuna dikkat edilmesi gerekmektedir.

Nitekim Kişisel Verileri Koruma Kurulu da, 22/07/2020 tarihinde verdiği kararda, bu hususa ilişkin birtakım açıklamalarda bulunmuştur. Kararda Kurul, KVKK 9/2 maddesinde yer alan düzenleme kapsamında, Kurul tarafından güvenli ülke olarak ilan edilmemiş ülkelere açık rıza olmaksızın yapılacak kişisel veri aktarımlarının ancak Kanun'un 5/2 veya 6/3 maddesinde belirtilen şartlardan birinin varlığı ve buna ek olarak, tarafların yeterli korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurul tarafından aktarıma izin verilmesi halinde gerçekleşmesine imkân tanındığını vurgulamıştır. Kurul ayrıca, Kanun'un 9/4-a maddesinde yer alan, Kurul'un yabancı ülkede yeterli koruma bulunup bulunmadığı

⁴⁴ Murat Volkan Dülger, 'Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 108 Sayılı Sözleşme Hakkındaki Kararı ve Yurt Dışına Veri Aktarımı Sorunu' <https://www.researchgate.net/publication/349553349_Kisisel_Verileri_Koruma_Kurulu_nun_108_Sayili_Sozlesme_Hakkındaki_Karari_ve_Yurt_Disina_Veri_Aktarimi_Sorunu_GIRIS_A_Kisisel_Verilerin_Yurt_Disina_Aktarilmasi> accessed 02 February 2022.

⁴⁵ Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data Regarding Supervisory Authorities and Transborder Data Flows, European Treaty Series No. 181 <<https://rm.coe.int/1680080626>> accessed 01 February 2022.

⁴⁶ Bilgi Information Technology Institute, 'Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler Çerçevesinde Uluslararası Veri Aktarımı Yeni Gelişmeler ve Uygulamaya İlişkin Hukuki Değerlendirmeler' <https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2020/3/30/Final%20Veri_Aktarimi_Raporu_30.03.2020.pdf> accessed 01 February 2022.

⁴⁷ Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, European Treaty Series No. 108, § 67 <<https://rm.coe.int/16800ca434>> accessed 01 February 2022.



hususunu değerlendirirken göz önünde bulundurulması gereken hususlardan birisinin de Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler olması gerektiğine yönelik düzenleme kapsamında, kişisel verilerin aktarılacağı ülkenin 108 sayılı Sözleşme'ye taraf olmasının Kurul değerlendirmesine esas teşkil edecek unsurlardan sadece bir tanesini oluşturduğunu belirtmiştir. Bu anlamda, 108 sayılı Sözleşmeye İlişkin Açıklayıcı Rapor'da yer alan açıklamalar da değerlendirildiğinde, Kurul tarafından KVKK ile öngörülen kişisel veri aktarım rejiminin, 108 sayılı Sözleşme ile uyumlu olduğu değerlendirilmiştir⁴⁸.

KVKK'da kişisel verilerin aktarılması açısından önemli bir diğer düzenleme de, veri güvenliğiyle ilgili KVKK m.12/4 hükmüdür. KVKK m.12/4'e göre veri sorumluları ile veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamaz. İlgili düzenlemeye göre, veri sorumlularının bu yükümlülüğü görevden ayrılmalarından sonra da devam etmektedir.

2. Vergi Usul Kanunu Uyarınca Kişisel Verilerin Aktarılması

2.1. Yurt İçinde Aktarılması

Sınırlı bir alanda da olsa KVKK'nın yürürlüğe girmesinden çok daha önce vergi ödevlilerinin kişisel verilerinin yurt içinde aktarılması konusu vergi hukukunda düzenlenmiştir. Bu çerçevede ilk olarak kamu görevlilerinin adli ve idari soruşturmalara ilgili talep ettikleri bilgi ve belgelerin aktarılması gelmektedir. VUK m.5/3'e göre, kamu görevlileri tarafından yapılan adli ve idari soruşturmalar ile ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgelerin verilmesi vergi mahremiyetinin istisnası olarak düzenlenmiştir. Anılan hükümde ayrıca vergi idaresinin bankalara, yapacakları vergi tahsiline yönelik bilgileri aktarması da vergi mahremiyetinin istisnası olarak öngörülmüştür. Hemen belirtmek gerekir ki bu bilgilerin verilmesine ilişkin usul ve esaslar Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenecektir. Bu hüküm çerçevesinde verilecek bilgilerin, adli ve idari soruşturmaların yürütülmesi ve vergi tahsilinin yapılması açısından zorunluluk içeren bilgiler olması gerekmektedir.

Yine VUK m.5/3 hükmüne göre sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyen veya kullananların, mesleki kuruluşlarına ve birlik ve meslek odalarına bildirilmesi de vergi mahremiyetinin ihlali olarak değerlendirilmeyecektir. Anılan hüküm haklarında henüz kesinleşmiş bir yargı kararı bulunmamasına rağmen VUK m.359'da öngörülen sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyen veya kullandığı yönünde idarenin -vergi incelemesi raporuyla- tespit ettiği kişilerin verilerinin TURMOB⁴⁹ gibi meslek kuruluşlarına aktarılmasına olanak sağlamaktadır. Daha önce be-

⁴⁸ 22/07/2020 tarih ve 2020/559 sayılı Karar Özeti, <<https://kvkk.gov.tr/Icerik/6790/2020-559>> accessed 02 February 2022.

⁴⁹ Türkiye Serbest Muhasebeciler Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği.

lirttiğimiz üzere, vergi inceleme raporunda yapılan tespitler ile kişilerin suç işledikleri sabit olmamaktadır. Hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren ve bir suç niteliğindeki bu fillerin gerçekleştiğinin, idarenin bireysel işlemlerine dayanılarak çeşitli kurumlara bildirilmesi, suçsuzluk karinesine aykırıdır⁵⁰. Zira Anayasa'nın 38. maddesine göre, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Öte yandan VUK 5/3 maddesi çerçevesinde yapılan tüm açıklamalar açısından usulleri belirleme yetkisi, Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilmiştir. Ayrıca, kendilerine bilgi verilen kişi ve kurumların da bu maddede yazılı yasalara uymak zorunluluğu bulunmaktadır⁵¹. Bu noktada Bakanlığın verilecek bilgilerin neler olması gerektiği ya da bilgilerin kapsamı ile ilgili hususlarda düzenleme yetkisine sahip olmasının Anayasa 20/son'da düzenlenen kişisel verilerin korunması hakkına aykırı olduğu söylenebilir.

Bunun dışında, VUK m.5/6 hükmü uyarınca kurum ve kuruluşları tarafından ilgili kanunları uyarınca mükelleflerden talep edilebilen bilgilerin, bu kurum ve kuruluşlara aktarılması da vergi mahremiyetinin ihlali sayılmamıştır. Bu bilgilerin talep edilebilmesi için ilgili kanunda açıkça bu hususta yetki verilmesi de yeterli olmayıp, talep konusu bilgilerin, ilgili kurum ve kuruluşların görevleriyle doğrudan ilgili ve görevlerinin ifası için zorunluluk ve süreklilik arz eden bilgiler olması zorunludur. Hazine ve Maliye Bakanlığı, bu hüküm kapsamında verilecek bilgilerin kapsamını belirleyebilecektir⁵². Bu durumda, ilgili hüküm kapsamında, Bakanlığa yalnızca bilgi verilmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi yetkisi verilmemiştir. Nitekim hükmün lafzından anlaşıldığı üzere, Bakanlık, talep edilecek bilgilerin neler olacağına ilişkin düzenlemeleri de yapabilecektir. Bununla birlikte, talep edilecek bilgilerin kapsamı hükümde ilgili kurum ve kuruluşların görevleriyle doğrudan ilgili ve görevlerinin ifası için zorunluluk ve süreklilik arz eden bilgiler şeklinde zaten tespit edilmiştir. Bu halde, Bakanlığın bu kapsamın dışına çıkacak uygulamalarda bulunması, vergi mahremiyetine aykırı olacaktır.

VUK m. 5 dışında vergi idaresine yurt içinde veri aktarma yetkisi veren hükümler de bulunmaktadır. Bu çerçevede VUK'un mükerrer 242. maddesinin 2. fıkrasına göre Hazine ve Maliye Bakanlığı, elektronik ortamda tutulmasına, düzenlenmesine ve ibraz edilmesine izin verilen defter ve belgelerde yer alması gereken bilgileri her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında özel hukuk tüzel kişisi bir şirkete aktarma zorunluluğu getirmeye yetkili kılınmıştır. Anılan hüküm ile de Bakanlığa veri aktarımına ilişkin önemli bir yetki verilmiş olup, bu tür aktarımlar da vergi mahremiyetinin ihlali sayılamayacaktır.

⁵⁰ Solak Akman (n 33) 88.

⁵¹ VUK m. 5/3.

⁵² VUK m. 5/6.

2.2. Yurt Dışına Aktarılması

VUK'da, yurt dışına veri aktarılmasını düzenleyen hükümler de bulunmaktadır. Bu anlamda, VUK'un "*Uluslararası anlaşmalar gereğince bilgi değişimi*" başlıklı 152/A maddesine göre, Hazine ve Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar, usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş uluslararası anlaşmalarda yer alan bilgi değişimi hükümleri çerçevesinde bilgi toplayabilecektir. Dikkat edilecek olursa her ne kadar söz konusu hükmün başlığı uluslararası anlaşmalar uyarınca bilgi değişimiye de anılan hükümde vergi ödevlilerinin kişisel verilerinin anlaşmaların bilgi değişimi hükümleri çerçevesinde toplanarak işlenmesinden bahsedilmektedir.

Bu çerçevede ülkemizin taraf olduğu bilgi değişim hükümleri içeren dolaşısıyla vergi ödevlilerinin kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasını konu edinen iki taraflı ve çok taraflı vergi anlaşmalarının⁵³ irdelenmesi gerekmektedir. Bilgi değişim hükümleri içeren vergi anlaşmalarının başında "çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları"⁵⁴ gelmektedir. Söz konusu anlaşmalar vergilendirme yetkisinin çakışmasından doğan uluslararası çifte vergilendirme sorunun çözümüyle vergi kaçakçılığının önlenmesini konu edindiğinden vergi ödevlilerinin pek çok kişisel verisinin işlenmesini konu edinmektedir⁵⁵. Ülkemizin taraf olduğu çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının, Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergiler Üzerine OECD Model Anlaşması'nda⁵⁶ yer alan bilgi değişimine ilişkin düzenlemeleri esas aldığı söylenebilir⁵⁷. OECD Model Anlaşması'nın bilgi değişimine ilişkin 26. maddesine göre, akit devletlerin yetkili makamları, Anlaşma hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak öngörülebilir şekilde ilgili olması ve Anlaşma'ya aykırı olmaması kaydıyla akit devlet, siyasi alt bölümleri veya mahalli idareleri adına alınan her tür ve tanımdaki vergilerle ilgili ulusal mevzuat hükümlerinin uygulanması veya yü-

⁵³ Vergi anlaşmaları için bkz. Billur Yaltı Soydan, *Uluslararası Vergi Anlaşmaları* (Beta 1995) 30 vd.; Oytun Canyaş, *Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının İç Hukuktaki Konumu* (Adalet 2016) 63 vd.

⁵⁴ Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları için bkz. Yaltı Soydan (n 53) 30; Canyaş, *Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının İç Hukuktaki Konumu* (n 53) 65.

⁵⁵ Vito Tanzi and Howell H. Zee, 'Taxation in a Borderless World: The Role of Information Exchange' (2000) 28(2) *Intertax* 58, 58.

⁵⁶ Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital/condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page47> accessed 02 February 2022. Kısaca "Model Anlaşma" olarak anılacaktır.

⁵⁷ Funda Başaran Yavaşlar, 'Türk Vergi Hukuku'nda Uluslararası Bilgi Değişimine İzin Veren Hukuki Kaynakların Tespiti ve Değerlendirilmesi' (2015) 401 *Vergi Dünyası Dergisi* 25, 28. Türkiye'nin sonuçlandırdığı ÇVÖA'lar için bkz. <https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararasımevzuat/Turkiyenin_Sonuclandirdigi_Vergi_Anlaşmaları_Listesi.pdf> accessed 20 December 2021.

rütülmesi ile ilgili olması halinde bilgileri değişime tabi tutacaklardır⁵⁸. Model Anlaşma Şerhi'ne göre, Anlaşma hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili öngörülebilir şekilde ilgili olma, olabildiğince geniş bilgi alışverişinin sağlanmasına yönelik olarak öngörülen bir düzenlemedir. Bununla birlikte, akit devletlerin rastgele inceleme ve bilgi talebinde bulunmamaları da amaçlanmaktadır. Şerh'te ayrıca, bilgi değişimini Anlaşma çerçevesinde tutmak amacıyla, bilgi değişimine sınır getirilerek, yalnızca ulusal vergi kanunlarına göre vergilendirme Anlaşma'ya aykırı olmadıkça bilgi verilmesinin öngörüldüğü belirtilmiştir⁵⁹.

OECD Model Anlaşması'na göre, elde edilen bilgiler, devletin kendi iç mevzuatında elde ettiği bilgiler gibi gizli tutulacak ve yalnızca 26/1'de belirtilen vergilerin tahakkuk, tahsil, cebri icra ya da kovuşturması ve buna yönelik itirazların karara bağlanmasıyla bunların denetimiyle görevli kişi ya da makamlara açıklanabilecektir. Söz konusu kişi ya da makamlar, bilgileri sadece bu amaçlar kapsamında kullanabilecektir. Bununla birlikte, akit devlet tarafından elde edilen bilginin, her iki akit devlet kanunlarına göre başka amaçlar için kullanılabilir olması ve bilgi sağlayan devletin yetkili makamlarının izin vermesi halinde, bilgilerin başka amaçlar için kullanılması da mümkündür⁶⁰.

OECD Model Anlaşması'nda, gizliliğin sağlanmasına yönelik bir diğer hüküm de, 26. maddenin 3. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, 1. ve 2. fıkrada yer alan düzenlemeler, akit devletleri ticari, sınai, mesleki bir sırrı ya da ticari bir işlemi aleni hale getiren bilgileri ya da açıklanması kamu düzenine aykırı olacak bilgileri verme yükümlülüğü altına sokacak şekilde yorumlanamayacaktır. Ayrıca, akit devletler, hiçbir surette, kendisi ya da diğer akit devletin mevzuatı ya da idari işlemleri kapsamında elde edilemeyen bilgileri sunma yükümlülüğü altına da sokamayacaktır.

Görüldüğü üzere, ülkemiz tarafından da esas alınan OECD Model Anlaşması çerçevesinde oldukça geniş bir bilgi değişimi öngörülmekle birlikte, bilgilerin gizli kalmasına ilişkin düzenlemeler de öngörülmüştür. Şerhe göre de, vergi idareleri arasındaki karşılıklı yardım, ancak her idarenin, diğer idarenin, işbirliği sırasında elde edeceği bilgileri uygun bir gizlilik çerçevesinde ele alacağından emin olması halinde mümkündür. Bu noktada gizlilikten ne anlaşılması gerektiği sorusu gündeme gelmektedir. Şerhe göre, bu da aslında akit devletlerin iç hukukunda yer alan düzenlemelere göre değişmektedir. Nitekim OECD Model Anlaşması'nda da, iletilen bilgilerin, kabul eden devlette, o devletin iç yasaları uyarınca elde edilen bilgilerle aynı şekilde gizli tutulacağı öngörülmektedir. Bu çerçevede, gizliliğin ihlali halinde uygulanacak olan yaptırımlar da ilgili akit devletin idari ve cezai kanunlarına göre tatbik edilecektir⁶¹.

⁵⁸ Madde 26/1.

⁵⁹ OECD Commentaries on the Articles of Model Tax Convention <<https://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>> accessed 02 February 2022.

⁶⁰ OECD Model Anlaşması m. 26/2.

⁶¹ OECD Commentaries on the Articles of Model Tax Convention.



Çifte vergilendirme anlaşmaları dışında münhasıran bilgi değişimine ilişkin uluslararası anlaşmalar da bulunmaktadır. Dolayısıyla vergi ödevlilerinin kişisel verileri bu anlaşmalar dâhilinde de yurt dışına aktarılabilir. Hâlihazırda, ülkemizin taraf olduğu 5 bilgi değişimi anlaşması vardır⁶². Bu anlaşmalar, OECD Vergi Konularında Bilgi Değişimi Model Anlaşması'nı esas alınmaktadır⁶³. Hemen belirtmek gerekir ki, ülkemiz tarafından akdedilen anlaşmalarda, kapsanan vergiler değişiklik göstermektedir. Örneğin Bermuda ile yapılan anlaşmada⁶⁴, akit devletlerin iç hukukunda yer alan dolaysız vergiler kapsama alınmışken, Jersey ile yapılan anlaşmada⁶⁵ tanımdaki vergilerle birlikte akit devletlerin iç hukukunda yer alan her tür vergi bilgi değişimin kapsamına alınmıştır.

OECD Vergi Konularında Bilgi Değişimi Model Anlaşması'nda, gizliliğe ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Buna göre, akit devletler tarafından alınan tüm bilgiler gizli tutulacaktır. Bu bilgiler, Anlaşma'da kapsam altına alınan vergilerin tahakkuk ya da tahsili ya da cebri icra ve kovuşturması veya bu konuda itirazlara bakmak ile görevli tarafın yetki alanındaki kişi ya da makamlara verilebilecektir. Bu kişi veya makamlar, bu bilgileri yalnızca bu amaçlar için kullanacak olup, bilgiler talepte bulunulan tarafın yetkili makamının açık yazılı izni olmaksızın başka herhangi bir kişi, kurum, makam veya idareye açıklanamayacaktır⁶⁶. Ülkemiz tarafından akdedilen bilgi değişimi anlaşmalarında da bu yönde gizlilik hükümleri yer almaktadır⁶⁷. Bununla birlikte, bazı anlaşmalarda, bilgilerin, yalnızca anlaşmanın amaç ve kapsam maddelerinde⁶⁸

⁶² Gelir İdaresi Başkanlığı, Uluslararası Mevzuat, Türkiye'nin Sonuçlandırdığı Bilgi Değişimi Anlaşmalarının Listesi <https://www.gib.gov.tr/uluslararasi_mevzuat> accessed 02 February 2022.

⁶³ Agreement On Exchange of Information On Tax Matters <<https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2082215.pdf>> accessed 02 February 2022. Bu anlaşmalar, OECD Vergi Konularında Bilgi Değişimi Model Anlaşması'nı esas aldığından her bir iki tarafı anlaşmayı incelemek yerine genel olarak OECD Model Anlaşması hükümleri ana hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılmıştır.

⁶⁴ Türkiye Cumhuriyet Hükümeti ile Bermuda Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması m. 3 <https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararasi_mevzuat/BERMUDA.pdf> accessed 02 February 2022.

⁶⁵ Türkiye Cumhuriyet Hükümeti ile Jersey Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması m. 3 <https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararasi_mevzuat/JERSEY.pdf> accessed 02 February 2022.

⁶⁶ Madde 8.

⁶⁷ Örneğin Türkiye Cumhuriyet Hükümeti ile Bermuda Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması m. 8. Benzer şekilde bkz. Türkiye Cumhuriyet Hükümeti ile Man Adası Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması m. 8 <https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararasi_mevzuat/Manadası.pdf> accessed 02 February 2022.

⁶⁸ Bkz. Türkiye Cumhuriyet Hükümeti ile Man Adası Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması m. 1 <https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararasi_

yer alan amaçlarla ilgili bulunan kişi ya da makamlara verileceği ve bu kişi ve makamlar tarafından yalnızca bu amaçlarla kullanılacağı gibi kayıtlara da yer verilebilmektedir⁶⁹.

Görüldüğü üzere münhasıran bilgi değişimine ilişkin uluslararası anlaşmalar çerçevesinde de oldukça geniş kapsamlı bilgilerin yurt dışına aktarılması öngörülmektedir. Bu kapsamda, söz konusu anlaşmalarda da OECD Model Anlaşması'na benzer gizlilik kuralları öngörülmekle birlikte, burada da verilerin aktarıldığı ülkede yeterli korumanın sağlanması ya da yeterli korumanın taahhüt edilerek Kurul izninin alınması gibi kişisel verilerin korunması hakkı açısından güvence getiren düzenlemelerin öngörülmediği görülmektedir.

Uluslararası bilgi değişimine ilişkin olarak ele alınması gereken hukuk normlarından birisi de Yabancı Hesaplar Vergi Uyum Kanunu (FATCA)⁷⁰'dir. FATCA'nın birincil amacı, vergi kaçakçılığı ve terörizmin finansmanı ile mücadele olup, bu Kanun 2010 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu çerçevede, söz konusu Kanun ile "ABD'liler" olarak tanımlananların finansal bilgilerinin Amerikan Gelir İdaresi'ne bildirilmesine yönelik yükümlülükler getirilmektedir⁷¹. Bu doğrultuda, ABD'lilerin beyan dışı bıraktıkları gelirlerinin tespit edilmesi amacıyla ABD mukimi olmayan finansal kuruluşlara çeşitli yükümlülükler getirilmiştir⁷². Yabancı finans kuruluşlarının müşterilerinin de kimlik ve ikamet durumunu doğrulaması ve bu bilgileri, ABD faiz ödemelerinde uygun tevkifatı sağlamak için kullanması öngörülmektedir. Kanun ile ayrıca yeni bir otomatik bilgi raporlama rejimi de kurulmaktadır. FATCA'nın, kimlik doğrulama ve raporlama gibi yükümlülüklerle uyulmaması durumunda ise, cezai bir stopaj uygulaması söz konusu olmaktadır⁷³.

Amerika Birleşik Devletleri, FATCA'nın iç hukuk normu olması ve birçok ülkenin, finansal bilgilerin toplanarak ABD hükümetine bildirilmesine izin vermeyen kanun ve düzenlemelerinin bulunmasından dolayı, devletleri model anlaşmalar akdetmeye teşvik etmiştir⁷⁴. Bu anlaşmalar, taraf devletler arasında otomatik bilgi değişimi yapılmasını öngören "Hükümetlerarası Anlaşma"

mevzuat/Manadasi.pdf> accessed 02 February 2022.

⁶⁹ Türkiye Cumhuriyet Hükümeti ile Man Adası Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması, m. 8.

⁷⁰ Foreign Account Tax Compliance Act.

⁷¹ John S. Wisiackas, 'Foreign Account Tax Compliance Act: What It Could Mean for the Future of Financial Privacy and International Law' (2017) 31(4) Emory International Law Review 584, 585.

⁷² Gelir İdaresi Başkanlığı, FATCA Anlaşmasıyla İlgili Sıkça Sorulan Sorular <https://www.gib.gov.tr/uluslararası_mevzuat/fatca-sorular> accessed 03 February 2022.

⁷³ Peter Nelson, 'Conflicts of Interest: Resolving Legal Barriers to the Implementation of the Foreign Account Tax Compliance Act' (2012) 32(2) Virginia Tax Review 387, 392.

⁷⁴ Wisiackas (n 71) 585.



(Model I) ile anlaşmaya taraf ülkelerin finansal kuruluşlarının otomatik bilgi değişimi için doğrudan Amerikan Gelir İdaresi ile anlaşma yapmalarını, yetkili makamlarının ise ABD ile talep üzerine bilgi değişimini öngören “İşbirliği Anlaşması”dır (Model II). Ülkemiz tarafından, Model I kapsamında karşılıklılık esasına dayalı bir anlaşma yapılmasına yönelik politika oluşturulmuştur⁷⁵.

Bu çerçevede, 29 Temmuz 2015 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti Arasında Genişletilmiş Bilgi Değişimi Yoluyla Uluslararası Vergi Uyumunun Arttırılması Anlaşması imzalanmıştır. Söz konusu Anlaşma uyarınca, hesap numarası, finansal kuruluşun adı, kimlik numarası, hesap bakiyesi ve takvim yılı ya da diğer uygun bildirim dönemi boyunca hesaba ödenen ya da alacak kaydedilen faizin toplan brüt tutarı gibi bilgiler değişime tabi tutulmaktadır⁷⁶. Anlaşmaya göre, değiştirilen tüm bilgiler, bilgilerin kullanımını kısıtlayan hükümler de dâhil olmak üzere, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması’nda⁷⁷ öngörülen gizlilik ve diğer koruma hükümlerine tabi olacaktır. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması’nda da, diğer çifte vergilendirme anlaşmalarında olduğu gibi, OECD Model Anlaşması ve burada yer alan gizliliğe ilişkin düzenlemeler esas alınmıştır⁷⁸.

Vergi ödevlilerinin kişisel verilerinin yurt dışına aktarılmasıyla ilgili değişilmesi gereken bir diğer uluslararası andlaşma, 03.11.2011’de ülkemiz tarafından imzalanan Vergi Konularında Karşılıklı İdari Yardımlaşma Sözleşmesi’dir. Bu andlaşma ile bir yandan uluslararası vergi kaçakçılığı ile mücadele edilmesi bir yandan da vergi mükelleflerinin haklarına saygı gösterilerek ulusal vergi kanunlarının daha iyi uygulanmasını sağlamak hedeflenmiştir. Bu çerçevede, vergi kaçırma ve vergiden kaçınmanın önlenmesi için karşılıklı yardımlaşma suretiyle uluslararası işbirliğinin kolaylaştırılması için yasal çerçeve oluşturulmuştur⁷⁹.

Vergi Konularında Karşılıklı İdari Yardımlaşma Sözleşmesi’nin uygulanmasının düzenlendiği Finansal Hesap Bilgilerinin Otomatik Değişimine İlişkin Çok Taraflı Yetkili Makam Anlaşması 1965 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı

⁷⁵ Gelir İdaresi Başkanlığı, FATCA Anlaşmasıyla İlgili Sıkça Sorulan Sorular.

⁷⁶ Madde 2.

⁷⁷ <https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararasi_mevzuat/TURKCE_METIN/ABD.pdf> accessed 03 February 2022.

⁷⁸ Bkz. madde 26.

⁷⁹ Vesna Pendovska and Elena Neshovska, ‘Mutual Legal Assistance in Tax Matters’ (2013) 4(2) *Iustinianus Primus Law Review* 1, 9.

ile yürürlüğe girmiştir⁸⁰. Söz konusu Anlaşma, adından da anlaşılacağı üzere, otomatik bilgi değişimini öngörmektedir. Anlaşma isim, adres, vergi kimlik numarası, doğum yeri ve tarihi, hesap numarası, finansal kuruluş unvanı ve hesap bakiyesi ya da değeri gibi birçok bilgi otomatik bilgi değişimine tabi tutulmaktadır⁸¹. Anlaşmanın 5. maddesine göre, bilgi değişimine tabi tutulan bilgiler, iç mevzuatın gerektirdiği ve bilgiyi temin eden yetkili makamca belirlenebilen koruma önlemlerine uygun olarak ve kişisel verilerin gerekli düzeyde korunmasını sağlayacak ölçüde, Anlaşma ile öngörülen gizlilik kuralları ve diğer koruma önlemlerine tabidir. Yetkili makam, gizlilik ihlali ya da koruma önlemlerinin başarısız olması ve bunun sonucunda yaptırım ve düzeltici eylemin uygulanması durumunda Eşgüdüm Organı Sekreteryası'na bildirimde bulunacak ve Sekreteryaya da durumu Anlaşma'nın uygulamada olduğu tüm yetkili makamlara bildirecektir. Gizlilik ve veri koruma önlemlerine ilişkin bu hüküm kapsamında da, gizlilik önlemleri açısından esas olarak iç mevzuatın gerektirdiği ve yetkili makam tarafından belirlenen koruma önlemleri esas alınmaktadır. Gizlilik ihlal bildiriminin öngörülmüş olması önemli olmakla birlikte, veri aktarımının, KVKK ile öngörüldüğü üzere, yeterli korumayı sağlayan ülkelere aktarılması oldukça önemlidir. Bu anlamda, taraf ülkelerin yeterli korumayı sağlayan ülkelere olması ya da bu korumayı taahhüt etmesinin sağlanması daha uygun olacaktır.

Bir diğer uluslararası vergi anlaşması ise, ülkemiz tarafından da imzalanan Matrah Aşındırma ve Kar Aktarımından Korunmak İçin Vergi Anlaşmalarıyla Bağlantılı Tedbirlerin Uygulanması Hakkında Çok Taraflı Anlaşma (MLI)⁸²'dir⁸³. MLI, çok uluslu şirketlerin vergiden kaçınmalara olanak sağlayan durumların azaltılması ve bir dizi vergi anlaşması önleminin uygulanmasına ilişkin olarak hazırlanmıştır. Bu doğrultuda MLI, hükümetlere OECD/G20 BEPS Projesi'nden elde edilen sonuçları dünya çapında ikili vergi anlaşmalarına aktararak mevcut uluslararası vergi kurallarındaki boşlukları kapatmaları için çözümler sunmakta ve çifte vergilendirmeyi ortadan kaldırmak için akdedilen ikili vergi anlaşmalarının uygulamasını değiştirmektedir⁸⁴. Bu çerçevede, MLI ile çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarına yönelik değişiklikler

⁸⁰ Arzu Kalyon, *Türk Vergi Hukuku'nda Kişisel Verilerin Korunması* (Seçkin 2021) 205.

⁸¹ Bkz. madde 2.

⁸² "MLI", İngilizce kaynaklarda "Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting" in kısaltması olarak kullanılmaktadır.

⁸³ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting <<https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>> accessed 02 February 2022.

⁸⁴ OECD Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS <<https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>> accessed 02 February 2022.



öngörülmektedir⁸⁵. Bu anlaşma ile de gizliliğe ilişkin birtakım hususlar kabul edilmiştir. Buna göre, akit devletlerin bilgi alışverişi, gizlilik ve idari yardıma ilişkin iç mevzuat hükümlerinin uygulanması amacıyla, tahkim heyeti üyeleri ve üye başına en fazla üç personel, bilgilerin açıklanabileceği kişi veya makamlar olarak kabul edilecektir. Ayrıca, tahkim heyeti tarafından alınan bilgiler ile yetkili makamların tahkim heyetinden aldığı bilgiler, bilgi alışverişi ve idari yardıma ilişkin vergi anlaşması hükümleri uyarınca değiş tokuş edilen bilgiler olarak kabul edilecektir⁸⁶.

E. Veri Güvenliği Hükümleri Arasında Norm Çatışması

1. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda Veri Güvenliği

Kişisel verilerin korunması hukukunun esasını verilerin güvenli şekilde tutulması ve işlenmesi oluşturmaktadır. Veri güvenliği, veri işlemenin tek bir aşamasında söz konusu olmayıp, işleme faaliyetinin tüm aşamalarında güvenlik önlemlerinin dikkate alınmasını ve gelişen teknoloji ile güncel güvenlik uygulamalarının göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir⁸⁷. Nitekim veri kayıt sistemlerinde veri güvenliğine ilişkin riskler ortaya çıkabilmekte olup, bu risklerin önüne geçilebilmesi amacıyla gerekli zaman, kaynak ve uzmanlığın sağlanarak uygun teknik ve idari tedbirlerin alınması gerekmektedir⁸⁸.

KVKK'da da bu durum, veri sorumlusunun, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini ve bu verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almakla ödevli olduğu şeklinde açıkça düzenlenmiştir⁸⁹. Ayrıca veri sorumlusu, kendi kurum veya kuruluşunda, Kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmak zorundadır⁹⁰. Bu anlamda, veri güvenliğine ilişkin tedbirler, siber saldırılara karşı önlem alınması, çalışanların bilgilendirilmesi, güncel ve değişken şifrelerin kullanılması, gerekli denetimlerin yapılması ve şirket içi veri kullanım politikalarının belirlenmesi şeklinde olabilecektir⁹¹. Veri güvenliğinin sağlanması, bireylerin hak ve özgürlükleri-

⁸⁵ Abdülkadir Demirci, 'ÇVÖA'ların Kapsadığı Kişiler: OECD Model Vergi Anlaşması ve MLI Açısından Değerlendirme' (2019) 38(454) Vergi Dünyası Dergisi 147, 147.

⁸⁶ Bkz. MLI madde 21.

⁸⁷ Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (n 36) 537.

⁸⁸ Kişisel Verileri Koruma Kurumu Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler) <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf> accessed 02 February 2022.

⁸⁹ KVKK madde 12/1.

⁹⁰ KVKK m. 12/3.

⁹¹ Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu* (On İki Levha 2018) 105-106.

nin ve insan onurunun korunması ile doğrudan ilişkili olduğundan, güvenliği sağlayan teknolojilerin tasarımının⁹² insan haklarına ve hukuk devletine uygun olarak şekillendirilmesi ve ayrımcılık yasağı ve düşünce özgürlüğüne zarar vermemesi de oldukça önemlidir⁹³.

Veri güvenliğinin sağlanması açısından, verilerin korunmasına ilişkin temel ilkelere riayet edilmesi ve şeffaflığın sağlanması da gereklidir. Bu anlamda, veri güvenliğinin ihlali halinde, kişilerin hak ve özgürlükleri açısından oluşan tehlike göz önünde bulundurulmalı ve ilgili kişiler ile yetkili kuruluşların bilgilendirilmesi sağlanarak önlem alınması ve zararın asgari düzeyde tutulması temin edilmelidir⁹⁴. KVKK'ya göre de, işlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi hâlinde, veri sorumlusu bu durumu en kısa sürede ilgisine ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na bildirir. Kurul, bu durumu kendi internet sitesinde ya da uygun göreceği başka bir yöntemle ilan edebilecektir⁹⁵. Bu bildirim açısından, veri sorumlusunun kusurunun hiçbir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bildirim yükümlülüğü, kusur ve özenden bağımsızdır⁹⁶.

Veri güvenliğinin sağlanmasına yönelik olarak KVKK ile getirilen bir diğer güvence ise, veri sorumluları ile veri işleyen kişilerin, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamayacağı ve işleme amacı dışında kullanamayacağının öngörülmesidir⁹⁷. Ayrıca, veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde, tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte müştereken sorumlu olacaktır⁹⁸. Müştereken sorumluluğun öngörülmesi de veri güvenliğine ilişkin önemli düzenlemelerden birisini oluşturmaktadır. Nitekim böylelikle, kişisel veriler veri sorumlusu dışında bir kişi tarafından da işlense, veri sorumlusu, sorumluluktan kurtulabilmek amacıyla veri işleyen kişisel verileri hukuka uygun surette işlenmesini temin etmeye yönlendirilmiş olmaktadır⁹⁹. Son olarak, veri güvenliğine uyulmaması halinde, Kanun'un 18/1-b maddesi gereğince idari para cezası verilecektir.

⁹² Bkz. tasarım gereği gizlilik (privacy by design).

⁹³ Sabire Sanem Yılmaz, 'Mahremiyet Arttırıcı Teknolojiler ve Veri Güvenliğine Hukuksal Yaklaşım' (2021) 16(176) Terazi Hukuk Dergisi 792, 797.

⁹⁴ Küzeci (n 16) 416.

⁹⁵ KVKK madde 12/5.

⁹⁶ Çekin (n 91) 112.

⁹⁷ KVKK m. 12/4.

⁹⁸ KVKK m. 12/2.

⁹⁹ Çekin (n 91) 110.



2. Vergi Usul Kanunu'nda Kişisel Verilerin Güvenliği

VUK'da vergi idaresinin kişisel veri güvenliğini sağlamasıyla ilgili düzenlemeler vardır. Kanun'un 152. maddesine göre, yukarıda da bahsi geçen 148. ve 149. madde çerçevesinde Hazine ve Maliye Bakanlığı, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar ve vergi dairesi tarafından toplanacak bilgiler, istihbarat arşivlerinde saklanacak olup, Hazine ve Maliye Bakanlığı, bu arşivlerden kimlerin nasıl faydalanacağını belirleyecektir. Görüldüğü üzere, bu hüküm ile verilerin ne kadar süre ile saklanacağına ilişkin herhangi bir kayda yer verilmemiştir. Bununla birlikte, izah edildiği üzere, KVKK'ya göre, kişisel verilerin süresiz değil; ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi ve işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması esastır¹⁰⁰. Bu çerçevede, kişisel verilerin, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde, silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi¹⁰¹ gerekmektedir. Kişisel veriler ayrıca, unutulma hakkına¹⁰² da konu edilebilecektir. Dolayısıyla, KVKK çerçevesinde, elde edilen kişisel verilerin sürekli surette kaydedilmesi ya da muhafaza altına alınmasının önüne geçilmek istenirken, VUK'da yalnızca vergi idaresinin menfaatlerini gözeterek vergi alacağının takibinin kolaylaştırması, kayıtlı ekonominin güçlendirilmesi ve kayıt dışı gelirin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu durum da beraberinde norm çatışması sorununu doğurmuştur.

Benzer bir norm çatışması, belge düzenine ilişkin hükümler açısından da karşımıza çıkmaktadır. E-fatura uygulamasının Kanun'daki dayanağı olan VUK mükerrer 242. maddesinin 2. fıkrasına göre, bu Kanuna göre düzenlenmesi zorunlu olan belgelerde yer alan bilgileri içeren elektronik kayıtlar bütünü, elektronik belge olarak karşımıza çıkmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki bu konuda da idareye düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. VUK mük. m.242/3'e göre Hazine ve Maliye Bakanlığı, elektronik defter, belge ve kayıtların muhafazasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili kılınmıştır. Hazine ve Maliye Bakanlığı'na muhafaza açısından verilen bir geniş yetki de, Kanun'un mükerrer 257. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, Bakanlık, defter ve kayıtların kopyalarının Bakanlık ya da muhafaza etmekle görevlendireceği kurumlarda saklanması zorunluluğu getirmeye ve usul ve esasları belirlemeye yetkilidir. Bu hükümde de elde edilen bilgilerin ne kadar süre saklanacağına ilişkin herhangi bir kayıt yer almamakta olup, söz konusu

¹⁰⁰ Bkz. m. 4/2-d.

¹⁰¹ Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi ve anonim hale getirilmesi arasındaki farklar için bkz. Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik, RG 28.10.2017/ 30224).

¹⁰² Unutulma hakkı için bkz. Oytun Canyaş and Aslı Bayata Canyaş, 'Approach towards the right to be forgotten under Turkish law in comparison with EU and US laws. A need for a reform?' (2021) 11(2) Juridical Tribune 174.

bilgilerin herhangi bir süreyle kayıtlı olmaksızın Bakanlık ya da görevlendirileceği kurum nezdinde saklanabileceği gibi KVKK ile çelişen düzenlemelere yer verilmektedir.

II. KVKK VE VUK HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ NORM ÇATIŞMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıdaki VUK hükümlerinde yer alan vergisel ödevler uyarınca vergi ödevlilerinin kişisel verilerin işlenmesi söz konusudur. Nitekim böylelikle kişisel veriler elde edilmekte, kaydedilmekte, muhafaza edilmekte, aktarılmakta ve sair şekillerde işlenmektedir. Vergi hukuku perspektifinden söz konusu faaliyetler, VUK’da vergi idaresine verilen görevlerin yerine getirilmesini sağlamak üzere tesis edilen bazı idari işlem ve eylemlerin yapılması anlamına gelmektedir.

Kanaatimizce VUK hükümleri ile bu konudaki KVKK hükümleri aşağıdaki üç noktada çatışmaktadır. Her iki norm arasındaki ilk çatışma kişisel verilerin öznesine ilişkindir. Zira KVKK’nın sağladığı koruma mekanizması gerçek kişilerle sınırlıdır (KVKK m.3/ç¹⁰³). Buna karşılık VUK hükümleri vergi mükellefleri ve sorumluları ile üçüncü kişi ödevlileri kısaca “vergi ödevlileri”ni kapsamaktadır. Bu bağlamda gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişiler ve hatta 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m.2/7’de yer alan “iş ortaklığı” örneğinden de anlaşılabilir üzere tüzel kişiliği olmayan hukuk öznelerinin verileri dahi VUK’un veri işlenmesi hükümlerine tabidir.

KVKK ve VUK’un kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin ikinci çatışma kişisel verilerin içeriğine ilişkindir. Anımsanacağı üzere KVKK m.3/d doğrultusunda “kişisel veri”; “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” biçiminde geniş tanımlanmıştır. VUK uyarınca işlenecek veriler ise VUK’un düzenleme alanı gereği daha sınırlıdır.

Her iki norm grubu arasındaki asıl çatışma ise kişisel verilerin işleme koşullarına ilişkindir. Bir kere her iki Kanun da kişisel verilerin elde edilmesi, açıklanması, yurt içi ve yurt dışına aktarımları konusunda “açık rıza koşulu” bakımından çatışmaktadır. Daha önce belirtildiği üzere genel olarak verilerin işlenmesi ile özel nitelikli verilerin işlenmesi ve yurt içine ve yurt dışına veri aktarımlarında KVKK’nın 5/1, 6/2, 8/1 ve 9/1 maddelerinde açık rıza kuralı kabul edilmiştir. Buna karşılık VUK’da herhangi bir rıza koşuluna *-anılan Kanun kamu gücü kullanılan, tek yanlı işlemleri düzenlediğinden-* yer verilmemiştir. Dahası bildirim ve bilgi verme ödevlerinin ihlalinde olduğu gibi verinin vergi idaresine sunulmaması yaptırımlara tabi tutulmuştur¹⁰⁴. Yine kişisel

¹⁰³ Zira KVKK m.3/ç hükmünde ilgili kişinin, “Kişisel verisi işlenen gerçek kişi” ifade edeceği düzenlenmiştir.

¹⁰⁴ Örneğin bkz. VUK m.352 vd.



verinin elde edilmesini güvence altına almak üzere birtakım istisnalar haricinde, bilgi istenilen gerçek ve tüzel kişiler, özel kanunlarda yazılı mahremiyet hükümlerini ileri sürerek bilgi vermektan imtina edemeyecektir¹⁰⁵.

Kişisel verilerin işlenme koşullarıyla ilgili bir başka farklılık KVKK m.4'de öngörülen ilkelere benzer bir düzenlemenin VUK'da yer almamasıdır. Yukarıda belirtildiği üzere bu ilkeler kişisel verilerin işlenmesine hâkim olan ilkelere dir. Hiç şüphesiz KVKK m.4/2'de yer alan ilkelerin bir kısmının VUK'da açıkça düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Zira vergi idaresinin VUK uyarınca tesis ettiği idari işlem ve eylemlerin "hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olması" ve "doğru ve gerektiğinde güncel olması" vergilerin yasallığı ilkesinin ve idarenin yasallığı ilkesinin gereğidir. Bununla birlikte "*ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme*"¹⁰⁶ gibi bazı ilkeler bakımından VUK hükümlerinin eksikliğinden bahsedilebilir. Örneğin VUK m.5'de öngörülen sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyen veya kullananların, mesleki kuruluşlarına ve birlik ve meslek odalarına bildirilmesine ilişkin düzenleme, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanılması hariç olmak üzere, vergi kaçakçılığını düzenleyen 359. maddede sayılan fiilleri işleyenler ile ticari, zirai ve mesleki faaliyeti olmadığı halde münhasıran sahte belge düzenlemek amacıyla mükellefiyet tesis ettirenlerin, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından duyurulacağına ilişkin düzenleme ve Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından, mükelleflerin vergi tarhına esas beyanları, kesinleşen vergi ve cezaları ile vadesi geçtiği halde ödenmemiş bulunan vergi ve ceza miktarlarının açıklanmasına yönelik düzenleme ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme normu ile çatışmaktadır. Bunun yanı sıra hatırlanacağı üzere, KVKK'da özel nitelikli kişisel veriler açısından özel veri işleme koşulları kabul edilmiştir. Bu verilerden biri de ceza mahkûmiyetidir. Ceza mahkûmiyeti, ülkemizin de tarafı olduğu 108 sayılı Sözleşme ile de özel veri kategorileri içerisinde değerlendirilmiştir¹⁰⁷. Bu nedenle, vergi kaçakçılığını düzenleyen 359. maddede sayılan fiilleri işleyenlerin duyurulması, ceza mahkûmiyetine ilişkin verilerin de işlenmesi sonucunu doğuracağından, açık rıza kuralı ile açıkça çatışmaktadır.

Kişisel verilerin elde edilmesi, açıklanması ve aktarılması konusunda; kişisel verilerin öznesi, içeriği ve koşullarına ilişkin olarak ortaya çıkan çatışmanın analizi yapıldığında şu sonuçlara varmak mümkündür. Öncelikle hukuk normları yapısal olarak "davranış koşulu", "diğer koşullar" ve "hukuki sonuç" olarak üç unsura ayrılmaktadır. Bu bağlamda bu konularda KVKK ile VUK

¹⁰⁵ VUK m. 151.

¹⁰⁶ Bkz. KVKK m.4/2-d

¹⁰⁷ Bkz. madde 6.

arasında çıkan çatışmalar “mantıksal çatışmalar”dır. Zira bu normların “davranış koşulları” aynıdır. Örneğin VUK uyarınca mükelleflerin kişisel verisini bildirmesi -vergi idaresinin söz konusu kişisel veriyi elde etmesi- VUK m.153 hükmündeki koşulun “mükellefin işe başlamasının” gerçekleşmesi gerekir. Mükellefin işe başlaması bu normun davranış koşulu, işe başlanıldığının bildirilmesi hukuki sonucudur. İşte VUK’da kişisel veri işlenmesini konu edinen bütün normlar bu tür bir yapısal analize tabi kılınabilir. KVKK’nın bunlarla çatışan yönü “diğer koşullar”da kendini göstermektedir. Kişisel verinin öznesi, kapsamı, açık rıza koşulu ve kişisel verilerin işlenmesine hâkim ilkeler gibi unsurlar ilgili normların uygulanmasının “diğer koşulları”dır. Dolayısıyla kişisel verilerin elde edilmesi, açıklanması ve aktarılması konularında KVKK ile VUK çatışması mantıksal çatışmadır ve her iki norm grubunun “diğer koşulları” çatışmaktadır.

Bu genel çerçevenin dışında vergi ödevlilerinin kişisel verilerinin yurt dışına aktarımıyla ilgili daha detaylı bir irdeleme yapmak faydalı olacaktır. KVKK çerçevesinde kişisel verilerin yurt dışına aktarılması açısından, açık rıza kuralının istisnası olarak Kanun ile öngörülmenin sayılması ve kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğunu belirtilmesi¹⁰⁸ gereğince, -usulüne göre yürürlüğe konulan uluslararası anlaşmalar kanun hükmünde olmakla birlikte¹⁰⁹, açık rıza alınmasa dahi, yeterli korumanın bulunması kişisel verilerin korunması hakkı açısından oldukça önemlidir. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında ise, verilerin aktarılacağı akit devletin yeterli korumayı sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmeksizin yurt dışına veri aktarılması öngörülmektedir. Bu durumda, çifte vergilendirme anlaşmaları çerçevesinde aktarılan veriler, KVKK’nın getirdiği korumadan yararlandırılmayacaktır. Nitekim verilerin aktarılacağı akit devletin iç hukukuna göre, KVKK ile getirilen koruma ile eş değer ya da yeterli korumanın sağlanmadığı durumlar ortaya çıkabilecektir.

Bu noktada, Kanun’un 9/4-a ve 9/4-b maddeleri uyarınca, Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun yabancı ülkede yeterli koruma bulunup bulunmadığına karar verirken göz önünde bulunduracağı hususlar arasında Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri ve kişisel veri talep eden ülke ile Türkiye arasında veri aktarımına ilişkin karşılıklılık durumunun da bulunduğu ileri sürülebilir de, Kurul bunlar dışında pek çok hususu da değerlendirmek durumundadır. Nitekim belirtilenler dışında Kanun’un 9/4 maddesine göre Kurul, yabancı ülkede yeterli koruma bulunup bulunmadığını, kişisel verinin niteliği, işleme amaç ve süresi, kişisel verinin aktarılacağı ülkenin konuyla ilgili mevzuatı ve uygulaması, kişisel verinin aktarılacağı ülkede bulunan veri sorumlusu tara-

¹⁰⁸ Madde 9/6.

¹⁰⁹ Bkz. Anayasa madde 90/5.



findan taahhüt edilen önlemler ve ihtiyaç duyulması hâlinde, ilgili kurum ve kuruluşların görüşü çerçevesinde karara bağlamaktadır.

Bu değerlendirmelerin yapılmaması ve yeterli korumanın aranmaması çerçevesinde, kişisel verileri yurt dışına aktarılan mükelleflere KVKK 11. maddesinde yer alan haklarının tanınması daha da önemli hale gelmektedir. Bununla birlikte, burada da karşımıza KVKK 28/2-ç maddesinde yer alan istisna çıkmaktadır.

Son olarak daha önce belirtildiği üzere KVKK ve VUK'un veri güvenliği ile ilişkin hükümleri de çatışmaktadır. İstihbarat arşivinde saklanacak verileri düzenleyen VUK m.152 hükmünde, arşiv verilerinden kimlerin hangi usulle yararlanacağını belirlenmesi hususlarında vergi idaresine geniş bir düzenleme yetkisi verilmiş, yasa koyucu bu konuda temel hak ve hürriyetleri koruyan bir düzenleme yapmaktan kaçınmıştır. KVKK'da da kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesinin önlenmesi, kişisel verilerin muhafazasının sağlanması, amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak ve veri sorumlusunun, kendi kurum veya kuruluşunda, KVKK hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmak zorunda olması gibi veri güvenliğiyle ilgili hükümler yer almaktadır. Ancak kanaatimizce yasa düzeyinde veri güvenliğiyle ilgili çatışan normlar bu hükümler değildir. Bize göre burada norm çatışması veri güvenliğinin ihlalinde kusuru bulunan veri sorumlusunun tabi olduğu yaptırımlara ilişkindir. Bu bağlamda KVKK'nın m.18/b gibi yaptırım içeren hüküm ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun tam yargı davasını düzenleyen hükümlerinin çatışması söz konusu olabilir. Ayrıca veri sorumlusunun disiplin hukuku ve ceza hukuku yönünden de sorumluluğu doğabilir. Görüldüğü üzere veri sorumlusuna uygulanacak yaptırımlar VUK'da düzenlenmemiştir. Bu nedenle söz konusu çatışma konumuz dışındadır.

III. ÇATIŞMALARIN ÇÖZÜMÜ

Yukarıda belirtildiği üzere KVKK hükümleri genel norm, VUK hükümleri ise "özel norm" niteliğindedir. Bu hükümlerden KVKK hükümleri sonraki tarihli olduğundan "sonraki tarihli genel norm"dur. VUK hükümleri ise kural olarak "önceki tarihli özel norm" niteliğindedir. VUK m.5/7¹¹⁰ örneğinde olduğu gibi bazı VUK normları, ilgili KVKK hükümlerinden sonra yürürlüğe girmiştir. Ancak bu durum varılacak sonucu değiştirmemektedir. Şöyle ki, kanaatimizce

¹¹⁰ "Kamu kurum ve kuruluşları tarafından ilgili kanunları uyarınca mükelleflerden talep edilebilen, kurum ve kuruluşların görevleriyle doğrudan ilgili ve görevlerinin ifası için zorunluluk ve süreklilik arz eden bilgilerin, bu kurum ve kuruluşlara verilmesi vergi mahremiyetinin ihlali sayılmaz. Bu durumda, kendilerine bilgi verilenler, bu maddede yazılı yasalara uymak zorunda olup, bu bilgilerin muhafazasını sağlamaya yönelik tedbirleri almakla yükümlüdürler. Maliye Bakanlığı, bu fıkra uyarınca verilecek bilgilerin kapsamı ile bilgi paylaşımına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir"

timizce sonraki tarihli genel norm ile önceki tarihli özel norm çatıştığında lex specialis ilkesi gereği önceki tarihli özel norm uygulanmalıdır¹¹¹. Dolayısıyla söz konusu klasik çatışma çözme ilkelerine göre VUK ile KVKK normları arasındaki çatışmalarda VUK hükümleri uygulanır.

Ne var ki, KVKK, çoğu norm çatışmasını “çatışma normları” ihdas ederek ve dolayısıyla -klasik çatışma çözme ilkelerinin uygulaması gerekmeksizin- çözümlenmiştir. Bu bağlamda, KVKK m.5/2’de yer alan “Kanunlarda açıkça öngörülmesi”, KVKK m.6/3’de yer alan “... kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir” hükmü, KVKK m.8/3 hükmünde yer alan “Kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır” hükmü, KVKK m.9/6’da yer alan “Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır” hükmü, norm çatışması çözme fonksiyonu üstlendiklerinden “çatışma normu”dur. Görüldüğü üzere anılan çatışma normları uyarınca da KVKK-VUK çatışmasında, VUK’un uygulanacağı sonucu çıkmaktadır.

VUK m.152/A’nın yaptığı atıf nedeniyle tartıştığımız uluslararası vergi andlaşmaları bakımından ise ayrı bir parantez açmak gerekir. Vergi konusunda uluslararası bilgi değişimini düzenleyen bu normlar, özel norm olmaları, AY m.90/5’in birinci cümlesi¹¹², KVKK m.9/6’da yer alan “*Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır*” hükmü ve son olarak başka bir çatışma normu olan AY m.90/5’in son cümlesinde yer alan “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” hükmü gereği uygulanacak; çatışılan konularda KVKK hükümlerine başvurulamayacaktır. Bu durum hiç şüphesiz ilgili kişilerin, KVKK’nın öngördüğü pek çok güvence mekanizmasından yoksun kalmasına yol açacaktır.

Sonuç olarak, KVKK ile VUK normları arasındaki çatışmalarda VUK hükümleri uygulanmaktadır.

SONUÇ

Teknolojinin de ilerlemesiyle birlikte, vergi idaresi tarafından çok sayıda ve çeşitli şekillerde kişisel veri işlenmektedir. Mükellef verileri, bazı hallerde mükelleflerin bilgileri dahi olmaksızın işlenebilmektedir. Bu nedenle, mükelleflerin kişisel verilerinin korunması hakkı ve bu hakka ilişkin düzenlemeleri daha da önemli hale getirmektedir.

¹¹¹ Canyaş, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Andlaşmalarının İç Hukuktaki Konumu (n 53) 205 vd.

¹¹² Anayasa m. 90/5: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir...*”.



Vergi hukukunda, başta 213 sayılı VUK olmak üzere, birçok norm ile vergi mükelleflerinin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Buna ek olarak, uluslararası vergi anlaşmalarında da mükelleflerin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. VUK ve uluslararası vergi anlaşmalarında, mükellef verilerinin korunmasına ilişkin olarak da hükümler sevk edilmiştir. Bu düzenlemelerden en kapsamlı olanı, VUK'da öngörülen vergi mahremiyetidir. Bununla birlikte, vergi mahremiyeti, oldukça kısıtlı bir alanda öngörülmektedir. Nitekim vergi mükelleflerinin, muamele ve hesap durumları, iş ve işletmeleri, servet ve meslekleri gibi hususların dışında, kişisel veri teşkil eden ve korunması gereken çok daha fazla verisi bulunmaktadır. Ayrıca, vergi mükelleflerinin kişisel verilerinin korunması için, verilerin sır ya da gizli kalması gereken husus teşkil etmesine de gerek bulunmamaktadır. Buna ek olarak, vergi mahremiyeti kapsamında mükelleflere ait bilgiler, yalnızca belirli ve kısıtlı sayıda kişi tarafından ve yine yalnızca, ifşa edilme ve kendi/ 3. kişilerin yararına kullanılmaya karşı korunmaktadır. Bununla birlikte, mükelleflere ait bilgiler, çok daha fazla sayıda kişi/ kurum tarafından ve çok daha çeşitli yöntemlerle kullanılabilir ve işlenebilecektir. Vergi mahremiyeti açısından öngörülen istisnalar da değerlendirildiğinde, mükelleflerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin düzenlemelere olan ihtiyaç daha da belirginleşmektedir.

Bu açıdan, gerçek kişilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin önemli düzenlemeler öngören ve kişisel verilerin korunması alanında genel kanun niteliği ihtiva eden KVKK ile VUK ve uluslararası vergi andlaşmalarında yer alan hükümlerin birlikte ele alınması ve bu düzenlemeler arasındaki norm çatışmalarının tespit edilerek çözümler getirilmesi daha da önemli hale gelmektedir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, VUK hükümleri ile KVKK hükümleri esasen üç noktada çatışmakta olup, ilk çatışma, KVKK'nın gerçek kişileri koruma altına almasına rağmen VUK kapsamında gerçek kişiler ile birlikte tüzel kişi ve hatta tüzel kişiliği olmayan hukuk özneleri açısından hükümler getirilmesi hususunda kişisel verilerin öznesine ilişkindir. Diğer çatışma ise, KVKK kapsamında kişisel veri kavramının oldukça geniş ele alınması nedeniyle kişisel verilerin içeriğine ilişkindir.

İki kanun arasındaki esas önemli çatışma ise, kişisel verilerin işlenme koşullarına ilişkindir. Nitekim KVKK ile kişisel verilerin işlenmesi açısından açık rıza kuralı getirilmektedir¹¹³. VUK ise kişisel verilerin işlenmesi açısından herhangi bir rıza koşuluna yer vermemektedir. Buna ek olarak, bilgi/ belge verme ödevlerinin yerine getirilmemesi durumunda yaptırım uygulanması gündeme gelmekte olup, özel kanunlarda yazılı mahremiyet hükümlerinin ileri sürerek, bilgi vermektan imtina edilmesi de kural olarak mümkün olmamaktadır.

¹¹³ KVKK madde 5/1, 6/2, 8/1 ve 9/1.

Kişisel verilerin işlenmesi koşullarına ait başka bir çatışma da, KVKK'da kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak düzenlenen temel ilkelerle ilgili bir düzenlemeye VUK kapsamında yer verilmemesidir. Nitekim temel ilkelere uygunluk da bir kişisel veri işleme koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kişisel verilerin elde edilmesi, açıklanması ve aktarılması konusunda ortaya çıkan bu norm çatışmaları ele alındığında, bu çatışmaların mantıksal çatışmalar olduğu değerlendirilmektedir. Burada her iki norm grubunun davranış koşulu aynı olmakla birlikte, diğer koşulları çatışmaktadır.

Benzer bir çatışma, KVKK ve VUK'un veri güvenliğine ilişkin hükümleri arasında da söz konusu olmaktadır. Nitekim KVKK ile veri güvenliğine ilişkin olarak kapsamlı hükümler sevk edilmiş olmakla birlikte, VUK'un, verilerin muhafazası ve istihbarat arşivine ilişkin hükümlerinde, vergi idaresine geniş bir düzenleme yetkisi verilmiş olup, temel hak ve hürriyetleri koruyan bir düzenleme öngörülmemiştir.

Tüm bu çatışan normlar değerlendirildiğinde belirtilmelidir ki, VUK normları, KVKK normları karşısında, önceki tarihli özel norm niteliğindedir. Bu nedenle, *lex specialis* ilkesi gereği önceki tarihli özel norm uygulanacağından, klasik çatışma çözme yöntemleri doğrultusunda VUK ile KVKK normları arasındaki çatışmalarda VUK hükümleri uygulanacaktır. Bununla birlikte, KVKK'da yer alan çatışma normları, birçok norm çatışmasını halihazırda çözüme kavuşturmuştur. Nitekim KVKK m.5/2'de yer alan "Kanunlarda açıkça öngörülmesi", KVKK m.6/3'de yer alan "... kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir" hükmü, KVKK m.8/3'de yer alan "Kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır" hükmü, KVKK m.9/6'da yer alan "Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır" hükmü çatışma normu teşkil etmektedir. Bu çatışma normları doğrultusunda da, KVKK ile VUK arasındaki çatışmalarda, VUK'un uygulanacağı sonucu çıkmaktadır.

Son olarak, bilgi değişimini öngören uluslararası vergi anlaşmaları açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse, öncelikle belirtilmelidir ki, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin olarak, KVKK ile açık rıza kuralı getirilmiş olup bu kuralın istisnalarından birisi de, Kanun ile öngörülmedir. Buna ek olarak, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğu öngörülmüştür. Bu doğrultuda, usulüne göre yürürlüğe konulan uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olması, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların farklı hükümler içermesi halinde milletlerarası anlaşma hükümlerinin esas alınması ve vergi konusunda uluslararası bilgi değişimini düzenleyen anlaşma normlarının özel norm olması nedeniyle çatışılan konularda KVKK hükümlerine başvurulamayacaktır. KVKK ile yurt dışına veri



aktarılması açısından, verinin aktarılacağı ülkede yeterli korumanın bulunmasının aranması; çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında ise, verilerin aktarılacağı devletin yeterli korumayı sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmeksizin yurt dışına veri aktarılmasının öngörülmesi karşısında, çifte vergilendirme anlaşmaları çerçevesinde aktarılan verilerin, KVKK'nın sağladığı korumadan yararlandırılmayacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data Regarding Supervisory Authorities and Transborder Data Flows, European Treaty Series No. 181 <<https://rm.coe.int/1680080626>> accessed 01 February 2022.

Agreement On Exchange of Information On Tax Matters <<https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2082215.pdf>> accessed 02 February 2022.

Başaran Yavaşlar F, 'Türk Vergi Hukuku'nda Uluslararası Bilgi Değişimine İzin Veren Hukuki Kaynakların Tespiti ve Değerlendirilmesi' (2015) 401 Vergi Dünyası Dergisi 25-37.

Bilgi Information Technology Institute, 'Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler Çerçevesinde Uluslararası Veri Aktarımı Yeni Gelişmeler ve Uygulamaya İlişkin Hukuki Değerlendirmeler' <https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2020/3/30/Final%20Veri_Aktarimi_Raporu_30.03.2020.pdf> accessed 01 February 2022.

Canyaş O, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmalarının İç Hukuktaki Konumu (Adalet 2016).

Canyaş O, 'Vergi Yargılaması Hukukunda Norm Çatışması' (2013) 3(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127-151.

Canyaş O ve Bayata Canyaş A, 'Approach towards the right to be forgotten under Turkish law in comparison with EU and US laws. A need for a reform?' (2021) 11(2) Juridical Tribune 174-202.

Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, European Treaty Series No. 108 <<https://rm.coe.int/1680078b37>> accessed 26 January 2022.

Çekin M. S, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu* (On İki Levha 2018).

Demirci A, 'ÇVÖA'ların Kapsadığı Kişiler: OECD Model Vergi Anlaşması ve MLI Açısından Değerlendirme' (2019) 38(454) Vergi Dünyası Dergisi 147-157.

Dülger M. V, 'Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 108 Sayılı Sözleşme Hakkındaki Kararı ve Yurt Dışına Veri Aktarımı Sorunu' <https://www.researchgate.net/publication/349553349_Kisisel_Verileri_Koruma_Kurulu'nun_108_Sayili_Sozlesme_Hakkındaki_Karari_ve_Yurt_Disina_Veri_Aktarimi_Sorunu_GIRIS_A_Kisisel_Verilerin_Yurt_Disina_Aktarilmasi> accessed 02 February 2022.

Dülger M.V, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (Hukuk Akademisi 2020).

Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, European Treaty Series No. 108 <<https://rm.coe.int/16800ca434>> accessed 01 February 2022.

Gelir İdaresi Başkanlığı, FATCA Anlaşmasıyla İlgili Sıkça Sorulan Sorular <https://www.gib.gov.tr/uluslararası_mevzuat/fatca-sorular> accessed 03 February 2022.

Gelir İdaresi Başkanlığı, Uluslararası Mevzuat, Türkiye'nin Sonuçlandırdığı Bilgi Değişimi Anlaşmalarının Listesi <https://www.gib.gov.tr/uluslararası_mevzuat> accessed 02 February 2022.

Kalyon A, *Türk Vergi Hukuku'nda Kişisel Verilerin Korunması* (Seçkin 2021).

Kişisel Verileri Koruma Kurumu Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler) <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf> accessed 02 February 2022.

Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha 2020).

Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capitalcondensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page47> accessed 02 February 2022.

Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting <<https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>> accessed 02 February 2022.

Nelson P, 'Conflicts of Interest: Resolving Legal Barriers to the Implementation of the Foreign Account Tax Compliance Act' (2012) 32(2) Virginia Tax Review 387-424.

Nur P, *Vergi Hukuku Açısından Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha 2022).

OECD Commentaries on the Articles of Model Tax Convention <<https://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>> accessed 02 February 2022.



OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data <<https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>> accessed 26 January 2022.

Pendovska V ve Neshovska E, 'Mutual Legal Assistance in Tax Matters' (2013) 4(2) Iustinianus Primus Law Review 1-18.

Solak Akman İ, 'Vergi Mahremiyetini İhlal' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2012).

Tanzi V ve Zee H. H, 'Taxation in a Borderless World: The Role of Information Exchange' (2000) 28(2) Intertax 58-63.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması <https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/TURKCE_METIN/ABD.pdf> accessed 03 February 2022.

Türkiye Cumhuriyet Hükümeti ile Bermuda Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması <https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/BERMUDA.pdf> accessed 02 February 2022.

Türkiye Cumhuriyet Hükümeti ile Jersey Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması <https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/JERSEY.pdf> accessed 02 February 2022.

Türkiye Cumhuriyet Hükümeti ile Man Adası Hükümeti Arasında Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması <https://www.gib.gov.tr/sites/default/files/uluslararası_mevzuat/Manadası.pdf> accessed 02 February 2022.

Wisiackas J. S, 'Foreign Account Tax Compliance Act: What It Could Mean for the Future of Financial Privacy and International Law' (2017) 31(4) Emory International Law Review 585-619.

Yaltı Soydan B, *Uluslararası Vergi Anlaşmaları* (Beta 1995).

Yılmaz S. S, 'Mahremiyet Arttırıcı Teknolojiler ve Veri Güvenliğine Hukuksal Yaklaşım' (2021) 16(176) Terazi Hukuk Dergisi 792-797.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararları

22/07/2020 tarih ve 2020/559 sayılı Karar Özeti, <<https://kvkk.gov.tr/Ice-rik/6790/2020-559>> accessed 02 February 2022.

ÖZGÜRLÜK VE HAK KAVRAMLARININ ÇATIŞAN DOĞASI: ÖZGÜRLÜK HAKKI VE HAK ÖZGÜRLÜĞÜ GÖRÜŞLERİ

*The Conflicting Nature of the Concepts of Freedom and Rights:
Opinions of the Right of Freedom and the Freedom of Right*

Murat ATAN*

Emre EKİNCİ**

İlker KARAKOYUNLU***

Özet

Hukuk felsefesinde tartışılan kavramların başında özgürlük ve hak kavramları gelmektedir. En genel anlamıyla; özgürlük, bireyin, eylemleri yapması veya yapmaması hakkındaki kudreti, hak ise bir eylemin yapılmasının veya yapılmamasının toplumsal bir mutabakat sonucu kabul gördüğü ve çoğunlukla biçimsel olarak yasal bir dayanağının olduğunu ifade etmektedir. Bu iki kavramın birbirleriyle ilişkisi, akademik bir çalışmaya konu edildiğinde ve bu itibarla hukuk felsefesi tarihinde etkili olmuş isimlerin çalışmalarından faydalandığında ise temel bir durumla karşılaşmaktadır. Bu çalışmanın konusu olan bu durum, özgürlük ve hak kavramlarının hukuk felsefesi tarihinde çatışma zemininde gelişen bir ilişki çerçevesinde ele alınıyor oluşudur. Başka bir ifade ile hukuk felsefesi tarihi, özgürlük ve hak kavramlarını birbiriyle çatışan anlamlar çerçevesinde ele alan ve özgürlük hakkı ve hak özgürlüğü olmak üzere iki temel kavram üzerinden bu tartışmayı yürüten bir tartışma alanına sahiptir. Özgürlük hakkı, özgürlüğü esas alarak herhangi bir konuda hak sahibi olmanın o konuda özgür olmamak anlamına geldiği varsayımıyla; sahip olunan tek hakkın özgürlük hakkı olduğunu savunmaktadır. Hak özgürlüğü ise, hakkı esas alarak herhangi bir konuda özgür olmanın o konuda hak sahibi olmamak anlamını taşıdığı varsayımıyla özgürlüğün hak sahibi olmak suretiyle gerçekleştiğini ve özgürlüğün hak sahibi olmak özgürlüğü olduğunu ifade etmektedir. Bu çalışma, işte bu savı ispat etmek için ilk olarak özgürlük ve hak kavramlarının çatışan doğasına dair bir kavramsal çerçeve çizecektir. Ardından ise özgürlük ve hak kavramlarının çatışan doğasını konu alan hukuk felsefesi görüşlerinden faydalanarak özgürlük hakkı ve hak özgürlüğü kavramlarının ifade ettiği

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.02.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023*

* Dr., Hâkim, Adalet Bakanlığı Yüksek Müşaviri, muratatan09@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-8985-6638>

** Dr., ekinci.emre.ee@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-9688-3463>

*** Dr., Emniyet Genel Müdürlüğü, Emniyet Müdürü, ilker.karakoyunlu@hbv.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8656-1989>

anlamaları görünür kılmaya çalışacaktır. Böylelikle 21. yüzyıl dünyasının hangi görüşe daha yakın olduğu hakkında bir çözümleme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Özgürlük, Hak, Özgürlük hakkı, Hak özgürlüğü, Hukuk felsefesi tarihi, Özgürlük ve hak kavramlarının çatışan doğası.

Abstract

The concepts of freedom and rights come first among the concepts discussed in the philosophy of law. In the most general sense; freedom refers to the power of the individual to do or not to do the actions, while the right refers to the fact that doing or not doing an action is accepted as a result of a social consensus and has a legal basis, mostly formally. When the relationship between these two concepts is the subject of an academic study and in this respect, when the studies of the names who have been influential in the history of legal philosophy are utilized, a basic situation is encountered. This situation, which is the subject of this study, is that the concepts of freedom and rights are handled within the framework of a relationship that developed on the ground of conflict in the history of legal philosophy. In other words, the history of legal philosophy has a discussion area that deals with the concepts of freedom and rights within the framework of conflicting meanings and carries out this discussion over two basic concepts, the right of freedom and the freedom of right. The right of freedom is based on freedom; on the assumption that having a right in any matter means not being free in that matter; argues that the only right one has is the right to freedom. The Freedom of right is based on right; on the assumption that being free in any matter means not having a right in that matter; states that freedom is realized by having a right and freedom is the freedom to have a right. In order to prove this argument, this study will first draw a conceptual framework on the conflicting nature of the concepts of freedom and rights. Then, it will try to make visible the meanings of the concepts of right to freedom and freedom of right by making use of legal philosophy views on the conflicting nature of the concepts of freedom and right. Thus, an analysis will be made about which view the 21st century world is closer to.

Key Words: Freedom, Right, Right of freedom, Freedom of right, History of legal philosophy, Conflicting nature of the concepts of freedom and right.

GİRİŞ

Özgürlük, en temel anlamıyla; “bir şeyi yapma veya yapmama, belli bir şekilde davranıp davranmama” yani “serbest hareket etme gücüdür”.¹ Bu bakımdan özgür olma durumu, “bir insanın bir başkasının ya da başkalarının iradesiyle zorlamaya tabi olmadığı durum” olarak tanımlanabilir.² İrade, seçim veya tercih gibi temel kavramlar etrafında ele alınan özgürlük kavramı, referans noktasını “insan filinin varlığından” almaktadır.³ Dolayısıyla özgürlük kavramı hakkında yapılan tartışmalar, “insanlıkla birlikte başlamak” bakımından insanlık tarihi kadar eskidir.⁴ İnsanların kendi kararlarını hiçbir dış etkiye maruz kalmadan verebildiği durum, özgürlük durumudur.

¹ Kemal Gözler, İnsan Hakları Hukuku (2. Baskı, Ekin 2018) 69.

² Friedrich Hayek, The Constitution of Liberty (Phoenix Baskı, University of Chicago 1978) 11.

³ Gözler (n 1) 73.

⁴ Yavuz Adugit, “Özgürlüğün Kısa Tarihi”, (2013) C.- S: 16 FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi 63, 64.

Buna karşılık hak kavramı en temel anlamıyla; “kişilere irade kudreti tanınmak suretiyle hukuk düzeni tarafından korunan menfaati” ifade etmektedir. Yani özgürlüğün kişiyi özne olarak belirlemesinin aksine; hak, kişinin “menfaatini”, diğer kişilerin “menfaatinden korumak” bakımından “hukuk düzenini” özne olarak belirlemektedir.⁵

Bu noktada hukuk düzenini kim belirlemektedir ve hakkın öznesi kimdir soruları karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunun cevabına ulaşmak için etimolojik bir bakış açısı edinmek yardımcı olabilecektir. Çünkü hukuk kelimesi, etimolojik kökeni itibariyle hak kelimesinin çoğuludur ve haklar anlamına gelmektedir.⁶ Benzer bağ, diğer dillerde de söz konusudur. Latince “*ius*”, Fransızca “*droit*”, İtalyanca “*diritto*”, Almanca “*recht*” kelimeleri, hem hukuk, hem de hak anlamına gelmektedir.⁷ Öyleyse 21. yüzyıldaki karşılığı bakımından hakkın, anayasa, yasa, uluslararası sözleşme, kararname, yönetmelik veya tüzük şeklinde karşılık bulması yani yazılı haklar bütününe ifade edecek şekilde din, ahlak, örf-adet gibi yazısız hukuk kurallarından farklı bir kategoride ele alınması söz konusu olsa da yazılı veya yazısız gibi bir kategori yapılmadığında hukukun, anayasa, yasa, uluslararası sözleşme, kararname, yönetmelik, tüzük din, ahlak, örf-adet kurallarının tümünü kapsadığını söylemek yerinde olacaktır. Dolayısıyla hak kavramı hakkında yapılan tartışmalar, hakkın hiçbir türünü dışarıda bırakmayacak şekilde insanlar arası ilişkileri düzenlemeyi konu alması bakımından toplumsal bir referans noktasına sahiptir. Diğer bir ifade ile hakları/hukuku, “toplumun gücünün toplumsal kontrolü sağlamak amacıyla sistematik olarak uygulanması” anlamına gelecek şekilde tanımlamak daha doğru olacaktır. Bu bakımdan ise hukuk düzeninin ve dolayısıyla hakkın öznesinin, toplum olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.⁸

Bir başka ifadeyle özgürlük ve hak arasındaki ilişkiyi konu alan bir tartışmanın aynı zamanda birey ve toplum ilişkisine dair bir tartışma olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Bu çalışma özgürlük ve hak arasındaki ilişkiyi tartışma konusu olarak belirlerken odak noktası olarak bu ilişkiyi belirlemektedir. Şu hususu belirtmekte fayda bulunmaktadır:

Bu çalışmanın konusu, özgürlüğe veya hakka konu olan şeylerin ne olduğu veya neler olması gerektiğini tartışmak değildir. Bu bakımdan örneğin; “*kamu hukuku*” ve “*özel hukuk*” arasında yapılan “*ayrımı*”, “*hukuk anlamı, kamu hukukunda olduğu kadar özel hukukta da bir hukuk anlamı*” olduğu için

⁵ Kemal Gözler, İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları (13. Baskı Ekin 2015) 154.

⁶ Türk Dil Kurumu, “Hukuk” <<https://sozluk.gov.tr/?kelime=hukuk%20s%C3%B6z%C3%BC%4%9F%C3%BC>> Erişim Tarihi: 15.01.2023.

⁷ Türk Hukuk Lûgati, Türk Hukuk Kurumu (3. Baskı, Başbakanlık 1991) 110.

⁸ Alfred Radcliffe-Brown, “Primitive Law” in Edwin R. A. Seligman, Alvin Johnson, et al. (eds), Encyclopedia of the Social Sciences (Macmillan 1993) 202.

dikkate almamaktadır.⁹ Ele alınan hak, kamu hukukunun dalları olan anayasa hukuku, idare hukuku, vergi hukuku veya ceza hukuku gibi alanlara dâhil olabileceği gibi özel hukukun dallarından olan medenî hukuk, kişiler hukuku, miras hukuku veya eşya hukuku gibi alanlara da dâhil olabilir. Örneklerin çoğaltılması mümkündür.

Benzer şekilde “karşı tarafa, hak sahibi olan kişiye müdahale etmemek dışında bir görev düşürmeyen” negatif hak ve “karşı tarafa daha aktif bir sorumluluk yükleyen” pozitif hak ayrımı için de aynı yaklaşımın geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin; “yaşama hakkının” karşı tarafa yalnızca “öldürmeme” gibi negatif bir “sorumluluk” mu yoksa “açlıktan ölmesini” önlemeye yönelik pozitif bir “sorumluluk” yüklediği, bu çalışmanın üzerinde duracağı bir husus değildir. İster negatif ister ise pozitif olsun bu çalışmanın nezdinde, örneğin; yaşama hakkı, yalnızca bir hak olması ve hak ve özgürlük arasındaki ilişkiye katkı sunması bakımından çalışmaya dâhil edilebilecektir.¹⁰

Yine “bir ilişkiye dayanmayan, yani bir ilişkiden değil varlığın kendisinden doğan mutlak hak” ve “kişiler arasındaki ilişkilerden doğan nisbî hak”¹¹ veya “kişinin eşyalar üzerindeki hâkimiyeti hakkında olan aynı hak”¹² ve “kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden öğeler hakkında olan kişilik hakkı”¹³ ayrımları için de aynı tutum geçerlidir. Keza bir özgürlük, ister “her türlü zorlamanın bizatihi kötü olduğunu” savunan ve “yapmamaya” odaklanan “negatif özgürlük” isterse aksine “bireyin kendisine” odaklanmak bakımından “yapmaya” kasıt içeren “pozitif özgürlük” olsun, hangi özgürlük kapsamına girdiği/girmesi gerektiği gibi bir tartışmaya girmeksizin bu çalışmaya konu edilecektir.¹⁴

Bir özgürlüğün veya hakkın bu sayılan sınıflandırmaların hangisinin içinde olduğu/olması gerektiği tartışmaları çalışmanın kapsamı dışında bırakılmaktadır. Kısacası herhangi bir özgürlük ve hak kategorisinin içeriği veya niteliği bu tartışmanın tartışma alanına girmemektedir.

Durkheim, Weber, Locke, Spencer, Mill, Stirner, Bakunin, Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Kant, Hegel ve Burke gibi isimler başta olmak üzere bir-

⁹ Léon Duguit, Kamu Hukuku Dersleri (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1954) 16.

¹⁰ Barış Parkan, “Negatif Haklar, Pozitif Haklar ve Mülkiyet Hakkı Üzerine” (2006) C:- S: 44 Felsefe Dünyası 159, 160.

¹¹ Ahmet Battal, “Mülkiyet, Hürriyet, Şahsiyet ve Bunların Mutlak’a Nisbeti” (2018) C: 7 S: 27 Muhafazakâr Düşünce Dergisi 111, 111.

¹² Jale Akipek, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) - Mülkiyet (2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1973).

¹³ Fikret İlkiz ve Barış Günaydın, “Kişilik Hakları - Medyada Etik ve Yargı Kararları” (2006) C:- S: 2 Küresel İletişim Dergisi 1, 2.

¹⁴ Isaiah Berlin, “İki Özgürlük Kavramı” (2007) C:- S: 46 Liberal Düşünce Dergisi 59, 67-69.

çok ismin görüşünden faydalanılarak özgürlük ve hak kavramlarının çatışan doğasına dair bir analiz yapılması amaçlanmaktadır. Bu bakımdan öncelikle özgürlüğün ve hak kavramlarının çatışan doğalara sahip olmaları savının ne anlama geldiğini açıklamak adına birey ve toplum ilişkisine dair kavramsal bir çerçeve sunulacaktır. Ardından ise özgürlük ve hak kavramlarının çatışan doğasına ilişkin olarak ileri sürülen görüşler iki temel bölüm altında ele alınacaktır. Bu görüşler, bir toplumsallık eleştirisi olarak özgürlük kavramını öncül olarak belirleyen özgürlük hakkı ve bireysellik eleştirisi olarak hak kavramını öncül olarak belirleyen hak özgürlüğü kavramları etrafında şekillenen görüşlerdir. Diğer bir ifade ile hukuk felsefi tarihi, özgürlük ve hak arasındaki ilişkiyi ele alan düşünürlerin çalışmaları bakımından incelenirse iki temel görüş olduğu fark edilmektedir. Bu iki temel görüş, özgürlük hakkı ve hak özgürlüğü kavramları odağında özgürlük ve hak kavramlarının çatışan doğasına dair oluşturulmuş görüşlerdir.

Sonuç olarak ise 21. yüzyıl dünyasının hangi görüşe yakınlaşmak bakımından bir tavır takındığına dair bir analiz yapılacak ve böylelikle özgürlük ve hak kavramları arasındaki ilişkiyi konu alan tartışmalara bir katkı sağlamak umulacaktır.

I. ÖZGÜRLÜK VE HAKKIN ÇATIŞAN DOĞASI

Özgürlük ve hakkın çatışan bir ilişki içinde olduğu savını görünür kılmak için kronolojik bir bakış açısı edinmek faydalı olabilecektir. Hukukun ortaya çıkışı incelendiğinde, bireyin hiçbir kıstas kabul etmeden istediğini yapması/yapmaması anlamına gelen özgürlük durumunun karşısında kendisini var ettiğiyle karşılaşılmaktadır. Özgür olmak birey olmakla birlikte var olurken hak sahibi olmak toplumla birlikte mümkün olabilmektedir. Diğer bir ifade ile özgürlük ve hak olgularının arasındaki ilişkinin doğuşunun, insanların “toplayıcılıktan tarıma” geçmeye başladığı “yeni taş çağına” yani “neolitik devrimin”¹⁵ gerçekleştiği “10.000 ile 5000 yıl öncesine” temellendirilmesi mümkündür. Çünkü antropolojik incelemeler sonucunda elde edilen veriler göstermektedir ki ancak bu tarihsel dönüm noktasından sonra insanlar, bir arada yaşamaya yani toplum olmaya dair ilişkilerde bulunmuşlardır.¹⁶

“Özgürlük, toplumdan izole yaşayan tek kişi için dahi söz konusu” olurken “hakkın ise ancak birden fazla kişinin birlikte yaşaması durumunda söz konusu olduğu” görüşü, J. Dabin’in “Robinson Parabolü” olarak adlandırdığı örnekleme üzerinden ifade edilebilir. Bu örnekleme göre bir adada tek başına yaşayan Robinson Crusoe’nun “ada üzerinde seyahat beslenme, düşünme, konuşma,

¹⁵ Gordon Childe, Kendini Yaratan İnsan, (6. Baskı, Varlık 2001) 33.

¹⁶ Jacob Weisdorf, “From Foraging To Farming: Explaining The Neolithic Revolution” (2005) C:19 S: 4 Journal of Economic Surveys 561, 561.

şarkı söyleme, sanat yapma, ağaçları kesme, ateş yakma, balık yakalama, külübe inşa etme ve hatta mülk edinme gibi” pek çok özgürlüğü olduğu bir durum söz konusudur. Robinson Crusoe tüm bu özgürlükleri, “tek başına” yani “bir başka kişiye veya devlete ihtiyaç” duymadan kullanmaktadır. “Cuma adaya gelinceye kadar, Crusoe için hak kavramının bir anlamı yoktur”. “Crusoe için hak değil, sadece özgürlük vardır”. Diğer bir ifade ile Cuma adaya gelince, “hak kavramı devreye girmektedir”. Bunun anlamı ise Cuma’nın yani ikinci bir kişinin varlığı ile birlikte “Crusoe’nun, özgürlüklerini eskisi gibi serbestçe kullanamamasıdır”. Cuma’nın varlığı ile oluşan yeni ve toplumsal durumda, “hakların” varlığı “özgürlüklerin” sınırlanması anlamına gelmektedir.¹⁷

Toplumsallaşmanın ilk örnekleri olan “*ilkel toplumlarda*”, “*ata kültürleri, totem ayinleri, fetişizm ve büyücülüğü*” kapsayacak şekilde; din, ahlak ve örf-adet gibi yazısız hakları kapsayan hukuk düzenine sahip olduğu görülmektedir.¹⁸ Toplumsal hayatın varlığı itibariyle; “*tutku patlaması, bazen belirli bir tabunun ihlali, bazen kişi veya mülkiyete saldırı (cinayet, hırsızlık), bazen gelenek tarafından onaylanmayan, şefin veya bazı ileri gelenlerin ayrıcalıklarıyla çelişen çok yüksek hırslara veya servete düşkünlük*” gibi eylemler, “*hukukun*” kapsamına alınmıştır.¹⁹ Bunun anlamı, örneğin; hırsızlık eyleminin özgürlük kapsamından çıkmasıdır. Toplum, birey adına yapma veya yapmamaya dair hükümler koymakta “*yetki*” kazanmaktadır.²⁰

Öte yandan özgürlük ve hak arasındaki kırılmanın yaşandığı, asıl tarihsel gelişme, “*yazının icadıdır*”. “*İlkel toplumların*” hukuk düzenleri oluşturan tüm “*yasa ve inanç beyanları*”, “*yasa koyucular ve rahipler*” kadar yaşarken ve bu bakımdan hukuk düzenin ömrü ve etkisi yasa koyucular ve rahiplerin ömrü ve yetkisiyle sınırlıyken; “*yazının icadı*”, bu sınırları ortadan kaldırmıştır. Yazının icadı ile hukuk düzenininin, yasa koyuculardan daha uzun süre yaşayan “*ölümsüz bir mevcudiyet haline gelmesi*” yani hukukun bilinen manasıyla “*düzen*” kazanması söz konusu olmuştur.²¹

Somut veriler üzerinden ifade edilmesi gerekir ve “*okuma-yazma sonrası toplumlar*” ele alınırsa; özgürlük ve hak olguları arasındaki ilişkiye dair gelişmelerin, “*ilk karmaşık toplumların*” doğuş yeri olan Mezopotamya’da yaşan-

¹⁷ Gözler (n 1) 70.

¹⁸ Edward Evans-Pritchard, “Religion in Primitive Society” (1953) C: 34 S: 398 Blackfriars 211, 211.

¹⁹ Bronisław Malinowski, Crime and Custom in Savage Society (1. Baskı, Humanities Press 1951) 99.

²⁰ Bilge Umar, Hukuk Başlangıcı (1. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi 1997) 147.

²¹ Andrew Madden, Jared Bryson ve Joe Palimi, “Information Behavior in Pre-Literate Societies” in Amanda Spink ve Charles Cole (eds), New Directions in Human Information Behavior, (Springer 2006) 46.

dığı söylenebilir. Bilinen ilk yazılı hukuk bulguları, yazıyı bulan ve böylelikle hukuk düzeninin varlığına dair ilk kanıtları sunan, Sümerliler tarafından oluşturulmuş M.Ö. 1792–1750 tarihli “*Hammurabi Yasalarıdır*”.²²

Bu nedenle özgürlük ve hak kavramlarının çatışan doğasını Hammurabi Yasaları üzerinden incelemek yerinde olabilecektir. Örneğin; 195-214. Yasalar içerisinde, “*saldırı ve darp özgürlüğüne*” karşı çıkılmakta ve 196. Yasada görüleceği üzere; “*bir özgür başka bir özgür insanın gözünü kör etmişse, onun gözü de kör olacaktır*” ifadesi ile “*saldırı ve darba*” maruz kalana “*kıyas hakkı*” verilmektedir. Başka bir ifade ile bu yasa üzerinden okunduğunda “*özgür insanın*”, “*bir başka özgür insanın*” gözünü kör etmede özgür olmadığı, “*kör etme*” eylemi sonrasında “*kıyas*” yaptırımıyla karşılaşmasına sebep verecek şekilde saldırıya uğrayana “*kör etme hakkının*” verilmesiyle ifade edilmiştir.²³

O halde özgürlük ve hak arasındaki ilişkide sorgulanması gereken asıl mesele, bir şeyin hem özgürlüğün hem de hakkın konusu olup olamayacağı ile ilgilidir. Örneğin; en belirgin konulardan biri olan yaşam hakkı üzerinden sav ayrıntılanacak olunursa özgürlük ve hak arasındaki çatışma şu şekilde ortaya konulabilir: yaşam hakkının varlığı, toplumu oluşturan tüm bireylerin yaşaması gerektiğini esas alan toplumsal bir mutabakatın varlığını göstermektedir. Bir hakkın varlığının en bariz göstergesi ise bireyin bu hakkı ortadan kaldıracak bir tutum takındığında (birini öldürdüğünde) toplumsal bir “*zor*” ile yani suç-ceza ilişkisiyle karşılaşmasıdır. “*Suç, devlet tarafından kovuşturulabilecek ve yasal olarak cezalandırılacak bir eylem*”²⁴; ceza ise bu eylemin “*yerine getirilmesi*”, “*sona erdirilmesi veya ihmal edilmesini*” sağlamak üzere oluşturulmuş bir “*uyarandır*”.²⁵ Diğer bir ifade ile hukuk kuralları, belirli eylemlerin “*yerine getirilmesi*”, “*sona erdirilmesi veya ihmal edilmesini*” sağlamak üzere tanımladıkları “*cezalar*” yoluyla aksi yönde yapılacak eylemleri, “*suç*” olarak belirleyen toplumsal “*uyarılardır*”. Böylece toplum, “*mağdurla dayanışarak*” bireyin her istediğini yapmamasını veya istemediği şeyleri yapmasını sağlayacak koşulları oluşturmakta ve özgürlüğü kısıtlamayı amaçlanmaktadır.²⁶

Suç, hak tanımına uymama durumudur ve bu bakımdan neticesi ister “*caydırıcı*”²⁷ veya “*insancillaştırma/terapi*” ister ise “*vahşet*” içersin eninde so-

²² Adam Hart-Davis (eds), *History: The Definitive Visual Guide* (DK Publishing 2012) 54-55.

²³ Kathryn Slanski, “The Law of Hammurabi And Its Audience” (2012) C:- S:24 Yale JL & Human 97, 104-105.

²⁴ Raymond Michalowski, “What is Crime?” (2016) C: 24 S: 2 Critical Criminology 181, 184.

²⁵ Richard Solomon, “Punishment” (1964) C: 19 S: 4 American Psychologist 239, 239.

²⁶ George Fletcher, “What is Punishment Imposed For?. J. Contemp” (1994) C:-, S: 5 Legal Issues 101, 110.

²⁷ John Mabbott, “Punishment” (1939) C: 48 S: 190 Mind 152, 152.

nunda toplum tarafından belirlenen bir “ceza” içermektedir.²⁸ Durkheim’in deyişiyle ifade edilecek olunursa “*özgürlük, etraflıca düşünmek ya da alternatifler arasından seçim yapmaktır*”.²⁹ Oysa hukuk kurallarının varlığı durumunda birey, “*herhangi bir şekilde direnmeye çalıştığı anda zor*” yani suç-ceza ilişkisi ile karşılaşacağını düşünmesi bakımından yapma/yapmama eylemine yönlendirilmektedir.³⁰ Bu bakımdan “*özgürlük, zorlamanın yokluğunu gerektirdiği ve zorlama, özgürlüğün yokluğunu içerdiği*” için hakkın ve dolayısıyla “zor”un varlığı durumunda, bireyin seçim, tercih veya irade gibi niteliklerinin ve dolayısıyla özgürlüğünün kısıtlanmasından bahsetmek yerinde olacaktır.³¹

Özgür olma ve hak sahibi olma arasındaki karşıtlığın, hukuk düzeninin felsefi temelleriyle alakalı olduğu ileri sürülebilir. Diğer bir deyişle, hukuk düzeninin varlık sebebi, özgürlük ve hak arasında toplumu ayakta tutmaya yarayacak bir denge kurmaktır. Çünkü herhangi bir konunun hak sahibi olmanın kapsamına girmesinin, malum konuyu özgürlük kapsamından ya da yine herhangi bir konunun özgürlük kapsamına girmesinin malum konuyu hak kapsamından çıkarması söz konusudur. İki durumda da özgürlük ve hakkın aynı anda ve bir arada çatışmasız olarak var olmalarının mümkün olduğu bir durum söz konusu değildir. Doğaları gereği haklar, özgürlükleri; özgürlükler ise hakları sınırlamak üzere kapsamlarını genişletmektedir.

Diğer bir ifade ile özgürlük ve hak arasında olduğu ileri sürülen çatışmadan kasıt, tam olarak budur. Yapma veya yapmamaya dair kararı, birey mi toplum mu vermelidir? Neticede bu çalışmanın, özgürlük ve hakkın çatışan doğası kavramıyla vurgulamak istediği, özgürlüğün ve hakkın birbiri ile aynı anda artan veya azalan formda bulunamayacağı; bir şeyin hakkın konusu olmadığı oranda özgürlüğün, özgürlüğün konusu olmadığı oranda ise hakkın konusu olduğudur.

Bu bakımdan çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümleri, hukuk felsefesi tarihinde özgürlük ve hak kavramlarının çatışan doğasını konu alan iki “*düşünsel örneği/ideal tipi*” ifade eden *özgürlük hakkı ve hak özgürlüğü* kavramları üzerinden ele alınacaktır. Başka bir ifade ile gerçek hayat, özgürlük ve hak ilişkisinin “*ortalama ya da yaklaşık bir biçimini*” sunarken; bu çalışma, özgürlüğün ve hakkın çatışan doğasını görünür kılmak bakımından hukuk felsefesi tarihinde kullanılan iki kavram üzerinden iki “*düşünsel örneğin/ideal tipin*” analizini içerecektir.³²

²⁸ Jackson Toby, “Is Punishment Necessary” (1964) C:- S: 55 J. Crim. L. Criminology & Police Sci. 332, 332.

²⁹ Emile Durkheim, Felsefe Dersleri (1. Baskı, Pinhan 2018) 180.

³⁰ Emile Durkheim, Sosyolojik Yöntemin Kuralları (1. Baskı, Doğu Batı 2016) 32.

³¹ Samuel Cook, “Coercion and Social Change” in Roland J. Pennock ve John W. Chapman (eds), Coercion, (Routledge 2017) 126., Craig L. Carr, “Coercion and Freedom” (1988) C: 25 S: 1 American Philosophical Quarterly 59.

³² Max Weber, Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı (2. Baskı, Cem 2014) 21.

İkinci bölümde, özgürlüğün *ideal tipini* sunmak bakımından; hakkın özgürlüğü ortadan kaldırdığı varsayımı ile hakkın yalnızca özgürlük hakkı olması gerektiğini ifade eden “*ideal tipe*” dair bir analiz yapılacaktır. Benzer şekilde üçüncü bölümde ise ikinci bölümdeki savın aksi yönde hareket eden düşünceler ele alınacak ve hak sahibi olma durumunun “*ideal tipi*” analiz edilecektir. Üçüncü bölümde ele alınacak düşüncelerin temellendiği *hak özgürlüğü* kavramı, özgürlüğün hakkı engellediği varsayımı ile özgürlüğün yalnızca *hak özgürlüğü* olması gerektiğini ileri sürmektedir.

Özetle; özgürlük ve hak kavramlarını çatışan bir ilişkide ele alan hukuk felsefi tartışmalarından yararlanılarak özgürlük ve hak kavramlarının ilişkisini konu olan iki temel görüş ele alınacaktır. Böylece sonuç bölümde, 21. Yüzyıl dünyasında özgür olmak ve hak sahibi olmak ilişkisinin bu ideal tiplerden “*ayırılma derecesi*” tartışma konusu edilecek yani çağdaş hukuk anlayışının hangi ideal tipe yaklaşıldığına dair bir çözümleme yapılacaktır.³³

II. ÖZGÜRLÜK HAKKI

Birey/individual denilen fenomen, esas itibarıyla biyolojik bir kavram olan insan/human kavramından öte; iradeye, tercihe, seçim yapma kabiliyetinin varlığına yani özgürlüğe işaret etmektedir. Başka bir ifade ile insan/human, “*canlıları*” biyolojik özellikleri bakımından “*adlandırmayı*” konu edinen “*binomiyal taksonominin*” ifade ettiği anlamında, “*kendini bilmek*”³⁴ anlamına gelen “*sapiens*” kelimesinden türetilmiş “*bilen adam/bilge adam/homo saphienedir*”.³⁵ Bu bakımdan ise birey, insan olmanın/bilmenin yanında bildiklerinin arasından tercih yapan yani “*homo saphienin*” bir alt türü olacak şekilde “*seçen adam/homo elector*”³⁶ veya daha doğru bir ifade ile “*bireyci adam/ homo individuator*”a denk düşer şekilde okunabilir.³⁷

Bu ayırma yapılan vurgunun anlamı, insan kavramı, hiçbir ayırım gözetmeksizin bireyleri, biyolojik temelde eşitleyen; “*birey/individual*” kavramının, insanı, “*özellekle ayrı olarak ve bir grubun parçası olarak görülmeden... özel bir özelliği bakımından*”³⁸ ele almasıdır. Birey kavramı, insanın “*bir gruptaki diğer*

³³ Joseph Lopreato ve Letitia Alston, “Ideal Types and the Idealization Strategy” (1970) C: 35 S: 1 American Sociological Review 88, 88.

³⁴ Louie Psihoyos, Hunting Dinosaurs (1. Baskı Random House 1994) 27.

³⁵ Earle Spamer, “Know Thyself: Responsible Science and The Lectotype of Homo Sapiens Linnaeus, 1758” (1999) C:- S: 149 Proceedings of the Academy of Natural Sciences of Philadelphia 109, 112.

³⁶ Léopold Szondi, “The Way to Manhood” (1996) C: 96 S: 2 Thalassa 39, 57.

³⁷ Gary Reker ve Kerry Chamberlain, (eds), Exploring Existential Meaning: Optimizing Human Development Across The Life Span (Sage Publications 1999) 189.

³⁸ Cambridge University, “Individual” <<https://dictionary.cambridge.org/tr/s/%C3%B6zl%C3%B6k/ingilizce-t%C3%BCrk%C3%A7e/individual?q=individual>> Erişim Tarihi: 15.01.2023.

insanlardan ayrı olarak var olan ve düşünen” yani “özgür” tarafına vurgu yapmaktadır.³⁹ Yani tüm insanlar, potansiyel olarak özgürken veya Sartre’nin ifade ettiği şekilde; “özgürlüğün içine fırlatılmışken”; birey, özgür olan insana denk düşmektedir.⁴⁰ Dolayısıyla özgür olmaması bağlamında her insanın, birey olmadığı ya da birey olmasının engellendiğini dile getiren kavramsal bir ayrım söz konusudur. Bu kavramsal çerçevede ele alındığında özgürlük kavramının düştüğü düşünsel nokta, insanın özgür olması bakımından birey olmasıdır.

Bu bölümde, insan ve birey ayrımı üzerinden hareket etmek suretiyle özgürlüğü esas alan ve özgürlük kavramının, hak kavramıyla olan ilişkisinin tartışma konusu yapıldığı görüş ele alınacaktır. *Özgürlük hakkı* kavramı çerçevesinde şekillendirilen bu görüş, Locke, Spencer, Mill, Stirner ve Bakunin başta olmak üzere birçok düşünürün görüşlerinden örnekler ile görünür kılınacak ve analiz edilecektir.

Özgürlük hakkı görüşünün temellendiği nokta, hukuk düzeninin oluşması anlamına gelen toplumsallık öncesi durum olan *doğa durumuna* yönelik olumlu kabullerdir. Dolayısıyla *doğa durumunu* ortadan kaldıran koşullar olan hukuk düzeni olumsuz bir anlam çerçevesinde ele alınmaktadır.

Doğa durumu kavramı, ilk olarak, Antik Roma’da “*doğa ile uyum halinde*” olan “*tüm insanlara yayılmış, değişmez ve sürekli*” karakterdeki haklara atfen kullanılan “*Ius Naturale*” kavramı çerçevesinde tanımlanmıştır. “*Doğa hukuku*” olarak isimlendirilen bu hukukun, “*yazarı, yorumcusu ve yürütücüsü, insanların tek ortak efendisi olan Tanrıdır*”. Yani *Ius Naturale* durumunda, “*herhangi bir yasanın yazılmamasından ya da aslında herhangi bir devletin kurulmamasından*” bahsedilmektedir.⁴¹ Diğer bir ifade ile Schelling’in betimlediği gibi, “*doğa hukukunun*” hâkim olduğu durumda, “*doğadan*” başka bir hukuk koyucudan bahsedilmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla “*insan özgürlüğünün özü*” de “*doğa hukukuna*” bağlıktan kaynaklanmaktadır.⁴²

Özgürlük hakkı kavramını kullanan ilk isim ise J. Locke’tur. Bu bakımdan tartışmayı derinleştirmek amacıyla Locke’un görüşlerine başvurmak yerinde olacaktır. Locke’a göre “*doğa durumu*”, “*insanların doğal olarak başkasından izin istemeksizin ya da başkasının iradesine bağlı olmaksızın doğa yasasının sınırları içinde eylemlerini düzenleyebilecekleri ve sahiplikleriyle kişilikle-*

³⁹ Cambridge University, “Individual” <<https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6z%C3%B6k/ingilizce/individual?q=individual>> Erişim Tarihi: 15.01.2023.

⁴⁰ Jean-Paul Sartre, Varlık ve Hiçlik; Fenomenolojik Ontoloji Denemesi (3. Baskı, İthaki Yayınları 2010) 610.

⁴¹ James Zetzel (eds), On the Commonwealth: and, On the Laws (1. Baskı, Cambridge University 1999) 112.

⁴² Friedrich Schelling, İnsan Özgürlüğünün Özü Üzerine (2. Baskı, Ayrıntı 2019) 117.

ri üzerinde uygun olduğunu düşündükleri biçimde tasarrufta bulunabilecekleri yetkin bir özgürlük durumudur”. Başka bir ifade ile doğa durumunda, “bütün iktidar ve yetkinin karşılıklı olduğu bir eşitlik durumu” söz konusudur.⁴³

Locke’a göre özgürlüklerin teminatı ise yine özgür olmanın içinde saklı olan bu yapıda gizlidir. Başka bir deyişle doğa durumu, hukuk düzenine gerek duymaksızın insanların özgür olabileceği durumdur. Çünkü doğa durumu, bir özgürlük durumu olmasına rağmen, “bir başıbozukluk durumu” değildir. Bu durumda birey, “kendi kişiliği ve sahiplenmeleri üzerinde tasarrufta bulunma konusunda dizginlenemeyen bir özgürlüğe” sahip olmasına rağmen doğa hukuku, “hiç kimsenin diğerinin yaşamına, sağlığına, özgürlüğüne ya da sahiplenmelerine zarar vermemesi gerektiğini öğreterek”; tek hakkı özgürlük hakkı olarak belirlemektedir. Bunun anlamı ise, hiç bir hakka ihtiyaç duyulmayan bir durumun söz konusu olmasıdır.⁴⁴

Doğada ortaya çıkan ilk hak olan “beni yok etmekle tehdit eden şeyi yok etme hakkının” oluşmasının önündeki engel de yine özgürlüğün kendisidir. Çünkü Locke’un özgürlük tanımı, “makul ve adil” bir düzen kurarak özgürlüklerin birbiriyle çatışmasız bir şekilde var olabileceği ve kimsenin “hak” talebinde bulunmasına ihtiyaç duymadığı bir “barış durumudur”. E. Waldo’nun ifadesiyle “doğa asla zalim bir surete bürünmemektedir”.⁴⁵ Dolayısıyla; “barış durumunu” ortadan kaldıracak şekilde “doğa hukukuna” aykırı davranılması durumunda ise “makul ve adil” olmayan bir tavır sergilenecek yani ‘malum ilk kişi’ diğerlerinin özgürlüklerini engellemek bakımından bir hakka sahip olduğunu iddia edecektir.

Doğa durumunun bozulması ve özgürlük ve hak arasındaki çatışmanın başlaması anlamına gelen “savaş durumu”, tam olarak böylece başlamakta ve Locke, “özgürlük hakkı” kavramını bu varsayımlar üzerinden şekillendirmektedir. “Özgürlük hakkı”, “güç kullanımıyla zorlayarak, iktidar altına alınmanın” karşısında konumlanmak bakımından kendisini var eden yani bireyin kendisinden başka bir referans noktası kabul etmeyen bir özgürlük savunusudur.⁴⁶

Bir topluma üye olmak hak iddiasında bulunmak bakımından “doğa durumunu” bozduğu için birbirleriyle çatışmadan bir arada yaşayabilen özgür bireylerin yaşamı olarak doğa durumunu bozmayan toplumsallaşma formlarının mevcut olmadığı ileri sürülmektedir. Çünkü bu savunuya göre özgürlük, “yapma/yapmama çeşitliliğidir” ve bireyin; “çok farklı şeyler yapmaktansa aynı

⁴³ John Locke, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme; Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme, Çev. Fahri Bakırcı (2. Baskı, Ebabil 2012) 9-10.

⁴⁴ Locke (n 43) 10-11.

⁴⁵ Emerson Waldo, Doğa (1. Baskı, Zeplin Kitap 2020) 12.

⁴⁶ Locke (n 43) 17-18.

tür şeyleri” yapması ancak toplumun bir üyesi olmaya karar vermesi yani hak talebinde bulunması durumunda söz konusu olmaktadır.⁴⁷ Diğer bir deyişle “*özgürlük hakkı*” görüşüne göre özgür olmak doğal olan bireysel duruma karşılık gelirken; hak sahibi olmak, toplum tarafından yapay olarak oluşturulmaktadır.

Benzer şekilde J. Bodin’e göre de bireyin özgürlük durumunun bozulması anlamına gelen egemenliğin açıklaması da hak sahibi olmakla yapılabilmektedir. Diğer bir ifade ile egemeni oluşturan ve “*egemenliğin diğer bütün haklarını ve niteliklerini içkin olarak barındıran*” nitelik, “*hakları belirleme ve bozma gücüdür*”. Başka bir ifade ile “*egemen, yalnızca hak belirleme ve bozma niteliğine sahip olmak*” bakımından “*diğer tüm haklarına sahip*” olmaktadır.⁴⁸ Bu bakımdan diğer tüm haklar, hakkı tanımlama hakkına sahip olan bir egemenin varlığı sonucunda var olan ardıl haklar niteliğine bürünmektedir. Böylece hakkın kapsamı ile özgürlüğün kapsamı arasında çatışan bir ilişki doğmaktadır. Çünkü Bodin’in deyişiyle “*egemenlikten*” ve dolayısıyla “*hakları belirleme ve bozma gücünden*” bahsedebilmenin şartı, bireylerin “*onaylarını almaksızın*” yani diğer bireylerin özgürlüklerine rağmen hareket edilmesinde yatmaktadır.⁴⁹

Üstelik bu sav, egemenlerin kim olduğu sorusundan bağımsız olarak gerekçelenmektedir. Başka bir ifade ile ister “*tek adam*” egemenliğini ifade eden monarşi⁵⁰ veya “*azınlık egemenliğini*” ifade eden “*oligarşi*”⁵¹ isterse “*halkın veya halkın belirlediği sınırlılıklar altında hareket eden politikacıların*” egemenliğini ifade eden “*demokrasi*”⁵² şeklinde vücut bulsun, egemenin kim olduğuna bakılmaksızın bir egemenliğin varlığını, özgürlüğün karşısında oluşmuş bir olgu olarak ele almaktadır.

Aynı sav, M. Weber’in “*rasyonel, geleneksel ve karizmatik*” olmak üzere ayırdığı “*meşru egemenliğin üç türü*” şeklinde yapılan kategorizasyon için de geçerlidir.⁵³ Diğer bir ifade ile hangi kategori kullanılırsa kullanılsın, *özgürlük hakkı* görüşüne göre; hak tanımını yapanların veya hangi konunun hakkın konusu olabileceğini belirleyenlerin halkın kendisi olduğu durumda dahi hak, özgürlüğün karşısında bir pozisyonda ele alınmaktadır. Özgürlüğü sınırlananların, özgürlüğü sınırlayanlar oluşu, hakkın, özgürlüğü sınırlayan bir yapıda

⁴⁷ Harry Sullivan, “The Illusion of Personal Individuality” (1950) C: 13 S: 3 Psychiatry 317, 330.

⁴⁸ Mehmet Ağaoğulları, Cemal Akal ve Levent Köker, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı (4. Baskı, İmge 1994) 21.

⁴⁹ Ağaoğulları, Akal ve Köker (n 48) 20.

⁵⁰ Niccolò Machiavelli, Prens (2. Baskı, Anahtar Kitaplar 1994) 16.

⁵¹ Darcy Leach, “The Iron Law of What Again? Conceptualizing Oligarchy Across Organizational Forms” (2005) C: 23 S: 3 Sociological Theory 312, 329.

⁵² Philippe Schmitter ve Terry Karl, “What Democracy is... and is Not” (1991) C: 2 S: 3 Journal of Democracy 75, 82.

⁵³ Max Weber, Bürokrasi ve Otorite (1. Baskı, Adres 2017) 48.

oluşu durumunu değiştirmemektedir. Başka bir ifade ile doğrudan demokrasinin mevcut olduğu bir toplumda, bireyin, kendi özgürlüğünü engellemesi, hakkı özgürlükle uyumlu bir forma dönüştürmemektedir.

Spencer'in görüşleri üzerinden tartışma derinleştirilecek olunursa "*insanların sahip oldukları özgürlükleri, özgürlüklerinden vazgeçecek şekilde kullanması, bu insanları köle yapmaktan*" öte bir anlam ifade etmeyecektir. Örneğin "*bir halk, referandum yoluyla zorba bir lider seçecek olursa bu zorbalığa kendisi sebep oldu diye hala özgür değildir*". Ya da "*sırf halkın oylarının nihai sonucu olması sebebiyle, bir zorbanın cebri fermanları, meşru değildir*". Kıyasıya Spencer'a göre; "*haklar, çoğunluğun seçtiği bir kurum tarafından ortaya çıktığı ilkesi üzerinden savunulamaz*".⁵⁴ Diğer bir ifade ile *özgürlük hakkı* savunusu, "*en basit örneğinden en karmaşık örneğine kadar uygulandığı her yerde aynı vasfı taşıyan herkesin rızası ile ortak çalışma yürütmesi*" anlamına gelen "*gönüllü işbirliğinde*" dahi geçerlidir. Çünkü "*ne katılımı ne de katılım şartlarını direten bir makamın olmadığı*" bu durumda dahi, herhangi bir hak, özgürlüğün karşısında konumlanmaktadır.⁵⁵

Başka bir ifade ile özellikle vurgulamak gereklidir ki; *özgürlük hakkı* savunusuna göre; hakkın içeriği, değil bizatihi varlığı, özgürlüğün karşısında konumlanmaktadır. Yani bu savunu, hakkın tanımının özgürlükçü olup olmadığı gibi bir tartışmayı manasız bulmaktadır. Çünkü hakkın varlığı, toplumun bir eylem hakkında yapma veya yapmama arasında bir tercih yapması anlamına gelerek bireyin tercihini söz konusu olmaktan çıkarmaktadır.

Örneğin oy verme hakkı, bu hakkı kullanırken ya da kullanmazken bu hakkı ortadan kaldıracak bir özgürlüğe alan sunmamakta; hakkın, bireylere tanımış olduğu özgürlük alanı, seçimin bir hak olup olmamasını kapsamamaktadır. Diğer bir deyişle oy vererek oy verme hakkının olup olmamasına karar verilememektedir. Thoreau'nun ifadesiyle "*oy vermek, doğru olana oy verilse bile*", özgürlük bakımından "*hiçbir işe yaramayacak; sadece kimin egemen olması gerektiği yönündeki tercihleri gösterecektir*".⁵⁶ Başka birçok örnek verilebilmekle birlikte temel olarak bir hakkın varlığı bu hakkın bir hak olup olmaması bakımından bir seçimi içeren özgürlüğü engellemek zorundadır. Öyleyse *özgürlük hakkının* olup olmadığı göstergesi, hakkın içeriği değil kapsayıcılığıdır. Bir eylem, hakkın/hukuk düzenin konusu olduğu an, özgürlüğün konusu olmaktan çıkmaktadır.

Mill'in "*basın özgürlüğü*" örneği üzerinden örneklenecek olunursa "*hükümetin halk ile tamamen birlik oluşturduğu*" yani "*onların oyu olduğunu dü-*

⁵⁴ Herbert Spencer, Devlete Karşı İnsan (1. Baskı, Litera 2016) 41-42.

⁵⁵ Spencer (n 54) 88-89.

⁵⁶ Henry Thoreau, Sivil İtaatsizlik (3. Baskı, Kafekültür 2013) 19.

şündüğü şeyle uygun olmadıkça hiçbir zorlamayı düşünmediği” durumda dahi “halkın, ister kendisi, ister hükümeti aracılığıyla, böyle bir zorlama hakkına” sahip olması, “basın özgürlüğüne” karşı bir mahiyettedir.⁵⁷ Çünkü Mill’e göre; bireyin özgür olması, “kendi düşüncelerini, rahatsız edilmeden, yarar ya da zararı kendisine ait olmak üzere, uygulamaya koyması” durumunda mümkündür. Aksine toplum tarafından bir eylem hakkında alınmış yapma veya yapmama kararı, birey dışında hangi egemen tarafından alınırsa alınsın “bireyselliği” engellemek bakımından özgürlüğü kısıtlamak anlamına gelmektedir.⁵⁸

Çünkü özgürlük hakkı savunusuna göre; bireyin toplumsal olmayan eylemlerde bulunabileceği varsayılmaktadır. Yani “yaşamın bireyi başlıca ilgilendiren bölümü bireye ait olmalıdır, toplumu ilgilendiren bölümü de topluma” ifadesinde açıkça görüleceği gibi toplumsallık ve bireysellik birbirinden ayrı olabilen ve karşıt oldukları için ayrı algılanması gereken iki kavramdır.⁵⁹ Örneğin; “eğitimi yönlendirip yönetmeyi devletin kendi üzerine alması” anlamına gelen eğitim hakkının neticesinde; “insanlar ayrılaştırılmakta”; “özgür düşünce üzerinde baskı kurulmaktadır”.⁶⁰ Yani toplumun bir hak olarak ortaya çıkardığı eğitim hakkı, eğitim özgürlüğünün önünde bir engel oluşturmakta ve neticede hakkın konusu olan “eğitim”, bireyselliğe yapılan bir “kötülüğe” dönüşmektedir.⁶¹

⁵⁷ John Mill, Özgürlük Üzerine (4. Baskı, Oda 2015) 24-25.

⁵⁸ Mill, Özgürlük Üzerine (n 57) 78-79.

⁵⁹ Mill, Özgürlük Üzerine (n 57) 104.

⁶⁰ Mill, Özgürlük Üzerine (n 57) 147.

⁶¹ Bu savununun güncel okuması şu şekilde yapılabilir. Örneğin; Avrupa Konseyi tarafından 1950 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ye 1952 senesinde eklenen Ek Protokol No.1 numaralı protokolün 2. Maddesinde geçen ibareye göre; eğitim, “ana ve babanın... dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı göstererek hiç kimsenin yoksun bırakılmayacağı” bir hak olarak tanımlansa da bu hakkın “devletin yükleneceği görevlerden” birisi olarak ileri sürülmesi, özgürlük hakkı görüşüne göre özgürlüğü engelleyen bir niteliktedir. Council of Europe, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” <https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf> Erişim Tarihi: 16.01.2023. Çünkü Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1959 tarihinde kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi’nin 7. ilkesinde geçen ifadeye göre “en azından ilköğretim aşamasında ücretsiz ve zorunlu bir” hak olan “eğitim hakkının amacı”, “çocuğun, genel kültürünü geliştirmeye yarayacak ve eşitlik temeli üzerinde yeteneklerini, yargı gücünü, manevi ve toplumsal sorumluluk duygusunu geliştirmesine ve yararlı bir toplum üyesi olmasına olanak sağlamaktır”. Avrupa Birliği, “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi” <<http://cpd.org.rs/wp-content/uploads/2017/11/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf>>; <<http://www.sanliurfa.gov.tr/birlesmis-milletler-ocuk-haklari-bildirgesi>>; <<http://www.cirp.org/library/ethics/UN-declaration/>> Erişim Tarihi: 16.01.2023. Bu savın görünürlüğü artırmak için adı geçen bildirinin temellerini oluşturduğu, 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne de başvurulabilir. Bu sözleşmeye göre; “eğitim hakkı”, “taraf devletler” tarafından “her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal

Mill'in dediği şekilde "bireylerin ve bireysel oluşumların eylemine" dair olan eylemler, "toplumun eylemi" haline geldiğinde, bunun anlamı, ilgili eylemin "bireylerin yerine toplum tarafından yapılmasıdır". Başka bir ifade ile "bireyin bir şeyde hak sahibi olması, toplumun o şey hakkında hakkı olduğunu savunması" demektir.⁶² Bu halde yapılan eylemin içeriğine ve amacına bakılmaksızın bireyi birey yapan temel nitelik olan özgürlük, bireyden alındığı için bireye yapılacak olan şeyin niteliği "kötülük" olmaktadır.⁶³ Çünkü Mill'in görüşlerini şekillendiren ve "faydayı ya da en yüksek düzeyde mutluluk ilkesini ahlakın temeli olarak kabul eden öğretisi" olan "faydacılık", "eylemlerin mutluluğa katkıda bulunma eğiliminde olması ölçüsünde doğru olduklarını, mutluluğun tersini yaratma eğiliminde olduklarında ise yanlış olduklarını savunmaktadır". "Özgürlük hakkı" savunusuna göre bir şeyin hak olmasının istenmesi, hakka muhatap olan bireyin özgürlüğüne aykırı bir talep olarak "faydayı" olumsuz etkileyecektir.⁶⁴

"Özgürlük hakkı" savunusu, "faydayı", J. Bentham'ın deyişiyle "bir kötülükten korunmak veya iyilik sağlamak yolundaki eğilimi veya özelliğini dile getirir" şekilde tanımlamakta ve hakkın konusunu yani neyin "suç sayılacağı" ifade eden "yasama ilkelerini" de "kötü tabiatla olan fiiller" olarak belirlemektedir. Kısacası Bentham'a göre; suça, cezaya ve dolayısıyla hakka konu olan şeyler, yalnızca bireyin özgürlüğünün önündeki "kötülükleri" kaldırmaya yönelik olan şeylerdir.⁶⁵

Bu bakımdan özgürlük hakkı savunusunun en somut örneklerini, M. Stirner'in ve M. A. Bakunin'in özgürlük savunularında bulmak mümkündür. Stirner'e göre; "birey, ancak kendini biricik olarak bilirse kudretinin maliki olabilmek" bakımından "özgür olabilmektedir". Oysa "kendinden daha yüce bir varlık" olarak "toplum düzeni", "biriciklik duygusunu zayıflatacağı" için "özgürlüğü kısıtlayan can sıkıcı engeller" konumundadır.⁶⁶ Bu bakımdan toplumun belirlediği hiçbir yapma/yapmama tercihi, özgürlük bakımından olumlu

vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanınan ve taahhüt edilen" bir hak olarak "ilköğretimi herkes için zorunlu ve parasız hale getirmesi" bakımından özgürlük hakkı görüşüne göre; eğitim özgürlüğünü sınırlandıran bir mahiyettedir denilebilir. Birleşmiş Milletler, "Çocuk Hakları Sözleşmesi", <https://www.unicef.org/public/uploads/files/UNICEF_CocukHaklarınaDairSözleşme.pdf> Erişim Tarihi: 16.01.2023.

⁶² John S. Mill, Faydacılık (1. Baskı, Pinhan 2017) 86.

⁶³ Mill, Özgürlük Üzerine (n 57) 159.

⁶⁴ Mill, Faydacılık (n 62) 28.

⁶⁵ Jeremy Bentham, Yasamanın İlkeleri (2. Baskı, On İki Levha 2017) 2, 68.

⁶⁶ Max Stirner, Biricik ve Mülkiyeti (2. Baskı, Kaos 2016) 38, 453.

nitelikte değildir. Benzer şekilde; Bakunin'in görüşleri üzerinden örneklendirildiğinde ise "bir insanın özgürlüğünün diğer insanın özgürlüğünü sınırladığı savını reddetmek" üzerine görüşlerini şekillendiren Bakunin, "özgürlüğü feda eden tüm hakların mutlak reddini" içeren bir savunuda bulunarak "özgürlüğün yalnızca özgürlükle savunulabileceğini" ileri sürmüş ve "tüm kriminal, sivil ve yasal kodlarıyla birlikte devlet hukukunun kaldırılmasını" savunmuştur.⁶⁷

Özgürlük hakkı görüşüne göre hakkın özgürlüğü engellediğine dayanan sav, birey olmanın tanımı gereği, özgürlüğün değişkenlik gösteren bir yapıda olduğu varsayımına temellenmektedir. Diğer bir deyişle bu savunuya göre bireyin, kendi özgürlüğünü korumak için dahi hak savunusunda bulunması ancak özgürlüğü pahasına söz konusu olabilmektedir. Çünkü özgürlüğün içinde saklı olan temel anlam, bireyin kendi seçimlerine bile karşı seçim geliştirebilmesiyle ilgilidir. Nasıl ki birey, doğa bilimcilerin dediği şekilde "değişim gösterdiği" için "var olma savaşımında" ayakta kalabilmektedir.⁶⁸ Benzer şekilde daha önce yaptığı/yapmadığı eylemleri, yanlışlayabildiği oranda özgürdür. Diğer bir ifade ile insanları özgür kılan, "bir miktar bile özgürlüğe sahip oldukları sürece, ne yapacaklarının tam olarak önceden kestirilemez" oluşudur.⁶⁹ Dolayısıyla hak, bireyin özgürlüğünün sınırlanması anlamına geldiği için özgür olmaya dair tek hak, özgürlükten başka bir hakkın olmaması anlamına gelen özgürlük hakkıdır.

B. Leoni'nin "hukukun üstünlüğü" kavramı üzerinden ifade ettiği şekilde tekrarlanacak olunursa "özgürlüğün kaderine idare hukukuna ilişkin teknik tartışma karar vermektedir". Dolayısıyla "hükümetin, tüm eylemlerinde önceden belirlenmiş ve ilan edilmiş kurallara bağlı olduğu" anlamına gelecek şekilde "egemenliğin zorlayıcı güçlerini belirli durumlarda nasıl kullanacağını oldukça kesin bir şekilde öngörmeyi ve kişinin bireysel işlerini buna göre planlamasını mümkün kılmak" bakımından oldukça olumlu anlamlar içeren hukukun üstünlüğü gibi bir kavram dahi, özgürlüğün karşısındaki konumu bakımından yorumlandığında, olumsuz bir değer kazanmaktadır.⁷⁰ Aynı şey, "hükümetin keyfilik, imtiyaz ve hatta geniş takdir yetkisini" kısıtlamak anlamına gelen "hukuk devleti" kavramı için de geçerlidir.⁷¹ Bu bakımdan özgürlük hakkı görüşüne göre hukuk ne kadar üstün olursa o kadar özgürlüğün kısıtlı

⁶⁷ Michael Bakunin, Sam Dolgoff, Paul Avrich ve Paul Avrich Collection (Library of Congress) (eds), Bakunin on Anarchy: Selected Works by The Activist-Founder of World Anarchism (1. Baskı, Vintage Books 1972) 76-80.

⁶⁸ Charles Darwin, Türlerin Kökeni (1. Baskı, Dorlion 2019) 70.

⁶⁹ Charles Mills, Toplumbilimsel Düşün (2. Baskı, Der 2007) 194.

⁷⁰ Friedrich Hayek, The Road to Serfdom (6. Baskı, Routledge 2006) 75-76.

⁷¹ Albert Dicey, Introduction To The Study of The Law of The Constitution (8. Baskı, Gaunt 1996) 198.

oluşundan bahsediliyor demektir. Dolayısıyla hak sahibi olmanın kapsamının genişlemesi yani hakkın konusu olan eylemlerin çoğalması, özgür olmanın kapsamının daralması yani özgürlüğün konusu olan eylemlerin azalması anlamını, hakkın taşıdığı olumlu içerekten bağımsız olarak ifade etmektedir.⁷²

Sonuç olarak “*ideal bir tip*”⁷³ olarak *özgürlük hakkı* kavramı, özgürlük ve hak kavramlarının çatışan doğası hakkında ileri sürülen görüşlerden ilkinin oluşturmaktadır. İsmi anılan düşünürlerce ifade edilen görüşe göre özgürlük ve hak ilişkisi söz konusu olduğunda esas alınması gerekenin özgürlük olduğu ve hakkın ise özgürlüğü sınırladığı ifade edilmektedir. Kısacası *özgürlük hakkı* kavramının ileri sürdüğü sav, özgürlükle çatışmayacak tek hakkın özgürlük hakkı olduğu ve özgürlük ve hak ilişkisinin böylece ele alınması gerektiridir.

III. HAK ÖZGÜRLÜĞÜ

Toplum/society denilen fenomen, “bireylerin oluşturduğu gönüllü birlik-telik” anlamına gelmektedir.⁷⁴ Ancak toplum, bireylerin toplamından öte anlamlar ifade etmektedir. Bireyler bir araya geldikleri anda, bir araya gelmeden önce var olmayan yeni olgular üretmektedirler. Bu olguların temel niteliği ise bireyin toplumsallık öncesi yapısına yani özgürlüğünün sınırlandırılmasına yöneliktir. Bireyler, toplumun bir üyesi olmak bakımından bazı şeylerin yapmanın veya yapmamanın kapsamına girdiğine yönelik bir kabulde bulunmaktadır. Bu çerçevede ele alındığında hak kavramının düştüğü düşünsel nokta, bireylerin hak sahibi olması bakımından toplumu oluşturuyor olmalarıdır.

Bu bölümde, toplum olgusunun taşıdığı anlamdan hareketle hak sahibi olmayı esas alarak hak kavramının, özgürlük kavramıyla olan ilişkisi üzerine savlar ileri süren görüşler ele alınacaktır. *Hak özgürlüğü* kavramı etrafında gelişim gösteren bu görüş, Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Kant, Hegel ve Burke başta olmak üzere birçok düşünürün ifadelerinden örneklerle analiz edilecektir.

Hak özgürlüğü görüşünün temellendiği nokta, hukuk düzenin var olmamasını ifade eden toplumsallık öncesi durum olan “doğa durumuna” yönelik (*özgürlük hakkı* görüşünün aksine) olumsuz kabullerdir. Dolayısıyla doğa durumunu ortadan kaldıran koşullar, bu görüşe göre olumlu bir anlam çerçevesinde ele alınmaktadır.

Toplumsal yapıların varlığı ile eş zamanlı olarak gelişmekle birlikte bu görüşün teorik çerçeve kazanması görece yenidir. Hobbes’un görüşleri üzerinden örneklenecek olunursa *hak özgürlüğü*, “*temel doğa yasası*” ve doğa yasasının

⁷² Bruno Leoni, *Özgürlük ve Hukuk* (1. Baskı, Hukuk 2020) 59, 75.

⁷³ Weber, *Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı* (n 32) 21.

⁷⁴ Merriam-Webster, “Society” <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/society>> Erişim Tarihi: 16.01.2023.

karşıtı olan “ikinci doğa yasası” arasındaki gerilim üzerinden ele alınmaktadır. Hobbes, “temel doğa yasasının” hâkim olduğu durumu şu şekilde ifade etmektedir; bu durumda, “herkes herkesle savaş durumu halindedir”. Bunun anlamı, herkesin “bir başkasının bedenini bile” kapsayacak eylemler bakımından özgür olmasıdır. Bu yüzden Hobbes’a göre “temel doğa yasasının” aşılması anlamına gelen “ikinci doğa yasası” ise en temel anlamıyla “barış ve kendini korumak” anlamına gelmektedir. Yani bireyler, “doğanın insanların yaşamalarına izin verdiği sürenin sonuna kadar hayatta kalma güvencesine sahip olmak” istiyorlarsa ikinci doğa yasasının belirlediği yeni şartlarda özgürlüklerini sınırlamalı yani “ancak kendisine karşı onlara tanıyacağı kadar özgürlükle yetinmelidirler”. Özgürlük ile hak ilişkisinin, hak yönünde olumlu anlam kazanması da buradan kaynaklanmaktadır. Çünkü ikinci doğa yasasının söz konusu olmasına sebep olacak olgunun adı, “karşılıklı hak devredilmesini” konu almak bakımından bir hukuk düzeninin kurulması anlamına gelen “sözleşmedir”.⁷⁵

Diğer bir ifade ile “sözleşme” söz konusu olduğunda, özgürlüğün konusu olan eylemler, hakkın belirlediği sınırlılıklar dâhilinde yeniden konumlandırılacaktır. Bunun anlamı ise bireylerin, “özgürlüklerini kendilerinden esirgemek” anlamına gelecek şekilde “egemen yapılan kişi veya meclisin istisnasız bütün eylemlerini kabul etmeleridir”.⁷⁶

Hak özgürlüğü görüşünün dile getirdiği teorik zemin ise bu esnada atılmaktadır. Hak özgürlüğü en genel anlamıyla; tek özgürlüğün hak sahibi olmak özgürlüğü olduğu durumun ideal formunu ifade eden bir kavram olarak “egemen gücün” varlığını, “yokluğu kadar zararlı” görmemektedir.⁷⁷ Başka bir deyişle, “temel doğa yasasının” geçerli olduğu durumda, herkesin özgür olması değil hiç kimsenin özgür olmaması söz konusudur. Dolayısıyla Hobbes’a göre özgürlükler, hukuk sisteminin var olması ile mümkün olan bir yapıdadır. Çünkü örneğin; temel olarak insanın özgür olması için gerekli ilk şey olan yaşamak dahi, yaşamak hakkı olmadan söz konusu olmaktan çıkabilmektedir.

Benzer bir bakış açısına Montesquieu’da da rastlamak mümkündür. Montesquieu’ya göre “insanların toplum içinde bir araya gelmeleri”, “savaş durumu” olarak da adlandırabilecek olan “doğal durumunu” sona erdirmek maksadına sahiptir. “İnsanların, toplum içinde bir araya gelmelerinden” sonra, “milletlerarası hukuk”, “siyasi hukuk” ve “medeni hukuk” gibi hukuk düzenleri üretmesi de bu bakımdan olumlu anlam kazanmaktadır. Diğer bir ifade ile herkesin özgür olduğu doğa durumunun, “savaş durumu” olarak ele alınma-

⁷⁵ Thomas Hobbes, Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti (6. Baskı, Yapı Kredi 2007) 97.

⁷⁶ Hobbes (n 75) 159.

⁷⁷ Hobbes (n 75) 138.

sı, “doğa durumunu” ortadan kaldıran hukuk düzeninin anlamına olumlu bir çerçeve çizmektedir.⁷⁸ Dolayısıyla Montesquieu’ye göre; “özgürlük, yasaların izin verdiği her şeyi yapma hakkı” olarak yeni bir anlam kazanmaktadır. Çünkü “bir vatandaşın yasaların yasakladığı bir şeyi yapabilmesini”, “diğer bütün vatandaşların da aynı güce sahip olması” bakımından “özgürlük” olarak ele almak mümkün değildir.⁷⁹

Montesquieu’nun görüşlerine göre; özgürlük ve hak, iki karşıt durum konumundadır ve hakkın esas alınması ve olumlanması söz konusudur. Çünkü hak, özgürlüğü bitiren bir nitelikte değil aksine varlığı ile insanları özgür kılan bir niteliktedir. Diğer bir ifade ile Montesquieu’ya göre hakların ortadan kalkması durumunda, özgürlükler toplumsal olarak mevcut olamayacaktır. “İstibdat yönetimi” olgusundan hareketle ifade ettiği şekilde bireyin daha fazla özgürleşmesi, diğer bireylerin haklarının engellenmesi pahasına gerçekleşebilmektedir. “İstibdat yönetimini”, “tek bir kişinin her şeyi yasaya aykırı olarak, salt kendi iradesi ve kendi geçici isteklerine göre yönetimi” yani yalnızca tek bir kişinin özgür olduğu durumdur. Dolayısıyla hak, toplumsal özgürlük için bireysel özgürlüğün sınırlandırılmasına denk düşmektedir.⁸⁰

Montesquieu’nun “istibdat yönetimi” kavramıyla ele aldığı bu örneklem, Rousseau’da daha genel bir çerçeve kazanarak; “en güçlüünün hakkı” kavramı odağında ele alınmaktadır. Özgürlüğün bireysel, hakkın ise toplumsal olarak temellendiğini oldukça doğrudan ifade eden Rousseau’ya göre; “en güçlüünün hakkı” kavramı özünde hak tanımına aykırı bir kavramdır. Çünkü güç, “insanın boyun eğmeye zorlanması” anlamını içermesi bakımından toplumsal bir anlam ifade etmemekte yani “hak sözü, güce hiçbir şey eklememektedir”. Bunun anlamı, “gücün hak yaratmaması” ve dolayısıyla “en güçlüünün hakkı” kavramının, “bu bakımdan hiçbir anlam taşıyor” oluşudur.⁸¹ Diğer bir ifade ile hak kavramı doğası gereği toplumsal bir yapıya sahip olmayı ifade etmektedir. Bu bakımdan bir bireyin bir eylem hakkındaki yapma/yapmama tercihinin, “insanların boyun eğmiş olmaları”, o tercihe hak niteliği kazandırmamaktadır.

Bu bakımdan Rousseau’nun hakkın toplumsallık içeren yapısına dair yaptığı, “genel tercih” ve “herkesin tercihi” ayrımı, hak özgürlüğü görüşünün daha iyi anlaşılmasına yardım edecek olan bir kavram görevi görebilecektir. “Genel tercihi her zaman doğru” yapan “toplumsal yararlaraya yönelik” olmasıdır. Öte yandan “herkesin tercihi” ise “özel çıkarları gözetmek” bakımından “özel istemlerin toplamından başka bir şey değildir.” Dolayısıyla “genel

⁷⁸ Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine (1. Baskı, Türkiye İş Bankası 2017) 8.

⁷⁹ Montesquieu (n 78) 197.

⁸⁰ Montesquieu (n 78) 11, 34.

⁸¹ Jean-Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi (21. Baskı, Türkiye İş Bankası 2018) 7.

tercihin” anlamı, herkesin tercihinde bulunan “*aynı tercihlerden birbirini yok eden artularla eskileri çıkarınca*” oluşan bir tercih olmasıdır. Bu bakımdan hak savunusu, “*en güçlüünün hakkı*” ve “*istibdat yönetimi*” gibi kavramları, en iyi ihtimalle “*herkesin tercihi*” olarak bireysel bir kapsamda ele alırken kendisini ise “*genel tercihin*” bir yansıması olarak konumlandırmaktadır.⁸² Neticede Rousseau’ya göre; hakkın varlığı, bireysel bir yapıda olan özgürlüğü de kapsayacak şekilde; özgürlüğün bir garantisi olarak ortaya çıkmaktadır. Toplum denilen bütünü “*parçalarını*” oluşturan bireyler, “*karşılıklı duyarlılık, içsel ahenk ve uyumluluk*” içinde “*ortak benlik*” oluşturarak birbirlerinin özgürlüklerinin garantisi olabilmektedirler.⁸³

Rousseau’nun “*toplum sözleşmesi*” kavramını, Hobbes’un “*sözleşme*” kavramını ele aldığı bağlamda ele alması da bu savı güçlendiren bir kanıt niteliğindedir. Hukuk düzeni, toplumsallığın birer ürünü olmak bakımından bireylerin özgürlüklerini garanti altına almaktadır. Toplum sözleşmesi, “*üyelerinden her birinin canını, malını, bütün ortak güçle savunup koruyan bir toplum biçimi*” olarak “*her insanın, hem herkesle birleştiği halde yine kendi buyruğunda kalmasını, hem de eskisi kadar özgür olmasını*” sağlamaktadır. Birey, “*kendini topluma bağlayarak kendi üzerinde başkasına tanıdığı hakların aynını elde ettiği*” için “*hiç kimseye bağlanmamış olmakta*” yani tercihlerinde özgür olmaktadır.⁸⁴

Başka bir bakış açısıyla *hak özgürlüğü* görüşü, hak sahibi olmak ve özgür olmak arasında nedensel bir ilişkinin varlığı üzerine yükselerek özgürlüğün esas alındığı durumda özgürlüğün hakkı ortadan kaldıracağını ileri sürmektedir. Yani Lord Acton’un “*güç yozlaştırır, mutlak güç mutlaka yozlaştırır*” sözünde popülerlik kazandığı üzere her özgürlüğün, genişleme isteği duyarak; diğer bireylerin özgürlüğünü engelleme potansiyeline sahip olduğunun altını çizmektedir.⁸⁵ Bu itibarla bu tip girişimleri engellemek üzere “*haklar sisteminin*” kurulmasını önermektedir.⁸⁶ Anayasalar bu girişimin en görünür kanıtlarıdır. T. Paine’nin sözleriyle ifade edilecek olunursa örneğin; “*İngiliz Anayasası*”, İngiltere’nin, “*asıl işi, savaş yapmak, ülke topraklarını sağa sola vermek, ülkeyi yoksullaştırmak ve halkın arasına kara kedi sokmak*” olan bir “*kral*” tarafından yönetilmesini engellemek üzere oluşturulmuştur.⁸⁷

⁸² Rousseau, Toplum Sözleşmesi (n 81) 26-27.

⁸³ Jean-Jacques Rousseau, Ekonomi Politik (2. Baskı, İmge 2015) 12.

⁸⁴ Rousseau, Toplum Sözleşmesi (n 81) 14.

⁸⁵ Jan Venter, “Power Tends to Corrupt, and Absolute Power Corrupts Absolutely: South Africa 2015” (2015) C: 54 S: 428 Word and Action= Woord en Daad 19, 19.

⁸⁶ Lord Acton. İki Devrim Üzerine (1. Baskı, Liberus 2019) 104.

⁸⁷ Thomas Paine, Sağduyu (1. Baskı, Türkiye İş Bankası 2019) 20.

Kant'ın başvurduğu “maksim” ve “yasa” ilişkisi çerçevesinde ifade edilecek olunursa “yalnız öznenin istenci için gene öznece geçerli görülme” bakımından bireysel tercihlere karşılık gelen “maksime”, bireyselliğin ötesinde anlamlar içeren “bir yasanın genelliği yüklenmek istendiğinde, uyumun tam karşıtı olan en korkunç çatışma ortaya çıkmakta ve maksimin kendisi ve amacı büsbütün yok olmaktadır”.⁸⁸ Bunun sebebi ise bireyler, “kendi maksiminin genel bir yasa olmasını isterken”⁸⁹ “herkesin tercihinin bir ve aynı olmamasıdır”.⁹⁰ Diğer bir ifade ile özgürlüğün bireysellik kapsamından çıkarılıp tüm topluma yayılmasına dayanan bir görüşün karşısında konumlanan hak özgürlüğü görüşü, özgürlükten bahsedilebilmesi için kendisine hakkın genelliğini vermek isteyen özgürlükleri, engelleyecek bir, hukuk düzenin oluşturulması gerektiğini ileri sürmektedir.

Kant'ın “ebedi barışın” söz konusu olmasına yönelik olarak örneklendiği “misafirlik özgürlüğü” ve “düşmanca muamele görmeme hakkı” ilişkisi bu savı iyiden iyiye görünür kılmaktadır. Çünkü Kant'a göre; eğer “dünya vatandaşlığı hukuku; evrensel misafirlik şartlarını sınırlandırmazsa” yani misafirlik özgürlüğü, “her yabancıının geldiği memlekette düşmanca muamele görmemesi hakkı” ile ilişki olarak ele alınmazsa barıştan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Çünkü aksi durumda bu tip bir “misafirlik özgürlüğü”, misafir etmeme hakkının karşısında belirecek ve toplumsal yapıyı bozacaktır.⁹¹

Bu bakımdan Montesquieu'da “istibdat yönetimi”, Rousseau'da “en güçlüünün hakkı” ve Kant'da “maksim-yasa” kavramları çerçevesinde görünür kılınan hak özgürlüğü görüşünün, bu örneklerle uyumlu şekilde Hegel'de bireyin kendisini, “dünyanın özü” olarak görerek; “hiçbir direnç görmeksizin dünyanın tahtına çıkmak istemesi” durumunu ifade eden “terör” kavramıyla karşılık bulduğu söylenebilir.⁹² “Hakkın temeli ve başlangıcı”, “özgürlük” olmakla birlikte “hak dizgesi/hukuk sistemi” ancak “ikinci bir doğa” olarak “türemektedir”. “Devleti” oluşturacak olan bu “türeme” neticesinde ise hakkın, özgürlüğü, “hem edimsel ve zorunluluk olarak hem de öznel bir iradenin” ürünü olarak barındırması söz konusu olmaktadır.⁹³ Diğer bir ifade ile birey, ancak ve ancak “oluş halinde olan” yani “başkalaşan” bir “varlık”⁹⁴ olmak

⁸⁸ Immanuel Kant, Pratik Usun Eleştirisi (5. Baskı, Say 2001) 41.

⁸⁹ Immanuel Kant, Ahlak Metafizikinin Temellendirilmesi (6. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu 2015) 19.

⁹⁰ Immanuel Kant, Pratik Aklın Eleştirisi (6. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu 2016) 30-32.

⁹¹ Immanuel Kant, Ebedi Barış Üzerine Felsefi Deneme (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1960) 26.

⁹² Georg Hegel, Tinin Görüngübilimi (4. Baskı, İdea 2015) 236.

⁹³ Georg Hegel, Tüze Felsefesi (2. Baskı, İdea 2013) 38, 67, 276.

⁹⁴ Georg Hegel, Mantık Bilimi (2. Baskı, İdea 2014) 87.

bakımından “gelişim ilkesi” etrafında bir “ilerleme” göstererek hukuk sistemi/“devleti” kurduğunda, “evrensel ve özsel iradenin birliğine” yani “evrensel özgürlüğe yükselmektedir”.⁹⁵

Başka bir ifade ile *hak özgürlüğü* görüşü, tüm eylemlerin hakkın konusu olmasını dile getiren bir *idealleştirme*⁹⁶ olarak bireyselliğin “ona karşı koyanları mahvetmek isteyen eğilim” anlamına gelen “*bencillığe*” düşünmesini engellemeyi amaç edinmektedir.⁹⁷ Bu bakımdan ise hak, özü itibarıyla bireyler arası “*eşitliği*” sağlamaya yönelik olarak toplum tarafından oluşturulan bir yapıyı ifade etmektedir. Burke’ün görüşleri üzerinden detaylandırılacak olunursa hak, “*farklı vasıflara sahip yurttaşlardan oluşan tüm toplumlarda*”, “*toplumu eşitlemeye çalışmakta*” ve böylece eşitsizlikleri savunmak şeklinde “*toplum denen binaya fazladan yük bindirmek*” üzere şekillenen özgürlük savunusunun karşısında konumlanmaktadır.⁹⁸ Başka bir ifade ile Burke’e göre hukuk düzeni, temel olarak bu bakımdan manalıdır. Hukuk, topluma, eşitliği sağlamaya yönelik olarak gerçekleşecek “*değişim için gerekli araçları*” sunarak bireylere “*kendisini muhafaza etme*” fırsatı sunmaktadır.⁹⁹

Kısacası, *hak özgürlüğü* kavramının kullanılmadığını belirtmekle birlikte bu görüşün, ilk örneklerinin Antik Yunan’da dile getirildiği söylenebilir. Aristoteles’in tanımı üzerinden ifade edilecek olunursa “*yargıya ve yetkeye katılma yani yasal, siyasal ve hükümete dair*” haklara sahip olan “*yurttaşlar*”, “*özgürlerdir*”.¹⁰⁰ Özgürlerin, “*çeşitli sıfatlarla toplumsal yaşama katılan köleleri, çocukları, bazen yaşlıları, yabancıları/metoikosları dışlayan*” bir yapıda olduğu bilindiğinde ise sav daha da netleşmektedir.¹⁰¹ Kısacası Antik Yunanda da “*özgürlük*”, “*hükmetme hakkının*” bir sonucu olarak belirmektedir.

Güncel literatür kontrol edildiğinde ise bu savunun *objektif hak* ve *sübjektif hak* kavramları arasındaki gerilim üzerinden yürütüldüğüne rastlamak mümkündür. “*Objektif hukuk*”, “*iradeye yetkilendirilmiş bir irade tarafından ortaya konmak suretiyle var olan hukuku*” kast eder şekilde “*belirli bir toplulukta uygulanan hukuk kurallarının tümünü*” ifade etmek bakımından “*insanın davranışlarına ölçü olmak üzere*” toplum tarafından geliştirilmektedir.¹⁰²

⁹⁵ Georg Hegel, Tarih Felsefesi (1. Baskı, İdea 2006) 47-49.

⁹⁶ Weber, Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı (n 32) 21.

⁹⁷ Arthur Schopenhauer, Nietzsche’nin Hocası Schopenhauer: Hayatı ve Eserleri (1. Baskı, Düşünen Adam 1993) 110.

⁹⁸ Edmund Burke, Fransa’daki Devrim Üzerine Düşünceler (1. Baskı, Kadim 2016) 79.

⁹⁹ Burke (n 98) 43.

¹⁰⁰ Aristoteles, Politika (2. Baskı, Remzi 1993) 70-76.

¹⁰¹ Dominique Schnapper, Sosyoloji Düşüncesinin Özünde Öteki İle İlişki (1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2005) 37.

¹⁰² Philippe Nonet, “What is Positive Law?” (1990) C: 100 S: 3 The Yale Law Journal 667, 667.

“Sübjektif hukuk” ise “bireyi kendi hayatını yönetme ve kendisi için iyi ve doğru olana karar verme konusunda tek yetkili olarak gören ve bunu mutlak ve temel bir ahlâkî talep olarak kabul eden bir anlayıştır”.¹⁰³ Diğer bir ifade ile hak özgürlüğü savunusu, yalnızca objektif hakkın mevcut olduğu “düşünsel örnek/ideal tipin” adıdır.¹⁰⁴ Objektif hukuk toplumun varlığı ile ortaya çıkmakta ve bireyin “sübjektif hakkını” yani bireyin özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Yapma ve yapmamaya dair verilen kararların öznesi toplum olan bir toplumda tek özgürlük, hak sahibi olma özgürlüğü yani hak özgürlüğüdür.

Kısacası; Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Kant, Hegel ve Burke gibi düşünürlerin görüşlerinde örnekleri sunulan hak özgürlüğü görüşü, özgürlüğü esas alan özgürlük hakkı görüşünün aksine hakkı esas alarak özgürlüğü yeniden konumlandırmaktadır. Hak özgürlüğü, bu bakımdan hakkın, özgürlüğün sınırlarını çizdiği, özgürlük ve hak ilişkisini ifade etmektedir. Yani neticede; hak özgürlüğü görüşünde savunulan temel şey, özgürlük ve hak ilişkisinin hak odaklı ele alınması gerektiğidir. Çünkü özgür olma durumu her halükarda hak sahibi olmanın engellenmesi pahasına gerçekleştirilirken aksine hak sahibi olmak özgür olma fırsatı sağlamaktadır.

SONUÇ

Özgürlük hakkı ve hak özgürlüğü kavramları, özgürlük ve hak kavramları arasındaki çatışan doğayı görünür kılan ve hukuk felsefe tarihinde Durkheim, Weber, Locke, Spencer, Mill, Stirner, Bakunin, Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Kant, Hegel ve Burke başta olmak üzere birçok düşünürün görüşlerinde karşılık bulan iki kavramdır. Bu kavramlar, sırasıyla özgür ve hak sahibi olmanın genişleyen ve birbirlerini ortadan kaldırmaya meyilli olan doğası üzerine görüş bildiren iki temel ekolü temsil etmektedir. Diğer bir ifade ile özgür ve hak sahibi olmayı esas alan iki ana düşünce yapısını yansıtan bu kavramlar, “düşünsel örnek/ideal tip” konumundadır.¹⁰⁵

Bu iki kavramın, iki “düşünsel örnek/ideal tip” olduğunu ifade etmek, kuşkusuz olarak bu iki tipin de gerçek hayatta karşılığının olmadığını ifade etmek anlamını taşımaktadır. Öte yandan bu kavramların asıl niteliği, özgürlük ve hak kavramları arasındaki çatışan doğayı görünür kılmalarıdır. Örneğin; özgürlüğün kapsamını genişletmek bakımından hakkın kapsamını sınırlandırmak anlamına gelen özgürlük hakkı, ilkel kentsel dönemlerde ve hakkın kapsamını genişletmek bakımından özgürlüğü sınırlamak anlamına gelen hak özgürlüğü, ‘Hitler Almanya’sı’ ve ‘Stalin Rusya’sında tanınır formlara bürünmüştür. Di-

¹⁰³ Cennet Uslu, “Objektif ve Sübjektif Doğal Hak Arasında Meta-Normatif İlkeler” (2011) C: 12 S: 1 Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 87, 89.

¹⁰⁴ Weber, Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı (n 32) 21.

¹⁰⁵ Weber, Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı (n 32) 21.

ğer bir ifade ile tüm bu istisnai durumların haricinde, bu kavramların *düşünsel örnekler/ideal tipler*” olduğuna dair yapılan vurgunun anlamı, insanlık tarihinin, bu iki ideal tipin ara-formlarına tanıklık ettiği bir süreçtir.

Öyleyse hukuk düzenin geniş bir kapsama sahip olduğu, yani hakkın konusu olan konuların arttığı ve artma eğiliminde olduğu 21. yüzyıl üzerinden bir değerlendirme yapılacak olunursa bu *“ideal tiplerin”* gündeme getirdiği tartışma, özgürlük kapsamının *özgürlük hakkı* görüşüne uygun şekilde sınırlandırılması yahut *hak özgürlüğü* görüşüne uygun şekilde genişletilmesi olmaktadır.

1215 tarihli Magna Carta Libertatum’dan 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisi, 1789 tarihli İnsan ve Vatandaşlık Hakları Beyannamesi ve 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bilgirisine ve oradan 1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ye kadar birçok temel uluslararası insan hakları metni esas alındığında, hakların kapsamının genişlediğini ileri sürmek mümkündür.¹⁰⁶ Bu kapsama, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı, 1987 tarihli Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi, 1992 tarihli Bölgesel veya Azınlık Dilleri Avrupa Şartı, 1995 tarihli Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme ve 1996 tarihli Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi gibi diğer örnekler de dahil edilebilecektir.¹⁰⁷

Benzer şekilde Vašák’ın *“her tarihsel etabın belirli bir hak tipine denk geldiğini”* ileri sürmek suretiyle geliştirdiği, *“kuşak hakları kategorisi”* üzerinden sav tekrarlanacak olunursa özgürlük ve hak ilişkisi, *“devletin bireysel özgürlüklere müdahale edecek hiçbir şey yapmamasını ve kabaca medeni ve siyasi haklara tekabül etmesini gerektirmesi anlamında”* birinci kuşak haklarıyla başlayarak *“çoğu sosyal, ekonomik ve kültürel hakta olduğu gibi, uygulanması için devletin olumlu eylemde bulunmasını gerektiren”* ikinci kuşak hakların oluşması ile hakkın kapsamının genişlemesi şeklinde bir seyir izlemiştir.¹⁰⁸ Gündemi meşgul eden ve *“çevre hakkı”*, *“insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkı”*, *“gelişme hakkı”* gibi haklardan oluşan *“dayanışma hakları”* ismi verilen üçüncü kuşak haklara dair tartışma ise bu eğilimin devam etmekte olduğunu göstermektedir.¹⁰⁹ Özgürlük ve hak arasındaki ilişki, hakkın kapsamına giren konuların genişlemesi üzerinden gelişim göstermektedir.

¹⁰⁶ Kadir Çüçen, “İnsan Hakları Düşüncesinin Gelişimi” (2003) C:- S: 2 Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi 27, 27-32.

¹⁰⁷ Selen Öz, İnsan Hakları Düzenlemelerinin Türk Kamu Yönetimine Etkisi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2007, 34.

¹⁰⁸ Salih Özkan, “İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi ve Kuşak Sınıflandırması” (2015) C: 5 S: 1 Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 111, 117.

¹⁰⁹ Karel Vašák, “Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law To The Universal Declaration of Human Rights” (1977) C:- S: 11 UNESCO Courier 29, 29.

Bu çalışmanın tespitini şu şekilde belirtmek mümkündür: Dünyanın yönelimi hukuk düzeninin konusu olan konuların çoğalmasında esas almakta ve özgürlük ve hak ilişkisini bu düzlemde şekillendirmektedir. Kaboğlu'nun "özgürlükler hukuku" kavramı ile oldukça belirgin bir kavramsallaştırma örneğini sunduğu bu tutum, çağdaş hukuk felsefesinde de hâkimiyet göstermektedir. Çağdaş bakış açısı, özgürlük ve hak arasındaki ilişkiyi, "özgürlüğün bir hak olduğu" varsayımına dayandırmakta ve özgürlüğün tahsisinin hukuk düzeni aracılığıyla mümkün olduğunu ileri sürerek; *hak özgürlüğü* görüşüne yaklaşan bir tavır sergilemektedir.¹¹⁰ Kısacası; 21. Yüzyıl dünyasında, hakkın konusu olan şeylerin kapsamının artıyor olması dolayısıyla bu makalenin tespiti, özgürlük ve hak arasındaki ilişkinin, hakkın kapsamının artması ile özgürlüğün kapsamının artırılmasının amaçlanması şeklinde gelişmiştir.

Sonuç olarak bu çalışmanın önerisi, özgürlük ve hak kavramı odaklı hukuk tartışmalarının, *özgürlük ve hak kavramlarının çatışan doğası* odağında tartışılmasını arttırmak ve bu ikisi arasındaki makul bir dengeyi bulmasını anlamında "gerçekleştirilecek bir hak yoksa özgürlüğün manasının kalmayacağı gibi, özgürlük yoksa hakkın da bir mana ve değerinin olmadığına" yönelik oluşturulacak yeni hukuki önerilere zemin hazırlamaktır.¹¹¹

KAYNAKÇA

Acton L, İki Devrim Üzerine (1. Baskı, Liberus 2019) 104.

Adugit Y, "Özgürlüğün Kısa Tarihi", (2013) C.- S: 16 FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi 63, 64.

Ağaoğulları M, Akal C ve Köker L, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı (4. Baskı, İmge 1994) 21.

Akıpek J, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) - Mülkiyet (2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1973).

Aristoteles, Politika (2. Baskı, Remzi 1993) 70-76.

Avrupa Birliği, "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi" <<http://cpd.org.rs/wp-content/uploads/2017/11/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf>>; <<http://www.sanliurfa.gov.tr/birlesmis-milletler-ocuk-haklari-bildirgesi>>; <<http://www.cirp.org/library/ethics/UN-declaration/>> Erişim Tarihi: 16.01.2023.

¹¹⁰ İbrahim Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku-İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı (5. Baskı, Afa 1999) 12.

¹¹¹ Hüseyin Kubalı, Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler (1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1964) 318.

Bakunin M, Dolgoff S, Avrich P ve Paul Avrich Collection (Library of Congress) (eds), Bakunin on Anarchy: Selected Works by The Activist-Founder of World Anarchism (1. Baskı, Vintage Books 1972) 76-80.

Battal A, “Mülkiyet, Hürriyet, Şahsiyet ve Bunların Mutlak’a Nisbeti” (2018) C: 7 S: 27 Muhafazakar Düşünce Dergisi 111, 111.

Bentham J, Yasamanın İlkeleri (2. Baskı, On İki Levha 2017) 2, 68.

Berlin I, “İki Özgürlük Kavramı” (2007) C:- S: 46 Liberal Düşünce Dergisi 59, 67-69.

Birleşmiş Milletler, “Çocuk Hakları Sözleşmesi”, <https://www.unicefturk.org/public/uploads/files/UNICEF_CocukHaklarınaDairSozlesme.pdf> Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Burke E, Fransa’daki Devrim Üzerine Düşünceler (1. Baskı, Kadim 2016) 79.

Cambridge University, “Individual” <<https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce-t%C3%BCrk%C3%A7e/individual?q=individual+>> Erişim Tarihi: 15.01.2023.

Cambridge University, “Individual” <<https://dictionary.cambridge.org/tr/s%C3%B6zl%C3%BCk/ingilizce/individual?q=individual+>> Erişim Tarihi: 15.01.2023.

Childe G, Kendini Yaratan İnsan, (6. Baskı, Varlık 2001) 33.

Cook S, “Coercion and Social Change” in Roland J. Pennock ve John W. Chapman (eds), Coercion, (Routledge 2017) 126., Craig L. Carr, “Coercion and Freedom” (1988) C: 25 S: 1 American Philosophical Quarterly 59.

Council of Europe, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” <https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf> Erişim Tarihi: 16.01.2023.

Çüçen K, “İnsan Hakları Düşüncesinin Gelişimi” (2003) C:- S: 2 Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi 27, 27-32.

Darwin C, Türlerin Kökeni (1. Baskı, Dorlion 2019) 70.

Dacey A, Introduction To The Study of The Law of The Constitution (8. Baskı, Gaunt 1996) 198.

Duguit L, Kamu Hukuku Dersleri (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1954) 16.

Durkheim E, Felsefe Dersleri (1. Baskı, Pinhan 2018) 180.

Durkheim E, Sosyolojik Yöntemin Kuralları (1. Baskı, Doğu Batı 2016) 32.

Evans-Pritchard E, "Religion in Primitive Society" (1953) C: 34 S: 398 Blackfriars 211, 211.

Fletcher G, "What is Punishment Imposed For?. J. Contemp" (1994) C:-, S: 5 Legal Issues 101, 110.

Gözler K, İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları (13. Baskı Ekin 2015) 154.

Gözler K, İnsan Hakları Hukuku (2. Baskı, Ekin 2018) 69.

Hart-Davis A (eds), History: The Definitive Visual Guide (DK Publishing 2012) 54-55.

Hayek F, The Constitution of Liberty (Phoenix Baskı, University of Chicago 1978) 11.

Hayek F, The Road to Serfdom (6. Baskı, Routledge 2006) 75-76.

Hegel G, Mantık Bilimi (2. Baskı, İdea 2014) 87.

Hegel G, Tarih Felsefesi (1. Baskı, İdea 2006) 47-49.

Hegel G, Tinin Görüngübilimi (4. Baskı, İdea 2015) 236.

Hegel G, Tüze Felsefesi (2. Baskı, İdea 2013) 38, 67, 276.

Hobbes T, Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti (6. Baskı, Yapı Kredi 2007) 97.

İlkiz F ve Günaydın B, "Kişilik Hakları - Medyada Etik ve Yargı Kararlar" (2006) C:- S: 2 Küresel İletişim Dergisi 1, 2.

Kaboğlu İ, Özgürlükler Hukuku-İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı (5. Baskı, Afa 1999) 12.

Kant I, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi (6. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu 2015) 19.

Kant I, Ebedi Barış Üzerine Felsefi Deneme (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1960) 26.

Kant I, Pratik Aklın Eleştirisi (6. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu 2016) 30-32.

Kant I, Pratik Usun Eleştirisi (5. Baskı, Say 2001) 41.

Kubalı H, Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler (1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1964) 318.

Leach D, "The Iron Law of What Again? Conceptualizing Oligarchy Across Organizational Forms" (2005) C: 23 S: 3 Sociological Theory 312, 329.

- Leoni B, Özgürlük ve Hukuk (1. Baskı, Hukuk 2020) 59, 75.
- Locke J, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme; Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme, Çev. Fahri Bakırcı (2. Baskı, Ebabil 2012) 9-10.
- Lopreato J ve Alston L, “Ideal Types and the Idealization Strategy” (1970) C: 35 S: 1 American Sociological Review 88, 88.
- Mabbott J, “Punishment” (1939) C: 48 S: 190 Mind 152, 152.
- Machiavelli N, Prens (2. Baskı, Anahtar Kitaplar 1994) 16.
- Madden A, Bryson J ve Palimi J, “Information Behavior in Pre-Literate Societies” in Amanda Spink ve Charles Cole (eds), New Directions in Human Information Behavior, (Springer 2006) 46.
- Malinowski B, Crime and Custom in Savage Society (1. Baskı, Humanities Press 1951) 99.
- Merriam-Webster, “Society” <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/society>> Erişim Tarihi: 16.01.2023.
- Michalowski R, “What is Crime?” (2016) C: 24 S: 2 Critical Criminology 181, 184.
- Mill J, Faydacılık (1. Baskı, Pinhan 2017) 86.
- Mill J, Özgürlük Üzerine (4. Baskı, Oda 2015) 24-25.
- Mills C, Toplumbilimsel Düşün (2. Baskı, Der 2007) 194.
- Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine (1. Baskı, Türkiye İş Bankası 2017) 8.
- Nonet P, “What is Positive Law?” (1990) C: 100 S: 3 The Yale Law Journal 667, 667.
- Öz S, İnsan Hakları Düzenlemelerinin Türk Kamu Yönetimine Etkisi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta 2007, 34.
- Özkan S, “İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi ve Kuşak Sınıflandırması” (2015) C: 5 S: 1 Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 111, 117.
- Paine T, Sağduyu (1. Baskı, Türkiye İş Bankası 2019) 20.
- Parkan B, “Negatif Haklar, Pozitif Haklar ve Mülkiyet Hakkı Üzerine” (2006) C:- S: 44 Felsefe Dünyası 159, 160.
- Psihoyos L, Hunting Dinosaurs (1. Baskı Random House 1994) 27.

Radcliffe-Brown A, "Primitive Law" in Edwin R. A. Seligman, Alvin Johnson, et al. (eds), Encyclopedia of the Social Sciences (Macmillan 1993) 202.

Reker G ve Chamberlain K, (eds), Exploring Existential Meaning: Optimizing Human Development Across The Life Span (Sage Publications 1999) 189.

Rousseau J-J, Ekonomi Politik (2. Baskı, İmge 2015) 12.

Rousseau J-J, Toplum Sözleşmesi (21. Baskı, Türkiye İş Bankası 2018) 7.

Sartre J-P, Varlık ve Hiçlik; Fenomenolojik Ontoloji Denemesi (3. Baskı, İthaki Yayınları 2010) 610.

Schelling F, İnsan Özgürlüğünün Özü Üzerine (2. Baskı, Ayrıntı 2019) 117.

Schmitter P ve Karl T, "What Democracy is... and is Not" (1991) C: 2 S: 3 Journal of Democracy 75, 82.

Schnapper D, Sosyoloji Düşüncesinin Özünde Öteki İle İlişki (1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2005) 37.

Schopenhauer A, Nietzsche'nin Hocası Schopenhauer: Hayatı ve Eserleri (1. Baskı, Düşünen Adam 1993) 110.

Slanski K, "The Law of Hammurabi And Its Audience" (2012) C:- S:24 Yale JL & Human 97, 104-105.

Solomon R, "Punishment", (1964) C: 19 S: 4 American Psychologist 239, 239.

Spamer E, "Know Thyself: Responsible Science and The Lectotype of Homo Sapiens Linnaeus, 1758" (1999) C:- S: 149 Proceedings of the Academy of Natural Sciences of Philadelphia 109, 112.

Spencer H, Devlete Karşı İnsan (1. Baskı, Litera 2016) 41-42.

Stirner M, Biricik ve Mülkiyeti (2. Baskı, Kaos 2016) 38, 453.

Sullivan H, "The Illusion of Personal Individuality" (1950) C: 13 S: 3 Psychiatry 317, 330.

Szondi L, "The Way to Manhood" (1996) C: 96 S: 2 Thalassa 39, 57.

Thoreau H, Sivil İtaatsizlik (3. Baskı, Kafekültür 2013) 19.

Toby J, "Is Punishment Necessary" (1964) C:- S: 55 J. Crim. L. Criminology & Police Sci. 332, 332.

Türk Dil Kurumu, "Hukuk" <<https://sozluk.gov.tr/?kelime=hukuk%20s%C3%B6z%20l%C3%BC%20C4%9F%C3%BC>> Erişim Tarihi: 15.01.2023.

Türk Hukuk Lûgati, Türk Hukuk Kurumu (3. Baskı, Başbakanlık 1991) 110.

- Umar B, Hukuk Başlangıcı (1. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi 1997) 147.
- Uslu C, “Objektif ve Sübjektif Doğal Hak Arasında Meta-Normatif İlkeler” (2011) C: 12 S: 1 Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 87, 89.
- Vašák K, “Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law To The Universal Declaration of Human Rights” (1977) C:- S: 11 UNESCO Courier 29, 29.
- Venter J, “Power Tends to Corrupt, and Absolute Power Corrupts Absolutely: South Africa 2015” (2015) C: 54 S: 428 Word and Action= Woord en Daad 19, 19.
- Waldo E, Doğa (1. Baskı, Zeplin Kitap 2020) 12.
- Weber M, Bürokrasi ve Otorite (1. Baskı, Adres 2017) 48.
- Weber M, Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı (2. Baskı, Cem 2014) 21.
- Weisdorf J, “From Foraging To Farming: Explaining The Neolithic Revolution” (2005) C:19 S: 4 Journal of Economic Surveys 561, 561.
- Zetzel J (eds), On the Commonwealth: and, On the Laws (1. Baskı, Cambridge University 1999) 112.

II. MEŞRUTİYET DÖNEMİ ve KANUN-I ESÂSÎ: SİYASAL SİSTEM TARTIŞMALARI EKSENİNDE BİR İNCELEME

*Constitutional Monarchy II and Kanun-ı Esâsî:
An Analysis in the Context of the Political System Discussions*

Fatma SARIASLAN*

Özet

Hükümet sistemlerinin niteliğinin tespiti türedi bir süreç olmayıp, belirli bir tarihsel bağlamı olan siyasal dönüşümlerin ortaya çıkardığı sorunlara verilen cevap niteliği taşımaktadır; dolayısıyla dinamik bir sürecin ürünüdür. Bu durum dünyanın her yerinde olduğu gibi Türkiye için de geçerlidir. Siyasi ve hukuk tarihimizin ilk Anayasası olan 1876 Anayasası (Kanun-ı Esâsî) çerçevesinde ortaya çıkan ilk yapılanma, siyasi gücün daha ziyade monarşi ve bürokrasi arasında paylaştırıldığı parlamenter sistem benzeri bir nitelik göstermiştir. Birinci ve İkinci Meşrutiyet dönemlerinin, gerek yürütmenin yasama organı ile gerekse yürütmenin unsurlarının kendi içerisindeki ilişkiler bağlamında sürekli bir devinim ve kuvvet kaymaları ile dolu bir zaman dilimi olduğu aşikârdır. Bu dinamik ve devingen süreçte, 1909 değişikliklerini mümkün kılan 23 Temmuz 1908 tarihli İkinci Meşrutiyet, Osmanlı yönetim sistemine ilk defa gerçek anlamda parlamenter bir nitelik kazandırması açısından önemli bir dönüm noktasıdır. Bu bağlamda günümüzde 1982 Anayasasında yapılan değişiklikler ekseninde ortaya çıkan tartışmaların tarihsel ipuçlarının yakalanması anlamında İkinci Meşrutiyet dönemi ziyadesiyle önemlidir. Çalışma bu perspektifle, hukuk tarihimizin ilk anayasası ile inşa edilen ve 1877’de kesintiye uğramakla birlikte İkinci Meşrutiyetle tekrar dirilen Osmanlı parlamento deneyimini öne çıkaran yönleriyle ortaya koymak ve günümüz tartışmalarına tarihsel bir zemin olmak amacıyla kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: 1876 Anayasası (Kanun-ı Esâsî), Meşrutiyet, Meclis, Parlamenter sistem, Başkanlık sistemi.

Abstract

Determining the nature of government systems is not an upstart process but a response to the problems posed by political transformations with a specific historical context; therefore, it is the product of a dynamic process. This situation is valid for Turkey as well as all over the world. The first structuring that emerged within the framework of the Constitution of 1876 (Kanun-ı Esâsî), the first Constitution of our political and

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 13.11.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, fatma.sariaslan@medeniyet.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9295-6477>

legal history, showed a parliamentary system-like nature in which the political power was instead shared between the monarchy and the bureaucracy. The First and Second Constitutional Monarchy periods were full of constant movement and power regarding the relations between the executive and the legislative body and the executive elements. In this dynamic and dynamic process, the Second Constitutional Monarchy of 23 July 1908, which made the 1909 changes possible, was a significant turning point giving the Ottoman administrative system a truly parliamentary character for the first time. In this context, the Second Constitutional Period is crucial in catching the historical clues of the debates that emerged in the axis of the changes made in the 1982 Constitution. With this perspective, the study was written to put forward the Ottoman parliamentary experience, built with the first constitution of our legal history and interrupted in 1877, resurrected with the Second Constitutional Monarchy, and to be a historical ground for today's debates.

Key Words: The Constitution of 1876 (Kanun-ı Esâsi), Constitutional monarchy, parliament, Parliamentary system, Presidential system.

GİRİŞ

Siyasi ve hukuk tarihimizin ilk anayasası olan 1876 Anayasasının (Kanun-ı Esâsi) ortaya çıkışının tarihsel dinamiği, III. Selim döneminde başlayan reform hareketlerine dayanmaktadır. Bu dönemde yaşanan bazı gelişmeler mutlak iktidarın sınırlandırılması gerekliliğini ortaya koymuştur. Ancak iktidarın sınırlandırılması sınırlı düzeyde olmuştur.¹ Öyle ki, Kanun-ı Esâsi çerçevesinde ortaya çıkan tablo, siyasi gücün daha ziyade monarşi ve bürokrasi arasında paylaştırıldığı bir nitelik arz etmiştir. Bu sınırlı güç paylaşımı, her ne kadar hukukî temelini padişahın tek yanlı iradesinden almış bile olsa, Osmanlı idari yapısının temel dinamiği olan mutlak monarşiden meşruti monarşiye evrilme döneminde önemli bir kilometre taşıdır. Nitekim Anayasanın hayata geçtiği Birinci Meşrutiyetle birlikte, demokratik rejimlerin vazgeçilmez unsurları olan seçim ve parlamento Türk Siyasal Hayatında önemli yerler edinmişlerdir. Bununla birlikte, Kanun-ı Esâsi ile getirilen yeni siyasal düzen, gerçek anlamda bir demokratik sistemin tümüyle tesis edildiği anlamına gelmemektedir. Zira Birinci Meşrutiyette, kanun tekliflerinin padişah tarafından uygun bulunması koşuluna bağlandığı ve Heyet-i Vükela'nın sultandan gayri kimseye karşı sorumlu olmadığı bir sistem teşkil edilmiştir. Dolayısıyla getirilen sistem, meclisin varlığı sayesinde kısmen törpülenmiş bir mutlak monarşi izlenimi vermektedir.

Birinci ve İkinci Meşrutiyet dönemlerinin, padişah ve onun belirlediği Heyet-i Vükela (Bakanlar Kurulu) yürütme organı olarak kabul edildiğinde; hem yürütmenin yasama organı olan Meclis-i Umumi ile hem de yürütmenin unsurlarının yani padişahın ve Heyet-i Vükela'nın kendi aralarındaki ilişki bağlamında sürekli bir devinim ve kuvvet kaymaları ile dolu bir zaman dilimi

¹ Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)* (Afa 1996) 24-25.

olduğu aşıkârdır. Bu dinamik ve devingen süreçte, 1909 değişiklikleri siyasi güç erklerinin düzenlenişi bağlamında önemli bir kırılma noktasıdır. Nitekim Kanun-ı Esâsi'ye göre yürütme erkinin bir kanadı olan Heyet-i Vükela başlangıçta padişaha karşı sorumluyken, 1909 değişiklikleriyle Meclis'i Mebusan'a karşı sorumlu hale gelmiştir ve artık Meclis-i Mebusan güvensizlik oyu ile Heyet-i Vükela'yı düşürebilecektir. Ayrıca Kanun-ı Esâsi'nin ilk halinde yer alan kanun teklif etmek için padişahın izin alma şartı kaldırılmıştır. Yine bu değişikliklerle birlikte padişahın mutlak veto yetkisi, geciktirici ve zorlaştırıcı veto yetkisine dönüştürülmüştür.² Buna ilaveten 1909 değişikliğiyle padişahın milletlerarası antlaşma imzalama yetkisi Meclis-i Umumi'nin onayına bağlanmıştır. Yine 1909 değişikliğiyle sadrazamın, Padişah tarafından atanması usulüne devam olunmakla birlikte, Heyet-i Vükela sadrazam tarafından belirlenecektir. Böylece sistem söz konusu 1909 değişiklikleriyle artık parlamenter hükümet sisteminin özelliklerini taşır hale gelmiştir.³ Bu anlamda 1909 değişikliklerini mümkün kılan 23 Temmuz 1908 tarihli II. Meşrutiyet, Osmanlı yönetim sistemine ilk defa gerçek anlamda parlamenter bir nitelik kazandırması açısından önemli bir dönüm noktasıdır. Dolayısıyla sonraki dönemlerin siyasal gelişmelerini anlamaya ve sağlıklı bir biçimde değerlendirmeye yarayacak ipuçlarının yakalanması bağlamında İkinci Meşrutiyet dönemi, Türk siyasal hayatı kadar Türk hukuk tarihi için de ziyadesiyle önemlidir.

Öte yandan 1982 Anayasasında 2017 değişiklikleriyle başkanlık sistemi özellikleri gösteren ve kendine özgü bir model olarak ortaya çıkan cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi hayata geçirilmiştir. Bu sistemle birlikte Türkiye 1909 Kanun-ı Esâsi değişiklikleriyle başlayan yüz yıllık parlamenter sistemi geleneğinden ayrılmış ve yeni bir hükümet modeline geçmiştir. Bu modelin 9 Temmuz 2018 tarihinden itibaren fiilen uygulanmaya başlamasıyla birlikte Türkiye gündeminde parlamenter sistem ile başkanlık sistemi arasında, hangisinin daha etkin ve faydalı olduğuna ilişkin tartışmalar yaşanmaya başlamıştır. Tartışmaların merkezinde ise çoğunlukla meclisin yürütme erki karşısında yetkileri ve etkinliğinde yaşanan değişim bulunmaktadır. Dolayısıyla bu çalışma, anılan tartışma ortamında Türkiye'nin ilk temsili demokrasi deneyimini yaşadığı ve mutlak monarşiden meşrutî monarşiye, oradan da cumhuriyete evrilen süreçte ilk Anayasa ile hayata geçen Osmanlı parlamento deneyimini öne çıkaran yönleriyle ortaya koymak ve günümüz tartışmalarına tarihsel bir zemin olmak amacıyla kaleme alınmıştır. Bu itibarla çalışmada II. Meşrutiyet dönemi, 1876 Anayasası (Kanun-ı Esâsi) ve Osmanlı Parlamentosu çerçevesinde mercek altına alınmakta; Kanun-ı Esâsi'de yapılan 1908 değişiklikleri bir sistem inşası olarak değerlendirildiğinden bu değişikliklerle oluşan siyasal

² Kemal Gözler, *Kısa Anayasa Hukuku* (Ekin 2018) 126; Tanör *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)* (n 1) 149.

³ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Ekin 2011) 20-21.



yapı üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu çerçevede ilk bölümde hükümetlerin örgütlenme biçimine göre siyasi yönetimlerin sınıflandırılmasına yer verilmektedir. İkinci bölümde, Kanun-ı Esâsî'nin ilan edilmesine yol açan gelişmelerle ilgili süreç mercek altına alınmakta ve siyasal erklerin dağılımı bağlamında Kanun-ı Esâsî'nin niteliğine değinilmektedir. Üçüncü bölümde ise, II. Meşrutiyet sürecinin mimarları olarak kabul edilen Jön Türk hareketine yer verilmekte ve meşrutiyetin ilanı ile birlikte Kanun-ı Esâsî'nin yeniden kabulüne ve parlamentonun yeniden açılışına değinilmektedir. Dördüncü ve son bölümde ise yasama-yürütme erkleri arasındaki ilişkiler bağlamında önemli bir kırılma noktası olan 1909 Anayasa değişiklikleri ile siyasi aksiyonun düşünsel arka planında yer alan parlamentodaki siyasi hareketlere değinilmekte ve 1909 değişiklikleri sonrasında Türk siyasal yönetim sisteminde yaşanan gelişmeler süreklilik ve değişim bağlamında tartışılmaktadır.

I. HÜKÜMETLERİN ÖRGÜTLENME BİÇİMİNE GÖRE SİYASİ YÖNETİMLERİN SINIFLANDIRILMASI

Siyaset, birçok tanımın yanı sıra, toplumda üretilmiş değer ve varlıkların bağlayıcı karar alma yetkesini haiz otoritelerin müdahalesiyle bölüşümü olgusu olarak da tanımlanmaktadır.⁴ Buradan hareketle, siyasal sistemi bütün bir toplum adına toplumun değer ve kaynaklarının bölüşümü ve dağıtımına ilişkin bağlayıcı kararlar alan ve alınan kararları kendi buyruğundaki kurumlar aracılığıyla uygulayan yapı olarak nitelendirmek mümkündür.⁵ Bu uygulamanın meşru fiziki zora yani şiddete başvurma tekeline dayalı olarak yapılıyor olması siyasal sistemi, toplumdaki diğer ilişkilerin oluşturduğu sistemlerden ayıran en önemli ölçüt olarak karşımıza çıkarmaktadır.⁶

Egemenliğin dayanağının bizatihi toplumu oluşturan bireyler olduğu demokratik sistemlerde, egemenliğin kendisinden ziyade 'egemenliğin kullanımı'nın temsilciler aracılığıyla kullanılması söz konusudur. Bu türden bir egemenlik kullanımının nasıl olacağı hususu çağdaş yönetim sistemlerinde devlet biçimlerini belirlediği gibi, aynı zamanda hükümetin örgütlenme biçimlerinde de belirleyici olmaktadır. Dolayısıyla temsili demokrasi, anayasal monarşi veya cumhuriyet şeklinde devlet biçimlerinde hayata geçebileceği gibi; parlamenter, başkanlık veya yarı-başkanlık şeklinde hükümet örgütlenmelerinde uygulama alanı bulabilmektedir. Hükümetlerin örgütlenme şekilleri ya da hükümet sistemleri, yürütme, yasama ve yargı kuvvetlerinin hangi organlarca nasıl kullanılacağı ve bu kuvvetler arasındaki ilişkilerin adının konulduğu

⁴ David Easton, *A System Analysis of Political Life* (Wiley 1965).

⁵ Cemil Oktay, *Siyasal Sistem ve Bürokrasi: Yükselen İstемler Karşısında Türk Siyasal Sistemi ve Kamu Bürokrasisi* (Der 1997) 15.

⁶ Max Weber, *Sosyoloji Yazıları* (İletişim 1998) 132.

somut bir mecra niteliği taşımaktadır.

Hükümet sistemlerinin anlaşılması noktasında en genel ve yararlı tasnif, ‘başkanlık sistemi’ ve ‘parlamentar sistem’ olarak öne çıkan ikili sınıflandırmadır. Bunlara iki sistemin de bazı özelliklerini barındıran “rasyonelleştirilmiş parlâmentarizm”⁷ şeklinde de tanımlanan yarı-başkanlık sistemini de eklemek gerekir. Bu sınıflandırmanın temelinde kuvvetler ayrılığı ilkesi bulunmaktadır. Bu ilke, devlet iktidarını sınırlandırmak ve vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini korumak amacıyla devlet yapılanmasındaki üç ayrı kuvvetin (yasama, yürütme ve yargı) birbirinden bağımsız olan üç ayrı organa verilmesi gerekliliğini içermektedir. Bu perspektifle, başkanlık sistemi ‘sert kuvvetler ayrılığı sistemi’; parlâmenter sistem ise ‘yumuşak kuvvetler ayrılığı sistemi’ içerisinde sınıflandırılır. Her iki sistemde de yargının her halükarda diğer organlardan bağımsızlığı kabul görür; ancak yasama ve yürütme ilişkileri açısından farklılıklar söz konusudur. Zira yumuşak kuvvetler ayrılığı sisteminde, yasama ve yürütme yetkileri kural olarak iki ayrı organa verilmişse de, bu organlar birbirinden tam olarak bağımsız olmayıp, yer yer iç içe geçmişlerdir. Dolayısıyla aralarında karşılıklı bir işbirliği söz konusudur ve birbirlerinin hukukî varlıklarına son verme olanağına da sahiptirler.⁸ Diğer taraftan sert kuvvetler ayrılığı sisteminde ise, yasama ve yürütme kuvvetleri birbirinden mutlak bir şekilde ayrılmış ve iki ayrı organa verilmiştir. Birbirlerinin varlıklarına son veremeyen bu organlar karşılıklı olarak birbirinden, gerek kaynak bakımından, gerek varlıklarını sürdürme bakımından bağımsızdır.⁹ Kuvvetler birliği ilkesi temelinde ise, yasama ve yürütme kuvvetlerinin yasama organında birleştiği “meclis hükûmeti” veya “konvansiyonel rejim” ile bu iki kuvvetin yürütme organında birleştiği “mutlak monarşi” veya “diktatörlük” şeklinde bir sınıflandırma yapılmaktadır.

Parlamentar sistem, adından da anlaşılacağı üzere parlamento/meclis yani yasama organı ağırlıklı bir sistemdir. Parlamento, yasama gücünün merkezi olmanın ötesinde içinden yürütme gücünün çıktığı temel organ hüviyeti taşımaktadır. Nitekim iki kanatlı olan yürütmenin bir kanadındaki başbakan aynı zamanda bir parlamento üyesi yani milletvekilidir. Yürütmenin bu kanadında başbakanla birlikte bulunan bakanlar da ancak istisnai durumlarda yasama organının dışından atanabilirler. Yürütme organının diğer kanadında yer alan devlet başkanının¹⁰ yetkileri ise sembolik bir nitelik taşır; esas yürütme yetki-

⁷ Kemal Gözler sınıflandırmasında, Mirkine-Guetzevitch’e atfen yarı-başkanlık sistemi için bu nitelendirmeyi kullanmaktadır. Bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (Ekin 2010) 621.

⁸ ibid 587-588.

⁹ ibid 570.

¹⁰ Devlet başkanı parlamenter sistemin uygulandığı devletin biçim ve yapılanmasına göre çeşitlilik arz edebilir. Örneğin monarşi ise “veraset” ve “hanedan” kurallarına göre belirlenen



sini başbakan ve bakanlardan oluşan hükümet kullanır. Parlamenter sistemde yalnızca parlamento seçimle işbaşına gelir, dolayısıyla “sandık meşruiyeti”ne sahip olan yegâne kurum parlamentodur. Bu sistemde çoğu zaman, hükümeti kuran parti parlamentoyu da kontrol eder. Bir anlamda yürütme ve yasamanın bir ölçüde çakıştığı böylesi durumlarda kuvvetler ayrılığının zayıf olduğu söylenebilir.

Başkanlık sisteminde ise yürütme tek kişiden müteşekkildir. Bu kişiyi yani “Başkan”ı parlamenter sistemin aksine direkt olarak halk seçer, yani yürütmenin teşekkülünde meclisin bir rolü bulunmamaktadır. Bu sistemde yasama ve yürütme organları arasında bir takım denetleme ve dengeleme mekanizmaları olmakla birlikte, birbirlerinin varlıklarına son vermeleri söz konusu değildir.

Hükümet örgütlenme biçimleri bağlamında, bu iki sistemin yanında bir de tipik örneği Fransa’da uygulanan ‘yarı-başkanlık sistemi’ bulunmaktadır. Yarı-başkanlık sistemi yukarıda anılan iki sistemin karma bir modelidir.¹¹ Bu sistemde yürütme iki başlı bir niteliğe sahiptir; bir yanda -başkanlık sistemine benzer biçimde- doğrudan seçmenler tarafından seçilmiş ve dolayısıyla parlamentoya karşı herhangi bir siyasal sorumluluğu olmayan bir devlet başkanı, diğer yanda -parlamenter sisteme benzer biçimde- yasama organındaki çoğunluk temelinde devlet başkanı tarafından atanan ve siyaseten parlamentoya karşı sorumlu olan bir başbakan ve onun kabinesi. Yarı-başkanlık sisteminde devlet başkanı ile başbakanın aynı partiden gelmesi gerekmez. Bu durum, yani bir partiden olan bir başkanın başka bir partinin çoğunluğu oluşturduğu yasama organıyla karşı karşıya gelmesi “kohabitasyon” (birlikte varolma) olarak nitelendirilir.

Siyasal sistemin oluşumu ya da kabulü, belirli bir tarihsel bağlamı olan, siyasal, sosyolojik, kültürel ve de ekonomik dönüşümlerin ortaya çıkardığı sorunlara verilen cevapların toplamıyla ilgilidir; dolayısıyla canlı, dinamik bir sürecin ürünüdür. Bu bağlamda kuvvetler ayrılığı ilkesi Britanya’da ve Fransa’da burjuvazinin gelişmesi ve siyasi güç elde etmesiyle ilintili iken, Amerika’da ise bağımsızlık sonrasında kendine has koşullarında yürütme ve yasama gücü arasında bir denge mekanizması oluşturulmasının bir gereği olarak ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, bu ülkelerin sosyal, siyasal ve kültürel yapıları, kuvvetlerin gerek düzenlenişi gerekse birbirleriyle ilişkilerinin bir uzantısı olarak dağılımları üzerinde belirleyici olmuş ve bu ülkelerin hükümetlerinin örgütlenme biçimlerinde parlamenter, yarı-başkanlık ve başkanlık sistemleri

“monark” (yani “kral” ya da “kraliçe”); cumhuriyet ise parlamento tarafından seçilen bir “cumhurbaşkanı” oturur.

¹¹ Yarı-başkanlık sisteminin ortaya çıkma süreci için bkz. Michael G. Roskin, *Çağdaş Devlet Sistemleri: Siyaset, Coğrafya, Kültür*, (Adres 2020) 118; John McCormick, *Karşılaştırmalı Siyaset ve Yönetim Sistemleri*, (Felix 2020) 254-255; Atilla Yayla, *Karşılaştırmalı Siyasal Sistemler* (Adres 2017) 71.

olarak farklılaşma söz konusu olmuştur.

Yukarıda bahsedilen tarihsel bağlam ve muhtelif koşulların belirleyiciliği elbette Türkiye için de geçerlidir. Dolayısıyla Türkiye’de benimsenen siyasi sistem ya da sistemlerin açıklanması noktasında Türk siyasi hayatı açısından önemli bir merhale olan İkinci Meşrutiyet dönemi dikkate değerdir. Bu çerçevede, söz konusu dönemde yürürlükte olan Kanun-ı Esâsî ve bu hukuki metne ilişkin fevkalade önemli sonuçlar doğuran 1909 değişikliklerinin mercek altına alınması önem arz etmektedir.

II. 1876 ANAYASASI (KANUN-I ESÂSÎ) VE İKİNCİ MEŞRUTİYET DÖNEMİ

A. Kanun-ı Esâsî’nin İlan Edilişi

1870’lerin ilk yılları Osmanlı yönetiminin derin bir bunalım yaşadığı bir dönemdir. Her şeyden önce, Âli Paşa’nın ölümüyle birlikte Bab-ı Âli ciddi bir otorite boşluğu geçirmekte ve Mahmut Nedim Paşa ve Mithat Paşa hizipleri arasındaki rekabet kızışmaktadır.¹² Böyle bir ortamda önce Bosna-Hersek, ardından da Bulgaristan ayaklanmaları mevcut durumu daha da zorlaştırmıştır. Bu süreçte, Yeni (Genç) Osmanlı düşüncesini benimseyenlerin “meşrutiyet”, “anayasa” gibi kavramlarla ifade ettikleri yeni bir rejim arayışı canlanmaya başlamıştır. 1876 yılının Mayıs ayına gelindiğinde ise Mithat Paşa’nın önderliğini yaptığı anayasacıların yönlendirmesiyle imparatorluğun kalbinde ortaya çıkan *Talebe-i Ulum* hareketiyle ilk fitil ateşlenmiş olacaktır. Bu olay, birkaç gün içinde Mahmud Nedim Paşa’nın Bab-ı Âli’den uzaklaştırılmasına ve Sultan Abdülaziz’in de yönetimden el çektilmesine neden olacaktır. Ancak ifade etmek gerekir ki, *Talebe-i Ulum* hareketi ve peşi sıra yaşananlar, her ne kadar meşrutî bir rejim kurmak hedefiyle gerçekleştirilse de, her yönüyle bir askeri darbe niteliği taşımaktaydı.¹³ Bununla birlikte Osmanlı ahalisinin temsilini teminen bir parlamentonun açılması ve iktidarın bir anayasa ile sınırlandırılması dönemin koşulları düşünüldüğünde ciddi bir dönüşüm demektir ve kökenleri Tanzimat sonrasında yayılan Yeni Osmanlı düşüncesinin fikri temellerini taşıyan “ihtilalci” bir zihniyetin ürünüydü. Nitekim 1789 Fransız İhtilali sonrası fikirlerinden beslenen ve Tanzimat’ın entelektüel sınıfın gelişimini mümkün kılan ortamında ortaya çıkan Yeni Osmanlılar, Osmanlı’nın mutlakiyetçi bir anlayışla ıslah edilemeyeceği, hükümdar ve tebaası arasında tesis edilecek bir anayasa ile bütün idari konuları ve kanunlar çıkartacak temsili bir hükümetin

¹² Davison, Âli Paşa’nın ölümünü izleyen beş yılı “kaos dönemi” olarak nitelendirir. Bkz. Roderic H. Davison, *Osmanlı İmparatorluğu’nda Reform, 1856-1876* (Agora 2005) 281.

¹³ Cemil Oktay, *Siyaset Yazıları: “Hum Zamirinin Serencamı” ve Diğerleri* (Der 1998) 33; Mehmet Ö. Alkan, ‘Önsöz: Darpsız Darbesiz Demokrasi...’, içinde Mehmet Ö. Alkan (haz.), *Osmanlı’dan Günümüz Darbeler* (Tarih Vakfı Yurt 2016) vii.



kurulmasının gerekli olduğu fikrini savunmuşlardı.¹⁴ Bu türden bir dönüşüme Osmanlı idarecilerinin rıza göstermesi ise, Balkanlar'daki isyan girişimleri ve harbin neden olduğu buhranla birlikte mümkün olmuştur. Nitekim bu süreçte Avrupa diplomasisi, Osmanlı idaresine Balkanlar'da ciddi bir ıslahat yapılması ve savaşın durdurulması yönündeki taleplerini iletmekte ve Osmanlı ağır baskı altında kalmaktaydı. Balkanlar'da ıslahat ve özerklik taleplerine ilişkin uluslararası baskıyı bertaraf edebilecek yanıt, anayasayı ilan etmek ve meclis açmak olarak görülmüştür. Abdulaziz'i hal' edenler, önce Anayasayı ilan etme amacına V. Murad ile ulaşabileceklerini ummuşlardı.¹⁵ Ancak sağlığı gerekçesiyle hal' edilen V. Murad'ın yerine, meşruti rejimi taahhüt eden Sultan II. Abdülhamid saltanat makamına geçmiştir. II. Abdülhamid tahta çıktıktan sonra güvencesini verdiği rejimi tesis etmek için anayasa taslağı hazırlamak üzere Midhat Paşa liderliğinde bir komisyon oluşturmuştu. Ve nihayet 23 Aralık 1876'da (7 Zilhicce 1293) Heyet-i Vükelâ'dan geçen Kanun-ı Esâsi metni, padişahın onayından sonra Osmanlı Devleti'nin ilk anayasası olarak ilân edilmiştir. İlan tarihinin İstanbul'da tertiplenen ve büyük devletlerin katıldığı Tersane Konferansı'na tekabül etmesi dikkate değerdir.¹⁶ Bu haliyle Kanun-ı Esâsi'nin ilanının bir anlamda bir hikmet-i hükümet (*raison d'etat*) girişimi olarak değerlendirilmesi mümkündür.¹⁷ Öte yandan süreci salt dış baskıların bertaraf edilmesi için devlet aklının işletilmesiyle açıklamak da yetersiz olacaktır. Nitekim meşrutiyet taleplerinin Abdülaziz'in hükümdarlığının ilk yıllarına değin uzandığı ve Yeni (Genç) Osmanlılar hareketinin bu türden taleplerin odağını oluşturduğunu ve bu kadronun Mithat Paşa tarafından yürütülen önderliğini hatırdan çıkarmamak gerekir.

Ne var ki Kanun-ı Esâsi'nin ilanı ve Birinci Meşrutiyet'in hayata geçmiş olması uluslararası güçlerin Osmanlı'nın gayrimüslim tebaasına ilişkin baskılarını hafifletmiş olsa da; Rusya'nın Balkanlardaki siyasetini değiştirmesinde etkili olamamış; 93 Harbi ile Osmanlı İmparatorluğu ciddi bir sıkışmışlıkla karşı karşıya kalmıştır. Sahadaki bu olumsuz durum ve bunların Meclis-i Meb'ûsan'daki yansımaları, Osmanlı parlamentolarının kaderinde de etkili olmuş ve II. Abdülhamid Kanun-ı Esâsi'nin 7. maddesinin kendisine verdiği yetkiye dayanarak meclisi fesh etmiştir. Böylelikle Osmanlı'nın ilk meşrutiyet tecrü-

¹⁴ Feroz Ahmad, *Bir Kimlik Peşinde Türkiye* (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2019) 39-40.

¹⁵ Edhem Eldem, 'Resimli Basında 1876 Darbesi', içinde Mehmet Ö. Alkan (haz.), *Osmanlı'dan Günümüz Darbeleri* (Tarih Vakfı Yurt 2016) 33-34.

¹⁶ Konferans görüşmeleri sürerken aniden top sesleri duyulmuş ve delegeler paniğe kapılmışlardır. Bunun üzerine Harbiye Nazırı Saffet Paşa padişahın anayasayı kabul ederek yeni bir idari sisteme geçtiklerini, azınlıkların haklarının anayasal güvence altına alındığını söyleyip artık konferansın bir amacının kalmadığını bildirerek salonu beraberindeki heyetle birlikte terk etmiştir.

¹⁷ Oktay Siyaset Yazıları: "Hum Zamirinin Serencamı" ve Diğerleri (n 13) 35.

besi son bularak yeniden mutlakıyet rejimi dönemi başlamıştır.¹⁸

B. 1876 Anayasası (Kanun-ı Esâsî) ve Kuvvetler Ayrılığı

1876 Kanun-ı Esâsîsinin¹⁹ ilk halinde yasama, yürütme ve yargı ayrı ayrı düzenlenmiş olmakla birlikte, her biri padişahın uhdesine kalmaya devam etmiştir, dolayısıyla bilinen anlamıyla kuvvetler ayrılığından söz etmek mümkün değildir. Ayrıca Kanun-ı Esâsî’de padişahın sorumluluğuna ilişkin herhangi bir ifade bulunmuyordu ve bu durum yani padişahın sorumsuzluğu 5. madde ile hüküm altına alınmıştı.²⁰ Yine bu doğrultuda Anayasanın 7. maddesinde ise mebusların tayinleri ve azilleri, diğer devletlerle antlaşma tesisi, savaşın ve barışın ilânı, cuma hutbelerinde adının zikredilmesi, silahlı kuvvetlerin yönetimi, Meclis-i Umûmî’nin toplanması ve tatili, Hey’et-i Meb’ûsan’ın feshi gibi hususlar padişahın dokunulmaz hakları arasında sayılıyordu.²¹ Bu noktadan hareketle, Kanun-ı Esâsî’nin hükümdarın egemenliğine anayasal bir zemin sağladığı ve padişahın şahsında tecessüm eden kuvvetler birliğine bir dayanak olduğu dahi söylenebilir. Buna ilaveten, Kanun-ı Esâsî’nin 46, 53, 54 ve 60. maddeleri de padişahın yasama üzerindeki hâkimiyetine ve kuvvetler ayrılığının hilafına hükümler vazetmekteydi. Nitekim 46. madde uyarınca Meclis’in açılışında sadrazam huzurunda parlamento üyelerine padişaha sadakat yemini ettirilmesi anayasanın güçler ayrılığı ilkesinin uzağında olduğuna işaret eden başka bir noktadır. Yine bu kapsamda, 53. ve 54. maddelere göre, padişahın egemenliği altındaki Heyet-i Vükela herhangi bir konuda yasa teklifi verme hakkını haizken, A’yân ve Meb’ûsan Meclisleri ancak ‘kendi görev alanları’ ile ilgili konularda yasa teklifi vermeye yetkiliydi. Öyle ki bu teklif, Sadrazam tarafından padişahın iznini almak üzere kendisine iletilir ve izni alınırdı. Hükümdar tarafından izin verilse dahi, parlamentolardan önce Şûrâ-yı Devlet devreye girerdi. Nitekim önce burada hazırlanan yasa tasarıları ilk Meb’ûsan, sonra da A’yân meclisinden geçer ve padişah tarafından onaylanırsa kanunlaşabilirdi. Benzer şekilde, Heyet-i A’yân üyelerinin seçkin hizmetleriyle tanınmış kişiler arasından padişah tarafından seçilip atanmalarını öngören 60. madde de, yasama alanında padişah vesayetine işaret etmekteydi.²²

III. İKİNCİ MEŞRUTİYET VE PARLAMENTONUN YENİDEN AÇILMASI

¹⁸ Erik Jan Zürcher, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi* (İletişim 2013) 113-117.

¹⁹ Kanun-ı Esâsî'nin tam metni için bkz. Suna Kili, Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifaktan Günümüze)* (Türkiye İş Bankası Kültür 2000).

²⁰ Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1982) 57-58.

²¹ Mehmet Akif Aydın, 'Kânûn-ı Esâsî' 2001 24 *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 328, 329.

²² Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)* (n 1) 106-107.

A. II. Mahmud Öncesi Entelektüel Muhalefet: Jön Türk Hareketi

XIX. yüzyılın ikinci yarısında Osmanlı toplumunda gerçekleşen dönüşüm, imparatorluk topraklarında modern bir kamusal alanın doğuşuna da temel oluşturmuştu. Bu süreçte, Batıcı entelektüellerden oluşan kayda değer bir grup siyasal enerjilerini meşrutiyetin hayata geçirilmesine vakfettiler.²³ Bunlardan en önemlisi olan Jön Türk hareketini “ikinci Genç veya Yeni Osmanlılar” olarak isimlendirmek mümkündür. Zira II. Abdülhamid döneminde etkinliğini kaybeden Yeni Osmanlılar’ın birinci dalga muhalefet hareketi sonlanmış; ancak etkileri devam etmiştir. Bu bağlamda, Jön Türkler hareketinin kökleri Yeni Osmanlılar hareketine dayanmaktaydı. Jön Türkler, bir kuşak önceki Yeni Osmanlılar hareketinin mensuplarının ortaya çıkardığı dinamikle kendisine toplumsal bir destek bulmuştu. Dolayısıyla 1860’larda üretilmiş bir ideolojiyi kendine şiar edinen Jön Türkler ile Yeni Osmanlılar hareketinin hedeflerinin kesişmesi bir tesadüf değildi.²⁴ Dolayısıyla bu ikinci dalga Türk reformistler, Avrupa’nın bazı ülkelerinde olduğu gibi yeni ve yeniliği çağrıştıran “genç” sıfatıyla tanımlanmışlardır.²⁵

Jön Türkler hareketinin gayesi, II. Abdülhamid’in yönetimine son vermekti. Bütün aksiyon programlarının mihrini bu nokta teşkil etmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi, bu meyanda ortaya çıkan ilk yapılanma 1889’da tesis edilen “İttihad-ı Osmanî Cemiyeti” olmuştur. Cemiyet, İstanbul’da Mekteb-i Tıbbiyye-i Şâhâne’nin bahçesinde, İbrâhim Temo’nun önderliğinde Abdullah Cevdet, İshak Sükûtî ve Mehmed Reşid’in bir araya gelmeleri ile kurulmuştur.²⁶ Yine aynı yıl içinde büyük Fransız İhtilali’nin 100. yıl kutlamalarına katılmak için Paris’e giden ve orada “Meşveret” adlı dergiyi çıkaran Bursa Maarif Müdürü Ahmet Rıza da faaliyetlerine başlamıştır. İttihad-ı Osmanî çevresi, “Meşveret” dergisinin düzenli okuyucuları olmuşlardı. Daha sonra bu çevre Ahmet Rıza grubuyla birebir temasa geçmişler, pozitivizmin tesiriyle örgütün ismi “Osmanlı İttihat ve Terakkî Cemiyeti” (İTC) olarak değişmişti.²⁷ 1895 yılında

²³ James L. Gelvin, *Modern Ortadoğu Tarihi (1453-2015)* (Timaş 2019) 178.

²⁴ Şerif Mardin, *Jön Türklerin Siyasî Fikirleri (1895-1908)* (İletişim 2003) 31.

²⁵ Tark Zafer Tunaya’nın “...Yeni Osmanlılar ideal addettikleri meşruti bir hukuki nizamı kırmak bakımından ilk adımı atmışlardır. ‘Genç’ Avrupa, Yeni Osmanlıları ‘Jön Türkler’ olarak tanımıştır. Jön Türk, memleketini müstebitlerden kurtarmak, Carbonari tabiri ile ‘ormanı kurtarlardan temizlemek’ amacıyla, gerekirse memleket dışına çıkarak, her türlü feragat ve mahrumiyet pahasına savaştan akıncı ve mücahit manasını ifade etmektedir” şeklindeki tespiti bu hareketi özetlemektedir. Bkz. Tark Zafer Tunaya, *Türkiye’de Siyasal Partiler (1859-1952)* (Arba 1952) 103.

²⁶ Erik Jan Zürcher, *Millî Mücadelede İttihatçılık* (İletişim 2003) 32.

²⁷ Örgütün ismi pozitivist düşüncenin adeta özünü yansıtan Auguste Comte’un ünlü deyişi “ordre et progrès”nin çevirisi “nizam ve terakkî” yani “düzen ve ilerleme”den mülhemdi; ancak cemiyet mensuplarının “ittihat” yani “birlik” ifadesinin korunması yönünde direnmeleri üzerine “İttihat ve Terakkî”de mutabık kalındı. Sina Akşin “nizam”ın yerine

bir nizamnâme hazırlanmış ve nizamnâmede İstanbul şubesi cemiyet merkezi olarak kabul edilmişti. 1896'ya gelindiğindeyse Paris şubesi resmen İTC'nin merkezi haline gelmişti.²⁸ Paris'e temsilciler gönderen cemiyet, taraftarlarını çoğaltmış, bilhassa Harbiye, Mülkiye, Tıbbiye gibi yüksek tahsil çevrelerinde kök salmaya başlamıştı. Gruplaşma ve iltihaklar 1894'e kadar Abdülhamid yönetiminin muhalefete yönelik tüm sınırlandırmalarına rağmen mütemadiyen artmış ve geniş çaplı bir örgütlenme halini almıştır. Bu da doğal olarak cemiyet içerisinde birbirinden farklı ideolojik yönelimleri beraberinde getirmişti.²⁹ Ancak son tahlilde, Rumeli-Anadolu eksininde devrimci bir kimlik kazanan örgüt 1908 Temmuz'una gelindiğinde amacına ulaşmış ve meşrutiyet ilan edilmiştir.

B. II. Meşrutiyetin İlanı ve Kanun-ı Esâsî'nin Yeniden Yürürlüğe Girmesi

Bilindiği üzere, 1876 Anayasası'nı geri getirmek amacıyla hareket eden İttihat Terakki'nin³⁰ faaliyetleri özellikle Rumeli'de daha etkiliydi. Meşrutiyet hareketinin ideolojik merkezi ve İTC'nin karargâhı her ne kadar Selanik idiyse de, olayların beklenenden hızlı gelişmesi üzerine³¹ Meşrutiyet'in ilan edildiği yer bugünkü Makedonya olmuştur.³²

3 Temmuz 1908 tarihinde Resne'de Kolağası Resneli Niyazi Bey'in dağa çıkması ile başlayan devrim süreci, 1876 Anayasasıyla yönetilmek isteyen

“ittihad”ın tercih edilmesinin sebebini, “nizam” ifadesinin Cemiyet'in devrimci yönü ile uyuşmaması, “ittihad” ifadesinin ise “Osmanlılık” politikası doğrultusunda cemiyetin sadece müslimanlar için değil fakat gayrimüslimler için de cazip hale geleceği öngörüsü ile açıklamaktadır. Bkz. Sina Akşin, *Jön Türkler ve İttihat ve Terakki* (İmge 2017) 27. Mehmet Ö. Alkan da, “ittihad” tercihinin Osmanlı devletinin başlıca sorununa ve bu soruna ilişkin arayışına işaret ettiğine dikkat çekmektedir. Bkz. Mehmet Ö. Alkan, “Resmi İdeolojinin Doğuşu ve Evrimi Üzerine Bir Deneme”, *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 1* (der. Mehmet Ö. Alkan) (İletişim 2001) 383.

²⁸ Bu sürece ilişkin ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. M. Şükrü Hanioglu, *Bir Siyasal Örgüt Olarak Osmanlı İttihat Terakki Cemiyeti ve Jön Türklük (1889-1902) Cilt 1* (İletişim 1986) 175-180.

²⁹ Hareket içerisinde ortaya çıkacak olan Ahmet Rıza-Prens Sabahattin ayrışması bu anlamda önemli bir örnektir. Zira bu iki farklı düşünsel yönelimin ilerleyen zamanlarda Türk Siyasal Hayatında da yansımaları olduğu kabul edilmektedir. 4-9 Şubat 1902 I. Osmanlı liberalleri Kongresinden hemen sonra kurduğu “Tesebbüs-i Sahsi ve Ademi Merkezîyet Cemiyeti” ekseninde Prens Sabahattin'in görüşlerinin liberal olarak görülmesi ve bu görüşlerin Ahmet Rıza'nın görüşlerinden ayrışmasından hareketle, Terakkîperver Cumhuriyet Fırkası, Serbest Cumhuriyet Fırkası, Demokrat Parti, “Adalet Partisi” ve 1980'lerde Yeni Sağ'ın Türkiye versiyonu olan “Özalcılığın” Prens Sabahattin geleneğinin; Cumhuriyet Halk Partisinin ise Ahmet Rıza'nın ve İttihat Terakki geleneğinin devamı olarak değerlendirilmesi -isabetli olup olmadığı tartışmalı olan ama oldukça da- yaygın olan bir yaklaşımdır.

³⁰ Feroz Ahmad, *İttihatçılıktan Kemalizme* (Kaynak 1999) 24.

³¹ Feroz Ahmad, *İttihat ve Terakki: 1908-1914* (Kaynak 1999) 31.

³² ibid 28.



gruplarca düzenlen ve “Rumeli Mitingleri” diye bilinen toplantılarla hız kazandırmıştır. Balkanlardaki bu durdurulamayan gelişmeler II. Abdülhamid’i yeni sadrazam arayışlarına itmiş ve 22 Temmuz 1908’de Kamil Paşa yerine Said Paşa’yı (1838-1914) tekrar sadâret görevine getirmişti. 23 Temmuz 1908’e (10 Temmuz 1324) gelindiğinde ise, İTC’nin Manastır şubesindeki askerî ve sivil liderlerce, 21 pare top atışı ile “hürriyet” ilan edildi.³³ Mekteb-i Harbiye Ders Nazırı Binbaşı Vehip Bey, Manastır kenti meydanında (yeni adıyla Hürriyet meydanında) 60 numaralı top arabasının üzerinde çoktan beri beklenen Hürriyetin ne olduğunu, ne anlama geldiğini anlatmış ve İslam’ın siyaset prensiplerinin gerçek değerlerini meşrutiyet içinde bulacağını halka duyurmuştu.³⁴ Makedonya’daki şehir ve kasabalarda hürriyetin ilân edildiğini ifade eden bir beyanname sokaklara asılmış ve çeşitli devletlerin konsolosluklarına gönderilmişti. İTC’nin Manastır merkezi, “hürriyet”in ilan edildiğini bildiren ve sultana Kanun-ı Esasî’yi yürürlüğe koymasını ve 26 Temmuz’a dek Meclis-i Meb’ûsan’ın açılmasına müsaade etmesini talep eden bir telgraf çekti. Farklı yerlerde bulunan ittihatçı şubeler de hemen her gün ‘Hürriyet’ talepleri içeren ve padişahı anayasayı çiğnemekle suçlayan telgrafları İstanbul’daki yetkililere gönderiyorlardı. Meclis-i Vükela ve Said Paşa’nın tavsiyeleri doğrultusunda durumun hassasiyetini göz önünde bulunduran Padişah, 24 Temmuz 1908’de Kanun-ı Esâsî’nin tekrardan yürürlüğe gireceğini, Parlamentonun açılacağını, bunun için genel seçimlerin yapılacağını ve durumun vilayetlere bildirilmesini içeren bir irade-i seniyye yayımladı. Böylece II. Abdülhamid tarafından Meşrutiyet yeniden ilân edilmiş oldu.

C. Parlamentonun Yeniden Açılması

Dâhiliye Nezareti, önceki deneyimlerden seçimlerin nasıl yapıldığını, nasıl yapılması gerektiğini ve elindeki seçim ile ilgili mevzuatı değerlendirmiş ve değerlendirmede I. Meşrutiyet döneminde Talimât-ı Muvakkate’ye göre yapılan Meclis-i Meb’ûsan seçimlerinin, Kanun-ı Esâsî’de öngörülen seçim şartlarına hiç uygun olmadığı görülmüştür.³⁵ Bunun üzerine I. Meşrutiyet döneminde

³³ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin 2000) 37.

³⁴ Tarık Zafer Tunaya, *Hürriyetin İlanı İkinci Meşrutiyetin Siyasi Hayatına Bakışlar* (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2004) 7-9. Firzovik Toplantısı bunların ilki sayılabilir. Firzovik’te toplanan binlerce Arnavut, Yıldız Sarayı’na “meşveret usûl-i meşrûasının yeniden iadesi” talebini içeren telgraflar çekmesi. II. Abdülhamit tarafından meşrutî idarenin yeniden tesisi kararının alınmasında etkili olmuştur.

³⁵ Seçimler hususunda Kanun-ı Esâsî ile Talimat-ı Muvakkate arasındaki farklılıklar ve çelişkili hususlar şunlardı: İlk olarak Anayasa her elli bin erkek için bir mebus seçileceğini söylediği halde, Talimat bütün ülke için en az 130 olmasını istemiştir. İkinci olarak, Anayasa seçimlerin bir veya iki dereceli olması hususunda bir hüküm içermediği halde, Talimat tam mânâsı ile olmamakla birlikte, iki dereceli seçim usulünü kabul etmiştir. Üçüncü olarak Anayasadaki “otuz yaşını doldurmuş olmak” şartı, Talimât-ı Muvakkate ile çelişmektedir;

Meclis-i Meb'ûsan'da görüşülen ancak II. Abdülhamit imzalamadığı için kanunlaşmayan altı maddelik "İntihab-ı Meb'ûsan Kanunu", 3 Ekim 1908'de (20 Eylül 1324) Takvim-i Vekayi'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş ve II. Meşrutiyet sürecindeki 1908 seçimleri buna göre yapılmış ve parlamento bu seçimler sonucunda oluşmuştur.³⁶

1908 meclisi aynı yılın Aralık ayında açıldı. 1876 Kanun-ı Esasîsinin siyasi arenaya tekrar gelmesi ve yeni bir parlamentonun ihdasıyla, herkeste Osmanlı'nın içinde bulunduğu zor durumun üstesinden gelineceği beklentisi hâkimdi. Ancak ifade etmek gerekir ki İTC'nin içerisindeki muhtelif grupların aralarındaki şiddetli tartışma ve anlaşmazlıkların hâkim olduğu siyasi durum nedeniyle, 1912 yılına gelindiğinde umut havası yerini umutsuzluğa bırakacaktı.

1876'da açılan ilk parlamento binası meclisin kapatılmasından sonra başka amaçlar için kullanılmaya başlanmıştı. Dolayısıyla ya yeni bir bina bulunacak ya da eski bina restore edilecekti. Binanın restorasyonunun maliyeti 182.714 kuruş olarak hesaplanmış; ayrıca meclis için bir asansöre ihtiyaç duyulmuştu. Söz konusu ihtiyaçlar Padişaha maliyetleriyle birlikte iletildi. Maliyetinin 1320 altını bulması teklif sahiplerini tereddütte düşürdüysen de Padişahın bu parayı kendi bütçesinden karşılayacağını söylemesi herkesi mutlu etmişti. Padişah ayrıca Meb'ûsan ve A'yân Meclislerinde kendisine ve hükümet üyelerine ait olacak locaların da tamir masraflarını kendi özel bütçesinden karşılayacağı bildirilmişti. Ayrıca A'yân ve Meb'ûsan meclislerine telefon çekilmiş ve bir de lokanta yaptırılmıştı.³⁷

Seçim bittikten sonra seçilen mebuslar başkente ulaşmaya başlayınca Parlamento'nun ne zaman açılacağı konuşulmaya başlanmıştı. Sonunda açılışın

zira bu düzenlemede "yirmi beş yaşını doldurmuş olmak" şartı öngörülmüştür. Dördüncü olarak, Anayasa siyasi bir cürüm veya cinayet ile mahkûm olmayı nazara almadığı halde, Talimat, bunu seçilmeye engel bir hal saymıştır. Son olarak, Anayasada seçilmek için mülk sahibi olmayı zorunlu saymadığı halde, Talimat bunu zaruri kabul etmiştir. Bkz. Servet Armağan, 'Türkiye'de Parlamento Seçimleri', *Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 100. Yılına Armağan: Meclis ve Milli Egemenlik Yazıları Seçkisi*, (der.) Hamit Emrah Beriş (TBMM 2022) 335. Bununla birlikte, Talimât-ı Muvakkate ve Beyanname yer yer Kanun-ı Esâsî ile birtakım ters düşen tasarruflar içermesine rağmen, seçimler yapılmış ve Meclis teşekkül ettirilmiştir.

³⁶ Fevzi Demir, *Osmanlı Devleti'nde II. Meşrutiyet Dönemi Meclis-i Meb'ûsan Seçimleri, 1908-1914* (İmge Kitabevi 2007) 50. İntihab-ı Meb'ûsan Kanunu'nun 21 ilâ 56. maddeleri, iki dereceli seçim usulünü kabul etmekte ve her elli bin nüfus için bir milletvekili esası konularak birinci derece her beş yüz seçmen için bir ikinci derece seçmen seçtirip, milletvekillerinin bunların oyları ile seçilmesi sistemi düzenlenmekteydi. Bkz. İhsan Güneş, '1912 Seçimleri ve Eskişehir'de Meydana Gelen Olaylar' (1992) 56 (216) Bellekten 465-467. Daha sonra yapılan 1912, 1914, 1919 seçimleri de yine İntihab-ı Meb'ûsan Kanunu çerçevesinde gerçekleştirilmiştir.

³⁷ İhsan Güneş, *Türk Parlamento Tarihi: Meşrutiyete Geçiş Süreci: I. ve II. Meşrutiyet, I. Cilt* (TBMM Vakfı 1997) 272.



4 Kânunuevvel 1324'te (17 Aralık 1908) yapılmasına karar verildi. Otuz yıl aranın ardından Meclis-i Meb'ûsan'ın açılış töreni İstanbul'da gayet görkemli olmuştur. Dükkânlar ve evler, sancaklarla donatılmış, meclise giden yollar ve bütün hükümet binaları ışıklandırılmıştır. Meclis-i Meb'ûsan'a Hamidiye marşı eşliğinde giren Padişah açılıştan sonra ayrıldığında, Meclis ilk olarak Padişah'ın açılış nutkuna verilecek cevabı görüşmek üzere bir komisyon oluşturmuştur. Aynı zamanda da şubelerde mebus mazbataları incelenmeye başlanmıştır. Bu çalışmalar devam ederken, İttihat ve Terakkî'nin liderlerinden İstanbul mebusu Ahmet Rıza Bey Meclis başkanlığına seçilmiştir.³⁸

Öte yandan yukarıda ifade edildiği üzere Meclis-i Meb'ûsan açılmış ve restore edilen binasında çalışmalarına başlamıştır. Fakat daha sonra görülmüştür ki bina küçük olduğu için yetersiz gelmektedir. Bunun üzerine Meclis-i Meb'ûsan Başkanı durumu sadrazama aktarmış ve Çırağan Sarayı'nın Meclis-i Meb'ûsan'a ayrılmasını talep etmiştir. Bu istek sadrazam tarafından Heyet-i Vükela'ya götürülmüş, o da Parlatmentonun tümünün Çırağan Sarayına taşınmasına münasip gözüyle bakmış, teklif Padişah'a gönderilmiş ve onun da onayıyla Parlamento Çırağan Sarayı'na taşınmıştır.

Meclis'in birinci dönemi 27 Ağustos 1909'a kadar sürmüştür. Meclis'in açılışından 13 Şubat 1909'da Kamil Paşa'nın görevden alınmasına değin iki aylık sürede Meclis'te yasa yapılmasından ziyade, Bosna-Hersek'in Avusturya tarafından ilhakı, Bulgaristan'ın bağımsızlığını ilan etmesi ve Girit'in Yunanistan'a katıldığını ilân etmesiyle Balkanlar'da ortaya çıkan bunalımlı durumla ilgili görüşmeler yapılmıştır. Kamil Paşa hükümetinin düşüşünden Abdülhamit'in yerine V. Mehmet'in başa geçirildiği Mayıs 1909'a değin ise, 13 Nisan 1909 (31 Mart 1325) tarihindeki 31 Mart Vak'ası'nın başarısızlığa uğramasının da etkisiyle Meclis-i Meb'ûsan'daki ıslahat taraftarları yeniden güç kazanmıştır. Bu kapsamda Meclis'in yasama görevini gerçekleştirebildiği Mayıs 1909'dan Ağustos 1909'a kadarki dönemde önemli kodifikasyon çalışmaları yapılmıştır. Bu süreçte hükümet Meclis'e 73 yasa tasarısı getirmiş, yapılan tartışmaların ardından bunların 53'ü kabul edilmiş, diğerleri ise muhtelif komisyonlara havale edilmişti.³⁹

Sultan II. Abdülhamit, meşrutiyetin ilanından sonra bir yıl bile geçmeden vuku bulan 31 Mart Vak'ası gerekçe gösterilerek tahttan indirilmiş; 27 Nisan 1909'da tarihinde Veliâht Mehmet Reşat Efendi, Sultan V. Mehmet adı ile Halife ve Sultan ilan edilmiştir. Bundan sonraki süreçte yaşananlar, genel anlamda saltanat hukukunu sınırlamak, hususî olarak ise Padişahın Meclisi kendi arzusuna göre dağıtması olasılığını bertaraf etmek amacıyla tekrar yürürlüğe konulan Kanun-ı Esâsi'de önemli değişiklikler yapılması amacıyla yoğunla-

³⁸ ibid 275-276.

³⁹ Ahmad, İttihat ve Terakki: 1908-1914 (n 31) 81.

şılmıştır. Bu bağlamda Meclisin ilk döneminde yasamanın esas amacı 1908 Temmuzundan itibaren ortaya çıkan siyasal değişiklikleri Kanun-ı Esâsî'ye geçirmek olmuştur. Bu maksatla 1909 anayasa değişiklikleri gündeme gelmiştir. Zira İttihatçılar 1908 Temmuzundan beri giriştikleri ıslahat hareketlerinin başarıya ulaşması için güçlü bir Meclis'in elzem olduğu kanaatindeydiler.⁴⁰

IV. 1909 KANUN-I ESÂSÎ DEĞİŞİKLİKLERİ VE PARLAMENTONUN GÜÇLENEN KONUMUNUN TÜRK SİYASAL HAYATINA YANSIMALARI

A. 1909 Kanun-ı Esâsî Değişiklikleri

Meclisin ilk döneminde büyük ölçüde, II. Meşrutiyetin ilânı ile meydana gelen siyasal değişikliklerin Kanun-ı Esâsî'ye geçirilmesi çalışmaları belirleyici olmuştur. Bu kapsamda anayasada yedi kez değişiklik yapılmıştır. Bunların içerisinde en belirgin olanı 21 Ağustos 1909 tarihli yasa ile yapılan değişikliklerdir.⁴¹ Bazı yazarlarca “1909 Anayasası” ifadesiyle de sanki müstakil bir anayasaymış gibi ifade edilen söz konusu değişikliklerle⁴² imparatorluğun “en yüksek mercii” değişmiş; milli iradeyi temsil eden “Meclis-i Meb’ûsan” tahkim edilmiştir. Nitekim Kanuni Esâsînin 3, 27, 77 ve 113. maddelerinde yapılan değişikliklerle, Padişahın gücü ve ona tanınan yetkiler kesin olarak sona erdirilmiş ve parlamento öne çıkarılmıştır. “Padişah hükümdardı, ama artık hükmetmiyordu”; devlet içerisindeki görevi kabinenin veya parlamentonun aldığı kararları onaylamaktı.⁴³ Tanör’ün deyişiyle bu dönüşüm bir anlamda “Misak Anayasa”ya geçişi temsil ediyordu.⁴⁴ Bu bağlamda 1909 değişiklikleri, daha sonra kurulacak olan sisteme, “parlamente hükümet sistemi” isminin verilmesi için bir faktör olmuştur.⁴⁵

Söz konusu değişikliklerle ilgili ilk olarak, Osmanlı hanedanına kayıtsız şartsız egemenlik tanıyan 3. madde tekrar düzenlenmiş ve Padişaha ancak Meclis-i Umumi’de Şeriatı ve Anayasayı tanıdığı ve ülkeye ve milletine sadık kalacağı konusunda bir bağlılık yemini etmesi koşuluyla egemenlik tanınmıştı.

İkinci olarak, I. Meşrutiyet döneminin sonunu getiren tecrübe dikkate alınarak, Padişahın Parlamentoyu toplaması ve dağıtması hususunda daha dikkatli bir düzenleme yapılmış; bu bağlamda 7. maddede (ve onunla irtibatlı olan 35. maddede) yapılan değişikliklerle Padişahın Parlamentoyu toplaması ve dağıtması yeni esaslara bağlanmıştı. Nitekim 1876 Anayasası’nın 7. madde-

⁴⁰ ibid 84.

⁴¹ 3, 6, 7, 10, 12, 27, 28, 29, 30, 35, 36, 38, 43, 44, 53, 54, 76, 77, 80, 113, 118 ve 119’dur. 120 ve 121. maddeler 1909 değişiklikleriyle anayasa metnine girmişlerdir.

⁴² Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)* (n 1) 147.

⁴³ Ahmad, *İttihat ve Terakki: 1908-1914* (n 31) 82-83.

⁴⁴ Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)* (n 1) 148.

⁴⁵ Servet Armağan, *1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu* (İstanbul Üniversitesi 1978) 7.



sinde yapılan değişiklikle Padişah bundan böyle meclisi sebepsiz feshetmek yetkisini haiz olmayacak; yalnızca 35. maddedeki durum ortaya çıkarsa meclisi feshedebilecekti. Başka bir deyişle, Padişahın Meclisi fesih yetkisi ilga olunmakta, ancak “35. madde gereğince üç ay zarfında intihab olunup içtima etmek şartı ile ve Heyeti A’yân’ın muvafakati ile” Meclisi Meb’ûsan’ı feshedebileceği hükmü konulmaktaydı.⁴⁶ Buna göre Padişahın 7. madde gereğince parlamentoyu feshedebilmesi için A’yân Meclisinin onayını alması gerekiyordu ve fesih durumunda üç ay içerisinde tekrar seçim yapıp Meclisin toplanması zorunluluğu vardı. Oluşturulmak istenen yeni düzenin ana eksenini belirleyen 35. maddede ise bu konuda aktif rolü hükümete vermekteydi.⁴⁷ Nitekim 35. madde, Heyet-i Vükela yani kabine ile Meclis’in anlaşmazlığında son sözü söyleyen Meclis-i Meb’ûsan olacak şekilde tadil ediliyor ve böylelikle Heyet-i Vükela’nın dizginleri parlamentoya geçiyordu.⁴⁸ Öte yandan, feshin yanı sıra Meclisin açılışı ve tatili konularında da değişiklik yapılmıştı. Buna göre, önceden Meclisi Umumi’nin açılış vaktinin tespiti ve tatiline dair yetkiler mutlak olarak Padişaha aitken, yeni düzenlemede ise Meclisi Umumi’nin “miadında kûşat ve tatili” ifadesi kullanılarak, bu mutlak yetki de sınırlandırılmıştı.⁴⁹ 7. maddede yapılan değişikliğin meclise bakan bir diğer yönü ise şuydu: Devlet adına anlaşma yapma hakkı artık eskisi gibi bütünüyle Padişaha ait olmayacaktı, zira bu hak bundan böyle Meclisin onayını almak koşuluna bağlanmıştı. Böylelikle antlaşma yapma konusunda yasama organının yetkisi artırılmış oluyordu. Öte yandan bu madde aynı zamanda bakanların atanması ve azledilmesi; rütbe ve memuriyet tevcihi hususlarında da Padişahın yetkilerini düzenlemekteydi. Bu bağlamda maddede yapılan değişiklikle ise, bakanlar için aday göstermek ve işten el çektirmek konusunda Padişaha tanınan yetki kaldırılmıştı. Önemli makamlar için aday gösterme yetkisi sürmekle birlikte, bu yetkisini ancak özel kanunlar çerçevesinde gerçekleştirebilecekti.

Bakanların atanması Padişahın yetkisi dışına çıkarılmakla birlikte, Sadrazamı ve Şeyhülislamı belirleme yetkisine dokunulmamıştı. Ancak bakanları belirleme yetkisi Sadrazama verilmiş olmakla birlikte, Padişah tarafından

⁴⁶ Burhan Gürdoğan, ‘İkinci Meşrutiyet Devrinde Anayasa Değişiklikleri’ 1959 16 (1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 91, 95.

⁴⁷ Bu maddenin değiştirilmesi Ali Fuad Başgil tarafından şöyle yorumlanmaktadır: İttihat ve Terakki Partisi, mecliste giderek kabaran ve güçlenen muhalefet karşısında tutunamayacağını anlayarak, kendi teklif ettiği ve savunduğu sistemden vazgeçerek 1876 sistemine gelmek maksadıyla bu maddede yeniden bir tadil teklif etmişti. Böylelikle meclis karşısında hükümetin salahiyeti genişletilmek istenilmmişti. Bkz. Ali Fuad Başgil, “Türkiye Esas Teşkilatı ve Siyasi Rejimi”, *Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin 100. Yılına Armağan: Meclis ve Milli Egemenlik Yazıları Seçkisi*, Hamit Emrah Beriş (der.) (TBMM 2022) 237.

⁴⁸ Ahmad, İttihat ve Terakki: 1908-1914 (n 31) 83.

⁴⁹ Gürdoğan (n 46) 96.

onaylanması şart koşulmuştu. Böylelikle padişaha vezir-i azam, şeyhülislâm ve nazırları atama ve azletme yetkisi vererek onu yürütmenin başına getiren 27. madde de değiştirilmiş oluyordu. Bu değişiklik ile Parlamenter sistemin bakanların Başbakan tarafından seçilmesi ve Devlet başkanına sunulması usulü benimsenmiştir. Ayrıca aşağıda değinilecek olan 30. madde değişikliği ile Meclis-i Meb'ûsan önünde siyasi sorumluluk kabul edilmiş olduğundan, Padişah başbakanı tayinde artık tamamen serbest değil, Meb'ûsan Meclisinin güvenini kazanabilecek bir şahsı sadrazam tayin etmek zorunda kalacaktı.⁵⁰

77. maddede yapılan değişiklik ile Meclis-i Meb'ûsan başkanlık makamının seçimle tespit edilmesi yöntemi de hükümdarın parlamento üzerindeki ege-menliğini azaltan unsurlardan biriydi.⁵¹ Zira bu değişiklikten sonra başkan ve iki başkanvekilinin seçimi artık Padişah tarafından yapılmayacak, Meclis-i Meb'ûsan'ın doğrudan kendisi seçecekti. Padişahın Meb'ûsan Meclisi'nin başkanlığının seçiminde söz sahibi olmasının önünde geçilmesiyle Padişahın, yasama üzerindeki mutlak hâkimiyetini sınırlandırıcı bir durum ortaya çıkmış oluyordu.

Nihayet, Padişaha devletin güvenliği bağlamında tehlikeli addettiği kişileri sürgüne gönderme yetkisi veren ve Ziya Paşa'nın "*bu madde ile Kanun-ı Esasî'nin, Kanun-ı Esasî denilecek yeri kalmadı*" sözleriyle tenkit ettiği⁵² ünlü 113. madde de yürürlükten kaldırılmıştı. Öyle ki bu madde 1876 Anayasası müellifi Mithat Paşa'nın Taif'e sürgüne gönderilmesinde işletilmişti.⁵³

Diğer taraftan İttihatçı kadrolar, Bab-ı Âli'nin gücünü de en az Padişahın ki kadar kısıtlama ve bunu Meclise aktarma niyetindeydiler. Nitekim Anayasanın 29, 30, 35, 38, 53 ve 54. maddelerinde yapılan değişikliklerle Bab-ı Âli, Meclis'in yanında gölgede kalıyordu. "*Vükelânın hükümetin siyaseti umumiyesinden müştereken ve daireyi nezaretlerine ait muamelâtтан dolayı münferiden Meclisi Meb'ûsana karşı mesul*" olduğu belirtilmekte olan muaddel 30. maddeye göre artık, heyet-i vükelâ Meclis-i Meb'ûsan'a karşı; hükümetin genel politikasından kabine olarak; kendi nezaretleri dairesindeki icraattan ise tek başlarına sorumlu tutulacaklardı.⁵⁴ Bu, hükümetin meclise karşı siyasal sorum-

⁵⁰ Recai Galip Okandan, *Umumi Amme Hukuku* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1976) 298; Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)* (n 1) 148.

⁵¹ Mehmet Kaan Çalen, '1909 Kanun-ı Esasî Tadilatı' 2012 2 (4) Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi 129, 138.

⁵² Gülnihâl Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci (1839-1939)* (Türk Tarih Kurumu 2020) 76.

⁵³ Yavuz Abadan, 'Osmanlı İmparatorluğu'nda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri', in Hamit Emrah Beriş (der.) *Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 100. Yılına Armağan: Meclis ve Milli Egemenlik Yazıları Seçkisi* (TBMM 2022) 95.

⁵⁴ Okandan'ın da dikkat çektiği gibi yürütmenin siyasî sorumluluğu yalnız Meclisi Meb'ûsan'a karşı olup A'yân Meclisine karşı söz konusu değildi. Bkz. Recai Galip Okandan, *Âmme*



luluğunun anayasal bir ilke olarak benimsenmesi anlamına geliyor ve böylelikle gensoru müessesesi tesis edilmiş oluyordu. 35. maddedeki değişikliklerle, daha önce de 7. madde değişikliği bağlamında ifade edildiği üzere, parlamento ile kabine arasındaki olası bir ihtilafta parlamentonun vereceği karar göreceli olarak üstün bir hâle getirilmekteydi.⁵⁵ Değiştirilen 38. maddeye göre ise, Meclis-i Meb'ûsan çoğunluğun oyunu topladığı sürece istediği an istediği bakan herhangi bir konuda gensoru açabilir; gensoru sonucu Meclis'ten güvenoyu alamazsa, bakan düşebilirdi. Hakkında güvensizlik oyu verilen Sadrazam ise, onunla birlikte bütün kabinesi de düşecekti. Eskiden yasa tasarıları kabine tarafından hazırlandığı için, yeni yasa önerilerinin tümü kabineden geçerdi. Oysa 53. maddede yapılan bir değişikliklerle, yasa teklifleri dolaysız olarak her iki Meclis'ten de gelebilecek ve yasama işlemi kabinenin herhangi bir müdahalesi gerekmeden yapılabilecekti. Ancak önerenin yasalaşması için Padişah tarafından onaylanması gerekiyordu. 54. madde değişikliği ile ise Meclisin yasama işlemi üzerindeki yetkisi daha da sağlama bağlanıyordu. Zira bu değişikliklerle padişahın mutlak veto yetkisi, geciktirici veto yetkisine dönüştürülmüştü. Her iki Meclis tarafından kabul edilen yasa tasarılarını, Padişah iki ay içerisinde tekrar müzakere edilmek üzere iade edebilirdi. Bu durumda kanunun yürürlüğe girebilmesi için, tasarıların Meclislerin üçte iki çoğunlukla tekrar kabul etmesi gerekirdi.

Özetle, Kanun-ı Esâsi'de yapılan bu değişikliklerle devletin mevcut yürütme organı karşısında, yasama organı daha güçlü hale getiriliyor; kuvvetler dengesinde ağırlık merkezi yasama organına (Meclis-i A'yân istisnası unutulmamak kaydıyla) doğru kayıyordu. Böylelikle 21 Ağustos 1909 değişikliğiyle, Osmanlı İmparatorluğu daha anayasal bir nitelik kazanmış ve parlamenter sistem benimsenmiş oluyordu.⁵⁶ Zira söz konusu değişiklikler sayesinde kuvvetler ayrılığı ilkesi yumuşak ve işbirliğine dayalı ama aynı zamanda yasamanın daha fazla kollandığı bir şekilde benimsenmiş ve nihayet klasik parlamenter hükümet sisteminin tipik unsurları hukukumuzda girmiş oluyordu.⁵⁷

Bununla birlikte II. Meşrutiyetle birlikte iktidarı çoğunlukla elinde bulunduran İttihat Terakkî, kendi gücünü pekiştirmek ya da daha etkin olmak için

Hukukumuzda İkinci Meşrutiyet Devri (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1947) 83. Okandan, Kanunu Esasisinin muaddel otuzuncu maddesi müzakere edilirken, Kabinenin A'yân Meclisine karşı da siyaseten sorumlu olmalarını teklif edenler olduğunu ve bu konunun sıcak tartışmalara yol açtığını belirtmektedir. Bkz. ibid 63.

⁵⁵ Çalen (n 51) 138.

⁵⁶ Aydın (n 21) 330.

⁵⁷ Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)* (n 1) 50. Kemal Gözler 1909 değişiklikleriyle Osmanlı İmparatorluğunun mutlak monarşiden kesin olarak çıktığını ve bu tarihten itibaren "sınırlı monarşi" dönemine girildiğini belirtmektedir. Bkz. Gözler, *Kısa Anayasa Hukuku* (n 2) 127.

Kanun-ı Esâsî üzerinde çeşitli kereler değişiklikler yapmış; bazen yaptıkları bu değişiklikleri tekrar eski haline döndürmek gerekmiş ise bundan da geri durmamıştır.⁵⁸ Okandan'ın ifadesiyle 'Kanun-ı Esâsî İttihat ve Terakkî Partisi liderlerinin bir oyuncuğu haline getirilmiş', dolayısıyla yukarıda zikredilen 1909 değişikliklerinin realite sahasına intikali hiçbir suretle mümkün olamamıştır.⁵⁹

B. II. Meşrutiyet Sürecinde Meclis-i Meb'ûsan'da Kurulan Siyasal Örgütler

Yeni Osmanlılar ideolojik bir yapılanma olarak belirse de, ilk Meclis-i Meb'ûsan seçimlerinin gerçekleştirildiği I. Meşrutiyet döneminde Osmanlı İmparatorluğu'nda daha siyasi partiler teşekkül etmemişti. Dolayısıyla ilk Osmanlı parlamentosuna seçilen mebuslar ekseriyetle vilayetlerin İdare Meclisi üyeleri arasından seçilmişti. I. Meşrutiyet döneminde görülmeyen partileşmeye II. Meşrutiyet parlamentolarında rastlanmaktadır. Bu parti ya da fırkaların oluşumunda meclisin kapatılmasından sonra oluşan sosyal ve siyasal iklim etkili olmuş, bu dönem neşvünema bulan düşünce ve akımlar daha sonra fırkalaşmış; hatta bazıları Cumhuriyet dönemi siyasal partilerin düşüncelerine temel teşkil etmiştir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, 1889'da ortaya çıkan İttihad-ı Osmanî Cemiyeti, 1895 yılında **İttihat ve Terakkî** adını benimsemiş, II. Meşrutiyetin ilanında ve sonrasında yaşanan süreçte aktif bir rol almıştır. Ancak 1908 devriminden sonra siyaset ve devlet yönetimleri üzerine geliştirdikleri ilk önce çekingen ama komitacı tavır, daha sonra giderek baskıcı bir anlayışa dönüşerek cemiyet içerisinde de çeşitli kopmalara neden olmuştur.⁶⁰ Nitekim İttihat

⁵⁸ 1909 değişikliklerinden sonra 1914, 1916 ve 1918 yıllarında Kanun-ı Esâsî 'de tekrar muhtelif değişiklikler yapılmıştır. Bazen önceden değiştirilen maddeler sonra tekrar eski hallerine dönüştürülmüştür. Nitekim 1914 değişiklikleri ile 7. ve 35. maddeler (aşağı yukarı) eski hallerine dönüştürülmüşlerdir. İkinci 1914 değişiklikleri ile 7, 44 ve 101. maddeler değiştirilmiştir. 1916'daki değişiklikler 7, 35. maddeler; daha sonra aynı yıl içinde 72. madde değiştirilmiştir. 1918'de 69. madde değiştirilmiştir. Bkz. Cem Eroğul, '1908 Devrimi'ni İzleyen Anayasa Değişiklikleri', içinde Sina Akşin, Sarp Balcı and Barış Ünlü (eds.) 100. *Yılında Jön Türk Devrimi* (Türkiye İş Bankası Kültür 2010) 85-139.

⁵⁹ Recai Okandan, 'Amme Hukukumuz Bakımından Tanzimat, Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinin Önemi' 1949 15 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 14, 29. Nitekim parlamentarizm Recai Galip Okandan'ın deyimiyle "Siyasal kuvvetleri temsil eden uzuvlardan, icrai organın teşri uzva taabiyeti, kanunları icra edenle onları yapan arasında iktidar nokta-i nazarından muvazene ve müsavatın yokluğu icra uzvunun teşri organının kontrol ve idaresine tabi oluşu... siyasal kuvvetlerin mutedil olaraktan ayrılması, bunlar arasında karşılıklı tedavül ve çalışma birliği, iktidar nokta-i nazarından aralarında müsavat ve muvazene rejimi parlamentarizmi meydana getirir." Bkz. Recai Galip Okandan, *Parlamentarizm ve Bugünkü Şekli* (Ahmed İhsan 1936) 32-35. Oysa Osmanlı İmparatorluğu'nda böyleleri bir parlamentoculuk mümkün olmamıştır.

⁶⁰ Bu durum daha sonra kendine karşı en büyük muhalefet hareketi olan Hürriyet ve İtilaf



ve Terakkî Cemiyeti, devrimden sonra demokratik bir kimliğe bürünmemiştir. II. Meşrutiyet’le birlikte her ne kadar sahadaki muhalefet meclise taşınmışsa da İTC, meclis dışındaki edinmiş olduğu muhalif ve güçlü örgütlü konumunu korumak eğiliminde olmuştur. Bu bağlamda İttihat ve Terakkî Cemiyeti-İttihat ve Terakkî Fırkası (İTF) ayrımı bilinçli olarak 1913 kongresine kadar sürdürülmüştür.⁶¹ Diğer bir ifadeyle meşrutiyetin yeniden ilanıyla bir nevi hedefine ulaşan Cemiyet lağvedilmemiştir. Öyle ki, Meclis-i Meb’ûsan’daki İTF, İTC mebuslarını içermekteydi. Dolayısıyla Fırka, Cemiyetin doğurduğu ikincil bir yapı durumundaydı. II. Meşrutiyetle birlikte iktidarda olan Fırka muhalefete karşı alabildiğine sert olmuş, hatta II. Abdülhamid’in eleştirdikleri tarz-ı siyasetini aratacak noktaya gelmişlerdi. Nitekim 1912’deki “sopalı seçimler”, 1913’teki Bab-ı Âli Baskını ve bazı siyasi suikastlar ittihatçıların iktidar için başvurdukları yollar olarak tarihteki yerlerini almıştı.⁶² II. Meşrutiyet sürecinde mecliste her zaman -ve ne pahasına olursa olsun- çoğunluğu sağlayan fırka İTC olmuş; bunun için tüm yollar denenmiştir.

Bizzat II. Meşrutiyet döneminde kurulan ilk siyasal parti ve muhalefetin ilk ve belki de en mühim çatısı niteliği taşıyan **Ahrar (Hürler) Fırkası** ise, 4 Eylül 1908’de kurulmuştur. Ahrar Fırkası’nın bir başkanı olmamış; bazı kayıtlarda Kâmil Paşa’nın adı geçmişse de bu konuda somut delile ulaşılamamıştır. Fırkanın arkasında Prens Sabahattin’in olduğu düşüncesi yaygın olmakla birlikte, Prens Sabahattin bu fırka ile ilişkisi olduğunu kabul etmemiş ve partinin kurucuları arasında resmen yer almamıştır.⁶³ Ancak fırkanın ideolojisinin, Prens Sabahattin’in düşünceleriyle paralellik arz ettiği bireysellik, liberalizm, kişisel girişimcilik ve yerinden yönetim gibi politik tercihler ön plana çıkmıştır. Fırka, İTC’nin merkezîyetçi ve milliyetçi tutumuna karşı çıkmıştır. İttihat-

Fırkası’nı doğuracaktır. Şunu da belirtmek gerekir ki, İTC’nin de içerisinde -Yeni Osmanlı düşüncesinde olduğu gibi- görüş farklılıkları zaten mevcuttu. İTC’nin tek bir eksen üzerinde kesinleşemeyen ideolojisinin kimyasını 1904 yılında Yusuf Akçura’nın yazdığı Üç Tarz-ı Siyaset adıyla kitaplaştırılan makalesinde etraflıca bulmak mümkündür. Nitekim Kerem Ünüvar’ın da dikkat çektiği üzere, Akçura, Osmanlıcılık, İslamcılık ve Türkçülük düşünce akımlarından hangisinin siyaseten daha işlevsel olduğunu tartışırken, esasında İttihat ve Terakkî’nin farklılaşan ve karmaşıklaşan ideolojisini tarif etmektedir. Bkz. Kerem Ünüvar, “İttihatçılıktan Kemalizme: İhyadan İnşaya”, in Tanıl Bora-Murat Gültekingil (eds.) *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce Cilt I, Cumhuriyet’e Devreden Düşünce Mirası: Tanzimat ve Meşrutiyet’in Birikimi* (İletişim 2003) 131.

⁶¹ İttihat ve Terakkî’deki Fırka-Cemiyet ikiliği için bkz. Akşin, *Jön Türkler ve İttihat ve Terakki*.

⁶² Sopalı seçimler hakkında bkz. Fevzi Demir, *Osmanlı Devleti’nde II. Meşrutiyet Dönemi Meclis-i Meb’ûsan Seçimleri 1908-1914* (İmge Kitabevi 2007). Ayrıca bkz. Güneş, *Türk Parlamento Tarihi Meşrutîye Geçiş Süreci: I. ve II. Meşrutiyet, I. Cilt* (n 37) 258-262 ve Güneş, ‘1912 Seçimleri ve Eskişehir’de Meydana Gelen Olaylar’ (n 36) 465-467.

⁶³ Prens Sabahattin, *Türkiye Nasıl Kurtarılabilir ve İzahlar* (Ayraç 1999) 120-121.

çılar ise bu fırkayı bölücülükle suçlamışlardır.

II. Meşrutiyet döneminde kurulan bir diğer parti, **Fedakâran-ı Millet Cemiyeti**'dir. 2 Ağustos 1908'de kurulan bu parti seçimlere girmemiş, dolayısıyla da Meclis-i Meb'ûsan'da temsil edilememiştir. Kurucusu Avnullah El-Kazımı, yayın organı ise başyazarlığını Mevlanzâde Rıfat'ın yaptığı Hukuk-u Umumiye'dir.⁶⁴ Fedakâran-ı Millet Cemiyeti 31 Mart Vak'asından sonra kapanmıştır.⁶⁵

Yine bu dönemde kurulan **Mutedil Hürriyetperveran Fırkası**, 31 Mart Vak'asının siyasal yaşamı durgunlaştırdığı Ahrar Fırkası dağıtılıp, sıkıyönetim ilan edildiği bir ortamda, İttihatçılara muhalif Arap, Rum ve Arnavut mebusların parlamento içinde harekete geçerek yeni bir parti arayışına girmeleri sonucu 1909 Kasım'ında kurulmuştur. Fırka'nın Meclisteki üye sayısı net olmakla birlikte, Tunaya, 30 ila 50 arasında diye ifade etmektedir.⁶⁶

Ahali Fırkası ise Meclis-i Meb'ûsan'da İttihat ve Terakkîden ayrılan mebuslar tarafından 21 Şubat 1910'da kurulmuştur. Fırka'nın Meclis içindeki gücü bilinmemektedir. Bazı kayıtlarda 20 civarında mebusun desteklediği ifade edilmiştir.⁶⁷ Meclis-i Meb'ûsan'daki faaliyetleri ile Osmanlı siyasi hayatının çok partili bir nitelik kazanmasında rol almakla birlikte, Rize ve Basra'da iki şube açarak meclis dışı muhalefette de etkin olmuştur.⁶⁸ Hürriyet ve İtilaf Fırkası kurulana dek Mecliste bağımsız bir siyasal örgüt olarak var olmuşken, daha sonra adı geçen fırkaya katılmıştır.⁶⁹

Damat Ferit, Rıza Tevfik, Rızanur ve Lütü Fikri Beyler'in 1911 yılı sonunda kurdukları **Hürriyet ve İtilaf Fırkası** da II. Meşrutiyet döneminin bir diğer önemli partisidir.⁷⁰ Fırka parlamento içerisinde ortaya çıkan partilerin İttihat ve Terakkî'ye alternatif oluşturamayacağına kısa zamanda anlaşılması üzerine girilen bir oluşumdur. Zaten bu partilerin haricinde de bazı vekiller İttihat ve Terakkî faaliyetlerini doğru bulmayıp, bunlara muhalefet ediyorlardı. İşte fırka, bu memnuniyetsizliğin bir sonucu olarak gündeme gelmişti. 24 Kasım 1911 tarihinde gerçekleştirilen ilk parti toplantısında Damat Ferit Paşa, fırka reisliğine seçildi; ikinci reisliğe Sadık Bey, diğer ikinci reisliğe gayrimüslim

⁶⁴ Hülya Baykal, *Türk Basın Tarihi (1831-1923)* (Afa 1990) 173-174.

⁶⁵ Sina Akşin, 'Fedakâran-ı Millet Cemiyeti' 1975 29 (1-2) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 125, 135. Cemiyet hakkında ayrıntılı bir eser için bkz. Hasan Taner Kerimoğlu, *Osmanlı'da Devrim ve Fedakâran-ı Millet: İstibdat Dönemi Sürgün ve Firarilerinin Devr-i Hürriyet'te Mücadeleleri* (Tarih Vakfı Yurt 2018).

⁶⁶ Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Partiler (1859-1952)* (n 25) 212.

⁶⁷ ibid 239.

⁶⁸ Mehmet Kabasakal, *Türkiye'de Siyasal Parti Örgütlenmesi 1908-1960* (Tekin 1991) 51

⁶⁹ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Partiler - İkinci Meşrutiyet Dönemi*, Cilt 1 (İletişim 1998) 273.

⁷⁰ Parti üyelerinin listesi için bkz. Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Partiler (1859-1952)* (n 25) 286.



bir üye seçilmek üzere boş bırakılmıştı.⁷¹ Arap, Ermeni, Rum, Bulgar ve Arnavut mebuslarda heyecan yaratan Fırka, kurulduktan sonra meclis içinden ve dışından bazı fırkalardan da ilgi görmüş ve bunlardan da fırkaya katılım sağlayanlar olmuştu. Böylelikle Hürriyet ve İtilaf Fırkası muhalif hareketlerin çoğunu kendi bünyesinde toplamıştır.⁷² Fırka ilk başarısını 11 Aralık 1911’de İstanbul’da yapılan ara seçimlerde kendi adayını kazandırarak göstermiş ve böylece İTC’ye alternatif olabileceğini ortaya koymuştu. Ancak bu seçimlerin sonucuna komitacı bir gelenekten gelen İTC’nin tepkisi sert olmuş; ittihatçılar, 1912’de yapılan tarihe “sopalı seçim” olarak geçen genel seçimlerde Hürriyet ve İtilaf Fırkası’nı sindirici yollara başvurmuşlardı.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki Hürriyet ve İtilaf Fırkası, meclisi feshedip seçimle mebusların yenilenmesini sağlamak için meclisin feshini oldukça zorlaştıran 1909’da Kanun-ı Esâsî’nin 35. maddesinde yapılan değişikliği tekrar eski hâline getirmek niyetindeydi.⁷³ Öte yandan 1912’de İttihatçı iktidarı düşüren “Halaskâr Zabitân” (Kurtarıcı Subaylar) hareketi üzerine, İttihatçılar 23 Ocak 1913 tarihinde düzenledikleri “Bâb-ı Âli Baskını” ile Kâmil Paşa hükümetini düşürüp, Mahmut Şevket Paşa reisliğinde yeni bir hükümet oluşturarak karşılık vermişlerdi. Bunun üzerine, Hürriyet ve İtilaf Fırkası dağılmış, bazı üyeleri yurt dışına kaçmak zorunda kalmıştır. Ayrıca Mahmut Şevket Paşa’nın 1913’te bir suikast düzenlenerek öldürülmesi İttihat ve Terakkî kadrosunun iktidarı tümüyle ele geçirmesini sağlamış ve daha sonra Hürriyet ve İtilafçıların tutuklanmaları fırkanın faaliyetlerinin de sonu olmuştur. Hükümet, fırka mensuplarını cezalandırmış ancak fırkayı resmen kapatmamıştır. Fırka Ocak 1919’da ikinci kez siyasal hayata dönene kadar faaliyetlerine ara vermek zorunda kalmıştır.⁷⁴

C. Parlamento Çalışmalarında Fesih ve Tatiller

II. Meşrutiyetin parlamento hayatı arzu edildiği kadar uzun ve verimli olmamıştır. Muhtelif tarihlerde yapılan fesih ve tatiller dolayısıyla II. Meşrutiyetin meclis pratiği, ancak yedi sene kadar olabilmıştır. Nitekim 1908-1920 devresi boyunca dört yasama dönemi şeklinde faaliyette bulunan (1908-1912, 1912, 1914-1918, 1920) Meclis-i Meb’ûsan, tüm bu yasama dönemlerinde normal süresini tamamlayamadan feshedilmiştir.⁷⁵ Bunda Meclis-i Umumi’nin

⁷¹ Güneş, *Türk Parlamento Tarihi: Meşrutiyete Geçiş Süreci: I. ve II. Meşrutiyet, I. Cilt* (n 37) 392.

⁷² ibid 393.

⁷³ Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)* (n 1) 153.

⁷⁴ Hürriyet ve İtilaf Fırkası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Birinci, *Hürriyet ve İtilaf Fırkası* (Dergâh 1990).

⁷⁵ Ahmet Ali Gazel, ‘Osmanlı Devleti’nde Parlamento Fesihleri (1877-1920)’ Bahar 2022 35 Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi 67, 97.

toplanmasının, tatilinin ve gerektiğinde (m. 73'e göre 6 ay içinde) yeniden seçim yapılmak şartı ile meclisin feshinin padişahın yetkileri arasında sayıldığı Kanun-ı Esâsî'nin 7. maddesi elbette önemli bir etkidir. Söz konusu madde ilk halinde meclisin feshi konusunda padişaha sınırsız bir yetki tanımaktaydı. Her ne kadar 7. maddede öngörülen padişahın bu mutlak fesih yetkisi, 21 Ağustos 1909 tarihinde yapılan değişiklikle kaldırılmış ve yalnızca 35. madde gereğince meclisi feshedebileceği hüküm altına alınmış olsa da söz konusu dönemde parlamento dört defa fesih edilmiştir. Bu fesihler çoğunlukla padişahın tercihi olarak gerçekleşmemiştir. İlk fesih, muhalefetten kurtulmak için İttihatçılar tarafından gerçekleştirilmiştir. İttihat ve Terakkî meclis içerisindeki muhaliflerini bertaraf edebilmek için parlamentoyu dağıtmaya ve yeniden seçim yapılmasına karar vermiştir. Bu bağlamda fesih, 18 Ocak 1912'de Said Paşa kabinesi döneminde Sultan Mehmet Reşat'ın yayımladığı bir irade ile gerçekleştirilmiş ve böylelikle II. Meşrutiyet Dönemi'nin 17 Aralık 1908'de başlayan ilk yasama dönemi 18 Ocak 1912'de sona ermiştir.

İkinci fesih ise Meclis-i Meb'ûsan'ın 18 Nisan 1912 tarihinde başlayan ikinci yasama döneminde, muhalifler tarafından parlamentodaki İttihat ve Terakkî yanlısı çoğunluktan kurtulmak için yaptırılmıştır. İttihat Terakkî'nin suiistimal ettiği ve 'sopalı seçimler' olarak adlandırılan seçimler nedeniyle 1912 meclisine sadece izin verilen sınırlı sayıda liberal girebilmişti. 1912 seçimlerinin adaletsizliğine ilişkin muhalefetin tepkisi ise meşru siyasal alandan uzaklaşarak anayasa dışı çözümler aramak şeklinde olmuştur. Nitekim Arnavutluk ve Makedonya'da başlayan askeri bir isyan ve İstanbul'da kurulan "Halaskâr Zabitan" hareketi ile Said Paşa kabinesi istifaya zorlanmış ve Gazi Ahmet Muhtar Paşa'nın idaresinde liberal bir hükümet iktidara gelmiştir.⁷⁶

Son iki fesih ise Sultan Mehmet Vahdettin zamanında, onun eliyle gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda üçüncü fesih, mütareke devresindeki üçüncü yasama döneminde Ahmet Tefvik Paşa kabinesi zamanında (21 Aralık 1918) Sultan Vahdettin tarafından gerçekleştirilmiştir.⁷⁷ Bu fesihten sonra 12 Ocak 1920'de yeniden açılan ve 18 Mart 1920'de toplantılarına ara veren Meclis-i Meb'ûsan, Damat Ferit Paşa hükümetinin önerisiyle, 11 Nisan 1920'de yine Sultan Vahdettin tarafından feshedilmiştir.⁷⁸ Meclis tatillerine ise savaş dolayısıyla 1914'ten itibaren rastlanmaktadır.

Meclisin faaliyet göstermediği dönemlerde hükümetler geniş yetkilere sa-

⁷⁶ Feroz Ahmad, Dankward A. Rustow, 'İkinci Meşrutiyet Döneminde Meclisler: 1908-1918' (1975-1976) 4-5 Güneydoğu Avrupa Araştırmaları Dergisi, 245, 246.

⁷⁷ Osmanlı I. Dünya Savaşı'ndan mağlup olarak çıkınca İttihat ve Terakki Fırkası da son kongresini yapmış ve fesih kararı almıştı. Bkz. Güneş, *Türk Parlamento Tarihi: Meşrutiyete Geçiş Süreci: I. ve II. Meşrutiyet, I. Cilt* (n 37) 368.

⁷⁸ Gazel (n 75) 94, 96.



hip olmuşlar ve sonradan Meclis-i Umumi'nin tasvibine sunulmak üzere “Kavanin-i Muvakkate” yani Geçici Kanunlar çıkarmışlardır.⁷⁹ 1908-1918 döneminde 1061 “Kavanin-i Muvakkate” çıkarılmıştır.⁸⁰ Bu uygulama da iktidarı elinde bulunduran İTC ve kadrolarının tercih ettikleri bir yöntem olmuştur.

D. 1909 Değişiklikleri Sonrasında Türk Siyasal Sisteminde Süreklilik ve Değişim

Tarihi dinamikler ekseninde bakıldığında mutlak monarşiden anayasal yani meşruti monarşiye geçen Osmanlı hükümet idaresi 1876 Kanun-ı Esâsisinde gerçekleştirilen 1909 değişikliklerinden sonra parlamenter bir nitelik arz etmiş; 1923'te cumhuriyetin ilanıyla birlikte bu sistemin niteliklerinin büyük oranda sürdüğü gözlemlenmiştir. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti'nin temellerinin atıldığı 1920-30 döneminin en belirgin niteliği önceki yüzyılda siyasal kurumlara kısmi olarak yerleştirilen egemenliğin sınırlandırılması ilkesinin yaygınlaştırılmış olmasıdır. Bu bağlamda net bir biçimde ulusal egemenlik ilkesini ilân eden 1921 Teşkilât-ı Esasîye Kanunu önemlidir. 1921 Anayasası ile 1876 Kanun-ı Esâsisi yürürlükten kaldırılmamışsa dahi, egemenliğin padişaha ait olduğu bir sistemden ciddi bir kopuş olduğu açıktır.⁸¹ Öte yandan bu yeni Anayasa ile ortaya çıkan durum kuvvetler ayrılığı ilkesinin siyasal hayattaki yerini yitirmesi olmuştur. Zira kuvvetler ayrılığı ilkesi perspektifiyle bakıldığında, 1921 Anayasası'nda⁸² kuvvetler birliği ilkesinin kabul edildiği dolayısıyla da bu durumun hükümet sistemi olarak yasama ve yürütme kuvvetlerinin yasama organında birleştiği “meclis hükümeti” veya “konvansiyonel rejim”i getirdiğini söylemek mümkündür.⁸³ Ancak 1921 Anayasası teorik

⁷⁹ Kanun-ı Esâsi m.36. Bu maddede 1909 değişikliğiyle yapılacak muvakkat yani geçici kanunların ilk toplantıda Meclis-i Meb'ûsan'a sunulması zorunluluğu getirilmiştir. Bkz. Eroğul (n 58) 96.

⁸⁰ Gazel (n 75) 98.

⁸¹ Ergun Özbudun, *1921 Anayasası* (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi 1992) 6.

⁸² 1921 Teşkilât-ı Esasîye Kanunu'nun 2. maddesinde “icra kudreti ve teşri selâhiyeti milletin yegâne ve hakiki mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder” hükmü vardır. Başka deyişle, bu maddeye göre Büyük Millet Meclisi yalnızca yasama yetkisini değil, yürütme yetkisini de haizdir. 3. maddede ise “Türkiye Devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve Hükümeti Büyük Millet Meclisi Hükümeti unvanını taşır” denilmektedir. Yine 1921 Teşkilât-ı Esasîye Kanununun 8'inci maddesi de meclis hükümetinin kabul edildiğini göstermektedir. Buna göre, Meclisin doğrudan vekil (bakan) seçmesi, onları kendi arzusuna göre istediğinde değiştirebilmesi ve onlara yön verebilmesi mümkündür. Böylelikle daha önceki yasama ve yürütme kuvvetlerinin birbirinden yumuşak ve dengeli bir şekilde ayrıldığı “parlamenter sistem”i andıran hükümet sisteminden ciddi bir uzaklaşma söz konusu olmuştur.

⁸³ Kurtuluş Mücadelesi sürecinin metinleri olarak 1921 ve 1924 Anayasaları ile getirilen kuvvetler birliğinin literatürde olağanüstü şartların bir sonucu olarak daha hızlı, pratik ve

açından meclis hükûmeti sistemi öngörmekle birlikte, uygulamada yürütmenin gücünün baskın nitelik taşıdığı bir parlamenter sistem uygulamasının ortaya konulduğu görülmektedir. Nitekim 1923 yılında yapılan değişiklikle sistemde Cumhurbaşkanlığı makamının oluşturulması ve bakanları Cumhurbaşkanının belirliyor olması parlamenter sisteme yeniden bir dönüş olduğunu kanıtlamaktadır. Nitekim parlamenter tecrübe ilk olarak 1876 Kanun-ı Esâsindeki 1909 değişiklikleri ile başlamıştı. Ancak bu defa devletin şekli anayasal monarşi değil cumhuriyet olarak belirlenmiştir.

1924 Anayasası'na bakıldığında meclis hükûmeti sistemi ile parlamenter sistem arasında karma bir hükümet modelinin tesis edildiği görülmektedir. Nitekim bu dönemde, anayasa hükümlerine bakıldığında “kuvvetler birliği” ile birlikte aynı zamanda “görevler ayrılığı” ilkesi tesis edilmiş ve hem parlamenter sistem hem de meclis hükûmeti sisteminin niteliklerini gösteren bir model ortaya çıkmıştır.⁸⁴ Bununla birlikte, yürütmenin gerek yapısı, gerek göreve gelişi gerekse de yasamaya karşı sorumlu olması durumu göz önünde bulundurulduğunda aslında bir parlamenter sistemin mevcut olduğu da belirtilmelidir.⁸⁵

1961 Anayasası ise, Kanun-ı Esâsi'de olduğu gibi yasama organını Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu olmak üzere iki meclisli bir şekilde yapılandırmış olup, yasama ve yürütmenin tesisi ve birbirlerine karşı sorumlulukları açısından bakıldığında parlamenter sistemin ayrıcı unsurlarının özellikle 6, 95, 102. maddeler çerçevesinde anayasada net bir içimde düzenlendiği görülmektedir. Öte yandan Anayasada yürütmenin ‘yetki’ yerine, ‘görev’ şeklinde nitelendirilmiş ve yürütmenin yalnızca yasaların uygulanmasından sorumlu tutulmuş olması, literatürde sistemin parlamenter niteliği açısından bir noksanlık olarak değerlendirilmiştir.⁸⁶ Ayrıca 1971 ve 1973 yıllarında yapılan anayasa değişiklikleri sonucunda yürütme güçlendirilmiştir.⁸⁷

etkin yönetim ortaya koymak için seçilmiş bir yönetim ilkesi şeklinde değerlendirmesine katılmayarak, bu görüşü eleştiren bir çalışma için bkz. Sedat Yazıcı, Fatih Yazıcı, ‘Tarihsellik ve Kuramsallık Arasında: 1921 ve 1924 Anayasalarında Kuvvetler Birliği/Ayrılığı Tartışması’ 2011 59 Bilgi: Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi 235-254. Yazarlarca, Türk devletinin kuruluş ve gelişme aşamasında ortaya çıkan kuvvetler birliği düşüncesinin itici gücünün tarihsel bir gereklilik olmadığı; Cumhuriyetin kurucu kadroları tarafından kuramsal, felsefi ve normatif temelde savunulan bir ilke olduğu ileri sürülmektedir. Bu anlamda söz konusu itici gücün kuramsal olup, Rousseau’cu bir cumhuriyet anlayışına dayandığı iddia edilmektedir.

⁸⁴ 1924 Anayasasının 4, 5 ve 7. maddeleri meclis hükûmeti sisteminin niteliklerini içermekteyken, 6, 31, 44 ve 46. maddeleri ise parlamenter sistem ile uyumluluk arz etmektedir. Bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2018) 29.

⁸⁵ Ergun Özbudun, *1924 Anayasası* (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2012) 22.

⁸⁶ M. Emin Akgül, *Hükümet Sistemleri Tartışması ve Türkiye Örneği* (Turhan 2015) 198-199.

⁸⁷ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (n 33) 112.



1982 Anayasası'na gelindiğinde ise, bu anayasa ilk hâliyle bir parlamenter sistem tesis etmekle birlikte, yapılan değişikliklerle önce yarı-başkanlık sistemi, ardından da kendine özgü bir başkanlık sistemi olmak üzere üç farklı hükümet sistemi modelinin uygulandığı bir anayasa olmuştur.⁸⁸ Parlamenter sistemin ayırıcı unsurlarını içeren 1982 Anayasasının, ilk hâliyle bir parlamenter sistem tesis ettiği açıkça görülmektedir. Ancak bir önceki anayasadakinin daha güçlü bir yürütme erki öngörülmekte ve yürütme içerisinde de Cumhurbaşkanı güçlendirilmektedir. Özellikle 104. madde bağlamında Cumhurbaşkanı'nın oldukça geniş yetkilere sahip olduğu ve bu durumun klasik parlamenter sistemden bir sapma teşkil ettiği hatta bu durumun parlamenter sistemin niteliğini değiştirerek adeta bir yarı-başkanlık rejimi hâline getirildiği yönünde değerlendirmeler bulunmaktadır.⁸⁹ 2007 yılındaki anayasa değişikliği ile hükümet sisteminde bir farklılaşma yaşanmış olup, yarı-başkanlık sisteminin ayırıcı unsurları Anayasada kendisine yer bulmuştur. Öte yandan sistemde yaşanan dönüşüm ve farklılaşmanın Cumhurbaşkanının yetkilerinden ziyade seçim usulüne ilişkin olduğu da vurgulanmalıdır. Bu itibarla, 2007 değişikliğiyle devlet başkanının halk tarafından seçilmesi usulünün getirilmiş olması sistemin yarı-başkanlık sisteminin niteliklerini taşımaya başlaması şeklinde yorumlanmaktadır. 2007 yılındaki Anayasa değişikliğinin ilk uygulandığı, yani Cumhurbaşkanının halk tarafından seçimi 28 Ağustos 2014 tarihinde gerçekleştirilmiştir.⁹⁰ Öte yandan 16 Haziran 2017 tarihinde gerçekleştirilen halk oylaması sonucunda kabul edilerek yürürlüğe giren 21.01.2017 tarih ve 6771 Sayılı Kanun ile gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonucunda tesis edilen cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile Türkiye'de parlamenter hükümet sistemi terk edilmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, yürütmenin tek başlı hale getirilerek yürütme gücünün cumhurbaşkanında toplanması ve cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi noktasında başkanlık sisteminin iki önemli özelliğini içermektedir.⁹¹ Bu nedenle, yeni sistemi başkanlık sisteminin bir versiyonu olarak nitelendirmek mümkünse de, cumhurbaşkanının normal seçim dönemi

⁸⁸ Davut Özyurt, Abdulkadir Saka, 'Türk Anayasalarına Hükümet Sistemleri Perspektifinden Bir Bakış' 2021 67 Adalet Dergisi 163-204.

⁸⁹ Bülent Tanör, İki Anayasa 1961-1982 (On İki Levha 2013) 112.

⁹⁰ Özyurt, Saka (n 88) 193.

⁹¹ Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde cumhurbaşkanı seçimine ilişkin en tartışmalı hususlardan biri de 6771 sayılı Kanun'la değişik 101. Maddesinde yer alan "*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*" hükmünün yorumlanışına ilişkindir. Bu hususta Şentop, bu makalesinde sözkonusu hükmün "parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen cumhurbaşkanlığı seçimlerini de kapsamına alacak şekilde anlamlandırılmasının veya buna netice verecek şekilde uygulanmasının mümkün olmadığı hususunda hiçbir tereddüt bulunmadığını" belirtmektedir. Bkz. Mustafa Şentop, 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı' Nisan 2022 50 TAAD Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 38.

sona ermeden parlamento seçimlerini yenilebilmesi yetkisinin varlığı, sistemin saf bir başkanlık sistemi olmayıp, kendine özgü (sui generis / nev'i şahsına münhasır) bir sistem olarak değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

SONUÇ

Osmanlı siyasal sisteminin 20. yüzyılın son çeyreğinin başında karşılaştığı önemli değişimlerden biri Kanun-ı Esâsî ve bunun doğal sonucu olan Meclis-i Meb'usan'ın 19 Mart 1877'de açılması gelmektedir. Bu bağlamda Kanun-ı Esâsî'nin ilan edildiği 1876 yılının, Türk parlamento ve anayasacılık tarihinin milad noktası olarak değerlendirilmesi mümkündür. Anayasaya dayanarak teşkil ettirilmiş Meclisin toplanmasıyla artık belirginleşen kuvvetler ayrılığı Türk Siyasal Hayatında fiilen yer edinmeye başlamış ve yürütmenin ana aktörlerinden olan padişah ve Heyet-i Vükela'nın yanında Meclis-i Umumi de siyasi denklemde kendine yer bulmuştu. Her ne kadar Kanun-ı Esâsî, dış baskıların bertaraf edilmesi motivasyonu ve hikmet-i hükümet gereğince padişahın iradesinin bir sonucu olarak tarih sahnesine çıktığı yönündeki görüşlere rağmen, 1876 Anayasası ile birlikte parlamento şemsiyesinde konumlanan yasama gücünün, Osmanlı siyasal sisteminde ilk kez kendine yer bulması fevkalade önemlidir. Bununla birlikte bu dönemde Anayasa'nın eşit siyasal erklerin ilişkilerinin düzenlenmesi yerine daha ziyade statülerin düzenlendiği bir hukuk anlayışı ile kaleme alındığını vurgulamakta fayda var. Nitekim Birinci ve İkinci Meşrutiyet dönemleri, yürütmenin hem parlamentoyla ilişkisi hem de kendi unsurları (padişah ve Heyet-i Vükela) aralarındaki ilişkiler bağlamında, güç değişimleri ve kaymalarının yaşandığı süreçler olmuştur.

İmparatorluğun dış siyasetinde yaşanan sıkışmışlık neticesinde II. Abdülhamit'in fesh etmesiyle kesintiye uğrayan parlamento, sultanın mutlakiyet iradesine karşı ortaya çıkan Jön Türkler muhalefeti sonucu tekrar işlerlik kazanmıştır. II. Meşrutiyet'in özellikle birinci döneminde (1908-1913) yürürlükte olan meclis, sorunların çok yoğun olarak tartışıldığı, milliyetçilik meselelerinin sıklıkla gündeme getirildiği, partilerin mücadelesinin sergilendiği bir kurum olarak öne çıkmıştır. Her ne kadar İttihat ve Terakkî, döneminin tüm siyasal kurumlarını olduğu gibi parlamento da kontrol altında tutmuş ve kendi ideallerini dayatmışsa da, 30 yıl aradan sonra tekrar açılan Parlamento, dönemin şartlarına göre iyi sayılabilecek bir performans göstermiştir. Dolayısıyla Osmanlı parlamento tecrübeleri daha sonra teşekkül edecek olan Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) için ciddi bir birikim oluşturmuştur. Hatta 1920'de Ankara'da açılan ilk meclisin son Osmanlı mebusları da iştirak ederek hem Kurtuluş Savaşı'nın idaresine katkı sunmuşlar hem de daha sonra oluşturulacak olan siyasal sistemin birer kademlisi olmuşlardır.

Öte yandan Meclis tarafından 1909'da Kanun-ı Esâsî'de yapılan köklü değişiklikler, güç erklerinin düzenlenişi bağlamında önemli bir kırılma noktası



olmuştur. Hem bu değişikliklerin yapılmasındaki ana aktörün mebuslar, yani milletin temsilcileri olması hem de içerik olarak yasamanın gücünün görece olarak artırılması dikkate değerdir. Nitekim Kanun-ı Esâsî'ye göre yürütme erkinin bir kanadı olan Heyet-i Vükela başlangıçta padişaha karşı sorumluyken, 1909 değişiklikleriyle Meclis'i Meb'ûsan'a karşı sorumlu hale gelmiştir ve artık Meclis-i Meb'ûsan güvensizlik oyu ile hükümeti düşürebilecek bir güce erişmiştir. Ayrıca Kanun-ı Esâsî'nin ilk halinde yer alan yasa teklifi için hükümdardan müsaade alınması koşulu kaldırılmıştır. Buna ilaveten 1909 değişikliğiyle sultanın uluslararası antlaşma imzalama yetkisi meclisin onayına bağlanmıştır. Yine 1909 değişikliğiyle sadrazamın, Padişah tarafından atanması usulüne devam olunmakla birlikte, Heyet-i Vükela sadrazam tarafından belirlenecektir. Böylece sistem bu haliyle artık parlamenter hükümet sisteminin özelliklerini taşıyor hale gelmiştir. Bu anlamda 23 Temmuz 1908 tarihli II. Meşrutiyetten sonra 1909 yılında gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri, Osmanlı yönetim sistemine ilk defa gerçek anlamda parlamenter bir nitelik kazandırması açısından önemli bir dönüm noktası olmuştur. Nitekim Türk doktrininde 1909 değişikliği ile ilk defa parlamenter rejimin (parlamenter hükümet sisteminin) siyasi tarihimize girdiği ittifakla kabul edilmektedir. Bununla birlikte 1913 sonrasında İttihat ve Terakkî'nin baskıcı rejimi "hürriyetin" tam olarak tesisine engel olmuştur.

Son olarak, Kanun-ı Esâsî tecrübesi Türk hukuk ve siyasi tarihi açısından birçok ilkin tecrübe edilmesi cihetiyle önemli olduğu kadar; sonrasında yaşanan siyasal ve anayasal hareketlerin yorum ve icrasında ciddi bir referans noktası olmuştur. Kendisinden sonra hazırlanan tüm anayasalarda ve parlamento tecrübelerinde izlerini görmek mümkündür.

Hükümet sistemleri bağlamında ise şunu açıkça belirtmek gerekir ki; ne parlamenter ne başkanlık ne de yarı-başkanlık sistemi kendiliklerinden iyi ya da kötü kategorileri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu üç sistemin birbirlerinin bazı sakıncalarını gideren sistemler olarak ele alınıp irdelenmesi ise ziyadesiyle mânâsız bir yaklaşım olacaktır. Zira her bir sistem tarihsel bağlamı dışında düşünülemez, düşünülmemelidir. Çoğulcu hukuk devleti arayışları olmaları ortak paydasında buluşmalar dahi, her biri belirli bir zaman ve mekân çerçevesinde geliştirilmiş, ortaya çıkan farklı koşul, durum ve sorunların tarihsel yanıtları olmuşlardır.

Esas meselenin bu üç sistemin ortak amacı olan çoğulcu hukuk devleti anlayışının yerleştirilmesi olduğu kabul edildiğinde, sistemlerden hangisinin uygulanacağı ya da adının ne olacağı meselesinin talî bir konu olduğu görülecektir. Nitekim Türkiye'de ister parlamenter ister başkanlık sistemini benimseyen, her iki halde de, rejimin cumhuriyetçi niteliklerini geliştirici yolun önünün açılması en temel gereklilik olarak karşımızda durmaktadır.

Diğer bir deyişle, Türk toplumunu oluşturan her birey, haklarını savuna-

çak yollara sahip olabilmeli, siyasal iktidarın keyfilikliğini engelleyebilmelidir. Siyasal iktidarın muhalifleri durumundaki her oluşum, hacmi ne olursa olsun, iktidar karşısında en başta yargısal güvence olmak üzere, evrensel ölçülerde tüm güvencelere sahip olabilmelidir. Devletin ebediyen varlığının devamını sağlayacağı vaadiyle iktidara gelen siyasi güç, bu ulvî hedef için kendisinde her türden hakkı görebilir. Dolayısıyla siyasal iktidara karşı güvencenin iktidar sahibinin faziletinde değil, herkese ve her duruma uygulanabilir *a priori* yasal düzenlemelerde aranması gerekmektedir. Zira Lord Acton'un dediği gibi "iktidar yozlaştırmaya meyillidir".

KAYNAKÇA

Abadan, Y, 'Osmanlı İmparatorluğu'nda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri' içinde Hamit Emrah Beriş (der.) *Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 100. Yılına Armağan: Meclis ve Milli Egemenlik Yazıları Seçkisi* (TBMM 2022) 73-108.

Ahmad, F, *Bir Kimlik Peşinde Türkiye* (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2019).

Ahmad, F, *İttihat ve Terakkî: 1908-1914* (Kaynak, 1999).

Ahmad, F, *İttihatçılıktan Kemalizme* (Kaynak, 1999).

Ahmad, F ve Dankward A. R, 'İkinci Meşrutiyet Döneminde Meclisler: 1908-1918' (1975-1976) 4-5 Güneydoğu Avrupa Araştırmaları Dergisi 245-284.

Akgül, M. E, *Hükümet Sistemleri Tartışması ve Türkiye Örneği* (Turhan 2015).

Akşin, S, 'Fedakâran-ı Millet Cemiyeti' 1975 29 (1-2) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 125-136.

Akşin, S, *Jön Türkler ve İttihat ve Terakkî* (İmge Kitabevi 2017).

Aldıkaçtı, O, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1982).

Alkan, M. Ö, *Osmanlı'dan Günümüz Darbeler* (Tarih Vakfı Yurt 2016).

Alkan, M. Ö, 'Resmi İdeolojinin Doğuşu ve Evrimi Üzerine Bir Deneme' içinde Mehmet Ö. Alkan (der.) *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt 1* (İletişim 2001) 377-407.

Armağan, S, 'Türkiye'de Parlamento Seçimleri' içinde Hamit Emrah Beriş (der.) *Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 100. Yılına Armağan: Meclis ve Milli Egemenlik Yazıları Seçkisi* (TBMM 2022) 329-369.

Armağan, S, *1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu* (İstanbul Üniversitesi 1978).

Aydın, M. A, 'Kânûn-ı Esâsi' 2001 24 *TDV İslâm Ansiklopedisi* 328-330.



Başgil, A. F, 'Türkiye Esas Teşkilatı ve Siyasi Rejimi' içinde Hamit Emrah Beriş (der.) *Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 100. Yılına Armağan: Meclis ve Milli Egemenlik Yazıları Seçkisi* (TBMM 2022) 231-255.

Baykal, H, *Türk Basın Tarihi (1831-1923)* (Afa 1990).

Birinci, A, *Hürriyet ve İtilaf Fırkası* (Dergâh 1990).

Bozkurt, G, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci (1839-1939)* (Türk Tarih Kurumu 2020).

Çalen, M. K, '1909 Kanun-i Esasî Tadilâtı' 2012 2(4) Trakya Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi 129-140.

Davison, R, H, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform, 1856-1876* (Agora 2005).

Demir, F, *Osmanlı Devleti'nde II. Meşrutiyet Dönemi Meclis-i Meb'ûsan Seçimleri 1908-1914* (İmge Kitabevi 2007).

Easton, D, *A System Analysis of Political Life* (Wiley 1965).

Eldem, E, 'Resimli Basında 1876 Darbesi' içinde Mehmet Ö. Alkan (haz.) *Osmanlı'dan Günümüz Darbeler* (Tarih Vakfı Yurt 2016) 32-40.

Eroğul, C, '1908 Devrimi'ni İzleyen Anayasa Değişiklikleri' içinde Sina Akşin, Sarp Balcı ve Barış Ünlü (ed.) *100. Yılında Jön Türk Devrimi* (Türkiye İş Bankası Kültür 2010) 85-139.

Gazel, A. A, 'Osmanlı Devleti'nde Parlamento Fesihleri (1877-1920)' Bahar 2022 35 Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi 67-101.

Gelvin, J. L, *Modern Ortadoğu Tarihi (1453-2015)* (Timaş 2019).

Gözler, K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (Ekin 2010).

Gözler, K, *Kısa Anayasa Hukuku* (Ekin 2018).

Gözler, K, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Ekin 2011).

Gözler, K, *Türk Anayasa Hukuku* (Ekin 2000).

Güneş, İ, *Türk Parlamento Tarihi: Meşrutiyete Geçiş Süreci: I. ve II. Meşrutiyet, I. Cilt* (TBMM Vakfı 1997).

Güneş, İ, '1912 Seçimleri ve Eskişehir'de Meydana Gelen Olaylar' 1992 56 (216) Belleten 459-482

Gürdoğan B, 'İkinci Meşrutiyet Devrinde Anayasa Değişiklikleri' 1959 16 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91-105.

Hanioglu, M. Ş, *Bir Siyasal Örgüt Olarak Osmanlı İttihat Terakkî Cemiyeti ve*

- Jön Türklük (1889-1902) Cilt. 1* (İletişim 1986).
- Kabasakal, M, Türkiye’de Siyasal Parti Örgütlenmesi 1908-1960 (Tekin 1991).
- Kerimoğlu, H. T, *Osmanlı’da Devrim ve Fedakâran-ı Millet: İstibdat Dönemi Sürgün ve Fırarilerinin Devr-i Hürriyet’te Mücadeleleri* (Tarih Vakfı Yurt 2018).
- Kili, S, Gözübüyük, Ş, *Türk Anayasa Metinleri (Sened-i İttifaktan Günümüze)* (Türkiye İş Bankası Kültür 2000).
- Mardin, Ş, *Jön Türklerin Siyasî Fikirleri (1895-1908)* (İletişim 2003).
- McCormick, J, *Karşılaştırmalı Siyaset ve Yönetim Sistemleri* (Felix 2020).
- Okandan, R. G, *Âmme Hukukumuzda İkinci Meşrutiyet Devri* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1947).
- Okandan, R. G, *Parlamentarizm ve Bugünkü Şekli* (Ahmed İhsan Basımevi 1936).
- Okandan, R. G, *Umumi Amme Hukuku* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1976).
- Okandan, R, ‘Amme Hukukumuz Bakımından Tanzimat, Birinci ve İkinci Meşrutiyet Devirlerinin Önemi’ 1949 15 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 14-33.
- Oktay, C, *Siyasal Sistem ve Bürokrasi: Yükselen İstемler Karşısında Türk Siyasal Sistemi ve Kamu Bürokrasisi* (Der 1997).
- Oktay, C, *Siyaset Yazıları: “Hum Zamirinin Serencamı” ve Diğerleri* (Der 1998).
- Özbudun, E, *1924 Anayasası* (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2012).
- Özbudun, E, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2018).
- Özbudun, E, *1921 Anayasası* (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi 1992).
- Özyurt, D, Abdulkadir S, ‘Türk Anayasalarına Hükümet Sistemleri Perspektifinden Bir Bakış’ 2021 67 Adalet Dergisi 163-204.
- Prens Sabahattin, *Türkiye Nasıl Kurtarılabilir ve İzahlar* (Ayraç 1999).
- Roskin, M. G, *Çağdaş Devlet Sistemleri: Siyaset, Coğrafya, Kültür* (Adres 2020).
- Şentop, M, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ Nisan 2022 50 *TAAD Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1-40.

Tanör, B, İki Anayasa 1961-1982 (On İki Levha 2013).

Tanör, B, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)* (Afa 1996).

Tunaya, T. Z, *Hürriyetin İlanı İkinci Meşrutiyetin Siyasi Hayatına Bakışlar* (İstanbul Bilgi Üniversitesi 2004).

Tunaya, T. Z, *Siyasal Partiler - İkinci Meşrutiyet Dönemi Cilt 1* (İletişim 1998).

Tunaya, T. Z, *Türkiye'de Siyasal Partiler (1859-1952)* (Arba 1952).

Ünüvar, K, 'İttihatçılıktan Kemalizme: İhyadan İnşaya' içinde Tanıl Bora, Murat Gültekinçil (eds.) *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce Cilt I, Cumhuriyet'e Devreden Düşünce Mirası: Tanzimat ve Meşrutiyet'in Birikimi* (İletişim 2003) 129-142.

Weber, M, *Sosyoloji Yazıları*, (İletişim 1998).

Yayla, A, *Karşılaştırmalı Siyasal Sistemler* (Adres 2017).

Yazıcı, S, Fatih Y, 'Tarihsellik ve Kuramsallık Arasında: 1921 ve 1924 Anayasalarında Kuvvetler Birliği/Ayrılığı Tartışması' 2011 59 Bilig: Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi 235-254.

Zürcher, E. J, *Milli Mücadelede İttihatçılık* (İletişim 2003).

Zürcher, E. J, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi* (İletişim 2013).

ALMANYA'DA YÜRÜTMENİN DÜZENLEME YETKİSİ

Regulatory Authority of the Executive in Germany

İhsan Deniz AY*

Özet

Modern anayasacılığın temelinde hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri yer almaktadır. Hukuk devleti ilkesi hukukla bağlı, hukukla kavranmış bir devleti kurgulamaktadır. Bu bağlamda devletin yasama, yürütme ve yargı organları kanun üstü bir kavram olan hukuka riayet etmek, hukuka aykırı hareket etmemekle yükümlüdür. Öte yandan yasama, yürütme ve yargının farklı ellerde olması, mezkûr kuvvetlerin birbirini denetleyip dengelemesi kuvvetler ayrılığı ile denetim ve denge sisteminin temel misyonudur. Kuvvetler ayrılığı ile denetim ve denge sistemi özelinde hukuk devleti ilkesi pek çok anayasal müessesede kendini göstermektedir. Bu kendini göstermenin en fazla söz konusu olduğu alanlardan birisi de yürütmenin düzenleme yetkisidir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, kanuna dayanma ve kanuna aykırı olmama şartlarına tabi tutulmuştur. Yürütmenin düzenleme yetkisi, farklı ülkelerde benzer tarihsel sebeplerle ortaya çıkmışsa da uygulamada yürütmenin düzenleme yetkisi bağlamında bazı farklılıklar ortaya çıkmıştır. Bu farklılıklarla birlikte bazı ülkelerde zaman zaman mezkûr iki şartın ihlal edildiği, bazı ülkelerde ise güçlendirildiği gözlemlenmektedir. Bu bağlamda yürütmenin düzenleme yetkisinin mukayeseli hukuk açısından ele alınması önem taşımaktadır. Siyasi tarihindeki vahim hadiselerden dersler çıkararak, müzakereci bir topluma, tezat hukuki durumlar arasında iyi bir denge kuran sistemlere sahip Almanya'nın, mezkûr özelliklerine binaen ele alınmasının ayrıca önemli olduğu kanaatindeyiz. Böylelikle mukayeseli hukuk bağlamında yürütmenin düzenleme yetkisinin Almanya'da sahip olduğu geçmiş ve uygulamanın izinin sürülmesi, bu yetkinin ne ölçüde sağlanması ve nasıl kullanılması gerektiğine dair soru veya sorunlara verilecek cevaplar açısından elverişli olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yürütmenin düzenleme yetkisi, Almanya, Temel yasa, Rechtsverordnung.

Abstract

The basis of modern constitutionalism is the rule of law and the principles of separation of powers. The principle of the rule of law constructs a state that is bound by law and

* Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 13.02.2023

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023

* İdari Hâkim Adayı, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi, ihsandenizay@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-3941-4185>



grasped by law. In this context, the legislative, executive and judicial organs of the state are obliged to comply with the law, which is a supra-law concept, and not to act against the law. On the other hand, the fact that the legislative, executive and judiciary are in different hands and that the said forces control and balance each other is the main mission of the separation of powers and checks and balances system. The principle of the rule of law, in particular the separation of powers and the system of checks and balances, manifests itself in many constitutional areas. One of the areas where this self-disclosure is most in question is the regulatory authority of the executive. The regulatory authority of the executive is subject to the requirements of being lawful and not contrary to the law. Although the regulatory authority of the executive has emerged for similar historical reasons in different countries, some differences have emerged in the context of the regulatory authority of the executive in practice. Along with these differences, it is observed that these two conditions are violated from time to time in some countries and strengthened in some countries. In this context, it is important to consider the regulatory authority of the executive in terms of comparative law. We believe that it is also important to consider Germany, which has learned lessons from the grave events in its political history, has a deliberative society, and has systems that strike a good balance between contradictory legal situations, based on the aforementioned characteristics. Thus, in the context of comparative law, tracing the past and practice of the regulatory authority of the executive in Germany will be convenient in terms of answers to questions or problems about how this authority should be provided and how it should be used.

Key Words: Regulatory authority of the executive, Germany, The basic law, Rechtsverordnung.

GİRİŞ

Yürütmenin düzenleme yetkisi bağlamında iki baş aktör bulunmaktadır: Yasama ve yürütme. Yürütmenin düzenleme yetkisinin kaynağı, kural olarak yasama organıdır. Keza genel ve soyut düzenlemeler yapma yasamaya ait bir yetkidir. Diğer yandan düzenleme yetkisinin alıcısı olan yürütmenin de tanımlanması gerekmektedir. Yürütme, esas itibarıyla iki şekilde tanımlanmaktadır: Dar anlamda yürütmeden anlaşılan hükümetin başında bulunan (cumhurbaşkanı, devlet başkanı, başbakan vs.) görevlilerdir. Bu bağlamdaki yürütme işlevi ise temelde ülke yönetimi görev ve yetkisini ele almaktadır ki bu da hem hukuki hem de siyasi alanlara tekabül etmektedir. Geniş anlamda yürütme, biraz önce sayılan görevlilere idare ve idarenin ajanlarının da eklenmesiyle daha kapsamlı bir tanıma karşılık gelmektedir. Geniş anlamda yürütme yetkisi ise siyasi alana değil daha çok hukuki bir alana tekabül etmektedir. Keza bu doğrultuda idare özelinde geniş anlamda yürütmenin görev ve işlevi, kanunlar çerçevesinde hareket etmek dahası kanunların yürütülmesini sağlamak olarak sınırlandırılmıştır. Yürütmenin düzenleme yetkisi, yasama organı tarafından öncelikle dar anlamda yürütmeye tanınmaktayken zamanla geniş anlamda yürütme uhdesinde bulunan idarenin de düzenleme yetkisinin olduğu kabul edilmiştir. Ancak ikinci durumda hukuk devletinin yanı sıra kanuni idare ilkesiyle birlikte idare, her hal ve şartta kanuna dayanmalıdır; kaynağını kanundan almayan bir düzenleme yapmamaktadır.

Yürütmenin düzenleme yetkisi bağlamında baş aktörleri tespit ettikten sonra konunun tarihsel gelişimine de yer vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz: Parlatentonun doğum yeri olarak kabul edilen İngiltere`de, özellikle yazılı bir anayasanın bulunmayışına da dayanan, parlatentonun yani yasamanın üstünlüğü ilkesi kabul edilmektedir. Başka bir deyişle yazılı bir anayasası bulunmayan, dolayısıyla anayasanın üstünlüğü prensibinden bahsedilemeyen, İngiltere`de kuvvetler ayrılığı ilkesi; kral, lordlar kamarası ve avam kamarasının birleşiminden meydana gelen ancak avam kamarasının hissedilir ölçüde ağırlığa sahip olduğu parlatentonun üstünlüğüne karşılık gelmektedir.¹ Parlatentonun üstünlüğü, tek ve neredeyse sınırsız bir yasama faaliyetinin bulunmasına tekabül etmektedir.² Yasamanın üstünlüğü, tarihsel süreçte başka ülkelerde de tezahür etmiştir. Söz gelimi Fransız İhtilali ile birlikte, özellikle de Jean Jacques Rousseau`nun da etkisi ve monarşiden siyasi yetkilerin koparılması misyonuyla, genel iradenin esas olduğu, bu iradenin ise halkın temsilcisi olan yasama organının uhdesinde bulunduğu kabul edilmiştir. Böylece yasama yetkisinin kutsandığı, halkın temsilcileri nezdinde genel iradenin yanılmaz kabul edildiği bir kanun kültürü teşekkül ettirilmiştir. İngiltere ve Fransa`da gelişen parlatentonun üstünlüğü ilkesi Amerika Birleşik Devletlerinin kurucu babaları tarafından yumuşatılmıştır. Avrupa`nın iyi birer takipçisi olan kurucu babalar, kuvvetler ayrılığı ilkesine yeni bir bakış açısı getirerek kuvvetlerin birbirinden izole olmasının ve bir kuvvetin diğerlerine üstün tutulmasının tehlikelerini öngörerek, birbirinden ayrı ancak aynı zamanda birbirlerini denetleyip dengeleyen kuvvetlerin kurgulanmasını kabul etmişlerdir.³

İngiltere ve Fransa`da tabiri caizse yüceltilen yasama yetkisinin zamanla yetersiz olduğu anlaşılmıştır. Keza yasamanın temel misyonu genel ve soyut işlemler yapmaktır. Ayrıca yasama yetkisi doğrudan anayasadan kaynaklanır, parlatento istediği her konuyu istediği ölçüde detaylı şekilde ve ilkelden düzenleyebilir.⁴ Ancak zamanla parlatentonun detaylı düzenlemeler yapmasının mümkün olmadığı görülmeye başlanmıştır. Bu durumun meydana gelmesinde parlatentoların teknik değil, siyasi niteliklerinin baskın olması etkili olmuştur. Keza bir konuda genel düzenlemelerin parlatento tarafından yapılması zorunlu olmakla birlikte düzenleme yapılan konuyla ilgili en iyi bilgisi olan

¹ Ergun Özbudun, ‘İngiltere`de Parlatento Egemenliği Teorisi’, (1968) 25(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59-79 61.

² Özbudun (n 1) 62-67.

³ Kuvvetler ayrılığı ilkesi ve yürütmenin düzenleme yetkisinin tarihsel gelişimi konusunda daha detaylı bilgi için bkz. Esin Yüğrük, ‘2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Alanı ve Sınırları’, (Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018) 9-27.

⁴ Abdülsamet Güller, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Türkiye ve Fransa Mukayesesi’, (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020) 165.



lar uygulayıcı konumunda olan yürütmedir. Ayrıca yürütmeye belli bir ölçüde düzenleme yetkisi tanınmadığında kanunların uygulanmasının imkânsız hale geleceği kabulü de yerleşmeye başlayan bir anlayış halini almıştır.

Yürütmenin düzenleme yetkisine duyulan ihtiyaç, en çok iki dünya savaşında ortaya çıkmıştır. Savaşın teknik konularından büyük ölçüde bihaber olan ve savaşların sonrasında getirdiği buhranlarla kriz yaşayan parlamentolar, istikrarlı ve düzenleme yetkisiyle donatılmış bir yürütmeyi zorunlu kılmıştır. Neticede savaş gibi kriz dönemleriyle sınırlı olması öngörülen yürütmenin düzenleme yetkisi sonraki süreçte yerleşerek olağan dönem hukuklarında da uygulanagelmıştır. Yine de konuya iki temel şart ya da ideal ile yaklaşılması kabul edilmektedir: Yürütmenin düzenleme yetkisi, kanundan kaynaklanmalı ve kanuna aykırı olmamalıdır.

Savaş gibi kriz dönemlerinde söz konusu olup zamanla yerleşik hale gelen yürütmenin düzenleme yetkisi, Almanya`da da benzer şekilde gelişmiştir. 1. ve 2. Dünya Savaşlarının mağlup tarafında yer alan Almanya`da savaş sonrası güçlenen yürütmenin sınırlanması, önemli bir konu haline gelmiştir. Ancak bir yandan da özellikle Weimar Dönemindeki istikrarsızlıkların tekrar yaşanmaması için rasyonelleştirilmiş parlamenter sistem kabul edilmiştir. Böylelikle Almanya`nın bir yandan yürütmede istikrar sağlayan diğer yandan ise yasama-nın itibarsızlaştırılmadığı bir sisteme sahip olduğu söylenebilir. Türk anayasa hukuku ile köklü farklılıklarının⁵ bulunmasına rağmen yürütmenin düzenleme yetkisi bağlamında Almanya`nın ele alınmasının bahsi geçen dengeleyici bir politika gütmesi sebebiyle önemli olduğu kanaatindeyiz. Nitekim KANATOĞ-
LU`nun Almanya için yaptığı

“Bir yasama işlevi olan yasa koyuculuk, ilke olarak Federal Konsey`in katılımıyla Federal Meclis tarafından yerine getirilmek zorundadır. Yürütme için de yasanın aslilığı ve üstünlüğü ilkesi geçerlidir.”⁶

şeklindeki tespiti, Almanya`nın ele alınmasını daha da anlamlı kılmaktadır.

Çalışma, amaç ve düzey bakımından teorik araştırma; bilgi sağlama ve kullanımı bakımından kanı araştırması niteliğini haizdir. Çalışma kapsamında Almanya özelinde yürütmenin düzenleme yetkisinin teorik ve içtihadî yönü ele alınacaktır. Çalışma, üç ana bölümden müteşekkil olup ilk bölümde Almanya`nın çalışma konusu çerçevesinde siyasi tarihi ve anayasal durumu; ikinci

⁵ Tahir Muratoğlu, ‘Almanya Federal Cumhuriyeti’nde Devlet Yapılanması’, (2014) 18(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 291-366 292.

⁶ Korkut Kanatoğlu, ‘Modern Anayasal Devlet: Amerikan, Alman ve Türk Anayasaları Üzerinden Bir Deneme’, <<https://hukukdefterleri.com/modern-anayasal-devlet-amerikanalman-ve-turk-anayasalari-uzerinden-bir-deneme/>> Erişim Tarihi: 26 Kasım 2022.

bölümde Almanya`da yürütmenin düzenleme yetkisi; son bölümde ise konuya dair yargısal denetim ve bazı yargı kararları ele alınacaktır.

I. SİYASİ TARİH VE ANAYASAL DURUM

Siyasi tarih ve mevcut anayasal durum bahsine geçmeden önce anayasa hukuku ile siyaset bilimi ilişkisine dair anayasa hukuku profesörü Mümtaz SOYSAL`a değinmekte fayda görüyoruz: SOYSAL`a göre;

“Bir devletin temel kuruluşunu, işleyişini ve ülkesindeki politik yapıyı oluşturan tüm kurallar anayasa hukuku içine alınmalıdır. Ancak ‘kurallar bütünü’ şeklinde bir ifade de yanlıştır; tek tek kuralları bilmek tek başına önemli değildir. O kural nasıl oldu, eskiden nasıldı, yarın neye etki edecek gibi soruların dikkate alınmadan yapılan şeyin kuru bir hukukçuluktur.”

Nitekim bizce de siyaset bilimi ve anayasa hukukunun arasında ilişki kurarak ilerlemek;⁸ hukukçuların hukuk teknisyenlerine, siyaset bilimcilerin ise siyasal olayların sade gözlemcilerine çevrilmesini engellemektedir. Biz de SOYSAL`ın görüşünü benimseyerek, bu başlık altında, hukuki boyuta geçmeden önce en azından siyasi olay ve olgular bağlamında konunun siyasi tarihe temas eden yönlerini, ardından da Almanya`nın mevcut anayasal durumunu aktaracağız.

A. Siyasi Tarih Bağlamında Almanya`da Yürütme

Almanya siyasi tarihi, genellikle, dört devrede incelenmektedir:

1. 1871-1919 İmparatorluk Dönemi
2. 1919-1933 Weimar Cumhuriyeti Dönemi
3. 1933-1949 Nazi Rejimi Dönemi
4. 1949- Federal Almanya Cumhuriyeti Dönemi.⁹

Almanya`nın 19. yüzyılın sonlarından günümüze kadar pek çok farklı siyasi rejime sahne olduğu görülmektedir.¹⁰ Ancak çalışmanın kapsamını aşmamak amacıyla her döneme ayrı ayrı temas etmek yerine yürütmenin düzenleme yetkisiyle ilgisi olan önemli gördüğümüz hususlara yer verilecektir. Genel olarak ifade etmek gerekirse; İmparatorluk Döneminde yürütmenin sahip olduğu

⁷ Mümtaz Soysal, *Anayasaya Giriş*, (3. Baskı, İmge, 2011) 29.

⁸ Engin Topuzkanamış, *Kapuçin Maymunları Neden Salatalık Sevmez? - Hukuku Anlamak İçin Kısa Bir Giriş*, (On İki Levha, 2022) 5.

⁹ Burcu Uykun, *Bakanlar Kurulunun Oluşumu: Birleşik Krallık, Fransa, Türkiye ve Almanya Örnekleri*, (Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016) 70.

¹⁰ Berke Özenc, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak Kelsen Schmitt'e Karşı*, (İletişim, 2022) 5.



farklı adlar altında birtakım düzenlemeler ortaya çıkmaya başlamıştı. Ayrıca yetki kanunlarıyla yasama yetkisinin yürütmeye devri ilk kez bu dönemde kabul edilmişti.¹¹ Bu döneme istinaden kanunu temsil eden *gesetz vertretende* adlı işlemler tesis edilmeye başlanmıştı. Bu dönem içinde ele alınan ve Bismarck Dönemi olarak adlandırılan ara dönemde ise yürütmenin düzenleme yapma yetkisi oldukça genişleme eğilimi göstermişti. Yasama yetkisinin devri, yetki kanunlarıyla gerçekleştirilse de mezkûr kanunlarda herhangi bir sınır veya şart konulmamıştı. 1. Dünya Savaşı mağlubiyeti ve Versay Anlaşmasının ağır yükü nedeniyle yürütme organına geniş yetkiler tanınan Weimar Döneminde ise birtakım yetkiler yine yasama tarafından verilmeye devam etmişse de bazı yetkilerin doğal olarak yürütmeye içkin olduğu kabul edilmişti.¹² Güçlü bir yürütme kurgusuna sahip olan Weimar Dönemi için yine de kuvvetler ayrılığı ilkesinin geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Ancak Nazi dönemine gelindiğinde kanun yapma yetkisi, yasamanın elinden alınarak federal başkan (*bundespräsident*) ve federal başbakanlığı (*bundeskanzler*, şansölye) tekeline alan¹³ Adolf Hitler nezdinde yürütmeye verilmişti.¹⁴ Dahası bu tasarrufun anayasaya uygunluğu dahi o dönemde tartışılmamıştı.¹⁵ Velez ki;

*“Weimar Anayasası döneminde hükümete Anayasanın 48/2 maddesinde “anayasa hükmünde kararname” (Verordnungen mit Verfassungskraft) çıkarma yetkisi verilmişti. Ancak Nazi rejimi döneminde hükümet sürekli anayasa hükmünde kararname çıkartarak anayasada değişiklikler yapmıştır. Hatta Nazi hükümetine anayasa hükmünde kararnamelerle yeni anayasa yapma yetkisi dahi verilmiştir.”*¹⁶

Günümüzdeki dönem olan Federal Almanya Cumhuriyeti Dönemine gelindiğinde ise başlangıçta iki dünya savaşının yıkıcı sonuçlarıyla karşı karşıya olan bir Almanya bulunmaktaydı. Elbette iki dünya savaşı, Almanya'nın yanı sıra diğer pek çok ülkeyi de hem siyasi hem de hukuki yönden etkilemişti. 1. Dünya Savaşı, özellikle, getirdiği külfetli anlaşmalarla ve doğurduğu siyasi ve ekonomik krizlerle çeşitli ülkelerde totaliter veya otoriter rejimlerin doğmasına yol açmıştı. Ardından gelen

¹¹ Ragıp Sarıca, 'Almanya'da İcra Organının Tanzim Salahiyeti', (1943) 9(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 170-248 182-93.

¹² Sarıca (n 11) 200-203.

¹³ Muratoğlu (n 5) 298.

¹⁴ Adil Özkol, 'Almanya'da Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi', (1969) 26(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 131-148 133-135.

¹⁵ Muratoğlu (n 5) 298.

¹⁶ Bülent Kent, 'Türk ve Alman Hukukunda Genel Düzenleyici İşlemler', (2011) 69(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 485-503 492.

“2. Dünya Savaşı Avrupalı devletlerin hukukunu önemli ölçüde etkilemiştir. 2. Dünya Savaşı bir bakıma totaliter rejimlerin iflâsı anlamına gelmekteydi. Bu doğrultuda Almanya ve İtalya gibi devletlerde adeta yeni baştan bir devlete ihtiyaç duyulmaktaydı.”¹⁷

Öyle ki her iki dünya savaşının da baş aktörleri arasında Almanya bulunmaktaydı. Almanya, her iki savaştan da önemli ölçüde etkilenmişti. Bu durum Almanya’da güçlü kişiliklerin ve güçlü bir yürütmenin varlık sebeplerinden biri olarak gösterilmektedir.¹⁸

Almanya için güçlü yürütmenin bir gelenek olduğu dile getirilmektedir.¹⁹ Almanya tarihine damga vurmuş siyasi aktörlere bakıldığında güçlü kişiliklerin mevcut olduğu kolaylıkla görülmektedir. Söz gelimi Almanya’nın birliği için demir ve kan parolasıyla yola çıkan bu nedenle demir şansölye unvanını alan Otto von Bismarck bunlardan biridir.²⁰ 1. Dünya Savaşında başarılı bir asker olarak halk arasında yükselen bir general olan Paul von Hindenburg diğer başka bir örnektir. Ardından Alman akademisyenlerinin karar bir leke olarak tanımladığı Nazi döneminin baş aktörü Adolf Hitler gelmektedir.²¹ 2. Dünya Savaşıyla otoriter ve totaliter rejimler yenilse de bu zamandan sonra Alman siyasi tarihinde yine bazı otoriter kişilikler var olmuştur. Konrad Adenauer, Helmut Kohl ve nihayetinde onlar kadar olmasa da Angela Merkel güçlü siyasi kişiliklere ve otoriter tutuma sahip şansölyeler olarak sayılmaktadır.²² Nitekim MILLER tarafından bu durum,

“Kökleri monarşiye dayanan Alman devletçiliği, sürekli ve profesyonel bir bürokrasinin yardımıyla yöneten güçlü bir yöneticiye her zaman bağlı olmuştur.”²³

şeklinde ifade edilmiştir.

B. Almanya’da Mevcut Anayasal Durum

Almanya’da meri anayasa, “siyasi ve askeri bir yenilginin ürünü”²⁴ nitelemesi yapılan 1949 tarihli Temel Yasa (*Grundgesetz*)’dır. “Temel Yasa” terimi

¹⁷ Tolga Şirin, *Anayasa’dan Çıkış*, (İmge, 2022) 158.

¹⁸ Muratoğlu (n 5) 298, 299; Özkol (n 14) 135; Russel Miller, ‘Executive Extremes: German Lessons for our Authoritarian Era’, (2020) 11 Washington & Lee Legal Studies Paper, <<https://ssrn.com/abstract=3668748>> Erişim Tarihi: 21 Kasım 2022 5.

¹⁹ Miller (n 18) 14; Uykun (n 9) 71.

²⁰ Uykun (n 9) 71.

²¹ Şirin (n 17) 77, 78.

²² Miller (n 18) 18-21; Uykun (n 9) 73, 148.

²³ Miller (n 18) 14.

²⁴ Kanatoğlu (n 6).



aslında bir beklentiyi ifade etmektedir: Temel Yasa, ilkin Batı Almanya için tanzim edilerek uygulanmış olup ileride muhtemel bir birleşmede tekrar ele alınması ihtimaliyle metnin adına doğrudan anayasa denmemiştir. Ancak birleşmeden sonra isim ve muhteva değişikliği olmaksızın Temel Yasa, “Almanya Devletler Birliği” için uygulanmaya devam etmiştir.

Temel Yasa, özellikle geçmişteki vahim durumlara bir tepki olarak kaleme alınmıştır.²⁵ Yukarıda bahsi geçtiği üzere Almanya'da her daim güçlü kişilikler nezdinde güçlü yürütme organları mevcut olmuştur. Bu durumdan eski anayasalar olan İmparatorluk Anayasası ve Weimar Anayasası sorumlu tutulmuştur.²⁶ Bu doğrultuda Temel Yasa ile sembolik bir cumhurbaşkanı yani federal başkan kabul edilmiş, temel haklar vurgusu ön plana çıkarılmış ve federal devlet esas alınmıştır.

Federal devlet ve bunun getirdiği özerlik Alman kamu hukuku için oldukça anlamlıdır. Federalizm ve özerklik ilkesi bir yandan kuvvetler ayrılığının güçlendirilmesini diğer yandan da idarenin kendi ilişkilerini düzenleme yapabildiğini sağlamaktadır. Öte yandan Temel Yasa, hükümet istikrarsızlıklarının önlenmesi amacıyla rasyonelleştirilmiş parlamentarizmi kabul etmiştir. Her ne kadar sınırlı bir devlet ideali kurulsa da özellikle Weimar Dönemindeki hükümet istikrarsızlıklarının tekrar yaşanmaması için, SCHMITT'e²⁷ de atfen, güçlü bir yürütme profili çizilmiştir.²⁸ Elbette bu durumun yasamanın itibarsızlaştırılmasına yol açmaması için de birtakım düzenlemeler getirilmiştir.²⁹

Almanya'da parlamenter sistem geçerli olup yürütme federal başkan ve şansölyeden oluşmaktadır. Yasama organı ise iki kanatlıdır: *Bundestag* ve *Bundesrat*. Asıl yetkili kanat *Bundestag*'dir. *Bundesrat*, daha çok onay merci gibi hareket etmekte olup “Konsey” ya da “Senato” olarak adlandırılmaktadır.³⁰ Temel

²⁵ Yahya Berkol Gülgeç, ‘Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü’, (Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015) 258.

²⁶ Uykun (n 9) 72.

²⁷ Özenç (n 10) 11. Carl SCHMITT, 20. yüzyılın ünlü ancak görüşleri üzerinde çokça tartışma yürütülen Alman anayasa hukukçusudur. Tartışmalara, büyük ölçüde, SCHMITT'in özgürlükçü ve çoğulcu demokrasi kurgusuyla kabul edilen Weimar Anayasası'nın bu özelliklerinden ötürü doğurduğu istikrarsızlık ve açmazlara güçlü bir yürütme (kimilerinin deyişiyle bir diktatörlük) ile çözüm getirilmesi gerektiği görüşü kaynaklık etmektedir. Çalışma kapsamında bu konudaki tartışmalara değinilmeyecek olup SCHMITT'in görüşlerinin demokrasinin eksikliklerini görmek bağlamında bir fırsat olduğu ancak okumasının dikkatli şekilde yapılması gerektiğine dair ÖZENÇ'e ait olan değerlendirmeye yer vermekle yetineceğiz.

²⁸ Uykun (n 9) 72, 73; Özkol (n 14) 137.

²⁹ Özkol (n 14) 133.

³⁰ Gülgeç (n 25) 225, 226.

Yasa, federal başkanı geri plana atarak şansölyeye önemli ölçüde güç atfetmiştir.³¹ Şansölyenin bakanlar arasında da hissedilir ölçüde ağırlığı bulunmaktadır.³² Şansölyenin parlamento çoğunluğu tarafından dahi sınırlandırmaya tabi tutulamayacağı ileri sürülmekte olup güçlü yürütme geleneğinin yanı sıra bu durumun meydana gelmesinde Hristiyan Demokratların ve Sosyal Demokratların siyasi ortama hâkim konumda olmasının payı olduğu ileri sürülmektedir.³³

Almanya, 1871`de Alman İmparatorluğunun kuruluşuna kadar uzanan geçmişinde güçlü bir bölgesel yönetim geleneğine sahiptir.³⁴ 1990 yılındaki birleşmeden bu yana, “Almanya Devletler Birliği” 16 devletten (*Länder*) müteşekkildir. Bir devletler birliği³⁵ olan Almanya`da her bir devletin kendi hükûmeti, parlamentosu, idaresi ve mevzuatı (federe hukuk) vardır.³⁶ Öte yandan federalizm, Almanya için yalnızca geleneksel bir devlet biçimi olarak ele alınmamaktadır. Keza MURATOĞLU`na göre;

*“Federalizmin aynı zamanda siyasi iktidarın sınırlandırılması şeklinde bir işlevinin olduğu ve bu bağlamda demokratik düzenin tamamlayıcı bir unsuru olduğu kabul edilmektedir. Zira bu sistemde federe devletler federal devlet iktidarını dengeleyen bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Böylece hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmezlerinden olan devletin kontrol altında tutulması ilkesi daha etkin bir şekilde uygulama alanı bulmaktadır.”*³⁷

II. YÜRÜTMENİN DÜZENLEME YETKİSİ

Bu başlık altında yürütmenin düzenleyici işlemlerinin tanım ve işlevleri ele alınacak olup her bir işlem için asililik, ilkelik ve genellik bağlamlarından değerlendirmeler ile her bir işlemin kanun karşısındaki durumlarına yer verilecektir. Ayrıca düzenleyici bir işlem olmayan, ancak düzenleme yetkisi kapsamında incelenmesini gerekli gördüğümüz, Almanya`ya özgü bir müessesenin düzenlendiği Temel Yasa`nın 81. maddesi ele alınacaktır.

³¹ Miller (n 18) 9, 10.

³² Miller (n 18) 5; Uykun (n 9) 144, 145.

³³ Miller (n 18) 7.

³⁴ Muratoğlu (n 5) 279.

³⁵ Almanya`nın devlet yapısı, *Länder* olarak ifade edilen federe devletlerin tanımlanması, federal devlet ile federe devletlerin görev paylaşımı, federal devlet ve federe devletlerarası ilişkiler gibi hususlarda detaylı bilgiler için bkz. Muratoğlu (n 5).

³⁶ Diana-Urania Galetta, ‘Legislative Regulation of Administrative Procedures: The Role of the Bund and the Lander in Germany’, (2010) 2(2) Italian Journal Public Law, 352, 353.

³⁷ Muratoğlu (n 5) 300, 301.

A. Normlar Hiyerarşisi

Yürütmenin düzenleyici işlemlerine başlamadan önce Almanya'daki hukuk normlarının normlar hiyerarşisindeki yerinden bahsetmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Alman hukukundaki normlar hiyerarşisine³⁸ göre; en üstte federal anayasa olan Temel Yasa bulunmaktadır. Onun altında federal kanunlar ve kanun gücünde rechtsverordnunglar bulunmaktadır. Bunların altında rechtsverordnung ve satzunglar bulunmaktadır. Bunları verwaltungsvorschriften takip etmektedir. Nihayetinde tüm bu federal normlardan sonra federe hukuk normları gelmektedir.

Belirtmek gerekir ki federal devlet yapısına sahip olması nedeniyle Türk hukukundan oldukça farklı bir konumda olan Alman hukuku bağlamında bu farklılığın en belirgin olduğu alanlardan birisi normların Türkçede adlandırılmasıdır: Çalışma konumuzla ilgili olarak Alman hukukundaki düzenleyici işlemler şunlardır:

1. Kanun gücünde rechtsverordnung
2. Rechtsverordnung
3. Satzung
4. Verwaltungsvorschrift

Mezkûr normlar, değişik kaynaklarda, Türkçeye oldukça farklı şekillerde çevrilmektedir: Rechtsverordnung çoğunlukla “nizamname”, “tüzük” veya “yönetmelik” şeklinde Türkçeye çevrilmektedir.³⁹ Bu durum rechtsverordnungların hukuki rejiminin anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Kanımızca Türk hukuk terminolojisinde rechtsverordnungları tam olarak karşılayan bir ibare bulunmamaktadır. Kaldı ki Türkçede bir karşılık aramanın da doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Hukuk sistemi hukukumuzdan oldukça farklı olan bir ülkedeki normların Türkçede karşılıklarını aramak, o normların doğru anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. GÜLGEÇ de benzer düşüncelerle mezkûr normların çevirisini yapmadan Almandaki halleriyle kullanmıştır.⁴⁰ Diğer yandan satzunglar için ise sıklıkla “tüzük” ibaresi kullanılmaktadır.⁴¹ Ancak aşağıda açıklandığı üzere satzunglar, hukukumuzdaki tüzüklerden oldukça farklı anlam ve işleve sahiptir. Son olarak verwaltungsvorschriften için ise “iç düzen işlemleri” çevi-

³⁸ Alman hukukunda normlar hiyerarşisi konusunda daha detaylı bilgi için bkz. Gülgeç (n 25).

³⁹ Rechtsverordnung; ÖZKOL tarafından “tüzük”, SARICA tarafından “nizamname”, KENT tarafından “yönetmelik”, RUMPF ve UZAR SCHÜLLER tarafından “kararname” ya da “tüzük” olarak çevrilmiştir.

⁴⁰ Gülgeç (n 25) 260.

⁴¹ Kent (n 16) 492; Gülgeç (n 25) 259. Nadiren kimi yazarlarca satzung, “yönetmelik” olarak da çevrilmiştir. Bkz. Selçuk Yalçındağ, ‘Federal Almanya’da Yerel Yönetimler’, (1989) 22(1) Amme İdaresi Dergisi, 33-66 45.

risi yapılmaktadır.⁴² Büyük ölçüde isabetli bir çeviri olsa da yukarıda değindiğimiz üzere, verwaltungsvorschriftlerin de doğrudan çevirisinin yapılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle çalışmamızda çevirileri yerine doğrudan rechtsverordnung, satzung ve verwaltungsvorschrift ibarelerini kullanacağız.

B. Kanun Gücünde Rechtsverordnung

Kanun gücünde rechtsverordnungenlar, Temel Yasa'nın 119. ve 115k maddelerinde düzenlenmiştir. Temel Yasa'nın 119. maddesine göre; “*Mülteci ve sürgün edilenler konularında Federal Hükümet, federal bir yasa çıkarılınca-ya kadar, özellikle bunların eyaletlere dağıtımı konusunda, Federal Konseyin onayına bağlı yasa kuvvetinde kararname çıkarabilir. Ayrıca özel durumlarda Federal Hükümete münferit emirler verme yetkisi verilebilir. Emirler, gecikmesinde sakınca bulunmayan durumlar dışında eyaletlerin en yüksek makamlarına verilir.*”⁴³

Temel Yasa, sürgün edilenler (2. Dünya Savaşı sonrasında)⁴⁴ ve mülteciler hakkında, söz konusu alan bir kanunla düzenleninceye kadar, doğrudan federal hükümetin kanun gücünde rechtsverordnung düzenlemesine cevaz vermiştir.⁴⁵ Temel Yasa'da doğrudan bir yetki verilmiş olsa da mezkûr konuda düzenlenen kanun gücünde rechtsverordnung, yayımdan önce *Bundesrat* onayından geçmek zorundadır. Bu onay bir geçerlilik şartı olup onay verilmemesi halinde kanun gücünde rechtsverordnung hüküm ifade etmeyecektir.⁴⁶ Öte yandan usulüne uygun şekilde çıkarılan bir kanun gücünde rechtsverordnung, sonradan bir kanun kabul edilerek herhangi bir işleme gerek kalmadan yürürlükten kalkmaktadır. Kanaatimizce, Temel Yasa'da açıkça sonradan bir kanun çıkarılması ve *Bundesrat* onay şartı aranmasının öngörülmesi sebebiyle, bu tür rechtsverordnungenlar, mezkûr konuda çıkarılacak müstakbel kanun için âdeta anayasal bir ihtiyati tedbir ya da kayıt niteliğindedir.

Hukukumuz bakımından daha aşına nitelikte olan diğer tür kanun gücünde rechtsverordnung ise Temel Yasa'nın 115k maddesinde düzenlenmiştir. Temel Yasa'nın 115k maddesine göre; “(1) *115c, 115e, 115g maddelerine göre kabul edilen yasalar ve bu yasalara dayanarak çıkarılan tüzükler, yürürlükte buldukları sürece, kendilerine aykırı olan hukuku uygulama dışı bırakırlar. Bu hüküm, 115c, 115e ve 115g maddelerine göre önceden kabul edilmiş hükümlere karşı geçerli değildir. (2) Ortak Komisyonun kabul ettiği yasalar ve bu*

⁴² Gülgeç (n 25) 282, 283.

⁴³ Christian Rumpf / Gökçe Uzar Schüller, ‘Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’, <<https://www.btg-bestellservice.de/informationmaterial/55/63/anr80207000/vs>> Erişim Tarihi: 26 Kasım 2022.

⁴⁴ Kent (n 16) 493.

⁴⁵ Özkol (n 14) 136.

⁴⁶ Kent (n 16) 493.



yasalara dayanarak çıkarılan tüzükler, savunma halinin sona ermesinden altı ay sonra yürürlükten kalkarlar. (3) 91a, 91b, 104a, 106 ve 107. maddelerden farklı hükümler içeren yasalar, en fazla savunma halinin bitimini izleyen ikinci mali yılın sonuna kadar yürürlükte kalırlar; bunlar, savunma halinin sona ermesinden sonra, Federal Konseyin onayına bağlı federal bir yasayla VIIIa ve X. bölümlerdeki maddelere uyan hükümlere dönüştürebilirler.”⁴⁷

Temel Yasa'nın 115a ve devamı maddelerinde özel bir olağanüstü hal düzenlemesine yer verilmiştir; “olağanüstü hal” ibaresi yerine “savunma hali” ibaresi kullanılmıştır⁴⁸. Ancak, olağanüstü belirli tehdit ve tehlike durumlarında olağanüstü tedbirlere başvurulacağı hükme bağlanmıştır.⁴⁹ İstisnai nitelikte ve sadece yürürlükte buldukları süreçte etkili olan bu türden kanun gücünde rechtsverordnungen, parlamento ya da Ortak Komisyon⁵⁰ tarafından kabul edilen yasalara dayanılarak çıkarılmak zorundadır. Bu şekilde çıkarılan kanun gücünde rechtsverordnungenın, kendilerine aykırı tüm mevzuat hükümlerini geçici de olsa devre dışı bırakacağı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle; savunma hali döneminde çıkarılan kanun gücünde rechtsverordnungen, herhangi bir kanunu değiştiremezler ancak yürürlükte buldukları süreçte kanunun uygulanmasını devre dışı bırakabilmektedir. Son olarak savunma hali döneminde çıkarılan kanun gücünde rechtsverordnungen, savunma hali döneminin sona ermesinden itibaren 6 ay geçtikten sonra kendiliğinden yürürlükten kalkmaktadır.

⁴⁷ Rumpf / Uzar Schüller (n 43).

⁴⁸ Olağanüstü hal, esasen Temel Yasa'nın 80a maddesinde düzenlenmiştir. Temel Yasa'nın 115a maddesinde düzenlenen savunma hali ise, federasyon topraklarının silahlı bir saldırıya uğraması veya böyle bir saldırının pek yakın olması şeklinde tanımlanmıştır. Bu doğrultuda kanaatimizce Temel Yasa'nın 80a maddesinde yürütmeye herhangi bir düzenleme yetkisi tanınmadığından kanun gücünde rechtsverordnungenın sadece savunma hali döneminde çıkarılması mümkündür.

⁴⁹ İbrahim Kaplan, ‘OHAL Düzenlemeleri’, <<https://www.turkhukukkurumu.org.tr/sitemizde-yazilar/110-ohal-duzenlemeleri.html>> Erişim Tarihi: 26 Kasım 2022.

⁵⁰ Temel Yasa'nın 53a maddesine göre Ortak Komisyon, üçte ikisi (siyasi partilerin milletvekilleri sayıları oranında) *Bundestag*, üçte biri ise *Bundesrat* üyelerinden oluşan ve savunma hali dönemleri dışında hükümeti millî savunma konusunda denetime ve izleme yetkisini haiz olan bir yapıdır. Temel Yasa'nın 115e maddesine göre ise bir savunma hali dönemi mevcut ve *Bundestag*'ın vaktinde toplanmasını olanaksız kılan engeller bulunuyorsa Ortak Komisyon, *Bundestag* ve *Bundesrat*'ın yerine geçmektedir. Temel Yasa'ya göre adeta küçültülmüş bir parlamento olan Ortak Komisyonun bu yetkisi sadece savunma halinin gerekleriyle sınırlı olup yine Temel Yasa'nın 115e maddesinde Ortak Komisyonun hiçbir durumda Temel Yasa'yı değiştiremeyeceği, onu tamamen veya kısmen yürürlükten kaldıramayacağı hüküm altına alınmıştır. Böylelikle Temel Yasa tarafından silahlı bir saldırı gibi millî savunmanın söz konusu olduğu durumlarda dahi düzenleme yetkisi, tamamen yürütmenin inisiyatifine bırakılmayarak daha hızlı bir hareket kabiliyetine sahip olan, sayı bakımından azaltılmış ancak öz bakımından parlamentonun eşi niteliğindeki Ortak Komisyon yetkilendirilmiştir.

Kanun gücünde rechtsverordnungenın aslilik, ilkellik ve genellik bağlamında değerlendirilmesinin sağlıklı yapılabilmesi için Temel Yasa'nın 119. ve 115k maddelerinin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. 119. maddeye göre düzenlenen kanun gücünde rechtsverordnungenlar, ilkel ancak asli ve genel olmayan bir yetkiye dayanmaktadır: Düzenleme yetkisi, doğrudan doğruya Temel Yasa'dan kaynaklanmaktadır. Ayrıca bu türden bir rechtsverordnung için henüz mevcut bir kanun da olmadığı için düzenleme yetkisi ilkeldendir. Öte yandan henüz ortada dayanılabilecek bir kanun olmasa da *Bundesrat* onayı zorunlu bir şart olarak hüküm altına alındığından asli; konu, sürgün edilenler ve mültecilerle sınırlı tutulduğundan en azından yatay anlamda genel bir yetki söz konusu değildir. 115k maddesine göre düzenlenen kanun gücünde rechtsverordnungenlar ise ne asli ne ilkel ne de genel bir yetkiye dayanmaktadır: Temel Yasa, bu tür rechtsverordnungenların mutlaka bir kanuna dayanmasını zorunlu kılmıştır. Kanunun Ortak Komisyon tarafından kabul edilmesinin bu duruma hanel getirmeyeceği kanaatindeyiz ki Ortak Komisyon, parlamentonun adeta minyatür hale getirilmiş bir şeklidir. Öte yandan önceden mevcut bir kanun olması zorunluluğu nedeniyle herhangi bir alan ilkelden düzenlenememektedir ve sadece ilgili kanunun çizdiği sınırlar içinde düzenleme yapılması mümkün olduğu için genel bir yetki de söz konusu olmamaktadır. Netice itibarıyla 115k maddesine göre düzenlenen kanun gücünde rechtsverordnungenlar, hem dayanak kanununa dayanmalı hem de aykırı olmamalıdır. Aynı değerlendirmenin henüz ortada mevcut bir kanun olmaması nedeniyle 119. maddeye göre düzenlenen kanun gücünde rechtsverordnungenlar için yapılamaması, bu tür rechtsverordnungenların kanaatimizce müstakbel bir kanun için ihtiyati tedbir ya da kayıt niteliğinde olmasından ötürü önem teşkil etmemektedir.

C. Rechtsverordnung

Temel Yasa'nın 80. maddesinin birinci fıkrasına göre; "*Federal Hükümete, federal bir bakana veya eyalet hükümetlerine, yasayla tüzük çıkarma yetkisi verilebilir. Yasada, verilen yetkinin konusu, amaç ve kapsamı belirtilir. Tüzükte, hukuki dayanak açıklanır. Yasada, yetkinin devri öngörülmüş ise, işbu devir tüzükle olur.*"⁵¹

Federal Adalet Bakanlığına (*Bundesministerium der Justiz*) göre rechtsverordnungenlara duyulan ihtiyaç, temel olarak, farklı coğrafi bölgelerin birbirinden farklı yapı ve gereksinimlerinin olması ile bazı konuların özel uzmanlık bilgisi gerektirmesi sebeplerinden doğmaktadır.⁵² Başka bir deyişle her federe devletin

⁵¹ Rumpf / Uzar Schüller (n 43).

⁵² Bundesministerium der Justiz, 'Manual for Drafting Legislation', <https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/RechtsdurchsetzungUndBuerokratieabbau/HandbuchDerRechtsfoermlichkeit_eng.html> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.



kendi hâkimiyet alanında belirli bir takdir marjına sahip olması gerekir ki her federe devletin ihtiyaçlarını en iyi o federe devlet bilmektedir. Diğer yandan da parlamentonun vakıf olamayacağı teknik bilgi gerektiren bazı alanlarda federal hükûmetin ya da federal bakanlıkların düzenleme yapmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Dahası bu durum, parlamento lehine ele alınarak,⁵³ “*parlamentonun devir menfaati*”⁵⁴ (*entlastungsinteresse*) olarak adlandırılmaktadır.

Federal Adalet Bakanlığı tarafından ileri sürülen gerekçeler, hem geniş hem de dar anlamda yürütmenin düzenleme yetkisi bağlamında dayanılmakta olan hususlardır. Gerçekten de tarihsel gelişim içinde siyasi bir niteliği olan parlamentoların teknik konularda işi konunun uzmanına bırakması temel bir argüman olarak ileri sürülmektedir. Öte yandan federalizmin bir getirisi olarak federe unsurlara takdir marjı sağlanması gerekçesi de yürütmenin düzenleme yetkisinin altını dolduran bir diğer dayanak olarak kabul edilmiştir. Nitekim Temel Yasa`ya göre federal bir yetki kanunu (*ermächtigungsgesetz*) ile federal hükûmete, bir federal bakana ya da federe hükûmetlere *rechtsverordnung* düzenleme yetkisi verilebilir.⁵⁵

Yukarıda da belirttiğimiz üzere yürütmenin düzenleyici işlemleri, bir yandan kanuna dayanmalı diğer yandan da kanuna aykırı olmamalıdır. Bu iki şartta uygun olarak Temel Yasa, yetkilendirmenin mutlaka kanunla yapılmasını emretmekte olup yetkilendirmede konu, amaç ve kapsamın belirtilmesini şart koşmaktadır.⁵⁶ Uygulamada yetkilendirme özel bir yetki kanunu kabulü şeklinde olabileceği gibi bir konuda kabul edilen kanun ilgili maddesiyle yetkilendirme yapılması şeklinde de olabilmektedir.⁵⁷

*Rechtsverordnungen*ın konusu sadece kanunların uygulanmasını göstermek değildir; parlamento, konu, amaç ve kapsamı açıkça belirtmek suretiyle pek çok farklı konuda federal hükûmeti, federal bir bakamı ya da federe hükûmeti yetkilendirebilir.⁵⁸ Konu çeşitliliği bağlamında;

⁵³ Theodora Ziamou, ‘Public Participation in Administrative Rulemaking: The Legal Tradition and Perspectives in the American and European (English, German, Greek) Legal Systems’ (2000) 60 Heidelberg Journal of International Law, 41-102 55.

⁵⁴ Özkol (n 14) 137.

⁵⁵ Universität Göttingen, ‘Rechtsverordnung – Satzung – Verwaltungsvorschrift’, <chrome-extension://efaidnbmnmbpajpcglclefindmkaj/https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/356808ec5ece2495e4d2e65298a69a1b.pdf/Microsoft%20Word%20-%20Rechtsverordnung.doc.pdf> Erişim Tarihi: 29 Kasım 2022; Kent (n 16) 495.

⁵⁶ Gülgeç (n 25) 261.

⁵⁷ Universität Bamberg, ‘Allgemeines zu Rechtsnormen’, <chrome-extension://efaidnbmnmbpajpcglclefindmkaj/https://www.uni-bamberg.de/fileadmin/uni/fakultaeten/sowi_lehrstuehle/arbeitsrecht/Skripten/VerfassRecht.pdf> Erişim Tarihi: 29 Kasım 2022.

⁵⁸ Kent (n 16) 496.

- Federal Ulaştırma, Bayındırlık ve Kentsel Kalkınma Bakanlığının eyaletler arası taşkın koruması,⁵⁹ münhasır ekonomik bölge,⁶⁰
- Federal Ekonomi ve İklim Koruma Bakanlığının değiştirilebilir yük sözleşmeleri,⁶¹ gıda güvenliği,⁶²
- Federal Maliye Bakanlığının vergi danışmanlığı,⁶³
- Federal Adalet Bakanlığının şirket sicilleri,⁶⁴ tapu işlemleri,⁶⁵
- Federal Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının kısa çalışma ödeneği,⁶⁶
- Federal Aile Bakanlığının hemşirelik eğitim ve sınavı,⁶⁷

⁵⁹ Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen, ‘Verordnung über die Raumordnung im Bund für einen länderübergreifenden Hochwasserschutz’, <<https://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/Webs/BMWSB/DE/verordnung-ueber-die-raumordnung-im-bund-fuer-einen-laenderuebergreifenden-hochwasserschutz.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

⁶⁰ Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen, ‘Verordnung über die Raumordnung in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone in der Nordsee und in der Ostsee’, <<https://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/Webs/BMWSB/DE/verordnung-ueber-die-raumordnung-in-der-deutschen-ausschliesslichen-wirtschaftszone-in-nordsee-und-ostsee.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

⁶¹ Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, ‘Abschaltbare-Lasten-Verordnung’, <<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Gesetze/Energie/ablav.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

⁶² Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, ‘Achte Verordnung zum Produktsicherheitsgesetz’, <<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Gesetze/Allgemein/GSGV8.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

⁶³ Bundesministerium der Finanzen, ‘Verordnung über die Steuerberaterplattform und die besonderen elektronischen Steuerberaterpostfächer’, <<https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_IV/20_Legislaturperiode/2022-08-29-StBPPV/0-Verordnung.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

⁶⁴ Bundesministerium der Justiz, ‘Verordnung über die Einrichtung und Führung des Gesellschaftsregisters’, <<https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/GesellschaftsregisterVO.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

⁶⁵ Bundesministerium der Justiz, ‘Verordnung über den Betrieb eines Videokommunikationssystems für notarielle Urkundstätigkeiten’, <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/NotViKoV.html;jsessionid=18023E2405E6471A218B62AF77E57FA2.1_cid289> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

⁶⁶ Bundesministerium für Arbeit und Soziales, ‘Verordnung über die Öffnung des Kurzarbeitergeldbezugs für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter’, <<https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/kurzarbeitergeldoeffnungsverordnung.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

⁶⁷ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, ‘Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für die Pflegeberufe’, <<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/gesetze/ausbildungs-und-pruefungsverordnung-fuer-die-pflegeberufe-122884>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

- Federal Sağlık Bakanlığının COVID-19 testi,⁶⁸ hastane denetimi⁶⁹

konularındaki rechtsverordnungen örnek gösterilebilir. Her ne kadar parlamento tarafından takdir edilecek yetkilendirme konuları bakımından Temel Yasa'da bir sınırlama olmasa da temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir yetkilendirme yapılamayacağı, dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin rechtsverordnung ve dayanak yetki kanunlarının dışına çıkarıldığı kabul edilmektedir.⁷⁰ Ayrıca parlamentonun yetkili olduğu konularda da yetki kanunu çıkarılarak yürütmeye düzenleme yetkisi verilemeyeceği kabul edilmektedir.⁷¹ Bu hususlar, Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht*) tarafından da belirlilik, önemlilik ve temellik teorileri adı altında zikredilmekte olup mezkûr teorilerle Federal Anayasa Mahkemesi kararları ve inceleme yöntemine bir sonraki başlıkta değinilecektir.

Kendisine rechtsverordnung düzenleme yetkisi verilen makam, yetki kanununda belirtilen konunun, amacın ve kapsamın dışına çıkamamakta, şayet çıkarsa ilgili rechtsverordnung hukuka aykırı hale gelmektedir. Elbette mezkûr üç unsur bakımından parlamentonun da sorumluluğu bulunmaktadır.⁷² Başka bir deyişle parlamento, yetkilendirmenin içeriğini yoruma gerek bırakmayacak şekilde göstermekle yükümlüdür.⁷³ Bu yükümlülüğün ihlali ise doğrudan doğruya yetki kanununu hukuka aykırı hale getirmektedir.⁷⁴

Son olarak, rechtsverordnung düzenleme yetkisi açıkça parlamento tarafından verildiğinden parlamento, yürürlükteki bir rechtsverordnungsunu her zaman farklı şekillerde denetleyebilmektedir.

“Örneğin, dinleme, bilgi alma (Anhörung), tavır alma (Benehmen), sorguya çekme (Einvernehmen), gibi müdahalelerde de bulunabileceği de kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, parlamento yürütmenin yönetmelik çıkarma yetkisine istediği şekilde etki yapabilmektedir. Ayrıca federal meclis kanunların önceliği ilkesi gereğince yönetmelik yapma yetkisine ve

⁶⁸ Bundesministerium für Gesundheit, ‘Coronavirus-Testverordnung’, <<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/detail/coronavirus-testverordnung-testv.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

⁶⁹ Bundesministerium für Gesundheit, ‘Verordnung zur Krankenhauskapazitätssurveillance’, <<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/detail/verordnung-zur-krankenhauskapazitaetssurveillance.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

⁷⁰ Özkol (n 14) 140.

⁷¹ Ziamou (n 53) 55.

⁷² Uwe Kischel, ‘Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and German Law’, (1994) 46(2) Administrative Law Review, 213-256 233.

⁷³ Gülgeç (n 25) 262.

⁷⁴ Kent (n 16) 496.

yönetmeliği de ortadan kaldıracak yetkisine sahiptir. Ancak yürütme yerine geçerek kendisi yönetmelik yapamamaktadır.”⁷⁵

Bu doğrultuda parlamento, devrettiği yetkiden tamamen vazgeçmemekte, hatta gerek gördüğü durumlarda yetki kanununu kaldırarak bir rechtsverordnung tamamen geçersiz kılabilir.

Rechtsverordnungen, ne asli ne ilkel ne de genel bir yetkiye dayanmaktadır: Temel Yasa'ya göre rechtsverordnung düzenlenebilmesi için mutlaka bir yetki kanunu ya yetkilendirmeye dair bir kanun hükmü gerekmektedir. Öte yandan yetki konusu alan, yetki kanunu ya da yetkilendirme hükmünün içinde bulunduğu kanun ile önceden düzenlenmiş olduğundan rechtsverordnung ile ilkelden bir düzenleme yapılabilmesi de mümkün olamamaktadır. Son olarak, yetki kanunu ya da yetkilendirme hükmü ile konu, amaç ve kapsam mutlak şekilde belirtildiğinden genel bir düzenleme yetkisi de söz konusu olmamaktadır. Neticede rechtsverordnungen, kanun altında yer almakta olup hem kanuna dayanmalı hem de kanuna aykırı olmamalıdır.

D. Satzung

Temel Yasa'nın 28. maddesinin ikinci fıkrasına göre; “*Belediye ve köylerine, yasaların çerçevesi içerisinde, kendi sorumluluklarının temelinde yerel topluluğun tüm işlerini düzenleme hakkı verilmelidir. Belediye ve köy birlikleri de, kendi yasal görev ve yetki çerçeveleri içinde, yasalara uygun olarak yerel yönetim hakkına sahiptirler. Yerel yönetimin güvence altına alınması onun mali sorumluluğunun temellerini de kapsar; bu temellere, belediye ile köylerin matrah belirleme hakkı sahip olup ekonomik gücüne bağlı olan bir vergi kaynağı dahildir.*”⁷⁶

Almanya'da federalizm kadar önem teşkil eden ve onun bir bakıma doğal sonucu olan ilke yerel yönetim özerkliği ya da otonomi ilkesidir. Yanı sıra yerel yönetim özerkliği, tarihsel kaynaklardan beslenen bir gelenek olarak da ele alınmaktadır. Öyle ki YALÇINDAĞ'a göre Almanya'da

“yerel yönetimler, Federal yönetim ya da eyaletlerden devredilmiş olarak değil, kendi öz varlıklarından kaynaklanan bir hak olarak devlet gücünü taşıyan, kamu tüzel kişiliğine sahip özerk birimler olmanın yanında, devlet yapısında yürütmenin (genel yönetimin) bir parçasıdır.”⁷⁷

⁷⁵ Kent (n 16) 495.

⁷⁶ Rumpf / Uzar Schüller (n 43).

⁷⁷ Yalçındağ (n 41) 34.



Bu doğrultuda Temel Yasa`nın 28. maddesinin ikinci fıkrası ile, otonomi gereği, belediye ve köylere kendi sorumluluklarındaki tüm işlerini düzenleme hakkı tanınmıştır.⁷⁸ Belirtmek gerekir ki yerel yönetimler bakımından düzenleme, bir yetkiden ziyade otonomiden doğan bir hak ya da kurumsal güvence olarak algılanmaktadır.⁷⁹ Keza rechtsverordnungenda düzenleme yetkisinin kaynağı yetki kanunu iken satzunglarda ise yerel yönetim özerkliği yani otonom ilkesidir.⁸⁰ Yine de satzung düzenleme hakkı, kanunlar çerçevesinde olmak şartına tabi kılınmıştır.

Temel Yasa`da belediye ve köylerin düzenleme hakkından bahsedilse de rechtsverordnungen gibi doğrudan bir isimlendirme yapılmamıştır. Ayrıca düzenleyici işlemin içeriği ve tanımına dair de bir hüküm bulunmamaktadır. Buna mukabil uygulama ve doktrinde bu düzenleyici işlem “satzung” olarak adlandırılmıştır. Satzungenin tanımı da yine doktrin ve mahkemeler tarafından yapılmaya çalışılmıştır. GÜLGEÇ`in aktardığı üzere satzungen için;

“Bunların (Rechtsverordnungen) yanında bir kamu hukuku tüzel kişinin kendi adına ihdas edebileceği hukuk kuralları da mevcuttur. Bunlara otonom Satzung ismi verilir.”, “Satzungen, devlet tarafından belirtilen kamu hukuku kişilerince, kanunen belirlenmiş alan kapsamındaki otonomiye dayanarak ve muhatapları ile kendilerine tâbi olan kişiler üzerinde etki yaratacak şekilde ihdas edilen düzenleyici işlemlerdir.”, “Satzungen belli bir amaç için devlet tarafından tanınmış bulunan, yerel yönetimler, üniversiteler, uzmanlık kurumları... gibi tüzel kişi kurumlar tarafından, ilişkilerini düzenlemeleri için onlara tanınmış kanunî otonomi sınırları içinde ihdas ettikleri ikincil mevzuattır.”⁸¹

şeklinde tanımlar yapılmaktadır.

Kanaatimizce, aktarılan tanımlardan satzungenla ilgili olarak; sahip olduğu bağlayıcı etkinin kendinden makul bir etki olduğu, öte yandan sınırlı bir muhatap kitlesi açısından mümkün olduğu, satzung düzenleme hakkının kendi ilişkilerini düzenleme ve otonomi ilkesinden kaynaklandığı, ancak satzungenla-

⁷⁸ Klaus Ferdinand Gärditz, ‘Handlungsformen und Instrumente der Gemeinde’, <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Gaerditz/Vorlesung/KommR/UEbersicht-KommunalR8.pdf> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022; Kent (n 16) 499, 500.

⁷⁹ Şirin (n 17) 445.

⁸⁰ Universität Bamberg (n 57); Gülgeç (n 25) 271. Rechtsverordnungenla satzungen, normlar hiyerarşinde alt norma üst norm ilişkisi içinde bulunmamaktadır. Bkz. Gülgeç (n 25) 275, 276.

⁸¹ Gülgeç (n 25) 270.

rın mutlaka kanunlar çerçevesinde olması gerektiği söylenebilir. Öte yandan rechtsverordnungen gibi satzunglarla da temel hak ve özgürlüklere dair düzenlemeler yapılamamaktadır.

Son olarak Temel Yasa`da sadece yerel yönetimler zikredilmişse de, kamu tüzel kişilerinin de kendi görev ve yetki alanlarına dair, kanunlara uygun olmak koşuluyla, satzung düzenleme hakkında sahip olduğu kabul edilmektedir.⁸² Keza uygulamada yerel yönetimlerin yanı sıra üniversiteler tarafından düzenlenen satzunglar da bulunmaktadır.

- Satzunglara da birkaç örnek vermek gerekirse;
- Berg Belediyesinin evsizler sığınağının kullanımı, otopark, tahsilat,⁸³
- Hohenbrunn Belediyesinin bilgi edinme, itfaiye teşkilatı, yaşlılar danışma kurulu,⁸⁴
- Neubiberg Belediyesinin atık, peyzaj, bisiklet park yeri,⁸⁵
- Hamburg Üniversitesinin öğrenci kabul ve kayıt,⁸⁶
- Konstanz Üniversitesinin bilimsel özerklik, kişisel veri, komitelerin seçimi⁸⁷

konularındaki satzunglar sayılabilir.

Rechtsverordnungen gibi satzunglar da ne asli ne ilkel ne de genel bir yetki barındırmaktadır. Keza satzung, her ne kadar bir otonomiye dayansa da, Temel Yasa gereği mutlaka bir kanuna dayanmalıdır. Ayrıca kendinden önce konuyla ilgili bir kanun bulunduğundan ilkellik özelliği de bulunmamaktadır. Son olarak, genel bir yetkiden de bahsedilemez ki satzunglarla sadece kanun çerçevesinde düzenleme yapılabilmesi mümkündür. Neticede satzunglar da rechtsverordnungen gibi kanun altında yer almakta olup hem kanuna dayanmalı hem de kanuna aykırı olmamalıdır.

⁸² Universität Göttingen (n 55); Kent (n 16) 492, 499; Gülgeç (n 25) 272, 273.

⁸³ Gemeinde Berg, ‘Satzungen Verordnungen’, <<https://www.gemeinde-berg.de/Satzungen-und-Verordnungen.n38.html>> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

⁸⁴ Gemeinde Hohenbrunn, ‘Satzungen Verordnungen’, <<https://www.hohenbrunn.de/satzungen-und-verordnungen>> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

⁸⁵ Gemeinde Neubiberg, ‘Satzungen Verordnungen’, <<https://www.neubiberg.de/de/Rathaus-Service/Ortsrecht/Satzungen-Verordnungen>> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

⁸⁶ Universität Hamburg, ‘Immatrikulation und Zulassung’, <<https://www.uni-hamburg.de/campuscenter/studienorganisation/ordnungen-satzungen/satzungen-immatrikulation-zulassung.html>> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

⁸⁷ Universität Konstanz, ‘Satzungen, Ordnungen und Richtlinien’, <<https://www.uni-konstanz.de/universitaet/leitung-organisation-und-verwaltung/struktur-prozesse-und-rechtliches/satzungen-ordnungen-und-richtlinien/>> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

E. Verwaltungsvorschrift

Almanya`da yürütmenin düzenleme yetkisi bağlamında ele alınabilecek son işlem, “iç düzen işlemi” olarak çevrili yapılan verwaltungsvorschrifttir.⁸⁸ Verwaltungsvorschrift, sözlükte “idari emir” anlamına gelmekte olup geniş anlamda yürütmenin tüm birimlerinin çıkarmaya ehil olduğu bu düzenleyici işlemler, doktrine göre, Temel Yasa`nın 3. maddesinin birinci fıkrasındaki kanun önünde eşitlik, hukuk devleti ve adalet ilkelerine⁸⁹ dayanmaktadır.⁹⁰

Verwaltungsvorschriftlerin konusu kamu hizmeti ve kamu hizmetinin yürütülmesi, muhatabı ise kamu görevlileridir.⁹¹ Kapsam, konu ve muhatabından da anlaşılacağı üzere verwaltungsvorschriftler, anayasa hukukunun yanı sıra idare hukukunu da ilgilendirmektedir.⁹² Başka bir anlatımla somut durumlarda ve özellikle takdir yetkisinin söz konusu olduğu hususlarda idarenin herkese eşit ve adil şekilde işlem tesis edebilmesi için, bireysel idarî işlemlerini düzenleme yetkisine sahip olması gerekmektedir. Bununla birlikte yürütme organının kanunları yürütme görevinin doğrudan bir sonucu olarak da idarenin verwaltungsvorschrift çıkarma yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir.⁹³

Verwaltungsvorschrift düzenlenebilmesi için normlar hiyerarşisinde verwaltungsvorschriftin üstünde yer alan bir norm tarafından bu yetkinin verilmiş olması gerekmektedir.⁹⁴ Verwaltungsvorschrift, sadece idarenin kendi içinde etkilidir; vatandaşlar üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.⁹⁵ Netice itibarıyla verwaltungsvorschriftler için kanun ve diğer normların belirlediği sınırlar içerisinde kalmak şartıyla idarenin mensuplarına genel-geçer talimatlar vermesi şeklinde bir tanımlama yapılabilir.

Tanım, kapsam, konu ve muhataba dair açıklamalarımızdan anlaşıldığı üzere verwaltungsvorschriftler, idari işleve dâhil iç düzen işlemleri niteliğini haiz olup bu nedenle asli, ilkel ve genel bir yetkiye dayanmamaktadır. Ayrıca

⁸⁸ Universität Göttingen (n 55); Ziamou (n 53) 46; Gülgeç (n 25) 283.

⁸⁹ Almanya`da yürütme güçlü bir yetki olsa da yürütmenin çeşitli türlerde denetimi gerçekleştirilmektedir. Bu denetimlerde hem pozitif hukuk hem de tabii hukuk kaynakları önemli rol oynamaktadır. İşte bu doğrultuda kanaatimizce Alman yürütme ve idare makamlarının yönetme yetkisinin ve dolayısıyla yürütmenin düzenleme yetkisinin, kendi iç düzenini sağlamanın yanı sıra, en önemli amacı; kanun önünde eşitliğin sağlanması, hukuk devleti ve adaletin gerçekleştirilmesidir. Elbette bu durumun Almanya siyasi tarihi açısından anlamı büyüktür.

⁹⁰ Gülgeç (n 25) 283.

⁹¹ Kent (n 16) 492.

⁹² Sarıca (n 11) 171.

⁹³ Gülgeç (n 25) 278.

⁹⁴ Gülgeç (n 25) 279, 283.

⁹⁵ Gülgeç (n 25) 280.

verwaltungsvorschriftlerin kanunun yanı sıra rechtsverordnung ve satzunglara da aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir.

F. Zoraki Yasama Hali: *Gesetzgebungsnotstand*

Temel Yasa'nın 68. maddesiyle şansölye, parlamentoyu fesih kozunu kullanarak parlamentodan güven isteminde bulunabilmektedir. Böylece hem parlamentodan güven isteminde bulunmuş hem de parlamento ve kamuoyu karşısında güven tazeleme fırsatı yakalamış olmaktadır.⁹⁶ Temel Yasa'nın 68. maddesi söz konusu olmuşsa ve akabinde parlamento güven istemini reddetmişse; şansölye ya parlamentonun feshini talep eder ya da Temel Yasa'nın 81. maddesine dayanarak *gesetzgebungsnotstand* yolunu işler.⁹⁷ Türkçeye “özel/zorunlu yasama hali”, İngilizceye ise “legislative emergency” olarak çevrilen bu ikinci yolda yasama yetkisinin, 6 ay süre ile federal hükümete devredildiği ifade edilmektedir. Kanaatimizce “zoraki yasama hali” şeklinde bir çevirinin daha uygun olduğu bu yolda ya doğrudan parlamentodan güven isteminde bulunulmakta ya da herhangi bir kanun tasarısı güven ile ilişkilendirilmektedir. Bu bağlamda zoraki yasama hali müessesesinin hukuki olduğu kadar siyasi anlamı da mevcuttur.⁹⁸

Güven isteminin reddi ya da güven istemiyle ilişkilendirilen bir kanun tasarısının kabul edilmemesi halinde şansölyenin talebi ve *Bundesrat* ile federal başkanın onayıyla zoraki yasama hali ilan edilebilir. Ardından güven istemi ya da güven istemiyle ilişkilendirilen kanun tasarısı yeniden parlamentonun önüne getirilir. Eğer parlamento tarafından tekrar reddedilirse ya da belli bir süre için karara bağlanmazsa güven istemi ya da ilgili kanun tasarısı sadece *Bundesrat* onayı ile kabul edilmiş sayılır.⁹⁹

İstikrarlı bir yürütmenin desteklediği zoraki yasama haline, siyasi yönünün de ağırlığı dikkate alınarak, bir takım sınırlar getirilmiştir. Temel Yasa'nın 81. maddesinin üç ve dördüncü fıkralarına göre; zoraki yasama hali talep yetkisi, her şansölyenin görev dönemi için sadece bir kez söz konusu olmakta ve ilan edilmiş zoraki yasama hali sadece 6 ay geçerli kalmaktadır. Ayrıca zoraki yasama hali süresince kabul edilen kanunlarla Temel Yasa'nın tamamı ya da bir kısmı üzerinde tasarrufta bulunulamaz.¹⁰⁰

⁹⁶ Uykun (n 9) 145.

⁹⁷ Uykun (n 9) 146.

⁹⁸ Özkol (n 14) 146. Başta belirtmek gerekir ki Almanya'da bu zamana kadar hiçbir şansölye zoraki yasama haline başvuramıştır. Keza güven isteminin ana konu olduğu zoraki yasama halinde temel sorun, şansölyenin mensup olduğu partinin parlamentodaki çoğunluğu kaybetmesidir. Bu durumda da şansölye tarafından genellikle yeni bir koalisyon kurulması yolları aranır ya da parlamentonun feshi talebinde bulunularak seçimlere gidilir.

⁹⁹ Uykun (n 9) 146.

¹⁰⁰ Uykun (n 9) 147.



Yürütmenin düzenleme yetkisi bağlamında zikredilmesinin önemli olduğunu gördüğümüz zoraki yasama halinde, parlamentonun siyasi nedenlerle federal hükûmeti çalışamaz duruma getirmesi önlenmek istenmiştir. Ancak zoraki yasama hali, gerek kabul aşamasındaki makamlar gerek süre sınırı gerekse bu hal içindeki kanun tasarılarında *Bundesrat* onayının aranması gibi şartlar göz önüne alındığında, sıkı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Her ne kadar doktrinde yasama yetkisinin belli bir süre içinde yürütmeye devri olarak adlandırılrsa da kanaatimizce zoraki yasama halinde tam anlamıyla bir devirden bahsetmek mümkün görünmemektedir. Keza, öncelikle, zoraki yasama hali ilan edilebilmesi için parlamentonun bir kanadı olan *Bundesrat* ile görevini bağımsızlık ve tarafsızlık içinde icra eden federal başkanın onayı gerekmektedir. Ayrıca zoraki yasama hali içindeki kanun tasarıları federal hükûmete ait olsa da mezkûr tasarıların kanunlaşması için *Bundesrat* onayı aranmaktadır. Neticede, kanaatimizce, zoraki yasama hali; yasama yetkisinin yürütmeye devrinden ziyade *Bundestag* ve federal hükûmetin siyasi sebeplerle anlaşmazlığa düştüğü hallerde yürütmenin istediği kanun tasarıları için sadece *Bundesrat* onayının yeterli görüldüğü, başka bir deyişle parlamentonun kanun çıkarmaya zorlandığı bir hukuki ve siyasi müessese olarak tanımlanabilir. Bu durumda *Bundesrat* onayıyla kabul edilen metin de bir kanun olduğundan yasama yetkisinin yürütmeye devrinden bahsetmek mümkün görünmemektedir.

III. YARGISAL DENETİM VE YARGI KARARLARI

Bu başlık altında yukarıda ele alınan Almanya`daki yürütmenin düzenleyici işlemlerinden kanun gücünde *rechtsverordnung*, *rechtsverordnung*, *setzung* ve *verwaltungsvorschriften*in yargısal denetimi hususu ve *rechtsverordnungen*lara dair yargı kararları ele alınacaktır.

A. Düzenleyici İşlemlerin Yargısal Denetimi

Temel Yasa`da kanun gücünde *rechtsverordnungen*ların yargısal denetimine yönelik herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Öyle ki bu tür *rechtsverordnungen*lar istisnai nitelikte olup savunma hali dönemi sona erdikten 6 ay sonra kendiliğinden yürürlükten kalkmaktadır.

Temel Yasa`nın 80. maddesinde düzenlenen *rechtsverordnungen*ların denetimi, Federal Anayasa Mahkemesi ve idari yargı mercileri tarafından gerçekleştirilmektedir.¹⁰¹ *Rechtsverordnungen*lar, bir yetki kanununa dayandıkları için öncelikle yetki kanununun Temel Yasa`nın 80. maddesine uygun olması zorunludur. Yetki kanununun Temel Yasa`ya uygunluğu Federal Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmektedir.¹⁰² Federal Anayasa mahkemesi, yetki ka-

¹⁰¹ Özko (n 14) 141; Gülgeç (n 25) 263.

¹⁰² Kent (n 16) 498.

nunlarının denetiminde birtakım ilkeler kapsamında inceleme yapmaktadır: Önemlilik, Belirlilik ve Temellik. Önemlilik ilkesine göre; parlamento temel hak ve özgürlükler gibi önemli konularda tek karar verici mercidir, bu gibi önemli konularda düzenleme yetkisi devredilemez.¹⁰³ Önemlilik ilkesinin içinde teknik, uzmanlık gerektiren hususlarla parlamentonun meşgul edilmemesi anlayışı da bulunmaktadır. Belirlilik ilkesine göre; yetki kanununda yetkinin konusu, amacı ve kapsamı yeterli açıklıkta belirtilmelidir.¹⁰⁴ Temellik ilkesine göre ise; norm koyma yetkisinin esas sahibi parlamentodur, bu doğrultuda her konuda temel hükümler mutlaka parlamento tarafından koyulmalıdır. Herhangi bir hüküm konulmaksızın sadece çerçeve bir yetki kanunuyla düzenleme yetkisinin devredilmesi, temellik ilkesine aykırı düşmektedir.¹⁰⁵ Federal Anayasa Mahkemesi tarafından mezkûr ilkeler bir bütün olarak uygulanmaktadır.¹⁰⁶ Diğer yandan rechtsverordnungenın yetki kanununa uygunluğu ise idare mahkemeleri tarafından denetlenmektedir.

Satzungların yargısal denetimi, idare mahkemeleri tarafından gerçekleştirilmektedir.¹⁰⁷ Satzungenın yargısal denetiminde; kanuna uygunlukla birlikte satzungu düzenleyen merciin kendi yetki ve sorumluluk alanını ihlal edip etmediği hususları incelenmektedir.

İç düzen işlemleri niteliğinde olan verwaltungsvorschriftenin yargısal denetiminin mümkün olmadığı ancak kamu görevlileri haricinde vatandaşlara etki etmesi halinde yargısal denetime tabi tutulabileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁸

B. Yargı Kararları

Rechtsverordnungenın yargısal denetiminde Federal Anayasa Mahkemesi ve idari yargı mercileri rol oynadığı için bunların denetimi yürütmenin düzen-

¹⁰³ Zıamou (n 53) 55.

¹⁰⁴ Kischel (n 72) 233-235.

¹⁰⁵ Kent (n 16) 498.

¹⁰⁶ Bundesverfassungsgericht, 'BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 01. April 2014 - 2 BvF 1/12 -, Rn. 1-112', <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/04/fs20140401_2bvff000112.html> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022; Bundesverfassungsgericht, 'BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 24. November 2010 - 1 BvF 2/05 -, Rn. 1-316', <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/11/fs20101124_1bvff000205.html> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022; Bundesverfassungsgericht, 'BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 12. Oktober 2010 - 2 BvF 1/07 -, Rn. 1-135', <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/10/fs20101012_2bvff000107.html> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022; Bundesverfassungsgericht, 'BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. November 2002 - 2 BvF 3/99 -, Rn. 1-42', <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2002/11/fs20021107_2bvff000399.html> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

¹⁰⁷ Kent (n 16) 501; Gülgeç (n 25) 274.

¹⁰⁸ Gülgeç (n 25) 282.

leme yetkisi bağlamında daha fazla önem arz etmektedir. Bu nedenle çalışmamızda rechtsverordnungenın yargısal denetimiyle ilgili yargı kararlarına yer verilecektir.

Federal Anayasa Mahkemesinin bir kararında; parlamento tarafından 2011 yılında nüfus sayımıyla ilgili bir kanun kabul edilmiş olup kanunda geçen örnekleme metoduna dair rechtsverordnung çıkarılması için yetki verilmiştir. Önemlilik, belirlilik ve temellik ilkelerinin hepsinin uygulandığı olayda Federal Anayasa Mahkemesi tarafından;

“Temel Yasa, Parlamentonun yasama organı olarak sorumluluğunu bırakmasını engeller. Parlamento, yürütme organına rechtsverordnung çıkarma yetkisi verirse, devredilen yetkilerin sınırlarını dikkate almalı ve bunları eğilim ve program açısından o kadar net bir şekilde özetlemelidir ki, yetkilendirmenin kendisi vatandaş için neyin caiz olması gerektiğini tanımayı ve öngörmeyi mümkün kılacaktır. Parlamento, yasama sorumluluğundan kurtulmamalı ve böylece yürütme organına geniş yetkiler vererek kendisini güçsüzlendirmemelidir. Kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olarak, her zaman mevzuatın efendisi olarak kalmalıdır. ... Yasama organı, muğlak yasal terimler kullanarak ve takdir yetkisi vererek, uygulama konusunda idari boşluk da sağlayabilir. Belirsiz yasal terimleri doldurmak, idarenin bir görevidir. Bu açıdan belirleyici olan, ilgili normların yorum yoluyla yeterince belirlenebilmesi ve kalan belirsizliklerin idari işlemin öngörülebilirliğini ve yargulanabilirliğini tehlikeye atacak kadar ileri gitmemesidir. Yüksek düzeyde teknik konuları düzenlerken, yasama organı prensipte kendisini yeterince kesin hedefler belirlemekle sınırlandırabilir. ... Bir nüfus sayımı prosedürünün ayrıntıları o kadar yüksek düzeyde teknik konulardır ki, yasa koyucu teknik terimleri idareye bırakılabilir.”¹⁰⁹

gereğesiyle yetki kanununun anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir.

Bir başka olayda ticari yolcu uçuşlarında hava trafik vergisi alınmasına ilişkin bir kanunda matrah hesaplamalarının yapılması ve indirimlerin belirlenmesi için rechtsverordnung düzenleme yetkisi verilmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi tarafından;

“Buna göre, verilen yetkinin içeriği, amacı ve kapsamı kanunla belirlenmelidir. Vergi alanında, vergi yüküne ilişkin gerçekler

¹⁰⁹ Bundesverfassungsgericht, ‘BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19. September 2018 - 2 BvF 1/15’, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/fs20180919_2bvff000115.html> Erişim Tarihi: 03 Aralık 2022.

- vergi borçlusu, vergi nesnesi, tahakkuk esası ve vergi oranı
- yasada belirtilmişse, düzenleme yetkisi genellikle yeterince
spesifiktir. ... yasa ile vergi indirimini hesaplamanın hem temelini
hem de yöntemi belirtilmiştir.”¹¹⁰

gerekçesiyle yetki kanununun anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir. Öte yandan KISCHEL tarafından aktarılan bir karara konu olayda; nakliye taşıma vergisi ile ilgili bir kanunda verginin hesaplanmasını ton ve kilometreye bağlanmış olup bu konuda gerekli belirlemelerin yapılması için rechtsverordnung düzenleme yetkisi verilmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi tarafından; kanunda sadece ton ve kilometre ibareleri kullanıldığından, bunların belirlenmesine yönelik asgari ölçütler ortaya konmadığından, bu nedenlerle de yürütmeye oldukça geniş bir takdir marjı tanındığından yetki kanunu anayasaya aykırı bulunmuştur.¹¹¹

Anayasaya uygun bir yetki kanununa dayanılarak çıkarılmış rechtsverordnungun yargısal denetimi, idare mahkemeleri tarafından yapılmaktadır. Yargısal denetimde esas itibarıyla rechtsverordnungun yetki kanununa uygunluğu incelenmektedir.

Su koruma alanıyla ilgili olarak kamu su teminini güvence altına almak için düzenlemeler getiren bir rechtsverordnungun dava konusu olduğu davada; davacılar, ilgili bölgede birkaç içme suyu kuyusu işletmektedir. Mahkemece yetki kanununda düzenlemelerin alternatifli olarak yapıldığı, ancak rechtsverordnungda tek bir alternatif yer verildiği, ayrıca kanunda öngörülmemesine rağmen rechtsverordnung ile ilgililerin birtakım resmi belge ve raporlara erişiminin kısıtlandığı tespitleri yapılarak dava konusu rechtsverordnung iptal edilmiştir.¹¹²

Belirli vahşi hayvan ve bitki türleri habitatlarının korunması amacıyla yönelik düzenlenen peyzaj yönetmeliğinin iptalinin talep edildiği başka bir davada; davacı Meppen ve Haselünne bölgelerinde ekilebilir arazilerin sahibidir. Dava konusu rechtsverordnung ile davacı, mülkiyetindeki arazilerden çıkarılmıştır. Mahkeme, yetki kanunuyla belirli hayvan ve bitki türlerinin korunması açısından özellikle önemli alanlara yönelik açıkça yaptırımların düzenlenmesi öngörüldüğünden rechtsverordnungun yetki kanununa uygun olduğuna karar vermiştir.¹¹³

¹¹⁰ Bundesverfassungsgericht, ‘BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 05. November 2014 - 1 BvF 3/11 -, Rn. 1-73’, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/fs20141105_1bvf000311.html> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

¹¹¹ Kischel (n 72) 233.

¹¹² Bundesverwaltungsgericht, ‘BVerwG, Beschluss vom 22.10.2021 - 7 BN 1.20 -’, <<https://www.bverwg.de/de/221021B7BN1.20.0>> Erişim Tarihi: 03 Aralık 2022.

¹¹³ Bundesverwaltungsgericht, ‘BVerwG, Beschluss vom 10.11.2021 - 7 BN 7.21 -’, <<https://>



Taksi şoförü olan davacının taksi ticareti hakkındaki rechtsverordnung iptalini talep ettiği bir diğer davada; ilgili rechtsverordnung ile taksilerin yalnızca resmi olarak onaylanmış yerlerde hazır tutulabileceği düzenlemesinin getirildiği, böyle bir sınırlamanın özel hukuk ilişkilerine hanel getirdiği ileri sürülmektedir. Dava konusu rechtsverordnung, yolcu taşıma konusundaki bir kanuna dayanarak çıkarılmıştır. Kanun, trafik düzenliliğinin sağlanması amacıyla düzenleme yapma yetkisi tanımaktadır. Mahkemece, kanunda zorunlu park yeri belirleme gibi bir uygulamanın doğrudan belirlenmediği, ancak bu uygulamanın yetki amacına uygun olduğu, yanı sıra özel hukuk ilişkilerine herhangi bir zarar getirmediği gerekçeleriyle dava konusu rechtsverordnungun kanuna uygun olduğuna karar verilmiştir.¹¹⁴

Son örneğimizdeki dava, hekimlik eğitimine dair bir rechtsverordnungun kaldırılmasıyla ilgili olarak, dava konusu rechtsverordnung ile önceden resmi olarak tanınan homeopati adlı alternatif tıp yöntemi ve buna dayanan tıp unvanı kaldırılmıştır. Homeopati alanında resmi şekilde uzmanlık almış ve bu alanda çalışan davacı, dava konusu rechtsverordnung ile artık homeopati alanında uzmanlara izin verilmemesinin Temel Yasa'daki meslek özgürlüğünü ihlal ettiğini, mevcut kendi unvan ve çalışmasına son verilmese de artık ilgili alanda çalışacak yeni kişiler olmayacağı için zamanla işlerinin azalacağını ileri sürmektedir. Mahkemece öncelikle rechtsverordnungun yetki kanununa uygun olduğuna karar verilmiş, ardından temel hak ve özgürlükler bağlamında bir değerlendirme yapılmıştır. Davacının mevcut unvan ve çalışmasının ortadan kaldırılmamasını göz önünde tutan mahkeme, gelecekteki muhtemel menfaatin dava konusu yapılamayacağı ve ilgili düzenlemenin temel hak ve özgürlüklere müdahaleden ziyade bir kamu sektöründe düzenleme niteliğinde olduğu gerekçeleriyle dava konusu rechtsverordnungun hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.¹¹⁵

SONUÇ

19. yüzyılın sonlarından günümüze kadar Almanya çeşitli yönetimlere şahit olmuştur. Almanya, imparatorun egemenliği altında yönetilmekteyken Weimar döneminde cumhuriyeti yaşamış, ancak ardından karanlık bir dönem olarak tanımlanan Nazi dönemine girmiştir. Başka bir deyişle günümüzde federal yapıya sahip olan ve cumhuriyet ile yönetilen Almanya, siyasi tarihinde iyi ve kötü yönetimleri tecrübe etmiş, ancak bundan önemli dersler çıkarmış bir devlet olarak varlığını sürdürmektedir. Bir yandan çok güçlü bir yürütmeye meydan verilmemesini amaçlayan diğer yandan da tamamen istikrarsız bir yürütmenin

www.bverwg.de/de/101121B7BN7.21.0 Erişim Tarihi: 03 Aralık 2022.

¹¹⁴ Bundesverwaltungsgericht, 'BVerwG, Urteil vom 22.01.2020 - 8 CN 2.19 -', <<https://www.bverwg.de/de/220120U8CN2.19.0>> Erişim Tarihi: 03 Aralık 2022.

¹¹⁵ Bundesverwaltungsgericht, 'BVerwG, Beschluss vom 11.01.2022 - 3 BN 6.21 -', <<https://www.bverwg.de/de/110122B3BN6.21.0>> Erişim Tarihi: 03 Aralık 2022.

mevcut olmasını istemeyen Almanya, bu doğrultuda halkın temsilcilerinden müteşekkil parlamentonun da yardımıyla güçlü yürütme ile hukukla sınırlandırılmış yürütme arasında dengeleyici politikalar güderek çeşitli araçlar geliştirmiştir. Elbette bu durum kendisini yürütmenin düzenleme yetkisinde de göstermektedir. Öyle ki Almanya'da yürütmenin düzenleme yetkisinin bütününe bakıldığında mezkûr dengeleyici tutumun özellikle parlamento güdümünde izleri görülebilmektedir.

Güçlü bir yürütmenin hem bir gelenek hem de bir gereklilik olarak algılandığı aynı zamanda hukukla sınırlandırılmış bir yürütmenin mevcut olduğu Almanya'da yürütmenin düzenleyici işlemleri; kanun gücünde rechtsverordnung, rechtsverordnung, satzung ve verwaltungsvorschrifttir. Kanun gücünde rechtsverordnung ve rechtsverordnung, dar anlamda yürütmenin; satzung ve verwaltungsvorschrift ise geniş anlamda yürütmenin sahip olduğu düzenleyici işlemlerdir. Her ne kadar güçlü yürütme olgusu var olsa da mezkûr işlemlerin tamamında parlamentonun yetkisinin hissedilir ölçüde ağırlığı bulunmaktadır: Kanun gücünde rechtsverordnungen için *Bundesrat* onayı gerekirken Temel Yasa'nın 80. maddesi gereği rechtsverordnungen için ise mutlaka bir yetki kanunu gerekmektedir. Otonomi ilkesi gereği bir hak olarak ele alınan satzunglar için de kanun tarafından yetkilendirme aranmaktadır. Verwaltungsvorschriften için de kanuna dayanma bir zorunluluk olarak görülmektedir. Siyasi sebeplerle şansölye ile *Bundestag* arasının açıldığı durumlarda parlamentonun kanun çıkarmaya zorlandığı bir hukuki ve siyasi müessese olan zoraki yasama halinde dahi parlamentonun diğer kanadı olan *Bundesrat* onayı bir kurucu unsur olarak sayılmıştır. Böylece hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olarak doğrudan halk tarafından seçilmeyen yürütmenin düzenleyici işlemleri kanunla ve Temel Yasa ile sıkı sıkıya sınırlandırılmıştır. Bunun doğal sonucu olarak da Alman hukukunda yürütmeye kanun seviyesinde bir düzenleyici işlem yapma imkânı tanınmamıştır. Keza kanun gücünde rechtsverordnungen her ne kadar kanunları geçici olarak durdurma gücüne sahipse de onları değiştirememektedir. Güçlü de olsa hareketinin kısıtlanma imkânlarının çeşitli olduğu bir yürütme kurgusu, özellikle Nazi döneminde yaşananların tekrarının önlenmek istenmesine bağlanmaktadır.

Dar anlamda yürütmenin Temel Yasa'nın 80. maddesi kapsamında sahip olduğu rechtsverordnung düzenleme yetkisine dair yargısal denetim ayrıca önem arz etmektedir. Rechtsverordnungenın yargısal denetimi, yetki kanununun Temel Yasa'ya uygunluğu yönünden Federal Anayasa Mahkemesi tarafından; rechtsverordnungenın yetki kanununa uygunluğu yönünden ise idari yargı tarafından gerçekleştirilmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi rechtsverordnungenın yetki kanunlarını denetlerken belirlilik, önemlilik ve temellik ilkelerini uygulamaktadır. Buna göre yetki kanununda amaç, konu ve kapsam net şekilde belirlenmeli, temel hak ve özgürlükleri gibi önemli konularda yürütmeye düzenleme yetkisi verilmemeli ve her konuda temel norm koyma parlamento



ait olmalıdır. Federal Anayasa Mahkemesinin içtihat olarak geliştirdiği ilkelere bakıldığında da parlamento güdümünde dengelenmiş bir yürütmenin yargısal açıdan da kabul edildiği görülmektedir. Öyle ki mezkûr ilkelere uygun olarak kabul edilen bir yetki kanununa dayanılarak çıkarılan rechtsverordnungen idari yargı tarafından yetki kanununa uygunluk bakımından denetime tabi tutulmakta olup rechtsverordnungenın yetki kanununa dayanmaksızın kendiliğinden bir alanı düzenleyemeyeceği kabul edilmektedir.

Neticede Almanya`da genel itibariyle düzenleme yetkisi, ne asli ne ilkel ne de genel bir yetkiye dayanmaktadır. Bütün düzenleyici işlemlerin kanun ya da istisnai de olsa parlamentoya (*Bundesrat`a*) dayanması ve kanuna aykırı olmaması gerekmektedir. Böylece yürütme üzerinde parlamento araçları etkin bir şekilde tanınmaktayken diğer yandan ne yürütme tam anlamıyla istikrarsız kılınmakta ne de yasamanın itibarsızlaşmasına mahal verilmekte ve en önemlisi parlamento ya da yürütmeden herhangi biri lehine bir tutumdan çok hukuk devleti lehine bir tutum sergilenmektedir.

KAYNAKÇA

Bundesministerium der Justiz, ‘Manual for Drafting Legislation’, <https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/RechtsdurchsetzungUndBuerokratieabbau/HandbuchDerRechtsfoermlichkeit_eng.html> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen, ‘Verordnung über die Raumordnung im Bund für einen länderübergreifenden Hochwasserschutz’, <<https://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/Webs/BMWSB/DE/verordnung-ueber-die-raumordnung-im-bund-fuer-einen-laenderuebergreifenden-hochwasserschutz.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen, ‘Verordnung über die Raumordnung in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone in der Nordsee und in der Ostsee’, <<https://www.bmwsb.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/Webs/BMWSB/DE/verordnung-ueber-die-raumordnung-in-der-deutschen-ausschliesslichen-wirtschaftszone-in-nordsee-und-ostsee.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, ‘Abschaltbare-Lasten-Verordnung’, <<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Gesetze/Energie/ab-lav.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, ‘Achte Verordnung zum Produktsicherheitsgesetz’, <<https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Gesetze/Allgemein/GSGV8.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

Bundesministerium der Finanzen, ‘Verordnung über die Steuerberaterplattform und die besonderen elektronischen Steuerberaterpostfächer’, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_IV/20_Legislaturperiode/2022-08-29-StBPPV/0-Verordnung.html> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

Bundesministerium der Justiz, ‘Verordnung über die Einrichtung und Führung des Gesellschaftsregisters’, <<https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/GesellschaftsregisterVO.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

Bundesministerium der Justiz, ‘Verordnung über den Betrieb eines Videokommunikationssystems für notarielle Urkundstätigkeiten’, <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/NotViKoV.html;jsessionid=18023E2405E6471A218B62AF77E57FA2.1_cid289> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

Bundesministerium für Arbeit und Soziales, ‘Verordnung über die Öffnung des Kurzarbeitergeldbezugs für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter’, <<https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/kurzarbeitergeldoeffnungsverordnung.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, ‘Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für die Pflegeberufe’, <<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/gesetze/ausbildungs-und-pruefungsverordnung-fuer-die-pflegeberufe-122884>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

Bundesministerium für Gesundheit, ‘Coronavirus-Testverordnung’, <<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/detail/coronavirus-testverordnung-testv.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

Bundesministerium für Gesundheit, ‘Verordnung zur Krankenhauskapazitätssurveillance’, <<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/detail/verordnung-zur-krankenhauskapazitaetssurveillance.html>> Erişim Tarihi: 28 Kasım 2022.

Bundesverfassungsgericht, ‘BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19. September 2018 - 2 BvF 1/15’, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/fs20180919_2bvf000115.html> Erişim Tarihi: 03 Aralık 2022.

Bundesverfassungsgericht, ‘BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 05. November 2014 - 1 BvF 3/11 -, Rn. 1-73’, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/fs20141105_1bvf000311.html> Erişim Tarihi: 03 Aralık 2022.

Bundesverfassungsgericht, ‘BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 01. April 2014 - 2 BvF 1/12 -, Rn. 1-112’, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/04/fs20140401_2bvf000112.html> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.



Bundesverfassungsgericht, 'BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 24. November 2010 - 1 BvF 2/05 -, Rn. 1-316', <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/11/fs20101124_1bvf000205.html> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

Bundesverfassungsgericht, 'BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 12. Oktober 2010 - 2 BvF 1/07 -, Rn. 1-135', <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/10/fs20101012_2bvf000107.html> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

Bundesverfassungsgericht, 'BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. November 2002 - 2 BvF 3/99 -, Rn. 1-42', <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2002/11/fs20021107_2bvf000399.html> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

Bundesverwaltungsgericht, 'BVerwG, Beschluss vom 22.10.2021 - 7 BN 1.20 -', <<https://www.bverwg.de/de/221021B7BN1.20.0>> Erişim Tarihi: 03 Aralık 2022.

Bundesverwaltungsgericht, 'BVerwG, Beschluss vom 10.11.2021 - 7 BN 7.21 -', <<https://www.bverwg.de/de/101121B7BN7.21.0>> Erişim Tarihi: 03 Aralık 2022.

Bundesverwaltungsgericht, 'BVerwG, Urteil vom 22.01.2020 - 8 CN 2.19 -', <<https://www.bverwg.de/de/220120U8CN2.19.0>> Erişim Tarihi: 03 Aralık 2022.

Bundesverwaltungsgericht, 'BVerwG, Beschluss vom 11.01.2022 - 3 BN 6.21 -2', <<https://www.bverwg.de/de/110122B3BN6.21.0>> Erişim Tarihi: 03 Aralık 2022.

Gemeinde Berg, 'Satzungen Verordnungen', <<https://www.gemeinde-berg.de/Satzungen-und-Verordnungen.n38.html>> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

Gemeinde Hohenbrunn, 'Satzungen Verordnungen', <<https://www.hohenbrunn.de/satzungen-und-verordnungen>> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

Gemeinde Neubiberg, 'Satzungen Verordnungen', <<https://www.neubiberg.de/de/Rathaus-Service/Ortsrecht/Satzungen-Verordnungen>> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

Galetta D U, 'Legislative Regulation of Administrative Procedures: The Role of the Bund and the Lander in Germany', (2010) 2(2) Italian Journal Public Law, 352-358.

Gülgeç Y B, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, (Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015).

Güller A, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Türkiye ve Fransa Mukayesesi*, (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020).

Gärditz, K F, 'Handlungsformen und Instrumente der Gemeinde', (chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Gaerditz/Vorlesung/KommR/UEbersicht-KommunalR8.pdf> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

Kanatoğlu K, 'Modern Anayasal Devlet: Amerikan, Alman ve Türk Anayasaları Üzerinden Bir Deneme', <https://hukukdefterleri.com/modern-anayasal-devlet-amerikan-alman-ve-turk-anayasalari-uzerinden-bir-deneme/> Erişim Tarihi: 26 Kasım 2022.

Kaplan İ, 'OHAL Düzenlemeleri', <https://www.turkhukukkurumu.org.tr/sitemizde-yazilar/110-ohal-duzenlemeleri.html> Erişim Tarihi: 26 Kasım 2022.

Kent B, 'Türk ve Alman Hukukunda Genel Düzenleyici İşlemler', (2011) 69(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 485-503.

Kischel U, 'Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and German Law', (1994) 46(2) Administrative Law Review, 213-256.

Miller R, 'Executive Extremes: German Lessons for our Authoritarian Era', (2020) 11 Washington & Lee Legal Studies Paper, <https://ssrn.com/abstract=3668748> Erişim Tarihi: 21 Kasım 2022).

Muratoğlu T, 'Almanya Federal Cumhuriyeti'nde Devlet Yapılanması', (2014) 18(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 291-366.

Özbudun E, 'İngiltere'de Parlâmento Egemenliği Teorisi', (1968) 25(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59-79.

Özenç B, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak Kelsen Schmitt'e Karşı*, (İletişim, 2022).

Özkol A, 'Almanya'da Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi', (1969) 26(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 131-148.

Rumpf C/ Uzar Schüller G, 'Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası', <https://www.btg-bestellservice.de/informationmaterial/55/63/anr80207000/vs> Erişim Tarihi: 26 Kasım 2022.

Sarıca R, 'Almanyada İcra Organının Tanzim Salahiyeti', (1943) 9(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 170-248.

Soysal M, *Anayasaya Giriş*, (3. Baskı, İmge, 2011).

Şirin T, *Anayasa`dan Çıkış*, (İmge, 2022).

Topuzkanamış E, *Kapuçin Maymunları Neden Salatalık Sevmez? - Hukuku Anlamak İçin Kısa Bir Giriş*, (On İki Levha, 2022).

Universität Bamberg, ‘Allgemeines zu Rechtsnormen’, (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.uni-bamberg.de/fileadmin/uni/fakultaeten/sowi_lehrstuehle/arbeitsrecht/Skripten/VerfassRecht.pdf> Erişim Tarihi: 29 Kasım 2022).

Universität Göttingen, ‘Rechtsverordnung – Satzung – Verwaltungsvorschrift’, (chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/356808ec5ece2495e4d2e65298a69a1b.pdf/Microsoft%20Word%20-%20Rechtsverordnung.doc.pdf> Erişim Tarihi: 29 Kasım 2022).

Universität Hamburg, ‘Immatrikulation und Zulassung’, <https://www.uni-hamburg.de/campuscenter/studienorganisation/ordnungen-satzungen/satzungen-immatrikulation-zulassung.html> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

Universität Konstanz, ‘Satzungen, Ordnungen und Richtlinien’, <https://www.uni-konstanz.de/universitaet/leitung-organisation-und-verwaltung/struktur-prozesse-und-rechtliches/satzungen-ordnungen-und-richtlinien/> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

Uygun B, ‘Bakanlar Kurulunun Oluşumu: Birleşik Krallık, Fransa, Türkiye ve Almanya Örnekleri’, (Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016).

Yalçındağ S, ‘Federal Almanya`da Yerel Yönetimler’, (1989) 22(1) Amme İdaresi Dergisi, 33-66.

Yügrük E, ‘2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Yürütme Organının Düzenleme Yetkisinin Alanı ve Sınırları’, (Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018).

Ziamou T, ‘Public Participation in Administrative Rulemaking: The Legal Tradition and Perspectives in the American and European (English, German, Greek) Legal Systems’ (2000) 60 Heidelberg Journal of International Law, 41-102.

DOĞAL HUKUKUN POZİTİF HUKUKLA İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA SOKRATES'İN ÖLÜMÜ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

*An Evaluation on the Death of Socrates in the Context of Natural Law's
Relationship to Positive Law*

Ekin MERKİT*

Özet

Sokrates'in ölümü doğal hukuk ve pozitif hukuk ilişkisine dair önemli çıkarımlar içermektedir. O, *Savunma*'da ve *Kriton*'da *nomos*'a itaat etme gerekçelerini içindeki tanrısal ses/*daimon* temelinde açıklamıştır. *Nomos*'a itaatin hukukî bir ödev olmaktan önce ahlaki bir sorumluluk olduğunu ifade eden Sokrates, ahlakın hukuku öncelediğini ve pozitif hukukun meşruiyet kaynağının doğal hukuk olduğunu iddia etmektedir. Nitekim Sokrates, Atina kentinin o dönem yürürlükte olan pozitif hukukunun ahlaki bir ideal olan adaleti sağlayamadığını bilse de *nomos*'un ve kendisine verilen cezanın tanrısal yasaları ve ahlak kurallarını ifade eden *thesmoi* ile çelişmediğine inandığı için yasaya içtenlikle itaat etmiştir. Sokrates'in hukuka itaat yükümlülüğünü yalnızca ahlaka bağlaması ve Atina devletini aşırı bir biçimde yücelterek devlet karşısında kişinin varlığını eritmesi modern pozitif hukuk için elbette geçerliğini kaybetmiştir. Ancak onun ölümü pozitif hukukun adalet sorununa yaklaşımında hukuk felsefesinin ne denli önemli bir yere sahip olduğunu asırlar önce gözler önüne sermiştir. Bir hukuk sisteminin en önemli işlevi adaleti sağlamak için adil ve haklı çözümler üretmektir. İşte bu noktada adalet, vicdan, hakkaniyet gibi kavramların ve dolayısıyla doğal hukukun yol göstericiliğine ihtiyaç duyulmaktadır. Klasik doğal hukuk öğretisinin evrensel ve ebedi olma iddiası modern pozitif hukuk için uygulanabilirlik özelliğini kaybetmiş olsa da modern doğal hukuk öğretilerinin değişir kapsamlı doğal hukuk anlayışı belli bir durum için geçerli, haklı ve adil hukuku bulma konusunda önemli bir rehberdir. Bu nedenle doğal hukuku tamamen devre dışı bırakmak isteyen veya onunla sürekli olarak çelişen bir pozitif hukuk sisteminin insanların adalet duygusunu tatmin etmesi her zaman mümkün olmayabilir.

Anahtar Kelimeler: Sokrates, Ahlak, Thesmoi, Nomoi, Doğal hukuk, Pozitif hukuk.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 18.04.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023

* Dr., Nuh Naci Yazgan Üniversitesi, Fen Edebiyat Fakültesi Psikoloji Bölümü, nry_merkıt@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-6480-2078>



Abstract

The death of Socrates contains important implications for the relationship between natural law and positive law. He explained the reasons for obeying the *nomos* in *Apology* and *Crito* on the basis of the divine voice/*daimon* in it. Expressing that obedience to *nomos* is a moral responsibility before being a legal duty, Socrates claims that morality prioritizes law and that the source of legitimacy of positive law is natural law. As a matter of fact, although Socrates knew that the positive law of the Athenian state at that time could not provide the moral ideal of justice, he sincerely obeyed the law because he believed that the *nomos* and the punishment given to him did not contradict the *thesmoi*, which expresses divine laws and moral rules. Socrates's binding the obligation to obey the law only to morality and the excessive glorification of the Athenian state and the dissolution of one's existence in the face of the state has lost its validity for modern positive law. However, his death revealed centuries ago how important the philosophy of law is in the approach of positive law to the problem of justice. The most important function of a legal system is to produce fair and correct solutions to ensure justice. At this point, there is a need for the guidance of concepts such as justice, conscience and fairness, and therefore natural law. The claim of the classical natural law doctrine to be universal and eternal has lost its applicability for modern positive law. However, the variable natural law understanding of modern natural law doctrine is an important guide in finding the right and just law valid for a given situation. For this reason, it may not always be possible to satisfy people's sense of justice with a positive legal system that wants to completely disable natural law or is constantly in conflict with it.

Key Words: Socrates, morality, Thesmoi, Nomoi, Natural law, Positive law.

GİRİŞ

Sokrates'in Savunması adlı eserden bilindiği üzere Sokrates felsefi görüşleri uğruna ölümü bile göze alan bir filozoftur. O, M.Ö. 399 senesinde "gençleri yoldan çıkardığı ve kentlin tapındığı tanrılara değil kendisinin icat ettiği yeni tanrılara tapındığı"¹ gerekçesi ile mahkeme önüne çıkarılmış ve davanın sonunda ölüm cezasına mahkûm edilmiştir. Atina'da felsefi görüşleri nedeniyle yargılanan tek filozof Sokrates değildir. Anaksagoras (MÖ 430), Protagoras (MÖ 420) ve Diagoras (MÖ 411) gibi başka filozoflar da ileri sürdüğü birtakım görüşleri nedeniyle suçlanmış; fakat ölüm cezası yerine sürgün edilmeyi tercih ettikleri için yaşamlarını kurtarmışlardır.² Sokrates ise doğruluğuna inandığı ve savunduğu düşüncelerden ne pahasına olursa olsun ödün vermemiş; fakat masumiyetini ispat edemeyince yasaya (*nomos*) itaat ederek ölmeyi kabul etmiştir. Böylece onun ölümü asırlardır tartışılan bir olay haline dönüşmüştür. Nitekim 2012 yılında Atina'da kurulan temsili bir mahkeme filozofun masum olduğuna karar vermiş³ ve Sokrates yaklaşık yirmi beş asır sonra beraat etmiştir.

¹ Platon, *Sokrates'in Savunması* (Ari Çokona çev., 11. Baskı, Türkiye İş Bankası Yayınları 2013) 24c.

² ibid 14.

³ Daha fazla bilgi için bkz. <https://www.haberturk.com/dunya/haber/745593-2500-yil-sonragelen-beraat-erisim-tarihi-03.04.2022>

Günümüzde Sokrates'in ölümü hukuka itaat yükümlülüğü, sivil itaatsizlik, özel alan, kamusal alan, yasanın meşruiyeti gibi birçok sorun bağlamında tartışılmaktadır. Bu çalışma ise Sokrates'in ölümünü doğal hukukun pozitif hukukla ilişkisi bağlamında değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Doğal hukuk geleneği adil olanın yalnızca yasaya uygun olan demek olmadığı, yasanın kendisinin de adil olması yani adalete uygun olması gerektiğini ileri süren ve bu nedenle merkezine yasa-meşruiyet sorununu yerleştiren hukuk felsefesi geleneğidir.⁴ Doğal hukuk kuramlarının zeminini oluşturan temel ilke; bir yasanın, anayasa hükmünün ya da yargı kararının gerçek bir hukukî niteliğe sahip olabilmesi için kendisine tabi kişiler tarafından adil olarak kabul edilmesi veya en azından adaletsiz ya da kamu yararına aykırı sayılmaması gerekliliğidir. Başka bir ifadeyle, 'adil' ve 'iyi' olmak hukuk kavramının anlamının bir parçasıdır. Bu nedenle yasalar, anayasa hükümleri, yargı kararları ve tüm bunların bütün olarak ait oldukları sistemler adaleten ve iyilikten uzaklaştıkları ölçüde hukuken daha az bağlayıcı hale gelirler.⁵ Doğal hukuk, olması gereken/ideal hukuktur. Pozitif hukuk ise var olan/mevcut hukuktur. Bu iki tür hukuk bazı durumlarda çatışma yaşar ve bu çatışmanın amacı ahlaki ve politik bir yargıda bulunmaktır.⁶ Sokrates doğal hukuk öğretisinin ilk ve en önemli savunucularından biridir. Ancak doğal hukuk öğretisi oldukça geniş bir yelpazeye sahiptir ve bu öğretilerde tek bir yaklaşım söz konusu değildir. Tarih boyunca doğal hukuk anlayışı çeşitli kırılmalar ve değişimler yaşamıştır.⁷ Bu anlayış Antik Yunan düşüncesinde kozmosun düzenliliği temelinde açıklanırken, Orta Çağ felsefesinde Tanrı bağlamında temellendirilmek istenmiş ve böylece meşruiyetin kaynağı insandan veya insanî olandan doğaüstü bir güce geçmiştir. Modern düşünceyle birlikte doğal hukuk kavramı bilimsel, ahlaki, hukukî ve siyasi anlamda evrensel bir ilkeye dönüşmüştür.⁸

Bu makalenin merkezinde Antik Yunan'da karşımıza çıkan doğal hukuk ve pozitif hukuk ilişkisi yer almaktadır. Bu dönemde doğal hukuk geleneği Tanrı'nın evrenle (kozmos) bir olduğu görüşünden hareketle kavranır ve tanrısal düzen ile insanî düzen arasındaki aykırılığa dayanır. İnsanın bireysel ve toplumsal yaşamı tanrısal bir düzeni ifade eden kozmosun yasalarıyla uyum içinde olmalıdır.⁹ Bu nedenle doğal hukuk, hukuk ile ahlakın kesişim noktasıdır¹⁰

⁴ Henri de Page, 'Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizm' (1944) 2(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 96, 98-99.

⁵ David Bruce Ingram, *Hukuk Felsefesi* (Ezgi Su Dağabak çev., 2. Baskı, Fol Yayınları 2020), 41.

⁶ Michel Troper, *Hukuk Felsefesi* (Işık Ergüden çev., 2. Baskı, Dost Kitabevi 2019) 22.

⁷ Arslan Topakkaya, 'Ontolojik Doğal Hukuk Anlayışına İki Farklı Örnek: Stoa ve Hıristiyan Doğal Hukuk Öğretileri' (2013) 15 TAAD (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi), 67, 68.

⁸ Celal Yeşilçayır, *İnsan Hakları Felsefesi* (1. Baskı, Çizgi Kitabevi 2019) 32.

⁹ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları* (1. Baskı, Filiz Kitabevi 1984) 198.

¹⁰ Mark C. Murphy, *Philosophy of Law: The Fundamentals* (1. Edition, Blakwell Publishing 2007) 36.



ve Antik Yunan'da insanî yasaların (nomoi) değeri kozmik düzenin bir parçası olmasına bağlıdır.¹¹ Antik Yunan'da bugün kanunlar dediğimiz genel geçer kurallar önce thesmoi, daha sonra nomoi kavramlarıyla ifade edilmiştir.¹² Bu bağlamda Antik Yunan'da doğal hukuk ve pozitif hukuk ilişkisi thesmoi-nomoi ilişkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Thesmoi kavramının kaynağı Antik Yunan mitolojisinde ezeli ve ebedi yasaların tanrıçası olarak bilinen Themis'tir.¹³ "Themis, kanundur, kuraldır, yasanın ta kendisidir. Ama gelip geçici yasa değil, tanrılar dünyasında da, insanlar dünyasında da değişmez, evrensel ve ölümsüz doğa yasasıdır. Tanrısal yasadır, onun karşısı insansal yasa ise nomos'tur."¹⁴ Dolayısıyla Antik Yunan'da thesmoi kavramı adalet ve doğruluğu buyuran tanrısal ve ahlaki yasalar anlamına gelmektedir. Nomoi ise devletin koyduğu insan yapımı yasalardır. Thesmoi doğal hukuk, nomoi ise pozitif hukuk alanını ifade etmektedir. Platon'un diyaloglarında 'doğal hukuk' kavramıyla doğrudan karşılaşmasak da Sokrates'in Savunması, Euthyphron, Kriton ve Phaidon'da Sokrates'in thesmoi ve nomoi'ye dair ifadelerinden filozofun doğal hukuk ve pozitif hukuk anlayışına ilişkin çıkarımlarda bulunmak mümkündür.

Adı geçen diyaloglarda gördüğümüz üzere Sokrates suçsuz olduğunun ve kendisine verilen ölüm cezasının haksız bir ceza olduğunun bilincindedir. Fakat o, buna rağmen nomos'a itaat etmiştir. Savunma'da nomos'a itaat eden ve bu itaatin dayanağının içindeki daimon¹⁵ olduğunu işaret ederek ölüm cezasını kabul eden Sokrates yasanın meşruiyetinin kaynağının tanrısal yasalar ve ahlak olduğunu ileri sürmektedir. Kriton'da ise haksız da olsa nomos'a uyulması gerektiğini detaylarıyla açıklayan ve böylece nomos'a mutlak itaati savunan bir Sokrates karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle Savunma'daki Sokrates pozitif hukukun meşruiyet kaynağının doğal hukuk olduğuna işaret ederken Kriton'daki Sokrates ise pozitif hukuka mutlak itaati savunuyor gibi görünmektedir. Bu bir çelişki gibi görünse de Sokrates aslında her iki diyalogda da nomoi'nin meşruiyet kaynağının thesmoi olduğunu savunmaktadır. Bu makale Sokrates'in her iki diyalogda da nomos'a itaatin temelinde thesmoi'nin olduğunu ve bu nedenle ahlaka aykırı bir yasanın ve cezanın bağlayıcılığının olmadığına dair gönderimde bulunduğunu iddia etmektedir. Çünkü Sokrates Atina kentinin

¹¹ Raymond Wacks, *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş* (Engin Arıkan çev., 11. Baskı, Tekin Yayınevi 2021) 31-33.

¹² Deyana Marcheva, 'The Origin of Written Laws in Ancient Greece' (2019) 8(9) Yearbook of the Law Department, 276, 276.

¹³ Pierre Grimal, *Mitoloji Sözlüğü: Yunan ve Roma* (Sevgi Tamgüç çev., 1. Baskı, Kabalcı Yayınevi 2012) 762.

¹⁴ Azra Erhat, *Mitoloji Sözlüğü* (21. Baskı, Remzi Kitabevi 2013) 282.

¹⁵ *Daimon*, Sokrates'i kötülük yapmaktan alıkoyan tanrısal sestir. Daha fazla bilgi için bkz. Platon (n 1) 31d-31e.

o dönem yürürlükte olan pozitif hukukunun ahlaki bir ideal olan adaleti sağlamadığını bilse de en azından nomos'un ve kendisine verilen cezanın thesmoi ile çelişmediğine inandığı için yasaya içtenlikle itaat etmiştir. Suçsuz olmasına rağmen ölüm cezasına tereddütsüz bir biçimde itaat eden Sokrates nomos karşısındaki bu tutumunu içindeki daimon ile temellendirmiştir.

Bu noktada Pierre Hadot'un şu sorusu akla gelebilir: "O halde, Sokrates, hayatın zorluklarından kaçıp kendi vicdanına sığınan o yanlış ama yaygın filozof imgesinin bir ilk örneği olamaz mı?"¹⁶ Şunu belirtmek gerekir ki Sokrates'in yaşamının temel amacı kendisiyle ilgili kaygı duymaktan ziyade kentle ve başkalarıyla ilgili kaygı duymaktır. O, içindeki daimon'un kendisine böyle bir ahlaki misyon yüklediğini düşünmektedir. Kriton'da nomos'a itaat etmemenin kente ve o kentteki tüm insanlara haksızlık etmek olacağını ifade etmesinin ve adil olmasa da ölüm cezasına boyun eğmesinin temel nedenlerinden biridir. Bununla birlikte Savunma'da ve Phaidon'da vurguladığı üzere Sokrates için ölüm bir kötülük değildir.¹⁷ Ona göre Atina kentinin adaletsiz cezasına itaat etmemek kötülüğe karşı kötülükle cevap vermek yani erdemsizlik yapmak demektir. Bunun yerine erdemli bir yaşamı onurlu bir ölümle sonlandırmak hem thesmoi'ye hem de nomoi'ye uygundur. Sokrates'in nomos'a itaat etmesinin temel nedeni kendi ahlak felsefesidir. Sokrates yetmiş yaşına kadar savunduğu adalet ve erdem anlayışına aykırı olduğu için öğrencilerinin ve arkadaşlarının kaçma teklifini hiç düşünmeden reddetmiştir. Çünkü o, adalet ve ölümle ilgili ahlaki düşünceleri çerçevesinde kendisine verilen cezanın vicdani muhasebesini yaparak bu cezaya itaat etmenin kendi ahlaki ilkeleriyle çelişmediğini ileri sürmüştür. Dolayısıyla Euthyphron, Savunma, Kriton ve Phaidon'daki bazı önemli ifadelerden hareketle Sokrates'in nomos'a itaatın temelinde ahlaki bağlayıcılığın olduğunu ve bu anlamda doğal hukukun pozitif hukuku öncelediğini savunan bir anlayışa sahip olduğunu söylemek yanlış olmasa gerekir.

I. EUTHYPHRON DİYALOGU VE SOKRATES'İN SAVUNMASI BAĞLAMINDA SOKRATES'İN ÖLÜMÜ

Sokrates'in suçlanması, yargılanması ve ölümüyle ilgili önemli diyaloglardan biri olan Euthyphron'dan hareketle dinsizlikle suçlanan Sokrates'in din ve dindarlık konusuna bakış açısının ne olduğuna dair çıkarım yapmak mümkündür. Euthyphron'u önemli kılan bir başka nokta da thesmoi-nomoi çatışmasına ilişkin diyalogda yürütülen tartışmadır. Sokrates, mahkeme başlamadan önce basileus'un (din işleriyle ilgilenen ve dini davalara bakan yönetici) karşısına çıkmak üzere onun sarayına gider ve burada cinayet nedeniyle kendi babasını mahkemeye veren Euthyphron ile karşılaşır.

¹⁶ Pierre Hadot, *İlkçağ Felsefesi Nedir?* (Muna Cedden çev., 1. Baskı, Dost Kitabevi 2011) 46.

¹⁷ Platon (n 1) 40c-41a.



Euthyphron'un babası, hizmetkârlardan birini öldüren bir işçiyi ellerinden ve ayaklarından bağlayarak bir çukura atmış ve katil işçiye ne yapılması gerektiğini öğrenmek için din danışmanının yanına bir haberci yollamıştır. Fakat bu sürede eli kolu bağlı olan katille hiç ilgilenmemiş ve sonuçta katilin aklıktan, susuzluktan ve soğuktan ölmesine neden olmuştur. Bunun üzerine Euthyphron babasının bir cinayet işlediğini ve onun dava edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bir katil için babasına cinayet davası açması nedeniyle babasının ve akrabalarının öfke dolu tepkileriyle karşılaşan ve dine aykırı davranmakla suçlanan Euthyphron kendi davranışının tanrısal yasaya uygun olduğunu savunmaktadır. Ona göre kendisini dine aykırı davranmakla suçlayanlar dindarlığa ve dinsizliğe ilişkin tanrısal yasa hakkında oldukça eksik ve yanlış bilgilere sahiptir. Bunun üzerine Sokrates; "Zeus aşkına Eutyphron, demek sen dindarlığa ve dinsizliğe ilişkin tanrısal yasaları öyle iyi bildiğini zannediyorsun ki, meselenin içyüzünün senin anlattığın gibi olduğunu düşünüp babana dava açmakla günaha girmiş olabileceğinden hiç korkmuyorsun, öyle mi?"¹⁸ diyerek Euthyphron'un thesmoi-nomoi ilişkisi hakkındaki bilgisini sorgulamak ister. Euthyphron babasına dava açmasının hem thesmoi'ye hem de nomoi'ye uygun olduğunu şu ifadelerle savunur:

"Eğer böyle biriyle bile bile düşüp kalkarsan, üstelik dava açarak kendini ve onu suçtan arındırmazsan, sen de onun kadar kirlenmiş olursun.¹⁹ (...) Bence dindarlık benim şimdi yaptığım; yani ister baban olsun, ister annen isterse başka biri, cinayet işleyen, tapınakları soyan ya da bu türden başka bir suç işleyen kişi hakkında dava açmak dine uygun bir davranıştır; dava açmamaksa dine aykırı bir davranış. Sokrates, sana söyleyeceğim yasanın güçlü kanıtına bak: kim yapmış olursa olsun hiçbir saygısızlığa izin vermemek gerekir."²⁰

Alıntından anlaşıldığı üzere Euthyphron'a göre onun bir katil için babasına cinayet davası açması ne thesmoi'ye ne de nomoi'ye aykırıdır. Ayrıca suçu işleyen kim olursa olsun suçtan arınması için cezasını çekmesi gerekir ve bu konuda nomoi'nin kanıtı thesmoi'dir. Dolayısıyla Euthyphron'un babasının suçuna ortak olmak istemeyerek onu suçtan arındırmak için dava etmesi thesmoi ve nomoi açısından doğru bir davranıştır.

Euthyphron diyalogu thesmoi-nomoi ilişkisinin yanı sıra insan-Tanrı ilişkisi bağlamında din ve dindarlık konusunda da önemli çıkarımlar içermektedir. Sokrates'e göre Euthyphron'un dindarlık anlayışı köle-efendi ilişkisine benzerdir. Çünkü Euthyphron'a göre dindar bir insan köle gibi efendisi olan Tanrı'ya hizmet etmelidir. Bu hizmet Tanrı'ya dua ederek ve kurban keserek

¹⁸ Platon, *Euthyphron/Dindarlık Üzerine* (Güvenç Şar çev., 1.Baskı, Kabalcı Yayınları 2011) 4E.

¹⁹ ibid 4C.

²⁰ ibid 5E-6A.

onun hoşuna gidecek şeyler söylemek ve yapmaktır. Böylece insan kendisinin, ailesinin ve kentin selametini sağlayacaktır. Bunun tersi bir durum ise dinsizlik demektir. Dinsizliğin sonucu ise insanın Tanrı'nın gazabına uğrayarak kendisini, ailesini ve kenti mahvetmesidir.²¹ Euthyphron'a göre dindarlık Sokrates'in ifadesiyle "Tanrılarla insanlar arasında karşılıklı bir değiş tokuş sanatıdır."²²

Oysa Sokrates gerçek din ve dindarlığın diyalogda Euthyphron'un temsil ettiği Atina halkının inandığı gibi olmadığını ima etmektedir. Euthyphron diyalogu her ne kadar bir sonuca bağlanmamış olsa da bu diyalogdan hareketle Sokrates'in Atina halkının dindarlık anlayışından farklı bir dindarlık anlayışına sahip olduğunu ve diğer birçok konuda olduğu gibi bu konuda da onlara 'doğru' olanı anlatmak ve öğretmek istediğini söyleyebiliriz. Platon'un eserlerinde Sokrates'in kamusal veya özel alanda geleneksel dine itaat etme pratiği hakkında hiçbir ifadeye yer verilmemiştir. Sokrates, kendisine zarar verebilecek hareketlerden kaçınması için özel kutsal bir işaret, uyarıcı bir iç ses olarak tarif ettiği daimon tarafından kendisine yol gösterildiğini açıkça iddia etmiştir. Bu nedenle Platon, Sokrates'in geleneksel dine itaat etme pratiğinden ziyade onun felsefi yaşamını, kendi kendimizi ahlaki alanda mümkün olduğunca yetkin bir duruma getirmemizi isteyen bir tanrıya (daimon) gösterilen itaat anlamında, dinî faaliyetin daha yüksek bir düzeyi olarak sunmaktadır.²³

Platon'un Sokrates'in felsefesinden hareketle rasyonel din anlayışını savduğunu söyleyebiliriz. Genel anlamıyla rasyonel din aklın rehberliğinde sürdürülen, bilgi ve erdeme dayanan hayat şeklinde tanımlanmış ve açıklanmıştır. Bu bağlamda gerçek dindarlık her düşünce ve eylemimizde sadece aklın sesine kulak vermek, akla göre hareket etmektir.²⁴ Dindar bir yaşam akılcı bir yaşamdır. Gerçek din; akla uygun olarak gerçekleşen etik davranış demektir. Aklın rehberliğinde eylediğimiz sürece zaten dine uygun davranmış oluruz. Dolayısıyla Sokrates'in felsefesinde tanrısal yasa, ahlak ve hukuk birbirinden tamamen ayrı değil, birbirine temel teşkil eden iç içe alanlardır.

Sokrates, Atina kentinin dinî inançlarına zarar vermek istememiş aksine yurttaşların yanlışlarını düzelterek yani gerçek dindarlığın ne olduğunu öğretmek bu alanda da kenti daha güçlü bir duruma getirmeyi amaçlamıştır. Fakat Sokrates, 'at sineği'²⁵ misyonunu bu alanda da yerine getirmiş, inanç ve dindarlık üzerine ileri sürdüğü görüşleri ile Atina kentini rahatsız ederek onların tanrılarını tapınmama ve dinî değerlerine zarar vermekle suçlanmıştır. Oysa

²¹ ibid 14B.

²² ibid 15E.

²³ C.C.W. Taylor, *Düşüncenin Ustaları: Sokrates* (Cemal Atıla çev., 1. Baskı, Altın Kitaplar Yayınevi 2002) 24-30.

²⁴ Abdüllatif Tüzer, 'Rasyonel/Doğal Din ve Spinoza', (2013) 3(1) Beytülhikme, 33, 35.

²⁵ Platon (n 1) 31a.

Sokrates, din ve dindarlık konusunda Atina'ya herhangi bir zarar vermediğini ve masum olduğunu düşünmektedir. “Meletos sana zarar vermeye kalktığına göre, bence devleti tam kalbinden vurmakla işe başlıyor demektir”²⁶ ifadesinden anlaşıldığı üzere Euthyphron da Sokrates'in Atina kentine zarar vermediğini aksine yarar sağladığını düşünmektedir.

Sokrates'in gençlerin ahlakını bozmakla ve kentin tanrıları yerine kendi uydurduğu tanrılara tapınmakla suçlandığı dönemde Atinalılar ahlaki ve dinî meselelerde oldukça hassastır. Çünkü dönemin dünya savaşı olarak adlandırılabilir olan Peloponez Savaşı'ndan sonra görülen ahlaki ve dinî değerlerden uzaklaşma ve bununla beraber insanların ahlaki ve siyasal yaşamında ortaya çıkan yozlaşma, Atinalıları bu konuda daha hassas ve savunmacı davranmaya zorlamıştır.²⁷ Yaşadığı toplumun içinde bulunduğu ahlaki ve politik krizin farkında olan Sokrates'in amacı gençlerin ahlakını bozmanın aksine yaşanan sorunlara bir çözüm sunabilmektir. Bu bağlamda o, içindeki tanrısal sesin yani daimon'un ona yüklediği misyonla Atina kentinin iyiliği için mücadele ettiğini Savunma'da şu şekilde ifade etmektedir:

“Bana öyle geliyor ki, tanrı beni hiç ara vermeden peşinizden koşarak her birinizi uyandıracak, nasihat edecek ve azarlayacak bir at sineği olarak kentin başına sarmış. (...) Tanrı tarafından, kente böyle bir amaçla armağan edilecek nitelikte biri olduğumu şuradan anlayabilirsiniz. Kendi sorunlarımı ihmal etmem, çok uzun bir süreden beri ailevi sorunlarımın ihmal edilmesine katlanmam, her birinize bir baba ya da bir ağabey gibi yaklaşarak erdemli olmanız için ikna etmeye çalışmam ve hiç ara vermeden sizin menfaatiniz için çalışmam pek de insana özgü davranışlar değildir.”²⁸

Sokrates, içindeki tanrısal sesin ona yüklediği misyonla her zaman Atina toplumunun yararına hizmet ettiğini ve bu süreçte hiçbir zaman ve hiçbir şekilde kendi çıkarını gözetmediğini ifade etmektedir. Ona göre kendi çıkarını gözetmemek veya kişisel yararından önce her zaman toplumun yararını gözetmek her insanın yapabileceği bir davranış değildir. Bu durum onun toplumsal bir görevinin ve Atina kentinin yararına bir mücadelesinin olduğunun en önemli göstergesidir. Sokrates bu sözlerinin devamında söz konusu mücadelesini ün veya servet gibi herhangi bir kişisel menfaat kaygısı gözetmeksizin sürdürdüğünü vurgulamıştır. Dolayısıyla o, Atina kentine ve yurttaşlarına ahlaki, dinî veya siyasal yönden zarar vermenin aksine onların yararına hizmet etmiştir. Öyle ki Sokrates, suçlamalar karşısında yaptığı savunmayı bile kendisi için değil Atina kenti için yaptığını ifade etmektedir. Çünkü ona yöneltilen suçlamaların temelinde bilgisizlik vardır ve yargıçlar doğruyu yanlıştan ayırma

²⁶ Platon (n 16) 3A-3B.

²⁷ Platon (n 1) 14.

²⁸ ibid 31a-c.

bilgisinden yoksun oldukları için onu ölüme mahkûm etmişlerdir. Bu nedenle o, savunma boyunca yargıçları doğru, yanlış ve adalet konusunda bilgilendirmeye ve aydınlatmaya çalışmıştır.

Sokrates'in amacı nasıl yaşaması gerektiği üzerine düşünmedikleri için değersiz ve mutsuz bir yaşam süren insanlara yaşamı sorgulamayı öğretmektir. Yaşamı sorgulamak ise insanın kendini tanımasıyla başlayan etik ve politik bir süreci ifade etmektedir. Sokrates'e göre insanların birçoğu doğru-yanlış, iyi-kötü, erdem-erdem-sizlik, mutluluk-mutsuzluk ve adalet-haksızlık gibi değerleri dünyaya geldikleri anda dahil oldukları toplumun hâkim değerleri olarak hazır bulurlar ve genellikle sorgulamadan benimserler. Sorgulanmamış bir yaşam değerli bir yaşam değildir.²⁹ Böyle bir yaşamda insanların çoğu kendi tinsel dünyasına özen göstermez. Tinsel dünyasına özen göstermeyen insanların yaşamı ise çoğunlukla haz, servet veya ün peşinde koşmakla geçer. Böyle bir yaşam ise hakikatten ve sonsuz mutluluktan oldukça uzaktır. Ona göre iyi yaşam felsefi yaşamdır ve bu yaşamda adalet en yüksek değerdir.

Sokrates'in adaletten anladığı yalnızca *nomoi*'ye hürmet etmek değil, içimizdeki adalet duygusudur. Bu bağlamda Sokrates'in felsefesinde ahlak ile hukuk birbiriyle iç içedir.³⁰ Haksız yere suçlanan Sokrates yargıçlardan merhamet dileyerek beraat etmeye çalışmanın adil bir davranış olmadığını vurgulamış ve savunması boyunca mahkûmiyetten kurtulmak için yargıçlardan asla merhamet dilenmemiştir. Çünkü adalet yargıçların kendi merhamet duygularına göre bir lütuf gibi dağıtılmamalıdır. Adalet ancak yasalara uygun hüküm verildiğinde sağlanabilir. Bu nedenle yargıçlar merhamet nedeniyle yasalara aykırı davranmamalıdır. Aksi halde tanrıların emirlerine karşı gelerek devletin çöküşüne neden olurlar.³¹ Bu noktada Sokrates adaletin tanrısal yasalar/*thesmoi* ile devletin yasalarının/*nomoi*'nin uyum içinde işlemesiyle sağlanabileceğine işaret etmektedir. Ayrıca merhamet, toplumun siyasal yapısına ve hukuk sisteminin işleyişine zarar veren bir duygudur. Her şeyden önemlisi merhamet duygusu adaletin sağlanmasına engel olur. Bir devlette adaletin zarar görmesi o devletin çöküşünün en önemli nedenidir. Nitekim devletin ve *nomos*'ün özü adalettir. Dolayısıyla adalet ortadan kalktığında ne devletten ne de *nomos*'tan söz edilebilir. Öyleyse adaletin sağlanması için merhamet gibi subjektif bir duyguya göre değil yasaya göre karar verilmelidir.

Yargıçlardan hiçbir şekilde merhamet ve af dilemeyen ve onları suçsuz olduğuna ikna edemeyen Sokrates kendisine sunulan sürgün ve para cezasını da kabul etmemiştir. Para, mal, mülk gibi meselelerle ilgilenmediği için para

²⁹ ibid 38a.

³⁰ Abdülhak Kemal Yörük, *Hukuk Felsefesi Dersleri* (1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1958) 148-150.

³¹ Platon (n 1) 35c-35d.



cezasını ödeme durumu yoktur. Sürgün cezasını kabul etmek ise suçunu kabul etmek olacaktır. Oysa o, suçsuzdur ve yetmiş yaşından sonra sürgünlerle geçen yaşam hoş bir yaşam olmayacaktır. O bir at sineği olarak sürgüne gönderildiği kenti de rahatsız edecek ve muhtemelen oradan da başka bir yere sürgün edilecektir.³² Sokrates'in kabul edebileceği tek ceza ölümdür; çünkü ölümden değil kötülükten korkulması gerekir. Sokrates'in cezası ölümdür, onu adaletsiz bir şekilde yargılayanların cezası ise ölümden çok daha kötü olan erdemsizliktir. Bu nedenle Sokrates ölüm cezasını memnuniyetle kabul ederek bu davranışının gerekçesini şu sözlerle ifade etmiştir:

“(...) daimon’um, bugüne kadar her zaman, önemsiz konular da dahil olmak üzere, doğru olmayan bir şey yapmaya kalktığımda sık sık konuşuyor, bana engel oluyordu. Bugün, sizin de gördüğünüz gibi, herhangi birinin felaketlerin en büyüğü olarak niteleyebileceği bu olaylar başıma geldi. İlahî işaret, ne bu sabah evimden çıktığımda, ne mahkeme huzurunda, ne de konuşmamın herhangi bir noktasında bana engel olmaya çalıştı. Başka konuşmalarımda sıklıkla araya girerek, beni bazı şeyleri söylemekten alıkoyardı. Ancak şimdi, bu olaylar süresince hiçbir eylemimi ya da sözümü engellemedi.”³³

Alıntıdan anlaşıldığı üzere Sokrates'in nomos’a itaat etmesinin dayanağı içindeki tanrısal sestir yani daimon’dur. Bu nedenle Sokrates’e göre onun ölüm cezasını kabul etmesi hukukî olarak doğru olmaktan önce ahlaki olarak doğrudur. Şayet öyle olmasa daimon onu uyaracak ve Sokrates nomos’a itaat yerine başka bir seçimde bulunacaktır. Böylece o, yukarıdaki pasajda nomos’a itaatin kaynağının thesmoi olduğunu işaret etmektedir. Sokrates'in yargıçların felsefe yapmadan Atina’da yaşamaya devam etme önerilerini³⁴ hiç düşünmeden reddetmesinin nedeni de daimon’dur; çünkü o, felsefe yapmaktan vazgeçtiğinde daimon’un ona yüklediği misyondan vazgeçmiş olacaktır ve bu anlamda tanrısal yasayla çelişmiş olacaktır. Dolayısıyla Sokrates’e göre nomos’a itaatin temel kriteri insanî yasanın thesmoi’ye aykırı olmamasıdır. Platon, Sokrates'in ağzından nomos’a itaatin gerekçelerini Kriton’da detaylı bir şekilde açıklamıştır.

II. KRİTON DİYALOGU VE SOKRATES'İN ÖLÜMÜ

Batı felsefesi tarihinde yasaya itaat yükümlülüğü ve sivil itaatsizlik gibi sorunları konu edindiği bilinen en eski metinlerden biri Kriton diyalogudur.³⁵ Bu diyalogda Sokrates yurttaş ile devlet arasında bir sözleşmenin var olduğunu ve devletin varlığını devam ettirebilmesi için yurttaşın sözleşmeye itaat etmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Dolayısıyla adı geçen diyalog toplum sözleşmesi

³² Platon (n 1) 37c-38c.

³³ Platon (n 1) 40a-40c.

³⁴ Platon (n 1) 38a.

³⁵ John Arthur and William H. Shaw, *Readings in the Philosophy of Law* (4. Edition, Pearson/Prentice Hall 2005) 45.

kuramının bir prototipi olması bakımından önemli bir metindir. Bu bağlamda Kriton diyalogu Sokrates'in etik, siyaset ve hukuk alanlarına dair görüşlerini ihtiva etmesi nedeniyle de önem arz etmektedir. Daha da önemlisi Sokrates'in kendisine haksız yere verilen ölüm cezasını hiç tereddüt etmeden nomos'a itaat ederek kabul etmesinin gerekçelerine de yine bu diyalogdan ulaşmaktayız. Savunma'da masum olduğunu ispatlamaya çalışan fakat bu çabasından istediği sonucu alamayınca kendisine verilen cezaya boyun eğmesinin dayanağının thesmoi olduğunu işaret eden Sokrates, Kriton'da nomoi'ye mutlak itaati savunur şekilde karşımıza çıkmaktadır. İlk bakışta bu bir çelişki gibi görünse de Sokrates'in Savunma'daki görüşleri ve nomos'a itaat etme gerekçesi aslında değişmemiştir. Başka bir ifadeyle Sokrates her iki diyalogda da thesmoi ile nomoi arasındaki uyuma vurgu yapmış ve nomoi'ye itaatin temelinde thesmoi'nin olduğuna dair önemli ifadelere yer vermiştir.

Sokrates'in haksız yere öldürülmesine razı olmayan dostları ve öğrencileri onu Atina'dan kaçırmak istemişlerdir. Ancak Sokrates ölüm cezasına çarptırıldığında ve Kriton ona kaçmayı teklif ettiğinde bile kendisinden önce diğer yurttaşlar hakkında kaygı duymuştur. Yani bu durumda da daimon'un ona yüklediği misyona uygun davranarak kendisine değil diğer yurttaşlara/kente öncelik tanımıştır. Çünkü ona göre Kriton'un kaçma teklifini kabul etmesi kentin var olma nedenine yani adalete zarar verecektir. Bu durumun detaylarına ve Sokrates'in ölüm cezasına itaat etmek istemesinin gerekçelerine geçmeden önce Kriton'un Sokrates'i kaçmaya ikna etmek için söylediği şu sözler alıntılanmaya değerdir:

“Bana öyle geliyor ki, kaçabilecekken kendini onların ellerine bırakmakla yanlış yapıyor ve seni yok etmek için içi giden düşmanlarının tam istediği gibi davranıyorsun. Bu kadar da değil: Çocuklarına da kötülük ediyorsun; onları yetiştirip eğitebilecekken bu görevden kaçıyor ve sana düşen bu işi rastlantıya bırakıyorsun. Onlar da bu dünyada öksüzlerin çektiği sıkıntıları çekecekler. İnsanın ya çocuğu olmamalı ya da onları doyurmak ve yetiştirmek için sonuna dek çabalamalı. Ama sen işin kolayına kaçırıyorsun gibi geliyor bana; oysa insanın -özellikle de bir yaşam boyu erdem dışında bir düşüncesi olmadığını söyleyen birinin- dürüst ve yürekli kişilerin seçtiği yolu seçmesi gerekir.”³⁶

Kriton'a göre Sokrates nomos'a itaat ederek onu haksız yere öldürmek isteyenlerin arzularını yerine getirmekten başka bir şey yapmamaktadır. Sokrates kendisini düşünmüyorsa bile dünyaya getirdiği çocuklarına karşı görevlerini düşünmek ve yerine getirmek zorundadır. O halde Sokrates en azından çocuklar için yaşamda kalmayı seçmeli ve kaçmalıdır. Fakat Kriton'un bu sözleri Sokrates'i kaçmaya ikna etmek için yeterli olmamıştır. Sokrates “Ah, sevgili Kriton, çaban nasıl da değerli olurdu gözümde, görevle uyuşsaydı eğer; ama

³⁶ Platon, *Kriton ya da Görev Üstüne* (Samih Rifat çev., 2. Baskı, Can Yayınları 2019) 45c-45e.



böyle olmadı mı, ne denli ateşliyse, o denli üzücü geliyor insana”³⁷ diyerek Kriton’un kaçma önerisinin daimon’un ona yüklediği misyona ihanet etmek demek olacağını, göreve ihanet etmektense thesmoi’ye ve nomoi’ye uygun bir biçimde görev uğruna ölmeyi tercih etmenin en doğru davranış olduğu konusunda Kriton’u ikna etmeye çalışır.

Sokrates’in nomos’a itaat etmenin gerekliliği konusunda ileri sürdüğü başlıca neden adaletin haksızlığa haksızlıkla karşılık vermekle sağlanamayacağına dairdir. Çünkü ona göre yurttaşlar kentin mahkemelerinin verdiği kararlara uymadıkları zaman o kent varlığını sürdürmeye devam edemez.³⁸ Sokrates’in anayasal bakış açısına göre devlet bir yurttaşın karakteri hakkında soruşturma yapma hakkına sahiptir ve bu soruşturma ile yüzleşmek yurttaşın temel görevlerinden biridir.³⁹ Ayrıca Sokrates, doğumundan itibaren varlığını Atina kentinin yasalarına borçludur; o bu yasalar aracılığıyla anne-babası tarafından dünyaya getirilmiş, eğitilmiş ve yetiştirilmiştir. Bu nedenle Sokrates, Kriton’un kaçma önerisini kabul ederse yasalar karşısında tamamen haksız bir duruma düşeceğini şu sözlerle anlatmıştır:

“Peki, ya Yasalar şöyle deseydi bize: Biz seninle böyle mi sözleştik Sokrates? Sen, Devlet’in aldığı kararlara uymayacak mıydın?⁴⁰ (...) Dünyaya gelmeni biz sağladık, seni besledik, eğittik; tıpkı öbür yurttaşlara yaptığımız gibi, elimizdeki her şeyden seni de yararlandırdık. Öte yandan, yurttaşlar arasına girip hem Devlet’in nasıl yönetildiğini hem de biz Yasalar’ı tanıyan her Atinalının, işine gelmiyorsa eğer, malını mülkünü alıp dilediği yere göçmekte özgür olduğunu her zaman söyledik. Aranızdan biri, bizi ya da Devlet’i beğenmediği için uzak bir yere ya da yabancı bir kente gitmek isterse, hiçbirimiz engel olmayız buna; istediği yere gidip yerleşebilir, tüm servetini de yanında götürebilir. Ama aranızdan herhangi biri, yargı ve devlet işlerini nasıl yürüttüğümüzü gördükten sonra burada kalırsa, işte o zaman onun bize boyun eğme sözü verdiğini düşünürüz.”⁴¹

Sokrates, yasaların bu sözlerine cevap olarak Kriton’un ne söyleyeceğini duymak için beklememiştir; çünkü o, yalnızca yasaların sesine kulak vermek istemekte ve yasaların sözünden başka bir söz duymak istememektedir.⁴² Nitekim yasaların bu sözleri karşısında Sokrates’in iki seçeneği vardır; ya yasaların

³⁷ ibid 46b.

³⁸ ibid 50b-50c.

³⁹ Alfred Edward Taylor, *Sokrates: İroni, İnfaz ve Etik* (Mukadder Erkan çev., 2. Baskı, Fol Yayınları 2021) 76.

⁴⁰ ibid 50d.

⁴¹ ibid 51d-52a.

⁴² Yosef Z. Liebersohn, ‘Persuasion, Justice and Democracy in Plato’s Crito’ (2015) 1(6) *Peitho Examina Antiqua*, 147, 164.

adil olmadığını ve bunun nedenini ikna edici bir biçimde izah edecek ya da yasalar neyi emrediyorsa ona itaat etmek.⁴³ İkinci seçeneği tercih eden Sokrates, var oluşunu borçlu olduğu nomoi'ye karşı minnet duygusu hissetmektedir. Ona göre nomoi yurttaşların ebeveynleri gibidir ve hatta onlardan daha önemlidir. Nasıl ki anne-babalar çocuklarına kurallar koyar ve onların bu kurallara uymasını beklerse nomoi de yurttaşlardan itaat bekler. Çocuğun anne-babasının kurallarına uymaması ve onlara asilik etmesi ne kadar ahlaka aykırıysa yurttaşın nomoi'ye itaat etmemesi de o kadar ahlaka aykırıdır.⁴⁴ Ayrıca Sokrates yukarıdaki ifadelerle yurttaş ile devlet arasında bir sözleşmenin var olduğunu ve bu sözleşme sayesinde yurttaş ile devlet arasında bağlılık sağlandığını ileri sürmektedir. Devletin yasalarını beğenmeyen yurttaşların orayı terk etme gibi bir imkânı vardır. Yani yasa yurttaşa tercih hakkı sağlamıştır. Sokrates bunu bilerek Atina'da yaşamaya devam etmiş ve yetmiş yıl boyunca yine aynı yasalar çerçevesinde yaşamını sürdürmüştür. Öyleyse Sokrates Atina kentinin yasalarının ahlaki ve hukukî bakımdan doğru olduğunu kabul etmiş ve orada yaşamaya devam ederek bu yasalara uyacağına dair söz vermiştir. Sokrates'in bu düşüncesi, hukuka itaat yükümlülüğünü izah etmek için başvurulan kuramlardan biri olan örtülü rıza kuramının ilk örneğidir. Örtülü rıza yaklaşımına göre bir yurttaş, aksi yönde herhangi bir irade beyanında bulunmuş olmasa da bazı durumlarda devletin yasalarına ve kurallarına itaat etmeye rıza göstermiş veya söz vermiş sayılır.⁴⁵

Bu bağlamda Sokrates'in yasaya bağlılığının başlıca nedeni ahlaki bir ilke olarak sözünde durma erdemidir.⁴⁶ Nomos'a bağlılık konusunda verdiği sözde durmak isteyen Sokrates'in bu eyleminin temelinde özelde Atina yurttaşlarına genelde ise insana duyduğu saygı vardır diyebiliriz. Dolayısıyla Sokrates'in nomos'a itaat etme nedeni içindeki tanrısal sesten ve ahlak anlayışından bağımsız değildir. "Şu ana kadar savunduğum düşüncelere, başım derde girdi diye yüz çeviremem; tersine, kesinlikle aynı görünüyorlar bana ve bugün de onlara karşı eskiden duyduğum saygıyı duyuyorum"⁴⁷ sözlerinden anlaşıldığı üzere Sokrates'in nomos'a duyduğu saygı kendine ve felsefi görüşlerine duyduğu saygının bir tezahürüdür. O, yaşamı boyunca adalet, doğru ve iyi gibi ahlaki değerlere uygun eylemlerde bulunmaya ve içinde yaşadığı topluma da söz konusu değerleri anlatmaya ve öğretmeye çalışmıştır.

⁴³ Sercan Gürler, 'Sokrates'in Savunması İle Kriton Diyaloğunun Hukuka İtaat Yükümlülüğü Açısından Karşılaştırılması' (2010) 20 HFSA, 84, 94.

⁴⁴ Brett Benson, 'Rule of Law in Plato's Crito and Apology' (1998) 8 Aporia, 1, 3.

⁴⁵ Sercan Gürler, 'Felsefi Bir Sorun Olarak Hukuka İtaat Yükümlülüğü' (2014) 72(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 265, 276.

⁴⁶ Ogün Ürek, 'Sokrates'in Yurtseverliği: Söz Vermek, Sözünde Durmak ve İnsana Saygı' (2009) 7 FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi), 37, 37.

⁴⁷ Platon (n 34) 46b-46c.



Yukarıda alıntılanan ifadelerin doğal hukukun çağdaş temsilcilerinden olan L. L. Fuller'in (1902-1978) 'karşılıklılık' anlayışı üzerinde de etkili olduğunu söyleyebiliriz. Ona göre bir hukuk sisteminin ahlaki temelini 'verilen sözün tutulması' ve 'güven ilişkisi' temelinde karşılıklılık ilişkisi oluşturmaktadır. Bu açıdan hukuk, devlet ve yurttaş tarafından verilen sözleri karşılıklı olarak tutmak anlamında ahlaki bir düzen olarak görülebilir.⁴⁸ Fuller, sosyolog Georg Simmel'in (1858-1918) gözleminde haklı olduğunu ve yasaya uyma konusunda saygı açısından devlet ile yurttaş arasında bir karşılıklılık ilişkisi olduğunu ifade etmektedir. Bu ilişkide devlet yurttaşına şöyle seslenmektedir: "Bunlar sizden uymanızı beklediğimiz kurallar. Eğer bunlara uyarsanız eylemlerinizi için uygulanacak kuralların bu kurallar olacağına dair size teminat veriyoruz."⁴⁹ Atina devleti yurttaşlarını yasalardan haberdar etmiş ve hangi eylemlerinde hangi kuralların uygulanacağını onlara bildirmiştir. Sokrates de bir yurttaş olarak devlete onun yasalarına uyacağına dair söz verdiğini, yetmiş yaşına kadar nomoi'nin ona sunduğu birçok imkândan istifade ettiğini ve ölüm cezasına mahkûm edilmesinin bile nomoi'ye aykırı olmadığını belirtmiştir. Yani Atina devleti sözleşmeyi bozmamıştır. Onun ölümünde adaletsizliğe sebep olan devlet/nomoi değil onun temsilcileri/uygulayıcılarıdır. Bu durumda Sokrates'in devletle olan sözleşmesini bozması thesmoi'ye de nomoi'ye de aykırıdır. Bu nedenle o, adalet uğruna ölmenin adaletsizlik yapmaktan yeğ olduğunu şu sözlerle ifade etmiştir:

"Haydi Sokrates, biz ki seni yetiştirdik, gel dinle bizi: Ne çocuklarını, ne yaşamını, ne de başka bir şeyi adaletin üstüne koyma ki, Hades'e indiğinde bunları söyleyip oranın yargıçları önünde kendini savunabilesin. Çünkü sana önerilen şeyi yapıp kaçarsan, davranışın bu dünyada ne sen ne de yakınların için daha iyi, daha haklı ya da daha kutlu olmayacak; oraya vardığında da daha iyi durumda olmayacaksın. Eğer bugün öteki dünyaya gidersen, biz yasaların değil, insanların haksızlığının kurbanı olmuş biri gibi gideceksin. Tersine, kaçarsan, onursuz bir biçimde eğrilğe eğrilikle, kötülüğe kötülükle yanıt verip seni bize bağlayan anlaşma ve sözleşmeleri çiğnersen, korumak zorunda olduğun kişilere, kendine, dostlarına, yurduna ve bizlere kötülük etmiş olursun. Biz de bu dünyada düşmanın oluruz ve öbür dünyadaki kardeşlerimiz, Hades'in yasaları, hiç de iyi karşılamazlar seni; çünkü bizi devirmek için elinden geleni yaptığını bilirler."⁵⁰

Sokrates için en değerli erdem adalettir ve adalet yasalara uymak demektir. Öyle ki onun için bu erdem kendi yaşamından, çocuklarından ve her şeyden

⁴⁸ E. İrem Akı, 'Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme', (2015) 64(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 20.

⁴⁹ L. L. Fuller, *Hukukun Ahlakı* (Engin Arıkan çev., 2. Baskı, Tekin Yayınevi 2019) 54.

⁵⁰ Platon (n 34) 54b-54d.

üstündür. Ona göre ahlaki bir değer olarak adalet ile nomos'un adaleti arasında bir fark, çelişki veya çatışma yoktur. Adalet söz konusu olduğunda thesmoi ve nomoi birbirini desteklemelidir. Nitekim nomos özünde doğrudur ve thesmoi'ye uygundur; fakat yanlış uygulanmıştır. Başka bir ifadeyle Sokrates nomoi tarafından değil, onları uygulayan insanlar tarafından haksız olarak mahkûm edilmiştir. İnsanlara kötülük yapmakla adaletsiz/haksız davranmak arasında bir fark yoktur. Nomoi değil, onları uygulayanlar Sokrates'e kötülük ve haksızlık yapmıştır. Söz konusu kötülük ve haksızlık karşısında Sokrates'in kaçmayı tercih etmesi ise onun kendine, dostlarına, yurduna ve nomoi'ye; yani bunu en az hak edenlere kötülük ve haksızlık yapması demektir; çünkü itaatsizlik sosyal huzursuzluğa veya toplumun/kentin tamamen dağılmasına neden olacaktır. Yani itaatsizlik kötü bir sonuca yol açacaktır. Oysa haksızlığa haksızlıkla ve kötülüğe kötülükle karşılık vermek hiçbir zaman iyi bir şey değildir. Üstelik thesmoi de yasaları, devleti ve adaleti yıkmaya çalışanları iyi karşılamamaktadır. Bu nedenle Sokrates kaçarak yani kente kötülük yaparak ve adaletsizliğin bir parçası olarak savunduğu ahlaki görüşlere aykırı bir şekilde yaşamaktansa onurlu bir şekilde ölmeyi tercih etmiştir.

Kriton diyalogunda Sokrates'in nomos'a itaat etmesinin gerekçelerinin ve nomos'un meşruiyet kaynağının ne olduğuna dair ilk sözleri de son sözleri de thesmoi'yi işaret etmektedir. Kriton'un kaçma teklifini duyduğunda Sokrates; "ben her zaman içimde tek bir sesi, aklın sesini dinledim"⁵¹ diyerek nomos'a itaatsizlik durumunu içindeki tanrısal ses (daimon) ve onun rehberliğindeki ahlak anlayışından hareketle sorgulamaya başlamıştır. Diyalogun sonunda ise Sokrates içindeki tanrısal sesin ona thesmoi'nin nomos'a itaati buyurduğunu ve bu nedenle nomos'a itaat etmenin en doğru davranış biçimi olduğunu söylediğini⁵² ifade etmiştir. Böylece Sokrates, Kriton'un kaçma teklifinin yalnızca nomoi'ye değil thesmoi'ye de aykırı olduğunu kanıtlamıştır. Dolayısıyla Sokrates, Savunma'da olduğu gibi Kriton'da da nomos'a itaatin temelinde thesmoi olduğunu vurgulamıştır.

Thesmoi-nomoi ilişkisi söz konusu olduğunda Sokrates, Sofokles'in Antigone karakterinden etkilenmiştir. Sofokles, Antigone adlı eserinde nomoi'nin thesmoi'ye aykırı olmaması gerektiğini vurgulamıştır; çünkü aksi takdirde bireyin çıkarlarıyla devletin otoritesinin çatışması kaçınılmaz olacaktır. Böyle bir çatışma halinde ise nomos karşısında kendi çıkarını korumak isteyen birey nomos'a değil ondan daha üstün bir yasa olan thesmoi'ye itaat etmek zorunda kalacaktır.⁵³ Nitekim Kral Kreon'un Antigone'nin düşman safında yer alarak

⁵¹ ibid 46b.

⁵² ibid 54d-54e.

⁵³ Aylın Çankaya, "Yasa" Üzerine İki Farklı Perspektif: Antigone ve Sokrates' (2015) 19 FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi), 237, 247.



kendi ülkesine karşı savaşan kardeşinin cenazesini dinî ritüellere uygun olarak gömülmesini yasaklayan bir yasa (nomos) çıkarması üzerine Antigone, kralın yasasına değil tanrısal yasaya itaat etmiştir. Nomos'un thesmoi'den üstün olamayacağını savunarak Kreon'un yasasına itaat etmeyen Antigone bu davranışının bedelini yaşamıyla ödemiştir.⁵⁴ Bu bağlamda Antigone'de karşımıza çıkan thesmoi-nomoi çatışmasını Sokrates, Savunma'da ve Kriton'da çözmeye çalışmıştır.

Şunu belirtmek gerekir ki Sokrates'in ölümüne hüküm veren nomos tanrısal yasaya uygundur. Bu nedenle adaletsizliğin nedeni nomos değil yargıçların yasayı yanlış uygulamalarıdır. Antigone'de ise Kreon'un ilan ettiği nomos tanrısal yasalara aykırıdır. Tanrılar ölümlerin gömülmesini herkes için ve özellikle ölünün akrabaları için kutsal bir görev olarak buyurmuşlarken; Kreon, Antigone'nin kardeşinin cesedinin çıplak olarak savaş meydanında bırakılmasını ve vahşi hayvanlara terk edilmesini emretmiştir. Dolayısıyla Kreon'un söz konusu yasası yakın bir akrabasının ölüsüne karşı saygısızlığı ifade etmesi bakımından ahlaka ve Tanrıların yasasına aykırıdır. Tanrısal yasa herhangi bir ayırım yapmaksızın bütün insanlara mezar hakkı vermiştir.⁵⁵ Kreon ise Thebai ordusunda savaşan Eteokles'e mezar hakkı tanırken yurduna saldıran orduda yer alan Polyneikes'e bu hakkı tanımamıştır. Antigone nomos'un thesmoi'ye aykırı ve ondan daha üstün olamayacağını ve her iki kardeşinin de Tanrılar tarafından verilen mezar hakkına sahip olduğunu ileri sürerek Kreon'un emrine itaat etmemiştir.

Antigone'nin nomos'a itaat etmemesinin Sokrates'in ise itaat etmesinin nedeni aynıdır: Tanrısal yasa. Antigone'de devlet otoritesini temsil eden Kreon bu otoriteyi keyfi kullanmış ve tanrısal yasayla çelişmiştir. Sokrates'te ise nomos'u temsil eden devletin otoritesi ile tanrısal yasa arasında bir çelişki yoktur. Şayet olsaydı Sokrates'in de tıpkı Antigone'nin yaptığı gibi nomos'a değil tanrısal yasaya itaat edeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.⁵⁶ Çünkü Sokrates, nomos'un tanrısal yasaya uygun olduğunu fakat yargıçların yasayı yanlış uygulayarak adaletsizliğe neden olduklarını, adaletsizliğe adaletsizlikle karşılık vermenin devlete ve yine adaletin kendisine zarar vereceğini ve daha da önemlisi Tanrıların her ne olursa olsun adaletsizlik yapmanın kötü bir şey olduğunu buyurduklarını ifade ederek nomos'a itaat etmiştir. Sokrates, Savunma'da ve Kriton'da nomos'un meşruiyet kaynağının tanrısal yasa ve ahlak/thesmoi olduğunu ve bu iki tür yasanın birbiriyle çeliştiği durumlarda thesmoi'ye uyulması gerektiğini işaret etmiştir.

⁵⁴ Sophokles, *Antigone* (Sabahattin Ali çev., 1. Baskı, Töz Yayınları 2021) 20-41.

⁵⁵ ibid 35.

⁵⁶ Çankaya, "“Yasa” Üzerine İki Farklı Perspektif: Antigone ve Sokrates", 246-247.

“Benim gibi sayısız üzüntü içinde yaşayıp giden biri için ölüm bir kazanç değil de nedir?”⁵⁷ diyerek hiç tereddüt etmeden nomos karşısında tanrısal yasa-ya itaat eden Antigone gibi Sokrates de içindeki tanrısal sesin ona yüklediği görev uğruna ölmeyi kazançların en büyüğü saymıştır. Bu bağlamda Sokrates’in ölümü üzerine doğal hukuk ve pozitif hukuk bağlamında bir değerlendirme yapmak için filozofun ölüm görüşüne de değinmek gerekir. Çünkü Sokrates’in nomos’un meşruiyetinin kaynağının thesmoi olduğunu işaret eden ifadelerinin temellerini açığa çıkarmak için onun ahlak felsefesinde ölümü nasıl konumlandırdığını bilmek gerekir. Sokrates, Savunma’da ölüm ve ruhun ölümsüzlüğü gibi sorunlara kısaca değinmiş olsa da onun bu konuya dair görüşlerinin detayları Phaidon’da karşımıza çıkmaktadır.

III. PHAIDON DİYALOGU VE SOKRATES’İN ÖLÜMÜ

Yaşam ile ölüm arasında karşılıklı olarak birbirini belirleyen bir ilişki vardır. Başka bir ifadeyle ölüm hakkındaki inanç ve düşüncelerimiz aynı zamanda yaşama bakışımızı ifade ederken, yaşama bakışımız da ölüme bakışımızı belirler. Bu nedenle Sokrates’in yaşam anlayışı onun ölüme yaklaşımını anlamamızda yardımcı olabilir. Ona göre yaşam ahlaki değerler üzerine incelikli bir kavrayışa sahip olmak ve bu kavrayışı yaşam boyunca bütün eylemlere uygulamaktır. Ancak böyle bir yaşam tarzı ile insan, en temel görevi olan ruhuna özen gösterme görevini yerine getirebilir. Sokrates “önemli olan yaşamak değil, iyi yaşamaktır”⁵⁸ ilkesinden hareketle iyi yaşamın sorgulamaya dayalı felsefi bir yaşam olduğunu ifade etmiş ve felsefe yapma özgürlüğü olmadan yaşamak yerine felsefe uğruna ölmeyi tercih etmiştir. Savunma’da ruhun ölümsüzlüğünden bir ihtimal olarak söz eden Sokrates, Phaidon’da ruhun ölümsüzlüğüne dair çok daha kesin ifadelerle yer vermiştir. Bu bakımdan filozofun Phaidon’daki ölüm anlayışına geçmeden önce Savunma’da ölüm hakkında dile getirdiği sözlerle değinmekte fayda vardır. O, Savunma’da ölümden ne anladığını şu sözlerle ifade etmiştir:

“(…) ölümün kötü bir şey olduğunu düşündüğümüzde yanlış yaptığımızı inanıyorum. En büyük kanıtım da şudur: Kötü bir şey yapmaya kalktığımız anda, ilahî işaret kesinlikle bana engel olacaktı. O hâlde ölümün iyi bir şey olduğuna dair büyük bir umut bulunduğunu düşünebiliriz. Ölüm şu iki şıktan biridir. Ölümler ya hiç var olmaz ve hiçbir şey hissetmezler ya da söylendiği gibi ölüm bir değişimdir, ruhun buradan başka bir yere göç etmesidir.”⁵⁹

Sokrates’e göre her iki ihtimalde de ölüm bir kaybediş değil aksine muazzam bir kazançtır. Birinci ihtimali ele alırsak ölüm hiçbir duygunun hisse-

⁵⁷ Sophokles (n 47) 32.

⁵⁸ Platon (n 34) 48b.

⁵⁹ Platon (n 1) 40c-40d.



dilmediği ve hiçbir rüyanın görülmediği dinlendirici bir uyku gibidir. Böyle bir uyku herkes tarafından arzu edilen fakat nadiren yaşanan bir durumdur. Dolayısıyla eğer ölüm böyle bir olay ise ondan korkmak için veya onu kötü saymak için hiçbir neden yoktur. İkinci ihtimale göre ölüm insan ruhunun başka bir dünyaya göç etmesi demektir ki bu durumda ölüm bir sonu değil, yeni bir yaşamın başlangıcını ifade etmektedir. Öyleyse ölüm bir ceza değil aksine bir ödül gibidir; çünkü ölümler birlikte Sokrates'in ruhu Minoas, Radamanthys, Aiakos ve Triptolemos gibi adalet dağıtan tanrılar ile yaşamları boyunca adaleti savunan diğer yarı tanrılarla ve kendisi gibi haksız yere hüküm verilerek öldürülen Palamedes ve Aias gibi eski kahramanlarla bir araya gelecek, onlarla sohbet edecek ve dostluklar kuracaktır. O halde ölüm bir kötülük değil sonsuz mutluluğa açılan bir kapıdır.⁶⁰ Sokrates için her iki durumda da ölüm bir kötülük değil bir lütuftur. Bu nedenle daimon savunma boyunca Sokrates'e engel olmayarak onun nomos'a itaat etmesini desteklemiştir.

Phaidon'da ise Sokrates, ölüm cezasını büyük bir memnuniyetle kabul etmesine şaşırarak arkadaşlarına ölümün ve ruhun ölümsüzlüğünün ne demek olduğuna dair kanıtlar ileri sürerek açıklamalar yapmıştır. Diyalogun başında Kebes, Sokrates'in isteyerek ölüme gitmesinin intihar etmekten bir farkı olmadığını ima ederek onun bu davranışının tanrısal yasaya uygun olup olmadığını öğrenmek ister. Savunma'da ve Kriton'da nomos'a itaat etmenin dayanağının thesmoi olduğunu ifade eden Sokrates masum olduğu halde ölüm cezasını tercih ederek yani bir nevi intihar ederek thesmoi'ye aykırı davranmış olmamakta mıdır? Üstelik Sokrates bu olaydan daha önce birçok kez insanın kendisini öldürmeye hakkı olmadığını söylemiştir.⁶¹ Kriton'da nomos'a itaatinin gerekçelerini izah ederken o ana kadar doğruluğuna inanarak savunduğu ahlaki görüşlerle çelişmek istemediğini vurgulayan Sokrates bu durumda yine kendisiyle çelişiyor gibi görünmektedir. Kebes'in bu sorusu karşısında Sokrates'in ilk yanıtı yaşamın tanrılar tarafından insanlara bir armağan gibi sunulduğu ve insanın canının gerçek sahibinin tanrılar olduğu ve bu nedenle tanrıların izni olmadan insanın yaşamına son vermesinin tanrıları kızdıracağı şeklindedir.⁶² Sokrates'e göre onun ölüm cezasını tercih etmesi intihar hakkındaki düşünceleriyle çelişen bir eylem değildir; çünkü daimon ona engel olmayarak onun bu eylemine izin vermiştir. Ayrıca gerçek bir filozofun temel amacı ölüme ve ölmeye hazırlık yapmaktan başka bir şey olmamalıdır.

Peki, Sokrates'e göre ölüm ve gerçek filozof ne demektir? Ölüm ruh ve beden biribirinden ayrılması durumudur. Gerçek filozof ise arzu nesnelere alınan hazlardan mümkün olduğunca arınmış ve böylece kendisini bedenden

⁶⁰ Platon (n 1) 40d-41e.

⁶¹ Platon, *Phaidon* (Furkan Akderin çev., 2. Baskı, Say Yayınları 2015) 61e.

⁶² ibid 61e-62d.

olabildiğince azade kılmaya çalışan kişidir. Gerçek bilginin kaynağı beden değil ruhtur. İnsanın gerçek bilgiye ulaşması ancak ruh tek başına kaldığı ve böylece yanıltıcı duylardan yardım almadığı sürece mümkündür. Ölümle birlikte ruh bedenden tamamen kurtulur ve hakikate kavuşur. İşte bu nedenle “gerçek filozofların ölmeye hazırlanmaları ve ölümden herkesten daha az korkmaları doğaldır.”⁶³ Bu bağlamda Sokrates’in nomos’a itaat etmesi tanrısal yasa ile çelişmemektedir; çünkü o, daimon’a aykırı davranmanın aksine ölüm konusunda da ona kulak vermiştir. Üstelik ölüm çoğunluğun sandığı gibi kötü bir olay değil aksine hakikate açılan bir kapıdır. Oysa nomos’a itaat etmemek adalet ve devletin varlığına zarar vermek yani adaletsizlik yapmak demektir. Dolayısıyla Sokrates’in ölüm cezasını memnuniyetle kabul etmesi doğaldır ve savunduğu ahlaki görüşleriyle, rasyonel düşünceyle ve tanrısal yasayla çelişmemektedir.

Sokrates’in savunmasına yönelik Kebes’in başka bir itirazı da ruhun ölümsüzlüğü konusunun kuşkulu olduğuna dairdir. Ona göre ruhun ölümsüzlüğüne inanmayan insanlar vardır ve ayrıca ruh insanın ölümünden sonra var olmaya devam etse bile düşünme, akıl yürütme ve tefekkür etme gücünün olup olmadığı kesin değildir. Kebes’in bu itirazından sonra Sokrates’in ağzından Platon ruhun ölümsüzlüğünü döngüsellik, anımsama ve benzerlik argümanlarından hareketle kanıtlamaya çalışmıştır. Birinci argümana göre var olan her şey karşıtıdan çıkmıştır. Örneğin büyük veya büyüyen bir şey daha önceden küçüktür ya da küçük veya küçülen bir şey daha önceden büyüktür. Yaşam ve ölüm de birbirinin karşıtıdır ve onlar da birbirinden doğmaktadır. Ölümden yaşama bir dönüş vardır ve bu dönüşte iyi ruhları mutlu kötü ruhları ise mutsuz bir yaşam beklemektedir. Bu dünyada hayat bulan ruhlar ölümlerin ruhundan gelmektedir. Yani ruh bedenle birleşmeden önce başka bir yerde var olmaya devam etmektedir ki ikinci argüman bu durum üzerine inşa edilmiştir. Bu argümana göre ilk kez ruh dünyaya gelmeden önce kazanılmış fakat beden içine girdikten sonra unutilan ve daha sonra anımsama yoluyla tekrar elde edilen özlerin, ideaların veya tümelin bilgisi olan episteme a priori bilgidir. A priori bilginin kaynağını açıklamak için ruhun ölümsüz olması gerekir. Ayrıca nasıl ki insanın bedeni duylar yoluyla bilinen görünenler dünyasıyla benzerlik gösteriyorsa ruhu da akıl yoluyla bilinen idealar dünyasıyla benzerlik göstermektedir.⁶⁴

Böylece Platon, hocası Sokrates’in ruhun ölümsüzlüğüne dair güçlü kanıtlarının olduğunu ve onun seçiminin ahlaki zemininin oldukça tutarlı ve doğru olduğunu göstermeye çalışmıştır. Bu durumda kente karşı adaletsizlik yapmak istemeyen Sokrates ölüm cezasına itaat ederek kendi yaşamına da haksızlık etmiş olmamaktadır; çünkü ölüm kötü bir son değil yeni bir başlangıçtır. Platon’a göre Sokrates’in Phaidon’da Krtion’a söylediği şu son sözler hocasının

⁶³ ibid 67e.

⁶⁴ ibid 70b-80b.



masumiyetine ve ruhun ölümsüzlüğüne dair son bir delil niteliğindedir: “Asklepios’a bir horoz adadık, onu kesmeyi unutma!”⁶⁵ Görüldüğü üzere Sokrates tanrıları inkâr etmek şöyle dursun, dudaklarında bir tanrının adıyla ölmüştür. Asklepios hekimlerle en yakın ilişki içinde olan tanrının adıdır. Dolayısıyla bu son sözlerle Sokrates, baldıran zehrini içerek bir tür hastalıktan kurtulduğunu ima etmiştir. Hastalığın ne olabileceği hakkında ise birbirinden farklı teoriler ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki ve en yaygın kabul göreni hastalık imasının yaşamın kendisi için bir mecaz olarak kullanıldığına dairdir. Alternatif olarak ise hastalık imasının yanlış yapmakla ilgili bir mecaz olduğu iddia edilmiştir. Sokrates ve Platon’a göre kötü davranış failin ruhuna tıpkı bir hastalığın bedene zarar verdiği gibi zarar verir. Sokrates baldıranı içerek hapisneden kaçma ve hükmedilen cezadan kaçınma gibi yanlış ve kötü bir eylemden kurtulmuştur.⁶⁶ O, yaşamı boyunca erdemli bir yaşam sürmüş, daimon’un ona verdiği görevi her zaman yerine getirmeye çalışmış ve yine bu görev uğruna ölmeyi seçmiştir. Sokrates erdemli bir ruh olarak felsefi yaşamına ölümünden sonra da devam edecektir. Bu nedenle adaletsizlik yaparak yaşamak yerine erdemli bir şekilde ölmeyi seçmek hem thesmoi hem de nomoi’ye uygun bir seçimdir. Sokrates’in ölümü onu haksız yere ölüme mahkûm edenler için kötü bir şey iken, Sokrates için iyi bir şeydir. Nitekim bu ölüm bir yandan yargıçların yaptıkları yanlışın ve adaletsizliğin diğer yandan adalet ve ahlaki ilkeler uğruna can veren bir filozofun ilkeli duruşunun sembolü olmuştur.

SONUÇ

Buraya kadar anlatılanlardan hareketle Sokrates’in ölümü memnuniyetle kabul ederek nomos’a itaat etmesinin gerekçelerini şu şekilde sıralayabiliriz: a) Nomos özünde doğrudur ancak yanlış uygulanmıştır ve böylece nomos’un kendisi değil uygulayıcıları adaletsizliğe neden olmuştur. b) Fakat her ne olursa olsun adaletsizliğe adaletsizlikle karşılık vermek adaleti sağlamanın aksine adalete ve dolayısıyla devletin varlığına zarar verir. Çünkü kötülüğe kötülükle karşılık vermek iyi değildir. Adalet ve devletin varlığına kastetmek ise yalnızca nomoi’ye değil thesmoi’ye de aykırıdır. c) Atina kenti Sokrates’e tercih hakkı tanıyarak eğer yasaları beğenmiyorsa başka bir kente göç etme hakkı vermiştir; ancak o, Atina’dan ayrılmak yerine yetmiş yıl boyunca orada kalmayı tercih etmiştir. Öyleyse o, Atina kentinin yasalarına uyacağına dair söz vermiştir ve verilen söz tutulmalıdır. d) Çoğunluğun sandığının aksine ölüm kötü bir son değil, insanı hakikate ve sonsuz mutluluğa ulaştıran yeni bir yaşamın başlangıcıdır. e) O, yetmiş yaşına kadar “önemli olan yaşamak değil iyi

⁶⁵ Platon (n 61) 118.

⁶⁶ Emily Wilson, *Sokrates’in Ölümü: Kahraman, Hain, Geveze, Aziz* (Özgüç Orhan çev., 1. Baskı, Pinhan Yayıncılık 2020) 101-103.

yaşamaktır” ilkesini savunmuş ve iyi yaşamın ahlaki bir yaşam olarak felsefi yaşam olduğuna inanmıştır. Sokrates’in savunduğu ahlak felsefesiyle çelişmesi içindeki tanrısal sese/daimon’a ihanet etmesi demektir. Oysa savunma boyunca daimon ona engel olmamıştır. O halde Sokrates’in nomos’a itaat etmesi her yönüyle ahlakidir ve thesmoi’ye uygundur. Başka bir ifadeyle onun ölümü pozitif hukuk bağlamında adaletsiz fakat nomos’a uygun bir ölümdür. Doğal hukuk bağlamında ise Sokrates’in adalet değeri uğruna nomos’un kararına (adaletsiz olsa bile) itaat etmesi doğrudur.

Görüldüğü üzere Sokrates için nomos’a itaat etmek hukukî bir yükümlülük olmaktan önce ahlaki bir seçimdir. O, Kriton’da çoğunluğun değil aklın rehberliğinde yaşayan insanların ne söylediğinin önemli olduğunu vurgularken insanın çoğunluktan sıyrılarak ‘kendi’ olmasının koşulunun ahlaki bir özne olmasıyla mümkün olduğunu ifade etmiştir. Kaçmak yerine hukukî özne olarak nomos’a itaat eden ve hukuka bağlılık sorumluluğunu yerine getiren Sokrates’in bu davranışının temelinde ahlaki özne olarak yaptığı seçim vardır. Bu bağlamda Sokrates’in felsefesinde hukuka itaatin temelinde ahlaki ilkelere vardır ve ahlak hukuku incelemektedir. Pozitif hukukun dayanağı doğal hukuktur ve doğal hukuk ile pozitif hukuk yasaları çeliştiğinde doğal hukuka itaat edilmelidir. Antigone ve Sokrates örneğinde görüldüğü gibi klasik doğal hukuk anlayışı hem nomos’a karşı çıkışı hem de itaati meşrulaştırmak için kullanılmıştır. Antigone, nomos’a itaatsizliğini doğal hukuk ile temellendirirken, Sokrates haksız da olsa nomos’a itaat etmenin dayanağının doğal hukuk olduğunu ileri sürmüştür. Antigone’nin aksine Sokrates’in davasında doğal hukuk ve pozitif hukuk uyum içindedir. Ancak Antigone’de olduğu gibi bu iki hukuk arasında bir çatışma yaşansaydı Sokrates’in tercihi de Antigone gibi doğal hukuktan yana olurdu; çünkü doğal hukuk ezeli, ebedi ve evrensel olması bakımından pozitif hukuktan üstündür. Güçlü bir doğal hukuk savunucusu olan Sokrates, Savunma’da ve Kriton’da pozitif hukuka itaat etmesinin temel nedeninin doğal hukuk olduğunu açıkça belirtmiştir.

Ahlakın ve hukukun temel ortak noktalarından biri ‘iyi’ arayışıdır ve Sokrates’in nomos’a itaatin temelinde yerleştirdiği ahlaki seçim de ‘iyi’ye dair bir seçimdir. O, Savunma’nın sonunda “ben ölmeye sizler de yaşamlarınızı sürdürmeye gidiyorsunuz. Hangisinin daha iyi olduğunu sadece tanrı bilebilir”⁶⁷ sözleriyle kendisinin bir öğretici değil anımsatıcı olduğunu ve doğru akıl yürütmeyle herkesin ‘iyi’nin özüne yani tanrısal kökenli bilgisine ulaşabileceğini ifade etmektedir. Bu bakımdan doğal hukuk evrensel, ezeli ve ebedi olan hukuktur. Sokrates’in nomos’a itaatinin temelinde ‘iyi’yi bulmaya yönelik bir akıl yürütme vardır. Ona göre adaletle adaletsizlikle cevap vermek kötü, yasalara uymak ‘iyi’dir. Önemli olan yaşamak değil, ‘iyi’ yaşamaktır. ‘İyi’ yaşam

⁶⁷ Platon (n 1) 42a.



felsefî yaşamdır ve ölümle birlikte başlayan ebedî yaşam bu dünyadaki gelişip geçici yaşamdan 'iyi'dir. O halde ne pahasına olursa olsun nomos'a itaat 'iyi'dir. Bu nedenle Sokrates'in nomos'a itaati doğal hukukun kaynağı olarak kabul ettiği daimon'a aykırı değildir; çünkü onun seçimi her yönüyle 'iyi' bir seçimdir. Sokrates'in nomos karşısındaki bu tutumu kendi felsefesiyle tutarlı olmakla birlikte sorgulanmaya açıktır. Onun ifade özgürlüğü hakkının elinden alınmaması uğruna ölmeyi göze alması hayranlık uyandırıcı bir davranıştır fakat aynı zamanda Atina kentini aşırı bir şekilde yücelttiğinin de göstergesidir. Sokrates'in sürgünü reddetmesinin nedenlerinden biri ölümden korkan bir insan olmadığını göstermektir. Ancak onun sürgün yerine ölümü seçmesi Atina kenti dışında var olamayacağı düşüncesinin de bir tezahürüdür. Oysa Sokrates Atina dışında başka bir kentte de insanlara doğru ve yanlış anlatan bir yurttaş olarak yaşamına devam edebilirdi. Hem Platon hem de Ksenophon, Sokrates'in fiziksel kuvvetinin ve dayanma gücünün dikkat çekici ölçüde iyi olduğunu vurgulamaktadır. Ölçülü bir şekilde yeme içmesine dikkat ettiği ve zorlu kış seferlerinde bile çıplak ayakla yürümeye alışkın olduğu bilinmektedir. Ayrıca yetmiş yaşında öldüğünde arkasında on yedi on sekiz yaşlarında bir genç olan oğluyla birlikte biri bebek yaşta olmak üzere iki küçük çocuk bırakmış olması Sokrates'in fiziksel dinçliğinin başka bir kanıtıdır.⁶⁸ Dolayısıyla o, bir at sineği olarak sürgüne gittiği kenti de rahatsız edip nihayetinde orada da yargılanacak olsa bile daimon'un ona yüklediği ahlaki misyon ile hak arayışını ve anlatışını son nefesine kadar sürdürebilirdi. Nitekim böyle bir seçim de 'iyi' bir seçim olarak doğal hukuka ve pozitif hukuka aykırı olmazdı. Ancak böyle bir seçim muhtemelen Sokrates'in seçimi kadar etkileyici olmayacaktı. Sokrates'in ölümü onun ironi yönteminin de doruk noktasını oluşturmaktadır. O, ölümü seçerek ahlaki ve hukukî sorumluluklarını yerine getiren örnek bir yurttaş olmuş ve aynı zamanda Atina demokrasisinin hatalı işleyişinin ve aksaklıklarının asırlarca konuşulmasını sağlamıştır. Böylece Sokrates, iyi bir devletin yalnızca yasalarının değil yasaları temsil eden ve uygulayan yargıçlarının da adil olması gerektiğini çarpıcı bir şekilde savunmuştur.

Sokrates'in nomos'a itaat etmesi erdemli insanların doğal hukukla çelişmeyen (akla, vicdana ve adaletin özüne aykırı olmayan) pozitif hukuka yalnızca hukukî yaptırım veya zorunluluk nedeniyle değil ahlaki bir yükümlülük duyumsayarak itaat edeceklerinin önemli bir göstergesidir. Ancak yasanın muhatabı yalnızca erdemli insanlar değildir veya toplum yalnızca erdemli insanlardan oluşmamaktadır. Daha da önemlisi 'iyi' ve 'adalet' kavramları herkesin üzerinde hemfikir olduğu kavramlar değildir. Bu nedenle Sokrates her ne kadar nomos'a itaat ederek ölüm cezasını kabul etmesinin gerekçelerini akla uygun olarak açıklamış olsa da onun nomos karşısındaki bu tavrının evren-

⁶⁸ Taylor (n 39) 31, 61.

sel bir şekilde uygulanabilirliğinin zor olduğu söylenebilir. Çünkü Sokrates'in dayanağı kendi ahlak felsefesidir. Benzer bir durumla karşılaşan fakat Sokrates'ten farklı değer yargılarına sahip başka bir yurttaş kendisine verilen haksız cezayı doğru bulmayarak kabul etmek istemediğinde Sokrates'in ona "tıpkı savaşa hizmet ederken barışı dilememiz gibi, yasalara uyarken bir yandan da onların değişmelerini dileyebiliriz"⁶⁹ demekten başka yolu yoktur. Bu cevap Sokrates'in ahlak anlayışını benimsemeyen ve nomos'un adaletsiz sonucuna itiraz etmek isteyen herhangi bir yurttaş için çözüm yolu olmayabilir. Hukuka itaat yükümlülüğünü yalnızca ahlaka bağlamak hukuk normlarının geçerliğini savunmayı problemlile hale getirebilir.

Başkasına öğretililecek hiçbir şey bilmediğini söyleyen Sokrates aynı zamanda insanî yetkinliğin kaynağının 'iyi'nin ve 'kötü'nün bilinmesi olduğunu ileri sürmüştür. Ancak neden bu bilgi diğer bilgi türleri gibi öğretililememektedir? Çünkü başka birinin bana öğretebileceği her şey, bazı dış otoriteler ya da toplum tarafından belli şeylerin iyi ve belli eylemlerin doğru olduğuna inanıldığıdır. Bu tarz bir bilgi öğretimle aktarılabilir ki genellikle verilen ahlaki eğitimin tüm mahiyeti bu şekildedir; fakat Sokrates'in bilgi dediği bu değildir. Ben 'iyi'nin ve 'kötü'nün bilgisini kendim görebildiğim an, o bilgi diğer kişilerin inandığı veya inandığını zannettikleri şeyleri tartışma dışı bırakır. Dolayısıyla Sokrates'in felsefesinde değerlerin bilgisi bir zihinden başka bir zihne aktarılabilen bilgi parçalarından oluşmaz. Değerlerin bilgisi doğrudan bir içgörü meselesidir. Bu bağlamda her birey, hangi eylemin 'iyi' olduğunu kendi gözüyle görmeli ve kendisi karar vermelidir. Birey eğer yetkin bir insan olmak istiyorsa, ahlaki açıdan özerk hale gelmeli ve yaşamını kendi kontrolü altına almalıdır. Bu nedenle Sokrates, hiç kimsenin kendi içindeki hâkimin görevini başkasına devredemeyeceğini ifade etmiştir; çünkü o, her insanın doğası gereği 'iyi' ve 'kötü'nün dolaysız içgörüsü ya da algısı için gerekli güce sahip olduğunu varsaymıştır.⁷⁰

Bu noktada doğal hukuk kuramına yönelik itiraz ona ilişkin bilgimize dayanmaktadır: Adalet ve iyiliğin ne olduğunu nereden biliyoruz? Doğal hukuk kuramının klasik tanımları bu soruyu Tanrı'nın doğada açıklanmış olan amaçlarına atıfta bulunarak cevaplamıştır. Ancak bu cevap yeterince tatmin edici değildir; çünkü herkesin aynı Tanrı'ya inandığını ve Tanrı'nın amaçlarını aynı şekilde algıladığını varsaymaktadır. Bu soruya cevaben Sokrates'in ileri sürdüğü vicdan ilkesi veya daimon'u da yeterince bilgilendirici değildir. İyilik yapmamız ve kötülükten kaçınmamız gerektiğini söylemek, yapmamız gerekeni

⁶⁹ Ksenophon, *Sokrates'ten Anılar* (Candan Şentuna çev., 1. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi 1994) 101.

⁷⁰ F. M. Cornford, *Sokrates: Öncesi ve Sonrası* (A. M. Celâl Şengör – Senem Onan çev., 10. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2021) 31-32.



yapmamız ve yapmamamız gerekeni yapmamamız gerektiğini söylemek gibidir. Ayrıca hukuka itaat yükümlülüğünü vicdana dayalı bir ahlaki emir veya ahlaki misyona indirgerken üzerinde herkesin hemfikir olduğu 'insan doğası' diye bir şeyin olmayabileceği fikrini de göz önünde bulundurmamak gerekir. Tek bir gerçeklik yerine, belki toplumlar ve insanların sayısı kadar çok türde insan doğası ve daimon vardır.

Sokrates için hukuk, iyi yaşam sorunundan bağımsız değildir ve iyi bir yaşamın ne olduğuna ilişkin sorular karşısında tarafsız kalamaz. Ancak bu yaklaşım şöyle bir problemi doğurmuştur: Adil bir devlet yurttaşlarının erdemini geliştirme arayışında olan devlet midir yoksa insanların, en iyi yaşamın ne olduğunu kendi kendilerine, özgürce seçebilmeleri için hukukun çeşitli değerler arasında tarafsız mı olması gerekir? Bu çıkmaz antik ve modern düşünceyi birbirinden ayırmıştır.⁷¹ Sokrates'e göre adil bir devlet ve ahlakın bir parçası olarak hukuk elbette yurttaşların erdemini geliştirme çabası içinde olmalıdır. Çünkü yaşamını en iyi şekilde nasıl yöneteceği, kendi ruhuna nasıl bakacağı ve onu nasıl mümkün olduğunca en iyi hale getireceği konusunda insan tamamen bilgisizdir ve bu bilgisizliğini göremeyecek kadar da kördür. Bu konuda Sokrates tek istisnadır; çünkü o, bu en önemli bilgiye sahip değilse bile onun önemini ve onu bilmediğini bilmektedir. Bu nedenle 'körler' krallığında en azından 'tek gözlü' olan Sokrates en üst düzeyde bilgiyi aramaya devam etmenin ve yurttaş veya yabancı olsun kendisiyle birlikte bu bilgiyi aramak isteyen herhangi bir insanı teşvik etmenin, kendisine Tanrı tarafından verilen bir görev olduğunu düşünmektedir.⁷²

Sokrates'in bu düşüncesi Platon'un felsefesinde 'filozof-kral'⁷³ olarak karşımıza çıkmaktadır. Ona göre 'iyi'ye tutkun yurttaşlar yetiştirmeyi görev edinmiş filozof-kral yönetiminin diğer yönetim biçimlerinden ayıran en temel fark akla dayalı, tutkuların esiri olmadan, tikel çıkarlarca koşullanmayan, bütünü çıkarlarını ve kentin bir tümel olarak mutluluğunu gözeten bir devletin ortaya çıkmasıdır. Filozof yönetimi ele aldığı zaman yalnızca yasaları yapma hakkını değil, aynı zamanda yasaları kimsenin rızası ya da onayını almaksızın değiştirme hakkını da ele geçirmiş olur. Dolayısıyla filozof-kralın kendisi veya iradesi yasanın etki alanının tamamen dışında konumlandırılmıştır. Böylece filozof-kral kendi buyurduğu yasayı istediği zaman istediği gibi değiştirebilir; çünkü filozof-kral da buyurmuş olsa, yasanın amacı nesnel dünyasını düzenlemektir ve değişimden azade olmayan nesnel dünyasında yasalar da değişmek zorunda

⁷¹ Michael J. Sandel, *Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir?* (Mehmet Kocaoğlu çev., 10. Baskı, Felix Kitap 2022) 29.

⁷² Taylor (n 39) 54-55.

⁷³ Platon, *Devlet* (Sabahattin Eyüboğlu – M. Ali Cimcoz çev., 21. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2011) 484a-510e.

kalır. Bu durumda yasanın genel ve mutlak olma niteliği nasıl sağlanabilir? Platon bu problemi mutlak olmayan, değişen, bozulan ve bu yüzden mutlak hale getirilemeyen yasanın karşısında yasa koyucu iradeyi, yani filozofun aklını mutlaklaştırarak çözer. Çünkü yalnızca filozof-kralın aklı tümel olarak kentlin mutluluğunu gözetmektedir ve bu nedenle meşruluğunu sorgulamak bile gereksizdir.⁷⁴ Bu bağlamda Sokrates ve Platon'un felsefesinde doğal hukukun esas amacı insanların akıl kapasitesinin çarpıtılması ve onların ortak yarardan uzaklaşması sonucunda ortaya çıkan kötü eylemlerde bulunma ve suç işleme gibi insanlığın en kötü özellikleriyle mücadele etmektir. Bu nedenle insanların tesis ettiği pozitif hukukun amacı doğal hukuka uymak alışkanlığını herkesin kazanmasını ve içselleştirmesini sağlamak olmalıdır. Başka bir ifadeyle bütün insanlarda ortak kabul edilen ahlak, hukukun bizatihi kendisi olmalıdır. Ahlaki iyiyi veya erdemın bilgisine sahip olan insan zaten kötü eylemde bulunmaz. Bu anlamda Sokrates'e göre pozitif hukuk ve pozitif yasa (nomoi) bilgisiz insanlar içindir ve onların başlıca amacı bu insanlara doğal hukuka ve thesmoi'ye uymayı, yani aklın rehberliğinde yaşamayı öğretmektir.

18. yüzyılda Kant'tan 20. yüzyılda Rawls'a kadar birçok filozof ise doğrularımızı tanımlayan adaletin ilkelerinin herhangi bir değer ya da yaşamının en iyi yolu anlayışına dayanmaması gerektiğini ifade etmişlerdir. Yani adil bir toplum veya hukuk sistemi yurttaşların erdemini geliştirmek için çabalamak yerine her bireye kendi iyi yaşam anlayışını seçebilme özgürlüğü sağlamalıdır.⁷⁵ Çağımızda da hangi hukukun 'adalet'e uygun olduğu ya da 'doğru' bulunduğu konusundaki fikir ayrılıkları devam etmektedir; çünkü kişilerin 'adalet' konusundaki fikirleri kendi kişisel çıkarları ve inançları, ait oldukları toplumların, sosyal grupların veya zümrelerin faydasına bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Adalet konusundaki bireysel tercihlerin son derece değişik olabileceği açıktır. Örneğin natüralizmi benimseyen bir kişi, sosyal yaşamın ve hukukun sosyo-biyolojik yasalara tâbi olduğunu kabul edebilir ve savunabilir. Başka bir kişi hukukun toplumdaki sosyal güçlerin ürünü ve sonucu olarak ortaya çıktığını, bu nedenle bazı sosyo-hukuki kurumların ve yasaların değiştirilmesi gerektiğini ileri sürebilir. Bir başkasının ise 'objektif geçerliğine inandığı değerler' nedeniyle, belirli hukuk kurallarını 'iyi' ve 'adil' diğerlerini ise 'kötü' ve 'haksız' olarak değerlendirmesi ve bunların değişmesini istemesi mümkündür.⁷⁶

Bu bakımdan hukukla ahlak arasında mantıkî bir ayırım yapılmasını ve bir

⁷⁴ Ayhan Yalçınkaya, 'Büyük Sokratesçi Okullar ve Siyaset'in Mehmet Ali Ağaoğulları (ed), *Sokrates ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler* (7. Baskı, İletişim Yayınları 2016) 108-109.

⁷⁵ Sandel, (n 71) 29.

⁷⁶ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (9. Baskı, Siyasal Kitabevi 2011) 64-67.



yasanın muhtevasının onun yasa olma statüsü ile hiçbir ilişkisi bulunmadığını ileri süren⁷⁷ hukukî pozitivizm adalet gibi soyut bir kavramın evrensel ve objektif bir kriter olarak hukukun temeline yerleştirilemeyeceğine yönelik eleştirilerinde oldukça haklı görünmektedir. Pozitivizme göre bir kuralın veya normatif bir emrin hukuksal olup olmadığı sorusu, doğası ahlak dışı olan kriterlere bağlıdır. Bu nedenle söz konusu kuralların veya emirlerin ahlaka veya adalet idesine uygun olup olmadıklarının bir önemi yoktur. Dolayısıyla doğal hukuktan farklı olarak hukuki pozitivizm, doğru ya da yanlış olmasından bağımsız olarak yalnızca hukuk olduğu için hukuka itaati buyurur.⁷⁸ Ancak insanların bir hukuk sisteminden en temel beklentileri haklı ve adil çözümlerdir. İşte bu noktada adalet, vicdan, hakkaniyet gibi kavramların ve dolayısıyla doğal hukukun yol göstericiliğine ihtiyaç duyulmaktadır. İnsanların adalet duygusunun tatmin edilmesi kişilerin hukuk düzenine ve devlete olan bağlılık ve güven duygusunu güçlendirir. Bu nedenle yasa yapıcıların ve yargıçların yalnızca anayasayı ve kanunu değil, kanunların ve kararların kişilerin vicdanlarında yarattığı etkileri de çok iyi bilmesi gerekir. Bu anlamda Sokrates'in ölümü pozitif hukukun adalet sorununa yaklaşımında hukuk felsefesinin ne denli önemli olduğuna dair modern pozitif hukuka da önemli mesajlar iletmektedir. Klasik doğal hukuk öğretisinin evrensel ve ebedi olma iddiası modern pozitif hukuk için uygulanabilirlik özelliğini kaybetmiş olsa da modern doğal hukuk öğretilerinin geniş kapsamlı doğal hukuk anlayışı belli bir durum için geçerli haklı ve adil hukuku bulma konusunda önemli bir rehber olabilir. Günümüzde doğal hukuk yargı aktörlerinin, hükümetlerin veya meclislerin doğal adalet ya da makuliyetle çelişen şekillerde eylemlerde bulunmaları halinde güçlü bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Böyle durumlarda yüksek mahkemede görev yapan hakimler söz konusu eylemleri yasadışı ya da ABD'de olduğu gibi anayasaya aykırı olduğu şeklinde hükme bağlamaktadır; çünkü yasa yapıcılar üzerinde doğal sınırlamalar vardır ve bu sınırlara uyulmalıdır. Bu bağlamda doğal hukukun cazibesinin devamlı olmasının nedeni pozitif hukuk alanında ortaya çıkan anlaşmazlık ve ihtilaflarda hukukun üzerine yaslanabileceğimiz bir kaya veya referans noktası gibi kabul edilmesi düşüncesidir.⁷⁹ Dolayısıyla doğal hukuku tamamen devre dışı bırakmak isteyen veya onunla sürekli olarak çelişen bir pozitif hukuk sisteminin insanların adalet duygusunu tatmin etmesi her zaman ve her durumda mümkün olmayabilir. Bu nedenle doğal hukuktaki hakikat payı tümüyle göz ardı edilmemelidir.

⁷⁷ Norman P. Barry, *Modern Siyaset Teorisi* (Mustafa Erdoğan ve Yusuf Şahin çev., 3. Baskı, Liberte Yayınları 2012) 77.

⁷⁸ Troper (n 6) 24-25.

⁷⁹ Mark Tebbit, *Hukuk Felsefesi* (Mehmet Kocaoğlu çev., 1. Baskı, Vulgus Yayınları 2022) 25.

KAYNAKÇA

Akı E. İ, 'Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme' (2015) 64(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-35.

Aral V, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları (1. Baskı, Filiz Kitabevi 1984).

Arthur J and Shaw W.H, Readings in the Philosophy of Law (4. Edition, Pearson/Prentice Hall 2005).

Barry N. P, Modern Siyaset Teorisi (3. Baskı, Liberte Yayınları 2012).

Benson B, 'Rule of Law in Plato's Crito and Apology' (1998) 8 Aporia, 1-19.

Cornford M, Sokrates: Öncesi ve Sonrası (10. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2021).

Çankaya A, "'Yasa" Üzerine İki Farklı Perspektif: Antigone ve Sokrates,' (2015) 19 FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi), 237-248.

Erhat A, Mitoloji Sözlüğü (21.Baskı, Remzi Kitabevi 2013).

Fuller L. L, Hukukun Ahlakı (2. Baskı, Tekin Yayınevi 2019).

Grimal P, Mitoloji Sözlüğü: Yunan ve Roma (1. Baskı, Kabalcı Yayınevi 2012).

Güriz A, Hukuk Felsefesi (9. Baskı, Siyasal Kitabevi 2011).

Gürler S, 'Felsefi Bir Sorun Olarak Hukuka İtaat Yükümlülüğü' (2014) 72(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 265-292.

Gürler S, 'Sokrates'in Savunması ile Kriton Diyaloğunun Hukuka İtaat Yükümlülüğü Açısından Karşılaştırılması' (2010) 20 HFSA, 84-99.

Hadot P, İlkçağ Felsefesi Nedir? (1. Baskı, Dost Kitabevi 2011).

Ingram D. B, Hukuk Felsefesi (2. Baskı, Fol Yayınları 2020).

Ksenophon, Sokrates'ten Anılar (1. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi 1994).

Liebersohn Y. Z, 'Persuasion, Justice and Democracy in Plato's Crito,' (2015) 1(6) Peitho Examina Antiqua, 147-166.

Marcheva D, 'The Origin of Written Laws in Ancient Greece' (2019) 8(9) Yearbook of the Law Department, 276-289.

Murphy M. C, Philosophy of Law: The Fundamentals (1. Edition, Blakwell Publishing 2007).

Page H. D, 'Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizm' (1944) 2(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 96-126.

Platon, Devlet (21. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2011).



- Platon, Euthyphron/Dindarlık Üzerine (1. Baskı, Kabalcı Yayınları 2008).
- Platon, Kriton ya da Görev Üstüne (2. Baskı, Can Yayınları 2019).
- Platon, Phaidon (2. Baskı, Say Yayınları 2015).
- Platon, Sokrates'in Savunması (11. Baskı, Türkiye İş Bankası Yayınları 2013).
- Sandel, M. J, Adalet: Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir? (10. Baskı, Felix Kitap 2022).
- Sophokles, Antigone (1. Baskı Töz Yayınları 2021).
- Taylor A. E, Sokrates: İroni, İnfaz ve Etik (2. Baskı, Fol Yayınları 2021).
- Taylor C.C.W, Düşüncenin Ustaları: Sokrates (1. Baskı, Altın Kitaplar Yayınevi 2002).
- Tebbit M, Hukuk Felsefesi (1. Baskı, Vulgus Yayınları 2022).
- Topakkaya A, 'Ontolojik Doğal Hukuk Anlayışına İki Farklı Örnek: Stoa ve Hıristiyan Doğal Hukuk Öğretileri,' (2013) 15 TAAD (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi), 67-78.
- Troper M, Hukuk Felsefesi (2. Baskı, Dost Kitabevi 2019).
- Tüzer A, 'Rasyonel/Doğal Din ve Spinoza' (2013) 3(1) Beytülhikme, 33-51.
- Ürek O, 'Sokrates'in Yurtseverliği: Söz Vermek, Sözünde Durmak ve İnsana Saygı' (2009) 7 FLSF (Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi), 37-46.
- Wacks R, Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş (11. Baskı, Tekin Yayınevi 2021).
- Wilson E, Sokrates'in Ölümü: Kahraman, Hain, Geveze, Aziz (1. Baskı, Pinhan Yayıncılık 2020).
- Yalçinkaya A, 'Büyük Sokratesçi Okullar ve Siyaset'in Mehmet Ali Ağaoğulları (ed), Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler (7. Baskı, İletişim Yayınları 2016), 91-123.
- Yeşilçayır C, İnsan Hakları Felsefesi (1. Baskı, Çizgi Kitabevi 2019).
- Yörük A K, Hukuk Felsefesi Dersleri (1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1958).
- <https://www.haberturk.com/dunya/haber/745593-2500-yil-sonra-gelen-beraat>, E. T.; 03.04.2022.

ÖZEL HUKUK

YAPAY ZEKÂNIN ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNA ÜYELİĞİ VE ÜYELİKTEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of the Membership of Artificial Intelligence to the Board of Directors of the Incorporated Company and its Responsibility Arising from Membership

Salih KARADENİZ*

Özet

Teknolojik gelişmeler ve yenilikler hayatımızın her alanını olduğu gibi hukuku da etkilemektedir. Teknolojinin getirilerinden biri de hiç şüphesiz yapay zekâ teknolojisidir. Yapay zekâ teknolojisinin günden güne gelişmesi ile birlikte hukukun çoğu alanında farklı gelişmeler yaşanmaya başlamıştır. Bu alanlardan birisi de şirketler hukukudur. 2014 yılında Hong Kong'da faaliyet gösteren bir şirketin, yönetim kuruluna yapay zekâyı üye olarak atadığını duyurmasıyla şirketler hukukunda yeni bir dönem başlamıştır. Yapay zekânın anonim şirket yönetim kuruluna üyeliğiyle beraber şirketler hukukunda birçok tartışma yapılmış, yapılmaya da devam etmektedir. Yapay zekânın üyelikten doğan sorumluluğunu değerlendirilirken, yapay zekâyı hukuki kişilik atfedilip atfedilemeyeceği tartışması üzerinde durulması gerekir. Zira yapay zekânın kişi olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünenler olduğu gibi eşya, köle, yapay insan, yapay vekil olarak değerlendirenler de bulunmaktadır. Çalışmamızda yapay zekânın şirket yönetim kuruluna üyeliği ile beraber üyelikten doğan sorumluluğun nasıl şekilleneceği üzerinde çeşitli açılardan durulacaktır. İhtimallere göre yapılan değerlendirmede, yapay zekâyı atfedilen farklı hukuki statülere göre açıklamalarda bulunulacak, sorumluluğun kimde olduğu ve hangi hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ ve Şirketler hukuku, Yapay zekâ ve anonim şirketler, Yönetim kurulu üyesi Yapay zekâ, Yapay zekânın kişiliği, Yapay zekânın sorumluluğu.

Abstract

Technological developments and innovations affect the law as well as every area of our lives. One of the benefits of technology is undoubtedly artificial intelligence technology. With the development of artificial intelligence technology day by day, different developments have begun to occur in most areas of law. One of these areas is corporate law. In 2014, a new era in corporate law began when a company operating

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 17.06.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023*

* Arş. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı, salih.karadeniz@medeniyet.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-6586-3278>



in Hong Kong announced that it had appointed artificial intelligence as a member of the board of directors. With the membership of artificial intelligence to the board of directors of incorporated companies, many discussions have been made in company law and continue to be made. While evaluating the responsibilities of artificial intelligence arising from membership, it is necessary to focus on the debate whether a legal personality can be attributed to artificial intelligence. Because there are those who think that artificial intelligence should be accepted as a person, as well as those who consider it as an object, slave, artificial human, artificial proxy. In our study, various aspects will be emphasized on how the responsibility arising from membership will be shaped with the membership of artificial intelligence to the board of directors of the company. In the evaluation made according to the possibilities, explanations will be made according to the different legal statuses attributed to artificial intelligence, it will be stated who is responsible and which provisions should be applied.

Key Words: Artificial intelligence and corporate law, Artificial intelligence and incorporated companies, Board member artificial intelligence, Personality of artificial intelligence, Responsibility of artificial intelligence.

GİRİŞ

Dünya günden güne değişmekte, gelişen teknolojiler ve yenilikler sayesinde hayatımızın her alanında ilerlemeler yaşanmaktadır. Günümüzün en dikkat çekici yeniliklerinden birisi de hiç şüphesiz yapay zekâ teknolojisidir. Esasen yapay zekâ, hayatımıza yeni girmiş olmamakla beraber, son 10 yıl içerisinde yaşanan teknolojik gelişmeler ve insanoğlunun ortaya koyduğu adımlar sayesinde güncel konular arasında yerini almıştır¹.

Yapay zekâ teknolojileri hayatımızın her alanında yer almış, liberal ekonomik sistemin ve yaşamımızın bir parçası haline gelen şirketlerin yönetimine de yapay zekâ teknolojileri dâhil olmaya başlamıştır. Aşağıda detayıyla açıklanacağı üzere, yapay zekâ 2014 yılında ilk kez bir şirketin yönetim kuruluna dâhil edilmiştir. Bu cesaret verici adımla birlikte 2014 yılından itibaren, şirketlerin yönetiminde yapay zekânın kullanımı ve bağımsız bir üye gibi yönetim kuruluna üye olması tartışılmaktadır.

Yapay zekânın genelde şirketlere özelde de anonim şirketlerin yönetimine sunacağı katkılar oldukça yüksektir. Bu katkılarla beraber birtakım olası sorunların çıkabileceği de tartışılmaktadır. Ancak biz çalışmamızda yapay zekânın şirketlerin yönetim kuruluna üyeliğinden doğacak olan olumsuzlukları ve hukuksal sorunlar bir yana, vereceği katkıları baz alarak bir değerlendirme yapmayı tercih ettik. Çalışmamızın birinci bölümünde anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri, görevleri ve sorumluluğunu ele aldık. İkinci bölümde ise yapay

¹ Yapay zekâ ekonomisinin 2030 yılında 15.7 trilyon dolarlık hacme ulaşması beklenmektedir. Diğer taraftan yapay zekâ teknolojisinin 85 milyon istihdam kaybına yol açacağı bununla birlikte 97 milyon yeni istihdam doğuracağı ifade edilmektedir. <https://www.bloomberght.com/yapay-zeka-ekonomisinin-2030da-157-trilyon-dolarlik-hacme-ulasmasi-bekleniyor-2303872> Erişim Tarihi: 12 Nisan 2022.

zekânın tanımından ve türlerinden bahsettik. Üçüncü kısımda ise yapay zekânın yönetim kuruluna üyeliği başlığı altında, hukuki statüsü bakımından çeşitli görüşlere yer verdik. Dördüncü ve son bölümde ise yapay zekânın yönetim kuruluna getireceği yeniliklerden bahsettikten sonra üyelikten kaynaklı sorumluluğunu, görüşlere göre alt başlıklar halinde çeşitli açılardan inceledik.

I. ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU

Anonim şirketlere yönelik kurallar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda² düzenlenmiştir. Limited şirketler, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerle birlikte anonim şirketler sermaye şirkettir³. Sermaye şirketlerinin temel özellikleri, ortakların değil de sermayenin önemli olması, ortakların şirketin borcu sebebiyle sınırlı sorumlu olması ve borçtan sorumluluğun kural olarak şirkete karşı olması, pay devirlerinin diğer ortakların rızası aranmaksızın gerçekleşmesi, ortak sayısının çok olabilmesi, sermaye payı kadar söz sahibi olunması vb. gibi sıralanabilir⁴.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve örneklerini gördüğümüz şirket türlerinden biri anonim şirkettir. Anonim şirket büyük sermayenin toplanmasını sağlarken, diğer taraftan kendisini kuran kişilerin varlığından bağımsız kişiliği olması ve bu kişilerin ölümü, kısıtlanması gibi durumlardan etkilenmeyip, varlığını sürdürebilmesi sebebiyle istikrar ve büyüme açısından çok önem arz etmektedir⁵.

Anonim şirketlerin iki zorunlu organı bulunmaktadır. Bunlardan biri üzerinde çalışacağımız yönetim kuruludur. Diğer ise genel kuruldur. Genel kurul kısaca, pay sahiplerinin usulüne uygun bir şekilde belirli gündemi görüşüp karara bağladığı, şirketin işlerine ilişkin bazı hakların kullanıldığı, karar ve irade organıdır⁶.

Diğer bir zorunlu organ ise yönetim kuruludur. Türk Ticaret Kanunu madde 365/1'e göre anonim şirketin yönetim kurulu tarafından yönetileceği ve temsil olunacağı belirtilmiştir. Yönetim kurulu kurul organ niteliğinde olup, şirketi yönetmek üzere genel kurul tarafından seçilen veya esas sözleşme ile atanmış kişi ya da kişilerden oluşmaktadır⁷.

² Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011, RG 14.2.2011/27846.

³ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (8.Bası, Adalet 2022) 8; Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku (13.Bası, Beta 2019) 6; Şaban Kayıhan, Şirketler Hukuku (5.Bası, Seçkin 2021) 55; İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku. C.1(1.Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 2013) 59.

⁴ Bahtiyar (n 3) 6.

⁵ Pulaşlı (n 3) 240.

⁶ Pulaşlı (n 3)308; Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (5.Bası, Vedat Kitapçılık 2020) 306-307.

⁷ Bahtiyar (n 3) 214-215; Kayıhan (n 3) 204; Tekinalp (n 6) 232-233.

A. Yönetim Kurulu Üyeleri

Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri kanun ve esas sözleşmede belirtilen şartları sağlayan, gerçek veya tüzel kişiler arasından seçilmektedir. 6762 sayılı önceki Türk Ticaret Kanunu⁸ döneminde yönetim kuruluna sadece gerçek kişiler üye olabilmekteydi. 6102 sayılı Kanun ile artık tüzel kişiler de yönetim kurulu üyesi olarak seçilebilmektedirler⁹. Ancak tüzel kişi adına şirketin yönetim kurulunda doğal olarak, gerçek kişi olmak zorundadır. Tüzel kişinin yönetim kuruluna seçilmesiyle birlikte aynı anda tüzel kişi tarafından, kendi adına hareket etmek üzere bir gerçek kişi de seçilecek, tescil ve ilan olunup, internet sitesinde de yayımlanacaktır. Tüzel kişi adına sadece tescil ve ilan olunan gerçek kişi toplantılara katılabilecektir(TTK m.359/2). Yönetim kurulu üyeleri kural olarak genel kurul tarafından seçilmekle birlikte şirket ana sözleşmesiyle de atanabilmektedir. Ayrıca istisnai olarak yönetim kurulu tarafından geçici seçim ve kamu tüzel kişisine tanınan hak sebebiyle kamu tüzel kişisince atama ile üyelik kazanılabilmektedir¹⁰. Anonim şirketin yönetim kuruluna seçilecek olan ve tüzel kişiyi temsilen görev yapacak olan gerçek kişiler, tam ehliyetli olmalı, seçilme engeli bulunmamalı, devlet memuru olmamalı ve öngörülümüşse ana sözleşmede yazan niteliklere sahip olmalıdır¹¹(TTK m.359/3,4). Diğer taraftan yönetim kurulu üyesi olmak için pay sahibi olma zorunluluğu da 6102 sayılı TTK ile kaldırılmıştır¹². Yönetim kurulu tek kişiden oluşabileceği gibi birden fazla gerçek veya tüzel kişiden de oluşabilmektedir. Eski TTK döneminde ise tek kişiden oluşan yönetim kuruluna cevaz verilmemekteydi¹³. Yönetim kurulu üyeleri, en fazla üç yıl için seçilebilir. Şirket ana sözleşmesinde aksine hüküm yoksa aynı kişi yeniden seçilebilecektir. (TTK m.362)

B. Yönetim Kurulunun Görevleri

Yönetim kurulunun görevleri Türk Ticaret Kanunu'nun görevler ve yetkiler başlığı altında 374. madde ve devamında düzenlenmiştir. Maddeye göre yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve ana sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin iş-

⁸ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.6.1956, RG 9.7.1956/9353.

⁹ Bahtiyar (n 3) 237; Kayıhan (n 3) 208; Kırca, Manavgat ve Şehirli Çelik (n 3) 401; Pulaşlı (n 3),374; Tekinalp (n 6) 228; Cafer Eminoğlu ve Fatma Betül Çakır, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması (2014) 18 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 277, 278.

¹⁰ Kırca, Manavgat ve Şehirli Çelik (n 3) 414-425; Tekinalp (n 6) 236; Ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar (n 3) 239-240.

¹¹ Kayıhan (n 3) 209; Pulaşlı (n 3) 374, Eminoğlu ve Çakır (n 9) 283-284.

¹² Bahtiyar (n 3) 238; Kırca, Manavgat ve Şehirli Çelik (n 3) 413; Tekinalp (n 6) 228.

¹³ Kırca, Manavgat ve Şehirli Çelik (n 3) 396.

letme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir. Görüleceği üzere kanunda yönetim kurulunun faaliyet alanı oldukça geniş tutulmuş, kanun tarafından belirlenen genel kurulun devredilemez yetkilerine ve ana sözleşme uyarınca genel kurula bırakılmayan bütün konularda faaliyette bulunmaya yetkili kılınmıştır. Yönetim kurulunun başlıca görev ve yetkilerini özetle, ortaklığı yönetme ve temsil etme (TTK m.365 vd.), şirketin denetimi ve üst düzey yönetimi için gerekli düzenin kurma (TTK m.375/1(a),(c)), şirketin malvarlığının borca batık hale gelmesi durumunda mahkemeye bildirimde bulunma ve gereken önlemleri alma (TTK m.375/1(g); 376 vd.), genel kurul toplantılarını hazırlama ve yürütme (TTK m.375/1(f); 410 vd.), genel kurul kararlarının uygulama, gerektiğinde alınan kararlara karşı iptal davası açılarak davayı takip etme (TTK m.445 vd.), ana sözleşme değişikliği, sermaye artırımı ve azaltımı hazırlıklarını yapma ve yürütme (TTK m.453 vd.; 456-475), sermaye artırımlarında yeni çıkarılan paylar üzerinde mevcut ortakların rüçhan haklarının kullanılmasını sağlama (TTK m.461), kanunun öngördüğü tescil ve ilan işlerini yapma (TTK m.455, 471 gibi), imtiyazlı pay sahipleri genel kurullarını toplantıya çağırma (TTK m.454), gerektiğinde Bakanlıktan izin alma, şirketin defterlerini tutma, yıllık faaliyet raporlarını ve kurumsal yönetim açıklamalarını hazırlama (TTK m.375/1,f), ortaklığın sona ermesi ve tasfiye işlemleri ile ilgili görevleri yerine getirme vb. gibi sıralayabiliriz¹⁴. Bu sayılan başlıca görev ve yetkiler, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerindedir¹⁵.

C. Yönetim Kurulu Üyelerinin Üyelikten Doğan Sorumluluğu

Yönetim kurulu üyelerinin, üyelikten doğan sorumluluğu TTK'nin 553. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre yönetim kurulu üyeleri kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem şirkete, hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zararlardan dolayı sorumlu olacaklardır. Görüldüğü üzere kanun koyucu bu maddeyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmesi için bazı şartlar aramıştır. Bu şartlar; kanuna veya ana sözleşmeye aykırılık oluşturan hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve illiyet bağıdır¹⁶. Yönetim

¹⁴ Bahtiyar (n 3) 215-217; Tekinalp (n 6) 248-253; Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu (2.Bası, Vedat 2016) 293.

¹⁵ Yönetim kurulunun toplantıya daveti, toplantı yeri, zamanı ve usulü, toplantıda karar alınması, toplantı ve karar yetersayıları, yönetim kurulu kararlarının hükümsüzlüğü, iptal davası, yönetim yetkisinin devri, üyeliğin kaybedilmesi, üyelerin görevleri, yükümlülükleri ve hakları gibi konularda çalışmamızın muhteviyatı gereği ana kaynaklara atıf yapmakla yetineceğiz. Bkz. Akdağ Güney (n 14) 147-167; Bahtiyar (n 3) 215-217; Pulaşlı (n 3) 391-398; Tekinalp (n 6) 248-249.

¹⁶ Akdağ Güney (n 14), s.293; Oruç Hami Şener, Ortaklıklar Hukuku (5.Bası, Seçkin 2022) 421.



kurulunun sorumluluğuna, kanunda da belirtildiği üzere, şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklıları gidebilecektir. Şayet zarar şirket bünyesinde oluşmuş, diğer bir deyişle üyenin hukuka aykırı fiilinden doğrudan şirket zarar görmüşse, sorumluluk davasını kural olarak şirket açabilecektir. Ancak şirketin, yönetim kurulunu hukuka aykırı bir şekilde korumak maksadıyla dava açmayacağı ihtimalini düşünen kanun koyucu, şirketin doğrudan uğradığı zararın tazmini için pay sahiplerine de dava hakkı tanımıştır¹⁷. Gerçekten de Türk Ticaret Kanunu m.555'in 2.cümlesi pay sahiplerinin, şirketin uğradığı zarardan dolayı dava açmaları halinde, tazminatın şirkete ödenmesini istemek zorunda olduğunu düzenlemiştir. Bu husus doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımı ile açıklanmaktadır. Doğrudan zararda şirket herhangi bir zarara uğramazken, üyelerin hukuka aykırı yönetiminden kaynaklı olarak, pay sahipleri ve alacaklılar zarara uğramaktadır. Dolaylı zararda ise şirketin malvarlığı doğrudan zarara uğramaktadır. Şirketin zarara uğraması halinde ise doğal olarak, pay sahipleri dolaylı da olsa zarara uğrayacaklardır¹⁸. İşte kanun koyucu dolaylı zarar durumlarında pay sahiplerine veya alacaklılara dava açma hakkı tanımış, ancak zarara uğrayan tarafın şirket olması sebebiyle, tazminatın şirket lehine ödenmesini isteyebileceklerini şart koşmuştur.

Yönetim kurulu üyelerinin şirkete karşı sorumluluğunun hukuki niteliği sözleşmeye aykırılıktır. Genel olarak üyelerin, üyelikten kaynaklanan sorumlulukları sözleşmeye aykırılık teşkil etmekle birlikte, yöneticilerin sebep olduğu fiil haksız fiil niteliği taşıyorsa bu durumda her iki sorumluluk halinin yarışması söz konusu olacaktır. Türk hukukunda yönetim kurulu ile şirket arasında sözleşmesel ilişki bulunduğu konusunda görüş birliği mevcuttur. Diğer taraftan yönetim kurulu üyeleri ile alacaklılar ve pay sahipleri arasında ise herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmamakta olup, sorumluluk haksız fiil hükümlerine göre değerlendirilecektir¹⁹.

Bu başlık altında değerlendirmemiz gereken son bir konu ise yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun nasıl olduğudur. Eski kanundaki müteselsil sorumluluktan farklı olarak yeni Türk Ticaret Kanunu ile farklılaştırılmış teselsül kurumu getirilmiştir²⁰. Farklılaştırılmış teselsüle göre zarardan kusuru ile so-

¹⁷ TTK Madde 555 Gereğiçesi:

Birinci fıkrâ: Şirketin uğradığı zararın şirket tarafından TTK'nın 553 ve 554 üncü maddelerindeki sorumlulardan talep edilmesi, yani aktif dava ehliyetinin şirkette olması normaldir. Ayrıca şirketin ihmâli veya sorumluların şirkete hâkim olmaları sebebiyle davayı açamamaları olasılığı düşünülerek, zararın tazmini davasını açmak hakkı şirketin pay sahibine de verilmiştir. Akdağ Güney (n 14) 339-340.

¹⁸ Akdağ Güney (n 14) 338-340; Bahtiyar (n 3) 404-406; Şener (n 16) 423-424.

¹⁹ Serhan Dinç, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (3.Bası, Seçkin 2021) 50-51.

²⁰ Akdağ Güney (n 14) 293; Bahtiyar (n 3) 397; Kayıhan (n 3) 229; Pulaşlı (n 3) 666-667.

rumlu olan her yönetim kurulu üyesi, ancak kendi kusurunun ve durumunun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde diğerleriyle birlikte sorumlu olacaktır. Dikkat edileceği üzere dış ilişkide yönetim kurulu üyesinin kusuru yoksa zarardan sorumlu olmayacak, kusuru olsa bile kusurun derecesi teselsülde dikkate alınacaktır. Farklılaştırılmış teselsül dış ilişkide geçerli olup iç ilişkide geçerli değildir²¹. Diğer taraftan farklılaştırılmış teselsül kurumunun uygulanabilmesi için şirket yönetim kurulunun birden fazla kişiden oluşması gerekmektedir²².

II. YAPAY ZEKÂ

A. Yapay Zekânın Tanımı

Yapay zekâ kavramını ilk olarak 1955 yılında John McCarthy kullanmıştır²³. Yapay zekânın babası²⁴ olarak da bilinen McCarthy yapay zekâyı; akıllı makineler yapma bilimi olarak ifade ettikten sonra biyolojik araçlarla sınırlama zorunda olmaksızın, insan zekâsını anlamak için bilgisayarları kullanma olarak tanımlamıştır²⁵. Diğer taraftan Harry Surden yapay zekâyı, “normalde insan zekâsı gerektiren” görevleri otomatikleştirmek için teknolojiyi kullanmak olarak tanımlamaktadır²⁶. Daha anlaşılır bir tanım ise yapay zekânın, görevlerini yerine getirmek için insan zekâsını taklit eden ve topladıkları bilgiye göre yinelemeli bir şekilde kendilerini iyileştirebilen sistemler olduğudur²⁷. Doktrinde Ekici ise yapay zekâyı şu şekilde tanımlamaktadır²⁸:

²¹ Akdağ Güney (n 14) 385,387; Dinç (n 19) 86.

²² Şener (n 16) 426-427. Farklılaştırılmış teselsül hakkında detaylı bilgi için bkz. Akdağ Güney (n 14) 372 vd; Mehmet Bahtiyar, Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül (2013) 2, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013/2, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 77-97; Yılmaz Yördem, Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi (2.Bası, Seçkin 2022)

²³ Cem Say, 50 Soruda Yapay Zekâ (21.Baskı, 7 Renk Basım 2021) 85; John Armour ve Horst Eidenmueller, 'Self-Driving Corporations?' (2019) 475 Harvard Business Law Review, 1 Erişim Tarihi: 26 Mart 2022; S Preethi, 'A Survey on Artificial Intelligence' (2020) 3 (2) International Journal of Intelligent Computing and Technology, 39, 39 Erişim Tarihi: 26 Mart 2022.

²⁴ V Rajaraman, 'John McCarthy – Father of Artificial Intelligence' (2014) 19 (3) Resonance Journal of Science and Education, 198, 198 Erişim Tarihi: 26 Mart 2022; Say (n 23) 86; Şerafettin Ekici, Bilişim ve Teknoloji Hukuku (1.Bası, Seçkin 2022) 191.

²⁵ John McCarthy, 'What is AI: Basic Question' (Stanford University, 2007) <http://jmc.stanford.edu/artificial-intelligence/what-is-ai/index.html> Erişim Tarihi: 26 Mart 2022)

²⁶ Harry Surden, 'Artificial Intelligence and Law: An Overview' 2019 (5) 4 Georgia State University Law Review 1307.

²⁷ Necla Öykü İyigün, 'Yapay Zeka ve Gelecek' in Necla Öykü İyigün ve Mustafa Kemal Yılmaz (eds) Yapay Zeka Güncel Yaklaşımlar ve Uygulamalar (Beta 2021) 3.

²⁸ Ekici (n 24) 186.

“İnsanın doğal olarak sahip olduğu zekâ ile problem çözme, veriler üzerinden anlam çıkarma, çıkardığı anlam doğrultusunda karar verme ve gerektiğinde harekete geçme, öğrenme, deneyimlerden yararlanma gibi zihinsel süreçleri bir donanımına gerek duymaksızın gerçekleştirebilen, insan zekâsını taklit eden ve topladıkları bilgilerle yinelemeli olarak kendi kendini iyileştirebilen yazılımlardır.”

Diğer bir tanım ise şu şekildedir²⁹:

“Yapay zekâ, insanların doğal olarak sahip oldukları zekâ ile çözdükleri problemleri çözme becericisine sahip yazılımdır.”

Günümüzün yapay zekâsı, öğrenme, görme, mantıksal akıl yürütme ve daha fazlası dâhil olmak üzere insan bilişine benzer görevleri gerçekleştiren bilgisayar programlarını içermektedir³⁰.

Yapay zekâ hakkında net, üzerinde anlaşılmuş bir tanım bulunmamaktadır. Zira yapay zekâ gelişen teknoloji sayesinde çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Esasen hukukçuların yapay zekânın ne olduğu ve nasıl çalıştığı hususunda temel düzeyde bilgi sahibi olmaları yeterli görülebilir. Hukukçuların yapay zekâ ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek olan hukuki sorunlar ve ihtilaflar hakkında çözümler üretmesi ve hazırlanacak mevzuat açısından araştırmalarıyla yol gösterici olmaları gerekmektedir.

Yapay zekâyı tanımlamaya kalkmanın teknolojinin ilerlemesine ve yapay zekânın sınırlandırılmasına sebep olacağı dile getirilmektedir³¹. Aksoy, kitabında yapay zekânın tanımlanmasında kapsayıcı olunmasını, böylelikle gelişen teknolojiye hukukun ayak uydurabileceğini ve fakat çok kapsayıcı yapılacak olan tanımlamanın yapay zekâ operatörlerinin sorumluluklarını olağan dışı bir şekilde artıracığını, bunun da yapay zekâ girişimlerine olumsuz etki edeceği görüşündedir³². Bu noktada Aksoy’a katılmaktayız. Zira hukuk, toplumsal gelişmelere engel olmamalıdır. Hukuk doğası gereği toplumsal gelişmeleri geriden takip etmektedir ancak kimi zaman da gelişmelere engel olmaksızın yol

²⁹ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, ‘Yıkıcı Teknolojilerin Bedensel Zararlara Etkileri’ (2020) 8 (15) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 486.

³⁰ Anirudh V. K, ‘What Are the Types of Artificial Intelligence: Narrow, General, and Super AI Explained’(Toolbox, 2019) https://www.toolbox.com/tech/artificial-intelligence/articles/types-of-ai/#_002 Erişim Tarihi: 26 Mart 2022.

³¹ Ecem Aksoy, Yapay Zekânın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri İle İlişkisi (1.Bası, Seçkin 2022) 38-39. Yapay zeka hakkında yapılan çeşitli tanımlamalara ve AB ve ABD özelinde mevzuatta yapılan tanımlar için bkz. Aksoy (n 31) 27-40; Osman Gazi Güçlütürk, ‘Türk Hukukunda Makine Öğrenmesine Dayalı Yapay Zekâda Verinin Hukuka Uygun Şekilde Kullanılması’ (DPhil Thesis Galatasaray Üniversitesi) 29-40.

³² Aksoy (n 31) 15-16.

gösterici, ufuk açıcı, teşvik edici olmalıdır. Yapay zekâyı tanımlamak uğruna teknolojiye olumsuz etki etmeyi, en azından geciktirmeyi kimse istemeyecek olsa gerektir.

Yapay zekâ kavramı şemsiye bir terimdir ve bu yüzden sıklıkla kavram karışıklıkları yaşanabilmektedir³³. Yapay zekânın ne olduğuyla birlikte ne olmadığını da kanımızca üzerinde durulması gerekmektedir. Örneğin robotlar ile yapay zekâ iç içe geçmiş bir halde sürekli olarak birbiriyle karıştırılmakta, biri diğersinin yerine kullanılabilir³⁴. Robotların yapay zekâ ile karıştırılmasının sebebi, yapay zekâyâ sahip robotların bulunmasıdır. Diğer bir deyişle yapay zekâ tarafından kontrol edilen robotların olmasıdır³⁵. Robotlar, biyolojik anlamda canlı olmayan ve fakat fiziksel ve zihinsel faaliyet sergilemek üzere kurgulanmış sistemler olarak tanımlanmaktadır. Robotun yapay zekâdan ayrılan en belirgin yönü fiziksel bir varlığa sahip olmasının zorunlu olmasıdır³⁶. Robotlar bu doğrultuda şu şekilde tanımlanmaktadır³⁷:

“Robot sensörü ile çevresini algılayan, kısmen veya tamamen hareket edebilen, bir güç kaynağı ve zekâsı bulunan, yarı otonom veya tam otonom olarak çalışabilen, yeniden programlanabilen makinedir.”

B. Yapay Zekânın Türleri

Yapay zekânın türleri esasen çeşitli açılardan sınıflandırılabilir. Bu sınıflandırmalara örnek olarak; zayıf yapay zekâ ve güçlü yapay zekâ³⁸; dar yapay zekâ, geniş yapay zekâ ve süper yapay zekâ³⁹; reaktif yapay zekâ, sınırlı hafızaya sahip yapay zekâ, zihin teorisine sahip yapay zekâ ve bilinç sahibi ya-

³³ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, Yapay Zekâ, Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler Hukuki Bir Bakış (1.Bası, Aristo 2019) 52.

³⁴ Uga Pagallo, Çeviren: Ceren Soydan, ‘Vital, Sophia ve Şti. - Robotların Hukuki Kişiliğinin Arayışında’ (2020) 5 (1-3) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4047, 4050.

³⁵ Bernard Marr, ‘What Is The Difference Between AI and Robotics?’ (bernardmarr & co) <https://bernardmarr.com/what-is-the-difference-between-ai-and-robotics/> Erişim Tarihi: 26 Mart 2022

³⁶ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, Robot Hukuku (2017) 7 (29) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 86; Ekici (n 24) 188; Say (n 23) 120.

³⁷ Bozkurt Yüksek (n 36) 485.

³⁸ Zayıf yapay zekâ, tamamen tepkisel hareket eden ve sınırlı hafıza kapasitesine sahip olan yapay zekâ; güçlü yapay zekâ da bilince sahip olan yapay zekâ ve zihin kuramı olarak ikiye ayrılmaktadır. Bozkurt Yüksel (n 33) 53-54.

³⁹ Eban Ascott, ‘What are the 3 types of AI? A guide to narrow, general, and super artificial intelligence’ (codebots, 2017) <https://codebots.com/artificial-intelligence/the-3-types-of-ai-is-the-third-even-possible> Erişim Tarihi: 26 Mart 2022. Kimi yazarlar tarafında süper yapay zekâ, geniş yapay zekânın içerisinde değerlendirilmektedir. Aksoy (n 31) 28.



pay zekâ⁴⁰ gibi. Avrupa Birliği de yapay zekâyı barındırdığı riski temel olarak sınıflandırmayı önermiştir; minimum risk, sınırlı risk, yüksek risk ve kabul edilemez risk⁴¹.

Biz çalışmamızda yapay zekânın işlevlerine göre yapılan sınıflandırma türünü esas alacağız; destekleyici yapay zekâ, tamamlayıcı yapay zekâ ve otonom yapay zekâ⁴². Zira bu tarz bir sınıflandırmanın konumuzun anlaşılması bakımından daha elverişli olduğunu düşünüyoruz.

1. Destekleyici Yapay Zekâ

Destekleyici yapay zekâ adından da anlaşılacağı üzere, belirli başlı görevleri yapabilen, bağımsız karar alma şeklinde olmayıp, sadece destekleyici mahiyette hareket eden bir yapay zekâ türüdür⁴³. Yapay zekânın en temel seviyesi olan destekleyici yapay zekâ, sıradan işlevleri yerine getirerek, insanların daha derin görevleri yerine getirmesi için imkân tanımaktadır. Dikkat edileceği üzere bu türdeki yapay zekâ, kendi başına karar alıp hareket edememektedir⁴⁴.

2. Tamamlayıcı Yapay Zekâ

Tamamlayıcı yapay zekâ, destekleyici yapay zekânın aksine karar verme yetkisini insanlarla paylaşabilmektedir. Diğer bir deyişle destekleyici ve tamamlayıcı yapay zekâ arasındaki temel fark, tamamlayıcı yapay zekânın, yalnızca kalıpları belirlemek ve önceden belirlenmiş çözümleri uygulamak yerine yeni çözümler önermek için mevcut verileri ve bilgileri birleştirebilmesidir⁴⁵. Tamamlayıcı yapay zekâyâ örnek olarak, IBM tarafından üretilen Ross gösterilebilir⁴⁶. Ross, kendisine yöneltilen sorulara araştırma yapıp cevap

⁴⁰ Detaylı bilgi için bkz. Arend Hitze, 'Understanding the four types of AI, from reactive robots to self-aware beings' (The Conversation,2016) <https://theconversation.com/understanding-the-four-types-of-ai-from-reactive-robots-to-self-aware-beings-67616> Erişim Tarihi: 27 Mart 2022); Preethi (n 23) 2-4.

⁴¹ Detaylı bilgi için bkz. European Commission, 'New rules for Artificial Intelligence – Questions and Answers' (European Commission,2021) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_21_1683 Erişim Tarihi: 26 Mart 2022.

⁴² Zeynep Dönmez Canseven, Yapay Zekânın Anonim Şirketin Yönetim Kurulunda Yer Almasının Hukuki Sorumluluğa Etkisi (1.Bası, Oniki Levha 2021) 29-31.

⁴³ Derek Rice, 'Assisted Intelligence vs. Augmented Intelligence and Autonomous Intelligence' (Fedtech, 2020) <https://fedtechmagazine.com/article/2020/01/assisted-intelligence-vs-augmented-intelligence-and-autonomous-intelligence-perfcon> Erişim Tarihi: 27 Mart 2022.

⁴⁴ Destekleyici yapay zekânın çeşitli tanımları için bkz. Kathleen Walch, 'Is There A Difference Between Assisted Intelligence vs. Augmented Intelligence?' (Forbes, 2020) <https://www.forbes.com/sites/cognitiveworld/2020/01/12/is-there-a-difference-between-assisted-intelligence-vs-augmented-intelligence/?sh=737fc5ac26ab> Erişim Tarihi: 27 Mart 2022.

⁴⁵ Walch (n 44)

⁴⁶ Dönmez Canseven (n 42) 30.

verebilmekte, soruyla alakalı hukuki görüş belirtebilmektedir⁴⁷. Her ne kadar tamamlayıcı yapay zekâ kendi başına karar alabilse de bu karar alma yeteneği kısıtlıdır ve insan faktörünün devrede olması gerekmektedir.

3. Otonom Yapay Zekâ

Otonom yapay zekâ, bağımsız olarak karar alabilen ve karar aşamasında insana ihtiyaç duymayan yapay zekâ türüdür. Yapay zekânın en gelişmiş biçimidir⁴⁸. Görüleceği üzere otonom yapay zekâ, yukarıda bahsettiğimiz yapay zekâ türlerinden karar verme aşamasında ve yetkisinde insana ihtiyaç duymaması yönüyle ayrılmaktadır. Günümüzde otonom yapay zekânın en belirgin örnekleri Tesla, Uber gibi sürücüsüz gidebilen arabalarda kullanılan yapay zeka niteliğindeki yazılımlardır⁴⁹. Kendi kendine karar alabilmesi ve karar alma aşamasında insana ihtiyaç duymaması sebebiyle biz çalışmamızda otonom yapay zekânın yönetim kuruluna üyeliğini değerlendireceğiz.

III. YAPAY ZEKÂNIN YÖNETİM KURULUNA ÜYELİĞİ

Yukarıda değindiğimiz üzere, Türk hukukunda anonim şirketlerin yönetim kuruluna üye olabilmek için gerçek veya tüzel kişi olmak gerekmektedir. Diğer bir deyişle kanun koyucu yönetim kurulu üyeliği için tüzel⁵⁰ veya gerçek kişi⁵¹ olma şartını aramaktadır. Türk hukukunun yanı sıra karşılaştırmalı hukukta da bazı ülkeler gerçek veya tüzel kişilerin yönetim kuruluna üye olmasını kabul ederken, bazı ülkeler sadece gerçek kişiyi yönetim kurulu üyesi kabul etmektedir⁵². Sadece gerçek kişileri yönetim kuruluna kabul eden ülkelere örnek olarak; İngiltere, Avustralya, Almanya, İtalya ve İsviçre gösterilebilir. Buradan hareketle Türk hukukunun birçok ülkenin ticaret kanunundan daha modern bir düzenleme içerdiği dile getirilmektedir⁵³. Yapay zekânın hukuki statüsü, yö-

⁴⁷ Stacy Liberatore, 'Your AI lawyer will see you now: IBM's ROSS becomes world's first artificially intelligent attorney' (Mail Online, 2016) <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-3589795/Your-AI-lawyer-IBM-s-ROSS-world-s-artificially-intelligent-attorney.html> Erişim Tarihi:27 Mart 2022.

⁴⁸ Rice (n 43).

⁴⁹ Martin Petrin, 'Corporate Management In The Age Of Ai' (2019) 3 UCL Working Paper Series, 16.

⁵⁰ Tüzel kişilerde ne zaman kişiliğin kazanılacağı konusunda değişik sistemler öngörülebilir. Bu sistemler; izin, normatif, tescil ve serbest kuruluş sistemidir. Sistemler hakkında bilgi için bkz. Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*. (8. Bası, Seçkin 2016) 205.

⁵¹ Gerçek kişiler açısından kişiliğin kazanılmasının birinci şartı sağ olarak doğmak, ikinci şartı ise tam olarak doğmaktır. Ayan ve Ayan (n 50) 43.

⁵² Florein Mölslein, Çev. Sevda Bora Çınar, *Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zeka ve Şirketler Hukuku* (2020) 79 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 717.

⁵³ Meltem Karatepe Kaya, *Yapay Zekânın Şirket Yönetimine Olası Katkılarının Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün*



netim kuruluna üyeliği değerlendirilirken ele alınması gereken başlıca konulardan biridir. Kanunun mevcut haliyle hukuken kişiliğinin bulunduğu kabul edilmeyen yapay zekâ, şirket yönetimine giremeyecektir. Bir başka yol olarak ise kanunlarda değişikliğe giderek yönetim kuruluna üye olmak için aranan şartları, yapay zekânın kurula üye olabilmesine elverişli olarak değiştirmemiz gerekecektir⁵⁴. Biz bu başlık altında yapay zekânın hukuki statüsüne ilişkin görüşleri özetledikten sonra her görüş bakımından ayrı bir değerlendirme ve öneri sunmaya çalışacağız.

A. Yapay Zekânın Hukuki Statüsü

Yapay zekânın hukuki statüsünün belirlenmesi, anonim şirket yönetim kuruluna üye olup olamaması ve üyelikten kaynaklı sorumluluğunun değerlendirilmesi için büyük önem arz etmektedir. Doktrinde yapay zekânın sorumluluğuna gidilebilmesi için hukuki statüsünün belirlenmesine ve neticede bu kadar tartışma yapılmasına gerek olmadığı yönünde görüşler mevcuttur⁵⁵. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira yapay zekâdan kaynaklanan haksız fiil veya hukuki işlem sebebiyle, üreticiye, yazılımcıya, mal sahibine yahut yapay zekânın kendisinin sorumluluğuna gidilebilmesi için hukuki statüsünün belirlenmesi şarttır. Örneğin yapay zekâ eşya olarak kabul edilirse, eşya sahibine veya eşyada bulunan ayıptan kaynaklı olarak yazılımcıya, üreticiye gidebilecektir. Yine örneğin yapay zekâyı Roma hukukundaki köle kabul ettiğimiz durumda ise kural olarak, sadece efendinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Ancak günümüzde kölelik müessesesi kalmamıştır. Bu hususta kabul edilecek görüşe göre hukuki dayanaklar değişmekte, uygulanacak kanun maddeleri farklılık göstermektedir. Bu sebeple yapay zekânın hukuki statüsünün belirlenmesi gerekmekte olup, sorumluluk kuralları da işbu belirlemeye göre şekillenecektir.

1. Yapay Zekânın Eşya Statüsünde Olduğuna İlişkin Görüşün Kabulü

Yapay zekânın bilinç sahibi olmaması, varlığının farkında olmaması sebebiyle kişi olarak kabul edilemeyeceğini, bu sebeple eşya olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶. Bu görüşe göre yapay zekâdan kaynakla-

Belirlenmesinde Şirketler Hukukundan Çıkarılabilecek Dersler (2021) 25 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 78-80.

⁵⁴ Harun Eryiğit, 'Güncel Tartışmalar Işığında Yapay Zekâ ve A.Ş. Yönetim Kurullarının Yeniden Şekillendirilmesi' in Şerafettin Ekici, Ekrem Solak ve Muhammed Emre Avşar (eds), Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı (Adalet 2021) 106.

⁵⁵ Aksoy (n 31) 102; Çağlar Ersoy, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk (4.Bası, Onikilevha 2019) 86; Thomas Pérennou, 'State Of The Art On Legal Issues' (Ethica, 2014) 10, <https://ethicaa.greyc.fr/media/files/ethicaa.delivrable.1.pdf> Erişim Tarihi: 28 Mart 2022.

⁵⁶ Dönmez Canseven (n 42) 32; Filipe Maia Alexandre, 'The Legal Status of Artificially

nacak olan sorunların kişilik atfedilmesiyle çözülmesinin zorunlu olmadığı, sınırlı etkilerle pekâlâ çözülebileceği dile getirilmektedir⁵⁷. Kanaatimizce bu görüş eleştiriye açıktır. Zira gelişen teknoloji ve otonom seviyeleri sayesinde günden güne yapay zekâda değişimler yaşanmaktadır. Ne zaman olacağı belirsiz olsa da süper yapay zekânın bir gün mutlaka geleceği düşünülmektedir⁵⁸. Hal böyleyken belirli bir otonom seviyeye sahip, kendi başına kararlar alabilen varlıklara eşya nazarıyla bakmak kanaatimizce doğru değildir⁵⁹.

Yapay zekâyı eşya statüsünde kabul ettiğimizi düşündüğümüzde, şirket yönetim kuruluna üye olabilmesi için Türk Ticaret Kanunu'nda değişikliğe giderek yönetim kurulu üyeliği için gerçek ve tüzel kişiler yanında yapay zekânın da özel olarak kanun maddesine eklenmesi gerekecektir. Diğer bir deyişle yapay zekâyı yönetim kuruluna üye yapabilmek için, kanuna açık bir şekilde yapay zekânın üye olabileceğini yazmamız gerekecektir.

2. Yapay Zekânın Köle Statüsünde Olduğuna İlişkin Görüşün Kabulü

Doktrinde yapay zekânın köle statüsünde değerlendirilmesi gerektiğine yönelik görüşler de mevcuttur⁶⁰. Bu görüşe göre kendi ad ve hesabına hareket edemeyip, sahibinin yetkisine istinaden hareket edebilen, diğer kişilerle ilişkilerde bulunan kölelerin statüsünün, yapay zekâ bakımından da elverişli olacağı düşünülmektedir⁶¹. Köle statüsünün kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir⁶². Zira eski çağlarda kalmış ve ortadan kaldırılması için büyük mücadeleler verilmiş bir kurumun, tekrardan hukuk sistemine eklenmesi uygun olmasa gerektir. Diğer taraftan doktrinde, yapay zekânın köle olarak değerlendirilmesinin ileride insanlık için sıkıntı doğuracağı haklı olarak ifade edilmektedir.

Intelligent Robots: Personhood, Taxation and Control' (Master Thesis, Tilburg University)

⁵⁷ Seda Kara Kılıçarslan, Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar (2019) 4 (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 363, 378; Ersoy (n 55) 85-86.

⁵⁸ Ekici (n 24) 199; Gizem Yılmaz, 'Yapay Zekâ ve Robotların Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluğun Kusursuz Sorumluluk Hükümleri Çerçevesinde İncelenmesi' in Şerafettin Ekici, Ekrem Solak ve Muhammed Emre Avcı (eds) Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı (Adalet 2021) 427; Murat Volkan Dülger, 'Günümüz Yapay Zekâ Teknolojisi ve 'Robot Yargıç/Avukat' Gerçeği: Mesleğimiz Elimizden Gidiyor Mu?' (2021) H Plus Dergisi, 4, 8. Erişim Tarihi: 3 Mayıs 2022.

⁵⁹ Aynı yönde bkz. Başak Bak, Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk (2018) 9 (35) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 217-218; Dönmez Canseven (n 42) 32.

⁶⁰ Aksoy (n 31) 107; Ersoy (n 55) 94-95; Bak (n 59) 218.

⁶¹ Pérennou (n 55); Ayşe Arat, 'Roma Hukuku'nda Kölelerin Haksız Fiil Sorumluluğuna İlişkin Kuralların Yapay Zekâ Bakımından Uygulanması' in Şerafettin Ekici, Ekrem Solak ve Muhammed Emre Avcı (eds) Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı (Adalet 2021) 386-389.

⁶² Aynı yönde bkz. Kara Kılıçarslan (n 57) 378.



Bu görüşe göre insan zekâsına erişen ve dahi geçen süper yapay zekâların, ileride insanlıktan haklarını talep edebileceklerine dikkat çekilmektedir⁶³. Tüm bu olumsuz öngörüler bir kenara, yapay zekânın efendisi kim olacaktır? Süper yapay zekâyâ ulaştığımızda, bu yapay zekânın davranışlarından ve işlemlerinden sorumlu olmak efendi tarafından istenecek midir? Görüleceği üzere köle statüsü tanınması, içerisinde cevaplandırılması gereken zor ve birden fazla soru barındırmaktadır. Şayet köle statüsünü kabul edecek olursak, tam ehliyetli sayılmayan köle yapay zekânın, Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde yönetim kuruluna üye olması mümkün olmayıp, bu durum ancak kanuni düzenlemeler ile mümkün olabilecektir.

3. Yapay Zekânın Elektronik Kişi Statüsünde Olduğuna İlişkin Görüşün Kabulü

Yapay zekâyâ elektronik kişilik verilmesi önerisi resmi olarak ilk defa Avrupa Parlamentosu'nun 27.01.2017 tarihli raporunda dile getirilmiştir⁶⁴. Bu öneriye göre gerçek veya tüzel kişi haricinde mevzuatta bir kişilik türü daha öngörülüp, bu iki türün arasında konuşlandırılacaktır. Avrupa Parlamentosu, ileri seviyedeki otonom robotların bağımsız bir şekilde karar alabildiği veya üçüncü kişilerle doğrudan etkileşime girdiği durumlarda, verdikleri zararlardan sorumlu olabilmesi için elektronik kişilik statüsü verilebileceğini önermiştir⁶⁵. Diğer taraftan EuRobotics çalışma grubu da elektronik kişilik önerisinde bulunmuştur. Bu gruba göre tüm robotlar resmi sicile kaydedilecek, bunlara tahsis edilecek maddi fonlar kurulup, tazminatı gerektirecek durumlara sebebiyet vermeleri halinde ise bu fonlara başvurulabilecektir. Elektronik kişiliğin hangi robot türlerine özgüleneceğinin de açıkça belirtilmesi gerektiğini vurgulamaktadırlar⁶⁶. Öte yandan elektronik kişilik bahsinde belirtilmesi gereken bir diğer önemli düzenleme ise yine Avrupa Parlamentosu'nun hazırladığı, 20 Ekim 2020 tarihli Yapay Zekâ İçin Hukuki Sorumluluk Rejimi (*Civil Liability Regime For Artificial Intelligence*)⁶⁷ dir. Bu öneride yapay zekâda elektronik kişilik tanınması reddedilmiştir. Yapay zekâ sistemlerinin sebep olduğu zararların, şu

⁶³ Ersoy (n 55) 95-96.

⁶⁴ Kara Kılıçarslan (n 57) 380; European Parliament, 'Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics' (Europarl, 2017) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html?redirect Erişim Tarihi: 28 Mart 2022

⁶⁵ European Parliament (n 62). Elektronik kişilik hakkında yapılan eleştiriler ve Türk Hukukundaki durum için bkz. Dönmez Canseven (n 42) 47.

⁶⁶ EuRobotics, 'Exploration Track: Non-Human Agents and Electronic Personhood' in Christophe Leroux ve Roberto Labruto (eds) Suggestion For A Green Paper On Legal Issues In Robotics, https://www.unipv-lawtech.eu/files/euRobotics-legal-issues-in-robotics-DRAFT_6j6ryjyp.pdf 63 Erişim Tarihi: 28 Mart 2022.

⁶⁷ Tam metin için bkz. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.pdf Erişim Tarihi: 04 Nisan 2022.

aşamada sistemle ilişki olan kişilere isnat edilebileceğinden bahisle elektronik kişilik tanınmasına ihtiyaç olmadığı dile getirilmiştir⁶⁸. Esasen burada etik tartışmalar da mevcuttur. Ayrıca yapay zekaya elektronik kişilik verilmesinin yapay zekanın neden olacağı zararların giderilmesi ve sorumluluk bakımından yeterli çözüm olmadığı da karşı görüşler arasında ifade edilmiştir⁶⁹.

Kanaatimizce en olası ve makul yaklaşım elektronik kişilik önerisidir. Zira yapay zekâ özellikle de süper yapay zekâ geldiğinde, inanılmaz bir şekilde insanların önüne geçebilecektir. Süper yapay zekâyı beklemeye kalmadan da günümüzde yapay zekânın gelmiş olduğu aşama göz önüne alınırsa, yapay zekânın hayatımızda giderek artan bir şekilde büyük bir yere sahip olduğu anlaşılacaktır. Yapay zekâyı bir kişilik atfedilmesi kanaatimizce elzemken bu kişiliğin ise doğrudan insan niteliğinde olması doğru olmasa gerektir. Zira özellikle süper yapay zekâyı ulaşıldığında, şu an bize çok uzak gelen düşünceler ve sorunlar ortaya çıkabilecektir. Öte yandan yapay zekânın hukuki statüsünü kanuni özel bir düzenlemeyle elektronik kişi olarak belirlersek, elektronik kişiliğe sahip yapay zekânın, Türk Ticaret Kanunu'nun 359.maddesinde yönetim kuruluna üye olabilmesi için değişikliğe gitmek gerekecek ve diğer maddeleri bu düzenlemeye uyumlu hale getirmek faydalı olacaktır.

4. Yapay Zekânın Tüzel Kişi Statüsünde Olduğuna İlişkin Görüşün Kabulü

Yapay zekânın biyolojik varlık olmaması sebebiyle tüzel kişi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Yapay zekâyı şirketler gibi, bağımsız bir kişi ve mülkiyetin konusu olan eşya arasında özel bir statünün verilmesi gerektiği dile getirilmektedir⁷⁰. Diğer taraftan yapay zekânın tüzel kişiliğinin olmasının gerekmediği Avrupa Birliği'nin AB Yeni Teknolojiler İçin Sorumluluk Hakkında Uzman Grubu'nun değerlendirmesinde dile getirilmiştir⁷¹. Ayrıca yapay zekâyı tüzel kişilik verilmesinin ahlaki olarak gereksiz ve yasal olarak zahmetli olacağını dile getiren görüşler de bulunmaktadır⁷².

⁶⁸ European Parliament, 'Civil Liability Regime For Artificial Inteligence' (Europarl, 2020) 5-6. Erişim Tarihi: 04 Nisan 2022.

⁶⁹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, Yapay Zeka ve Patent Hukuku (1. Bası, Aristo 2020) 51 vd.

⁷⁰ Kara Kılıçarslan (n 57) 379-380; Ayrıca bkz. Horst Eidenmüller, 'Robots' Legal Personality' (Oxford Business Law Blog, 2017) <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/03/robots%E2%80%99-legal-personality> Erişim Tarihi: 29 Mart 2022.

⁷¹ Uzman grubun görüşlerinin değerlendirilmesi hakkında bkz. Aksoy (n 31) 109-111.

⁷² Joanna J. Bryson, Mihailis E. Diamantis ve Thomas D. Grant, 'Of, for, and by the people: the legal lacuna of synthetic persons' (2017) 25 Artif Intell Law 273-291 Erişim Tarihi: 29 Mart 2022.



5. Yapay Zekânın Yapay İnsan Statüsünde Olduğuna İlişkin Görüşün Kabulü

Yapay zekânın kişiliği hakkında dile getirilen görüşlerden biri de EuRobotics tarafından önerilen yapay insan modelidir⁷³. Ancak EuRobotics bu öneriyi getirirken bir yandan da o an için çok belirsiz ve kavramsal aşamada olduğunu belirtmiştir⁷⁴. EuRobotics raporunda, yapay zekânın yapay insan sayılabilmesi için kriterler getirmiştir. Ancak bu kriterlerin ispatının oldukça zor olduğu öne sürülmektedir⁷⁵. Yapay insan görüşü çoğunlukla kabul edilmemektedir⁷⁶.

6. Yapay Zekânın Yapay Vekil Statüsünde Olduğuna İlişkin Görüşün Kabulü

Yapay zekânın insanın yapay vekili olması gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur. Bu görüşe göre yapay zekânın, insanın bir vekili olarak ve vekâlet hukuku bağlamında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Durumun özelliklerine göre vekillikten kaynaklanan sorumluluk kural olarak insana, yapay zekânın yetkisini aşarak hareket etmesi halinde ise yapay zekâ vekile yüklenmelidir⁷⁷. Yapay vekil önerisine çeşitli açılardan eleştiriler ve bu eleştirilere cevaplar da verilmiştir⁷⁸.

IV. YAPAY ZEKÂNIN YÖNETİM KURULUNA ÜYELİKTEN KAYNAKLI SORUMLULUĞUNUN KABULLERE GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ

Yapay zekâ günümüzde şirketlerin yönetim kurulunda bir şekilde, ama az ama çok yer almaktadır. Örnek olarak 2014 yılında ilk defa Deep Knowledge Ventures adlı şirket, yönetim kurulunda Vital (*Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences*) adlı bir yapay zekâ yazılımını üye olarak atamıştır⁷⁹. Ancak Hong Kong şirketler hukuku yasalarına göre, gerçek kişi dışındakilerin şirketlerin yönetim kuruluna atanması mümkün değildir⁸⁰. Bununla beraber aynı kurulda yer alan diğer yöneticilere göre de Vital'e gözlemci statüsüne sahip yönetim kurulu üyesi olarak davranılmıştır⁸¹. Her ne kadar Vital'e gözlemci

⁷³ EuRobotics (n 66) 62.

⁷⁴ Ersoy (n 55) 92.

⁷⁵ Büşra Kaynak Balta, Eser Kavramı ve Yapay Zekâ Ürünleri (1.Bası, Seçkin 2021) 84.

⁷⁶ Aksoy (n 31) 107; Ayrıca bkz. Karolina Ziemianin, 'Civil legal personality of artificial intelligence. Future or utopia?' (2021) 10 (2) Internet Policy Review Erişim Tarihi: 29 Mart 2022.

⁷⁷ Pérennou (n 55) 12; Ayrıca bkz. Kaynak Balta (n 75) 84-85; Ersoy (n 55) 92-93.

⁷⁸ Kaynak Balta (n 75) 84-85; Ersoy (n 55) 92-93.

⁷⁹ Petrin (n 49) 2; Möslin (n 52) 699, 702; Pagallo (n 34) 4051.

⁸⁰ Möslin (n 52) 702.

⁸¹ Nicky Burrige, 'Artificial Intelligence Gets A Seat In The Boardroom.' (Nikkei Asia,

olarak yaklaşılsa da şirketler hukukunda bir ilk olması sebebiyle, dünyanın ilk yapay zekâ yöneticisi olarak değerlendirilmektedir⁸². Bu meyanda vereceğimiz örnekler arasında biri ise Fin Tieto adlı şirketin, bir yapay zekâ uzman sistemi olan *Alicia T*'yi yönetici ekibinin bir üyesi olarak atamasıdır⁸³. Örneklerden görüleceği üzere hayatımızın her alanını bir şekilde etkileyen yapay zekâ, yeni olarak nitelendirilemeyecek bir süredir şirketlerin yönetim kurullarında da aktör olarak boy göstermektedir.

Yapay zekâ yönetim kurulunda hangi görevleri üstlenebilecektir? Yapay zekâyâ şirket yönetim kurullarında ihtiyaç var mıdır? Yapay zekânın yönetim kurullarına üyeliğinden kaynaklı sorumluluğunun değerlendirmelerine geçmeden önce, bu sorulara cevap teşkil edecek yanıtlar vermemiz faydalı olacaktır. İlk olarak doktrinde yapay zekânın üstleneceği görevler, idari ve idari olmayan görevler olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. İdari görevler, kısaca muhakeme ve analitik düşünce gerektirmeyen, örnek olarak toplantı tutanaklarının tutulması, rapor hazırlanması gibi görevlerdir. Yönetim kurulunun idari işlerinin yapay zekâ tarafından tamamen üstlenileceği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. İdari olmayan işlerde, diğer bir deyişle muhakeme, strateji, inovasyon gibi kurumsal liderlik görevlerini içeren çalışmalarda⁸⁴, yapay zekânın rolü konusunda ihtilaf bulunmaktadır⁸⁵. Kanaatimizce ilerleyen teknolojik gelişmeler sayesinde yapay zekâ, yakın veya bir nebze uzak gelecekte tamamen şirketlerin yönetim kurulunda görev yapabilecek, yargısal işlerde de özerk bir şekilde kararlar alabilen yapay zekânın varlığı yaygınlık kazanacaktır. İşbu çalışmayı gerçekleştirmemiz de bu fikrin yansımasıdır. Şunu da ifade etmeliyiz ki yapay zekâ, hali hazırda finans alanı başta olmak üzere çeşitli sektörlerde yönetim kurulu kararlarını desteklemek için kullanılmaktadır⁸⁶.

Yapay zekâyâ şirket yönetim kurullarında ihtiyaç var mıdır sorusunun cevabına gelecek olursak, cevabımız kesinlikle ihtiyaç vardır olacaktır. Pek tabidir ki yapay zekâ olmaksızın, şirketler geçmişte olduğu gibi gelecekte de insan

2017) <https://asia.nikkei.com/Business/Companies/Artificial-intelligence-gets-a-seat-in-the-boardroom> Erişim Tarihi: 30 Mart 2022; Karatepe Kaya (n 53) 77; Möslein (n 52) 702.

⁸² Karatepe Kaya (n 53) 77.

⁸³ Pagallo (n 34) 4051.

⁸⁴ Vegard Kolbjørnsrud, Richard Amico ve Robert J. Thomas, 'The promise of artificial intelligence: Redefining management in the workforce of the future' (Researchgate, 2016) 12 <https://www.researchgate.net/publication/306039533> Erişim Tarihi: 31 Mar 2022

⁸⁵ Petrin (n 49) 7; Tartışmalar ve öne sürülen olumsuz yargılara cevaplar için bkz. Dönmez Canseven (n 42) 81-86.

⁸⁶ Muzaffer Eroğlu ve Meltem Karatepe Kaya, 'Impact of Artificial Intelligence on Corporate Board Diversity Policies and Regulations' (2022) European Business Organization Law Review, 4 Erişim Tarihi: 16.06.2022. Yapay zekânın şirketlerin yönetim kuruluna girmeleri sebebiyle yaşanabilecek olumsuzluklar için bkz. Möslein (n 52) 701-703.



yöneticilerle faaliyetlerini yürütebileceklerdir. Ancak bizim burada ihtiyaçtan kastımız, diğer büyük ve yenilikçi şirketlerle rekabette yapay zekânın başat rol oynaması sebebiyle gerek duymadır⁸⁷. İlk olarak idari görevleri yapay zekâ, insanlara nazaran hızlı ve verimli şekilde az maliyetle yerine getirebilecektir⁸⁸. Aynı zamanda yapay zekâ, geçmiş verileri analiz ederek güçlü tahminlerde bulunabilecek, insan yöneticilerde görülen enerji kaybını yaşamayacak, aynı anda çoklu görevler yerine getirebilecek ve insan yargısını iyileştirebilecektir⁸⁹. Ayrıca kendi çıkarlarını değil, sadece şirket çıkarlarını düşünen şekilde tasarlanan yapay zekâ, şirket yönetim kurulunda bulunarak diğer insan yöneticileri gözlem altında tutabilecektir⁹⁰. Bununla beraber özgün düşünme ve yenileşme insana özgü nitelikler olduğu için, bu özelliklere sahip yapay zekânın var olup olamayacağı tartışılmaktadır⁹¹. Diğer taraftan yöneticilerin hukuka uygun hareket edeceği garanti olmadığı gibi yapay zekânın da yönetimde hukuka uygun hareket etmesinin garantisi yoktur. Bu sebeple doktrinde kısmen veya tamamen yapay zekâ tarafından idare edilen yönetim kurullarının, sürekli izlenmesi ve denetlenmesi zorunluluğu doğacağı dile getirilmektedir⁹². Doktrinde ayrıca otonom yapay zekâyı, anonim şirket yönetim kuruluna üye seçmeden önce, yönetim yetkilerinin bir kısmının veya tamamının devredilebileceği öngörülmektedir. Bu görüşe göre yönetim yetkisinin kişiliğe sahip otonom yapay zekâyı devredilmesi, yönetim kuruluna üyelikten önce atılması gereken bir adımdır⁹³.

Kanaatimizce yapay zekânın şirketlerin yönetim kurulunda olmaları sebebiyle yaşanacak olumsuzluklar bir yana, faydaları yadsınamaz derecede olabilecektir. Zira insan başlı başına kendine has ve devinim içinde bir varlıktır. Örneğin evinde eşiyile tartışan birinin, bu ruh halinde yönetim kuruluna gelip sağlıklı kararlar alabilmesi zor olsa gerektir. İlla ki bir kavga, tartışma olması da gerekmemektedir. İnsanlar bazen sebep olmadan yaşam enerjileri düşük, üz-

⁸⁷ Aynı doğrultuda bkz. Dönmez Canseven (n 42) 76.

⁸⁸ Kolbjørnsrud, Amico ve Thomas (n 81); Dönmez Canseven (n 42) 81; Tony Featherstone, 'Governance In The New Machine Age' (Aicd, 2017) <https://aicd.companydirectors.com.au/advocacy/governance-leadership-centre/governance-driving-performance/governance-in-the-new-machine-age> Erişim Tarihi: 1 Nisan 2022.

⁸⁹ Nermin Kişi, 'Yapay Zeka Çağında Değişen Liderlik Anlayışı' in Valeri Modebadze (ed) SADAB 8th International Online Conference on Social Researches and Behavioral Sciences (2021) 26.

⁹⁰ Karatepe Kaya (n 53) 92.

⁹¹ IBM, 'The quest for AI creativity' (Ibm) <https://www.ibm.com/watson/advantage-reports/future-of-artificial-intelligence/ai-creativity.html> Erişim Tarihi: 01 Nisan 2022; Ayrıca bkz. Möslin (n 52) 716.

⁹² Petrin (n 49) 988; Möslin (n 52) 713; Eryiğit (n 54) 117.

⁹³ Dönmez Canseven (n 42) 108.

gün ve sınırlı olabilmektedir. Aynı şekilde insanoğlu, kin duygusuna rahatlıkla kapılabilen, kıskançlık gösterebilen, çekememezlik yapabilen bir yapıdadır. Tüm bu duygulardan ve ruh hallerinden arı olarak tasarlanan yapay zekâ, kanaatimizce bu sayılan dezavantajları barındırmayacağı için bu bakımdan insan yöneticiye nazaran, yönetim kurulu üyeliğine daha elverişli görünmektedir⁹⁴. Öte yandan yapay zekanın faydalarının yanı sıra riskleri de bulunmaktadır. Yapay zekanın riskleri siber güvenlik, verilerin manipüle edilmesi, ayrımcılık, şeffaf ve açıklanabilir olmamak şeklinde sıralanabilir. Yönetim kuruluna yapay zekâyı entegre etmek isteyen şirketler, bu riskleri göz önüne almalı, risk değerlendirmesi yapmalı ve çözüm önerilerini geliştirmelidir.⁹⁵

Öte yandan ifade etmemiz gerekir ki anonim şirketlerde yönetim kurulu-na üye seçilmesinden doğan sorumluluğu değerlendirdiğimiz yapay zekâ türü, destekleyici veya tamamlayıcı işleve sahip yapay zekâ değildir. Değerlendirmemizde esas aldığımız yapay zeka türü, normal bir insan yönetici gibi kendi başına kararlar alabilen, kararlara katılıp muhalefet edebilen, öneri, tavsiye, telkinde bulunabilen otonom yapay zekâdır. Diğer bir sınıflandırma türüyle ifade edecek olursak, kişisel farkındalık sahibi veya ileriki aşamada süper yapay zekâdır. Ayrıca yukarıda gördüğümüz üzere yönetim kurulu üyelerinin üyelikten kaynaklı sorumluluklarının değerlendirilmesi yapılırken şirkete karşı sorumluluk ve alacaklılar, pay sahiplerine karşı sorumluluk olmak üzere, ikili bir ayrıma gidilmektedir. Şirkete karşı üyenin hukuki sorumluluğuna, sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre ve mevcutsa haksız fiil hükümlerine göre gidilmektedir. Şirket alacaklıları ve pay sahipleri ise sadece haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilmektedir. Yapay zekânın şirket yönetim kuruluna üyeliğinden kaynaklı sorumluluğunun ihtimallere göre değerlendirmelerimizde biz de bu ayrımı dikkate alacağız⁹⁶.

A. Yapay Zekânın Hukuken Kişi Olarak Değerlendirilmediği Kabullerde Üyelikten Doğan Hukuki Sorumluluk

Yapay zekânın hukuken kişi statüsünde kabul edilmeyip şirket yönetim kuruluna girdiğinde, şirkete, alacaklılara veya pay sahiplerine karşı üyelikten kaynaklı sorumluluğu yapay zekânın kendisinde ortaya çıkmayacaktır. Diğer taraftan yapay zekânın şirkete karşı sorumluluğu bulunmamaktadır, çünkü şir-

⁹⁴ İnsan yöneticilere nazaran yapay zeka yöneticinin avantajları için bkz. Eroğlu ve Karatepe Kaya (n 86) 3; 'İnsanların doğasındaki eksiklikler ile yapay zekânın eksikliklerden arı olduğu yönünde bkz. Dülger (n 58) 6-7.

⁹⁵ Yapay zekanın sahip olduğu riskler ve bu risklere karşı öne sürülen çözüm önerileri hakkında detaylı bilgi için bkz. Hilmi Yüksel, İşletmelerde Endüstri 4.0 Risklerinin Yönetimi (1.Bası, Nobel 2021) 37-107.

⁹⁶ Şirket yönetim kuruluna atanan yapay zekânın, cinsiyet çeşitliliği açısından etkisi için bkz. Eroğlu ve Karatepe Kaya (n 86) 1-32.



ketle arasında sözleşmesel bir ilişki mevcut değildir. Sözleşmenin tarafı olmak için öncelikle kişi olmak gerekmektedir⁹⁷. Kusur sorumluluğunu yalnızca kişiler bakımından mümkün olduğuna göre, yapay zekânın haksız fiil sorumluluğundan da bu kabulde bahsedilemeyecektir⁹⁸.

Yapay zekâ bu kabullerde hukuken kişi olarak değerlendirilmediği için şirkete üyelikten kaynaklı sorumlu kim olacaktır? Bu soruya ilk olarak yapay zekânın eşya olduğu kabulüne göre değerlendirelim. Yapay zekâ eşya olarak kabul edildiğinde üyelikten doğan sorumluluğu, eşyanın maliki üzerinde gerçekleştirecektir. Pekiyi bu kabulde eşyanın maliki kim olacaktır? Bu sorunun en akla yatkın cevabı yapay zekâyâ şirketin sahip olmasıdır. Zira şirket, kendi yönetim kurulunda üye olması için yapay zekâ satın alabilir. Ancak bu durumda üyelikten kaynaklanan sorumluluk için şirketin kendisinin dava açtığını düşündüğümüzde, yapay zekaya malik olan yine şirket olduğu için bir nevi kendi kendinden dava yoluyla şirket talepte bulunacak, çözümü güç bir durum ortaya çıkacaktır. İlk bakışta böyle bir sonuç ortaya çıkıyor gibi görünse de şirket kendi zararı için sözleşmeye aykırılıktan dolayı satıcıya gidebilecektir. Zarar görenin şirket değil de pay sahipleri veya alacaklılar olduğu durumda ise, bu kişiler yapay zekâ sebebiyle şirkete karşı talepte bulunabileceklerdir. Şirket yine bu talep dolayısıyla ödemek zorunda kaldığı miktarı, sözleşme hükümleri çerçevesinde satıcıya rücu edebilecektir. Diğer taraftan her iki durumda da şirket, yapay zekânın üreticisine 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁹⁹(TKHK) kapsamında, karşılamış olduğu tazminatı rücu edebilecek midir? Bu sorunun cevabı ise hayır olacaktır. Zira TKHK kapsamında üreticinin sorumluluğuna gidebilmek için tüketici olmak gerekmektedir. TKHK kapsamında tüketici, “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır. Şirketlerin TKHK kapsamında tüketici olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ise tartışmalıdır¹⁰⁰. Diğer taraftan şirketlerin TKHK kapsamında tüketici olarak kabul edildiği görüşe göre, yapay zekâyı yönetim kuruluna dâhil eden şirketin yapay zekâli sistemi satın almasının tüketici işlemi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ise kaanatomizce ayrı bir tartışma konusu olacaktır¹⁰¹.

⁹⁷ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2 (13.Bası, Vedat 2017) 80.

⁹⁸ Onur Sarı, ‘Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk’ (2020) 147 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 251, 258.

⁹⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 7.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

¹⁰⁰ Sezer Çabri, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (1.Bası, Adalet 2016) 59-64. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. İpek Yücer Aktürk, ‘Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı’ (2016) 20 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103-128.

¹⁰¹ Yapay zekâ sistemlerinin sebep olduğu zararlardan dolayı üreticinin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği noktasında detaylı bir inceleme için bkz. Sarı (n 98) 275- 294.

Yukarıdaki soruya ikinci olarak yapay zekânın köle olduğu kabule göre cevap verecek olursak, bu sorumluluk kölenin efendisinde doğacaktır. Bu durumda köle olarak kabul edilen yapay zekânın efendisi şirket olacaktır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, şirket kendisinin uğradığı zarardan dolayı kendi sorumluluğuna gidemeyecektir. Bunun yerine köle olarak kabul edilen yapay zekânın satın alındığı satıcıya gidilebilir. Pay sahipleri veya alacaklılar ise efendi şirkete karşı, bu zararlarının giderilmesi için peculium yoluyla talepte bulunabilirler.¹⁰² Peculium Roma hukukunda kölenin yaptığı borç doğuran işlemlerden, efendisinin sorumlu tutulmasına imkân vermiş bir müessesedir¹⁰³. Peculium müessesinde hukuken efendiye ait olan, fiilen kölenin kullandığı malvarlığı ve ayrıca efendinin belirli bir işi gördürmek için verdiği sermaye bulunmaktaydı. Doktrinde Arat, yapay zekânın efendisi tarafından oluşturulan ve teminat altına alınan miktara ilişkin olarak efendiye gidilmesini, bu miktarı aşan kısım için ise sigorta yaptırılmasını önermektedir¹⁰⁴.

Burada değinilmesi gereken bir diğer konu ise Avrupa Parlamentosu'nun 20.10.2020 tarihli Yapay Zekâ İçin Hukuki Sorumluluk Rejimi(*Civil Liability Regime for Artificial Intelligence*)¹⁰⁵ çerçevesinde sorumluluğunun kimde olacağını belirlenmesidir. Bu rejime göre yapay zekâyâ kişilik verilmesi, yapay zekânın sebep olduğu zararlardan dolayı sorumluluğun, sistemi kurgulayan ve oluşturan kişilere yüklenebileceği için reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁶. Teklife göre sözleşmeden doğan sorumluluk veya diğer tüm sorumluluk halleri saklı kalmak üzere, yapay zekânın sebep olduğu zararlardan dolayı işleyenler sorumlu tutulacaktır. İşleten terimi ön uç işleten ve arka uç işleten olarak ikiye ayrılarak değerlendirilmiştir. Ön uç işleten, zarar görenle doğrudan etkileşim içinde bulunan ve yapay zekâdan yarar sağlayan kişiyi; arka uç işleten ise ön uç işletene arka planda destek veren, veri sağlayan kişiyi ifade etmektedir. Parlamento'nun önerisine göre yapay zekânın sebep olduğu zararlardan dolayı ön uç işleten ve arka uç işleten müteselsilen sorumlu olacaktır¹⁰⁷. Parlamento'nun verdiği bu öneriyi yapay zekânın şirket yönetim kuruluna üye olması

¹⁰² Arat (n 61) 389.

¹⁰³ Özcan Karadeniz, 'Roma Hukukunda Peculium' Müessesesi' (1968) 25 (3-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 179, 180.

¹⁰⁴ Arat (n 61) 389; Eşyanın veya kölenin sahibine sorumluluk bakımından gidilebilmesi konusunda aynı yönde bkz. Yılmaz (n 58) 436.

¹⁰⁵ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654178/EPRS_STU\(2020\)654178_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654178/EPRS_STU(2020)654178_EN.pdf) Erişim Tarihi: 15 Nisan 2022.

¹⁰⁶ Paragraf 7. Ş. Barış Özçelik, 'Yapay Zekâ Kaynaklı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk: Avrupa Parlamentosu'nun 20.04.2020 tarihli Tüzük Önerisi Çerçevesinde Bir İnceleme' in Şerafettin Ekici, Ekrem Solak ve Muhammed Emre Avşar (eds) Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı (Adalet 2021) 356.

¹⁰⁷ Özçelik (n 106) 361.



haline uyarlayacak olursak, burada ön uç işleten şirket olurken, arka uç işleten ise yapay zekânın çalışmasına katkıda bulunan, teknik arızalar olduğunda destek sağlayan kişi veya kişiler olacaktır. Üyelikten doğan sorumluluk sebebiyle yapay zekânın sebep olduğu zararlar için alacaklılar ve pay sahipleri, şirkete veya destek sağlayan kişilere sorumluluğu yöneltebilecektir. Şirket bir zarara uğradığı durumda ise destek sağlayan kişiye gidebilecektir. Ayrıca Parlamento'nun önerisi kapsamında işletenlerin sorumluluğu düzenlemesi, diğer sorumluluk hallerini dışlamadığı için alternatif çözüm yolları aranabilecektir¹⁰⁸.

Yapay zekânın hukuken kişi statüsünde değerlendirilmediği kabullerde, yönetim kurulu üyeliğinden kaynaklanan hukuki sorumluluğu için birkaç husus daha üzerinde durulması gerekmektedir. Bunlardan kişi statüsünde olmayan yönetim kuruluna üye yapay zekânın sahibinin, özellikle şirket alacaklılarına veya pay sahiplerine karşı hayvan bulunduranın, yapı malikinin ve tehlike sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bu sayılan sorumluluk hallerinden hayvan bulunduranın sorumluluğu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹⁰⁹ (TBK) 67.maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre hayvanın bakımını ve yönetimini geçici veya sürekli olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararlardan sorumlu olacaktır. Buradaki sorumluluk türü kusursuz sorumluluktur. Tüzel kişiler de hayvan bulunduran sıfatı ile sorumlu olabilmektedir. Doktrinde bir görüşe göre yapay zekânın haksız fiilden kaynaklı olarak vermiş olduğu zararlardan dolayı, hayvan bulunduranın sorumluluğuna gidilebileceği dile getirilmektedir¹¹⁰. Ancak doktrindeki baskın görüşe göre ise hayvan bulunduranın sorumluluğunun özel bir sorumluluk hali olduğu, kıyasen tehlike oluşturan başka şeylere uygulanamayacağı ve hayvanın anatomisi ile yapay zekânın anatomisi arasındaki bariz farkın varlığı, yapay zekânın hayvanın çok ilerisinde karmaşık bir yapıya sahip olduğu belirtilerek hayvan bulunduranın sorumluluğu hükümlerinin uygulanamayacağı ileri sürülmektedir¹¹¹. Kanaatimizce de mevcut şartlarda şirket yönetiminde olan yapay zekânın, yönetim kurulu üyeliği sebebiyle gerçekleştirdiği haksız fiillerden dolayı hayvan bulunduranın sorumluluğu kapsamında şirketin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Diğer bir değerlendirilmesi gereken kusursuz sorumluluk hali ise yapı malikinin sorumluluğudur. Yapı malikinin sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre bir binanın veya diğer bir yapı

¹⁰⁸ Avrupa Parlamentosu'nun 20.04.2020 tarihli Tüzük Önerisinin detaylı incelemesi için bkz. Ş.B.Özçelik (n 106) 353-372.

¹⁰⁹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

¹¹⁰ Sinan Sami Akkurt, 'Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk' (2019) 7 (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 39, 50.

¹¹¹ Bak (n 59) 223; Sarı (n 98) 273; Yılmaz (n 58) 439.

eserinin bozukluğundan yahut eksiliğinden doğan zararlardan yapı maliki veya sadece bakımındaki bozukluktan intifa hakkı sahibi sorumlu olacaktır. Ancak bu hüküm çerçevesinde bir sorumluluğa gidilebilmesi için zararın yapı olarak nitelendirilen bir nesneden kaynaklanması gerekir¹¹². Yönetim kuruluna üye olan yapay zekâyı, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları esas alınarak¹¹³, yapı olarak değerlendirmek mümkün değildir¹¹⁴.

Hukuken kişi statüsünde kabul edilmeyen yapay zekânın üyelikten kaynaklı sorumluluğunda, tehlike sorumluluğuna da değinmemiz yerinde olacaktır. Tehlike sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu'nun 71.maddesinde düzenlenmiştir. Tehlike sorumluluğu kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir kusursuz sorumluluk halidir. Bu sorumluluk türünün temelinde bir şeyden menfaat elde edenin onun külfetlerine de katlanması gerektiği yatmaktadır¹¹⁵. Tehlike içeren işletmeyi işleten bir kişi, işletme sebebiyle kazandığı menfaatleri nasıl kazanıyorsa, işletmenin olası risklerini de o ölçüde üstlenmesi gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 71.maddesinin ilk fıkrasına göre “Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur” denmektedir. Görüleceği üzere fıkrada tehlike sorumluluğu için birtakım şartlar aranmıştır. Bu şartlar sırasıyla, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin varlığı ve bu işletmenin faaliyetinden zararın doğmasıdır¹¹⁶. Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeden ne anlaşılması gerektiği konusunda 72. maddenin 2.fıkrasında iki ölçüt düzenlenmiştir. Buna göre işletmenin yürüttüğü faaliyet göz önüne alınca, bir uzmandan beklenen tüm özen gösterilse bile işletmenin sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılabiliyor ya da kullanılan malzemeler, araçlar veya güçler dikkate alındığında uzmandan beklenen tüm önlemler alınsa bile işletme sıkça veya ağır zarar doğurmaya elverişli ise o işletme önemli ölçüde tehlike arz eden işletme kabul edilecektir¹¹⁷. Kanaatimiz-

¹¹² Oğuzman ve Öz (n 97) 177.

¹¹³ Yargıtay 4.Hukuk Dairesi 3.12.1984, 6897/8929; 4.H.D. 28.11.1989, 5345/9157; 4.H.D. 5.10.1988, 5436/8374; 4.H.D. 5.6.1975, 4630,7263. Oğuzman ve Öz (n 97) 174-175(dn: 122-125). Diğer yapı eserlerinden anlaşılması gerekenler; köprüler, yollar, barajlar, setler, elektrik direkleri, tramvay, demiryolu rayları, teleferik tesisatı, tribünler, stadyum ve benzeri, fosseptik çukuru vb. Bkz. Oğuzman ve Öz (n 97) 174-175.

¹¹⁴ Akkurt (n 110) 49; Yılmaz (n 58) 437.

¹¹⁵ Bu fikrin mecellede görünüşü ise 87.maddedir. “Mazarrat Menfaat Mukabelesindedir.” “Zarar yarar karşılığıdır.” *Nimet-külfet dengesini ifade eden hükümlerden biri de bu ilkedir. Bir şeyden yarar elde edenin onun zararına da katlanması adaletin bir gereğidir.*” Aynen naklen Yasin Kurban, Mecelle ve Günümüz Hukuku (2.Bası, Seçkin 2020) 160.

¹¹⁶ Oğuzman ve Öz (n 97) 194-196.

¹¹⁷ Ayça Akkayan Yıldırım, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu’ (2012) 70 (1) İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 203, 210.



ce yapay zekâ bakımından değerlendirme yaparken buradaki her iki ölçütün de tartışılması gerekecektir. İlk ölçüte göre değerlendirme yapacak olursak, yapay zekânın da bir işletme bünyesinde kullanılması ve bu işletmenin önemli ölçüde tehlike arz etmesi halinde 72.madde kapsamında tehlike sorumluluğundan bahsedilebilecektir¹¹⁸. Peki anonim şirketler önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerden sayılabilecek midir? Şirketlerin faaliyetlerinin önemli ölçüde tehlike arz eden nitelikte olduğunu her şirketin somut değerlendirilmesi yapılarak karar verilmesi gerekeceği kanaatindeyiz. Ayrıca yönetim kurulunda yapay zekâyı yer verecek olan şirketin, faaliyet kapsamı içerisinde önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerinin olması muhtemeldir. Diğer taraftan ise kanaatimizce yönetim kurulunda yapay zekâ kullanımı, başlı başına önemli ölçüde tehlike arz etme niteliğinde değerlendirilebilecektir. İkinci ölçütte ise değerlendirilmesi gereken şirket yönetim kurulundaki yapay zekânın malzeme, araç veya güç olarak ele alınıp alınamayacağıdır. Yapay zekânın hukuken kişi olmadığı kabulde bu değerlendirmeler yapılabilir ancak yapay zekâyı kişilik tanınacak olursa böyle bir değerlendirmenin yapılması doğru olmayacaktır. İlk olarak yapay zekânın malzeme veya araç niteliğinde sayılamayacağı açıktır. Peki, yapay zekâ güç olarak değerlendirilebilecek midir? Kanaatimizce güç lafzından ne anlamamız gerektiğine göre cevabımız değişecektir. Zira güç terimiyle kastedilen fiziki varlığı olan ve enerji sağlayan bir kaynak mı yoksa fiziki varlığı olup olmadığına bakılmaksızın gerektiğinde iradi olarak yönlendirme yapabilen sistem olup olmadığıdır. İkinci kabulde yapay zekâ güç olarak değerlendirilebilecektir. Esasen bu tartışma başlı başına farklı bir çalışmaya konu olabilecek niteliktedir.

Kanaatimizce yapay zekânın yönetim kuruluna üyeliği sebebiyle doğan sorumluluğu belirlenirken, özel bir kanuni düzenleme vazedilene kadar, mevcut sorumluluk hükümleri çerçevesinde tehlike sorumluluğu esas alınarak değerlendirme yapılması en uygun çözüm olacaktır¹¹⁹. Zira tehlike sorumluluğu genel bir hükümdür ve önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler bakımından uygulanabilecektir. Aynı zamanda önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler kapsamına çoğu durumda yapay zekânın yönetim kurulu üyesi olarak görev yaptığı şirket de girebilecektir. Bunun sebebi ise yapay zekâyı yönetim kurulunda kullanabilecek durumda olan şirketin, faaliyetinin de büyük olması olasılığıdır. Diğer taraftan yapay zekânın yönetim kurulunda üye olması, başlı başına önemli ölçüde tehlike olarak değerlendirilebileceği ve bunun da mahkeme içtihatlarında rahatlıkla kabul edilebileceği için tehlike sorumluluğu hükümlerinin uygulanması mümkün gözükmektedir. Bu doğrultuda yapay zekâ-

¹¹⁸ Sarı (n 98) 299. “Nükleer tesisler, barajlar, gaz ve yüksek gerilim taşıyan hatlar, patlayıcı fabrikaları ve depoları, demiryolu işletmeleri, maden işletmeleri, elektromanyetik dalga enerjisi yayılımı gerektiren telefon baz istasyonları, sıkça ve/veya ağır zararlar oluşturmaya elverişli işletme faaliyetleri olarak sayılabilir.” Akkayan Yıldırım (n 117) 210 dn.18 naklen.

¹¹⁹ Aynı doğrultuda bkz. Bak (n 59) 223; Sarı (n 98) 299.

nın yönetim kurulunda üyeliğinden doğan sorumluluğu, işletme sahibi olarak şirkete yükletilecektir.

B. Yapay Zekânın Hukuken Kişi Olarak Değerlendirildiği Kabullerde Üyelikten Doğan Hukuki Sorumluluk

Yapay zekânın hukuken kişi statüsünde kabul edilip, şirket yönetim kuruluna girecek olursa, şirkete, alacaklılara veya pay sahiplerine karşı üyelikten doğan sorumluluk yapay zekânın kendisinde ortaya çıkacaktır¹²⁰. Yukarıdaki başlık altında yaptığımız değerlendirmenin aksine, yapay zekâ şirkete karşı sorumlu olacaktır, zira şirketle arasında sözleşmesel bir ilişki mevcuttur. Kusur sorumluluğu yalnızca kişiler bakımından mümkün olduğuna göre, yapay zekânın haksız fiil sorumluluğundan da bu kabulde bahsedilmesi gerekecektir¹²¹. Bu doğrultuda kişi olarak kabul edilen yapay zekânın şirkete, şirket alacaklılarına ve pay sahiplerine karşı haksız fiilden kaynaklı sorumluluğu da bulunmaktadır.

Yapay zekânın yönetim kuruluna üyelikten kaynaklı sorumluluğunda sözleşmeden ve haksız fiilden doğan sorumluluğunu değerlendirmemiz yerinde olacaktır. Esasen bu iki sorumluluk türünü birlikte ele almamızın nedeni, hukuken kişi olarak kabul edilen yapay zekânın bu haller sonucu sorumluluğunun bizzat kendisinde doğacak olmasıdır. Gerçekten de kişi olarak kabul edilen yapay zekâ, şirketin yönetim kuruluna üye olarak başlı başına üyelikten kaynaklı sorumluluğun muhatabı olmaktadır. Normal bir insan gibi yapay zekâ da sorumluluğunu kendi malvarlığı ile üstlenecektir. Malvarlığı olmayan bir yapay zekânın zarardan asıl sorumlu olması ise fayda vermeyecek, zarar görenin aleyhine bir durum teşkil edecektir. Yapay zekânın malvarlığının nelerden oluşacağı, bu malvarlığına nasıl sahip olacağı esasen çalışmamızın konusunu oluşturmamaktadır¹²². Ancak kişilik görüşlerinde dile getirilen malvarlığına ilişkin hususlara kısaca yer vereceğiz.

İlk olarak elektronik kişilik önerisinde yapay zekânın sicile kaydedileceği ve sicilde yapay zekâyâ ait malvarlığının da belirtileceği dile getirilmektedir. Bu durumda yapay zekâ elektronik kişi olarak kabul edildiğinde, yönetim kurulu üyeliğinden doğan sorumluluğu da sicilde kendisine özgülenen malvarlığı değerlerine gidilerek yerine getirilmesi gerektiği dile getirilmektedir¹²³. Ayrıca doktrinde elektronik kişiliğin ön şartı olarak yapay zekânın sicile kaydedilerek malvarlığı özgülenmesini ve tazminat sorumluluğu için zorunlu sigorta ile sigortalı olması önerilmektedir¹²⁴. Bu doğrultuda yapay zekânın tüzel kişi olarak kabul edilmesi halinde de elektronik kişilikte olduğu gibi sorumluluk biçimi

¹²⁰ Dönmez Canseven (n 42) 112.

¹²¹ Sarı (n 98) 258.

¹²² Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmez Canseven (n 42) 113.

¹²³ Kaynak Balta (n 75) 83.

¹²⁴ Ersoy (n 55) 91-92.



benzer olacaktır. Diğer bir deyişle tüzel kişi yapay zekânın üyelikten kaynaklı sorumluluğu, doğrudan asil olarak kendi şahsında doğacak ve malvarlığı ile sorumlu tutulabilecektir. Esasen buradaki ihtimallerde yapay zekânın malvarlığının bu sorumluluğa yetip yetemeyeceği, başlı başına yapay zekânın malvarlığının nasıl olacağı gibi sorular sorulabilecektir. Kanaatimizce elektronik kişilik, tüzel kişilik veya herhangi bir yapay zekâyâ kişilik atfeden kabullerde, yapay zekâdan yararlanmak isteyen şirketten belirli bir miktarda sermaye alınıp, yapay zekânın kişisel malvarlığına aktarılması zorunlu hale getirilebilir. Aktarılan malvarlığını da nemalandırılıp, gelir getirmesi sağlanabilir. Diğer taraftan her ne kadar bu şekilde yapay zekâ malvarlığına sahip olsa da bazı durumlarda sorumluluğu karşılamaya tamamen yetmeyebilir. Zarar gören şirketin, alacaklıların ve pay sahiplerinin durumunu korumak ve kişi olarak kabul edilen yapay zekâdan zararlarını temin etmelerini sağlama için yönetimde yer alacak yapay zekâyı zorunlu olarak sigortalatma şartı getirilmelidir. Sigorta primlerinin ise yapay zekânın kendisi, yönetim kurulunda yer aldığı şirket, yapay zekânın programlayıcısı veya üreticisi tarafından yüzdeler halinde yahut münferiden ödenmesi formülleri oluşturulabilir¹²⁵. Türk Ticaret Kanunu'nun 361. maddesinde¹²⁶ düzenlenen yönetim kurulu üyelerinin mesleki sorumluluk sigortası düzenlemesi bu işlevi görebilecektir¹²⁷.

Bu başlık altında adam çalıştırmanın sorumluluğuna da değinmemiz gerekmektedir¹²⁸. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu'nun 66.maddesinde düzenlenmiş, kusursuz sorumluluk halidir. Adam çalıştırmanın sorumlu-

¹²⁵ Aynı doğrultuda bkz. Dönmez Canseven (n 42) 115.

¹²⁶ 3. Sigorta

Madde 361- (1) Yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin yüzde yirmibeşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket teminat altına alınmışsa, bu husus halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulunun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa borsanın bülteninde duyurulur ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınır.

¹²⁷ Karatepe Kaya (n 53) 83. “ *Ancak şu an mevcut durumda gerçek veya tüzel kişi yöneticileri bile sigortalamaktan kaçınan sigorta şirketlerinin, yapay zekâ yöneticilerin şirkette sebep olabileceği zararların rizikolarını üstlenmeleri oldukça zor gözükmetedir. Dolayısıyla teorik olarak meslek sigortası sorunların çözümü adına bir basamak olsa da pratikte robotların TTK m.361 kapsamında sigortalanarak yönetim kurulu üyesi olmaları oldukça zordur.*” Aynen naklen Karatepe Kaya (n 53) 84. Yazar haklı olarak mevcut durumda bu hükmün uygulanmayacağını dile getirmektedir. Ancak kanun koyucu sigorta şirketlerini teşvik ederek yönetim kurulu üyelerinin ve özellikle yapay zekânın sigortalanmasını sağlayabilecektir. Diğer bir çare ise Bakanlık veya herhangi bir kamu kurumu tarafından sigorta şirketi kurularak, bu sorun kısa süreli de olsa ilk aşamada çözülebilecektir.

¹²⁸ Yapay zekalı robotların adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında genel olarak incelenmesi için bkz. Atakan Adem Selanik, ‘Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Yapay Zekâ Robotun Sorumluluğu ve Sigortalanması Hususunun Değerlendirilmesi’ (2022) 13 (50) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 335-364.

luğuna gidebilmek için işçi-işveren ilişkisi bulunmalıdır ve çalışan kendisine verilen iş esnasında üçüncü kişilere zarar vermelidir. Görüleceği üzere bu sorumluluk halinde çalışma ilişkisi bulunmalı ve çalışan kişi olmalıdır¹²⁹. Ancak şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasında iş akdi değil, tartışmalı olmakla birlikte çoğunluğa göre vekâlet akdi bulunmaktadır. Öte yandan yapay zekânın işçi olamayacağı da dile getirilmektedir¹³⁰. Hal böyle olunca yapay zekânın şirket alacaklıları ve pay sahiplerine yönetim kurulu üyeliği sebebiyle verdiği zararlardan dolayı, adam çalıştıran hükümleri çerçevesinde şirket sorumlu tutulamayacaktır. Şu hususa dikkat çekmeliyiz ki adam çalıştıranın sorumluluğu ile yapay zekânın sorumluluğu birbirine karıştırılmamalıdır. Zira yapay zekâ bu ihtimalde kişi olarak kabul edildiği için kendisinin doğrudan sorumluluğu bulunacaktır¹³¹.

Diğer bir değinilmesi gereken sorumluluk hali ise ev başkanın sorumluluğudur. Ev başkanın sorumluluğu Türk Medeni Kanunu'nun¹³² 369.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre ev başkanı, ev halkından olan kişinin verdiği zarardan dolayı sorumlu olacaktır. Ancak madde metninde ev başkanının sorumlu olduğu kişiler sınırlı sayıda sayılmıştır¹³³. Bundan dolayı yapay zekânın üyelik sebebiyle şirket alacaklılarına veya pay sahiplerine vermiş olduğu zararlardan, ev başkanın sorumluluğu çerçevesinde şirketin sorumlu olması mümkün değildir¹³⁴.

SONUÇ

Teknolojik gelişmeler ve değişen dünya ekseninde, yapay zekâ önemli bir yer almaktadır. Yapay zekânın artan önemi ile beraber, ilk defa 2014 yılında şirket yönetim kuruluna alınması denemesiyle yeni bir dönem açılmıştır. Bu tarihten itibaren yapay zekânın yönetim kuruluna üye olmasının getireceği avantajlar ile ortaya çıkabilecek sorunlar tartışılmakta, çeşitli açılardan değerlendirmelere konu olmaktadır. Biz de çalışmamızda yapay zekânın şirket yönetim kuruluna üyeliğini ve üyelikten doğan sorumluluğunu görüşlere göre değerlendirdik.

Türk ticaret hukukunda şirket yönetim kurullarına gerçek veya tüzel kişiler üye olabilmektedirler. Yapay zekânın ise hukuki kişiliği noktasında dokt-

¹²⁹ Oğuzman ve Öz (n 97) 146.

¹³⁰ Akkurt (n 110) 48-49; Bak (n 59) 223; Sarı (n 98) 271.

¹³¹ Yapay zekalı robotların vermiş olduğu zararlardan dolayı adam çalıştıranın sorumluluğuna gidilmesi gerektiği görüşü için bkz. Selanik (n 128) 356 vd.

¹³² Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi:22.11.2001, RG 8.12.2001/24607

¹³³ Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, Aile Hukuku (11.Bası, Filiz Kitabevi 2016) 379.

¹³⁴ Yapay zekânın sebep olduğu zararlardan dolayı ev başkanının sorumluluğuna gidilemeyeceği noktasında bkz. Akkurt (n 110) 49-50; Sarı (n 98) 274; Yılmaz (n 58) 439.



rinde bir belirlilik ve uzlaşa bulunmamaktadır. Yapay zekâyı hukuken kişi olarak kabul etmeyen görüşler olduğu gibi kişilik atfeden görüşler de bulunmaktadır. Yapay zekanın hukuken kişi olarak kabul edildiği hallerde, yönetim kuruluna üyeliğinde sorumluluk ilk olarak yapay zekanın üzerinde olacaktır. Ancak yapay zekâyı hukuken kabul etmeyen görüşler çerçevesinde bir değerlendirme yapacak olursak, bu durumda Türk Ticaret Kanunu'na özel birtakım düzenlemeler getirilmesi veya Türk Ticaret Kanunu'nda değişikliğe gidilmesi gerekecektir.

Yapay zekâyı hukuken kişi olarak kabul etmediğimiz görüşleri esas alarak üyelikten doğan sorumluluğu değerlendirdiğimizde: şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların uğramış olduğu zararlardan dolayı sorumluluk yapay zekâya malik veya efendi olan taraf, diğer bir deyişle genellikle, şirket üzerinde doğacaktır. Şirket bu zararı tazmin ettikten sonra ise sözleşmeden kaynaklanan haklarını yapay zekâyı kendisine satan satıcıya yöneltebilecek, rücu edebilecektir. Ayrıca şirket tazmin ettiği miktarı, üreticinin sorumluluğu hükümlerine göre yapay zekâyı üreten kişiye, tüketici olmaması sebebiyle rücu edemeyecektir. Öte yandan zarar gören pay sahipleri veya alacaklılar, haksız fiil hükümleri çerçevesinde hayvan bulunduran veya yapı maliki sorumluluk hükümlerine göre şirketten talepte bulunamayacaktır. Kusursuz sorumluluk hallerinden sadece tehlike sorumluluğu kapsamında talepte bulunabilmesi mümkündür. Kanaatimizce kanuni bir düzenleme yapılana kadar, uygulanması gereken en makul sorumluluk rejimi tehlike sorumluluğudur. Avrupa Parlamentosu ise “Yapay Zekâ İçin Hukuki Rejim” önerisinde riske göre bir ayırma gitmiş ve arka uç işleten ve ön uç işleten ayırımı yaparak sorumluluğu düzenlemiştir.¹³⁵ Parlamentonun önerisi çerçevesinde değerlendirme yaparsak, zarar gören pay sahipleri veya alacaklılar, ön uç işleten olarak şirkete, arka uç işleten olarak ise yapay zekânın kullanılmasında destek sağlayan kişi veya kişilere gidebilecektir.

Yapay zekâyı hukuken kişi kabul eden görüşler çerçevesinde sorumluluğu değerlendirdiğimizde üyelikten kaynaklanan sorumluluk, şirketten bağımsız bir kişiliği olan yapay zekâ üzerinde doğacaktır. Alacaklıların ve pay sahiplerinin çıkarlarını korumak amacıyla kişi olarak kabul edilen yapay zekâya, malvarlığı tahsis edilebilecek ve zorunlu olarak yönetim kurulu üyesi sigortası yapılabilecektir. Kanaatimizce kendi yönetim kurulunda yapay zekâyı koltuk vermek isteyen şirketlere, yapay zekânın malvarlığına belirli bir miktar paranın aktarmasını zorunlu kılmak efektif bir çözüm olacaktır. Bu kabulde yapay zekânın yönetim kuruluna üyeliği sebebiyle verdiği zararlardan ise adam çalıştıran veya ev başkanı olarak şirketin sorumluluğuna gidilemeyecektir.

¹³⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, ‘Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zeka Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış’, (2022) 13 (51) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 19-46.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney N, Anonim Şirket Yönetim Kurulu (2.Bası, Vedat 2016)
- Akkayan Yıldırım A, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu’ (2012) 70 (1) İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 203- 220.
- Akkurt S S, ‘Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk’ (2019) 7 (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 13-39.
- Aksoy E, Yapay Zekânın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri İle İlişkisi (1.Bası, Seçkin 2022)
- Alexandre F M, ‘The Legal Status of Artificially Intelligent Robots: Personhood, Taxation and Control’ (Master Thesis, Tilburg University)
- Arat A, ‘Roma Hukuku’nda Kölelerin Haksız Fiil Sorumluluğuna İlişkin Kuralların Yapay Zekâ Bakımından Uygulanması’ in Şerafettin Ekici, Ekrem Solak ve Muhammed Emre Avşar (eds) Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı (Adalet 2021) 373-392.
- Armour J, Eidenmueller H, ‘Self-Driving Corporations?’ (2019) 475 Harvard Business Law Review, 1-38 Erişim Tarihi: 26 Mart 2022.
- Ayan M, Nurşen A, Kişiler Hukuku. (8. Bası, Seçkin 2016)
- Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku (13.Bası, Beta 2019)
- Bak B, Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk (2018) 9 (35) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 211-232.
- Bozkurt Yüksel A E, Robot Hukuku (2017) 7 (29) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 85-112.
- Bozkurt Yüksel A E, Yapay Zekâ, Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler Hukuki Bir Bakış (1.Bası, Aristo 2019)
- Bozkurt Yüksel, A E, Yapay Zeka ve Patent Hukuku (1. Bası, Aristo 2020)
- Bozkurt Yüksel A E, Yıkıcı Teknolojilerin Bedensel Zararlara Etkileri (2020) 8 (15) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 483-538.
- Joanna J. Bryson, Mihailis E. Diamantis ve Thomas D. Grant, ‘Of, for, and by the people: the legal lacuna of synthetic persons’ (2017) 25 Artif Intell Law 273-291 Erişim Tarihi: 29 Mart 2022.
- Çabri S, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (1.Bası, Adalet 2016)



Dinç S, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (3.Bası, Seçkin 2021)

Dönmez Canseven Z, Yapay Zekânın Anonim Şirketin Yönetim Kurulunda Yer Almasının Hukuki Sorumluluğa Etkisi (1.Bası, Oniki Levha 2021)

Dural M, Öğüz T ve Gümüş M A, Aile Hukuku (11.Bası, Filiz Kitabevi 2016)

Dülger M V, ‘Günümüz Yapay Zekâ Teknolojisi ve ‘Robot Yargıç/Avukat’ Gerçeği: Mesleğimiz Elimizden Gidiyor Mu?’ (2021) H Plus Dergisi, 4-9 Erişim Tarihi: 3 Mayıs 2022.

Ekici Ş, Bilişim ve Teknoloji Hukuku (1.Bası, Seçkin 2022)

Eminoğlu C ve Çakır F B, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması (2014) 18 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 277-298.

EuRobotics, ‘Exploration Track: Non-Human Agents and Electronic Personhood’ in Christophe Leroux ve Roberto Labruto (eds) Suggestion For A Green Paper On Legal Issues In Robotics, https://www.unipv-lawtech.eu/files/euRobotics-legal-issues-in-robotics-DRAFT_6j6ryjyp.pdf 63 Erişim Tarihi: 28 Mart 2022.

Ersoy Ç, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk (4.Bası, Onikilevha 2019)

Eroğlu M, Karatepe Kaya M, ‘Impact of Artificial Intelligence on Corporate Board Diversity Policies and Regulations’ (2022) European Business Organization Law Review, 4 Erişim Tarihi: 16.06.2022.

Eryiğit H, ‘Güncel Tartışmalar Işığında Yapay Zekâ ve A.Ş. Yönetim Kurullarının Yeniden Şekillendirilmesi’ in Şerafettin Ekici, Ekrem Solak ve Muhammed Emre Avşar (eds), Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı (Adalet 2021) 99-126.

Güçlütürk O G, ‘Türk Hukukunda Makine Öğrenmesine Dayalı Yapay Zekâda Verinin Hukuka Uygun Şekilde Kullanılması’ (DPhil Thesis Galatasaray Üniversitesi)

Karadeniz Ö, ‘Roma Hukukunda Peculium’ Müessesesi’ (1968) 25 (3-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 179-194.

Karatepe Kaya M, Yapay Zekânın Şirket Yönetimine Olası Katkılarının Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Belirlenmesinde Şirketler Hukukundan Çıkarılabilecek Dersler (2021) 25 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69-106.

- Kaynak Balta B, Eser Kavramı ve Yapay Zekâ Ürünleri (1.Bası, Seçkin 2021)
- Kara Kılıçarslan S, Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar (2019) 4 (2) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 363-389.
- Kırca İ, Şehirli Çelik F H ve Manavgat Ç, Anonim Şirketler Hukuku. C.1(1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 2013)
- Kişi N, ‘Yapay Zeka Çağında Değişen Liderlik Anlayışı’ in Valeri Modebadze (ed) SADAB 8th International Online Conference on Social Researches and Behavioral Sciences (2021).
- Kurban Y, Mecelle ve Günümüz Hukuku. (2.Bası, Seçkin 2020)
- Möslein F, Çev. Çınar S B, Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zeka ve Şirketler Hukuku (2020) 79 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 699-728.
- Preethi S, ‘A Survey on Artificial Intelligence’ (2020) 3 (2) International Journal of Intelligent Computing and Technology, 39-42 Erişim Tarihi: 26 Mart 2022.
- Oğuzman K ve Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2 (13.Bası, Vedat 2017)
- İyigün N Ö, ‘Yapay Zeka ve Gelecek’ in Necla Öykü İyigün ve Mustafa Kemal Yılmaz (eds) Yapay Zeka Güncel Yaklaşımlar ve Uygulamalar (Beta 2021) 1-11.
- Özçelik Ş F, ‘Yapay Zekâ Kaynaklı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk: Avrupa Parlamentosu’nun 20.04.2020 tarihli Tüzük Önerisi Çerçevesinde Bir İnceleme’ in Şerafettin Ekici, Ekrem Solak ve Muhammed Emre Avşar (eds) Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı (Adalet 2021) 353-372.
- Pagallo U, ‘Vital, Sophia ve Şti. - Robotların Hukuki Kişiliğinin Arayışında’ (2020) 5 (1-3) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4047-4064.
- Petrin, M, ‘Corporate Management In The Age Of Ai’ (2019) 3 UCL Working Paper Series, 1-53.
- Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (8.Bası, Adalet 2022)
- Rajaraman V, ‘John McCarthy – Father of Artificial Intelligence’ (2014) 19 (3) Resonance Journal of Science and Education, 198, 198 Erişim Tarihi: 26 Mart 2022)
- Sarı O, ‘Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk’ (2020) 147 Türkiye Barolar Birliği Dergisi,251-312.



Say C, 50 Soruda Yapay Zekâ (21.Baskı, 7 Renk Basım 2021)

Selanik AA, ‘Adam Çalıştıranın Sorumluluğu Kapsamında Yapay Zekâ Robotun Sorumluluğu ve Sigortalanması Hususunun Değerlendirilmesi’ (2022) 13 (50) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 335-364.

Harry Surden, ‘Artificial Intelligence and Law: An Overview’ 2019 (5) 4 Georgia State University Law Review.

Şener O H, Ortaklıklar Hukuku (5.Bası, Seçkin 2022)

Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (5.Bası, Vedat Kitapçılık 2020)

Yılmaz G, ‘Yapay Zekâ ve Robotların Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluğun Kusursuz Sorumluluk Hükümleri Çerçevesinde İncelenmesi’ in Şerafettin Ekici, Ekrem Solak ve Muhammed Emre Avşar (eds) Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı (Adalet 2021) 419-445.

Yüksel H, İşletmelerde Endüstri 4.0 Risklerinin Yönetimi (1.Bası, Nobel 2021)

Ziemianin K, ‘Civil Legal Personality Of Artificial Intelligence. Future Or Utopia?’ (2021) 10 (2) Internet Policy Review Erişim Tarihi: 29 Mart 2022.

Elektronik Kaynaklar

Anirudh V. K, ‘What Are the Types of Artificial Intelligence: Narrow, General, and Super AI Explained’(Toolbox, 2019) https://www.toolbox.com/tech/artificial-intelligence/articles/types-of-ai/#_002 Erişim Tarihi: 26 Mart 2022.

Ascott E, ‘What are the 3 types of AI? A guide to narrow, general, and super artificial intelligence’ (codebots, 2017) <https://codebots.com/artificial-intelligence/the-3-types-of-ai-is-the-third-even-possible>) Erişim Tarihi: 26 Mart 2022

Burridge N, ‘Artificial Intelligence Gets A Seat In The Boardroom.’ (Nikkei Asia, 2017) <https://asia.nikkei.com/Business/Companies/Artificial-intelligence-gets-a-seat-in-the-boardroom> Erişim Tarihi: 30 Mart 2022

Eidenmüller H, ‘Robots’ Legal Personality’ (Oxford Business Law Blog, 2017) <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/03/robots%E2%80%99-legal-personality> Erişim Tarihi: 29 Mart 2022.

European Commision, ‘New rules for Artificial Intelligence – Questions and Answers’ (EuropeanCommision,2021) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_21_1683 Erişim Tarihi: 26 Mart 2022.

European Parliament Report, Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics. (Url: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html?redirect)

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.pdf

Featherstone T, 'Governance In The New Machine Age' (Aicd, 2017) <https://aicd.companydirectors.com.au/advocacy/governance-leadership-centre/governance-driving-performance/governance-in-the-new-machine-age> Erişim Tarihi: 1 Nisan 2022.

Hitze A, 'Understanding the four types of AI, from reactive robots to self-aware beings' (The Conversation,2016) <https://theconversation.com/understanding-the-four-types-of-ai-from-reactive-robots-to-self-aware-beings-67616> Erişim Tarihi: 27 Mart 2022)

IBM, 'The quest for AI creativity' (Ibm) <https://www.ibm.com/watson/advantage-reports/future-of-artificial-intelligence/ai-creativity.html> Erişim Tarihi: 01 Nisan 2022

Kolbjørnsrud V, Amico R ve Thomas R J, 'The promise of artificial intelligence: Redefining management in the workforce of the future' (Researchgate, 2016) 12 <https://www.researchgate.net/publication/306039533> Erişim Tarihi: 31 Mar 2022.

Liberatore S, 'Your AI lawyer will see you now: IBM's ROSS becomes world's first artificially intelligent attorney' (Mail Online, 2016) <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-3589795/Your-AI-lawyer-IBM-s-ROSS-world-s-artificially-intelligent-attorney.html> Erişim Tarihi:27 Mart 2022.

Url: <https://ethicaa.greyc.fr/media/files/ethicaa.delivable.1.pdf>)

Marr B, 'What Is The Difference Between AI and Robotics?' (bernardmarr & co) <https://bernardmarr.com/what-is-the-difference-between-ai-and-robotics/> Erişim Tarihi: 26 Mart 2022.

Pérennou T, 'State Of The Art On Legal Issues' (Ethica, 2014) 10, <https://ethicaa.greyc.fr/media/files/ethicaa.delivable.1.pdf> Erişim Tarihi: 28 Mart 2022.

McCarthy J, 'What is AI: Basic Question' (Stanford University, 2007) <http://jmc.stanford.edu/artificial-intelligence/what-is-ai/index.html> Erişim Tarihi: 26 Mart 2022)

Rice D, 'Assisted Intelligence vs. Augmented Intelligence and Autonomous Intelligence' (Fedtech, 2020) <https://fedtechmagazine.com/article/2020/01/assisted-intelligence-vs-augmented-intelligence-and-autonomous-intelligence-perfcon> Erişim Tarihi: 27 Mart 2022.



Walch K, ‘ Is There A Difference Between Assisted Intelligence vs. Augmented Intelligence?’ (Forbes, 2020) <https://www.forbes.com/sites/cognitiveworld/2020/01/12/is-there-a-difference-between-assisted-intelligence-vs-augmented-intelligence/?sh=737fc5ac26ab> Erişim Tarihi: 27 Mart 2022.



SINAI MÜLKİYET KANUNU BAKIMINDAN GELENEKSEL ÜRÜN ADLARI VE BU ADLAR ÜZERİNDEKİ KORUMANIN NİTELİĞİ

Traditional Specialities Guaranteed According to Code of Industrial Property and Nature of the Protection

Selin ÖZDEN MERHACI*

Özet

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, geleneksel ürün adları üzerinde daha önce olmayan yeni bir koruma ihdas ederek, ülkemiz açısından önemli pek çok ürünün bu korumadan yararlanmasının önünü açmıştır. Böylece geleneksel şekilde üretilen ürünlerin belli özelliklerinin devamlılığının sağlanmasını ve tüketicinin bu ürünlere belirli standartlarla erişmesini amaçlamıştır.

Sınai Mülkiyet Kanunu, Avrupa Birliği düzenlemelerini model almış olsa da tek başına geleneksel ürün adını değil, geleneksel ürün adının amblemlerle korunmasını hükme bağlamış ve bu adlar üzerinde sınai mülkiyet hakkı bulunmadığını vurgulayarak, geleneksel ürün adlarını diğer sınai hak türlerinden ayırmıştır. Buna karşılık geleneksel ürün adları ile büyük benzerlik arz eden coğrafi işaretler üzerinde bir sınai mülkiyet hakkı bulunduğu yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Kanun koyucunun geleneksel ürün adlarını sınai mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmemesi, bilinçli bir tercihin sonucudur. Buna karşılık, geleneksel ürün adları üzerinde sınai mülkiyet hakkı bulunmadığının kabulü, bu hakkın niteliği konusunda bir sorgulamayı gerektirir. Bu çalışmada vardığımız sonuç, geleneksel ürün adları üzerinde fikri ve sınai haklar alanına pek de yabancı olmayan bir *sui generis* korumanın kabul edildiği yönündedir.

Anahtar Kelimeler: Geleneksel ürün adı, Sınai mülkiyet hakları, Sui generis koruma.

Abstract

Code of Industrial Property No. 6769 established a new protection on traditional specialities guaranteed that did not exist before, enabling many products that are important for Türkiye to benefit from this protection, and by this way to provide the continuity of certain features and the consumer's access with certain standards to these products.

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 15.07.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023*

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara Üniversitesi Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi; Ankara University Faculty of Law, Ankara University Intellectual and Industrial Rights Research and Application Center; sozden@law.ankara.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8233-1166>



Although the Industrial Property Law is modelled after the European Union regulations, it regulates the protection of the name with the emblem, not the name, and by emphasizing that there is no industrial property right on the traditional specialities guaranteed, separated these names from other types of industrial property. On the other hand, although they regulated similarly, it was accepted that there is an industrial property right on geographical indications. There is no doubt that this was made consciously by the legislator. Nevertheless, this acceptance requires an inquiry about the nature of this right. The conclusion we reached in this study is that a sui generis protection, which is not out of the ordinary to the field of intellectual and industrial rights, is accepted on traditional specialities guaranteed.

Key Words: Traditional specialities guaranteed, Industrial property rights, Sui generis protection.

GİRİŞ

2017 yılında yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu¹ (SMK), sınai mülkiyet haklarına ilişkin kanun hükmünde kararnamelerin yürürlükte olduğu dönemde korunmayan yeni bir koruma konusu kabul etmiş ve yabancı literatürde “*traditional specialities guaranteed*” olarak ifade edilen geleneksel ürün adları, 2017 yılından itibaren tescil edilerek fikri mülkiyet hukukunun bir konusu olarak değerlendirilmeye başlanmıştır.

SMK md. 2/1-1, sınai mülkiyet haklarının hangileri olduğunu saymıştır. Buna göre sınai mülkiyet hakları, markayı, coğrafi işaret, tasarımı, patent ve faydalı modeli ifade etmektedir. Hal böyleyken SMK'nın geleneksel ürün adları üzerindeki hakları sınai mülkiyet hakları içinde değerlendirmeye anlaşılmaktadır. Keza bu husus SMK Gerekçesinde² açıkça ifade bulmuş olup, Kanun'un amaç ve kapsamını belirleyen md. 1'in Gerekçesinde Kanun'un amacının “*sınai mülkiyet haklarından marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı model ile sınai mülkiyet hakkı kapsamında yer almayan geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması*” olduğu ifade edilmiştir. Buna karşılık SMK, bir sınai mülkiyet hakkı türü olarak nitelendirdiği coğrafi işaretlerle, sınai mülkiyet hakkı olarak nitelendirmediği geleneksel ürün adlarını 2. Kitapında bir arada ele almıştır.

Çalışmamızda, geleneksel ürün adlarının temel özellikleri değerlendirildikten ve SMK'da üzerindeki hakkın niteliğinin bir sınai mülkiyet hakkı olduğu belirtilen coğrafi işaretlerle farklarının ele alınmasından sonra, sınai mülkiyet haklarının genel sistematığı içinde geleneksel ürün adları üzerinde nasıl bir koruma olabileceği hususunun tespiti amaçlanmıştır.

¹ Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10 Ocak 2017/29944.

² SMK Madde Gerekçeleri, md.2; SMK Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleri için bkz.: <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf>> accessed 27.06.2022.

I. SMK'DA GELENEKSEL ÜRÜN ADLARININ KORUNMASINA GENEL BİR BAKIŞ

SMK ile tescil edilmeye başlanan geleneksel ürün adları, SMK md. 33'de coğrafi işaretlerle birlikte ele alınmıştır. Buna göre “*Doğal ve beşerî unsurların bir araya gelmesi sonucu gıda, tarım, maden, el sanatları ürünleri ve sanayi ürünlerinden bu Kitapta yer alan şartlara uygun olanlar, tescil edilmesi şartıyla, coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı korumasından yararlanır*”. Bu ifadeden yola çıkılarak geleneksel ürün adlarının coğrafi işaretler gibi gıda, tarım, maden, el sanatları ürünleri ve sanayi ürünlerini konu ettiği anlaşılmakta olup, geleneksel ürün adı ve coğrafi işaretleri bir arada ele alan bu madde, her ikisinin de koruma konularının benzer olduğunu göstermektedir. Bu bölümde geleneksel ürün adlarının düzenleniş biçimi kısaca ele alınacak ve daha sonra koruma konusunun tespiti yapılacaktır.

A. GELENEKSEL ÜRÜN ADLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Geleneksel ürün adlarına bahsedilen koruma, ilk olarak Avrupa Birliği (AB) düzenlemelerinde ele alınmıştır. AB'de 1992 yılında kabul edilen Tarım ve Gıda Ürünleri için Belirli Nitelik Sertifikasına ilişkin 2082/92 sayılı Konsey Tüzüğü³ yerini, 2006 yılında Tarım Ürünleri ve Gıda Maddelerinin Geleneksel Ürün Adlarına İlişkin 20 Mart 2006 tarih ve 509/2006 Sayılı Konsey Tüzüğü⁴ ne bırakmış ve nihayet bu düzenleme de 2012 yılında Tarım Ürünleri ve Gıda Maddeleri için Kalite Planları Hakkında 21 Kasım 2012 tarih ve 1151/2012 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü⁵yle kaldırılmış ve bu Tüzük, SMK hazırlanırken dikkate alınmıştır⁶.

Geleneksel ürün adlarının korunması, SMK öncesinde tasarı aşamasında kalmış⁷, ancak SMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte bir sınai hak türü olarak nitelendirilmemekle birlikte, tescil edilmeye başlanmıştır. SMK'nın 2. Kitabı, coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adlarına ayrılmıştır. SMK md. 33

³ Council Regulation (EEC) No 2082/92 of 14 July 1992 on certificates of specific character for agricultural products and foodstuffs.

⁴ Council Regulation (EC) No 509/2006 of 20 March 2006 on agricultural products and foodstuffs as traditional specialities guaranteed.

⁵ Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs; AB'de konunun gelişimi için bkz.: Andrea Tosato, 'The Protection of Traditional Foods in the EU: Traditional Specialities Guaranteed' (2013) 19 European Law Journal 546-549.

⁶ SMK md. 34'ün gerekçesinde “*Maddenin üçüncü fıkrasında ise geleneksel ürün adları 1151/2012 sayılı AB Tüzüğüne uyumlu olacak şekilde tanımlanmıştır*” ifadelerine yer verilmiştir; Bkz.: SMK Madde Gerekçeleri (n2) md. 34.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Burçak Yıldız, 'Sınai Mülkiyet Kanunu Açısından Geleneksel Ürün Adları' (2018) 9 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 31 vd.



vd. maddelerinde⁸ bir sınai mülkiyet hakkı türü olan coğrafi işaretlerle birlikte düzenlenen ve “*menşe adı veya mahreç işareti kapsamına girmeyen ve ilgili piyasada bir ürünü tarif etmek için geleneksel olarak en az otuz yıl süreyle kullanıldığı kanıtlanan adlar*”ın geleneksel ürün adı olarak tanımlanacağı belirtilmiştir (SMK md. 34/3).

B. KORUMA ŞARTLARI VE TESCİL

SMK’da verilen tanım çerçevesinde bir adın tescil edilebilmesinin üç şarta bağlandığı anlaşılmaktadır. Bir ürün⁹, eğer geleneksel üretim veya işleme yöntemi veya geleneksel bileşimden kaynaklanmış ise ya da geleneksel hammadde veya malzemeden üretilmiş ise ve bu ürünün adı, en az otuz yıldır bu ürünü tarif etmek için kullanılmaktaysa, geleneksel ürün adı olarak nitelendirilerek, Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) tarafından tutulan sicile tescil edilebilecektir. Hali hazırda, Ezo Gelin Çorbası¹⁰, Denizli Tandır Kebabı¹¹, Çakallı Menemeni¹², Döner¹³ ve Şevket-i Bostan¹⁴ TÜRKPATENT nezdinde tescilli geleneksel ürün adları olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵.

⁸ SMK md. 33’ün gerekçesinde “*Anadolu kültürünün zengin birikimi dikkate alındığında, geleneksel özellik taşıyan çok sayıda ürünümüzün bulunduğu bilinmekte ve söz konusu ürünlerden coğrafi işaret kapsamına girmeyenlerin geleneksel ürün adı olarak tescile konu olabileceği değerlendirilmektedir. Bu ürünlere koruma sağlanmasının kırsal kalkınmanın gelişmesi ve ülkemize özgü geleneksel ürünlerin üretimine ilişkin yöntemlerin ve kültürümüze ait öğelerin nesilden nesile aktarılması ve standart üretim prosedürlerinin belirlenerek garanti altına alınması bakımından ülkemiz menfaatine olduğu düşünülmüştür*” ifadelerine yer verilmiştir. Bkz.: SMK Madde Gerekçeleri (n 2) md. 33.

⁹ Her ne kadar SMK md. 34’ün kaleme alınış biçiminden adın “*geleneksel üretim veya işleme yöntemi yahut geleneksel bileşimden kaynaklanması veya geleneksel hammadde veya malzemeden üretilmiş olması*” şartı aranıyormuş gibi kaleme alınmış olsa bir adın bu şartları taşımaya mümkün değildir. Dolayısıyla madde ürünün belirtilen şartları taşıyor olması şeklinde anlaşılmalıdır.

¹⁰ Ezo Gelin Çorbası, <<https://ci.turkpatent.gov.tr/Files/GeographicalSigns/b61b8d95-482b-4adb-8e8a-3ef7e6e48864.pdf>> accessed 27.06.2022.

¹¹ Denizli Tandır Kebabı, <<https://ci.turkpatent.gov.tr/Files/GeographicalSigns/102d4727-eb37-4aec-9c8c-ec7a9152dc0c.pdf>> accessed 27.06.2022.

¹² Çakallı Menemeni, <<https://ci.turkpatent.gov.tr/Files/GeographicalSigns/9be98686-1938-41ac-932c-94ab22faf1ed.pdf>> accessed 27.06.2022.

¹³ Döner, <<https://ci.turkpatent.gov.tr/Files/GeographicalSigns/e8b340b7-a6c2-4900-9b05-de2df246096a.pdf>> accessed 27.06.2022.

¹⁴ Şevket-i Bostan, <<https://ci.turkpatent.gov.tr/Files/GeographicalSigns/5694d78e-844f-47fc-bc40-c2ef67d17199.pdf>> accessed 27.06.2022.

¹⁵ TÜRKPATENT veri tabanında 27.06.2022 tarihi itibarıyla toplam 34 adet geleneksel ürün adı başvurusu bulunduğu, bunların 5 inin tescil edilmiş olduğu tespit edilmiştir; <<https://ci.turkpatent.gov.tr/veri-tabani>> accessed 27.06.2022

İlk şarta bakıldığında ürünün menşe adı veya mahreç işareti kapsamında değerlendirilmiyor olması gerektiği anlaşılmaktadır¹⁶. Elbette ki bir ürün menşe adı veya mahreç işareti özelliklerini taşıyorsa, bu ürünün coğrafi işaret kapsamında tescili gerekmektedir. Nitekim eğer bir ürün coğrafi işaret hakkından yararlanabilecekse, üzerinde sınai mülkiyet hakkı olmadığı kabul edilen geleneksel ürün adı olarak tescil edilmesinin, başvuru hakkı sahipleri bakımından pratik bir faydası yoktur. Ayrıca ürüne ilişkin geleneksellik bir coğrafi bölgeye ait ise adın, coğrafi işaret olarak değerlendirilmesinin daha uygun olacağı da ifade edilmektedir¹⁷.

İkinci koşul, adın ilgili piyasada bir ürünü tarif etmek için geleneksel olarak en az otuz yıl süreyle kullanılıyor olmasıdır. SMK'nın kaleme alınış biçiminden, en az otuz yıl süre ile kullanılıyor olmasının, adın geleneksel olduğunun kabul edilmesi için yeterli olduğu anlaşılmaktadır¹⁸. SMK md. 34/3, kullanılıyor olma şartını ilgili piyasa ile sınırlandırmış ve üretim usulünün biliniyor olması değil, adın kullanılıyor olması yeterli sayılmıştır. Dolayısıyla adın kullanılıyor olması bakımından, somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerekli olacak, ürünün nasıl üretildiği bilinmiyor olsa da, ilgili piyasada adın kullanılıyor olması yeterli olacaktır¹⁹.

Son şart ise ürünün “*geleneksel üretim veya işleme yöntemi yahut geleneksel bileşimden kaynaklanması veya geleneksel hammadde veya malzemenin üretilmiş olması*”dır. Dolayısıyla tescil edilebilme bakımından üretim yönteminden, işleme yönteminden, bileşiminden, hammadde veya malzemesinden birinin geleneksel olması şartı yeterlidir ve coğrafi işaretlerde olduğunun aksine, belirli bir coğrafi bölge ile bağlantılı olması gerekli değildir²⁰.

SMK md. 36 tescil için “*üretici grupları, ürün veya ürünün kaynaklandığı coğrafi alanla ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, ürünle ilgili ... dernekler, vakıflar ve kooperatifler* ve

¹⁶ Yıldız'a göre bu hususun, geleneksel ürün adının unsurları arasında değil, tescil engelleri kapsamında değerlendirilmesi uygun olurdu; Yıldız (n 7) 34.

¹⁷ Habip Asan ve Gonca Ilıcalı, *Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı* (Sınai Mülkiyet Hakları Uygulamaları 5, Lykeidon 2021) 6.

¹⁸ Yıldız (n 7) 34.

¹⁹ ibid 35.

²⁰ Cahit Suluk, ‘Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı’ Rauf Karasu, Cahit Suluk ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Seçkin 2021) 339; Örneğin Ezo Gelin Çorbası bakımından “*Ezo Gelin Çorbasının üretiminde belirli miktarlarda kırmızı mercimek, bulgur ve pirinç kullanılması, bu malzemenin soğan ve sarımsak ile pişirilmesi ve salça ve baharatlarla çeşnilendirilmesi bu ürünün geleneksel üretim metodunu ve geleneksel bileşimini oluşturur.*” ifadelerine yer verilerek, adın geleneksel üretim metoduna ve geleneksel bileşimine atıf yapılmıştır. Bkz.: <<https://ci.turkpatent.gov.tr/Files/GeographicalSigns/b61b8d95-482b-4adb-8e8a-3ef7e6e48864.pdf>> accessed 27.06.2022, 2.



ürünün tek bir üreticisi varsa, ... ilgili üreticinin” başvurmasına izin vermiştir. Şartları sağlayan geleneksel ürün adları, TÜRKPATENT tarafından tutulan sicile kaydedilir ve sicilde belirtilen şartlara uygun olan ürünlerin üretimi veya pazarlamasında faaliyet gösterenler tarafından -amblemle birlikte- kullanılabilir (SMK md. 46).

C. TESCİLDEN DOĞAN HAKKIN KAPSAMI

“Geleneksel ürün adı korumasının elde edilmesi ve tescilden doğan hakkın kapsamı” başlıklı SMK md. 45 ile “Geleneksel ürün adı hakkına tecavüz sayılan fiiller” başlıklı SMK md. 54, benzer düzenlemeler içermektedir. Bu iki maddenin incelenmesine geçmeden önce, madde ifadelerinin değerlendirilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. SMK md. 45’e göre “Bir ürüne ilişkin geleneksel ürün adı koruması bu Kanun çerçevesinde tescil yoluyla elde edilir”. Ayrıca madde başlığında yine “tescilden doğan hakkın kapsamı” ifadelerine yer verilmiştir. Öte yandan SMK md. 54 “Tescil edilmiş geleneksel ürün adının aşağıda belirtilen biçimdeki kullanımları, geleneksel ürün adı hakkına tecavüz sayılır” ifadesiyle bir haktan bahsetmiştir. Zira bu ifadeler, diğer sınai mülkiyet hakları için de benzer şekillerde kullanılmıştır. Buna karşılık SMK’da hak ifadesine yer verilmesine karşılık hakkın niteliği konusuna herhangi bir açıklık getirilmemiş, sadece hakkın bir sınai mülkiyet hakkı olmadığı ifade edilmiştir.

Birbirleriyle aynı olmak üzere SMK md. 45/2-a-b-c ve md. 54/1-a-b-c;

“a) Geleneksel ürün adı tescilinde belirtilen ürün özelliklerini taşımadığı hâlde, 46 ncı madde uyarınca kullanılması öngörülen amblesmin tescilli ürün adı ile birlikte kullanılması suretiyle, ürünün ününden herhangi bir biçimde yarar sağlayacak kullanımı veya tescil kapsamındaki ürünleri andıran ürünlerle ilgili olarak tescilli ürün adına tahsis edilen amblesmin ticari amaçlı kullanımı; b) [Tescilli ürün adına ait²¹] amblesmin tüketiciyi yanıltıcı biçimde kullanımı; c) Geleneksel ürün adı tescilinde belirtilen ürün özelliklerini ve tescilli ürün adı için 46 ncı madde uyarınca kullanılması öngörülen amblesmi taşımadığı hâlde, ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklamında veya ürünle ilgili herhangi bir yazılı belgede ürünün tescilde belirtilen özellikleri taşıdığına ilişkin yanıltıcı herhangi bir açıklama veya belirtiyeye yer verilmesi”

hallerine hem koruma kapsamını belirlerken hem tecavüz hallerini sayarken yer vermiştir. Bu bakımından SMK md. 45/2-c ve tecavüz fiillerini düzenleyen SMK md. 54/1-c’nin ayrıca incelenmesi uygun olacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, SMK md. 46/4 “Geleneksel ürün adının amblesmsiz kullanımı bu Kanun hükümlerine tabi değildir” hükmünü getirmiştir. Dolayısıyla geleneksel ürün adları ile birlikte ürün üzerinde TÜRKPATENT tarafından çıkartılan

²¹ Bu ifade SMK md. 45/2-b’de yer almaktayken, md. 54/1-b’de yer almamaktadır.

Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı Amblem Yönetmeliği²²nde gösterilen amblem kullanılmadıysa, geleneksel ürün adı üzerinde SMK korumasının devreye girmesi mümkün olmayacaktır. SMK md. 45/2-c ve md. 54/1-c yer alan aşağıdaki hal istisna olmak kaydıyla amblemsiz kullanım, SMK kapsamında değerlendirilmeyecektir. Nitekim diğer hallerde (SMK md. 45/2-a ve b; SMK md. 54/1-a ve b) amblem kullanımı özellikle vurgulanmıştır. SMK md. 45/2-c ve SMK md. 54/1-c’de yer alan,

“Geleneksel ürün adı tescilinde belirtilen ürün özelliklerini ve tescilli ürün adı için 46 ncı madde uyarınca kullanılması öngörülen amblemi taşımadığı hâlde, ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklamında veya ürünle ilgili herhangi bir yazılı belgede ürünün tescilde belirtilen özellikleri taşıdığına ilişkin yanıtıcı herhangi bir açıklama veya belirtiye yer verilmesi”

hali hem geleneksel ürün adını kullanma hakkına sahip kişilerin sahip olduğu hakkın kapsamına dahil bir hal olarak, hem bir tecavüz hali olarak değerlendirilmektedir. O halde amblem kullanılmaması halinde SMK’nın hükümleri uygulanmayacak, ancak ürünün tescilde belirtilen özellikleri taşıdığına ilişkin herhangi bir açıklama veya belirti kullanılması halinde bu fiiller de SMK’ya göre önlenebilecek ve tecavüz olarak nitelendirilebilecektir²³. Bu maddenin amblemsiz kullanım hallerine bir istisna getirdiği şeklinde yorumlanması mümkündür. Çalışmamızda bu hal yanıtıcı kullanım istisnası olarak ifade edilecektir.

Bu kapsamda, SMK md. 46/1 hükmünün de değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre; *“Tescilli coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adları sicilde belirtilen şartlara uygun olan ürünlerin üretimi veya pazarlamasında faaliyet gösterenler tarafından kullanılır. Bu kişiler, tescil ettirene, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adına yönelik üretim ve pazarlama faaliyeti gösterdiklerine dair bildirimde bulunur”*. Madde hükmü uyarınca geleneksel ürün adına konu ürünü, sicilde belirtilen şartlara uygun olarak üretenler veya pazarlamasında faa-

²² Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı Amblem Yönetmeliği, RG 29.12.2017/30285; Yönetmelikle menşee adı, mahreç işareti ve geleneksel ürün adları için amblem oluşturulmuştur. Menşee adı amblemi kırmızı ve sarı renklerde; mahreç işareti amblemi yeşil ve sarı renklerde; geleneksel ürün adı amblemi ise mavi ve sarı renklerle oluşturulmuş aynı şekillerden oluşmaktadır. Tüketicinin gözünde oldukça benzer olan bu amblemler, geleneksel ürün adı ve coğrafi işaretlerin birbirlerinden ayırt edilebilmesini sağlama açısından yeterli görülmemektedir. Nitekim AB düzeyinde de bu husus eleştirilmiştir; bkz.: Thomas Schulteis, ‘MarkenG § 130 Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt; nationales Einspruchsverfahren’, Kur/v. Bomhard/Albrecht (ed), *Beck’sche Online-Kommentare* (29. Edition Beckonline) Rn. 15-16.2

²³ Yanıtıcı şekilde, içerik bölümünde ürünün tescilde belirtilen malzemeleri içerdiğinin belirtilmesi, ürünün herhangi bir yerinde “tescildeki şekilde üretilmiştir” vb. ifadeye yer veriliyor olması veya -eğer varsa- tescilde belirtilen amblemin kullanılması (örn. Bkz. Çakallı Menemeni, 2) bu hallere örnek olarak gösterilebilecektir.



liyet gösterenlere bildirim yükümlülüğü yüklenmiştir. Ancak aynı maddenin devamında amblemsiz kullanımın SMK kapsamında olmadığı belirtildiğinden, geleneksel ürün adını kullananlardan, adı amblemle birlikte kullananların bu yükümlülük altında olduğu değerlendirilebilir.

Bu bakımdan incelenmesi gereken diğer bir husus da tecavüz fillerini düzenleyen SMK md. 54/2 ve md. 54/3'tür. SMK md. 54/2, SMK md. 53'de yer alan coğrafi işaretlere ilişkin düzenlemeye paralel olarak, tecavüz hallerinin adı kullanım hakkına sahip olanlarca tespit edilmesi hâlinde, tescil ettirene bu durumu bildirilerek, tescil sahibinden dava açmasını talep etmesine; talebin kabul edilememesi veya davanın açılmaması halinde ise adı kullanım hakkına sahip olanların dava açabilmesine izin vermiştir. Görüleceği üzere SMK, bu maddede geleneksel ürün adı hakkından ve adı kullanım hakkına sahip olanlardan bahsetmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, eğer amblemsiz kullanım söz konusuysa bu maddenin uygulanması mümkün olmayacağından, maddede yer alan ifadenin 'amblem kullanım hakkına sahip olanlar' olarak anlaşılması uygun düşmektedir.

Tecavüz halinde SMK md. 149/4 ve SMK md. 151/6'nın açık hükmü gereğince manevi tazminat ve yoksun kalınan kazanç talep edilemez. Maddi tazminat ve itibar kaybı tazminatı konusunu düzenleyen SMK md. 150 ise sadece sınai mülkiyet hakları bakımından tazminatı düzenlemekle birlikte, SMK md. 164'ün yaptığı atfı uyarınca, geleneksel ürün adları bakımından da uygulama alanı bulabilecektir.

D. GELENEKSEL ÜRÜN ADLARININ KORUMA KONUSU HAKKINDA DEĞERLENDİRME

SMK, geleneksel ürün adı korumasının ürün üzerinde doğduğunu kabul etmektedir. Bu husus, SMK md. 45/1'de "*Bir ürüne ilişkin geleneksel ürün adı koruması bu Kanun çerçevesinde tescil yoluyla elde edilir*" hükmünü hazırlar²⁴. Hal böyle olmakla birlikte eğer üründe geleneksel ürün adlarına ilişkin TÜRK PATENT tarafından oluşturulan amblem²⁵ kullanılmıyorsa, o ürünün SMK kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacak, bu halde talepler, şartları varsa genel hükümlere dayanacaktır²⁶.

²⁴ Tescil başvurusunda yer alması gereken belgelere ilişkin bkz.: SMK md 35/4; Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, RG 24 Nisan 2017/30047 md. 35/4 (SMKYön).

²⁵ Amblem; SMK md. 2/1-a'da coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adlarının SMK hükümlerine uygun olarak tescil edilmiş olduğunu gösteren ve TÜRK PATENT tarafından oluşturulan işaret olarak tanımlanmış ve geleneksel ürün adları bakımından bu işaretin kullanımı zorunlu tutulmamıştır. Ayrıca bkz.: SMKYön, md. 3/1-a.

²⁶ Yıldız (n 7) 52; Bahsi geçen genel hükümler, haksız rekabete ilişkindir. Haksız rekabete ilişkin değerlendirmemiz, makale içindeki sistematığın bozulabileceği endişesiyle kısaca sonuç bölümünde ele alınacaktır.

Bu açıklamadan yola çıkılarak, her ne kadar tutulan sicile kaydedilen geleneksel ürün adı ve geleneksel ürün adına ilişkin bilgiler olsa da, tescilin adın değil; adın TÜRKPATENT tarafından oluşturulan amblem ile birlikte kullanımının korunmasını sağladığı değerlendirilmektedir. Bir başka ifadeyle geleneksel ürün adı örneğin ezo gelin çorbası adı, tescilde yer alan özellikleri içerdiği yanıltıcı şekilde belirtilmeden ve amblem kullanılmadan çeşitli ürünler üzerinde yer alabilecektir. Bu durumda SMK ile sağlanan korumanın, amblemin izinsiz kullanılmasının veya sicilde yer alan özelliklerin yanıltıcı bir biçimde kullanılmasının önlenmesinden ibaret olduğu görülmektedir. Zira eğer ad korunmakta olsaydı, ürünün tescilde yer alan özelliklere uygun olmaması halinde, ürün üzerinde adın kullanımının da yaptırıma bağlanması gerekirdi. Kanaatimizce geleneksel ürün adının korunduğuna ilişkin bir yorum, hakkın ihlali halinde hukuki koruma bahşedilmediğinin de kabul edilmesini gerektirdiğinden, hatalı olacaktır.

II. GELENEKSEL ÜRÜN ADLARININ SMK'DA DÜZENLENİŞ BİÇİMİNİN COĞRAFI İŞARETLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

Yukarıda bahsedildiği üzere, geleneksel ürün adlarının, coğrafi işaretlerle ortak birçok özelliği bulunmaktadır. O nedenle geleneksel ürün adlarının coğrafi işaretlerden farklılıklarının ele alınmasının, bu adların hukuki niteliğinin tespitinde önem taşıdığı değerlendirilmektedir.

A. SMK KAPSAMINDA COĞRAFI İŞARETLER

Coğrafi işaretler SMK öncesi dönemde menşe adı ve mahreç işareti ayrımı altında, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiştir. SMK'nın yürürlüğe girmesiyle ilga edilen KHK hükümleri yerini SMK'nın İkinci Kitabına bırakmış ve bu Kitap'ta coğrafi işaretler KHK döneminde de olduğu gibi, *sui generis* nitelikte bir korumaya konu edilmiştir²⁷.

Coğrafi işaretler, malın coğrafi kökenini gösteren veya üründe kullanılan bir unsur sebebiyle o malı bir bölge ile irtibatlandıran ad veya işaret olarak kısaca tanımlanabilir²⁸. SMK md. 34/1, özelliklerine göre ürünlerin mahreç işareti veya menşe adı olarak tescilini düzenlemektedir. SMK'ya göre menşe adları “Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, bölge veya istisnai durumlarda ülkeden kaynaklanan, tüm veya esas özelliklerini bu coğrafi alana özgü doğal ve beşerî unsurlardan alan, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerin tümü

²⁷ Coğrafi işaretlerle ilgili ayrıca bkz.: Salih Polater, ‘Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Menşe Adının ve Mahreç İşaretinin Tescil Edilebilme Şartları’ 2020 (6) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 285; Arzu Oğuz, ‘Bir Sınai Hak Türü Olarak Coğrafi İşaretlerin Korunması’ 2019 (19) Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 568.

²⁸ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2012) 22, N. 75.



bu coğrafi alanın sınırları içinde gerçekleşen ürünleri tanımlayan adlar”dır. Mahreç işaretleri ise, “Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, bölge veya ülkeden kaynaklanan, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri bakımından bu coğrafi alan ile özdeşleşen, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az biri belirlenmiş coğrafi alanın sınırları içinde yapılan ürünleri tanımlayan adlar” olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede tescil edilen coğrafi işaretler bakımından SMK md. 46/2, işaretin amblemle birlikte ürün üzerinde kullanımı zorunlu tutmuştur. Zira amblem kullanımı, Amblem Yönetmeliğinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre amblem, ürünün kendisi veya ambalajı üzerinde kullanılmalı; kullanılmadığı durumlarda ise ambleme işletmede kolayca görülebilecek şekilde yer verilmelidir.

Yukarıdaki açıklamalarımızda görüleceği şekilde, geleneksel ürün adları ile coğrafi işaretler, gerek düzenleniş biçimi, gerek koruma konuları bakımından büyük benzerlikler arz etmektedir. Zira geleneksel ürün adlarının SMK’da tanımlanış biçimine bakıldığında da adların, yukarıda da bahsedildiği üzere, “menşe adı veya mahreç işareti kapsamına girmeyen” adlar olarak ifade edildiği, SMK md. 33’de bu ürünlerin “doğal ve beşeri unsurların bir araya gelmesi sonucu gıda, tarım, maden, el sanatları ürünleri ve sanayi ürünleri” olarak bir arada ele alındığı ve bu yolla da coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adlarının benzer olduğunun kabul edildiği görülmektedir²⁹. Buna karşılık coğrafi işaretlere konu ürünün, coğrafi bir bölge ile bağlantısı aranmaktayken, geleneksel ürün adlarının coğrafi bölge ile bağlantılı olması şartı aranmaz. Bu da iki koruma konusu arasındaki en büyük farklılıktan birini oluşturur.

B. COĞRAFİ İŞARETLER VE GELENEKSEL ÜRÜN ADLARINA UYGULANACAK HÜKÜMLERİN KARŞILAŞTIRILMASI

Geleneksel ürün adları, SMK’da coğrafi işaretler ile birlikte düzenlenmekte olup, bahsettiği haklar bakımından da birçok ortak özellik içermektedir³⁰. Bu nedenle hakkın niteliğinin incelenmesine geçmeden önce coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adları arasındaki farklılıkların da ortaya konulması önem arz etmektedir³¹.

SMK’da geleneksel ürün adları ve coğrafi işaretlerin birbirinden farklı olarak düzenlendiği ve konumuz bakımından önem taşıyan hususlar şunlardır³².

²⁹ Konumuz bakımından önem arz eden önemli bir benzerlik de SMK md. 44/7’de yer alan “Tescil edilen coğrafi işaret tescil ettirene inhisari hak sağlamaz” hükmü ile md. 45/4’de yer alan “Tescil edilen geleneksel ürün adı tescil ettirene inhisari hak sağlamaz” hükümleridir.

³⁰ Yıldız (n 7) 28.

³¹ Ayrıca bkz.: Asan, Ilıcalı (n 17) 8.

³² Elbette ki iki kavram birbirlerinden başka yönlerden de farklılıklar arz etmektedir. Buna karşılık, iki kavramın tanımından doğan farklılıklardan ziyade bu karşılaştırma, farklı hukuki sonuçlar doğurmaya yönelik esasları ortaya koymayı amaçlamıştır. Örneğin

Öncelikle, SMK md. 35 coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adı olarak tescil edilemeyecek adları iki ayrı fıkrada hükme bağlamış ve SMK md. 35/1; “*Tescilli veya başvurusu yapılmış bir coğrafi işaret ile tamamen veya kısmen eş sesli olan ve tüketiciyi yanıltabilecek adlar*”ın coğrafi işaret olarak tescil edilemeyeceğini düzenlemişken, geleneksel ürün adları bakımından SMK md. 35/2’de bu düzenlemeye yer verilmemiştir.

SMK md. 45/5 geleneksel ürün adları bakımından “*Bu Kanun kapsamında geleneksel ürün adlarına sağlanan koruma, başta coğrafi işaretler ve markalar olmak üzere diğer sınai mülkiyet hakları kapsamında kazanılmış haklara halel getirmez*” hükmünü haizken, coğrafi işaretlere ilişkin benzer bir düzenleme SMK’da yer almamaktadır³³.

Bir diğer farklılık SMK md. 46/4’de yer almaktadır. Buna göre “*Geleneksel ürün adının amblemsiz kullanımı bu Kanun hükümlerine tabi değildir*”. Coğrafi işaretler bakımından ise, amblem kullanma zorunluluğunun yanı sıra (SMK md. 46/2), adın tek başına kullanımı da (SMK md. 44) hakkın kapsamına dâhildir.

SMK md. 48, coğrafi işaretlerin markalar ile ilişkisini düzenlemekte olup, maddenin 1 ve 2. fıkralarının sadece coğrafi işaretler bakımından uygulama alanı bulabileceği görülmektedir. Madde, tescilli coğrafi işaretin marka olarak tescilini bir ret ve hükümsüzlük gerekçesi olarak ele almış, ancak coğrafi işaretin tescilinden önce markanın iyiniyetle tescil edilmiş olması veya iyiniyetle kullanılmış olması hallerini bundan istisna tutmuştur. SMK md. 48/3 ise “*tescilli bir markanın sahip olduğu itibar, ün ve kullanım süresi de göz önünde bulundurulur bu marka ile aynı veya benzer olması sebebiyle markanın varlığına zarar verici veya gerçek kaynağı konusunda yanıltıcı olacak nitelikteki adların*” coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı olarak tescilinde, bu hususun önceki tarihli hak sahibi bakımından bir itiraz sebebi oluşturabileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla görülmektedir ki, geleneksel ürün adları ile markalar arasındaki bağlantı, coğrafi işaretlere nazaran daha dar kapsamlı ele alınmıştır.

SMK md. 35/1-c’de coğrafi işaretler bakımından “*Ürünün gerçek kaynağı konusunda halkı yanıltabilecek olan bitki tür ve çeşitleri, hayvan ırkları veya benzeri adlar*”ın tescil edilemeyeceği öngörülmüşken, SMK 35/2-c’de ise “*Ürünün niteliği konusunda halkı yanıltabilecek adlar*”ın geleneksel ürün adı olarak tescil edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu farklılık coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adları arasında koruma konusunun farklılığına ilişkin olduğundan karşılaştırmamızda ele alınmamıştır.

³³ Öte yandan markalara ilişkin SMK md. 5/1-i hükmü, “*tescilli coğrafi işaretten oluşan ya da tescilli coğrafi işaretler*”in de marka olarak tescil edilemeyeceğine ilişkin düzenlemeye yer vermiş ve bu hali bir mutlak ret nedeni olarak ele almıştır. Bu hususlar geleneksel ürün adları bakımından geçerli değildir; bkz.: Hamdi Yasaman, Sinan H. Yüksel, ‘Madde 31 Garanti Markası ve Ortak Marka’ Yasaman, Ayoğlu, Yusufoglu Bilgin, Memiş Kartal, Yüksel ve Yasaman, *Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi* (Seçkin 2021) 2836.



Yine coğrafi işaret ve geleneksel ürün adlarına tecavüz sayılan fiillerin de ayrı maddeler de düzenlendiği görülmektedir (SMK md. 53 ve md. 54). Bu açıdan coğrafi işaretlere tecavüz sayılan fiillerin daha kapsamlı olarak ele alındığı ve coğrafi işaretlere daha geniş bir koruma sağlandığı görülmektedir³⁴.

Son olarak SMK'nın Ortak Hükümler başlıklı 5. Kitap md. 164'te yer alan "146 nci, 147 nci, 149 uncu, 150 nci, 152 nci, 153 üncü, 154 üncü, 156 nci, 159 uncu ve 161 inci madde hükümleri geleneksel ürün adları hakkında da uygulanır" düzenlemesine yer vererek, bazı hükümleri geleneksel ürün adları bakımından kapsam dışı bırakmıştır. SMK'nın ifadesinin değerlendirilmesi neticesinde geleneksel ürün adlarının Ortak Hükümler başlıklı Kitap'ta yer alan SMK md. 148, md. 151, md. 155 ve md. 160, md. 162 ve md. 163'ün kapsamı dışında bırakıldığı görülmektedir. Bu hükümler incelendiğinde ise, Hukuki İşlemler başlıklı md. 148/1'de "Coğrafi işaret ve geleneksel ürün adı hakkı; lisans, devir, intikal, haciz ve benzeri hukuki işlemlere konu olamaz ve teminat olarak gösterilemez" hükmüne yer verildiğini görmekteyiz. SMK md. 151/6'da da benzer şekilde "Coğrafi işarete veya geleneksel ürün adına tecavüz hâlinde bu madde hükmü uygulanmaz" ifadesinin yer aldığını, Önceki Tarihli Hakların Etkisi başlıklı md. 155'in açıkça "marka, patent veya tasarım hakkı sahibinin" ifadesini kullanarak hem coğrafi işaretleri hem geleneksel ürün adlarını kapsam dışında tuttuğu anlaşılmaktadır. Öte yandan İşlem Yetkisi Olan Kişiler ve Tebligat başlıklı SMK md. 160'ın sınai haklara ilişkin olmayıp, vekillik işlemlerine ilişkin hususları düzenlediğini, SMK md 162'nin Kurul kararlarının uygulanmasına ilişkin olduğunu, Kurul kararlarının iptali ve hükümsüzlük davaları kesinleşmedikçe kararların uygulanmayacağını hüküm altına aldığı ve son olarak SMK md. 163'ün de Hızlı İmha Prosedürü başlığıyla el konulan ve muhafaza altına alınan eşyaların imhasına ilişkin düzenlemelere yer verdiği anlaşılmaktadır³⁵. O halde coğrafi işaretlere uygulanan ancak geleneksel ürün adları bakımından uygulama alanı bulmayan hükümler, sadece SMK md. 160, 162 ve 163 olup, bu hükümler hakkın içeriğine değil, vekillik işlemleri ile usul işlemlerine ilişkindir.

III. SINAI MÜLKİYET HAKLARI GENEL TEORİSİNDE

³⁴ Yıldız (n 7) 53.

³⁵ Belirtildiği üzere bu hükümlerin bazılarının açıkça hem coğrafi işaretlere hem geleneksel ürün adlarına uygulanmayacağı SMK ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna karşılık hakkın özüne ilişkin olmayan, usuli işlemleri konu alan SMK md 160, md. 162 ve md. 163'ün neden kapsam dışı bırakıldığı anlaşılamamaktadır. Yıldız da, SMK md. 160 ve md. 162'nin geleneksel ürün adları bakımından uygulanmaması için haklı bir neden olmadığı görüşündedir; Yıldız (n 7) 39, dp. 46. Ayrıca SMK md. 164'ün atıf yaptığı ve sınai mülkiyet hakkının birden çok kişi olması halinde ortak temsilcilik kurumunu düzenleyen md. 147'yi geleneksel ürün adlarının sahibi olmadığını belirterek, dikkatle incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir; ibid 39, dp. 44.

GELENEKSEL ÜRÜN ADLARININ HUKUKİ NİTELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Geleneksel ürün adlarının hukuki niteliği SMK'da bir sınai mülkiyet hakkı olarak belirlenmemiş olsa da, hak teorisi ve sınai mülkiyet haklarının bu teori içindeki yerinin belirlenmesi konunun ele alınması açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle öncelikle sınai mülkiyet haklarının hukuki niteliğinin ele alınması, sonrasında ise geleneksel ürün adlarının değerlendirilmesi uygun olacaktır.

A. SINAI MÜLKİYET HAKLARI

Sınai mülkiyet terimi (mülkiyeti sınaiye) ilk olarak Türkiye'nin 24 Temmuz 1983 tarihinde Lozan'da imzalanan muahedeye merbut ticaret mukavelesi md. 14 ile hukukumuzda alınmıştır³⁶. Anlaşma ile Türkiye, 1883 tarihli Paris Sözleşmesi³⁷ni onaylamayı taahhüt etmiştir. Sözleşmenin asıl metni Fransızca olduğundan terim, Fransızca “*propriété industrielle*” ifadesine uygun olarak dilimize sınai mülkiyet olarak çevrilmiş ve yerleşmiştir.

Günümüzde de bir görüş, fikir ve sanat eserleri ve patent, marka, tasarım gibi yaratımlar üzerinde bir mülkiyet hakkının bulunmadığı, fikri hak adı verilen ayrı bir mutlak hak türünün olduğu kabul etmektedir³⁸. Diğer bir görüş ise, fikri ve sınai hakları Türk Medeni Kanunu'ndaki (TMK) menkul mallar olan taşınır ve taşınmaz mal ayırımından ayırarak, yaratıcı insan zekâsının ürünü olan ve üzerinde şekillendiği maddi maldan ayrı bir hukuki varlığa sahip, gayrimaddi mallar üzerindeki mutlak haklar olarak nitelendirmektedir³⁹. Hal böyleyken her iki görüş de fikri ve sınai ürünlerin birer eşya olmadığını, dolayısıyla bu ürünler üzerinde mülkiyet hakkının doğmayacağını belirtmektedir⁴⁰. Zira

³⁶ Ernst Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Say Birinci Cilt* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1942) 1; Mülkiyeti sınaiye ifadesi Lozan Sulh Muahedenesinin Kabulüne Dair Kanunlar, Fasil 4 md. 86'da yer almaktadır; <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200343.pdf> accessed 10.06.2022.

³⁷ Türkiye 20 Mart 1983 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi'ne 29/5/1930 - Sayı: 1506 Resmî Gazete'de yayınlanan Beynelmilel sınai mülkiyet mukavelelerinin 6 teşrinisani 1925 La Haye tadilatına iltihak edilmesi hakkında kanun ile katılmıştır; <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc008/kanuntbmmc008/kanuntbmmc00801619.pdf> accessed 27.06.2022

³⁸ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 2009) 6; Tekinalp (28) 5, 6, N.12.

³⁹ İlhan Öztrak, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları 1971) 2; Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (Yetkin 2009) 25, 26.

⁴⁰ Tekinalp (n 28) 5, N.12; Erel (n 39) 25, 26; Çağlar Hayrettin, 'Birinci Bölüm Temel Bilgiler' Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu *Sınai Mülkiyet Hukuku* (Adalet Yayınevi 2021) 16; Buna



Türk Medeni Kanunu (TMK) taşınmaz mülkiyetinin konusunu md. 704’de “*arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler*” olarak, taşınır mülkiyetinin konusunu ise TMK md. 762’de “*taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına giren doğal güçler*” olarak belirlemiş olup, bu belirlemede gayrimaddi mallara yer vermemiştir. Ayrıca Fransız hukukundan gelen sınai mülkiyet terimi, Türk medeni hukukuna mehz teşkil eden İsviçre hukukunun hak teorisinin, Fransız özel hukukundaki hak teorisinden farklı olması nedeniyle eleştirilmiş ve Türk hukukuna uygun ifadenin “sınai haklar” ifadesi olduğu belirtilmiştir⁴¹.

Türk medeni hukuku sistematığı içinde hal böyle olmakla birlikte, Türk Anayasa yargısının sınai mülkiyet haklarını, Anayasa (AY) md. 35’e göre mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirdiğini görmekteyiz. KHK’lar döneminde Anayasa Mahkemesi, sınai hakların temelini mülkiyet hakkına dayandırarak ve mülkiyet hakkının ancak kanun ile sınırlandırılabilceğini ve bu nedenle KHK’larla düzenlemeyeceğini ifade ederek, KHK’lardaki bazı maddelerin iptaline karar vermiştir. Mahkeme kararlarında, fikri ve sınai mülkiyet haklarını, gayrimaddi mal olarak değerlendirmiş ve üzerinde bir mülkiyet hakkı olduğu ifade etmiştir⁴².

Dolayısıyla özel hukuk doktrininde sınai haklar üzerinde doğan hakların gayrimaddi mallar üzerindeki bir mutlak hak niteliğinde olduğu, ancak mülkiyet hakkı olmadığı görüşü ağır basmaktayken, Anayasa Mahkemesi kararlarında hakkın⁴³, bir mülkiyet hakkı olduğu görüşü hâkimdir. Zira bu farklılık, Türk

karşılık Tekinalp, mülkiyet ifadesini fikri ürün üzerindeki mutlak hakkın inhisari özelliğini belirtmek için kullandığını belirtmektedir, Tekinalp (n 28) 6, N.12.

⁴¹ Sınai mülkiyet teriminin eleştirisi için bkz.: Hirş (n 36) 2-4. Yazar, sınai mülkiyet terimi yerine sınai hak teriminin kullanılmasının tarihi olarak da daha uygun olacağı kanaatindedir. Nitekim İhtira Beratı Kanunu ve Alameti Farika Nizamnamesinde “mülkiyet” teriminin kullanılmadığını, “sınai haklar” teriminin tercih edildiğini ifade etmektedir.

⁴² Anayasa Mahkemesi, E 2010/73 K 2011/176, 29.12.2011; E 2013/100 K 2014/14, 29.01.2014; E 2013/116 K 2014/135, 11.09.2014; E 2013/147 K 2014/75, 09.04.2014; E 2015/49 K 2015/46, 13.05.2015; E. 2015/33 K 2015/50, 27.05.2015; E 2016/148 K 2016/189, 14.12.2016. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi’nin İhtira Beratı Kanunu ile ilgili verdiği kararında (Anayasa Mahkemesi, E 1967/10 K 1967/49, 28.12.1967), sınai hakların mülkiyet hakkı sayılamayacağı değerlendirilmiştir; Ayrıntılı bilgi için bkz. Salih Polater, ‘Sınai Mülkiyet Haklarına İlişki Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasa’ya Uygunluğu Sorunu’, (2016) 14 Legal Hukuk Dergisi 1890 vd. Hal böyle olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi, bu dönemde de Anayasadaki mülkiyet hakkı kavramının medeni hukuktakinden daha geniş olduğunu kabul etmektedir.

⁴³ Zira Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın da “Mülk Edinme Hakkı” başlıklı 17.2 maddesinde yer alan “Fikri mülkiyet hakları korunmalıdır” ifadesiyle fikri mülkiyet haklarını, mülkiyet hakkı içinde değerlendirdiği görülmektedir. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, C 326/391, 26.10.2012; Fikri mülkiyet haklarını bir insan

medeni hukukundaki mülkiyet hakkı ile Anayasa anlamında mülkiyet hakkının ele alınış biçimindeki farklılıktan doğmaktadır. Medeni hukukta mülkiyet, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki hâkimiyet olarak ifade edilmekte ve TMK bağlamında sınırlandırılmış bulunmaktayken⁴⁴, Anayasal anlamda mülkiyet, “*menkul ve taşınmaz malları, para ile değerlendirebilen hakları ve mal varlığını toplu olarak ve tabii olarak üretim araçlarını içeren bir teminat*” olarak değerlendirilmektedir⁴⁵. Bir başka ifadeyle kişi egemenliğindeki para ile ölçülebilen tüm değerler üzerinde, Anayasa anlamında bir mülkiyet hakkı olması nedeniyle sınai haklar, mülkiyet hakkı kapsamında ele alınmaktadır.

Hal böyle olmakla birlikte, sınai hakların AY md. 35 kapsamında değerlendirilmesi ve mülkiyet hakkından sayılarak, ancak Kanun ile sınırlandırılabilir olması hususunda şüphe yoktur. Nitekim bu hakların bir mutlak hak olarak nitelendirilmesinin, hakkın Anayasa güvencesi altına ve özellikle AY md. 35 kapsamına alınmasını gerektirdiği ifade edilmektedir⁴⁶.

Hukukumuzda fikri ve sınai hakların hangileri olduğu da önem taşımaktadır. SMK öncesinde bu hakların hangileri olduğuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktaydı ve bu hakların fikri haklar yani telif hakkı, -marka ve coğrafi işaret başta olmak üzere- ayırt edici ad ve işaretler, patentler, tasarımlar üzerindeki haklar, yeni bitki türleri üzerindeki ıslahçı hakları ve entegre devre topografyaları üzerindeki hakları kapsadığı değerlendirilmekteydi. SMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, SMK anlamında sınai hakların hangileri olduğu Kanunda açıkça ifade bulunmuştur.

hakkı olarak değerlendirilmesine ilişkin uluslararası düzenlemeler ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının bu düzenlemelerden ayrılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* (Beta 2009) 291 vd. 285.

⁴⁴ Türk medeni hukukunda maddi olmayan nesnelere üzerinde mülkiyet hakkı kurulamaz. Buna karşılık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin mülkiyet hakkına yer veren Ek Protokolünün 1. maddesi kapsamında gayrimaddi mallar üzerinde mülkiyet hakkı kurulması mümkündür; Gemalmaz (n 42) 286.

⁴⁵ T.C. Anayasası Madde Gereçekleri md. 35; <https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gereckeli_anayasa_2021.pdf> accessed 05.09.2022; Ayrıca bkz.: Özlük Betül, ‘Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler’ (2019) 27 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 144, 145.

⁴⁶ Nüşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri* (Sevinç Matbaası 1972) 12; Ayiter'e göre “*Anayasa ruhu itibariyle, böyle önemli ve sosyal karakteri hâkim olan bir garanti maddesinde sırf cismanî malları kastetmiş olamaz. Her türlü mülkiyet ve kanaatmca mülkiyet benzeri hâkimiyet durumları yaratan mameleki hakkı, [1961] Anayasanın 36 ncı maddesinin kapsamına sokacak bir yoruma gitmek gerekir... [bu] şekilde yorumlamaya bizi zorlayan husus en başta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 27 inci maddesinin 3.cü fıkrasıdır*”; Aynı yönde bkz.: Erel (n 39) 8; Tekinalp (n 28) 37, N. 11; Duygun Yarsuvat, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları* (Sulhi Garan Matbaası 1977) 12; Ayiter'in İnsan Hakları Evrensel Bildirisine dayandırdığı bu yorumunun, AİHS Ek Protokolünün 1. maddesi kapsamında ele alınması gerekliliği hususunda bkz.: Gemalmaz (n 42) 296 dp 969.



Hangi konuların bu haklar kapsamına girdiği hususu, Paris Sözleşmesi'nde de yer almaktadır. Sözleşme'ye göre sınai mülkiyet haklarının konusu, “*patentler, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, ticaret markaları, hizmet markaları, ticaret unvanları, menşe adları ve mahreç işaretleri, haksız rekabetin önlenmesidir*”⁴⁷. Paris Sözleşmesi ayrıca sınai haklar kavramının en geniş anlamıyla anlaşılması gerektiğini ve yalnız sanayi ve ticaret alanı için değil, aynı zamanda tarımsal ve tabii ürünler, maden çıkarma sanayileri ile örneğin şarap, tahıl, tütün yaprağı, meyve, sürü hayvanları, mineraller, maden suları, bira, çiçekler ve un gibi bütün üretilen veya doğal ürünler için de geçerli olacağını kabul etmektedir⁴⁸. O halde hükmün ifadesinden de anlaşılacağı üzere sınai haklar, burada sayılanlarla sınırlı değildir ve bu sayılanlarla benzer olanlar konular da sınai haklar içinde değerlendirilebilecektir. Nitekim günümüzde yeni bitki çeşitleri ve entegre devre topografyaları gibi ürünlerin de yaratıcısına bir sınai mülkiyet hakkı tanıdığı kabul görmektedir. Bundan yola çıkarak, Paris Sözleşmesi bakımından geleneksel ürün adlarının da bir sınai hak türü olarak kabul edilmesinde herhangi bir engel olmadığı değerlendirilmelidir⁴⁹.

B. GELENEKSEL ÜRÜN ADLARI KORUMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

SMK'nın sınai mülkiyet hakkı türü olarak tanımlamadığı geleneksel ürün adlarının, hak ayrımı içindeki yerinin tespit edilmesi bu çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır. Yukarıdaki açıklamalar altında, aşağıda geleneksel ürün adı korumasının kapsamı da değerlendirilerek, geleneksel ürün adları üzerinde nasıl bir koruma sağlandığı incelenecektir.

Elbette ki AB tarafından yapılan düzenlemeler SMK'ya temel teşkil ettiğinden, bu düzenlemelerde geleneksel ürün adlarının ele alınış biçiminin değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 1151/2012

⁴⁷ Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi, md. 1/2; <<https://wipolex.wipo.int/en/text/287556>> accessed 27.06.2022.

⁴⁸ ibid md. 1/3.

⁴⁹ Sınai mülkiyet hakları bakımından önem taşıyan bir diğer anlaşma da Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPs)'dir. Ancak bu anlaşmada, sınai mülkiyet haklarının neler olabileceğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır, sadece TRIPs md. 1/2'de “*Bu Anlaşmanın amaçları doğrultusunda “fikri mülkiyet” terimi, Kısım II, Bölüm 1-7'ye konu olan tüm fikri mülkiyet kategorilerini ifade eder*” hükmüne yer verilmiştir. Bölüm 1-7'de ise, eser sahibinin hakları ve bağlantılı haklar, marka, coğrafi işaret, endüstriyel tasarım, patent, entegre devre topografyaları ve gizli bilginin korunması konuları ele alınmıştır. Buna karşılık TRIPs'in, birçok bölümünde Paris Sözleşmesi'ne atıfta bulunduğu ve fikri mülkiyet hakları alanında Dünya Ticaret Örgütü'ne üye ülkeler bakımından asgari koruma standartlarını belirlemeyi amaçladığı görülmektedir. Dolayısıyla TRIPs'in, sınai mülkiyet hakları açısından Paris Sözleşmesi ile kabul edilen ve Paris Sözleşmesi'nin hak türleri bakımından sınırlandırıcı olmayan yaklaşımından ayrılma amacı olduğunun kabulü mümkün görünmemektedir. Ayrıca bkz.: Yıldız (n 7) 38.

sayılı Tüzük md. 24'de, “*geleneksel ürün adları her türlü kötüye kullanım, taklit veya çağrışımlara veya tüketiciyi yanıltabilecek diğer uygulamalara karşı korunacaktır*” ifadesi yer almaktadır. Bu düzenleme nedeniyle de 1151/2012 sayılı Tüzük'ün geleneksel ürün adı üzerinde bir mutlak hak tanıdığı ifade edilmiştir⁵⁰.

Ad üzerindeki hakkın bir mutlak hak olarak nitelendirilmesinin diğer bir sebebi de mülga 509/2006 sayılı Tüzük'ün koruma bakımından ikili bir yaklaşım tercih etmiş olmasına karşılık, bu yaklaşımın 1151/2012 sayılı Tüzük ile terkedilmiş olmasıdır. Mülga 509/2006 sayılı Tüzük md. 3 geleneksel ürün adı sicilinin, ürün adının kullanımının sadece tescilde yer alan özelliklere uygun ürün üreten üreticilere hasredilip hasredilmemesine göre iki liste halinde tutulacağını ifade etmiştir. Buna bağlı olarak da adın kullanımını düzenleyen 509/2006 sayılı Tüzük md. 13/1, Tüzük kapsamında tescil edilen adların kullanılmaya devam edilebileceğini ancak sicilde yer alan özellikleri taşıyorsa, *traditional speciality guaranteed, TSG* veya Topluluk ambleminin, ürün üzerinde kullanılmayacağını belirtmiştir. Tüzük md. 13/2 de ise, tescil başvurusunda eğer ürün adının kullanımı başvuru sahibinin talebiyle sadece ürünü sicilde yer alan özelliklere bağlı kalarak üreten üreticilere hasredilmiş ve ad bu şekilde tescil edilmişse, adın *traditional speciality guaranteed, TSG* veya Topluluk amblemi olmasa da kullanılmayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla mülga Tüzük, ikili bir koruma yaklaşımı benimsemiştir. İlk yaklaşım dar ama ulaşılabilir bir koruma sağlamakta, ikinci yaklaşım ise daha geniş bir koruma sağlamaktadır. Ancak her iki korumanın da tüketiciyi yanıltmaya meyilli uygulamaları engelleyerek tüketicinin aldatılmasının önlenmesi amacına hizmet ettiği ifade edilmektedir⁵¹.

1151/2012 sayılı Tüzük'te ise bu yaklaşım terk edilmiş ve adın her türlü kullanımına koruma sağlanmıştır. Tüzük Resital md. 35 bu yaklaşımın nedenini açıklamıştır. Buna göre;

“*Mevcut koruma, tanımlama amacıyla Birlik içinde adın kullanımı hali saklı kalmamak kaydıyla tescil etme seçeneğini sunmaktadır. Bu seçenek paydaşlar tarafından iyi anlaşılmadığından ve yerellik ilkesinin uygulanmasıyla Üye Devlet veya bölgesel düzeyde geleneksel ürünleri belirleme işlevi daha iyi sağlanabileceğinden, bu seçenek sonlandırılmalıdır. Deneyimlerin ışığında, program yalnızca Birlik genelinde adın tescili ile ilgilenmelidir*”⁵².

⁵⁰ Tosato (n 5) 566.

⁵¹ ibid 554; *Tosato*, her iki korumanın da mutlak hak doğurduğunu, ilkinde adla birlikte TSG terimi veya Topluluk ambleminin birlikte ele alındığını, ikincisinde ise tek başına adın korunduğunu ifade etmektedir; ibid 553 vd.

⁵² Ayrıca bkz.: Markus Grube, ‘LMIV Art. 26 Ursprungsland oder Herkunftsort’, Voit/Grube (ed.), *Lebensmittelinformationsverordnung* (Beck 2016) Rn. 108-114.



Bu ifadeyle 1151/2012 sayılı Tüzük geleneksel ürün adının kullanımını, ürünü sadece tescildeki özelliklere uygun üreten üreticilere hasretmiştir. Dolayısıyla bu bakımdan değerlendirildiğinde SMK'nın 1151/2012 sayılı Tüzük ile tam bir uyum içinde olduğu söylenemez.

Bu noktada ele alınması gereken bir husus da geleneksel ürün adlarıyla aralarında büyük benzerlik bulunduğunu belirttiğimiz coğrafi işaretler üzerindeki haktır. Menşe adı ve mahreç işaretlerini ele alan coğrafi işaretlerin, bir sınai mülkiyet hakkı türü olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Hal böyle olmakla birlikte coğrafi işaretlerin sadece kullanma (*usus*) yetkisi vermesi, buna karşılık yararlanma (*fructus*) ve tüketme (*abusus*) yetkilerini vermemesi nedeniyle bir mutlak hak olmadığı ve herkesin işareti kullanma hakkı olması nedeniyle inhisari de olmadığı belirtilerek, coğrafi işaretler üzerinde bir *sui generis* hak bulunduğu değerlendirilmiştir⁵³. Buna karşılık coğrafi işaretleri de sınai mülkiyet hakları üst başlığında ele alanlar görüşlerini, coğrafi işaretler üzerindeki hakkın hukuki niteliğine değil, yapı itibarıyla diğer sınai mülkiyet hakkı türlerine -özellikle markalara- benzerliğine dayandırmaktadır⁵⁴. Ayrıca coğrafi işaretlerin sınai mülkiyet hakkı olarak değerlendirilmesinin politik bir tercihin sonucu olduğu da vurgulanmıştır⁵⁵. Zira Avrupa Birliği Adalet Divanı da coğrafi işaretlerin bir sınai mülkiyet hakkı türü olduğunu kabul etmektedir⁵⁶. Kanaatimizce de hakkın mutlak olmaması onu sınai haklar üst başlığından çıkarmak için yeterli bir gerekçe değildir.

⁵³ Gökmen Gündoğdu *Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması* (Beta İstanbul 2006) 80-83; Didem Özgür 'Coğrafi İşaretlerin Korunması: Avrupa Birliği'ndeki Hukuki Çerçeve ve Türkiye Uygulaması' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2011) 6; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Oniki Levha Yayıncılık 2015) 764; Mutlak ve inhisari bir hak olmadığı hususunda ayrıca bkz.: Tekinalp (n 28) 23, N. 76. Anayasa Mahkemesi'nin coğrafi işaretlerle ilgili kararına bakıldığında, diğer sınai mülkiyet hakkı türlerinde olduğu gibi coğrafi işaretler üzerindeki hakkın bir mülkiyet hakkı (*mutlak hak*) olarak ele alınıp alınmayacağı hususuna açıklık getirmediği görülmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi, E 2009/14 K 2009/46, 12.03.2009 tarihli kararıyla, 555 Sayılı KHK md. 24/1-a ve c bentlerini KHK md. 24A/1-c yönünden Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Ancak bu kararında Mahkeme, KHK'larla ilgili diğer kararlarında olduğu gibi AY md. 35'e yani mülkiyet hakkına değil, AY md. 38 ve 91'e dayanmıştır.

⁵⁴ Tosato (n 5) 575; Coğrafi işaretlerin markalar ile benzerliği hakkında bkz.: Stephan Stern 'Are GI's IP' 2007 (2) European Intellectual Property Review, 41.

⁵⁵ Andras Jokuti 'Where is the What if the What is in Why? A Rough Guide to the Maze of Geographical Indications' 2009 (3) European Intellectual Property Review 123.

⁵⁶ Case C-108/01, *Consorzio del Prosciutto di Parma and Salumificio S. Rita SpA v Asda Stores Ltd and Hygrade Foods Ltd*, 64; <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A95B473D6F5DB83231DD9153B9210764?text=&docid=48307&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1285914>> accessed 08.09.2022.

SMK açıkça, coğrafi işaretlerle oldukça benzer özellikler içeren, geleneksel ürün adları üzerinde sınai mülkiyet hakkı olmadığı kabul etmiştir⁵⁷. Hatta SMK md. 45/5 hükmü, geleneksel ürün adlarına ilişkin korumanın, diğer sınai mülkiyet hakları kapsamında kazanılmış haklara hanel getirmeyeceğini ifade ederek SMK, sınai mülkiyet hakları karşısında geleneksel ürün adı korumasını arka plana atmış, diğer haklara öncelikli bir konum bahsetmiştir⁵⁸.

Geleneksel ürün adlarının tescil ettirene inhisari bir hak bahsetmediği SMK tarafından kabul edilmektedir (SMK md. 45/4). Buna karşılık coğrafi işaretler bakımından da tescilin tescil ettirene inhisari hak sağlamadığı kabul edildiğinden (SMK md. 44/7) bu husus, geleneksel ürün adları korumasının bir sınai mülkiyet hakkı olarak değerlendirmem için yeterli bir gerekçe değildir. Zira inhisari hak tanınmamasının sebebi sadece tescil sahibinin değil, ürünü şartları taşıyan şekilde üreten tüm üreticilere coğrafi işareti veya geleneksel ürün adını kullanma hakkı tanınmış olması ve üzerindeki hakkın hukuki işlemlere konu edilememesidir. Aynı şekilde, bir mutlak hak bahsetmeme⁵⁹ bakımından da yukarıda açıklandığı şekilde coğrafi işaretlerle geleneksel ürün adları benzerlik göstermekte ve her ikisinin de mutlak hak olarak sınıflandırılmasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.

Değerlendirilmesi gereken bir husus da amblemsiz kullanımın -yanıltıcı kullanım istisnası- dışında kapsam dışı bırakılmış olmasıdır. Bu husus konumuz bakımından önem taşımaktadır. Nitekim bu durum diğer sınai mülkiyet hakları bakımından geçerli değildir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu hüküm nedeniyle korumanın geleneksel ürün adı üzerinde değil, adla birlikte amblemin kullanılması üzerinde doğduğu değerlendirilmektedir. O nedenle de bu düzenleme, SMK'nın geleneksel ürün adı korumasını bir sınai mülkiyet hakkı olarak nitelendirmemesine temel teşkil etmekte olup, geleneksel ürün adlarını yukarıda belirttiğimiz ayrımın dışına taşımaktadır. Nitekim SMK kapsamında tescil edilerek korunması öngörülen sınai mülkiyet haklarının koruma konusu, işaret, marka, buluş veya tasarım gibi tescil edilen konu üzerinde doğmaktay-

⁵⁷ Yıldız, geleneksel ürün adlarının sınai mülkiyet hakları kapsamında değerlendirilmemiş olmasının haklı bir gerekçesi bulunmadığını ifade etmektedir. Geleneksel ürün adlarına, coğrafi işaretlere benzer şekilde, sınai mülkiyet hakkı tanınmasının uygun olacağı kanaatindedir; bkz.: Yıldız (n 7) 38.

⁵⁸ Asan, Ilıcalı (n 17) 39; Bu husus, 1151/2002 sayılı Tüzük md. 43'te de yer almaktadır; bkz.: Michael Blakeney, *The Protection of Geographical Indications Law and Practice* (Elgar UK 2014) 131.

⁵⁹ Nitekim geleneksel hak ayrımları çerçevesinde değerlendirildiğinde bir hakkın mutlak hak niteliği taşıyor olabilmesi, bu hakkın hukuken mutlak hak olarak tanınmış olmasına bağlı olup, bu hususta sınırlı sayıda olma ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla SMK tarafından sınai mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmemiş olması bile tek başına geleneksel ürün adları üzerindeki hakların bir mutlak hak olarak nitelendirilemeyeceğine gerekçe olarak gösterilebilir.



ken, geleneksel ürün adlarında koruma tescil edilen ad üzerinde doğmamakta ve bahşedilen koruma adın tek başına değil, amblem ile birlikte kullanımı halinde devreye girmektedir. Yanıltıcı kullanım istisnası olarak belirttiğimiz hal ise kanaatimizce oldukça sınırlı sayıda olayda devreye girebilecektir. Nitekim yanıltıcı kullanım -her ne kadar yanıltıcı bir açıklamaya veya belirtiyeye yer verilmesi hali ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklamında veya ürünle ilgili herhangi bir yazılı belgede yer verilmesi dâhil birçok ihtimal göz önünde bulundurularak kaleme alınmış olsa da- üreticinin ürettiği ürünün sicildeki özellikleri taşımadığını bilmiyor olması ihtimali düşük olduğundan, nadiren karşılaşılabilecek bir durumdur. Dolayısıyla bu durum da geleneksel ürün adlarının sınai mülkiyet haklarına dâhil diğer yaratımlardan farklılaşmasına yol açmaktadır.

Kanaatimizce kanun koyucu da SMK'nın sistematüğinden anlaşılacağı üzere, geleneksel ürün adını bir sınai mülkiyet hakkı türü olarak kabul eden bir düzenlemeden imtina etmiştir. Kanun koyucu burada bilinçli bir tercih yapmıştır. Zira geleneksel ürün adları bakımından, coğrafi işaretlere benzer şekilde, geleneksel ürün adına konu ürünün tescildeki özelliklerini içermediği hallerde kullanılmayacağı şeklinde bir düzenleme de getirebilirdi. O halde geleneksel ürün adları da, sadece sicilde yer aldığı şekliyle o ürünü üreten üreticilere tanınmış bir hak olarak değerlendirilebilirdi. Buna karşılık kanun koyucunun tercihinin, tescilli adın özelliklerine uygun olarak üreten üreticilere amblem kullanımını sağlaması yönünde olması, bize adın kullanımının tescildeki şekliyle ürünü üretenlere hasredilmek istenilmediğini, geleneksel ürün adlarına daha düşük bir koruma bahşedilmesinin amaçlandığını göstermektedir. Bu tercihin haklı bir tercih olup olmadığı hususunda yukarıda yaptığımız açıklamalar saklı kalmak kaydıyla, saydığımız nedenler kanun koyucunun bu yöndeki iradesine temel teşkil edebilecektir.

O halde SMK nedeniyle bir sınai mülkiyet hakkı olmadığını değerlendirdiğimiz geleneksel ürün adları üzerindeki korumanın niteliğinin belirlenmesi de önemlidir. Korumanın niteliği bakımından isabetli bulduğumuz değerlendirme⁶⁰, geleneksel ürün adları üzerinde *sui generis* bir koruma olduğunun ve bu korumanın kendine özgü bir hak doğurduğunun kabulüdür. *Sui generis*, kendine özgü anlamına gelmekte olup, *sui generis* koruma, fikri haklar alanında değerlendirilen ancak geleneksel marka, patent, telif hakkı gibi konular dışında kalan koruma konular üzerindeki hakları ifade etmek için kullanılmaktadır⁶¹.

⁶⁰ Yıldız (n 7) 33; Burçak Yıldız, 'Üçüncü Bölüm Coğrafi İşaretler ve Geleneksel Ürün Adları' Ayhan/Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu *Sınai Mülkiyet Hukuku* (Adalet Yayınevi 2021) 156.

⁶¹ Garner Bryan A, *Black's Law Dictionary* (8th edn. 2004), 1475; Ayrıca bkz.: Gangjee Dev S., 'Sui Generis or Independent Geographical Indications Protection' in Irene Calboli and Jane G. Ginsburg (eds) *The Cambridge Handbook of International and Comparative Trademark Law* (Cambridge University Press 2020) 256 vd.

Örneğin coğrafi işaretlerin marka hakkı altında değerlendirilmeyerek, bunlar için ayrı bir koruma türü oluşturulması *sui generis* korumaya örnektir. Buna karşılık *sui generis* ifadesi fikri mülkiyet hakları alanında, kendine özgü hakları ifade etmek için de kullanılmaktadır. Klasik hak ayırımına dâhil olmayan ancak fikri mülkiyet hakkı benzeri haklar doğuran bazı konular üzerinde *sui generis* hak doğduğu kabul edilmektedir. Örneğin hukukumuzda fikri hak konularından biri olan özgün nitelik taşımayan veri tabanları üzerinde *sui generis* bir koruma olduğu değerlendirilmektedir⁶². Nitekim veri tabanları sahibinin hususiyetini içermese de, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan bazı hükümler kapsamında korumadan yararlanabilmektedir. Veri tabanlarının yanı sıra, geleneksel bilgi ve folklorun korunması konusunda da *sui generis* koruma sağlanmasının uygun düştüğü değerlendirilmektedir⁶³. O halde fikri ve sınai haklara konu yaratımlara benzer özellikler içeren bazı konulara kendine özgü bir koruma sağlanmış olması hem ülkemizde hem uluslararası alanda kabul gören bir yaklaşımdır.

Bu sebeplerle kanun koyucunun amacı ve SMK'da düzenleniş biçimi dikkate alındığında, geleneksel ürün adlarına fikri mülkiyet alanına dâhil bir *sui generis* koruma getirilmesinin amaçlandığı değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Tescilli sınai mülkiyet hakları, marka, patent, faydalı model, coğrafi işaret ve tasarımlar üzerinde doğar. Geleneksel ürün adları ise sınai mülkiyet hakları dışında bırakılmıştır. Bu bakımdan geleneksel ürün adlarının kapsam dışı bırakılmış olmasının nedenleri ve doğurduğu sonuçların tespiti önemlidir.

Geleneksel ürün adlarının sınai mülkiyet hakkı sayılmamasının; korumanın coğrafi işaretlerle birlikte düzenlenmiş olması ve oldukça benzer hükümler içermesi karşısında haklı bir gerekçesinin bulunmadığı değerlendirilebilir. Buna karşılık SMK'nın geleneksel ürün adlarının amblemsiz kullanımı hallerini kapsam içinde değerlendirmemesi, diğer tescilli sınai mülkiyet haklarıyla karşılaştırıldığında büyük bir farklılık doğurmaktadır. O halde geleneksel ürün adının kullanımı, -yanıltıcı kullanım istisnası saklı kalmak kaydıyla- ad tescilli de olsa, serbesttir. Dolayısıyla bu husus, SMK'nın açık hükmüyle birlikte ele alındığında, kanun koyucunun bilinçli olarak tercihinin, geleneksel ürün adları

⁶² AB'de ve ülkemizde veri tabanları bakımından hem telif hem *sui generis* koruma benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Ateş, "Veri Tabanlarının Hukukî Koruması" (2006) 55 AÜHFD 47 vd.

⁶³ Arzu Oğuz, 'Fikri Mülkiyet Hakları ve Geleneksel (Yerel) Bilgi ve Folklorun Hukukî Korunması' (2009) 9 FMR 10 vd.; Geleneksel bilgi kavramı, geleneksel ürün adlarıyla büyük benzerlikler arz etmektedir. Bu benzerlikler için ayrıca bkz.: 11-16; Ayrıca bkz.: Uğur Çolak, "Türkülerde İşleme Eser Sahipliği ve Sui Generis Koruma Önerisi" (2008) 8 FMR 95 vd.

üzerindeki korumanın, ad üzerinde bir sınai mülkiyet hakkı yaratmadığı yönünde olduğunu göstermektedir.

Bu sebeplerle sınai mülkiyet hakkı olmayan geleneksel ürün adlarına nasıl bir koruma bahşedildiği konusunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce fikri ve sınai haklar bakımından pek de yabancı olmayan *sui generis* bir hakkın bahşedildiğinin değerlendirmesi uygun olacaktır. Bu sistem ile tescil sahibi adın amblem ile birlikte kullanılması halinde, ürünü tescildeki içeriğe uygun üretmeyen üreticilerden tecavüz nedeniyle tazminat talep edebilecek, buna karşılık tescildeki içeriğe uygun olmak kaydıyla üretici, adı amblem ile birlikte kullanabilecektir.

Hakkın niteliğinin *sui generis* olması, elbette ki teorik bir ayırmadan ibaret olup, geleneksel ürün adlarının sınai mülkiyet hukuku sistematiğinden ayrı düşünülmesini gerektirmez. Ayrıca üzerindeki hak bakımından coğrafi işaretlerle büyük benzerlik arz ediyor olması da, bu nitelendirmenin aslında kanun koyucunun tercihinin bir sonucu olduğunu göstermektedir. Her ne kadar sınai mülkiyet hakkı türü olarak kabul edilmeyen bir koruma konusunun “Sınai Mülkiyet Kanunu” başlıklı bir Kanun’da ele alınması⁶⁴ ve SMK md.1’de Kanunun konusunun geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması olarak tespit edilmiş olması tezat oluştursa da, bu hakkın kanun koyucu tarafından fikri mülkiyet hakları şemsiyesi altında gördüğünün de bir göstergesidir. Ancak getirilen korumanın derecesi değerlendirildiğinde, korumanın oldukça sınırlı sayıda durumda devreye girmesi muhtemel görünmektedir.

Bu noktada tartışılması gereken bir husus da, Türk Ticaret Kanunu’ndaki haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanmasının söz konusu olup olamayacağıdır. Kısaca, rakipler arasındaki veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile ticari uygulamalara karşı bir önlem olarak değerlendirilebilen haksız rekabet korumasının, tescilli geleneksel ürün adlarının amblemsiz kullanımında uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir⁶⁵. Buna karşılık haksız rekabet hükümlerinin SMK hükümlerini işlevsiz kılacak biçimde yorumlanmaması gerektiğinden⁶⁶ haksız

⁶⁴ SMK’nın kapsamı ve başlığı arasındaki uyumsuzluk hakkında bkz.: Yıldız (7) 37, dp. 36.

⁶⁵ Yıldız (n 7) 52.

⁶⁶ Feyzan Hayal Şehirli Çelik, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması Fikri Mülkiyet-Haksız Rekabet İlişkisi Odaklı Bir İnceleme* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2014) 117; Ayrıca bkz.: Yargıtay 11 HD, E 2021/89 K. 2021/3954, 22.04.2021; “Haksız rekabetin önlenmesindeki amaç, serbest piyasa düzeninde, herkesin dürüstlük kuralları içerisinde hareket etmesini sağlamak suretiyle bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Dürüst ve bozulmamış rekabetin varlığı, piyasa katılımcılarının (tüketiciler, tacirler, rakipler) yanında, bireysel rekabet düzeninin korunmasını da gerektirir. Tacirlerin korunması ilkesi çerçevesinde koruma unsurlarından biri de emeğin ve yatırımların korunması olmakla birlikte, fikri mülkiyet

rekabetin tespitinde, SMK'nın geleneksel ürün adlarını amblemsiz kullanımını kapsam dışı tuttuğu da göz önüne alınmalıdır. Kanaatimizce bu hususta haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı bulması, somut olay bazında değerlendirme yapmanın gerekliliğini de vurgulayarak, nadiren söz konusu olabilecektir. Tescilli geleneksel ürün adları bakımından hal böyleyken, tescilsiz geleneksel ürün adları bakımından da, Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet hükümlerine dayanılabileceği ancak bu hükümlerin uygulanabilirliğinin ispatlanmasının güç olacağı değerlendirilmiştir⁶⁷. Nitekim amblemsiz veya tescilsiz kullanım hallerinde haksız rekabet hükümlerinden TTK md. 55/1-a-4'de yer alan “Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak” haline dayanılması mümkün olabilecektir. Ancak bu hal, geleneksel ürün adının kullanımının tüketici nezdinde karıştırılmaya yol açması (iltibas) halinde mümkün olabileceğinden oldukça sınırlı halde uygulanabilecektir. Zira geleneksel ürün adları, geleneksel yöntemler ve kültürümüze ait öğeler olarak değerlendirildiğinden, kullanım hallerinin karıştırılmaya –iltibasa- yol açması nadiren görülebilecek bir hal olarak değerlendirilmektedir.

“Geleneksel üretimine ilişkin yöntemlerin ve kültürümüze ait öğelerin nesilden nesile aktarılması ve standart üretim prosedürlerinin belirlenerek garanti altına alınması” amacını gerçekleştirmeyi hedefleyen geleneksel ürün adlarının tescili, bu alandaki çeşitliliğin oldukça zengin olduğu ülkemiz bakımından büyük önemi haizdir. Bununla birlikte, SMK'nın amblemsiz kullanımını kapsam dışı tutması bu amaca engel olarak değerlendirilebilir. Bu hususun tüketiciyi bilgilendirici metinlerde ele alınması, tüketicinin piyasadaki hangi ürünlerin tescile uygun şekilde üretildiğini ayırt edebilmesi açısından önemlidir. Kanaatimizce böylelikle tüketicinin de tescil edilmiş içeriğe uygun ürünlere ulaşması sağlanacak ve bu anlamda koruma, garanti fonksiyonunun yerine getirilmesi amacına da ulaşılacaktır.

hakları özelinde, bütün dünyada ve ülkemizde geçerli olan tescile bağlı ve süreyle sınırlı koruma ilkelerinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Bu çerçevesinde, haksız rekabet hükümlerine dayanılarak anılan ilkeleri geçersiz kılacak veya zedeleyecek yorumlardan dikkatle kaçınılmalı ve bu noktada haksız rekabet hükümleri dar yorumlanmalı, konuya ilişkin özel hükümlerin ötesinde, mal veya hizmetlerle ilgili olarak tekel yaratılmamalı, ekonominin sağlıklı şekilde işlemesi için serbest rekabet ortamı özenle korunmalıdır.”

⁶⁷ Asan, Ilıcalı (n 17) 27.

KAYNAKÇA

- Andras J. 'Where is the What if the What is in Why? A Rough Guide to the Maze of Geographical Indications' 2009 (3) European Intellectual Property Review 118-123.
- Ateş M, 'Veri Tabanlarının Hukukî Koruması' (2006) 55 AÜHFD 47-84.
- Ayhan R, Çağlar H, Yıldız B ve İmirlioğlu D, *Sınai Mülkiyet Hukuku* (Adalet Yayınevi 2021).
- Ayiter N, *Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri* (Sevinç Matbaası 1972).
- Blakeney M, *The Protection of Geographical Indications Law and Practice* (Elgar 2014).
- Bozbel S, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Oniki Levha Yayıncılık 2015).
- Çolak U, 'Türkülerde İşleme Eser Sahipliği ve Sui Generis Koruma Önerisi' (2008) 8 Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR) 95-156.
- Erel Ş, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (Yetkin Ankara 2009).
- Garner B. A (ed), *Black's Law Dictionary* (8th edn, Thomson West 2004).
- Gemalmaz B, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* (Beta 2009).
- Gündoğdu G, *Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması* (Beta 2006).
- Hirş E, *Hukuki Bakımdan Fikri Say Birinci Cilt* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1942).
- Calboli I ve Ginsburg J G. (eds) *The Cambridge Handbook of International and Comparative Trademark Law* (Cambridge University Press 2020)
- Karasu R, Suluk C ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Seçkin 2021).
- Kur A, v. Bomhard V ve Albrecht F (ed), *Beck'sche Online-Kommentare Markenrecht* (29. Edition Beckonline, 2022).
- Oğuz A, 'Fikri Mülkiyet Hakları ve Geleneksel (Yerel) Bilgi ve Folklorun Hukuki Korunması', (2009) 9 Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR) 10-52.
- Oğuz A, 'Bir Sınai Hak Türü Olarak Coğrafi İşaretlerin Korunması' 2019 (19) Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 567-580.
- Oğuzman M.K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (Filiz Kitabevi 2009).

Özgür D, 'Coğrafi İşaretlerin Korunması: Avrupa Birliği'ndeki Hukuki Çerçeve ve Türkiye Uygulaması' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2011)

Polater S, 'Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Menşe Adının ve Mahreç İşaretinin Tescil Edilebilme Şartları' 2020 (6) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 283-309.

Polater S, 'Sınai Mülkiyet Haklarına İlişki Kanun Hükmünde Kararnemelerin Anayasa'ya Uygunluğu Sorunu', (2016) 14 Legal Hukuk Dergisi 1861-1902.

Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2012).

Stern S, 'Are GI's IP' 2007 (2) European Intellectual Property Review 39-42.

Şehirli Çelik F. H, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması Fikri Mülkiyet-Haksız Rekabet İlişkisi Odaklı Bir İnceleme* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2014).

Tosato A, 'The Protection of Traditional Foods in the EU: Traditional Specialities Guaranteed' (2013) 19 European Law Journal 545-576.

Voit W ve Grube M, *Lebensmittelinformationsverordnung* (Beck 2016).

Yargıtay 11 HD, E 2021/89 K. 2021/3954, 22.04.2021.

Yarsuvat D, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları* (Sulhi Garan Matbaası 1977).

Yasaman H, Ayoğlu T, Yusufoglu Bilgin F, Memiş Kartal P, Yüksel S. H ve Yasaman Z, *Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi* (Seçkin 2021).

Yıldız B, 'Sınai Mülkiyet Kanunu Açısından Geleneksel Ürün Adları' (2018) 9 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27-60.

DiĞER KAYNAKLAR

Anayasa Mahkemesi, E 1967/10 K 1967/49, 28.12.1967.

Anayasa Mahkemesi, E 2009/14 K 2009/46, 12.03.2009.

Anayasa Mahkemesi, E 2010/73 K 2011/176, 29.12.2011.

Anayasa Mahkemesi, E 2013/100 K 2014/14, 29.01.2014.

Anayasa Mahkemesi, E 2013/116 K 2014/135, 11.09.2014.

Anayasa Mahkemesi, E 2013/147 K 2014/75, 09.04.2014.

Anayasa Mahkemesi, E 2015/49 K 2015/46, 13.05.2015.

Anayasa Mahkemesi, E. 2015/33 K 2015/50, 27.05.2015.

Anayasa Mahkemesi, E 2016/148 K 2016/189, 14.12.2016.

Beynelmilel sınaî mülkiyet mukavelelerinin 6 teşrinisani 1925 La Haye tadilatına



iltihak edilmesi hakkında Kanun, RG 29.05.1930/1506; <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc008/kanuntbmmc008/kanuntbmmc00801619.pdf> accessed 27.06.2022.

Case C-108/01, *Conorzio del Prosciutto di Parma and Salumificio S. Rita SpA v Asda Stores Ltd and Hygrade Foods Ltd*, 64; <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A95B473D6F5DB83231DD9153B9210764?-text=&docid=48307&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1285914>> accessed 08.09.2022.

Charter of Fundamental Rights of the European Union, C 326/391, 26.10.2012.

Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı Amblem Yönetmeliği, RG 29.12.2017/30285.

Council Regulation (EC) No 509/2006 of 20 March 2006 on agricultural products and foodstuffs as traditional specialities guaranteed.

Council Regulation (EEC) No 2082/92 of 14 July 1992 on certificates of specific character for agricultural products and foodstuffs.

Çakallı Menemeni, <<https://ci.turkpatent.gov.tr/Files/GeographicalSigns/9be98686-1938-41ac-932c-94ab22faf1ed.pdf>> accessed 27.06.2022.

Denizli Tandır Kebabı, <<https://ci.turkpatent.gov.tr/Files/GeographicalSigns/102d4727-eb37-4aec-9c8c-ec7a9152dc0c.pdf>> accessed 27.06.2022.

Döner, <<https://ci.turkpatent.gov.tr/Files/GeographicalSigns/e8b340b7-a6c2-4900-9b05-de2df246096a.pdf>> accessed 27.06.2022.

Ezo Gelin Çorbası, <<https://ci.turkpatent.gov.tr/Files/GeographicalSigns/b61b8d95-482b-4adb-8e8a-3ef7e6e48864.pdf>> accessed 27.06.2022.

Lozan Sulh Muahedenamesinin Kabulüne Dair Kanunlar, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200343.pdf> accessed 10.06.2022.

Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs.

Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 12.12.2016, RG 10 Ocak 2017/29944.

Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, RG, 24 Nisan 2017/30047 (SMKYön).

Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi, md. 1/2; <<https://wipo.int/en/text/287556>> accessed 27.06.2022.

Şevket-i Bostan, <<https://ci.turkpatent.gov.tr/Files/GeographicalSigns/5694d78e-844f-47fc-bc40-c2cf67d17199.pdf>> accessed 27.06.2022.

T.C. Anayasası Madde Gereçekçeleri, <https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf> accessed 05.09.2022.

Yargıtay 11 HD, E 2021/89 K. 2021/3954, 22.04.2021.

TÜRK BORÇLAR KANUNU MADDE 417 BAĞLAMINDA İŞÇİNİN KİŞİLİĞİNİN KORUNMASI

*Protection of the Worker's Personality within the Scope of Turkish Code
of Obligations Article 417*

Osman UYAROĞLU*

Özet

Çalışmada, işçinin Türk Borçlar Kanunu bağlamında kişiliğinin korunması meselesi ele alınmıştır. İktisadi gelişmenin en önemli toplumsal konuyu teşkil ettiği 19-20. yy dönemlerinin geride kalmasıyla; günümüz dünyasında işçinin ekonomik sistem içinde bireysel alanının korunması giderek daha gerekli ve önemli bir konu haline gelmiştir. Zira sistemin temel yapıtaşı olan işçiler, ekonomik sistem içinde yalnızca ekonomik yönlerden değil; bir birey olarak temel kişilik hakları bakımından da korunmaya ihtiyaç duymaktadırlar. Bu bağlamda; hukuk dünyasındaki güncel gelişmeler neticesinde kavramlaşan yeni nesil haklar da; işçinin kişiliğinin korunmasında ayrıcalıklı bir konuma sahip olmaktadır.

İşçinin kişiliğinin korunması konusu; Anayasa, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilen çeşitli hükümler üzerinden temel hukuki dayanaklarına kavuşmaktadır. Ayrıca İş Kanunu'nda düzenlenen işverenin işçilere eşit davranma borcu (İş K. m. 5); işçinin kişiliğinin korunmasına hizmet etmesi sebebiyle ele alınmıştır.

TBK m. 417 işçinin kişiliğini genel ve özel yönleriyle korumaktadır. Genel yönden yukarıda değinilen mevzuat çerçevesinde geniş anlamda bir koruma düzenlenmişken, özel yönden işçinin psikolojik taciz ve cinsel tacize karşı da korunması üzerinde özellikle durulmuştur. Bu bağlamda çalışmada anılan bu özel kavramlar ele alınarak konunun derinlemesine ele alınması amaçlanmıştır. Çalışmanın son kısımlarında; işverenin işçinin kişilik haklarına yönelik ihlallerden sorumluluğunun niteliği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İşçinin kişilik hakkı, Kişiliğin korunması, Psikolojik taciz, Mobbing, Cinsel taciz.

Abstract

In the study, the issue of protecting the personality of the worker in the context of the Turkish Code of Obligations is discussed. With the end of the 19-20th century, when economic development constituted the most important social issue; In today's

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 07.08.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023*

* Serbest Avukat, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, av.osmanuyaroglu@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-3701-3441>

world, the protection of the worker's individual space within the economic system has become an increasingly necessary and important issue.

Because the workers, who are the basic building blocks of the system, are not only in the economic system but also in economic aspects; As individuals, they also need protection in terms of their basic personal rights. In this context; The new generation rights, which are conceptualized as a result of current developments in the legal world; It has a privileged position in the protection of the worker's personality.

The issue of protecting the employee's personality; The Constitution gains its basic legal foundations through various provisions in the Turkish Civil Code and the Turkish Code of Obligations. In addition, the employer's obligation to treat workers equally, regulated in the Labor Law (Labour Code Art. 5); It has been discussed because it serves to protect the personality of the worker.

TBK m. It preserves the personality of 417 workers in its general and specific aspects. While a broad protection was arranged in the framework of the legislation mentioned above in general terms, special emphasis was placed on the protection of the worker against psychological harassment and sexual harassment. In this context, it is aimed to deal with the subject in depth by considering these special concepts mentioned in the study. In the last parts of the study; The focus is on the nature of the employer's responsibility for violations of the employee's personal rights.

Key Words: Personal rights of the worker, Protection of personality, Psychological harassment, Mobbing, Sexual harassment.

GİRİŞ

Mer'i hukukun insan eliyle ihdas olunması; önceliğın de insana atfedilmesine sebep olmuş, böylece Anayasa, uluslararası sözleşmeler, kanunlar ve diğer mevzuat eliyle birçok kişilik haklarını düzenleyen ve koruyan hükümler ihdas olunmuştur. Kişilik haklarının tanınması ve korunmasının doğumdan ölüme dek birçok aşamaları bulunmaktadır. Bunlardan birisi de iş hayatı aşaması olup, kişinin çalışma ilişkisinde; işveren-işçi ilişkisi, işçilerin kendi aralarındaki ilişkileri, işçinin üçüncü kişilerle, işyeriyle, cansız varlıklarla etkileşiminde de korunmasını gerekli kılan haller bulunmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu¹ (TBK) m. 417 hükmü, işçinin iş sözleşmesi ilişkisinde kişiliğinin korunması yönünden genel koruyucu bir hüküm olup, işverenin işçiyi gözetim borcunun tipik bir somutlaşmış yan edimidir. İşçinin iş sağlığı ve güvenliği yönünden de korunmasını ihtiva eden hüküm; özellikle işçinin kişiliğinin manevî yönleri üzerinde durarak, işçinin ruh ve beden olarak bir bütün olarak ele alınmasını sağlamıştır. Öyle ki hükmün bu yönü, işçinin kişiliğinin korunmasında; sağlık ve güvenlik gibi daha çok maddî yönlerden korunma imkânı getiren İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun daha ilerisinde bir imkân getirmiştir. Çalışmamızda TBK m. 417 hükmü çerçevesinde anlaşılması gereken kişilik hakları ve bu hakların korunmasındaki genel ve özel hukukî mekanizmalar ele alınacaktır.

¹ RG, 04.02.2011, S. 27836.

I. GENİŞ ANLAMDA İŞÇİNİN KİŞİLİK HAKLARI

A. Genel Olarak

İş sözleşmeleri, iş görme edimini yüklenen işçinin kişiliğinin önem taşıdığı sözleşmesel ilişkilerdir². Zira iş görme ediminin; sözleşmenin tarafı olan işçiden bir başkası tarafından ifası, taraflar arasındaki sözleşmenin ifa ile sonuçlanmasına hizmet etmeyecektir. Bu durum işçinin sözleşme ilişkisi kapsamında kişiliğinin korunmasına yönelik işverene birtakım yükümlülüklerin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır³.

İşçinin öznesinin sözleşmedeki kişisel öneminin yanında, kişiliğinin korunmasının ardında başkaca nedenler de yatmaktadır. İş sözleşmesinin tarafları arasında; işçinin görece ekonomik güçsüzlüğü, iş görme ediminin yerine getirilmesinde bağımlılık ve sadakat borcu, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin işçi aleyhine dengesinin bozulmasına müsait olduğundan; iş hukukunda işçiye yönelik koruyucu bir tutum gelişmiş ve bu tutum işçinin ekonomik açıdan korunmasının yanında kişiliğinin de korunmasını gerekliliğini beraberinde getirmiştir⁴. Nitekim iş sözleşmesinde işverenin denetim ve gözetim hakkı bulunduğu; işçinin kişilik haklarının da ayrıca koruma altına alınması, her iki tarafın hakları arasında birbirini sınırlayan bir ilişki meydana getirmektedir⁵. İşçinin kişiliğinin korunması, işverenin iş sözleşmesinde yükümlendiği işçiyi gözetme borcunun bir gereği olup⁶; iş sözleşmesinde işverene ait bir yan edim yükümlülüğüdür⁷.

İşçinin kişiliğinin korunması, işçinin sahip olduğu anayasal nitelikteki bireysel haklar, uluslararası sözleşmeler, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁸ Türk Medenî Kanunu⁹, Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu¹⁰, Kişi İş Sağlığı ve Güven-

² Sarper Süzek, *İş Hukuku: Genel Esaslar, Bireysel İş Hukuku* (İş Hukuku), (18. Baskı, Beta Yayınevi, 2019), s. 232, (İş Hukuku); Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2021, s. 36.

³ Süzek, *İş Hukuku*, s. 232; Haluk Hâdi Sümer, *İş Hukuku*, (25. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020), s. 89.

⁴ Nuri Çelik vd, *İş Hukuku Dersleri*, (32. Baskı, Beta Yayınevi), 2019, s. 351; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, s. 34; Süzek, *İş Hukuku*, s. 14.

⁵ Gökhan Erbaş; "6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Elektronik Ortamda Gözetlenmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, S. 1, 2017, s. 105.

⁶ Süzek, *İş Hukuku*, s. 386-387.

⁷ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (7. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2019), s. 563; Seher Demirkaya / Ceyhan Güler, "Çalışma Yaşamında İşçinin Kişilik Haklarının Korunması Bağlamında ILO'nun 190 Sayılı Şiddet Ve Taciz Sözleşmesinin Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 71, (2021/4), s. 2765.

⁸ RG, 07.04.2016, S. 29677.

⁹ RG, 08.12.2001, S. 24607.

¹⁰ RG, 10.06.2003, S. 25134.



liği Kanunu'nda¹¹ tanınan kişilik haklarının korunması ve nihayet TBK m. 417 bağlamında öngörülen kişiliğin korunmasını emreden hükümler çerçevesinde şekillenmektedir. Şu halde işçinin kişiliğinin korunması, kişilik hakları bahsinin kuşatıcı bir perspektifle ele alınmasını gerektirmektedir. Kişilik hakkı; kişinin insanî değerlerini oluşturan maddi - manevi tüm değerlerinin, ruh ve beden sağlığının, insan olma saygınlığının, özgürlüklerinin, özel hayatının gizliliğinin, isim, resim ve eserlerinin, ekonomik serbestliğinin ve bunlarla kalmamak kaydıyla sınırlı sayıda sayılamayacak ve çağın değişim ve gelişimine göre gelişecek haklarının bütünüdür¹². Nitekim çağın akışıyla birlikte kişisel verilerin korunması, ekosistem hakkı gibi dördüncü kuşak haklar ve bu hakları talep etme hakkı da kişilik haklarının ve kişiliğin korunmasının mütemadi bir gelişim ve dönüşüm süreci içinde var olduğunu ortaya koymaktadır¹³.

B. Anayasal Bağlamda Kişilik Hakları

Kişilerin haklarını koruma altına alan en temel mevzuat, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'dır¹⁴. Kişilik hakları, anayasa ve özel hukukun önemli bir kesişme alanı olarak ifade edilebilecektir.¹⁵ Çalışmamızın konusu kapsamında yer alan Anayasa m. 48 ve 49'da herkesin istediği alanda çalışma hakkı ve sözleşme kurma özgürlüğüne dair düzenlemeler de bu kesişimi ortaya koymaktadır. Anılan hükümlerle devletin çalışma hayatını geliştirmek ve çalışanları korumakla görevli olduğu hüküm altına alınmıştır. Öyleyse, işçinin kişiliğinin korunması konusunda anayasal haklarının da yer aldığı ve bu hakların neler olduğuna -kısaca dahi olsa- değinilmesi bir gerekliliktir.

Anayasa m. 17/1 uyarınca kişilerin yaşam hakkı korunma altına alınmış olup; kişilerin maddî ve manevî varlıklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik hakları da anayasal teminat altına alınmıştır. İşçinin kişiliğinin korunmasında çeşitli kanunlardaki hükümlerin dayanağını bu madde oluşturmaktadır. Anayasa m. 17/2 uyarınca kişinin vücut bütünlüğüne de dokunulamayacaktır. Anayasa m. 19 uyarınca kişi hürriyeti ve güvenliği koruma altına alınmıştır.

¹¹ RG, 30.06.2012, S. 28339.

¹² Rona Serozan, "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1977, C. 11, S. 14, S. 93 – 112, s. 93; Dural Mustafa / Öğüz Tufan; *Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku (Cilt II)*, (21. Baskı, Filiz Kitabevi), s. 99-100; Ömeroğlu Abdullah, "Kişilik Haklarının Alkaya-Türkiye Davası Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hukukuna Göre İncelenmesi" Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 15, (Haziran 2020), s. 309.

¹³ Ömer Aykul, "Hukuk Sisteminde Temel İnsan Hakları Ve Geline Son Aşama; 'Dördüncü Kuşak Haklar Ve Bunları Talep Hakkı'", (Çevrimiçi) <http://www.aykultopcu.com/Habermakele-184-Hukuk-S>, ET: 02.11.2021.

¹⁴ RG, 09.11.1982, S. 17863.

¹⁵ Serozan, Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler, s. 95.

İşçinin hür iradesiyle iş yerinde bulunması ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında işçinin çalışması esnasında yaşamsal bir tehlikeye maruz kalmamasının anayasal düzeydeki dayanağı bu maddeyle somutlaşmaktadır.

Anayasa m. 20 ile bireylerin özel hayat ve aile hayatının saygınlığı koruma altına alınmıştır. Nitekim işçinin haklı sebeple fesih sebepleri arasında İş K. 24/1-b bendinde işçinin ailesine veya kendisine yönelik şeref ve namusa yönelik olumsuz davranış ve sözlerine getirilen yaptırımın anayasal temelde korunması 20. madde ile sağlanmaktadır. Ayrıca Anayasa'daki bu hüküm, işçinin kişisel verilerinin korunması hususuna temel yasal dayanak teşkil etmektedir¹⁶. Yine AY. m. 22 ile getirilen haberleşmenin gizli kalmasına yönelik haberleşme hakkı, AY. 24-25. maddelerle getirilen din, vicdan, düşünce ve kanaat hürriyetleri, AY. m. 26 ile düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü teminat alınmıştır. Bu özgürlüklerin iş hayatına yansımaya bir örnek olarak ifade özgürlüğü bakımından; işçinin işyerindeki ücret dağılımının adaletsiz olduğu, yıllık zam oranlarının yetersizliği, çalışma koşullarının olumsuzluğu hakkındaki beyanları işçinin anayasal ifade özgürlüğü kapsamında kalacaktır. İşçinin ifade özgürlüğünün kapsamı, kendi iş görme borcunu aksatmaması, beyanların sadakat borcunu aykırı düşmemesi, iş ilişkisinin çekilmez hale getirmemesi ile belirlenecektir¹⁷. Ayrıca işverence de ifade özgürlüğü hakkının özü korunmak kaydıyla; işyeri iç haberleşme sistemlerindeki iletişimlerde, işçilerin ifadelelerinin sınırlanması mümkün olsa dahi; bu müdahalelerin ahlaka aykırı olması veya işverenin güçlü durumunun kötüye kullanılması şeklinde tezahür etmesi halinde kısıtlamalar geçersiz olacaktır¹⁸.

Anayasa m. 35 ile getirilen mülkiyet hakkı, AY. m. 36 ile getirilen hak arama hürriyeti, AY. m. 51 ile getirilen sendika kurma ve üye olma hakkı, AY. m. 53 ile düzenlenen toplu iş sözleşmesi yönelik haklar, AY. m. 54 ile düzenlenen grev yapma hakkı, AY. m.55 ile düzenlenen adil ve ülkenin ekonomik şartlarına uygun bir ücret hakkı, AY. m. 56 ile düzenlenen sağlıklı çevrede yaşama hakkı teminat altına alınmıştır.

Nihayetinde Anayasa, yalnızca bireylerin devlete karşı dikey korunması yönüyle değil; yatay bir koruma olarak özel hukuk ilişkilerinde de hüküm ifade etmektedir¹⁹. Şüphesiz ki Anayasada düzenlenen tüm haklar; işçinin kişiliğinin korunmasına hizmet etmekte olup, kanun düzeyindeki mevzuatın Anayasal

¹⁶ Nurşen Caniklioğlu, "Kişisel Verilerin Korunması Açısından İşçilerin Hakları", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ed. Ender Demir, Beste Gemicci Filiz, Ankara, Seçkin Seçkin Yayınevi, (2021), s. 245.

¹⁷ Bektaş Kar, "İşçinin İfade Özgürlüğü ve İş Sözleşmesine Yansımaları", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ed. Ender Demir, Beste Gemicci Filiz, Ankara, Seçkin Seçkin Yayınevi, (2021), s. 180-181.

¹⁸ Kar, İşçinin İfade Özgürlüğü ve İş Sözleşmesine Yansımaları, s. 182.

¹⁹ Serozan, *Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*, s. 95.

bir teminatı olarak ve mevzuatta işçi aleyhine yeni düzenlemelere karşı da koruyucu işlevi haiz olmakla burada anılmaya lâyıktır.

C. Medenî Hukuk Bağlamında Kişilik Hakkının Korunması

Kişilik haklarının medenî hukuk bağlamında ele alınması esasında, hakkın süjesi olan kişinin kişilik haklarının ihlalinde başvuracağı en temel mekanizmanın TMK'da m. 23 vd. hükümlerde düzenlenmesi yönüyle önem arz etmektedir. Kişiler, kendi tasarruflarıyla dahi olsa kişi hukuku özgürlüklerini sınırlayıcı kaldırıcı bir anlaşma yapamaz, hak ve fiil ehliyetlerini hiçbir surette daraltamaz (TMK m. 23). Bu durum kişilik haklarına, kişiye sıkı sıkıya bağlı olmasını sağlamakta; devredilemez ve feragat edilemez bir özellik kazandırmaktadır²⁰. Şu halde iş sözleşmesi eliyle işçinin kişilik haklarına aykırı olarak borçlandığı tüm edimler Türk Medenî Kanunu eliyle kesin hükümsüz kılınmıştır. Örneğin işverenin iş sözleşmesinde; kadın işçisine yönelik olarak, iki yıl süreyle evlenmeyeceği yahut evlense dahi hamile kalmayacağına yönelik düzenlemeler kesin hükümsüz olacaktır.

Kişilik hakları mutlak bir hak olmakla; esasında herkese karşı ileri sürülebilir mutlak hak niteliğini haizdir²¹. Bu durum; iş sözleşmesinde görece güçlü konumda olan ve işçi üzerinde yönetim hakkına sahip olan işvereni de kişilik hakkının ileri sürülebildiği üçüncü kişi konumuna yerleştirmektedir.

TMK m. 23/3 bağlamında kişiden biyolojik madde örneği alınması ve kişinin aşılınması ancak kişinin yazılı rızası ile mümkün kılınmıştır. Aynı madde uyarınca kişi, bu hususlarda sözleşme ile taahhütte bulunsa dahi bu edimin yerine getirilmesi hukuken istenemeyecek; tazminat sebebi yapılamayacaktır. Örneğin işçiye işe girişte imzaladığı iş sözleşmesinde 'Kızılây'a kan bağışısı yapacağım.' şeklinde bir koşula yer verilmesi halinde işçiden bunun talebi mümkün olmadığı gibi herhangi bir icra takibi veya tazminat davasına da konu yapılamayacaktır.

Kişiyeye, işverence aşı olunması dayatılarak iş sözleşmesinin feshi yaptırımının uygulanması, birtakım istisnalar haricinde hukuka aykırı olup; işçiye tazminat haklarını talep hakkı verecektir²². Her ne kadar işverene; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini koruma borcu geti-

²⁰ Dural/Öğüz; *Kişiler Hukuku*, s. 104; Serozan, *Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*, s. 94.

²¹ Caniklioğlu; *Kişiler Hukuku*, s. 103; Serozan, *Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*, s. 93; Akipek Jale / Akıntürk Turgut /Ateş Derya; *Türk Medeni Hukuku : Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, (15. Baskı, Beta Yayınevi, 2019), s. 349.

²² Canan Ünal Adınır; "Covid-19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri", MÜHFAD, C. 27, S. 1, (Haziran-2021), s. 704-706. Yazara göre salgın hastalığa karşı risk grubunda olan yaşlı-engelliler gibi kişilere hizmet veren işçiler ile hastalarla doğrudan temasta çalışan sağlık çalışanları için aşı zorunluluğu öngörülmesi mümkündür.

rilmişse de; kanunda aşırı zorunluluğu öngörülme- yen mevcut durumda işçilere aşırının zorunlu kılınması bu çerçevede alınacak tedbir kapsamına girmeyecek olup; çeşitli koruyucu ekipmanların sağlanması, uzaktan çalışma sistemi, çalışma sürelerinin tanziminde değişiklikler yapılması gibi yolların izlenmesi kendisinden beklenmektedir²³.

Kişiliğin TMK bağlamında korunma mekanizmalarına ilişkin açıklamalara bir sonraki bölümde yer verilecektir²⁴.

D. İşverenin Eşit Davranma Borcu (İş Kanunu m. 5) Bağlamında İşçinin Kazanımları

Normatif dayanağını Anayasa m.10 ve İş K. m. 5 hükmünden alan işverenin eşit davranma borcu²⁵; işverenin eşit konumdaki işçilerine eşit muamele etmesi zorunluluğu olarak tarif edilmektedir²⁶. Ancak işçiler arasında; objektif ve haklı sebeplerin gerektirdiği hallerde ayırım yapılması, bu yükümlülüğe aykırılık teşkil etmez²⁷.

Eşit davranma borcu; işçilerin siyasi, dinî, etnik, ideolojik, engellilik yönüyle aralarındaki farkın yanı sıra işçilerin tam zamanlı, kısmi zamanlı, belirli süreli ve belirsiz süreli statüleri arasındaki farkın da bir ayrımcılık sebebi yapılmasının önüne geçmektedir (İş K. m. 4/1,2).

Eşit davranma borcunun ihlali halinde; işçiye İş K. m 5/6 hükmüyle tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. Buna göre 4 aya kadar ücret tutarında ve eğer diğer işçilere tanınmışken ayrımcılık sebebiyle yoksun bırakıldığı bir hak varsa bunların da eklenmesinden mürekkep bir tazminat isteyebilecektir. Buradaki ispat yükü, işçinin üzerinde olmakla birlikte; ispat yükümünün yerine getirilmesindeki zorluktan ötürü İş K. m 5/7 hükmüyle işçinin ispat yükü hafifletilmeye çalışılmıştır²⁸. Ayrıma uğrayan işçi, bu durumun mevcudiyetini kuvvetle muhtemel gösterir şekilde ortaya koyduğu takdirde; ispat yükü yer değiştirecek ve işveren bir ayırım olmadığını ispatla yükümlü hale gelecektir.

E. İşçinin Türk Borçlar Kanunu m. 417/1 Bağlamındaki Kişilik Değerleri

1. Genel Olarak

TBK m. 417/1 uyarınca “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni

²³ Ünal Adınır, *Covid-19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri*, 700.

²⁴ Bkz. aş. İkinci Bölüm, I. A.

²⁵ Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, s. 415; Süzek, *İş Hukuku*, s. 440-441.

²⁶ Sümer, *İş Hukuku*, s. 91.

²⁷ Sümer, *İş Hukuku*, s. 91.

²⁸ Süzek, *İş Hukuku*, s. 459.



sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür”. Kanun Koyucu bu hükümle esasında; işçinin kişiliğinin korunmasına dair genel bir hüküm ihdas ederek; işyerinde, işverene dürüstlük ilkeleriyle bağdaşan bir çalışma düzeninde hareket etme yükümü getirmiştir. Esas itibarıyla TBK m. 417 hükmü, TMK m. 23 vd. hükümlerdeki kişiliğin korunması düzenlemelerinin iş sözleşmeleri özelindeki görünümüdür²⁹.

Hükümde yer verilen kişiliğin korunması yükümlülüğü; genel manada kişilik haklarının korunmasından ayrılamayacak olup³⁰; önceki başlıklarda değindiğimiz Anayasa, Türk Medenî Kanunu, işverenin eşit davranma borcu (İş K. m. 5) kapsamında şekillenecektir. Zira kişilik hakları, ele alındığı kanuna göre farklı görünümlere bürünse de; esasında tüm hak ve fiil ehliyetleriyle bir bütün olup, herkese karşı ileri sürülebilir mutlak hak niteliğini sürekli özünde barındırmaya devam etmektedir. Öyle ki, bu özün varlığı ve tüketici şekilde sayılamayacağı gerçeği beraberinde; kanunda açık hükümle hak olarak düzenlenmeyen yepyeni hakların doğumuna imkan tanımaktadır. Örneğin işçinin özel yaşamında işverence ulaşılabilmesinin sınırları hakkında İş Kanunu’nda herhangi bir hüküm öngörülmemesine rağmen; işçiden sürekli cep telefonu ile ulaşılabilir olmasını beklemesi ve her an işe dair talimatlara açık bir şekilde hazır olmasını istemesi, işçinin kişilik haklarını sınırlayıcı nitelikte bir durum olduğundan³¹, işçinin ‘ulaşılabilir olmama hakkı’ gibi yepyeni bir hakkın varlığı mümkün olabilmektedir³².

İşçinin kişiliğinin korunması ve saygı gösterilmesi, aynı zamanda işçinin kişisel verilerinin korunması yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir³³. İşçinin açık rızası olmadan veya ‘ölçülülük’, ‘kesinlik’, ‘şeffaflık’, ‘gereklik’

²⁹ Şen Murat, ”İşverenin İşçiyi Koruma Ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık Ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 13.02.2012 Tarihli Bir Kararı Çerçevesinde)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 28, (Aralık-2012), s. 134.

³⁰ Demirkaya/Güler, Çalışma Yaşamında İşçinin Kişilik Haklarının Korunması Bağlamında ILO’nun 190 Sayılı Şiddet Ve Taciz Sözleşmesinin Değerlendirilmesi, s. 2768.

³¹ Deniz Ugan Çatalkaya, “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence ‘Ulaşılabilir Olmama’ Hakkı”, İÜHFİM, C. 74, (2016), s. 737-755.

³² Ulaşılabilir olmama hakkı, özellikle bilişim araçlarıyla çalışan işçilerin, çalışma sürelerindeki dinlenme sürelerinin temini, çalışma saatlerinin aşılmaması, işçinin özel yaşamının işveren karşısında korunması gibi amaçlar çevresinde meydana gelmiştir. Geniş bilgi için bkz: Gülsevil Alpogut, “Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik”, Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ed. Ender Demir, Beste Gemici Filiz, Ankara, Seçkin Seçkin Yayınevi, (2021), s. 317-341.

³³ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 352; Eda Manav; “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 2, (2015), s. 131.

gibi kıstasları sağlanmadan kişisel verilerinin kaydedilmesi-paylaşılması gibi durumlar işçinin kişilik haklarını ihlal ederek³⁴ TBK m. 417/1 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. İşçinin işe alımında, aday işçi olduğu esnada dahi kişilik haklarına riayet edilerek, işin niteliğiyle bağdaşmayan veya işle bağlantılı olsa da sorulmasında meşru bir menfaat bulunmayan hassas kişisel verilerine dair hususlar; bazı istisnalar haricinde³⁵ işlenemeyecektir. Bu tarzda sorular sorulduğunda ise işçinin doğru cevap verme yükümü olmayacaktır³⁶. Örneğin işçinin siyasî görüşü, yakınlarının rakip bir işletmede çalışıp çalışmadığı hususları böyle bilgilerden olup; işverence bu soruların sorulması hukuka aykırı olacaktır ve işçinin kişisel verilerinin kaydedilmesine cevaz verilmeyecektir.

TBK m. 417/1 hükmüyle işverene yüklenen, '*dürüstlük ilkelerine uygun çalışma* düzeninden' anlaşılması gereken; iş sözleşmesindeki karşılıklı borçların ifası esnasında doğru, genel ahlak kurallarına uygun, makul davranılmasıdır³⁷. Nihayetinde bu hükümle amaçlanan işçinin iş görme edimini yerine getirirken rahat ve huzur içinde olmasıdır. Bu durum iş görme ediminin niteliksel olarak daha iyi bir seviyeye gelmesini sağlayacağından özünde işverenin de menfaatindedir. Zira stres bakımından yoğun bir işyerinde; işçinin işine odaklanması zor olduğu kadar, işçilerin kendi aralarında yahut ast ve üstler arasındaki iş görmeye bağlı organizasyonun akışında aksamalar kaçınılmaz olacaktır.

Nitekim ileride ele alınacak olan TBK 417/1'de psikolojik ve cinsel tacize karşı korunması hususu; işçinin kişilik haklarının korunması kapsamı dahilinde kalmasına rağmen bu konuya özel vurgu yapılmıştır³⁸. Uluslararası sözleşmelerde önemi giderek artan³⁹ bir alan olduğundan; iş sağlığını korumayı amaç etmiş İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda, işçinin bu yönlerden korunmasına dair hüküm getirilmemiş olması büyük bir eksikliklerdir.

³⁴ ADA Berke, "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Bilgilerinin Hukuka Aykırı Olarak Kullanılması ve Hukuki Sonuçları", ABÜHFD, C.8 S. 16, (Aralık-2020), s. 985, 1009.

³⁵ KVKK m. 5'te kişisel verinin işleme şartı genel olarak açık rızaya bağlanmış olup m.5/2'de buna istisnalar getirilmiştir. Buna göre; kanunlarda açıkça öngörülmesi, fiili imkânsızlık, bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olma, ilgili kişinin alenileştirilmiş olması, bir hakkın tesisi-kullanılması veya korunması için zorunlu olması, veri sorumlusunun meşru menfaatleri zorunlu olması hallerinde rıza aranmayacaktır.

³⁶ Elif Seda Gürkan, "Türk Hukukunda İşveren'in İşe Alım Görüşmelerinde Aday İşçiye Soru Sorma Hakkının Sınırları", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-2, Haziran-Temmuz 2017, s. 13-15.

³⁷ Ali Güzel / Deniz Ugan Çatalkaya, "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında Ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", MÜHFHAD- Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C. 20, S. 1, (2014) s. 64.

³⁸ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 353.

³⁹ 2019 seneli, 190 Sayılı ILO Şiddet ve Taciz Sözleşmesi'ne henüz Türkiye taraf olmamıştır. Kasım 2021 itibariyle 6 taraf ülkesi bulunmaktadır (Çevrimiçi: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_806022/lang--en/index.htm, E.T. 07.11.2021)

2. Psikolojik Taciz (Mobbing)

Günümüzde giderek sosyal ve toplumsal bir tehdit haline gelen psikolojik taciz, bireylerin yaşamında ciddi sorunlara ve buhranlara yol açma riski barındırması ve nihayetinde intiharlara yol açabilecek denli⁴⁰ hayatî önem arz etmektedir. Bu nedenle psikolojik taciz, çalışma barışının sağlanması ve toplumdaki bireylerin insan onuruna yaraşır düzeyde yaşam hakkına kavuşması için üzerinde daha çok çalışılması gereken bir konudur⁴¹.

Psikolojik taciz konusunda ülkemizde 2011/2 Sayılı Genelge çıkarılmış olup bu konunun önemine ayrıca dikkat çekilmiş ve gerek kamu gerekse özel sektör çalışanları arasında psikolojik şiddetin önlenmesine yönelik tedbirlerin alınması üzerinde durulmuştur. 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu⁴² m. 4-e bendinde bu başlık kapsamındaki psikolojik taciz kavramı ‘işyerinde yıldırma’ olarak ele alınmış ve ayrımcılık yasağı kapsamına işyerinde yıldırma eylemleri de dahil edilmiştir. Kavram itibariyle mobbing sözcüğü yerine Türk hukukunda geçmişte birçok farklı kavramlar kullanılmışsa da; günümüz itibariyle ‘mobbing’ veya psikolojik taciz kavramları birlikte veya ayrı kullanılarak terim hususunda bir belirsizlik kalmamıştır⁴³.

TBK m. 417 uyarınca işveren, kendisine bağlı işçinin psikolojik tacize uğramasını önlemek için tüm tedbirleri almakla yükümlü kılınmış olup; psikolojik tacize uğranılmış olması durumundaysa zararın daha fazla artmamasını sağlamakla sorumlu tutulmuştur. İşverenin bu yükümünün anlaşılabilmesi için psikolojik taciz, eş deyişle mobbing kavramının üzerinde durulmalıdır.

Mobbing kavramı, Türk hukuk terminolojisindeki ismiyle psikolojik taciz tabiriyle karşılanmıştır. Ancak mobbing kelimesinin ilk kullanım yerine bakıldığında; hayvan gruplarının kendi aralarındaki ilişkilerde, bazılarının gruplaşarak kendilerinden ebatça büyük olana yönelik saldırı davranışlarının nitelen-dirilmesinde ele alınmıştır⁴⁴.

Psikolojik taciz ve diğer kullanımıyla mobbing hukuki yönleriyle ilk olarak Leymann tarafından ele alınmıştır. Leymann’a göre mobbing; “*iş yaşamında bir kişiye karşı, bir veya birden fazla kişinin saldırgan ve etik dışı biçimde dav-*

⁴⁰ (Çevrimiçi <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/saglik/mobbing-intihar-ve-cinayet-nedeni-21698340> , (Çevrimiçi): <https://www.saglikpersoneli.com.tr/gundem/mobbing-saglik-calisanlari-arasinda-intihar-riskini-artiriyor-h17894.html> ET: 13.11.2021.

⁴¹ Hande Gül Küçükkaya, “Yeni Gelişmeler Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, (Aralık-2014), s. 188-189.

⁴² RG, 20/4/2016 Sayı : 29690.

⁴³ Burcu Savaş Kutsal, “Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, İÜHF, C. 74, (2016) ,s. 620.

⁴⁴ Leymann H. (1996) “The Content and Development of Mobbing at Work”, European Journal of Work and Organizational Psychology, 5(2), s.168.

ranılan, böylelikle o bireyin aciz ve savunmasız hissetmesini sağlayan, uzun bir süreçte, sık sık tekrarlanan sistematik fiiller bütünü” olarak ele alınmıştır⁴⁵. Türk hukuku öğretisinde psikolojik taciz veya mobbing; işyerinde istenmeyen kişi olarak yaftalanan bir kişiye karşı, iş ahlakıyla bağdaşmayan kasıtlı fiil ve sözlerle saldırılması ve bu kişinin yılıp usanmasını, genellikle istifa etmesini yahut mutlak itaate tabi olmasını amaçlayan sistematik ve uzun süre devam eden davranışlar bütünü olarak tanımlanmaktadır⁴⁶. Psikolojik genellikle kötü muamele, dışlama şeklinde gelişen bezdirici, onur kırıcı davranışlardır⁴⁷. Öğretide psikolojik tacizin varlığını koşullara göre tarif eden Limoncuoğlu; ‘kötü niyetli bir davranış’, ‘davranışta zarar verme kastı’ ‘davranışın işçinin kişilik haklarına yönelerek ihlal etmesi’, ‘kötüniyetli davranışların sistematik ve süreklilik arz etmesi’ koşullarının bir arada bulunmasını aramıştır⁴⁸.

Psikolojik tacizin varlığında aranan belli bir süre ve sıklığa ilişkin olarak Leymann; haftada en az bir ve asgarî altı aylık süreç aranması gerektiğini ileri sürmüşse de⁴⁹ her somut olay bakımından ve çağın durum ile koşulları çerçevesinde özel olarak değerlendirilmelidir⁵⁰.

Yargıtay kararlarında mobbing, öğretideki tanıma paralel bir şekilde; aynı ortam veya organizasyondaki kişiler arasında bir kişiye yönelik kötü hissettiren duygular uyandıracak söz, tutum ve davranışlarla mağduru zayıflatma, aşağılama, kıymetsizleştirme, ortamdaki uzaklaştırma gibi belli amaçlara yönelik çabalar olarak tanımlanmıştır⁵¹. Mobbing sürecinde; hedef alınan kişinin kişilik haklarının geneline sistemli olarak duygusal, psikolojik, fiziki veya sosyal bir saldırı yöneltilmektedir⁵². Gerçekleştirilme biçimi serbest olmakla birlikte, çoğunlukla; hafife alma, yok sayma, karalama küçük düşürme, haklarında dedikodu üretme, iftira atma sürekli eleştiri, sözünü kesme, anlamsız işler verilmesi, sürekli yer değiştirilmesi gibi davranışlarla gerçekleştirilmek-

⁴⁵ Leymann *The Content and Development of Mobbing at Work*, s. 168.

⁴⁶ Canbolat Talat, “İşçinin Kişiliğinin Korunması ve Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ed. Ender Demir, Beste Gemici Filiz, Ankara, Seçkin Seçkin Yayınevi, (2021), s. 81.

⁴⁷ Süzek, *İş Hukuku*, s. 389.

⁴⁸ Limoncuoğlu S. Alp, “İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, (2013), s. 568.

⁴⁹ Leymann, *The Content and Development of Mobbing at Work*, s. 168.

⁵⁰ Küçükkaya, *Yeni Gelişmeler Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz*, s. 188-190.

⁵¹ Yargıtay 22. HD E.2016/28981 K.2020/2087, T.10.02.2020; Yargıtay 22 HD. E.2017/42766 K.2020/5460, T. 02.06.2020.

⁵² Yargıtay 22. HD E.2016/28981, K.2020/2087, T.10.02.2020.

tedir⁵³. Mobbingde ayırt edici özellik, fiilin sürekli, sistematik ve aralıklarla sık sık yinelenmesidir⁵⁴.

Yargıtay işyerinde psikolojik tacizin mahkeme içtihadı ve öğreti çerçevesinde gelişen bir hukukî kurum niteliğinde olduğuna vurgu yapmaktadır⁵⁵. Şu halde hukukî bir kurum olması itibarıyla HMK m. 266 gereğince; psikolojik tacizin varlığının değerlendirmesi bilirkişiye bırakılamayacak olup hâkim tarafından tespit edilecektir⁵⁶. Ancak işçinin psikolojik durumunda bir rahatsızlık meydana geldiğine yönelik iddia mevcutsa bu kez rahatsızlığın mobbing kaynaklı mı yoksa dış faktörlerden mi olduğu bu konu ile sınırlı olarak bilirkişi incelemesi yapılabilecektir⁵⁷.

Psikolojik tacizin varlığının ispatlanması işçi bakımından zor bir durumdur. Zira mobbingin sürece yayılan yapıda olması, ihlale konu edilen kişinin hedef pozisyona konulması nedeniyle kendisinin bu durumuna tanıklık edecek kişi bulmasının güçlüğüne beraberinde getirmektedir. Ayrıca mobbinge konu fiilin sabit bir şeklinin bulunmayıp; anlık tavırlarla dahi gerçekleştirilebilecek oluşu, mağdurun kendisine ait olmayan bir ortamda güçsüz bir durumda olması gibi sebeplerle işçi bakımından birçok güçlüğü bünyesinde barındırmaktadır. Yargıtay işçinin bu dezavantajlı durumu karşısında psikolojik şiddetin varlığının ispatında; iş hukukunda ispat kurallarının işçi lehine esnetilmesine paralel olarak⁵⁸; yüzde yüzlük bir ispat aramamakta, vicdanî kanının oluşmasına yetecek oranda bir ‘yaklaşık ispatı’ veya ‘görünüş ispatını’ yeterli kabul etmektedir⁵⁹. Buna göre mobbinge konu olayların tutarlık halinde olması, kişilik haklarının saldırıya uğradığının ‘güçlü emarelerle’ ortaya koyulması halinde, iddiaya konu olayların tipik akışı ve tecrübe kuralları çerçevesinde de değerlendirilerek ispat gerçekleşmiş kabul edilecektir⁶⁰.

⁵³ Yargıtay 22. HD, E.2016/28981, K. 2020/2087, T.10.02.2020; Yargıtay 22 HD., E. 2017/42766, K. 2020/5460 T. 02.06.2020; Yargıtay HGK E. 2015/9-461; K. 2017/127; T. 25.01.2017. Yargıtay HGK, E. 2015/9-461; K.2017/127, T. 25.01.2017.

⁵⁴ Yargıtay 22 HD. E.2017/42766, K.2020/5460, T.02.06.2020; Yargıtay 22. HD E.2016/28981, K.2020/2087, T.10.02.2020.

⁵⁵ Yargıtay 9. HD, E. 2016/12989, K. 2020/2304, T. 17.02.2020.

⁵⁶ Canbolat, İşçinin Kişiliğinin Korunması ve Psikolojik Taciz (Mobbing), s. 82.

⁵⁷ Canbolat, İşçinin Kişiliğinin Korunması ve Psikolojik Taciz (Mobbing), s. 82.

⁵⁸ İş hukukunda işçinin ispat yönüyle elinin kolaylaştırılmasına; İş K. m. 5’te işçinin ayrımcılığın varlığını ispatındaki kolaylık ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 25/7’de sendikal ayrımcılığın ispatındaki kolaylıklar örnek olarak gösterilebilir.

⁵⁹ Yargıtay 9. HD, E.2016/12989, K.2020/2304, T. 17.02.2020; Yargıtay 9. HD, E.2016/36185, K. 2020/18583, T. 15.12.2020; Yargıtay HGK, E. 2016/1208, K. 2020/590, T. 15.09.2020.

⁶⁰ Yargıtay 9. HD, E. 2016/12989, K. 2020/2304, T. 17.02.2020; Yargıtay 9. HD, E. 2016/36185, K. 2020/18583, T. 15.12.2020; Yargıtay HGK, E. 2016/1208, K. 2020/590, T. 25.11.2014; Yargıtay 9. HD E. 2016/12989, K. 2020/2304, ; Yargıtay 9. HD E.2016/36185,

Konuya ilişkin Yargıtay HGK kararına konu uyuşmazlıkta⁶¹; kişinin, on dört yıl kesintisiz aynı şehirde bağlı avukat olarak çalıştığı banka niteliğindeki işyerinde; son dokuz aylık sürede otuz farklı şehre görevlendirilerek ve görev yeri değiştirilmiştir. Ayrıca işverenin kurum içi yazışmalarında, işçinin öncelikle emekli edilmesi, emekli olmayı kabul etmemesi halindeyse bir başka şehirde görevlendirilmesi gerektiğine dair değerlendirmelerde bulunulmuştur. Yargıtay HGK, işveren bankanın benzer durumda çalışanlara aynı eşit muameleni gerçekleştirmesine dair bir bulgu olmaması, davacı avukatın ilgili bölümde tek avukat olarak görev yapması ve dolayısıyla o işyeri için gerekli bir konumda olması sebebiyle; işverence yapılan görev yeri değişiklikleriyle işçinin istifa ya da emeklilikten birini tercih etmesinin amaçlandığı sonucuna varmıştır. Anılan gerekçeyle de psikolojik tacizin gerçekleştiğini kabul ederek; davacı yararına manevî tazminata hükmetmiştir.

3. Cinsel Taciz

Cinsel taciz kavramı esas itibarıyla; Türk Ceza Kanunu⁶² m. 105[^]te suç olarak düzenlenmiş olup; bir kimsenin cinsel amaçlı taciz edilmesi durumuyla kısaca tarif edilmiştir. Buna göre failin gerçekleştirdiği fiilin cinsel amaçlı olması ve bireyin cinsel özgürlüğünün izinsiz ihlal edilmesi, ahlak anlayışına saygı gösterilmemesi yoluyla meydana gelen fiiller cinsel taciz olarak nitelendirilebilecektir⁶³.

TBK m. 417/1 kapsamında işçinin kişilik haklarının korunması genel bir yükümlülük olarak düzenlenmişken, hükümde özel bir vurgu yapılarak işçinin cinsel tacize uğramaması için tedbirlerin alınması ve mevcut zarar varsa bunun artmasının önüne geçilmesi borcu yüklenmiştir. Cinsel hareket serbestisi ve kişinin cinsel mahremiyeti kişilik haklarına dahil bir hak olsa da Kanun Koyucu burada bir inisiyatif olarak işçilerin cinsel yönden korunmasını ayrıca önemsedini ortaya koymuştur. İşçinin cinsel saldırıdan korunması, işverenin gözetim borcunun da bir gereğidir⁶⁴. İş hukukunda işçinin cinsel yönden korunmasını sağlayan hükümler, İş k. m. 24/2-b,d bentleri ve 25/2-c bendiyle de ayrıca düzenlenmiştir. İşverenin işçiye veya ailesinden birine cinsel tacizde bulunması işçinin haklı sebeple fesih sebebi olarak düzenlenmiş(m. 24/2-b); başka bir işçinin, işçiye cinsel tacizde bulunması durumunda ise bu olgunun işverene bildirilmesine rağmen önlem alınmaması haklı fesih sebebi olarak düzenlenmiştir (m. 24/2-d). Bu hükümlerin yanı sıra işverene, bir başka işçiye

K.2020/18583, T. 15.12.2020; Yargıtay HGK, E.2016/1208 , K.2020/590, T. 15.09.2020.

⁶¹ Yargıtay HGK, E.2012/9-1925, K.2013/1407, T. 25.09.2013.

⁶² RG, 12.10.2011, S. 25611.

⁶³ BAŞ Eylem, "Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, s. 1151.

⁶⁴ Yargıtay 22. HD, E.2014/23315, K.2014/33270, T. 25.11.2014.

cinsel tacizde bulunan işçini haklı sebeple iş sözleşmesinin feshi hakkı tanınmış olup (m. 25/2-c); bu hükümlerle diğer işçilerin de cinsel tacizde bulunan işçiden korunması için işverene önemli bir imkân getirilmiştir.

İşçinin cinsel tacizden korunması yükümü, işveren bakımından çeşitli önlemler alınarak yerine getirilebilecektir. Örneğin işin işyerine özel kıyafetlerle gerçekleştirildiği sektörlerde işçilerin giyinme odalarının cinsiyetlere göre ayrı ve mesafeli tutulması, pencerelerinin ve kapı camlarının gözetlenmeye izin vermeyecek opak malzemelerle donatılması bir gerekliliktir. Ayrıca işçilerin işyerinde dinlenmelerde uyuduğu veya giriş çıkışlarda duş aldığı bölümler olması durumunda da benzer önlemlerin alınması bir gerekliliktir.

Bazı hallerde, işverenin cinsel tacizi önleme sorumluluğu; ortaya çıkan arızî durumlarda alınacak tedbirlerle harekete geçme yükümü olarak da belirlenebilir. Örneğin Yargıtay kararına konu bir uyuşmazlıkta⁶⁵; işçi kendisini sözlü olarak cinsel yönden taciz eden bir diğer işçiyi işverene şikayet etmiş, akabinde mağdur işçinin eşi ve babası da işveren vekiline bu hususta defalarca şikayette bulunmuştur. Ancak işverence tacizde bulunan işçinin bu fiilini devam ettirmemesi için bir önlem alınmadığı gibi; mağdur işçi ile bir buçuk sene daha tacizci ile aynı ortamda çalışmak zorunda bırakılmış ve mağdur işçi tarafından iş sözleşmesi cinsel taciz sebebiyle feshedilmiştir. Yargıtay bu uyuşmazlıkta; işverenin fail işçinin fiillerindeki tekrarı önleyecek tedbir almadan aynı şekilde çalışma düzenini devam ettirmesini m. 417'ye aykırı bularak; işçinin feshini haklı fesih olarak nitelemiştir.

II. İŞVERENE YÜKLENEN BİR BORÇ OLARAK İŞÇİNİN KİŞİLİĞİNİN KORUNMASI

A. Şiddet ve Tacizin Önlenmesine Yönelik 190 Sayılı ILO Sözleşmesi

Giderek önem kazanan işçinin psikolojik ve cinsel bakımdan korunması hususunda; ILO, 2019 yılında 190 Sayılı Şiddet ve Taciz Sözleşmesi⁶⁶ kabul edilmiştir. Hâlihazırda bu sözleşmeyi tanıyan ülkeler; Arjantin, Ekvador, Fiji, Yunanistan, İtalya, Mauritius, Namibya, Somali ve Uruguay'dır. Türkiye henüz sözleşmeyi tanımamış ve taraf olmamıştır.

ILO Şiddet ve Taciz Sözleşmesi, işçinin psikolojik ve cinsel tacize karşı korunması odağında, meslekte eşitliğin temini, ayrımcılığın önlenmesi, zorla çalıştırmanın yasaklanması, çocuk işçiliğinin önlenmesi, örgütlenme özgürlüğü, toplu sözleşme hakkı, insan onuruna yaraşır bir çalışmanın sağlanması gibi geniş yelpazedeki işçinin kişilik haklarının korunmasında; dünyadaki

⁶⁵ Yargıtay 22. HD, E.2014/23315, K.2014/33270, T. 25.11.2014.

⁶⁶ Sözleşme metni için bkz; (Çevrimiçi) https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX_PUB:12100:0:NO::P12100_ILO_CODE:C190 E.T. 21.11.2021.

farkındalığın artırılarak, ülkelerin gerekli yasal düzenlemeleri oluşturmasını amaçlamaktadır.

Sözleşmeyi onaylayan ülke, iş hayatının tamamen psikolojik şiddet ve cinsel şiddetin etkisinden arındırmakla yükümlü olacaktır(Madde 4/1). Üye ülkelerin iş hayatında psikolojik ve cinsel şiddetin ortadan kaldırılmasında kapsamlı bir yaklaşım sergilemesi ve birtakım prensipleri hayata geçirmesi gerekmektedir (Madde 4/2). Buna göre üye ülkeler, sözleşmeye taraf olmakla şu sorumlulukları kabul eder:

- iç hukukta psikolojik ve cinsel şiddeti yasaklamak,
- psikolojik ve cinsel şiddete karşı politika ve strateji geliştirmek,
- izleme ve önleme mekanizmaları kurmak, güçlendirmek,
- mağdurların çözüm ve desteğe ulaşımını temin etmek,
- gerekli yaptırımlar düzenlemek,
- psikolojik ve cinsel tacizin önlenmesine yönelik erişilebilir araç, eğitim, rehberlik, farkındalık geliştirmek,
- psikolojik ve cinsel şiddet vakalarının, işyeri müfettişleri veya başka organlar eliyle etkin bir şekilde araştırıp soruşturmak

Psikolojik ve cinsel tacizle mücadeleyi doğrudan konu alan Sözleşme; çalışma yaşamında, işçinin kişiliğinin manevî yönden korunmasını amaçlayan önemli bir yasal düzenleme olduğundan, bu konuda daha etkin bir yasal düzenleme ve çözüm mekanizmalarına ihtiyaç duyulan ülkemiz bakımından önemli ve taraf olunması gerekli bir uluslararası metindir⁶⁷.

B. Türk Borçlar Kanunu m. 417/2 ve İSGK Bağlamında Önlemlerin Alınması

TBK m.417/2'de işverene; iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınması, bu uğurda gerekli araç ve malzemenin temin edilmesi yükümlülüğü yüklenmiştir. Hüküm bu yönüyle, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun kapsamında kalan alana dair bir düzenleme getirmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu genel olarak ele alındığında; işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve bu uğurda işçi ve işverenin karşılıklı hak ve ödevlerini düzenlemeyi amaç edinmiştir(İSGK m. 1). Nitekim devam eden hükümlerde detaylı bir şekilde; işyerinde, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasındaki esaslara dair düzenlemeler getirilmiş ve işverenin yükümlülükleri somutlaştırılmıştır⁶⁸.

⁶⁷ Demirkaya/Güler, Çalışma Yaşamında İşçinin Kişilik Haklarının Korunması Bağlamında ILO'nun 190 Sayılı Şiddet Ve Taciz Sözleşmesinin Değerlendirilmesi, s. 2787-2789.

⁶⁸ Seda Arslan, "İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri", MÜHFHAD, C. 20, Sayı 1, (2014), s. 775.

Özellikle İSGK m. 4'te; işverene, genel bir hüküm niteliğinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu yüklenerek; işyerinde, iş sağlığı ve güvenliğine dair gerekli güncellemeleri yaparak her türlü tedbiri alması emrolunmuştur. Ayrıca işverenin bu borcu yerine getirmesine hizmet eden ayrıntılı yan yükümlülükler getirilmiştir. Bu hükümler genel itibariyle TBK m. 417 ikinci fıkrasına karşılık gelmekle birlikte; TBK m. 417/1'de düzenlenen işçinin kişiliğinin manevî yönden korunmasına yönelik açık bir hükme; İSGK metninde *-bazı istisnai hükümler dışında*⁶⁹ yer verilmemiştir. Esasında psikolojik ve cinsel taciz olguları, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda doğrudan düzenlenmemiş olsa da; çalışanların ruh ve beden sağlığını etkileyecek boyutta vakalar olduğundan İSGK kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

İşverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için her türlü tedbiri alma, risk değerlendirmesi yapma ve yaptırma ile yükümlü kılınması; 'çoğun içinde az da vardır' (*in toto et pars continetur*) ilkesi uyarınca, çalışanların işyerinde fiziksel ve psikolojik açıdan sağlıklı bir çalışma ortamının oluşturulmasını sağlama ve gözetmesini de gerektirmektedir. Ancak işçinin sağlığı ve kişiliği açısından böylesine önemli koruma hükümlerine yorum yoluyla ulaşıyor olması; İSGK'nın amaca matuf hükümlerden yoksun kaldığı anlamına gelmektedir. İSGK genel nazar itibariyle; işçiyi bedenlen koruyan hükümlere yer vererek onu işin görülmesine yarayan bir araç olarak ele almıştır. Bu yönüyle İSGK'da yeni düzenlemelere yer verilerek; işçinin beden sağlığının yanında, ruhen de korunmasına hizmet eden, işçiyi maddî*manevî tüm kişilik haklarıyla bir bütün olarak korumaya hizmet eden açık hükümlerin getirilmesinde fayda mülhaza etmekteyiz.

C. İşverenin İşçinin Kişilik Haklarına Yönelik İhlallerden Sorumluluğu

1. Genel Olarak

İşçinin kişiliğinin korunması çalışmamızda TBK m. 417 merkezinde incelenmektedir. Ancak işçinin kişilik haklarını da ilgilendirmesi itibariyle diğer mevzuattaki kişilik haklarına ilişkin düzenlemeler önceki başlıklarda ele alınmış olup; bu başlık altında da benzer şekilde işçinin diğer mevzuat çerçevesinde kişilik haklarının ihlaline uygulanan yaptırımlar, eş deyişle kişiliği koruyan mekanizmalar ele alınacaktır.

Kişilik hakları saldırıya uğrayan işçi, TMK m. 24/1, 2 uyarınca dava yoluyla; saldırıya karşı korunmayı talep edebilecek ayrıca saldırı tehlikesinin, etkilerinin bertaraf edilmesini, saldırının haksızlığının tespitini, bu kararın yayım-

⁶⁹ İSGK m. 14/(5)'te işçinin sağlık verilerinin işçinin özel hayatı ve itibarı yönüyle korunması adına gizli tutulması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yönüyle, işçinin manevî bakımdan korunmasına hizmet eden bir hüküm olduğu kuşkusuzdur.

lanmasını isteyebilecektir⁷⁰. Esasında buradaki kişilik hakkı ihlalinin ciddi ve yakın bir tehlike teşkil eden bir hal olması durumunda; işçinin İSGK m. 13'te düzenlenen çalışmaktan kaçınma hakkı prosedürünü işletmesi ve buradan bir netice almayı öncelikle denemesi, olumlu sonuç alamaması durumunda, TMK'da düzenlenen genel hükümlere başvurulması isabetli olacaktır⁷¹. Tüm bunların yanında; kişilik hakkı ihlali dolayısıyla uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini, TMK m.25/3 ve TBK m. 58/1, 2 hükümleri doğrultusunda istenebilecektir. Ancak tazminat davasının açılması için; zararın belirlenebilmesi için öncelikle saldırının sona ermiş olması aranacaktır⁷².

İşçinin kişilik haklarına saldırı kimi durumlarda ayrımcılık yoluyla da gerçekleşebilmektedir. Örneğin bir işçinin sırf memleketi sebebiyle işyerinde diğer işçiler tarafından istenmeyen kişi ilan edilerek muhatap alınmaması ve işveren nezdinde de bu durumun tasvip edilmesi halinde, ayrımcılık ve psikolojik taciz iç içe geçmiş durumdadır. Psikolojik taciz veya başka kişilik hakkı ihlalinin, işçiye ayrımcılık yapılmak suretiyle oluşması durumunda işçi; İş K. m. 5/6-1,2 bentleri uyarınca işverenden, dört aya kadar ücret tutarında tazminat ve bu ayrımcılıktan kaynaklı yoksun bırakıldığı hakları talep edebilecektir⁷³. Ayrımcılığın ve işyerinde ilişkin bir diğer pozitif hukukî dayanak 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'dur(TİHEKK)⁷⁴. Bu Kanun terminolojisinde 'işyerinde yıldırma' olarak tarif edilen psikolojik taciz ve her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır (TİHEKK m. 4/1-e). Ayrımcılığa uğrayan işçiler; İş Kanunu'ndaki şikâyet usullerini tüketmiş ve burada ayrımcılığa bağlanan yaptırım kararı sonucu alamamış olmak kaydıyla; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna başvuru yapabilir. Ancak bu başvuru usulünde öncelikle işverene başvuru zorunluluğu olup, otuz gün içinde cevap alamama veya ret cevabı üzerine Kuruma başvuru yapılabilecektir. Nihayet başvuru neticesinde ayrımcılık yasağını ihlal ettiği tespit edilen işveren; TİHEKK m.25. uyarınca, bin liradan on beş bin liraya kadar idarî para cezası kararı verilebilecektir.

İşçinin kişilik hakkının ihlali, kimi hallerde İş Kanunu'nda düzenlenen hak-

⁷⁰ Şen, İşverenin İşçiyi Koruma Ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık Ve Sonuçları, s. 135; Ahmet Sevimli, "Türk Borçlar Kanunu M.417 Ve İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Çalışma ve Toplum, S. 36, C. 1, (2013), s. 135-136.

⁷¹ Sevimli, *Türk Borçlar Kanunu M.417 Ve İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması*, s. 133-135.

⁷² Emre Karabacak, "İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşçinin Kişiliğinin Koruyucu Mekanizmalar" Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, (2020-1), s. 1893-1895.

⁷³ Doğa Ekrem Doğanç / Recep Çakra, "Hukuki Düzenlemeler Çerçevesinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Ve İspat Yükü", Karatahta İş Yazıları Dergisi, S.6, Aralık-2016, s. 90.

⁷⁴ RG, 20.04.2016, S. 29690.

İl fesih sebebi teşkil edebilmektedir. İş K. m 24/2-b, c, d bentlerinde; işveren tarafından işçinin veya aile üyelerinin şeref ve namusunu ihlal edecek söz veya davranışlarda bulunulması veya işyerinde işçi yahut ailesine cinsel tacizde bulunulup bu durum işverene bildirilmesine rağmen tedbir alınmaması hallerinde işçinin iş sözleşmesi haklı sebeple feshedebileceği düzenlenmiştir.

İşçinin kişilik haklarından bir parça olarak kabul edilen özel hayatına karşı suç teşkil edecek şekilde ihlallerin gerçekleşmesi halinde (*haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi*); ihlale konu davranışların faillerine TCK 132 vd hükümlerince cezaî yaptırımlar uygulanacaktır. Ayrıca işçinin kişisel verilerinin hukuka aykırı şekilde işlenmesi, paylaşılması hallerinde; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)⁷⁵ m.17 ve 18 çerçevesinde idarî ve cezaî yaptırımları uygulanacak ve KVKK m. 11/ğ bağlamında işçinin zararlarını tazmin hakkı doğacaktır⁷⁶.

2. Haksız Fiil Sorumluluğu

İşverenin işçiye karşı kendi hukuka aykırı fiillerinden sorumluluğu durumunda doğrudan genel anlamda haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Bir işçinin bir başka işçiye yönelik fiillerinden ise işverenin sorumluluğu TBK m. 66 ve TBK m. 116 bağlamında doğacaktır. Bunların dışında üçüncü kişiler eliyle veya işyerinin araç-gereç veya şartlarının yol açtığı kişilik hakkı ihlallerinin söz konusu olması durumunda; işveren şartların oluşması durumunda işverenin tehlike sorumluluğu bağlamında işçisinin zararlarından yine haksız fiil hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır.

3. Türk Borçlar Kanunu m. 417/3 Uyarınca Sözleşmeye Aykırılıktan Sorumluluk

TBK m. 417/3 fıkrası uyarınca işçinin kişilik haklarının ihlali, vücut bütünlüğünün zarar görmesi veya ölümünün; işverenin iş sözleşmesinden ve kanunlardan doğan yükümlülüklerini ihlali sonucu gerçekleşmesi halinde, ortaya çıkan zararlardan sorumluluğun sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde belirlenecektir.

Hükmün lafzı dikkate alındığında emredici tarzda bir üslup benimsenmişse de; kanımızca İş Kanunu hükümlerindeki nispi emredicilik yorumu bu hüküm bakımından da vücut bulacaktır⁷⁷. Öyle ki; işçi dilerse genel hükümlerin kendisine tanımış olduğu haksız fiil sorumluluğu uyarınca işverenin sorumluluğuna

⁷⁵ RG, 24.03.2016, S. 29677.

⁷⁶ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 373.

⁷⁷ Karşı yönde bkz: Şen, İşverenin İşçiyi Koruma Ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık Ve Sonuçları, s. 136.

gidebilecek ve işveren tarafından sorumluluğun sözleşmeye aykırılığa dayandırılabilirliği ileri sürülemezdir. Diğer taraftan işçi kişilik haklarının ihlali durumunda; dilerse iş sözleşmesine aykırılık nedeniyle işverenin sorumluluğuna da gidebilecektir.

İşçinin kişilik haklarının ihlali durumunda, hem genel davranış kurallarının ihlal edilmesi, hem iş sözleşmesinin gereklerine ve özellikle gözetim borcuna aykırılık teşkil etmesi sebebiyle işçinin zararlarının talebi bakımından sorumluluk sebepleri yarışmaktadır⁷⁸. TBK m.60'da sebeplerin yarışmasını düzenlenmiş olup hükme göre; sorumluluğun, birden çok sebebe dayanabilmesi halinde hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir. Hükmün mefhum-u muhalifinden çıkan sonuca göre; sebeplerin yarışması halinde zarar gören işçi, dilediği giderim yolunu seçmekte serbestisine sahiptir.

İşçinin kişilik hakkı ihlali neticesinde uğradığı zararın giderimini talebinde; borca aykırılık veya haksız fiil esasına dayanmasındaki tercih farkı, doğruduğu sonuçları itibariyle incelenmeye değer bir husustur. Haksız fiil sorumluluğunda kusuru ispat yükü mağdur üzerindeyken; borca aykırılıktan doğan sorumlulukta borçlu karine gereği sorumludur⁷⁹. Borçluya bağımlı çalışan ifa yardımcısının bir başkasına zarar vermesi durumunda, haksız fiil sorumluluğu olan adam çalıştırmanın sorumluluğuna (TBK m. 66) dayanılması halinde davalı kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilecekken; borca aykırılığa dayanılması durumunda (TBK m.116) davalının böyle bir imkânı olmayacaktır⁸⁰. Haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren 2 yıl ve herhalde fiilden itibaren 10 yıl iken(TBK m. 72); borca aykırılıkta daha uzun bir zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımı süresi(TBK m. 146) geçerlidir.

Nihayetinde haksız fiil sorumluluğu ve borca aykırılıktan doğan sorumluluk kıyaslandığında; kişilik hakları ihlale uğrayan işçi bakımından borca aykırılık hükümlerinin daha lehe olduğu çıkarımı yapılabilecektir⁸¹.

⁷⁸ Oğuzman, *Borçlar Hukuku*, s. 286.

⁷⁹ Yeliz Karan; *Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması*, (Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan), (İstanbul, 2013), s. 746.

⁸⁰ Karan, *Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması*, s. 747.

⁸¹ Sevimli, *Türk Borçlar Kanunu M.417 Ve İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması*, s. 134; Karabacak, *İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşçinin Kişiliğinin Koruyucu Mekanizmalar*, s. 1887-1888.

SONUÇ

1. İş sözleşmelerinde işçinin TBK m 417 bağlamında kişiliğinin korunması, yalnızca hükümde somut olarak ifade edilen psikolojik ve cinsel taciz yönünden değil; gerçek kişiye tanınan, Anayasa, TMK, TBK, İş K., İSGK, TİHEKK ve diğer mevzuattaki kişilik haklarını da kapsayan bütüncül bir perspektif ele alınmalıdır.

2. İşçinin TBK m. 417/1’de ele alınan psikolojik ve cinsel tacize karşı korunması hususu işçinin kişiliğinin korunmasında özellikle vurgulanmış olması itibarıyla ayrıcalıklı bir önemi haizdir. İşçinin psikolojik ve cinsel tacize uğraması, iş hayatındaki barışı olumsuz etkileyen ve insan onuru ve ruh sağlığını derinden etkileyen bir olgu olduğundan; TBK’da işçinin bu yönlerden de korunduğunun vurgulanması, İSGK metninde işçinin manevi yönden de korunması noktasındaki büyük eksikliği önemli ölçüde izale etmektedir.

3. Psikolojik tacizin varlığı birtakım unsurların bir arada bulunması ile gerçekleşebilmektedir. Bu unsurlar çerçevesinde psikolojik taciz; kasten, bir kişiye karşı, sistematik ve uzun bir süre tekrarlanan, iş hayatıyla uyum olmayan söz ve davranışlarla kişilik haklarının ihlal edilmesidir. Psikolojik tacizin ispatlanması işçi bakımından güç bir olgu olduğundan Yargıtay kararları ile ispat külfeti İş Kanunu’nun işçiye yaklaşımı dikkate alınarak esnetilmiş ve işçi lehine kolaylaştırılmıştır. Öyle ki, psikolojik tacizin varlığına dair tutarlı ve kuvvetli emarelerin getirilmesi yeterli görülmüştür.

4. 190 Sayılı Şiddet ve Taciz Sözleşmesi, işçinin kişiliğinin korunmasında önemli bir role sahip güncel bir uluslararası metindir. Türkiye’de iş hayatındaki genel olumsuz şartlar dikkate alındığında, konunun önemine ilişkin kamuoyu oluşması ve işçilerde bilincin meydana getirilmesi, ayrıca devlet politikalarının da gelişimine katkı sunacak olması bakımından bir an önce taraf olunarak iç hukuka aktarılması gerekmektedir.

5. TBK 417/3 fıkrası işçinin kişiliğinin korunmasını sözleşmesel sorumluluk kapsamına alarak işçiyi sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa dayanmanın avantajlarına kavuşturmaktadır. Bu hüküm mutlak emredici bir hüküm olmayıp işçi lehine nispi emredici nitelik arz etmektedir. İşçi, yarışan sorumluluk sebepleri arasında dilediği seçme serbestisi haiz olmakla birlikte; herhangi bir seçim yapmadığı durumda işçinin en lehine olan sorumluluk hükmüne dayanılması sorumluluğu TBK m. 60 hükmü mucibince mahkeme hakimine bırakılmıştır.

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
A.e.	: Aynı Eser
aş.	: Aşağıda

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz./bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
ET	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
m.	: Madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MSY	: Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TİHEKK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
yuk.	: Yukarıda

KAYNAKÇA

Ada, Berke ; “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Bilgilerinin Hukuka Aykırı Olarak Kullanılması ve Hukuki Sonuçları”, ABÜHFD, C.8 S. 16, (Aralık-2020), s. 967-1011.

Akyiğit, Ercan; *Bireysel İş Hukuku*, (Seçkin Yayınevi, 2. Bası, 2021).

Akipek Jale / Akıntürk Turgut /Ateş Derya, *Türk Medeni Hukuku : Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, (15. Baskı, Beta Yayınevi, 2019).

Alpagut, Gülsevil, “Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik” Prof. Dr. Turhan Esener İU. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ed. Ender Demir, Beste Gemici Filiz, (Seçkin Seçkin Yayınevi, 2021), S. 180-181.



Arslan, Seda, “İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, MÜHFHAD, C. 20, Sayı 1, (2014), S. 767-807.

Altunkaya, Mehmet, “Sözleşmenin Kuruluşundan Önce Tüketicinin Korunması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 8 , S. 2, 2004.

Altınok Ormancı, Pınar, *Sürekli Borç İlişkilerinde Haklı Sebep Fesih*, Ankara, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

Antalya, Gökhan; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. V/1-1, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık), 2019.

Antalya, Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. V/1-2, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık), 2019.

Aykul, Ömer, “Hukuk Sisteminde Temel İnsan Hakları Ve Geline Son Aşama; ‘Dördüncü Kuşak Haklar Ve Bunları Talep Hakkı’”, (Çevrimiçi) Aykultopcu. Com/Habervemakele-184-Hukuk-S , 02.11.2021.

Baş, Eylem, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, S. 1135-1215.

Caniklioğlu, Nurşen, “Kişisel Verilerin Korunması Açısından İşçilerin Hakları”, Prof. Dr. Turhan Esener Iı. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ed. Ender Demir, Beste Gemici Filiz, Ankara, (Seçkin Yayınevi, 2021), S. 245.

Çelik, Nuri Vd, *İş Hukuku Dersleri*, (32. Baskı, Beta Yayınevi), 2019.

Demircioğlu, Huriye Reyhan, “Kişilik Hakkı İhlalinin Ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11, (1-2), 2007, S. 113-146.

Demirkaya, Seher/Güler, Ceyhun, “Çalışma Yaşamında İşçinin Kişilik Haklarının Korunması Bağlamında İlo’nun 190 Sayılı Şiddet Ve Taciz Sözleşmesinin Değerlendirilmesi”, Çalışma Ve Toplum, S. 71, (2021/4), S. 2753-2796.

Doğancı Doğa Ekrem / Çakra Recep, “Kişilik Hakkı İhlalinin Ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11, (1-2), (2007), S. 113-146.

Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku–Kişiler Hukuku (Cilt II)*, 21. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, (2020).

Elbir, Nazlı, *İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşe Bağlı Stres Kavramı*, MÜHFHAD, C.27, S. 1, (Haziran-2021), S. 788-824.

Erbaş, C. Gökhan, “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Elektronik Ortamda Gözetlenmesi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, S. 1, (2017), S. 97 - 108.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (7. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2019).

Gürkan, Elif Seda, "Türk Hukukunda İşverenin İşe Alım Görüşmelerinde Aday İşçiye Soru Sorma Hakkının Sınırları", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1-2, (Haziran-Temmuz 2017), S. 111-149.

Güzel, Ali/ Ugan Çatalkaya, Deniz "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında Ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", *MÜHFHAD*, (Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan), C. 20, S. 1, (2014), S. 17-66.

Kar, Bektaş, "İşçinin İfade Özgürlüğü Ve İş Sözleşmesine Yansıması", Prof. Dr. Turhan Esener Iı. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ed. Ender Demir, Beste Gemici Filiz, Ankara, Seçkin Seçkin Yayınevi, 2021, S. 180-181.

Karan, Yeliz; *Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması*, (Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013), S. 723-748.

Karabacak, Emre, "İş Sağlığı Ve Güvenliğinde İşçinin Kişiliğın Koruyucu Mekanizmalar" Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, 2020-1, S. 1885-1904.

Kuzgun, Şerife, İşçiyi Gözetme Borcu Bağlamında Mobbing Uygulamalarının Yargıtay Ve Öğreti Işığında Değerlendirilmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, (2017), S. 251 -298.

Küçükkaya; Hande Gül, "Yeni Gelişmeler Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, (Aralık-2014), S. 187-203.

Leymann H. , "The Content And Development Of Mobbing At Work", *European Journal Of Work And Organizational Psychology*, 5(2), (1996), S.

Limoncuoğlu, S. Alp, "İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15,(2013), S. 547-572.

Lokmanoğlu, Salim Yunus, "İşyerinde Psikolojik Taciz", *TAAD*, S.30, (Nisan-2017), S. 377-422.

Manav, A Eda, "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, (2015), S. 95 - 136.

Ömeroğlu, Abdullah, "Kişilik Haklarının Alkaya-Türkiye Davası Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması Hukukuna Göre İncelenmesi" *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 15, (Haziran-2020), S. 309 – 342.



Özer Deniz, Miray, “İşçilerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerinin Korunması Ve Bundan Doğan Sorumluluk”, Taad, Yıl: 12, S. 45, (Ocak-2021).

Savaş Kutsal, Burcu, “Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, İÜHFİM, C. 74, (2016), S. 617 - 643.

Sevimli, Ahmet, “Türk Borçlar Kanunu M.417 Ve İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma Ve Toplum, S. 36, C. 1, (2013), S. 107-147.

Serozan, Rona, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, (1977), C. 11, S. 14, S. 93 – 112.

Sümer, Haluk Hâdi, İş Hukuku, (25. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020).

Sarper Süzek, İş Hukuku : Genel Esaslar, Bireysel İş Hukuku, (18. Baskı, Beta Yayınevi, 2019).

Şen, Sabahattin, Psikolojik Taciz Ve İş Kanunu Boyutu, Çimento İşveren Dergisi, (Eylül-2009), S.46-68.

Şen, Murat, ”İşverenin İşçiyi Koruma Ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık Ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 13.02.2012 Tarihli Bir Kararı Çerçevesinde)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 28, (Aralık-2012), S.129-139.

Terzioğlu, Ahmet/ Aksungur, Ali Burak, “İş Sağlığı Ve Güvenliğinde İşverenin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu”, Dicle Üniversitesi Adalet Ve Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, C. 3, S. 2, (2019), S.12-54.

Tiftik, Mustafa /Adıgüzel, Ayşe, “İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu’na Göre Genel Hizmet Sözleşmesinde İşverenin İşçiyi Koruma Borcu” Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi , S. 1 , (2016), 319-356 .

Ugan Çatalkaya, Deniz, “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence ‘Ulaşılabilir Olmama’ Hakkı”, İühfım, C. 74, (2016), S. 737-755.

Ünal Adınır, Canan, “Covid-19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri”, MÜHFHAD, C. 27, S. 1, Haziran-(2021), S. 694-715.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://www.lexpera.com.tr/>

https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_806022/lang--en/index.htm, E.T. 07.11.2021.

KISMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİYLE ÇALIŞANLARIN HAFTA TATİLİ HAKKI

Weekly Rest in Part-Time Employment Contracts

Miraç Şamil PEKŞEN*

Özet

Hafta tatili dinlenme hakkı kapsamında yer alan önemli bir haktır. Hafta tatilinde işçiler bir yandan dinlenirken bir yandan da çalışmadıkları halde ücrete hak kazanırlar. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların böylesine önemli bir haktan yararlanıp yararlanamayacakları tartışma konusudur. Zira hafta tatiline ilişkin yasal düzenlemeler tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bunun neticesinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanıp kazanamayacakları belirsiz hale gelmiştir. Öğretide konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ayrıca konuya ilişkin yargı kararları da çeşitlilik göstermektedir. Yargıtay yakın zamana kadar kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanamayacakları görüşündeydi. Yeni tarihli kararlar ise kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanabilecekleri yönündedir. Çalışmada kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatili hakkı karşısındaki durumları incelenecektir. Bunun için öncelikle hafta tatili ve kısmi süreli iş sözleşmesi hakkında genel bilgiler verilecektir. Ardından hafta tatiline hak kazanma koşulu incelenecektir. Son aşamada ise kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanma koşulunu sağlayıp sağlamadıkları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hafta tatili, Kısmi süreli iş sözleşmesi, Dinlenme hakkı.

Abstract

Weekly rest is an important right within the right to rest of the employee. While the employees are resting during the weekly rest, they are entitled to wages even though they are not working. Whether part-time employees can benefit from such an important right is a matter of debate. Because the legal regulations on the subject have been prepared taking into account the full-time employees. It is uncertain whether part-time employees are entitled to a weekly rest. There are different opinions on the subject in the doctrine. In addition, there are different court decisions on the subject. Until recently, the Supreme Court was of the opinion that part-time employees could not be entitled to a weekly rest. However the Supreme Court express in its recent decisions

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.09.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023*

* Arş. Gör., Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, miracsamilpeksen@trabzon.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-1575-334X>



that with part-time employees may be entitled to a weekly rest. In this article, weekly rest in part-time employees will be examined. For this, first of all, basic information about the weekly rest and part-time employment contract will be given. Then, it will be examined how to entitle for a weekly rest. Finally, it will be examined whether part-time employees are entitled to a weekly rest.

Key Words: Weekly rest, Part-time employment contract, The right to rest.

GİRİŞ

Çalışmanın çıkış noktası, Yargıtay'ın kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanabileceklerine ilişkin yakın tarihte verdiği kararlardır. Yargıtay, yakın zamana kadar, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatili hakkına sahip olmadıkları görüşündeydi. Yargıtay bu görüşünü, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların haftalık çalışma süresinin 45 saate ulaşmaması nedeniyle hafta tatiline hak kazanamayacakları gerekçesine dayandırmaktaydı. Son dönemde Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcut olmasına rağmen ilgili kararlardan kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanmaları için çalışmalarını gereken asgari süre net olarak anlaşılmamaktadır. İlgili kararlar “kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanma koşulu nedir?” sorusunu akla getirmektedir. Çalışmada bu soruya yanıt aranacaktır. Önemle belirtelim ki, çalışma konusu 4857 sayılı Kanun hükümleriyle sınırlı olarak değerlendirilecektir.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanıp kazanamayacakları tartışmalı bir konudur. Öğretide konuya ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Aynı yöndeki görüşler dahi kendi içerisinde farklılık göstermektedir. Konunun bu denli tartışmalı olmasının nedeni, hafta tatiline ilişkin yasal düzenlemelerin yetersizliğidir. Hafta tatilini düzenleyen 4857 sayılı Kanununun 46. ve 63. maddelerinde hafta tatiline hangi koşulda hak kazanılacağı açık şekilde düzenlenmemiştir. Bu durum, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanmaları bakımından belirsizlik doğurmaktadır.

Çalışmada öncelikle konuya ilişkin temel kavramlara kısaca değinilecektir. Ardından hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari sürenin ne kadar olduğu ve kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatili hakkı öğretisi görüşleri ve Yargıtay kararları ışığında incelenecektir. Son olarak konuya ilişkin görüşlerimize yer verilecektir.

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. Hafta Tatili

Hafta tatili esas itibariyle dinsel bir uygulama olarak doğmuştur. Çalışanların dini görevlerini yerine getirebilmeleri amacıyla haftada bir gün çalışmaya

ara verilmesi hafta tatilinin kökenini oluşturur¹. Nitekim Cumhuriyetin ilanından sonra 1924 yılında yürürlüğe giren 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanunun² ilk halinde hafta tatili, İslam dininde kutsal olarak kabul edilen Cuma günü olarak düzenlenmiştir³. Zamanla hafta tatilinin fonksiyonu değişmiş ve amaç çalışanların korunması haline gelmiştir. Özellikle sanayi devrimi bu değişimde önemli bir rol oynamıştır⁴. Günümüzde hafta tatili, çalışarak yorulan işçilerin dinlenmesi gibi insan sağlığına ilişkin nedenlerin yanı sıra işçilerin ailelerine ve özel yaşamlarına vakit ayırabilmeleri gibi sosyal ve kültürel nedenlere de dayanmaktadır⁵.

Hafta tatili Anayasal bir hak olan dinlenme hakkı kapsamındadır ve dinlenme hakkını somutlaştıran uygulamalardan biridir⁶. Dinlenme hakkı Anayasanın 50. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “... *Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir*”.

Hukumumuzda hafta tatiline ilişkin ilk düzenleme 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanundur. İlgili kanun 7033 sayılı Kanunla 01.07.2017 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır⁷. Günümüzde hafta tatilini düzenleyen hükümler farklı kanunlarda yer almaktadır. 4857 sayılı İş Kanununda⁸, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda⁹ ve 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında

¹ Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (5. Baskı, Beta Yayınları 2014) 683; Öner Eyrenci vd., *İş Hukuku* (10. Baskı, Beta Yayınları 2020) 327; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 423.

² Hafta Tatili Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 394, Kabul Tarihi: 02/01/1924, RG 21.01.1924/54.

³ Cuma gününün İslam dinindeki önemi hakkında bkz. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, <<https://islamansiklopedisi.org.tr/cuma>> Erişim Tarihi 22 Aralık 2022.

⁴ Eyrenci vd. (n 1) 327; Narmanlıoğlu (n 1) 683.

⁵ Nuri Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri* (34. Baskı, Beta Yayınları 2021) 832; Eyrenci vd. (n 1) 327; Şahin Çil, *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, Cilt 3 (1. Baskı, Turhan Kitabevi 2007) 684; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt: 1 Bireysel İş Hukuku* (5. Baskı, Lykeion Yayınları 2021) 397; N. Binnur Tulukçu, *İş Hukukunda Dinlenme Hakkı* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2012) 198-199; Orhun Yılmaz, *İş Hukukunda Dinlenme Süreleri* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 128.

⁶ Dinlenme hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tulukçu (n 5) 9-34; İftar Urhanoğlu, *Türk Hukukunda Yıllık Ücretli İzin* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 17-22; Yılmaz (n 5) 19-35.

⁷ Sanayinin Geliştirilmesi Ve Üretimin Desteklenmesi Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7033, Kabul Tarihi: 18/06/2017, RG 01.07.2017/30111.

⁸ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22/05/2013, RG 10.06.2003/25134.

⁹ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11/01/2011, RG 04.02.2011/27836.



Kanunda¹⁰ hafta tatiline ilişkin hükümler yer almaktadır. Ayrıca ülkemizin taraf olduğu, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 14 sayılı Sözleşmesi¹¹ de hafta tatilinin düzenlendiği kaynaklar arasındadır.

Hafta tatilinin önemi, yalnızca işçilere dinlenme imkânı sağlamasında değil ayrıca ücret karşılığı olmasındadır. Hafta tatili ücretli bir tatildir. Hafta tatiline hak kazanan işçi, hafta tatili gününde çalışmayıp dinlenerek bir günlük ücrete hak kazanır. 4857 sayılı Kanunun 46. maddesinde bu husus, “Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir” şeklinde ifade edilmiştir. Hafta tatilinin ücret karşılığı olması, hafta tatilinin amacının gerçekleştirilmesi için oldukça önemlidir. Zira işçi dinlenme hakkını kullanırken ücret kaygısı yaşamamalıdır¹². Aksi halde dinlenme süresi içerisinde ücret alamayan işçi ekonomik kaybını telafi etmek için dinlenme süresini çalışarak geçirecektir¹³.

B. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi

Kısmi süreli iş sözleşmesi, teknolojik ve ekonomik gelişmelerin sonucu olarak İş Hukuku alanında ihtiyaç duyulan esnekleşmenin ürünlerinden biridir. Esnek çalışma biçimlerinden biri olan kısmi süreli iş sözleşmesi özellikle kadınlar, öğrenciler ve emekliler tarafından tercih edilmektedir¹⁴. Kısmi süreli iş sözleşmesi birçok açıdan avantajlıdır¹⁵. Örneğin, kısmi süreli iş sözleşmeleri yeni iş olanaklarının ortaya çıkmasını kolaylaştırır. Bu durum daha çok kişinin istihdam edilmesini sağlayarak istihdamın artırılmasına ve işsizliğin azaltıl-

¹⁰ Ulusal Bayram Ve Genel Tatiller Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2429, Kabul Tarihi: 17/03/0981, RG. 19.03.1981/17284.

¹¹ Haftalık Dinlenme (Sanayi) Sözleşmesi. Bkz. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377241/lang--tr/index.htm>

¹² Yılmaz (n 5) 25.

¹³ Eyrenci vd. (n 1) 323-324; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku* (6. Baskı, Nisan Kitabevi 2020) 452.

¹⁴ Sarper Süzek, *İş Hukuku* (21. Baskı, Beta Yayınları 2021) 272-273; Çelik vd. (n 5) 213; Eyrenci vd. (n 1) 85. Kadınlar, öğrenciler ve emeklilerin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmayı tercih etmelerinin nedenleri için bkz. Öner Eyrenci, *Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar* (1. Baskı, Mozaik Basım ve Yayıncılık 1989) 14-15.

¹⁵ Kısmi süreli iş sözleşmesinin işçiler ve işverenler açısından olumlu yönleri için bkz. Tankut Centel, *Kısmi Çalışma*, (1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları 1992) 17-20; Gizem Sarıbay, “Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri” içinde Mehmet Uçum (Ed), *Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan* (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2008) 269-271; Mehmet Halis Karaman, “Türk İş Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri” (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2008) 36-38; Hakan Balkan, *Bireysel İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2021) 42-48. Kısmi süreli iş sözleşmesi hakkında işveren sendikalarının olumlu görüşleri için bkz. Eyrenci (n 14) 17.

masına katkı sağlar¹⁶. Kısmi süreli iş sözleşmesinin bir diğer avantajı, işçilerin çalışma sürelerini ihtiyaçları doğrultusunda ayarlayabilmelerine olanak sağlamasıdır¹⁷. Olumlu yönlerine rağmen kısmi süreli iş sözleşmesinin olumsuz yönleri olduğu da belirtilmelidir¹⁸. Örneğin, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ücret, eğitim ve terfi açısından dezavantajlıdırlar¹⁹. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin dezavantajlı durumda olduğu bir diğer husus, belirli bir süre prim bildirme koşulunun arandığı sosyal sigorta yardımlarına hak kazanmaktır. Örneğin, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin yaşlılık aylığına hak kazanması tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere kıyasla daha zordur²⁰.

4857 sayılı Kanundan önce hukukumuzda kısmi süreli iş sözleşmesi kurulmasına imkan veren bir yasal düzenleme mevcut olmadığı gibi kısmi süreli iş sözleşmesi kurulmasını engelleyen bir düzenleme de mevcut değildi²¹. Bu dönemde uygulamada kısmi süreli iş sözleşmeleri kurulmaktaydı. Ayrıca kısmi süreli iş sözleşmelerinin yapılabileceğine ilişkin öğreti görüşleri ve Yargıtay kararları mevcuttu²². Kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin ilk yasal düzenleme 4857 sayılı Kanunda yer almıştır. 9. maddede, “*Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler*” hükmüne yer verildikten sonra iş sözleşmelerinin kısmi süreli oluşturulabileceği belirtilmektedir.

¹⁶ Sarper Süzek, “Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği” (2009) (14) Sicil İş Hukuku Dergisi 5, 12; Ender Demir, “Kısmi Süreli Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” Tankut Centel (Ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar IV* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 221; Eyrenci vd. (n 1) 85.

¹⁷ Centel, *Kısmi Çalışma* (n 15) 18.

¹⁸ Kısmi süreli iş sözleşmesinin işçiler ve işverenler açısından olumsuz yönleri için bkz. Centel, *Kısmi Çalışma* (n 15) 20-22; Balkan (n 15) 48-50. Kısmi süreli iş sözleşmesi hakkında işçi sendikalarının olumsuz görüşleri için bkz. Eyrenci (n 14) 17.

¹⁹ Balkan (n 15) 49.

²⁰ Nurşen Caniklioğlu, “Atipik İstihdam Biçimi İle Çalışanların -Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların- Sosyal Güvenliği” (2016) 15(1-1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43, 67-68; Müjdat Şakar, *İş Hukuku Uygulaması* (11. Baskı, Beta Yayınları 2016) 85; Evran Kırmızı, *Kısmi Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışanların Sosyal Güvenlik Hakları* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 162-164; Faruk Barış Mutlay, *Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi* (1. Baskı, Beta Yayınları 2014) 444.

²¹ Eyrenci vd. (n 1) 85.

²² Nurşen Caniklioğlu, “İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar” içinde Ali Cengiz Köseoğlu (Ed), *10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu* (2016) 180; Ahmet Sevimli, “Türk Hukukunda Tam Süreli Çalışmayı Esas Alan Mevzuat Karşısında Kısmi Süreli İş Sözleşmesi: Seçilmiş İki Sorun Üzerine Görüşler” içinde Tankut Centel (Ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 11.



Kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımı 4857 sayılı Kanununun 13. maddesinde şu şekilde yapılmaktadır: “İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir”. O halde kısmi süreli çalışan işçi ile tam süreli çalışan işçiyi ayıran husus, “önemli ölçüde daha az” çalışmaktır. “Önemli ölçüde daha az” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği 4857 sayılı Kanununun 13. maddesinin gerekçesinde²³ ve İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin²⁴ 6. maddesinde açıklanmıştır. Madde gerekçesine göre, “...hiç olmazsa tam sürenin üçte ikisinden daha az olan otuz saatin altındaki haftalık çalışma süresine göre istihdam edilen işçi kısmi süreli sözleşmeye göre istihdam edilen kimse olarak kabul edilecektir”. Yönetmeliğin 6. maddesine göre ise, “işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır”. Haftada 30 saat çalışan işçinin kısmi süreli mi yoksa tam süreli mi olarak kabul edileceğine ilişkin Yönetmeliğin 6. maddesi ile madde gerekçesi birbirleriyle uyumlu değildir²⁵. Haftada 45 saat çalışan işçi emsal olarak alındığında, haftada 30 saatlik çalışma madde gerekçesine göre tam süreli olarak kabul edilecekken Yönetmeliğe göre kısmi süreli olarak kabul edilecektir²⁶. Yargıtay, haftada 30 saatlik çalışmayı kısmi süreli olarak kabul etmektedir²⁷.

4857 sayılı Kanunda kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin düzenlemeler yeterli sayıda ve düzeyde değildir. İlgili düzenlemeler kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımlanması, işyerinde boş yer olması halinde kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya veya tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş, ebeveynlerin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı ve ayırım yasağından ibarettir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin haklarını etraflıca düzenleyen hükümler mevcut değildir. Zira 4857 sayılı Kanunda işçilerin hakları düzenlenirken tam süreli iş sözleşmesi esas alınmıştır. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların bazı haklardan yararlanması noktasında açık düzenlemeler olmayışı uygulamada sorunlara neden olmaktadır²⁸.

²³ 4857 sayılı Kanunun gerekçesi için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022.

²⁴ İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği, RG. 06.04.2004/25425.

²⁵ Caniklioğlu, “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 22) 183.

²⁶ Demir, “Kısmi Süreli Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” (n 16) 224.

²⁷ Yargıtay 9 HD, 5444/11088, 18.03.2015; Yargıtay HGK, 2161/606, 20.05.2021. <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 25 Eylül 2022. Çalışmada Yargıtay içtihadına uygun şekilde haftada 30 saatlik çalışma kısmi süreli olarak kabul edilmiştir.

²⁸ Çelik vd. (n 5) 216; Caniklioğlu, “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 22) 180-181; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (9. Baskı, Beta Yayınları 2018) 73; Tankut Centel, “Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti” (2006) (2) Sicil İş Hukuku Dergisi 19, 19.

II. HAFTA TATİLİNE HAK KAZANMA KOŞULU

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanıp kazanamayacaklarına ilişkin değerlendirme yapabilmek için öncelikle hafta tatiline hak kazanma koşulu üzerinde durulmalıdır. Hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari sürenin tespit edilmesi, bu husustaki genel ilkenin belirlenmesi önemlidir. Böylece kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanıp kazanamayacaklarına ilişkin yapılacak değerlendirme daha isabetli olacaktır.

A. Kanuni Düzenleme

4857 sayılı Kanun kapsamındaki işçiler için hafta tatiline nasıl hak kazanılacağı 46. maddede, “*Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir*” şeklinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı Kanunun 46. maddesinde ayrıca hafta tatiline hak kazanılması bakımından çalışılmış gibi kabul edilen süreler de düzenlenmiştir. Bu süreler 4857 sayılı Kanunun 63. maddesi gereği hafta tatiline hak kazanılması için işçinin çalışması gereken sürenin hesabında dikkate alınır.

4857 sayılı Kanunun 46. maddesinin hafta tatiline hak kazanmak için hafta tatilinden önce çalışılması gereken süreye ilişkin olarak atıf yaptığı 63. madde şu şekildedir: “*Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir. Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir. Turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile altı aya kadar artırılabilir. Çalışma sürelerinin yukarıdaki esaslar çerçevesinde uygulama şekilleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.*”

4857 sayılı Kanunun 46. maddesi, tatil gününden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmak koşulu ile hafta tatiline hak kazanılacağını ifade etmektedir. Bu durumda olması gereken, hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari sürenin 63. maddede açık şekilde düzenlenmesidir. Aksi halde 46. maddenin 63. maddeye yapmış olduğu atıf anlamsız olacaktır. Ancak olması gerekenin aksine, 63. maddede hafta tatiline hak kazanmak için



tatil gününden önce çalışılması gereken asgari süreyi düzenleyen bir hükme yer verilmemiştir. Hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari süre konusunda 46. ve 63. maddeler yeterince açık değildir.

4857 sayılı Kanunun aksine iş ilişkilerini düzenleyen diğer kanunlardan 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun²⁹ ve 854 sayılı Deniz İş Kanununda³⁰ hafta tatiline hak kazanma koşulu açıktır. 5953 sayılı Kanunun 19. maddesine göre, “Her altı günlük fülî çalışmayı mütaakıp gazeteciye bir günlük ücretli dinlenme izni verilmesi mecburidir. Gazetecinin vazifesi devamlı gece çalışmasını gerektirdiği hallerde hafta tatili iki gündür”. 854 sayılı Kanun’un hafta tatiline ilişkin 42. madde düzenlemesine göre ise, “Bu kanunun uygulandığı gemilerde, haftanın tatilden önceki günlerinde sürekli olarak çalışmış bulunan gemiadamlarına çalışılmıyan hafta tatili günü için işveren veya işveren vekili tarafından bir iş karşılığı olmaksızın ve ücret ödeme şekline bakılmaksızın bir gündelik tutarında ücret ödenir”. Hükümlerde açıkça ifade edildiği üzere, hafta tatiline hak kazanmak için, 5953 sayılı Kanuna göre gündüz çalışılıyorsa hafta tatilinden önce 6 gün, gece çalışılıyorsa hafta tatilinden önce 5 gün ve 854 sayılı Kanuna göre hafta tatilinden önce 6 gün çalışılması gerekmektedir³¹.

Hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari sürenin 4857 sayılı Kanunda açık şekilde düzenlenmemesi nedeniyle konu tartışmalı hale gelmiştir. Öğretide hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari süre konusunda farklı görüşler mevcuttur.

B. Öğreti Görüşleri

Hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari süre konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre, işçinin hafta tatiline hak kazanabilmesi haftalık 45 saat çalışmasına bağlıdır³². Bu görüş, 4857 sayılı Kanunun 46. maddesinin 63.

²⁹ Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5953, Kabul Tarihi: 13/06/1952, RG 20.06.1952/8140.

³⁰ Deniz İş Kanunu, Kanun Numarası: 854, Kabul Tarihi: 20/04/1967, RG 29.04.1967/12586.

³¹ 5953 sayılı Kanun kapsamına giren çalışanların hafta tatili hakkına ilişkin bkz. Haluk Hadi Sümer, *Bireysel Basın İş Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 249-253; Nuray Gökçek Karaca, *Basın İş Hukuku* (Medya Çalışma İlişkileri) (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 208-211; Tulukçu (n 5) 410-413. 854 sayılı Kanun kapsamına giren çalışanların hafta tatili hakkına ilişkin bkz. Mehmet Nusret Bedük, *Deniz İş Sözleşmesi* (1. Baskı, Ekin Yayınevi 2012) 196-199; Bektaş Kar, *Deniz İş Hukuku* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2021) 298-305; Tulukçu (n 5) 436-439.

³² Bektaş Kar, *İş Yargılaması Usulü* (2. Baskı, Yetkin Yayınevi 2019) 626; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 397; Ali Ekin, “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Dinlenme Süreleri” içinde Süleyman Başterzi (Ed), *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, Cilt II, (1.

maddeye atıf yapmasının sonucu olarak, hafta tatiline hak kazanılabilmesi için çalışılması gereken asgari sürenin 45 saat olduğunu vurgulamaktadır. Aynı yöndeki başka bir görüşe göre ise, işçinin hafta tatiline hak kazanabilmesi için haftalık 45 saat çalışması gerektiğini söylemek kural olarak doğru olsa da mutlak olarak doğru değildir³³. Zira 63. maddeye uygun olarak esnek çalışma yapan işçiler için önemli olan haftalık 45 saat çalışmak değil, esnek çalışma yapılan zaman diliminde haftalık ortalama 45 saat çalışmaktır. Bu görüşe göre, haftada 45 saatten az çalışarak hafta tatiline hak kazanılabilmesi ancak 63. maddede düzenlenen esnek çalışmaya uygun olarak denkleştirme yapılması halinde mümkündür. Denkleştirme yapılması halinde önemli olan haftada 45 saat çalışmak değil, denkleştirme süresi içerisinde haftalık çalışma süresinin ortalamasının 45 saat olmasıdır. Denkleştirme yapılan zaman dilimi dışında hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari süre ise 45 saattir³⁴.

Başka bir görüşe göre, hafta tatiline hak kazanmanın koşulu hafta tatilinden önceki 6 iş günü çalışmaktır³⁵. Hafta tatiline hak kazanmak için haftalık 45 saat çalışmanın zorunlu olmadığı, daha az sürelerle çalışılması durumunda da hafta tatiline hak kazanılacağı, önemli olanın tatil gününden önceki 6 iş günü çalışmak olduğu belirtilmektedir³⁶.

Konuya ilişkin başka bir görüşe göre ise, hafta tatiline hak kazanmak için haftada 45 saat ya da 6 gün çalışmak zorunlu değildir. İşçinin, iş sözleşmesinde kararlaştırılan haftalık çalışma süresi kadar çalışması veya çalışmış sayılması hafta tatiline hak kazanmak için yeterlidir³⁷. Bu görüşte olan yazarların bir kısmına göre, sözleşmeyle belirlenen haftalık çalışma süresi kadar çalışılması mutlak olarak hafta tatiline hak kazandırmayacaktır. Bu noktada belirleyici unsur, haftalık çalışma süresinin uzunluğudur. Zira hafta tatiline hak kazanılması için işçinin hafta tatili verilmesini gerektirecek kadar yorulması gerek-

Baskı, Beta Yayınları 2011) 1389; Fevzi Demir, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması* (10.Baskı, Albi Yayınları 2017) 270; Seracettin Göktaş, “Yargıtay Uygulamasına Göre Hafta Tatili” (2013) (30) Sicil İş Hukuku Dergisi 43, 44.

³³ Centel, “Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti” (n 28) 20.

³⁴ ibid 20-21.

³⁵ Kadir Arıcı, *Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku* (1. Baskı, Gazi Kitabevi 2022) 192; Çil, *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi* (n 5) 2686; Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku* (5. Baskı, Beta Yayınları 2018) 173.

³⁶ Bkz. Çil, *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi* (n 5) 2686.

³⁷ Caniklioğlu, “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 22) 191; Çelik vd. (n 5) 223-224; Ahmet Sevimli, *4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (1. Baskı, Beta Yayınları 2019) 180; Sevimli, *Seçilmiş İki Sorun Üzerine Görüşler* (n 22) 41; Ahmet Sevimli, “Kısmi Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Dinlenme Hakkı” içinde Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ (Ed), *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II*, (1. Baskı, Beta Yayınları 2018) 113; Namık Hüseyinli, *İş Hukukunda Dinlenme ve İzin Hakları* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 90; Sarıbay (n 15) 302.



mektedir³⁸. Dinlenme hakkını gerektirmeyecek ölçüde kısa süreli çalışmalar hafta tatiline hak kazandırmayacaktır³⁹. Örneğin, haftada 4 gün ve günde 4 saat olmak üzere haftada 16 saat çalışan işçi hafta tatilini gerektirecek kadar yorulmayacağı için hafta tatiline hak kazanamayacaktır⁴⁰. Dolayısıyla bu görüş hafta tatiline hak kazanmayı iki koşula bağlamaktadır. Birinci koşul, sözleşmeyle belirlenen haftalık çalışma süresinin hafta tatilini gerektirecek ölçüde uzun/yorucu olması, ikinci koşul ise, sözleşmeyle belirlenen haftalık çalışma süresinin işçi tarafından çalışılarak veya çalışılmış sayılarak doldurulmasıdır.

Kanaatimizce de hafta tatiline hak kazanmak için taraflarca belirlenen haftalık çalışma süresinin doldurulması yeterlidir. Zira 4857 sayılı Kanunun 46. maddesine göre, hafta tatiline hak kazanmanın koşulu tatil gününden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaktır. 4857 sayılı Kanunun 63. maddesinde ise, haftalık çalışma süresinin en çok 45 saat olduğu ve aksi kararlaştırılmamışsa bu sürenin haftanın çalışılan günlerine eşit şekilde dağıtılacağı ifade edilmektedir. Haftada 45 saat çalışmak veya 6 gün çalışmak zorunlu tutulmamıştır. O halde, 4857 sayılı Kanunun 63. maddesi gereği, taraflarca belirlenen en fazla 45 saatlik haftalık çalışma süresi kadar çalışan işçinin hafta tatiline hak kazanacağı sonucuna varmaktayız. Ancak hafta tatili verilmesini gerektirmeyecek ölçüde, bir diğer ifade ile hafta tatilinin amacı ile bağdaşmayacak ölçüde, kararlaştırılan kısa süreli çalışmaların hafta tatiline hak kazandırmayacağı görüşüne katılmaktayız. Bu nedenle hafta tatiline hak kazanma koşulunun kural olarak “taraflarca belirlenen çalışma süresinin doldurulması” olduğu, ancak bu koşulun sağlandığı her durumda mutlak olarak hafta tatiline hak kazanılacağına söylenemeyeceği kanaatindeyiz. Zira kanunun lafzından yola çıkılarak ulaşılan sonucun mutlak şekilde uygulanması kanunun amacına aykırı sonuçların doğmasına neden olmaktadır.

C. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bazı kararlarında hafta tatiline hak kazanmak için haftalık 45 saat çalışılması gerektiği belirtilmektedir⁴¹. İlgili kararlar her

³⁸ Sevimli, *Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (n 37) 181; Sevimli, *Seçilmiş İki Sorun Üzerine Görüşler* (n 22) 41; Sevimli, “Dinlenme Hakkı” (n 37) 111.

³⁹ Caniklioğlu, “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 22) 192.

⁴⁰ Sevimli, *Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (n 37) 181; Sevimli, *Seçilmiş İki Sorun Üzerine Görüşler* (n 22) 42; Sevimli, “Dinlenme Hakkı” (n 37) 111.

⁴¹ “1475 sayılı Yasanın 41 inci maddesinde, hafta tatiline hak kazanabilmek için önceki altı günde günlük iş sürelerine göre çalışmış olmak şartı bulunmaktaydı. 4857 sayılı Kanunda ise, haftalık iş süreleri çalışılan günlere farklı şekilde dağıtılabileceğinden, hafta tatili tanımı değişmiş, işçinin 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışılmış olması kaydıyla, yedi günlük zaman dilimi içinde kesintisiz yirmidört saat dinlenme hakkı öngörülmüştür. 63. maddede, genel bakımdan iş süresinin haftalık en çok kırkbeş saat olduğu belirlenmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı Yasanın uygulandığı dönemde, haftalık çalışma süresi kırkbeş saati

ne kadar kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatili hakkına ilişkin olsa da hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken sürenin tespiti açısından yol göstericidir. Nitekim ilgili kararlarda, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanamamalarının gerekçesi olarak çalışma sürelerinin haftalık 45 saate ulaşmaması gösterilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bazı kararlarında ise hafta tatiline hak kazanmak için haftada 6 gün çalışılması gerektiği belirtilmektedir⁴².

Söz konusu kararlar çelişkilidir. Haftada 45 saat çalışmak ile haftada 6 gün çalışmak her zaman aynı anlama gelmez. Haftada 45 saat çalışan işçinin bu çalışmasının 6 güne yayılması zorunlu olmadığı gibi haftada 6 gün çalışan işçinin haftalık çalışma süresinin 45 saat olması da zorunlu değildir. Dolayısıyla haftada 45 saat çalışmak ile haftada 6 gün çalışmak farklı koşullardır. Ancak önemle belirtmek isteriz ki, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin hafta tatiline hak kazanmak için haftada 6 gün çalışılması gerektiği yönündeki kararları, tespit edebildiğimiz kadarıyla, haftada 45 saat çalışılması gerektiği yönündeki kararlarına göre yeni tarihlidir. O nedenle bu durum, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin hafta tatiline hak kazanmak için haftada 45 saat çalışmak yerine artık haftada 6 gün çalışmak koşulunu aradığı şeklinde yorumlanabilir.

III. KISMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİYLE ÇALIŞANLARIN HAFTA TATİLİNE HAK KAZANMASI

Hafta tatiline hak kazanma koşulu yani hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari sürenin ölçüsü hususunda öğretide fikir birliği olmadığı gibi yargı kararları da değişkenlik göstermektedir. Bu durumun doğal sonucu olarak, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanıp kazanamayacakları ve eğer kazanacaklarsa çalışmaları gereken asgari süre tartışmalıdır.

bulamayacağından, kısmî süreli iş ilişkisinde işçinin hafta tatiline hak kazanması mümkün olmaz”, Yargıtay 9 HD, 44744/33940, 08.12.2009. <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022. Aynı yönde bkz. Yargıtay 9 HD, 35184/596, 15.01.2013; Yargıtay 9 HD, 342/8812, 11.04.2016; Yargıtay 9 HD, 5444/11088, 18.03.2015. <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022. Yargıtay 7. ve 22. Hukuk Dairelerinin de aynı yönde kararları mevcuttur. Örnek kararlar için bkz. Yargıtay 7HD, 8327/22523, 17.11.2015; Yargıtay 22 HD, 21146/11941, 23.05.2017. <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022.

⁴² “4857 sayılı İş Kanununun 46 ncı maddesinde, işçinin tatil gününden önce aynı Yasanın 63 üncü maddesine göre belirlenmiş olan iş günlerinde çalışmış olması koşuluyla, yedi günlük zaman dilimi içinde yirmidört saat dinlenme hakkının bulunduğu belirtilmiş, işçinin hafta tatili gününde çalışma karşılığı olmaksızın bir günlük ücrete hak kazanacağı da 46 ncı maddenin ikinci fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme nedeni ile davacının hafta tatiline hak kazanması için haftanın 6 günü, ayda ise en az 22 gün çalışması gerekir.”, Yargıtay 9 HD, 3772/3445, 07.03.2017; “Hafta tatili, bir hafta içinde 6 gün kesintisiz çalışmanın ardından verilmesi gereken 24 saatlik dinlenme süresi demektir.”, Yargıtay 9 HD, 28887/3766, 05.03.2020. <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022.

A. Kanuni Düzenleme

4857 sayılı Kanunda işçilerin hakları düzenlenirken kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlardan ziyade tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar dikkate alınmıştır⁴³. Bu nedenle kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar birtakım haklardan yararlanma noktasında sorun yaşamaktadırlar. Söz konusu sorunlardan biri, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatili hakkında yararlanıp yararlanmayacaklarıdır.

Kısmi süreli iş sözleşmesi 4857 sayılı Kanununun 13. maddesinde, bir kısmi süreli iş sözleşmesi türü olan çağrı üzerine çalışma ise 4857 sayılı Kanununun 14. maddesinde düzenlenmektedir. İlgili maddelerde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanıp kazanamayacakları düzenlenmemiştir.

Hafta tatili ile ilişkilendirilebilecek tek düzenleme 4857 sayılı Kanununun 13. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ayırım yasağıdır. İlgili düzenlemeye göre, “*Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir*”. Madde gerekçesinde, ayırımı haklı kılan nedenlerin varlığı halinde kısmi süreli çalışanlar ile tam süreli çalışanlar arasında ayırım yapılabileceği belirtilerek haftada iki gün çalışan işçinin hafta tatiline hak kazanamaması bu duruma örnek olarak gösterilmiştir⁴⁴.

Görüldüğü üzere 4857 sayılı Kanunda kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatili hakkını düzenleyen özel bir hüküm mevcut değildir.

B. Öğreti Görüşleri

Hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari sürenin ölçüsü özellikle kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar bakımından oldukça önemlidir. Konuya ilişkin çalışmalarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanıp kazanamayacakları konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar hafta tatiline hak kazanamazlar⁴⁵. Bu görüş, istisnaya yer vermeksizin, kısmi süreli iş sözleş-

⁴³ Çelik vd. (n 5) 216.

⁴⁴ “... ayırımı haklı kılan nedenlerin bulunması durumunda, her iki türde sözleşmelerle çalışanlar arasında farklılıklar olması doğal karşılanacaktır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi, ...” <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 6 Eylül 2022.

⁴⁵ Centel, “Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti” (n 28) 21; Ufuk Aydın, “4857 Sayılı İş Kanununda Çağrı Üzerine Çalışma, Takım Sözleşmesi, Deneme Süreli İş Sözleşmesi ve Mevsimlik İş Sözleşmesi” içinde Ali Cengiz Köseoğlu (Ed), *10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu* (2016) 211; Ufuk Aydın,

mesiyle çalışanların kategorik olarak hafta tatiline hak kazanamayacaklarını belirtmektedir. Aksi yöndeki görüşe göre ise, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar hafta tatiline hak kazanabilirler⁴⁶. Ancak bu görüşte olan yazarlar arasında kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hangi koşulda hafta tatiline hak kazanacakları konusunda görüş birliği yoktur.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konuda üç farklı görüş vardır. Bu görüşlerden ilkinde göre, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler, hafta tatilinden önceki tüm iş günlerinde çalışmak şartıyla hafta tatiline hak kazanırlar⁴⁷. Hafta tatilinden önce çalışılması gereken günlerin ise, cumartesi çalışılan işyerlerinde pazartesi ile cumartesi günleri arası, cumartesi çalışılmayan işyerlerinde ise

“Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları” (2007) (8) Sicil İş Hukuku Dergisi 41, 51; Mustafa Kılıçoğlu ve İlayda Kılıçoğlu Ada, *Şerhli İş Kanunu Yorumu* (5. Baskı, Bilge Yayınevi 2019) 350; Emin Zeytinoğlu, “Kısmi Süreli Çalışma Şekilleri ve 4857 Sayılı İş Kanunundaki Görünüm” (2004) 62(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 449, 458; Şakar (n 20) 87. Bir görüşe göre, hafta tatilinden önce 45 saat çalışan kısmi süreli işçi hafta tatiline hak kazanır. Birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmayan işçinin haftalık çalışma süresi 45 saate ulaşamayacağından, bu görüş, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin hafta tatiline hak kazanamayacağı şeklinde yorumlanabilir. Bkz. A. Can Tuncay, “İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri”, içinde Yeni İş Yasası Sempozyumu (İstanbul Barosu Yayınları 2003) 135-136.

⁴⁶ Süzek, *İş Hukuku* (n 14) 276, 856-857; Çelik vd. (n 5) 223-224; Eyrenci vd. (n 1) 330; Narmanlıoğlu (n 1) 686; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 397; Demir, *İş Hukuku ve Uygulaması* (n 32) 270; Şahin Çil, *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 70; Başbuğ – Yücel Bodur (n 35) 124; Münir Ekonomi, “Bölünmeyen Çalışma Şartlarından Hafta Tatili ve Diğer Tatiller” (2022) (1) Çalışma ve Toplum Dergisi 21, 33; Murat Demircioğlu, Doğan Korkmaz ve Hasan Ali Kaplan, *Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası* (4. Baskı, Beta Yayınları 2018) 94; Caniklioğlu, “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 22) 191-193; Sevimli, *Seçilmiş İki Sorun Üzerine Görüşler* (n 22) 41; Sevimli, *Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (n 37) 180; Sevimli, “Dinlenme Hakkı” (n 37) 110; Sarıbay (n 15) 302; Mehmet Halis Karaman, “Karar İncelemesi: 4857 Sayılı İş Kanunu m. 13. Kısmi Süreli Çalışma, Ayrımcılık Yasağı, Kıdem Tazminatı, Yıllık Ücretli İzin ve Hafta Tatili” (2010) (25) Çalışma ve Toplum Dergisi 269, 289; Buket Günay, “İş Hukukunda Hafta Tatili” (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1563, 1576; Çağlar Sisliatuna Ayakçioğlu, *Kısmi Süreli Çalışma ve Kısmi Süreli Çalışanların Sosyal Güvenlik Sorunları* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 80; Hüseyinli (n 37) 98; Fatih Uşan ve Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 87; Demir, “Kısmi Süreli Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” (n 16) 232-233; Tulukçu (n 5) 211; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (25. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020), 44; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 53; Nedim Meriç, “Türk ve Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma”(2005) (8) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1546, 1568-1569; Serkan Odaman, *Esneklik Prensipleri Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri Ve Yöntemleri* (1. Baskı, Legal Yayınevi 2013) 156; Yılmaz (n 5) 142.

⁴⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 397; Eyrenci vd. (n 1) 330; Karaman, “Karar İncelemesi” (n 46) 288-289; Balkan (n 15) 308.



pazartesi ile cuma günleri arası olduğu ileri sürülmüştür⁴⁸. Aynı yöndeki başka bir görüşe göre ise, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanabilmeleri hafta tatili gününden önce 6 gün çalışmış olmalarına bağlıdır⁴⁹.

Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler sözleşmelerinde belirlenen çalışma süresi kadar çalışmaları şartıyla hafta tatiline hak kazanırlar⁵⁰. Ancak bu görüşte olan yazarların bir kısmı, ücretli dinlenme hakkını gerektirmeyecek ölçüde kısa süreli çalışmaların hafta tatiline hak kazandırmayacağı görüşündedir⁵¹.

Başka bir görüşe göre ise, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin hafta tatiline hak kazanmaları için çalışmaları gereken asgari süre konusunda Kanunda örtülü boşluk vardır. Bu görüşte olan yazarlar söz konusu boşluğun doldurulması hususunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Kanundaki boşluk doldurulurken, ayırım yapılmaksızın tüm çalışanlara hafta tatili hakkı tanınması⁵² veya çağrı üzerine çalışmayı düzenleyen 4857 sayılı Kanunun 14. maddesindeki 20 saatlik sürenin esas alınması bu görüşlerdendir⁵³.

C. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay, yakın zamana kadar, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanamayacaklarına ilişkin kararlar vermektedir. Yargıtay'a göre, "1475 sayılı Yasanın 41 inci maddesinde, hafta tatiline hak kazanabilmek için önceki altı günde günlük iş sürelerine göre çalışmış olmak şartı bulunmaktaydı. 4857 sayılı Kanunda ise, haftalık iş süreleri çalışılan günlere farklı şekilde dağıtılabilirdiğinden, hafta tatili tanımı değişmiş, işçinin 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışılmış olması kaydıyla, yedi günlük

⁴⁸ Karaman, "Karar İncelemesi" (n 46) 288-289.

⁴⁹ Ekonomi, (n 46) 33; Çil, *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları* (n 46) 70; Odaman (n 46) 156; Demir, *İş Hukuku ve Uygulaması* (n 32) 270; Başbuğ – Yücel Bodur (n 35) 124; Demircioğlu, Korkmaz ve Kaplan (n 46) 94.

⁵⁰ Sarıbay (n 15) 302-303; Ömer Uğur, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ücret" (2021) 6(11) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97, 112; Tulukçu bu görüşte olmakla birlikte, kısmi süreli çalışan işçinin haftada 1 veya iki gün çalışmasının ayırımı haklı kılan bir sebep oluşturacağı ve işçinin hafta tatilinden yararlanamayacağını ifade etmektedir. Bkz. Tulukçu (n 5) 211-212; Yılmaz (n 5) 142. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların mevcut yasal düzenlemeler karşısında hafta tatiline hak kazanamayacakları ancak olması gereken hukuk açısından bu işçilerin sözleşmeyle belirlenen sürede çalışmaları koşuluyla hafta tatiline hak kazanmaları gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Centel, *Kısmi Çalışma* (n 15) 64.

⁵¹ Süzek, *İş Hukuku* (n 14) 856-857; Çelik vd. (n 5) 223-224; Caniklioğlu, "Kısmi Süreli İş Sözleşmesi" (n 22) 191-192.

⁵² Demir, "Kısmi Süreli Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar" (n 16) 233.

⁵³ Sevimli, *Seçilmiş İki Sorun Üzerine Görüşler* (n 22) 43; Sevimli, *Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (n 37) 183; Sevimli, "Dinlenme Hakkı" (n 37) 113.

zaman dilimi içinde kesintisiz yirmidört saat dinlenme hakkı öngörülmüştür. 63. maddede, genel bakımdan iş süresinin haftalık en çok kırkbeş saat olduğu belirlenmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı Yasanın uygulandığı dönemde, haftalık çalışma süresi kırkbeş saati bulamayacağından, kısmî süreli iş ilişkisinde işçinin hafta tatiline hak kazanması mümkün olmaz"⁵⁴. İlgili kararlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların kategorik olarak hafta tatiline hak kazanamayacakları belirtilmektedir. Bu kararlar, hafta tatiline hak kazanmak için haftalık 45 saat çalışılması gerektiği görüşüne dayanmaktadır. Nitekim ilgili kararlarda, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanamamalarının nedeni olarak, haftalık çalışma süresinin 45 saate ulaşmaması gösterilmiştir.

Ancak Yargıtay son zamanlarda aksi yönde kararlar vermiştir. Söz konusu kararlar kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanabilecekleri yönündedir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, kısmi süreli çalışmada hafta tatiline hak kazanılamayacağı gerekçesiyle hafta tatili alacağını reddeden İlk Derece Mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay'a göre, "Dosya kapsamından, davacının haftanın yedi günü çalışmasına rağmen hafta tatili ücret alacağına ödenmediği sabit olup, söz konusu alacağın, kısmi süreli çalışma esasına göre hesaplama yapılan 15.03.2021 tarihli bilirkişi raporuna göre hüküm altına alınması gerekmektedir"⁵⁵. Benzer şekilde davacının günde 3 saat çalıştığı için hafta tatiline hak kazanamayacağına ilişkin İlk Derece Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları da Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yargıtay'a göre, "İlk Derece Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesince davacının emeklilik sonrası dönem de kısmi süreli iş sözleşmesi ile günde üç saat çalışma esasına göre çalıştığı kabul edilerek bu döneme ilişkin hafta tatili ücret alacağı talebinde bulunmasının mümkün olmadığı belirtilmiş ise de, yukarıda da ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca hafta tatili, yedi günlük zaman dilimi içindeki yirmidört saatlik dinlenme hakkını ifade etmektedir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, tanık beyanlarına göre davacının pazar günleri temizlik yaptığı ve çöp topladığı kabul edilmiştir. Dosya kapsamından, davacının haftanın yedi günü çalışmasına rağmen hafta tatili ücret alacağına ödenmediği sabit olup, söz konusu alacağın emeklilik sonrası dönem için de kısmi süreli çalışma esasına göre yapılacak hesaplama ile hüküm altına alınması gerekmektedir. Hükümün bu nedenle bozulması gerekmiştir"⁵⁶.

⁵⁴ Yargıtay 9 HD, 44744/33940, 08.12.2009; Yargıtay 9 HD, 35184/596, 15.01.2013; Yargıtay 9 HD, 342/8812, 11.04.2016; Yargıtay 9 HD, 5444/11088, 18.03.2015; Yargıtay 7 HD, 8327/22523, 17.11.2015; Yargıtay 22 HD, 21146/11941, 23.05.2017. <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

⁵⁵ Yargıtay 9 HD, 7386/11845, 15.09.2021. <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

⁵⁶ Yargıtay 9 HD, 3437/19928, 23.12.2020. <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 7 Eylül



Yargıtay ilgili kararlar ile konuya ilişkin görüşünü değiştirmiştir. Önceki kararlarda, hafta tatiline hak kazanmak için haftada 45 saat çalışmak gerektiği vurgulanarak, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanamayacakları belirtilmekteydi. Gelenen noktada, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanları hafta tatili hakkının uygulama alanı dışına çıkararak bu yaklaşımdan vazgeçilmiş ve kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanabilecekleri kabul edilmiştir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanabileceklerini ifade eden kararlar şüphesiz oldukça önemlidir. Ancak ilgili kararlardan kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanma koşulu açıkça anlaşılammaktadır. Başka bir ifade ile kararlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanmaları için çalışmaları gereken asgari süre konusunda belirsizlik mevcuttur.

İlgili kararların birinde her gün ve günde 3 saat, diğerinde ise haftalık toplam 14 saat çalışma vardır. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanacaklarına ilişkin kararların haftalık toplam çalışma saati ile ilişkili olmadığı kanaatindeyiz. Zira kararlarda bu yönde bir gerekçe mevcut değildir.

Kararlarda haftada 7 gün çalışmanın varlığı dikkat çekmektedir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanmalarının nedenini anlamaya yardımcı olabilecek tek husus, kararlarda yer alan “*davacının haftanın yedi günü çalışmasına rağmen hafta tatili ücret alacağına ödenmediği*” ifadesidir. İlgili ifade, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların tatil gününden önceki 6 gün çalıştıkları için hafta tatiline hak kazandıkları şeklinde yorumlanabilir. Zira yukarıda bahsedildiği üzere, Yargıtay’ın son dönemde verdiği kararlarda, hafta tatiline hak kazanmak için haftada 6 gün çalışma esas alınmaktadır⁵⁷. Dolayısıyla Yargıtay, hafta tatiline hak kazanmaya ilişkin içtihadını kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara uygulamış görünmektedir.

Kararlar bu şekilde anlaşıldığında Yargıtay’ın yaklaşımının bazı noktalarda tereddüt oluşturduğu belirtilmelidir. Öncelikle, yukarıda belirtildiği üzere, hafta tatiline hak kazanma koşulunun 6 gün çalışmak olarak belirlenmesinin 4857 sayılı Kanunun 46. ve 63. maddelerinin birlikte değerlendirilmesiyle ulaşılan sonuca aykırı olduğu kanaatindeyiz. 1475 sayılı Kanunda yer alan hafta tatiline hak kazanmak için haftada 6 gün çalışmak koşulu 4857 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır⁵⁸. Bu husus 4857 sayılı Kanunun 46. maddesinin gerekçesinde de belirtilmektedir⁵⁹.

2022.

⁵⁷ Bkz. dn. 42.

⁵⁸ Murat Şen, “Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerine Rastlayan Haftalarda Fazla Çalışma” (2010) (18) Sicil İş Hukuku Dergisi 5, 7.

⁵⁹ “Bu Kanunun 63 üncü maddesi ile iş sürelerinde sözleşmelerle esnekleşme yapılması yolu açıldığından, hafta tatilinin mutlaka 6 iş günü çalışılmış olmasına bağlı olmaksızın 7 günlük

Kararlar bu şekilde anlaşıldığında tereddüt oluşturan diğer bir husus, 6 gün çalışmanın mutlak olarak hafta tatiline hak kazandırıp kazandırmayacağıdır. Kararlara konu olayların birinde günde 3 saat çalışma vardır. Günlük daha az çalışma süreleri, örneğin haftada 6 gün ve günlük 1 saat çalışma, hafta tatiline hak kazandıracak mıdır?

Haftada 6 günden daha kısa süreli yapılan çalışmalar da hafta tatiline hak kazanma açısından tereddüt oluşturmaktadır. İlgili kararlar, kısmi süreli iş sözleşmesiyle haftada 6 günden daha az çalışmanın hafta tatiline hak kazanmaya yetmeyeceği izlenimini uyandırmaktadır. Bu durumda haftada 6 gün çalışmaya kıyasla saat olarak daha fazla ancak gün olarak daha az çalışmalar hafta tatiline hak kazandırmayacak mıdır? Örneğin, günde 3 saat ve haftada 6 gün çalışmanın hafta tatiline hak kazandıracığı varsayımında günde 6 saat ve haftada 5 gün çalışma hafta tatiline hak kazandırmayacak mıdır? Haftada 6 gün çalışmak hafta tatiline hak kazanmak için mutlak şekilde aranırsa, günde 1 saat ve haftada 6 gün çalışan işçi hafta tatiline hak kazanırken günde 6 saat ve haftada 5 gün çalışan işçi hafta tatiline hak kazanamayacak mıdır?

Bu tür tereddütlerin önüne geçilebilmesi için kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanmaları için hangi koşul veya koşulların gerçekleşmesi gerektiği Yargıtay kararlarında açık şekilde belirtilmelidir.

D. Görüşümüz

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatili hakkı karşısındaki durumlarını iki aşamada inceleyeceğiz. İncelenmesi gereken ilk husus, hafta tatili hakkının kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanları dışlayıp dışlamadığıdır. Zira hafta tatili hakkı bu çalışanları dışlıyorsa, başka bir ifade ile bu kişiler kategorik olarak hafta tatili hakkının dışında kalıyorsa, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin haftada kaç saat çalıştığı önemi yoktur. İncelenmesi gereken ikinci husus ise, hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari süredir. Böylece, hafta tatiline hak kazanma koşulu belirlenerek, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların bu koşulu sağlayıp sağlamadığına göre bir sonuca varılacaktır.

Öncelikle hafta tatili hakkının kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanları dışlayıp dışlamadığı üzerinde durulmalıdır. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların kategorik olarak hafta tatili hakkının dışında kalması farklı şekillerde mümkün olabilir.

İlk ihtimal, yasal düzenlemelerde açıkça belirtilmesi nedeniyle kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatili hakkının kapsamı dışında kalmalarıdır.

bir zaman dilimi içinde en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) verilmesi esası kabul edilmiştir". 4857 sayılı Kanunun gerekçesi için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 18 Eylül 2022.



Ancak hafta tatilinin düzenlendiği 4857 sayılı Kanununun 46. ve 63. maddeleri ile konuyla ilgili diğer hükümlerde, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanamayacaklarına ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Aksine, “Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı...” şeklinde ifade edilen 4857 sayılı Kanununun 13. maddesinin gerekçesi, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların genel olarak hafta tatili hakkının dışında bırakılmadığı şeklinde yorumlanmaktadır⁶⁰. Gerçekten de gerekçeden, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların haftada 2 gün çalışmaları halinde hafta tatiline hak kazanamayacakları ancak daha uzun süreli çalışmaların hafta tatiline hak kazandırabileceği anlamı çıkmaktadır.

İkinci ihtimal, açık bir yasal düzenleme olmamasına rağmen kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların dolaylı olarak hafta tatili hakkının kapsamı dışında kalmalarıdır. Bu durum, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari süre kadar çalışma olanağına sahip olmamalarından kaynaklanabilir. Hafta tatiline hak kazanmak için haftada 30 saatten fazla, örneğin 35 saat, çalışılması gerekiyorsa kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar dolaylı olarak hafta tatili hakkının kapsamı dışında kalırlar. Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, hafta tatiline hak kazanmak için haftada 30 saatten fazla çalışmanın şart olmadığı, taraflarca belirlenen haftalık çalışma süresi kadar çalışmanın yeterli olacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle, bu ihtimalde de hafta tatili hakkının kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanları dışlamadığı kanaatindeyiz.

Üçüncü ihtimal, hafta tatiline ilişkin düzenlemenin amacı gereği kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatili hakkının kapsamı dışında kalmalarıdır. Daha önce belirtildiği üzere, hafta tatili hem işçinin dinlenmesi amacını taşımakta hem de sosyal ve kültürel nedenlere dayanmaktadır⁶¹. Düzenlemenin amacı dikkate alındığında, kısmi süreli iş sözleşmesiyle haftada 30 saat çalışan işçinin yorulmadığı ve dinlenme ihtiyacına sahip olmadığını söylemek güçtür. O halde düzenlemenin lafzı gibi amacı da kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmayı dışlamamaktadır. Önemle belirtelim ki, haftada 5-10 saat gibi sürelerle çalışan işçilerin yorulmayacağı ve hafta tatilinin amacı gereği hafta tatiline hak kazanamayacakları ileri sürülebilir. Ancak bu durum, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların dinlenmeyi gerektirecek kadar yorulmadıkları yönünde bir genelleme yapılmasına imkan sağlamaz. Bu konuda genel kural belirlenirken kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışılabilecek en fazla saat dikkate alınmalıdır.

Son ihtimal ise, 4857 sayılı Kanunun hafta tatiline ilişkin hükümlerinin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara uygulanmaması nedeniyle kısmi süreli iş

⁶⁰ Caniklioglu, “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 22) 192; Balkan (n 15) 303.

⁶¹ Bkz. dn. 5.

sözleşmesiyle çalışanların hafta tatili hakkının kapsamı dışında kalmalarıdır. Ancak bilindiği üzere, 4857 sayılı Kanun, 4. maddede düzenlenen istisnalar dışındaki tüm işlere ve iş ilişkilerine uygulanır. İlgili maddede düzenlenen istisnalar arasında kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar yer almamaktadır. O halde 4857 sayılı Kanunun hafta tatiline ilişkin hükümleri kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara da uygulanacaktır⁶².

Hafta tatili hakkının kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanları dışlamadığı tespiti yapıldıktan sonra hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari sürenin belirlenmesi gerekmektedir.

Daha önce belirtildiği üzere, hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari süre konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur⁶³. Yukarıda açıkladığımız üzere, taraflarca kararlaştırılan haftalık çalışma süresi kadar çalışılması halinde hafta tatiline hak kazanılacağı görüşüne katılmaktayız⁶⁴. 4857 sayılı Kanunun 46. maddesi ile 46. maddenin atıf yaptığı 63. maddesinin birlikte değerlendirilmesi bizi bu sonuca ulaştırmaktadır.

Bu noktada, haftada 5-10 saat gibi kısa belirlenen haftalık çalışma süreleri hafta tatiline hak kazanma açısından tereddüt oluşturmaktadır. Acaba taraflarca belirlenen haftalık çalışma süresinin çalışılması, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar açısından her durumda hafta tatiline hak kazandırır mı? Yoksa sözleşmeyle belirlenen haftalık çalışma süresinin belirli bir yoğunluğa ulaşması gerekir mi? Yukarıda belirttiğimiz gibi yasal düzenlemelerin lafzı dikkate alındığında ilk soruya “evet”, ikinci soruya “hayır” cevabı verilmelidir. Zira Kanunda hafta tatiline hak kazanmak için asgari bir çalışma süresi düzenlenmemiştir. 4857 sayılı Kanunun 46. ve 63. maddelerinin lafzı, yalnızca sözleşmeyle belirlenen çalışma süresi kadar çalışılmasını yeterli görmektedir. Dolayısıyla kanunun lafzından kısa süreli haftalık çalışmaların da hafta tatiline hak kazandıracakı sonucuna ulaşılmalıdır.

Ancak kanunun lafzı esas alınarak ulaşılan bu sonuçla yetinilmemelidir. Zira Medeni Kanunun⁶⁵ 1. maddesi gereği, “*Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır*”. Kanunun bir uyuşmazlığa ilişkin hüküm içerip içermediğinin belirlenmesi için kanunun sözünün yanı sıra özü de incelenmelidir⁶⁶. Kanunun sözü ile özü uyusmalıdır. Zira kanunun sözü ile özü birbirini

⁶² Sevimli, *Seçilmiş İki Sorun Üzerine Görüşler* (n 22) 40; Sevimli, “Dinlenme Hakkı” (n 37) 109.

⁶³ Bkz. dn. 32-40.

⁶⁴ Bkz. II. B. Öğreti Görüşleri.

⁶⁵ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi:22/11/2001, RG 08.12.2001/24607.

⁶⁶ Selâhattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (6. Baskı, Filiz Kitabevi 1992) 57.



tamamlar⁶⁷. Hükmün sözü ile ulaşılan, kısa süreli haftalık çalışmaların hafta tatiline hak kazandıracağı sonucunun, hükmün özüne de uygun olması gerekir. Hükmün özü, kanun hükmüne anlam verme işlemidir. Hükmün özünün bulunup uygulanması, ilgili hükmün kanun koyucu tarafından hangi amaçla düzenlendiğinin tespit edilip hükmün buna göre uygulanmasıdır⁶⁸.

Düzenlemenin amacı dikkate alındığında, yukarıda varılan sonucun aksi yönde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Hafta tatili hakkının amaçları arasında işçinin dinlenmesi yer aldığına göre, haftalık çalışma süresinin belirli bir yoğunluğa ulaşması gerekir. 4857 sayılı Kanununun 13. maddesinin gerekçesinde, haftada 2 gün çalışılması halinde hafta tatiline hak kazanılamayacağı belirtilmiştir⁶⁹. Gerekçe, hafta tatiline hak kazanılması için çalışmanın belirli bir yoğunluğa ulaşması gerektiği yönündeki kanun koyucunun iradesini yansıtmaktadır. Nitekim karşılaştırılan haftalık çalışma süresi kadar çalışan kısmi süreli çalışanların hafta tatiline hak kazanacağı görüşünde olan yazarlardan bazıları, dinlenmeyi gerektirmeyecek ölçüde kısa süreli çalışmaların hafta tatiline hak kazandırmayacağı görüşündedirler⁷⁰.

Görüldüğü üzere, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanması hususunda yasal düzenlemenin sözü ile özü birbiriyle uyuşmamaktadır. Ögretide bu durumun örtülü boşluk doğurduğu ifade edilmektedir⁷¹.

Örtülü boşluk, hukuki bir uyumsuzluğa uygulanacak hükmün sözü ile özünün birbiriyle bağdaşmaması, hükmün kanun koyucunun amacıyla uyuşmaması halidir⁷². Örtülü boşlukta, uyumsuzluğu düzenleyen bir hüküm olmasına rağmen bu hüküm kanunun amacı veya ilgili hukuki kurumun özellikleri açısından uyumsuzluk karşısında yetersiz veya tutarsızdır⁷³. Zira hüküm fazla geniş şekilde düzenlenmiş, hükmü sınırlaması gereken istisnaya hükümde yer

⁶⁷ Zeynep Özcan, “Hukuk Kurallarının Özellikleri, Çeşitleri ve Uygulanması” içinde Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (Ed), *Medeni Hukuk - I Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 119.

⁶⁸ Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri* (15. Baskı, Filiz Kitabevi 2020) 125-126.

⁶⁹ Bkz. dn. 44.

⁷⁰ Bkz. dn. 51.

⁷¹ Sevimli, “Dinlenme Hakkı” (n 37) 112; Sevimli, *Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (n 37) 182; Sevimli, *Seçilmiş İki Sorun Üzerine Görüşler* (n 22) 42; Demir, “Kısmi Süreli Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” (n 16) 233.

⁷² İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (3. Baskı, Gazi Kitabevi 2020) 127; Ender Ethem Atay, *Hukuk Başlangıcı* (8. Baskı, Gazi Kitabevi 2020) 323; Ömer Anayurt, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (21. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 341.

⁷³ Tekinay (n 66) 64.

verilmemiştir⁷⁴. Hüküm daraltılmadığı için, hükmün uyuşmazlığa uygulanması adaletsiz ve rahatsız edici sonuçlar doğurmaktadır⁷⁵. Kural yetersizliği şeklinde ortaya çıkan örtülü boşlukta kural daraltılarak amaca uygun sınırlama yapılır⁷⁶.

4857 sayılı Kanunun 46. ve 63. maddelerinin lafzına göre, taraflarca belirlenen haftalık çalışma süresi kadar çalışılması halinde hafta tatiline hak kazanılır. Kanunda çalışma süresi açısından sınır belirlenmemiş, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar açısından istisnaya yer verilmemiştir. O halde, hükmün lafzı gereği, işçinin çalışma süresi haftada 1 saat bile belirlense bu sürenin çalışılmasıyla hafta tatiline hak kazanılacaktır. Oysa, bu şekilde kısa süreli çalışmaların hafta tatiline hak kazandıracakını kabul etmek hafta tatilinin mahiyeti ile bağdaşmaz. Sözü ile olaya uygun olan hüküm, özü ile uygun değildir. Hüküm, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar açısından sınırlandırılması gerekirken istisnaya yer verilmemiştir. Dolayısıyla, öğretilde belirttiği gibi, örtülü boşluk vardır.

Örtülü boşluk durumunda Medeni Kanunun 1. maddesi gereği, öncelikle örf ve adet hukukuna başvurulur. Boşluk örf ve adet hukuku kuralları ile doldurulmuyorsa hakim hukuk yaratarak boşluğu doldurur. Bu nedenle, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanmaları için çalışmaları gereken asgari süre konusunda mevcut olan örtülü boşluğun doldurulması için hakim öncelikle örf ve adet hukukuna başvuracaktır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konuda uygulanabilecek bir örf ve adet hukuku kuralı mevcut değildir. Dolayısıyla hakim hukuk yaratmak mecburiyetindedir.

Gelinen noktada, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanmaları için çalışmaları gereken asgari süre belirlenmemektedir. Zira konuya ilişkin hükmün sözü ile özü birbiriyle uyuşmamaktadır. Çalışılması gereken asgari süreyi, uyuşmazlık önüne geldiğinde, hakim belirleyecektir. Hakim, Medeni Kanunun 1. maddesi gereği, “kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir”. O halde, hakim, somut uyuşmazlıktan uzaklaşarak kanun koyucu gibi hareket ederek soyut ve objektif bir kural koymalıdır⁷⁷. Hakim çalışılması gereken asgari süreyi belirlerken hükmün amacını esas almalıdır. Zira örtülü boşluk hükmün özüne yani kuralın amacına göre doldurulur⁷⁸.

⁷⁴ Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (8. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018) 157; Dural ve Sarı (n 68) 140; Tekinay (n 66) 64.

⁷⁵ Serozan (n 74) 158.

⁷⁶ Serozan (n 74) 157; Atay (n 72) 324.

⁷⁷ Dural ve Sarı (n 68) 143; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (24. Bası, Vedat Kitapçılık 2018) 118; Özcan (n 67) 138.

⁷⁸ Oğuzman ve Barlas (n 77) 71; Osman Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk*, Cilt I (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 289; Serozan (n 74) 158; Özcan (n 67) 135. Bu husus 1957 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararında şu şekilde ifade edilmektedir: “Kanun



Hakim ayrıca önüne gelen uyumsuzluktaki menfaatleri tartarak menfaat dengesi sağlayacak şekilde kural yaratmalıdır⁷⁹.

Öğretide ifade edildiği üzere, kanun koyucu tarafından bu konuda düzenleme yapılarak mevcut belirsizlik giderilmelidir⁸⁰. Belirsizliğin giderilmesi için hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken asgari bir süre belirlenebilir. Ancak hafta tatilinin amacı, hafta tatiline hak kazanmak açısından standart bir asgari süre belirlenmesinin önünde büyük bir engeldir. Zira dinlenmeyi gerektirecek kadar yorulmak veya dinlenmeyi gerektirecek kadar uzun süreli çalışmak, objektif olarak belirlenmesi mümkün olmayan ölçütlerdir. İlgili ölçütlerin oldukça subjektif olmaları bir yana, ağır ve yorucu bir işte 15 saat çalışmak daha az yorucu bir işte 20 saat çalışmaya kıyasla daha çok dinlenme ihtiyacı doğurabilir. O halde asgari bir süre belirleyip hafta tatiline hak kazanmayı bu asgari sürenin çalışılması koşuluna bağlamak, hafta tatilinin amacı açısından sağlıklı sonuçlar doğurmayabilir.

Kanaatimizce, olması gereken hukuk açısından, asgari bir çalışma süresi ile bağlı olmaksızın hafta tatilinden yararlanılmalıdır. Başka bir ifade ile, kısma süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar arasında ayırım yapılmaksızın tüm işçiler hafta tatili hakkına sahip olmalıdır⁸¹. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar da 24 saat hafta tatilinden yararlanmalı ancak hafta tatili ücretine çalışma süreleriyle orantılı olarak hak kazanmalıdırlar⁸². Bu konuda şu an yaşanan sorun, kısa süreli çalışmalarda hafta tatiline hak kazanılmasının hafta tatiline ilişkin düzenlemenin amacına aykırı olmasıdır. 4857 sayılı Kanununun 13. maddesinin gerekçesi hafta tatiline hak

hükümünün mânasını tâyin etmekte ilk esas, metnin meydana geldiği sözlerden çıkan mânadır ve ancak bu şekilde metne verilmesi gereken mâna, hükmün kanuna konulmasıyla güdülen gayeye aykırı neticeler doğuracak olduğu takdirde, lâfızdan çıkan mâna yerine, kanunun ruhundan çıkan mânaya göre hüküm verilmesi gerektir ki, bu durum, Medeni Kanunun birini maddesinde kabul edilen, kanunun lâfziyle ve ruhiyle temas ettiği bütün meselelere tatbik olunacağı kaidesinin neticelerindedir.”, Yargıtay İBKG, 1/3, 27.03.1957.<<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2022.

⁷⁹ Tekinay (n 66) 70-71; Atay (n 72) 318.

⁸⁰ Caniklioğlu, “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 22) 192; Centel, “Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti” (n 28) 22; Meriç (n 46) 308.

⁸¹ Ayırım yapılmaksızın tüm çalışanlara hafta tatili hakkı tanınması yönündeki görüşler için bkz. Demir, “Kısmi Süreli Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” (n 16) 233; Kırmızı (n 20) 304.

⁸² Caniklioğlu, “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 22) 192; Çelik vd. (n 5) 224; Başbuğ – Yücel Bodur (n 35) 124; Demir, “Kısmi Süreli Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” (n 16) 233; Tulukçu (n 5) 212; Sarıbay (n 15) 303. Yargıtay, yukarıda zikredilen kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanabileceklerine ilişkin kararlarda, hafta tatili ücretinin çalışma süresiyle orantılı olarak ödenmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. dn. 55 ve 56.

kazanma açısından kanun koyucunun iradesini göstermektedir. Kanun koyucunun iradesinin çalışma süresiyle bağlı olmaksızın tüm çalışanlara hafta tatili hakkı tanınması yönünde olduğunu ortaya koyacak yeni bir yasal düzenleme ile sorun aşılabilir.

Bu noktada kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların yıllık ücretli izne hak kazanmalarına ilişkin yasal düzenlemeler örnek alınabilir. Hafta tatilinin amacı esas itibariyle işçilerin dinlenmesidir. Ayrıca sosyal ve kültürel amaçlara da sahiptir⁸³. Yıllık ücretli izin de hafta tatiliyle benzer yararlar saha sahiptir. Yıllık ücretli izin yorulan işçinin dinlenmesi, işçinin sağlığının korunması ve işçinin sosyal ve kültürel ihtiyaçlarının karşılanması gibi amaçlara hizmet eder⁸⁴. Dinlenme hakkına hizmet eden tüm araçlar esas itibariyle işçinin dinlenme ihtiyacını karşılar. Hafta tatili bir hafta içerisinde yorulan işçinin dinlenmesine hizmet ederken yıllık ücretli izin yıl boyunca yorulan işçinin dinlenmesine hizmet eder. Bu yönüyle hafta tatiline kıyasla daha uzun süreli bir dinlenme ihtiyacını karşılar⁸⁵. Görüldüğü üzere hem hafta tatili hem de yıllık ücretli izin benzer menfaatlere sahiptir. Kanun koyucunun her iki düzenlemedeki amacı birbirine benzerdir.

Yıllık ücretli izne hak kazanmada kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar arasında ayırım yapılmamıştır. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar gibi yıllık ücretli izne hak kazanırlar⁸⁶. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin⁸⁷ 13. maddesine göre, “Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tabi tutulamaz. Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanır. Yukarıdaki esaslara göre izine hak kazanan kısmi süreli ya da çağrı üzerine çalışan işçilerle tam süreli çalışan işçiler arasında yıllık izin süreleri ve izin ücretleri konularında bir ayırım yapılamaz”. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar, yıllık ücretli izne hak kazanma ve hak kazanılan yıllık izin süresi bakımından tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlarla aynı durumdadırlar⁸⁸. Hak kazanılan yıllık izin süresi içerisinde ücret alarak çalışılmayacak gün sayısı ise

⁸³ Bkz. dn. 5.

⁸⁴ Bkz. Tulukçu (n 5) 235-240; Barış Duman, 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 19-21.

⁸⁵ Tulukçu (n 5) 233.

⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Duman (n 84) 103-107; Urhanoğlu (n 6) 98-100; Sevimli, Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri (n 37) 188-200.

⁸⁷ Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği, RG. 03.03.2004/25391.

⁸⁸ Akyiğit (n 1) 449.



çalışma süresiyle orantılıdır. Başka bir ifade ile, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi, yıllık izin süresine denk gelen süre boyunca çalışması gereken süre kadar çalışmayacak ve ücrete hak kazanacaktır⁸⁹. Örneğin, kısmi süreli iş sözleşmesiyle haftada 1 gün çalışan işçi, 14 günlük yıllık izin süresi içerisinde 2 gün ücretli tatil yapacaktır. Dolayısıyla bu işçiye 14 gün yıllık izin süresi boyunca 2 günlük yıllık izin ücreti ödenecektir⁹⁰.

İşçilere yıllık ücretli izin hakkı tanınmasının altındaki mantık hafta tatili ile aynıdır. Mevcut durumda, kısmi süreli iş sözleşmesiyle haftada 20 saat çalışan işçinin hafta tatiline hak kazanıp kazanamayacağı hakimın hukuk yaratarak çözmesi gereken bir sorunken, haftada 5 saat çalışan işçi yıllık ücretli izne hak kazanabilmektedir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatili hakkına ilişkin düzenleme eksikliği sorunlara yol açmaktadır ve açmaya devam edecektir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların yıllık ücretli izne hak kazanmasına ilişkin yaklaşımın hafta tatiline hak kazanma açısından da benimsenmesi söz konusu sorunların aşılması açısından faydalı olabilir.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanacakları kabul edildiğinde, birden fazla işverene bağlı olarak çalışmak hafta tatilinin kullanılması açısından sorun oluşturmaktadır. 4857 sayılı Kanununun 46. maddesinde belirtildiği üzere, hafta tatili kesintisiz kullanılması gereken bir dinlenme süresidir. Yargıtay, işçinin hafta tatilinde çalıştırılması halinde hafta tatilinin hiç kullandırılmadığını kabul etmektedir⁹¹. Dolayısıyla hafta tatili içerisinde işçinin çalışmaması gerekir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi, bir işverenin yanındaki çalışması nedeniyle hak kazandığı hafta tatili süresi içerisinde başka bir işverenin yanında çalışmamalıdır. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle birden fazla işverenin yanında çalışan işçi için ortak bir tatil günü belirlenmelidir. Böylece, işçinin bağlı olarak çalıştığı işveren sayısı önemli olmaksızın haftanın belirlenen ortak bir gününde 24 saat hafta tatili izni kullanılabilir. 24 saatlik hafta tatili süresi içerisinde işçiye ödenecek hafta tatili ücretinden her bir işveren, işçinin kendisine bağlı olarak çalıştığı süreyle orantılı olarak sorumlu olmalıdır⁹².

⁸⁹ Eyrenci (n 14) 61; Eyrenci vd. (n 1) 89; Karaman, “Karar İncelemesi” (n 46) 287; Sevimli, “Dinlenme Hakkı” (n 37) 122.

⁹⁰ Canıklıoğlu, “Kısmi Süreli İş Sözleşmesi” (n 22) 194. Öğretide verilen benzer bir örneğe göre, haftada 2 gün çalışan işçi 14 takvim günü içerisinde 4 iş günü çalışmayarak yıllık izin kullanacaktır. Bkz. Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 462.

⁹¹ Yargıtay 9 HD, 7386/11845, 15.09.2021. <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 25 Eylül 2022.

⁹² Demir, “Kısmi Süreli Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” (n 16) 233; Ekonomi (n 46) 33.

SONUÇ

Giriş kısmında belirttiğimiz üzere, çalışmada “kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanma koşulu nedir?” sorusuna yanıt aranmıştır. Hafta tatiline ilişkin yasal düzenlemelerin yeterince açık olmaması bu soruya yanıt bulmayı oldukça zorlaştırmıştır.

Söz konusu sorunun cevaplanabilmesi, “hafta tatiline nasıl hak kazanılır?” sorusunun cevaplanmasına, başka bir ifade ile hafta tatiline hak kazanma koşulunun belirlenmesine bağlıdır. Çalışmada öncelikle bu koşul belirlenmeye çalışılmıştır. Öğretide konuya ilişkin farklı görüşler dikkat çekmektedir. Yaptığımız değerlendirme neticesinde, taraflarca belirlenen haftalık çalışma süresi kadar çalışılmasının hafta tatiline hak kazandıracığı sonucuna ulaşılmış bulunmaktadır.

Hafta tatiline hak kazanma koşuluna ilişkin genel kural belirlendikten sonra bu kural kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara uygulanmıştır. Bu aşamada öncelikle hafta tatilinin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanları dışlamadığı tespiti yapılmıştır. Ardından yasal düzenlemelerin lafzından yola çıkılarak ulaşılan kural kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara uygulanmış ancak kanunun amacına aykırı sonuçlar ortaya çıkmıştır. Zira yasal düzenlemelerin lafzından yola çıkıldığında, haftalık 5-10 saat gibi kısa süreli çalışmaların hafta tatiline hak kazandırması gerekecektir. Ancak, kanunun gerekçesi de göz önünde bulundurulurken, hafta tatilinin amacı dikkate alındığında kanun koyucunun bu sonuca ulaşmak istemediği kanaatine varılmıştır.

Kanunun özü ile sözü arasındaki bu uyumsuzluk konuya ilişkin örtülü boşluk olduğunu göstermektedir. Bu boşluğu doldurmak hakimnin görevidir. Dolayısıyla “kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanma koşulu nedir?” sorusu, örtülü boşluğun varlığı nedeniyle, kesin şekilde yanıtlanabilir bir soru değildir. Mevcut yasal düzenlemeler karşısında kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatili hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak haftada kaç saat veya kaç gün çalışırlarsa hafta tatiline hak kazanabilecekleri hususunda bir sonuca ulaşılamamaktadır. Hakim önüne gelen uyumsuzlukta hukuk yaratarak bu soruya yanıt oluşturacaktır.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların hafta tatiline hak kazanmalarına ilişkin mevcut sorun yasal düzenlemelerle çözümlenmelidir. Kanun koyucu bu konuda net düzenlemeler yapmalıdır. Kanaatimizce yapılacak düzenlemede yıllık ücretli izne ilişkin düzenlemeler örnek alınabilir. Hafta tatili ve yıllık ücretli izin benzer menfaatlere sahip haklardır. Yıllık ücretli izne hak kazanmada olduğu gibi hafta tatiline hak kazanmada da kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar arasında ayırım yapılmamalıdır. Bunun neticesinde tüm işçiler hafta tatili hakkına sahip olmalıdır. Hafta tatili ücretine ise haftalık çalışma süreleriyle orantılı olarak hak kazanılmalıdır.

KAYNAKÇA

Anayurt Ö, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (21. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

Antalya OG ve Topuz M, *Medeni Hukuk Cilt I* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

Akyiğit E, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

Arıcı K, *Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku* (1. Baskı, Gazi Kitabevi 2022).

Atay EE, *Hukuk Başlangıcı* (8. Baskı, Gazi Kitabevi 2020).

Aydın U, “Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları” (2007) (8) Sicil İş Hukuku Dergisi 41-54.

— — “4857 Sayılı İş Kanununda Çağrı Üzerine Çalışma, Takım Sözleşmesi, Deneme Süreli İş Sözleşmesi ve Mevsimlik İş Sözleşmesi” içinde Ali Cengiz Köseoğlu (Ed), 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu (2016) 202-228.

Balkan H, *Bireysel İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2021).

Başbuğ A ve Yücel Bodur M, *İş Hukuku* (5. Baskı, Beta Yayınları 2018).

Bedük MN, *Deniz İş Sözleşmesi* (1. Baskı, Ekin Yayınevi 2012).

Canıklıoğlu N, “Atipik İstihdam Biçimi İle Çalışanların -Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların- Sosyal Güvenliği” (2016) 15(1-1) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43-78.

— — “İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar” içinde Ali Cengiz Köseoğlu (Ed), 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu (2016) 159-200.

Centel T, *Kısmi Çalışma*, (1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları 1992).

— — “Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti” (2006) (2) Sicil İş Hukuku Dergisi 19-22.

Çelik N vd., *İş Hukuku Dersleri* (34. Baskı, Beta Yayınları 2021).

Çil Ş, *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, Cilt 3 (1. Baskı, Turhan Kitabevi 2007).

— — *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).

Demir E, “Kısmi Süreli Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar” Tan-

kut Centel (Ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar IV* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 221-245.

Demir F, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması* (10. Baskı, Albi Yayınları 2017).

Demircioğlu M, Korkmaz D ve Kaplan HA, *Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası* (4. Baskı, Beta Yayınları 2018).

Duman B, *4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamındaki İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020).

Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri* (15. Baskı, Filiz Kitabevi 2020).

Ekin A, “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Dinlenme Süreleri” içinde Süleyman Başterzi (Ed), Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt II, (1. Baskı, Beta Yayınları 2011) 1385-1408.

Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020).

Ekonomi M, “Bölünmeyen Çalışma Şartlarından Hafta Tatili ve Diğer Tatiller” (2022) (1) Çalışma ve Toplum Dergisi 21-39.

Erdoğan İ ve Keskin AD, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (3. Baskı, Gazi Kitabevi 2020).

Eyrenci Ö, *Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar* (1. Baskı, Mozaik Basım ve Yayıncılık 1989).

Eyrenci Ö vd., *İş Hukuku* (10. Baskı, Beta Yayınları 2020).

Gökçek Karaca N, *Basın İş Hukuku (Medya Çalışma İlişkileri)* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).

Göktaş S, “Yargıtay Uygulamasına Göre Hafta Tatili” (2013) (30) Sicil İş Hukuku Dergisi 43-49.

Günay B, “İş Hukukunda Hafta Tatili” (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1563-1591.

Güven E ve Aydın U, *Bireysel İş Hukuku* (6. Baskı, Nisan Kitabevi 2020).

Hüseyinli N, *İş Hukukunda Dinlenme ve İzin Hakları* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2020).

Kar B, *İş Yargılaması Usulü* (2. Baskı, Yetkin Yayınevi 2019).

— — *Deniz İş Hukuku* (3. Baskı, Yetkin Yayınları 2021).

Karaman MH, “Türk İş Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri” (Doktora

Tezi, Marmara Üniversitesi 2008).

— — “Karar İncelemesi: 4857 Sayılı İş Kanunu m. 13. Kısmi Süreli Çalışma, Ayrımcılık Yasağı, Kıdem Tazminatı, Yıllık Ücretli İzin ve Hafta Tatili” (2010) (25) Çalışma ve Toplum Dergisi 269-300.

Kılıçoğlu M ve Kılıçoğlu Ada İ, *Şerhli İş Kanunu Yorumu* (5. Baskı, Bilge Yayınevi 2019).

Kırmızı E, *Kısmi Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışanların Sosyal Güvenlik Hakları* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).

Meriç N, “Türk ve Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma” (2005) (8) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1546-1580.

Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt: 1 Bireysel İş Hukuku* (5. Baskı, Lykeion Yayınları 2021).

Mutlay FB, *Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi* (1. Baskı, Beta Yayınları 2014).

Narmanlıoğlu Ü, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (5. Baskı, Beta Yayınları 2014).

Odaman S, *Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri Ve Yöntemleri* (1. Baskı, Legal Yayınevi 2013).

Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk* (24. Bası, Vedat Kitapçılık 2018).

Özcan Z, “Hukuk Kurallarının Özellikleri, Çeşitleri ve Uygulanması” içinde Metin İkişler ve Özlem Tüzüner (Ed), *Medeni Hukuk - I Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021).

Sarıbay G, “Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri” içinde Mehmet Uçum (Ed), Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2008) 267-327.

Sevimli A, “Türk Hukukunda Tam Süreli Çalışmayı Esas Alan Mevzuat Karşısında Kısmi Süreli İş Sözleşmesi: Seçilmiş İki Sorun Üzerine Görüşler” içinde Tankut Centel (Ed), *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 9-47.

— — “Kısmi Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Dinlenme Hakkı” içinde Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ (Ed), *İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II*, (1. Baskı, Beta Yayınları 2018) 89-134.

— — *4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (1. Baskı, Beta Yayınları 2019).

Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (8. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018).

Sislituna Ayakçioğlu Ç, *Kısmi Süreli Çalışma ve Kısmi Süreli Çalışanların*

- Sosyal Güvenlik Sorunları* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Sümer HH, *İş Hukuku Uygulamaları* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- — *Bireysel Basın İş Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- — *İş Hukuku* (25. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020).
- Süzek S, “Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği” (2009) (14) Sicil İş Hukuku Dergisi 5-28.
- — *İş Hukuku* (21. Baskı, Beta Yayınları 2021).
- Şakar M, *İş Hukuku Uygulaması* (11. Baskı, Beta Yayınları 2016).
- Şen M, “Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerine Rastlayan Haftalarda Fazla Çalışma” (2010) (18) Sicil İş Hukuku Dergisi 5-19.
- Tekinay SS, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (6. Baskı, Filiz Kitabevi 1992).
- Tulukçu NB, *İş Hukukunda Dinlenme Hakkı* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2012).
- Tuncay AC, “İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri”, içinde Yeni İş Yasası Sempozyumu (İstanbul Barosu Yayınları 2003) 125-145.
- Tunçomağ K ve Centel T, *İş Hukukunun Esasları* (9. Baskı, Beta Yayınları 2018).
- Uğur Ö, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ücret” (2021) 6(11) İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97-123.
- Urhanoglu İ, *Türk Hukukunda Yıllık Ücretli İzin* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).
- Uşan F ve Erdoğan C, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Yılmaz O, *İş Hukukunda Dinlenme Süreleri* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021).
- Zeytinoğlu E, “Kısmi Süreli Çalışma Şekilleri ve 4857 Sayılı İş Kanunundaki Görünüm” (2004) 62(1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 449-466.

İnternet Kaynakları

<https://www.ilo.org>

<https://islamansiklopedisi.org.tr>

<https://legalbank.net>

<https://www.lexpera.com.tr>



MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of International Commercial Arbitration in terms of the Elements of
Due Process Rights*

Furkan ŞAHİN*

Özet

Adil yargılanma hakkı; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan ve uhdesinde makul sürede yargılanma, bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma, aleni yargılanma, mahkemeye erişim hakkı gibi birçok unsuru bulunduran temel bir insan hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tahkim prosedürüne ilişkin doğrudan bir atfın yer almaması sebebiyle tahkim yargılamasında adil yargılanma hakkının var olup olmayacağı üzerine doktrinde tartışmalar yer alsa da, bu temel insan hakkı yargısal bir faaliyetin yürütüldüğü tahkim yargılamasında güvenceleriyle mevcuttur. Nitekim her ne kadar Sözleşmede tahkim açıkça yer almasa da adil yargılanma hakkının tahkim yargılamasında nazara alınacağı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarıyla sabittir.

Milletlerarası ticaretin hızla geliştiği ve tarafların uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolunu öngördüğü dikkate alındığında adil yargılanma hakkı, nasıl ki devlet yargılamalarında korunması elzem bir insan hakkıysa aynı şekilde tahkim yargılamasında da korunması lazım gelen, önündeki engellerin kaldırılması gereken bir insan hakkıdır. Bu doğrultuda bu çalışmada detayları yer alacağı üzere özellikle adil yargılanma hakkının bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkı kapsamında üçüncü kişi finansmanının Türk hukukuna kazandırılması isabetli olacaktır. Aynı doğrultuda adil yargılanma hakkının; makul sürede yargılanma, bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma ve aleni yargılanma unsurları açısından da bu hak kapsamında korumaya muhatap kılınması ve tahkim uyuşmazlıklarının adil yargılanma hakkı açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada adil yargılanma hakkının milletlerarası tahkimle ilişkisi ortaya konulacak, adil yargılanma hakkının tahkimdeki var oluşunu güçlendirecek çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, Tahkim, Üçüncü kişi finansmanı.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 03.10.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023

* Hâkim Adayı, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans öğrencisi, fffurkansahin@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3406-0047>



Abstract

Due process rights; It is a fundamental human right that is regulated in Article 6 of the European Convention on Human Rights and includes many elements such as trial in reasonable time, trial in independent and impartial tribunal, public trial, right to access to court. Owing to there is no direct reference to the arbitration procedure in the European Convention on Human Rights, although there are ongoing debates in the doctrine on whether due process rights will exist in the arbitration process, this fundamental human right is present with its guarantees in the arbitration process that a judicial activity is carried out. As a matter of fact, although arbitration is not explicitly stated in the contract, it is reconsidered by the jurisprudence of the European Court of Human Rights that due process rights will be taken into account in arbitration process. Considering the rapid development of international trade and the parties choose the way of arbitration in the resolution of their disputes, just as due process rights is an essential human right to be protected in local courts jurisdictions, it is also a human right that must be protected in arbitration process and that the shortcomings in front of it must be fixed. For this reason, as the details will be included in this study especially as part of right to access to court that element of right to fair trial it would be appropriate to bring third party funding into Turkish law. In the same direction due process rights; elements of trial in reasonable time, trial in independent and impartial tribunal, public trial should be protected within the scope of this right and arbitration disputes should also be evaluated in terms of due process rights. In this study the relationship between due process rights and international arbitration will be examined, solutions will be proposed to strengthen the existence of due process rights in arbitration.

Key Words: Due process rights, Arbitration, Third party funding.

GİRİŞ

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde son yıllarda en önemli yöntemlerden birini milletlerarası tahkim teşkil etmektedir. Sözlük anlamı olarak Arapça bir kelime olan tahkim, anlaşmazlıkların hakem yoluyla çözülmesi anlamına gelir.¹ Genel olarak tahkim, yasaların tahkim yoluyla çözülmesine cevaz verdiği konularla sınırlı kalmak kaydıyla, bir sözleşmenin taraflarının mevcut veya doğabilecek bir uyuşmazlığın çözümlenmesini devlet yargısı yerine “hakem” denen şahıslara bırakarak tarafların kendi seçtikleri kurallar bütününde uyuşmazlığın çözülmesine imkan sağlayan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur.² Milletlerarası tahkim ise, uluslararası ticaretle ilgili özel

¹ Türk Dil Kurumu sözlüğündeki tanım için bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi 20.09.2022.

² Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim* (4.baskı, Vedat Kitapçılık 2016) s. 3. Beyza ÖZTURANLI, *Devletlerarası Tahkim* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2016) s. 41-43. Ergin NOMER, Nuray EKŞİ and Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt 1* (5.baskı, Beta Yayınları 2016) s. 1. Bedriye İclal POYRAZ, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Çözümü* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) s. 19. Burak HUYSAL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (1.baskı, Vedat Kitapçılık 2010) s. 7. Mustafa Serdar ÖZBEK, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (4.baskı, Yetkin Yayınları 2016) s. 191 vd. Fatmira MURAJ, ‘Türk ve Arnavutluk Hukukunda Milletlerarası Hakem

hukuk ilişkilerinden kaynaklanan ve tarafların bağlı oldukları hukuk sistemlerinden farklı olarak, tercih ettikleri başka bir hukuk sistemine veya kurallara bağlı olarak görülen tahkimleri ifade etmektedir.³

Tahkim yargılamasının bir parçası olup olmadığı bu çalışmada incelenecek olan adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen, hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik toplumun temel değerlerini yansıtan ve bünyesinde makul sürede yargılanma, bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma, aleni yargılanma, hakkaniyete uygun yargılanma, mahkemeye erişim hakkı ve masumiyet karinesi gibi birçok unsuru bulunduran temel bir insan hakkıdır.⁴

Yargısal bir faaliyetin yürütüldüğü tahkim, adil yargılanma hakkı ile sıkı bir ilişki içerisindedir. Özellikle makul sürede yargılanma, bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma, aleni yargılanma, mahkemeye erişim hakkı, dinlenilme hakkı, silahların eşitliği ilkesi ve gerekçeli karar hakkı adil yargılanma hakkının tahkimdeki yansımaları olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵ Temel bir insan hakkı olup yargısal bir faaliyetin vuku bulduğu bir yerde varlığı elzem olan adil yargılanma hakkı; mahkemeye erişim hakkı, bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı ve aleni yargılanma hakkı unsurları bakımından tahkimdeki görünümüyle bu çalışmada ele alınacaktır. Bu unsurlar incelenirken tahkimin doğası gereği hangi unsurların taraflar açısından feragat edilebileceği, hangi unsurların ise tahkimin özünde bir yargısal faaliyet olduğu nazara alındığında feragat edilemeyeceği tartışılarak milletlerarası tahkimin özünde adil yargılanma hakkının gölgesinde olduğu

Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016) s. 3. Seden DÜRÜSTKAN, 'Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016) s. 4.

³ NOMER, EKŞİ and GELGEL (n 3) s. 4-5. DÜRÜSTKAN (n 3) s. 4, dn. 2. Cansu YENER KESKİN, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi* (1.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) s. 6.

⁴ Tuğçe TAKCI, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı* (1.baskı, Adalet Yayınevi 2017) s. 8.

⁵ Lütfullah AKBULUT, '1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim' (2020) 2 Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 101. İlhan ÖZDEMİR, 'Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020) s. 43 vd. Olgun AKBULUT, 'Adil Yargılanma Hakkı' (2002) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 179 vd. İbrahim TAN, 'Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının İhlali Halinde Gidilebilecek Yasal Yollar' (2018) 15 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 120. Süha TANRIVER, 'Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı' (2004) 17 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 193. Erman EROĞLU, 'Due Process Rights in Arbitration in the Light of the Austrian Supreme Court's Decision: Remote Hearings During the Pandemic' (2022) 10 Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 108.

gerçeği gerekçeleriyle açıklanacaktır. Ardından çalışmada adil yargılanma hakkının incelenecek unsurlar tekelinde milletlerarası ticari tahkim ile ilişkisi ortaya konulacak, unsurların Türk hukuku açısından Anayasa⁶, Milletlerarası Tahkim Kanunu⁷ gibi düzenlemelerle bağlantısı kurulacak ve tahkim kurumunda adil yargılanma hakkının işlevselliğini artırabilmek adına yeri geldikçe çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

1. Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı bakımından tarihsel süreçte atılan ilk adım 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'dur.⁸ Magna Carta'da doğrudan adil yargılanma hakkının güvenceleri yer almasa da; özgür yurttaşların hakim tarafından verilen bir hüküm olmaksızın tutuklanamayacağı, sürgün edilemeyecekleri, hapsedilemeyecekleri, adaletin yerine getirilmesinin ertelenemeyeceği ve geciktirilemeyeceğine yönelik yer alan vurgular, adil yargılanma hakkı ile hukuk devleti ilkesinin tanınması yönünde verilen ilk göstergedir.⁹ Hakeza 1628 tarihli Petition of Rights, 1679 tarihli Habeas Corpus Act, 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi adil yargılanma hakkının ileri taşınmasında önemli belgelerdir.¹⁰

Türk hukuku açısından tarihsel süreçte anayasal olarak adil yargılanma hakkı ilk kez doğrudan yer almasa da doğal hâkim ilkesi, aleniyet ilkesi, hakimlere müdahalede bulunulamayacağı, hakimlerin azledilemeyeceği ve savunma hakkı gibi unsurlara yer verilmesiyle 1876 tarihli Kanun-ı Esasi'de yer almıştır.¹¹ Ancak Türk anayasa tarihinde adil yargılanma hakkına yönelik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) paralelinde düzenlemeler, 1961 ve 1982 Anayasalarında düzenlenmiştir.¹² Türk hukukunda adil yargılanma hakkına ilişkin şüphesiz en önemli düzenleme ise 2001 yılında yapılan anayasa değişikliği neticesinde Anayasanın 36. maddesine eklenen *'herkes, ...adil yargılanma hakkına sahiptir.'*¹³

⁶ RG. 09.11.1982/17863.

⁷ RG. 05.07.2001/24453.

⁸ Sezin AKTEPE ARTIK, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2014) s. 28. Funda GÖRGÜLÜ ERGENÇ, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021) s. 10. Zamira HOŞTEN, 'Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı' (2019) 14 *Terazi Hukuk Dergisi*, s. 1546.

⁹ ARTIK (n 8) s. 29. ERGENÇ (n 8) s. 10. Gülnur ERDOĞAN, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (1.baskı, Adalet Yayınevi 2011) s. 11.

¹⁰ HOŞTEN (n 8) s. 1456.

¹¹ ERGENÇ (n 8) s. 16. HOŞTEN (n 8) s. 1547. ÖZDEMİR (n 6) s. 41.

¹² ERGENÇ (n 8) s. 16. HOŞTEN (n 8) s. 1547.

¹³ ERDOĞAN (n 9) s. 26.

AİHS m. 6’da düzenlenen adil yargılanma hakkı ile ilgili düzenlemede bu hakkın unsurlarından bazılarını da belirtir bir halde herkesin davasının medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar hakkında veya cezai alanda şahsına yöneltilen suçlamaların esası hususunda karar verecek; yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, halka açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına haiz olduğunu belirtir şekilde düzenlenmiştir. Aynı doğrultuda ilgili düzenlemede kararların aleni olarak verileceği, yalnızca demokratik bir toplumda kamu düzeni, ahlak, ulusal güvenlik, küçüklerin çıkarları, özel hayatın gizliliği veya aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirilmesi halinde duruşma salonunun yargılama süresince kısmen veya tamamen izleyicilere kapatılabileceği şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi AİHS, adil yargılanma hakkının tanımını yapmak yerine sınırlı sayıda olmayacak biçimde bu hakkın unsurlarına yer vermiştir.¹⁴ Her ne kadar AİHS’de adil yargılanma hakkının tanımına yer verilmeyip unsurları ifade edilse de doktrinde bu hak, “herkesin yasal tüm araç ve yollardan istifade etmek suretiyle bağımsız ve güvenceli her türlü yargı merci önünde haklarını ararken muhakemenin usul ve esas ilkelerine uygun bir şekilde başlatılıp, yürütülüp, sonuçlanmasını arzu etmek, doğru yargılanmak, bu yargılama sürecinin istisnalar saklı kalmak kaydıyla açık olmasını istemek ve yargısal süreç içerisindeki her türlü kararın gerekçeli yazılmasını beklemek hakkı”¹⁵, yine doktrinde yer alan bir başka tanımda “hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik toplumun temel değerlerini yansıtan haklar ve ilkeler bütünü”, şeklinde tanımlanmıştır.¹⁶

AİHS m. 6 düzenlemesi ve doktrinde yapılan tanımlara bakıldığında adil yargılanma hakkının; makul sürede yargılanma, bağımsız ve tarafsız bir yargı yerinde yargılanma, aleni yargılanma, hakkaniyete uygun yargılanma, mahkemeye erişim hakkı ve masumiyet karinesi gibi birçok unsuru muhtevasında bulunduran bir temel hak olduğu söylenebilir.¹⁷

Son olarak AİHS m. 6’da düzenlenen adil yargılanma hakkının Türk hukuku açısından kapsamını ifade etmek gerekirse bu hak, Anayasanın 36. maddesinde kendisine yer bulmuştur. Anayasada herkesin adil yargılanma hakkını haiz olduğu vurgulanmıştır. Böylelikle adil yargılanma hakkı anayasal bir statüye kavuşturularak, bu hakka ilişkin güvencelerin kanunla ihlal edilme-

¹⁴ TAKCI (n 5) s. 7.

¹⁵ Yahya ZABUNOĞLU, “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi”, *Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı II* Sayı 22 (1998), s. 940. TAKCI (n 5) s. 8.

¹⁶ TAKCI (n 5) s. 8.

¹⁷ ÖZDEMİR (n 6) s. 43 vd. AKBULUT, ‘Adil Yargılanma Hakkı’ (n 6) s. 179 vd. TAN (n 6) s. 120. TANRIVER (n 6) s. 193.

si tehlikesinin önüne geçilmiştir.¹⁸ Yine 2004 yılında Anayasanın 90. maddesine eklenen çatışma kuralı aracılığıyla, temel hak ve hürriyetlere ilişkin hususlarda usulüne uygun yürürlüğe konulmuş bulunan bir milletlerarası andlaşma hükmünün, kanunlarla farklı bir hüküm içermesi halinde milletlerarası andlaşma hükümlerine öncelik tanınacağı düzenlenerek AİHS m. 6, Türk hukukunun uygulanmasında birinci öncelik haline getirilmiştir.

2. Adil Yargılanma Hakkının Milletlerarası Tahkimde Görünümü

1950 tarihli AİHS ile teminat altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkı, yargılama faaliyetine ilişkin en temel haklardan birisi olarak ifade edilmektedir.¹⁹ AİHS'in getirdiği yükümlülükler Sözleşmeyi imzalayan devletleri doğrudan bağlamakla birlikte, Sözleşmede tahkim prosedürüne ilişkin bir atfin yer almaması tahkim yargılanmasında adil yargılanma hakkının doğrudan ya da dolaylı bir şekilde uygulanıp uygulanmayacağı hususunda doktrinde bir tartışma yaratmaktadır.

Doktrinde milletlerarası tahkimde adil yargılanma hakkının uygulanmayacağını ileri süren yazarlar kendilerine gerekçe olarak, AİHS'de yer alan hak ve yükümlülüklerin sadece devletlere mahsus olduğu, dolayısıyla devletlerle organik bağı bulunmayan hakemlerin tahkim yargılamasını yürütürken AİHS ile bağı olmadıklarını ifade etmektedir.²⁰ Ayrıca yazarlar tahkimin, AİHS m. 6'da geçen "kanunla kurulmuş mahkeme" kapsamında kalmadığını belirterek tahkimi seçen tarafların adil yargılanma hakkından feragat ettiğini savunmaktadır.²¹

Adil yargılanma hakkının tahkimde de geçerli olduğunu savunan yazarlar ise AİHS m. 6'daki "kanunla kurulmuş" ibaresini "hukuka uygun biçimde kurulmuş", "mahkeme" ifadesini de "yargısal işlev gören, taraflar için bağlayıcı karar veren" şeklinde geniş yorumlayarak adil yargılanma hakkının tahkimde uygulanacağı sonucuna varmaktadır.²²

¹⁸ ARTIK (n 8) s. 34.

¹⁹ Didem KAYALI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2015) s. 27.

²⁰ Görüşler hakkında bkz. KAYALI (n 19) s. 28. dn. 55.

²¹ Görüşler hakkında bkz. KAYALI (n 19) s. 29, dn. 56.

²² Esasında burada yazarların görüşünün devletin ülkesi üzerindeki egemenliği ve buna bağlı olarak sahip olduğu yargılama yetkisini kişilerin tahkim aracılığıyla elde etmesine imkân sağlayan *kazai teoriden* beslendiğini ifade edebilmek mümkündür. Neticede hakemler de hakimler gibi yargısal bir görev icra eden, icrai karar verebilen, hakimler gibi reddedilebilen ve kararlarında tarafsız olması lazım gelen kişilerdir. Hakan KARAN, *Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi* (Prof Dr Mahmut Tefvik Birsal'e Armağan 2001) s. 207. KAYALI (n 19) s. 29. Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (4.baskı, Beta Yayınları 2013) s. 154.

Konuya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları çerçevesinde bakıldığında AİHM, vermiş olduğu ilk kararlarında ihtiyari tahkim- zorunlu tahkim ayırımına gidip, ihtiyari tahkim halinde tarafların rızai bir şekilde tahkim anlaşması yaparak AİHS’de korunan haklardan imtina ettiğini belirtmiştir.²³ Ancak daha sonraki içtihatlarında AİHM, ihtiyari tahkim yolunun tercih edildiği durumlarda AİHS m. 6 kapsamındaki tüm haklardan feragat edilmediği sonucuna varmıştır.²⁴ AİHM *Albert ve Le Compte / Belçika* kararında, AİHS m. 6 kapsamında kalan bazı hakların demokratik bir toplumda kişilerin gönüllü bir şekilde hareket etse dahi, bazı hakların vazgeçilemez nitelikte olduğunu, bu haklardan mahrum kalınamayacağını vurgulamıştır.²⁵

Kanaatimizce tarafların uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolunu seçmiş olmaları adil yargılanma hakkından feragat etmiş oldukları şeklinde değerlendirilemez. Bir başka ifadeyle, adil yargılanma hakkı tahkimde de vücut bulur. Nitekim taraflara AİHS m. 6 kapsamında sağlanan güvencelerden bazıları vazgeçilebilir nitelikte değildir. Örneğin adil yargılanma hakkının kapsamındaki temel ilkelerden biri olan bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı, milletlerarası tahkimde hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmasını zorunlu kılar. Tahkim yargılamasında tarafların hakemleri seçebilme serbestisini haiz olmaları bu gerçeği ortadan kaldırmaz. Çünkü hakemler, tarafların hukuku üzerinde icrai karar alma yetkisine sahiptir ve yargısal bir faaliyet yürütmektedir. Yargısal bir faaliyetin yürütüldüğü bir mecrada, tarafsızlık ve bağımsızlık asıldır. Zira Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi gereği iradi olarak tahkim yolunu seçen tarafların adil yargılanma hakkı gözetilmelidir. Yargısal faaliyetin esas olduğu tahkimde, sadece adil yargılanma hakkı kapsamında olup aksinin mevcut olması halinde gerek yasaların gerek tahkim merkezlerinin kuralları uyarınca hakemin reddi prosedürünün işlenmesine olanak sağlayan bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı korunmuş olmaz²⁶, eş zamanlı olarak silahların eşitliği,

²³ KAYALI (n 19) s. 29.

²⁴ AKBULUT, ‘1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim’ (n 6) s. 109. AİHM *Zamet-Budowa Maszyn Spółka Akeyjna v. Polonya* kararında tahkim şartının AİHS m. 6’da güvence altına alınan silahların eşitliği ilkesine aykırılık taşıdığına yönelik başvuruda, üye devletin hakem kararını milli mahkemelerinde denetim yetkisine sahip olduğunu, hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzenini gözetebileceği gerekçeleriyle tahkimde görülen bir davanın AİHS m. 6’ya aykırılık teşkil etmediğini hükme bağlamıştır. Işıl ÖZKAN, ‘Adil Yargılanma Hakkı’nın Uluslararası Özel Hukuka Etkisi’ (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof Dr. Şeref ERTAŞ’A Armağan, s. 1813.

²⁵ AKBULUT, ‘1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim’ (n 6) s. 109.

²⁶ Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7/C fıkrasında tarafsızlığından haklı şüphe duyulan hakemin reddedilebileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde tahkim merkezlerinin kurallarına



makul sürede yargılanma, hakkaniyete uygun yargılanma gibi adil yargılanma kapsamında kalan birçok hak korunmuş olur. Sonuç olarak uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolunu benimseyen taraflar, yalnızca adil yargılanma hakkı kapsamında kalan aleni biçimde yargılanma hakkından vazgeçmiş sayılır. Çünkü tarafların devlet yargısına alternatif olan tahkim yargılamasını seçmesindeki temel gayelerden biri, uyuşmazlık konusu olan ticari sırlarını muhafaza altına alabilmektir. Dolayısıyla tahkimin doğası gereği adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olan aleni yargılanma hakkı, tahkimde yer almaz. Bu durum tarafların adil yargılanma hakkından topyekûn vazgeçmiş oldukları şeklinde değerlendirilemez. Çünkü hukukumuzdan bir örnek vermek gerekirse, 6100 sayılı kanunun²⁷ 28. maddesi gereği aleni yargılanma; genel ahlak, kamu güvenliği, kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde uygulanmayabilmektedir. O halde nasıl ki genel ahlak nedeniyle aleni yapılmayan bir yargılamada adil yargılanma hakkının diğer unsurları geçerliliğini koruyorsa, tahkim yargılamasında da yalnızca aleni yargılanma hakkı göz önünde bulundurulmaz, adil yargılanma hakkının diğer unsurları geçerliliğini korur. Çünkü özünde hakemlerin icra ettiği tahkim yargılaması bir yargısal faaliyettir.

3. Milletlerarası Ticari Tahkimin Adil Yargılanma Hakkının Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi

3.1. Mahkemeye Erişim Hakkı

Mahkemeye erişim hakkı, AİHS m. 6 kapsamında açıkça belirtilen bir hak değildir.²⁸ Mahkemeye erişim hakkı adil yargılanma hakkı kapsamında AİHM'in *Golder / Birleşik Krallık* kararıyla kazandırılmıştır.²⁹ AİHM bu

bakıldığında da ICC tahkim kurallarında hakemlerin bağımsız olması gerektiği vurgulanarak hakemlerin bağımsız olmaması halinde tarafların hakemi reddedebileceği düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme Londra Milletlerarası Tahkim Divanı kurallarında yer almaktadır. KAYALI (n 19) s. 62-66. Hacı CAN and Ekin TUNA, *Milletlerarası Tahkim Hukuku* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) s. 275.

²⁷ RG. 04.02.2011/27836.

²⁸ ERGENÇ (n 8) s. 56. AKBULUT, '1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim' (n 6) s. 101.

²⁹ *Golder / Birleşik Krallık* davasında olaylar başvuru Golder'ın hükümlü olarak tutulduğu cezaevinde meydana gelen bir karışıklık esnasında bir cezaevi personeline saldırdığı iddia edilerek hakkında verilen disiplin cezasıyla başlamıştır. Başvuru Golder, kendisine karşı ithamda bulunan güvenlik görevlisine karşı iftira davası açabilmek için avukatıyla görüşmek istemiş, bu istek hapis kuralları gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Avukatıyla görüşmesine izin verilmeyen başvuru dava açamamış ve bunun üzerine mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek AİHM'e başvurmuştur. Bunun üzerine AİHM, bir kişinin mahkemeye erişiminin adil yargılanma hakkının bir yönü veya unsuru olup olmadığının belirlenmesinin de kendi görevi olduğunu belirterek başvuru avukatıyla görüşme yapmasına müsaade edilmemesini mahkemeye erişimin fiili olarak engellenmesi olarak kabul etmiştir.

içtihadında mahkemeye erişim hakkını AİHS m. 6'nın bir unsuru olarak görmüş ve bu hakkın kapsamını ortaya koymuştur.

En genel anlamıyla mahkemeye erişim hakkı, *medeni hak ve yükümlülüğe ait uyuşmazlığın tarafı olanlar için mahkemede dava açabilme ve dava sonucunda karar verilmesini isteme hakkı* olarak ifade edilebilir.³⁰

Mahkemeye erişim hakkının tahkim açısından uygulanabilirliğinde öncelikle unsurun muhtevastaki ‘mahkeme’ kavramına açıklık getirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda AİHM vermiş olduğu kararlarında başvuruyu incelerken öncelikle başvuru konusu kararı veren makamın mahkeme olup olmadığının tayinine gitmiştir. Bu tayini tespit ederken bir makamın mahkeme olarak addedilmesinde şu üç kriterin birlikte olmasını aramıştır: (1) AİHM'e göre bir makamın mahkeme olarak kabul edilebilmesi için kesin ve yürütülebilir, icrai bir karar verme yetkisine sahip olması, (2) verilen kararların yargısal olmayan bir makam tarafından değiştirilememesi ve (3) sürekli olarak soyut hukuk normlarını somut olaya uygulaması ve mütemediyen önüne gelen uyuşmazlıkları çözmesi gerekir.³¹

Konuya ilişkin AYM bir kararında bir mercinin mahkeme olarak kabul edilebilmesi için hukuk kurallarına uygun yargılama yapma görev ve yetkisi ile donatılmış olması gerektiğini belirtmiştir. Bu itibarla hakemlerin belirli bir usul izleyip ve hukuk kurallarına dayanarak bir uyuşmazlığı esastan tümüyle çözümlenmeye elverişli icrai karar verme yetkisine haiz olduklarını, verdikleri kararların kesin hüküm niteliğinde olduğunu, hakemlerin bir yargılama faaliyeti yürüttüğünü belirtmiş ve hakem heyetini bir mahkeme olarak kabul etmiştir.³²

ERGENÇ (n 8) s. 46.”genre”:"Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi”, ”publisher”:"Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü”, ”publisher-place”:"Kocaeli”, ”title”:"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”, ”author”:[{“family”:"ERGENÇ”, ”given”:"Funda GÖRGÜLÜ"}], ”issued”:{“date-parts”:[["2021"]]}, ”locator”:"s. 46.”, ”label”:"page”}], ”schema”:"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"} Gökhan ÇAYAN, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı’ (2016) 28 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 237.

³⁰ ÇAYAN (n 29) s. 238. Doktrinde yapılan bir başka tanım için bkz. Muhammed Kürşad ERGÜN, ‘Türk Anayasa Hukukunda Mahkemeye Erişim Hakkı’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) s. 41.

³¹ ÇAYAN (n 29) s. 244.

³² Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi 2019/112 E., 2020/35 K., 25/06/2020. AYM'nin ilgili kararı her ne kadar mecburi tahkime ilişkin bir karar olsa da söz konusu karar ihtiyari tahkim yönünden de bir fark meydana getirmeyecek olup tahkimin genelini kapsayan bir karardır. Nitekim AYM kararında hakem heyetinin ‘mahkeme’ olarak nitelendirilmesinde aranacak kıstaslar belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen kıstaslar tahkimin ihtiyari tahkim veya mecburi tahkim olma yönündeki sınıflandırmasına göre bir değişiklik göstermeyecektir. Dolayısıyla

AIHM içtihatları ve AYM kararı doğrultusunda bir makamın mahkeme olarak addedilmesinde aranan yukarıdaki koşulları tahkime uyarladığımızda, hakem heyetinin de mahkeme niteliğini haiz olduğu anlaşılmaktadır. Zira tahkim yargılamasında hakemler; tarafların hukuku üzerinde icrai karar alma yetkisine sahip, verdikleri karar yargısal olmayan bir makam tarafından değiştirilemeyen, soyut hukuk normlarını somut olaya uygulayan ve uyuşmazlık çözen bir faaliyet üstlenmektedir. Hal böyle olunca mahkemeye erişim hakkı tahkim yargılamasında da tarafların AIHS m. 6 kapsamında sahip olduğu bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Giriş kısmında ifade edildiği üzere bu çalışmanın konusu adil yargılanma hakkının milletlerarası ticari tahkimle ilişkisini ortaya koymanın yanı sıra eş zamanlı olarak, milletlerarası tahkimde adil yargılanma hakkının işlevselliğini artırabilmek adına çözüm önerilerinde de bulunmaktadır. Nitekim AIHS'in 1. maddesi uyarınca Sözleşmenin tarafı devletler, Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerden yararlanmayı sağlayan düzenlemeler yapmakla mükelleftir.

Tahkim, hususi bir yargılama biçimi olmasından mütevellit mahkemelere karşılık masraflı bir çözüm yöntemi olarak bilinir. Ancak tahkim sözleşmesinin taraflarının çoğunlukla tacir olmasından dolayı bu masrafların anlaşmanın taraflarının bilincinde olduğu kabul edilir.³³ Yalnız, taraflar açısından tahkim sözleşmesi yapılırken var olan mali denge sonradan bozulabilir veya taraflardan biri iflas etmiş olabilir ya da herhangi bir sebepten ötürü ödeme güçlüğü içine düşmüş olabilir. Adil yargılanma hakkı açısından bu durumun sebebiyet verdiği mahkeme masraflarını karşılama imkanından yoksun olmak, Türk Anayasası açısından hak arama hürriyetini, AIHS açısından ise mahkemeye erişim hakkını engelleyecek bir boyuta gelebilir. AIHS'in akit devletleri; mahkemeye erişim hakkını fiilen engelleyen durumları ortadan kaldırmakla, söz konusu engelleri bertaraf etmekle mükelleftir.³⁴ Nitekim *Golder/Birleşik Krallık* kararında AIHM, mahkemeye başvurma hakkının sadece hukuken engellenmesinin değil, fiilen engellenmesinin de AIHS'e aykırılık oluşturacağını belirtmiştir.³⁵ Hal böyle olunca milletlerarası tahkimde adil yargılanma hakkının işlevselliğini artırabilmek adına, bu hususta uyuşmazlıklarının çözümünde

mecburi tahkim veya ihtiyari tahkim olarak hakem heyeti önüne gelen bir uyuşmazlık, hakem yargılamasının bir mahkeme yargılaması sayılmasını etkilemeyecektir. Sonuç olarak AYM'nin "mahkeme" değerlendirmesine yönelik ilgili kararı tahkimin tümüne sirayet eden bir karar olarak değerlendirilebilecektir.

³³ Süheyla BALKAR BOZKURT, 'Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları' (2015) 10 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 122.

³⁴ ÇAYAN (n 29) s. 240. ERGENÇ (n 8) s. 137 vd.

³⁵ ERDOĞAN (n 9) s. 63.

tahkim usulünü benimseyen tarafların hak ve özgürlüklerini koruyucu düzenlemeler ihdas etmek gerekir.

Türk hukuku açısından 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 16. maddesinde hakem veya hakem kurulunun davacı taraftan yargılama giderleri için avans isteyebileceği, bu avansın belirlenen süre içerisinde yatırılmazsa yargılamanın durabileceği düzenlenmiştir. Düzenlemenin devamında yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden sonra otuz gün içerisinde avans ödenirse yargılamaya devam olunacağı, aksi taktirde tahkim yargılama-sının sona ereceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme irdelendiğinde var olan bir tahkim anlaşmasında taraflardan birinin daha sonradan iflas, konkordato veya benzeri bir sebepten dolayı ödeme güçlüğüne girmesi halinde MTK'nın 16. maddesi gereği hakem veya hakem kurulu tarafından yargılama giderlerine yönelik avansı ödemeyecek hale düşmesi, söz konusu maddenin dayandığı sonuca bağlı olarak, tahkim yargılamasının sona ermesine ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkına erişmesini olanaksız kılacaktır. İşte burada adil yargılanma hakkını koruyabilmek adına Avustralya, Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, İngiltere gibi ülkelerde uygulanan *Third Party Funding* (Tahkim masraflarının üçüncü kişilerce karşılanması) yönteminin Türk hukukuna kazandırılabilirdiği kanaatindeyiz.³⁶

Third Party Funding yöntemi tahkimde, bir uyuşmazlığa ilişkin ortaya çıkabilecek bütün masrafların uyuşmazlığın tarafı dışında kalan kişi veya kurumlar tarafından, davanın kazanılması halinde elde edilecek tazminat veya başkaca değerlerden belirli bir yüzdenin elde edilmesi karşılığında üstlenilmesi olarak tanımlanabilir.³⁷ Burada davanın kaybedilmesi riskini tamamen yatırımcı üstlenmektedir. Bir başka ifadeyle, davanın kaybedilmesi halinde yatırımcı bir kazanım elde edemeyecektir. Milletlerarası tahkimde üçüncü kişi finansmanı yöntemi her ne kadar dava sonucundan pay alma yasağı, finansörlerin tahkim davasının kontrolünü ele geçirebilme tehlikesi ve finansörün varlığının milletlerarası tahkimde taraflarca özel korunmak istenen gizliliği ihlal edeceği sebepleriyle eleştirilse de adil yargılanma hakkının teminatını güçlendirmek adına isabetli bir kurumdur. Çünkü tarafların tahkim anlaşması yapılırken mevcut olan mali dengesi sonradan bozulabilir veya taraflardan biri iflas etmiş olabilir ya da herhangi bir sebepten ötürü ödeme güçlüğü içine düşmüş olabilir. Böyle bir durumda ödeme güçlüğü sebebiyle hakem heyeti tarafından yatırılması öngörülen avansı yatıramayacak olan davacı, hakkını tahkim itirazı

³⁶ BOZKURT (n 33) s. 187 vd.

³⁷ BOZKURT (n 33) s. 187 vd. Can EKEN, 'Uluslararası Tahkim ve Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018) s. 29. Metin Berat ATASEVEN, 'Third-Party Funding In International Arbitration' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) s. 19.



ile karşılaşacağı sebebiyle devlet mahkemesinde de arayamayabilir.³⁸ Böyle bir durumda doktrinde “pandoranın kutusu” olarak ifade edilen hakkını hem tahkimde hem de mahkemede arayamayan davacının adalet/mahkemeye erişim hakkının yasalarla ortaya konulması, korunması gerekir.³⁹ Bu doğrultuda kanaatimizce üçüncü kişi finansmanı MTK m. 16/C hükmünün şu şekilde yeniden kaleme alınması suretiyle adil yargılanma hakkının teminatı mahkemeye/adalet erişimi sağlamak açısından daha işlevsel bir hal alacaktır.

“C) Hakem veya hakem kurulu, davacı taraftan yargılama giderleri için avans yatırmasını isteyebilir. Avans, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemişse hakem veya hakem kurulu yargılamayı durdurabilir. Yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde avans ödenirse yargılamaya devam olunur, aksi halde tahkim yargılaması sona erer. **Şu kadar ki, yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren işleyecek otuz günlük süre zarfında davacı, yargılama giderlerinin finansmanını ülke içinde veya dışında faaliyet gösteren temel faaliyet alanı olarak uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin giderlerini sağlayan bir kuruluştan sağlayabilir. Yargılama giderlerini finanse edecek kuruluşun sermaye şirketi şeklinde faaliyet göstermesi ve finanse edeceği tahkim uyumsuzluğunun dava değerinin en az üç katı esas sermayesinin bulunması şarttır. Yargılama giderlerinin finansmanını sağlayacak kuruluş, davanın kazanılması halinde elde edilecek tazminat veya başkaca değerlerin finansmanı olduğu tarafla arasında kararlaştırılacak belirli bir yüzdesine hak kazanır. Finansman, davanın kaybedilmesi halinde istemde bulunma hakkını kaybeder. Yargılama giderlerinin finansmanı için finansör kuruluşla müzakere edecek davacı, müzakereyi gerçekleştireceği finansörü ve finansman sözleşmesi yapılırsa sözleşmenin varlığını tahkim yargılamasının karşı tarafına bildirmekle yükümlüdür. Yargılama giderlerini finanse edecek kuruluşun bu fıkra kapsamındaki edindiği bilgileri gizli tutması esastır. Şu kadar ki, üçüncü kişiyle yargılama giderlerinin finansmanı için yürütülecek müzakerenin taraf avukatı tarafından yapılması, taraf avukatı açısından işbu fiili 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesine aykırılık teşkil etmez.”⁴⁰**

³⁸ Baver Mazlum MERT, *Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), s. 47.

³⁹ MERT (n 38) s. 47.

⁴⁰ Değiştirilmesini önerdiğimiz MTK m. 16/C düzenlemesinin orijinal hali: “*Hakem veya hakem kurulu, davacı taraftan yargılama giderleri için avans yatırmasını isteyebilir. Avans, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemişse hakem veya hakem kurulu yargılamayı durdurabilir. Yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde avans ödenirse yargılamaya devam olunur, aksi halde tahkim yargılaması sona erer.*”

Kanaatimizce yukarıda ifade ettiğimiz üzere MTK m. 16/C hükmünün bu doğrultuda yeniden kaleme alınması hem adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkını teminat altına alacak hem de yatırımcılar nezdinde ülkemizin tahkime bakış açısını kuvvetli gösterecektir.⁴¹ Bu durumun nasıl gerçekleşeceğini bir örnekle aktarmak gerekirse örneğin yeni yeni büyüme gösteren X şirketinin uluslararası ithalat yapmaya başladığını düşünelim. Mal getirme anlaşmasında tahkim şartının yer aldığı ve MTK'nın uygulanacağını nazara alırsak karşı taraftan kalitesiz mal teslimi aldığı iddiasıyla dava açmak isteyen X şirketi birden fazla sorunla karşılaşabilir. Öncelikle neden üçüncü kişi finansmanının Türk hukukuna kazandırılması gerektiğine yönelik gerekçe olarak sunduğumuz ‘sonradan meydana gelebilecek ekonomik güçlük’ nedeniyle doğrudan tahkim yargılamasına başvuramayabilir. Akdettiği sözleşmede tahkim klozu öngörüldüğü için devlet mahkemesine de gidemeyebilir. Böyle bir durumda da aslında özünde haklı olduğu bir sebepten ötürü hakkını elde edemez ve AİHS m. 6 kapsamında kalan mahkemeye/adalet erişim hakkından mahrum kalır. Bir başka sorun olarak da tahkim konusunda tecrübesi olmadığı için ve deneyimsizlik nedeniyle masrafların çok olabileceğini öngördüğü için tahkim sürecini sıhhatli yürütemeyebilir. İşte böyle bir durumda da üçüncü kişi finansmanı olan bir fon şirketinin varlığı X şirketini hem tahkim masraflarından kurtarır hem de tahkim deneyimsizliğini kendi bilgi ve tecrübeleriyle bertaraf eder. Böylelikle X şirketi hakkını akdettiği tahkim sözleşmesinde uygulanması öngörülen MTK'nın bünyesinde yer alan ‘üçüncü kişi

⁴¹ Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkını güçlendirebilmek adına Türk hukukuna kazandırılmasını önerdiğimiz ‘üçüncü kişi finansmanı’ kurumunun tam anlamıyla hukukumuzda entegresi için MTK’da çeşitli düzenlemeler yapmak gerekecektir. Bunlardan birincisi hakemin finansman kuruluşla arasında bir ilişkinin varlığı söz konusu olduğunda bu durumun bir hakemin reddi sebebi olarak öngörülmesi gerekeceğidir. Çalışmanın ‘Bağımsız ve Tarafsız Yargı Yerinde Yargılanma Hakkı’ başlığı altında görüleceği üzere hakemlerin bağımsızlığı, tahkimde geniş bir yoruma muhatap olur. Hal böyle olunca hakemlerin aynı zamanda avukat, akademisyen vb. farklı kimlikler taşıdığı nazara alındığında hakem ile finansman arasında bağımsızlığı ihlal edebilecek bir durumun ret sebebi olarak öngörülmesi gerekir. Bu düzenlemenin de MTK’ya hakemin reddinin düzenlendiği 7. maddede ‘hakemin finansmanla bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartlar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir’ minvalinde bir düzenlemeyle yapılabileceği kanaatindeyiz. Üçüncü kişi finansmanı için MTK’da yapılması gereken bir diğer düzenleme yargılama giderlerine yöneliktir. Her ne kadar MTK’nın üçüncü kişi finansmanına yönelik önerdiğimiz değişikliği bünyesine katması halinde finansöre ödenecek ücret MTK’da bir yargılama gideri olarak düzenlenmese de, yeni bir kurum olacağı için farklı bir uyumsuzluğa konu olmaması için hukuki belirlilik ilkesi adına finansmana ödenecek ücretin bir yargılama gideri sayılmayacağını açıkça belirtilmesi kanaatindeyiz. Çünkü finansöre başvuracak davacı ile finansman arasındaki finansörlük sözleşmesi ayrı bir sözleşmedir ve borçlar hukukuna hâkim olan temel ilkelerden biri olan ‘sözleşmenin nisbiligi’ prensibi gereği davalının tahkim yargılamasını kaybetmesi halinde finansman giderinden ayrıca sorumlu tutulmaması gerekir.

finansmanı” sayesinde rahatlıkla elde eder. Bu durum ise yatırımcılar nezdinde Türk hukukunu adil yargılanma hakkının engellerinin bertaraf edildiği, milletlerarası tahkimin engellerinin ortadan kaldırıldığı ve tahkimin sürdürülebilmesine yönelik düzenlemeler içeren bir hukuk sistemi olarak görülmesini sağlar.⁴² Aynı şekilde tahkim kurumunun tercih edilmesindeki temel nedenlerden birinin devlet yargılamalarına güvenilmemesi olduğu düşünüldüğünde, bu şekilde bir düzenlemenin kabulü, ülkemizin tahkim anlaşmasının taraflarını desteklediğini gösteren, milletlerarası ticareti destekleyen bir bakış açısıyla bu kuruma verdiğimiz önemi ortaya koyan bir hal de olacaktır. Hakeza tahkimdeki yargılama giderlerinin üçüncü kişi tarafından finansmanına cevaz verilmesi, verilecek kararın tenfizinde devlet mahkemeleri tarafından sözleşme özgürlüğü kapsamında bu tarz bir sözleşmenin kamu düzeni engeline takılmayacağını garanti edecektir. Son olarak yasa tasarısında yargılama giderleri için üçüncü kişiyle yapılacak müzakerenin tahkim anlaşmasının karşı tarafına bildirilmesini zorunlu kılan önerimiz, hem tahkim yolunu seçen tarafların uyuşmazlıklarını gizli tutma tercihlerine riayet edecek hem de açıkça dayanaktan yoksun bulunan tahkim yargılamalarının sulh, uzlaşma gibi alternatif yollarla çözüme kavuşturulmasına hizmet edebilecektir. Çünkü karşı tarafın bir fon şirketiyle anlaşmasını öğrenen taraf, ancak kazanılma ihtimali yüksek davaların finanse edildiği şüphesine kapılabilecek ve yargılamayı uzlaşma ya da farklı bir yolla sona erdirebilecektir.⁴³ Böylelikle de taraflar arasındaki uyuşmazlık daha hızlı çözülebilir hale gelecektir.

3.2. Bağımsız ve Tarafsız Yargı Yerinde Yargılanma Hakkı

AİHS m. 6 uyarınca yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılama yapılması, adil yargılanma hakkı açısından elzem bir gerekliliktir.⁴⁴ Adil yargılanma hakkı açısından unsurun kavranabilmesi için AİHS lafzında geçen ‘*yasayla kurulmuş*’, ‘*mahkeme*’, ‘*bağımsız*’ ve ‘*tarafsız*’ ibarelerine açıklık getirmek gerekmektedir.

Öncelikle ‘*yasayla kurulmuş*’ ibaresinden anlaşılması gereken, mahkemenin tabi hâkim ilkesine uygun olarak kurulmuş olması, olaydan önce kurulmuş ve somut olayla bağlantılı olarak kurulmamış mahkeme olmasını ifade eder.⁴⁵

⁴² Benzer bir örnek için bkz. EKEN (n 37) s. 32.

⁴³ BOZKURT (n 33) s. 177 vd.

⁴⁴ Bu unsurun Türk hukuku açısından doğrudan anayasanın 36. ve 37. maddeleri ile ilişkili olduğu söylenebilir.

⁴⁵ TAN (n 6) s. 125. HOŞTEN (n 8) s. 1548. TANRIVER (n 6) s. 194. AİHM, *Posoklov V. Rusya* başvurusunda bir mahkemenin yasayla kurulup kurulmadığının tespitinde şu kıstasların aranacağını öngörmüştür: (1) *Mahkemeyi kuran düzenlemenin meclisin iradesinden kaynaklanması gerekir.* 2. *Mahkemenin yasayla önceden düzenlenmiş usule ve hukuka uygun olarak kurulması gerekir.* ÇAYAN (n 29) s. 246.

Madde lafzında geçen “mahkeme” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği yukarıda açıklanmıştır.⁴⁶ Sözleşmede yer alan “mahkeme” kavramı ilgili karar organının bazı özelliklere sahip bulunması halinde, iç hukukta mahkeme olarak kabul edilmese de, sözleşme organları tarafından mahkeme olarak kabul edilme sonucu doğurur.⁴⁷ Nitekim AİHM mahkemeyi; kesin ve yürütülebilir bağlayıcı nitelikte karar verme yetkisine haiz, kararları yargısal olmayan bir makam tarafından değiştirilemeyen, soyut hukuk normlarını somut olaya uygulayan ve devamlı bir şekilde önüne gelen uyuşmazlıkları çözen bir merci olarak tanımlamaktadır.⁴⁸

AİHS m. 6 lafzından hareketle yapılan “yasa ile kurulmuş”⁴⁹ ve “mahkeme” tanımlarına yönelik gerek doktrin gerek AİHM içtihatları gözetildiğinde tahkimin de AİHS anlamında bir mahkeme hüviyetine sahip olduğunun dolaısıyla tahkim yargılamasında adil yargılanma hakkının tesisi için hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması gerektiğinin kabulü gerekir.⁵⁰

⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. 3.1. numaralı başlık.

⁴⁷ Sibel İNCEOĞLU, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 4* (1.baskı, MRK Baskı ve Tanıtım Hiz Tic Ltd Şti 2018) s. 69.

⁴⁸ ÇAYAN (n 29) s. 244. Anayasa mahkemesi *İsmail Taşpınar* başvurusunda, ilgili karar organının mahkeme olarak değerlendirilebilmesi için uyuşmazlık konusu vakıayı hem maddi hem de hukuki açıdan çözmeye yetkisine haiz ve dava konusu uyuşmazlığı bağlayıcı bir biçimde sonuçlandırma yetkisinin bulunması gerektiğini belirtmiştir. İNCEOĞLU (n 47) s. 70.

⁴⁹ Çalışma kapsamında “yasa ile kurulmuş” ibaresi için yapılan açıklamalarda yer alan “olaydan önce kurulmuş, somut olayla bağlantılı olarak kurulmamış” ifadelerinin burada vardığımız sonuçla çeliştiği ileri sürülebilir. Çünkü bilindiği gibi tahkim yargılamasında uyuşmazlık tarafların seçtiği hakemler tarafından yürütülür ve hakem sayısının tamamlanmasıyla adeta bir mahkeme kurulmuş olur. Ancak tahkimin *sui generis* mahiyeti gereği esasen burada bir çelişki yer almamaktadır. Çünkü hukukumuz tekeline taraflar tahkim yargılamasında hakem seçimini kendileri gerçekleştirir. Ancak MTK m. 7 gereği hakem sayısının tek olması gerekir. Hal böyle olunca taraflar tabi hâkim ilkesine aykırı bir hususla karşılaşmaz. Nitekim tabi hâkim ilkesi, esasen tarafların durumuna özgü iradesi dışında kurulan bir merci tarafından yargılanmasının yapılmamasını güvence altına almaktadır. Halbuki ifade ettiğimiz üzere tahkimin mahiyeti gereği taraflar tahkim yargılamasında kendilerini yargılayacak kişileri seçme hakkına sahiptir.

⁵⁰ Doktrinde KAYALI, adil yargılanma hakkı kapsamındaki tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkını milletlerarası ticari tahkimin kurucu unsurlarından biri olarak görmektedir. Yazar bu bağlamda, AİHS’de yer alan tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin hususların hakemler tarafından referans alınabilmesi için AİHS’in hakemler açısından da bağlayıcı nitelik arz ettiğinin kabulü gerektiğini, tahkim yargılamasında hakemlerin üstlendikleri vazife gereği bağımsız ve tarafsız olması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar tahkim yargılamasının, milli mahkemelerde süregelen bir hüküm tesis etme süreci gibi olduğunu, bu doğrultuda adaletin tesis edilmesi için konulmuş bulunan usuli garantilerin dışında kalamayacağını savunmaktadır. KAYALI (n 19) s. 30-31.

AİHS m. 6 kapsamındaki ‘‘bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı’’ unsurunun tahkim yargılaması açısından da geçerli olduğunu ifade ettikten sonra hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının ne olduğunun da netleştirilmesi gerekmektedir.

Milletlerarası tahkimde hakemlerin tarafsızlığı, *hakemin zihinsel olarak veya ihtilafın konusuna yönelik bir eğiliminin bulunmaması ve bu eğilimler sonucunda taraflardan birinin lehine hareket etmemesi* olarak tanımlanabilir.⁵¹

Bağımsızlık ise, *hakemlerle taraflar arasında profesyonel, ekonomik veya diğer nitelikte bir ilişkinin bulunmaması, hakemle uyumsuzluk konusu arasında bir çıkar ilişkisinin olmaması ve hakemin bunun sonucu olarak taraflara objektif davranabilmesi* olarak tanımlanabilir.⁵² Kuşkusuz yargılayanın bağımsız olması ihtilafı çözecek kişide bulunması elzem bir vasıftır.⁵³ Bu sebeple hakemler de hakimler gibi bağımsız olmakla mükelleftir. Olağan yargılamadan farklı olarak tahkim yargılamasında hakemlerin, taraflarla ilişkilerinin yanı sıra sıra taraf vekilleriyle olan ilişkileri de hakemlerin karar verme özgürlüğünü etkileyebilecek nitelikteyse bağımsızlık ilkesinin ihlaline sebebiyet verir.⁵⁴ Tahkim yargılamasında hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının devlet mahkemelerindeki hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığından farklılık göstermesinin nedeni, hakemlerin hakimlerden farklı olarak hakemlik mesleği dışında

⁵¹ Hüseyin Akif KARACA, ‘Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller’ (2015) 21 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 207-208. Doktrinde benzer yönde yapılan tanımlar için bkz. Özlem BURDURLU, ‘Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Sözleşmesi’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016) s. 43. Özge TOSUN, ‘Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı’ (2013) 8 Terazi Hukuk Dergisi, s. 94. Tarafsızlık hususunda AİHM, *Micallef/ Malta* kararında, tarafsızlığı ikili bir ayrıma tabi tutmuştur. AİHM mahkeme üyesinin kendi kişisel tarafsızlığının sübjektif tarafsızlık kapsamında kalacağını ve aksi ispat edilinceye kadar devam edeceğini, yargılamayı yapan makamın kurumsal olarak tarafsız olmasını ise objektif tarafsızlık kapsamında değerlendirip kişilerin tarafsız bir merci tarafından yargılanmadıkları izlenimi veren nesnel verilerin bulunması halinde tarafsızlığın mevcut olmayacağını ortaya koymuştur Detaylı bilgi için bkz. AKBULUT, ‘1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim’ (n 6) s. 128.

⁵² KARACA (n 51) s. 207. Doktrinde yapılan benzer tanımlar için bkz. Süheyla BALKAR BOZKURT, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü* (1.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2016) s. 94. AKINCI (n 3) s. 158. BURDURLU (n 51) s. 43. TOSUN (n 51) s. 94. AİHM içtihatlarında bağımsızlık, mahkemenin yasama ile yürütmenin baskısı ve tesiri altında kalmadığı, taraflarla herhangi bir ilişkisinin bulunmadığı, mahkeme mensuplarının görevlerini yaparken emir ve talimat almaması unsurlarını bünyesinde bulunduran bir kavram olarak açıklanmıştır. TANRIVER (n 6) s. 196.

⁵³ BOZKURT (n 52) s. 93.

⁵⁴ KAYALI (n 19) s. 20.

avukat, akademisyen, mühendis gibi farklı meslekler icra edebilmeleridir.⁵⁵ Aynı zamanda hakem kararlarının hâkim kararlarından farklı olarak esastan incelemeye tabi tutulmayıp denetim olarak öngörülen kanun yollarının sınırlı olması hususu da hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını hakimlere nazaran farklı kılmaktadır.⁵⁶

Buraya kadar anlatılan teorik bilgileri somutlaştırmak gerekirse, milletlerarası ticari tahkim uygulamalarında adil bir yargılanmanın teminatı olan hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının, tahkim yargılamasında kendisini nasıl gösterdiğini açıklamak gerekir. Milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığını teminat altına alabilmek amacıyla hakemlere bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Bu doğrultuda hakemler, kendilerine belirli bir tahkim yargılamasında hakemlik teklif edildiğinde, taraflarla veya onların avukatlarıyla daha önce ya da mevcut olan profesyonel, ekonomik, ailevi ve sosyal ilişkilerini bildirmeleri gerekir.⁵⁷ Nitekim MTK'nın 7. maddesinde de kendisine hakemlik önerilen bir kimsenin, görevi kabul etmeden önce tarafsızlığı ve bağımsızlığından şüpheyi gerektiren hususları açıklamak zorunda olduğu belirtilmiştir. Hakemlerin bildirim yükümlülüğünün süresi açısından ise gerek MTK düzenlememizde gerek doktrinde hakemin bildirim yükümlülüğünün tahkim süresi boyunca devam edeceği kabul edilmektedir.⁵⁸

Sonuç olarak milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında *hakemin reddi* prosedürü öngörülmüşse de tarafsızlık ve bağımsızlığı ihlal eden bir durumun AİHS m. 6 uyarınca adil yargılanma hakkı kapsamında da değerlendirilmesi, sözleşmenin uygulanabilirliğinin göz önünde bulundurulması gerekir.

3.3. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

AİHS m. 6 kapsamındaki adil yargılanma hakkının bir diğer unsuru, makul sürede yargılanma hakkıdır. Bu hak Magna Carta'dan beri ifade edilmekte olup adaletin ertelenmemesi, geciktirilmemesi fikrine dayanmaktadır.⁵⁹

⁵⁵ KARACA (n 51) s. 209. Yargıtay 13. HD, 2385/2161, 26.09.1974 tarihli bir kararında uyuşmazlığın bir tarafının banka olduğu bir ihtilafta banka idare meclisinin hakem olarak tayin edilmesine ilişkin şartı geçersiz kabul etmiştir. AKINCI (n 3) s. 158.

⁵⁶ KARACA (n 51) s. 209. Doktrinde hakemlerin bağımsızlığı husususun hakimlerden ayrı bir biçimde ele alınması gereken bir durum olduğu görüşü hakimdir. Bu görüşün temelinde hakimlerin yargılama yetkisini kamu gücünden alırken hakemlerin taraf iradesinden almaları, hakimlerin verdikleri kararı kamu adına verirken hakemlerin taraflar adına vermeleri düşüncesi yatmaktadır. Bu farklılık ise doktrinde hâkim ile hakemin kime karşı bağımsız olması gerekeceğinin tayininde önemli bir durum olarak görülmektedir. BOZKURT (n 52) s. 95.

⁵⁷ KARACA (n 51) s. 210.

⁵⁸ KAYALI (n 19) s. 77.

⁵⁹ Ayşe ÖZKAN DUVAN, 'Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (2019) 68 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 289.

Genel anlamda makul sürede yargılanma hakkı, yargı yoluna başvuran herkesin mümkün olan en kısa sürede uyuşmazlığının çözülmesine hizmet eden bir haktır.⁶⁰ Makul sürede yargılanma hakkının amacı, kişileri uzun yargılama süreçlerinden korumaktır.⁶¹ Neticede yargılamayı geciktirmek, adaleti sağlamayı reddetmekle eş değer hal alacaktır.⁶²

Makul sürenin tayini açısından meydana gelen uyuşmazlıklarda kesin bir süre tayin etmek mümkün değildir. Çünkü her davanın bünyesinde bulunduğu farklılık, mutlak bir makul süre tayinine engel olmaktadır.⁶³ Ancak makul süre değerlendirmesinde başlangıç ve bitiş sürelerini tayin etmek büyük önem arz etmektedir. Burada makul sürenin başlangıcı açısından hukuk davalarında genel kabul edilen ilke, mahkemeye başvuru tarihinin makul sürenin başlangıç anı olarak kabul edileceğidir.⁶⁴ Makul sürenin bitim hali ise, hükmün şekli anlamda kesinleştiği zamanı ifade edecektir.⁶⁵

AİHM önüne gelen uyuşmazlıklarda makul süre tayinine giderken kesin bir süre ölçütünde bulunmaktan ziyade; davanın karmaşıklığı⁶⁶, başvuru tutumu⁶⁷, yetkili makamların tutumu⁶⁸ ve uyuşmazlık konusunun başvuru için

⁶⁰ Sıla TATLIDİL, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı - Sürenin Aşılması ve Sonuçları' (2019) 32 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 10. Ali AYDEMİR, *Makul Sürede Yargılanma Hakkı* (2.baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) s. 28.

⁶¹ TATLIDİL (n 60) s. 14. *Wemhoff/Germany* başvurusunda AİHM, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin devletlere yüklenen görevin amacını, bütün hak arayanlar için bu kişileri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak olduğunu vurgulamıştır. İNCEOĞLU (n 47) s. 265.

⁶² ARTIK (n 8) s. 249.

⁶³ TATLIDİL (n 60) s. 15. Cadide ŞENTÜRK and Tuğba BAYZİT, 'Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (2011) 6 Ceza Hukuku Dergisi, s. 137. İNCEOĞLU (n 47) s. 266.

⁶⁴ TATLIDİL (n 60) s. 23. TANRIVER (n 6) s. 199. DUVAN (n 59) s. 312.

⁶⁵ TANRIVER (n 6) s. 199.

⁶⁶ Dava konusunun karmaşıklığı başlığına; hukuki meselenin çözümündeki güçlük, delillerin elde edilmesinde karşılaşılan zorluklar, kişinin şahsına münhasır hastalık veya tutukluluk gibi haller, maddi olayların karmaşık olması, tanık sayısının fazlalığı ve bilirkişi deliline ihtiyaç gibi olgular AHİM tarafından davanın karmaşıklığı başlığı altında ifade edilmiştir. İNCEOĞLU (n 47) s. 270, dn. 811.

⁶⁷ Başvurucunun davranışlarından kaynaklanan gecikmelerden devlet sorumlu olmayacaktır. Bu doğrultuda başvuru üzerine düşeni yapmış olması, bir başka ifadeyle gerekli özeni göstermesi gerekir. İNCEOĞLU (n 47) s. 271.

⁶⁸ Devlet, yargısal ve idari organlarından kaynaklanan gecikmelerden mesuldür. Bu başlık altında dosyanın veya bir belgenin bir mahkemeden diğerine gönderilmesindeki gecikme ya da hükmün yazılmasındaki gecikme, rapörtör atanmasındaki gecikme gibi somut durumlar AHİM kararlarında tartışılmış, ilgili merciler sorumlu tutulmuştur. İNCEOĞLU (n 47) s. 273.

önemini⁶⁹ göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmaktadır.⁷⁰ Anayasa Mahkemesi (AYM) ise genel çerçevede AİHM ile aynı kanaatte olup makul süre tespitinde davanın karmaşıklığı, tarafların ve yetkili makamların yargılamadaki tutumunu, yargılamanın kaç dereceli olduğunun dikkate alınarak hangi unsurun gecikmeye sebebiyet verdiğinin tespiti yoluna gidilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁷¹

Buraya kadar yapılan açıklamalar bir yargılama faaliyetinin yürütüldüğü milletlerarası ticari tahkim uygulamalarına uyarlandığında, makul süre tayininin tahkim yargılamasında da aktarılan açıklamalar doğrultusunda vücut bulacağı belirtilmelidir. Türk hukuku açısından bu doğrultuda MTK m. 10 uyarınca taraflara karşılıklı uzlaşma sonucu tahkim süresini belirleme hakkı tanınmış belirlenen süreye riayet edilmemesinin ise MTK m. 15'de hakem kararının iptali sebebi olarak yer alması, adil yargılanma hakkına verilen bir önem olarak atfedilebilir.⁷² Hakeza MTK m. 10 düzenlemesinin devamında tarafların tahkim süresi için anlaşamaması halinde bu sürenin mahkeme tarafından kesin olarak belirleneceği hükmünün mevcudiyeti, yasanın adil yargılanma hakkına verdiği bir önem olarak kabul edilmelidir.

Son olarak AİHM ve AYM içtihatlarında makul süre tayini yapılırken başvuru kistaslarından biri olan yetkili makamların tutumu, milletlerarası ticari tahkim yargılaması açısından makul süreye riayetin tespitinde göz önünde bulundurulacak bir diğer kıstası teşkil edecektir. Nitekim yargılamayı yürüten hakemlerin tutumunun uyuşmazlığın makul sürede çözülmesini sağlayacak nitelikte olması gerekir. Aksinin kabulü adil yargılanma hakkının ihlali olarak karşımıza çıkabilir. Örneğin hakemlerin ücretinin yargılamanın süresine entegre olarak yapıldığı bir tahkim sözleşmesinde, hakemlerin fazla ücret almak adına yargılamayı uzatıcı nitelikte sergilediği davranışlar eş zamanlı olarak adil yargılanma hakkını ihlal etmiş olacaktır.

3.4. Aleni Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı kapsamında kalan aleniyet ilkesi, hem kamunun muhakeme sürecini takip etmesine hem de muhakeme süreci sonucunda verilen

⁶⁹ Örneğin çocuğun menfaatinin korunmasına yönelik uyuşmazlıklar, kişinin akıl sağlığına ilişkin uyuşmazlıklar bu başlık altında değerlendirilir. İNCEOĞLU (n 47) s. 276.

⁷⁰ TATLİDİL (n 60) s. 20-22. TANRIVER (n 6) s. 199-200. ERDOĞAN (n 9) s. 124.

⁷¹ Neylan Reyhan KÜRTÜR, 'Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) s. 36.

⁷² Hukukumuzda benzer bir düzenleme iç tahkime ilişkin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almaktadır. Bahsi geçen kanunun 439. maddesinde kararın hakem süresi içerisinde verilmemesi bir iptal sebebi olarak düzenlemiştir. Hakeza MTK m. 10 ile paralel bir düzenleme de 6100 sayılı yasanın 427. maddesinde yer almıştır. Dolayısıyla iç tahkim açısından da yasa koyucunun aynı amacı taşıdığı sonucuna varılabilecektir.



kararı öğrenebilmesine imkan sağlayan bir ilkedir.⁷³ Bu ilkenin varlığıyla, halkın yargılamayı izleyebilmesi sağlanarak mahkemelerin görevlerini bağımsız ve tarafsız şekilde icra ettiği, hakimlerin daha titiz ve dikkatli davrandığı, keyfi işlem ve uygulamaların olmadığı bir yargılama ortamı yaratılır.⁷⁴ *Delcourt* kararında AİHM, aleniyet ilkesinin önemini salt adaletin tecelli etmesinin yetmeyeceği, bunun nasıl tecelli ettiğinin de görülmesi gerektiğinin altını çizerek vurgulamıştır.⁷⁵ Bir başka kararında AİHM, aleni yargılamanın adaletin kamuoyunun denetimine açık olması sonucu davacıları koruyan, alt ve üst mahkemelere güven duyulmasını sağlayan ve AİHS'deki anlamıyla demokratik toplumların temel ilkelerinden birinin teminatı olan adil yargılanma hakkına katkısı bulunan bir ilke olduğunu belirtmiştir.⁷⁶

AİHS m. 6 kapsamındaki aleni yargılanma hakkı, mutlak bir hak değildir. Nitekim sözleşmede genel ahlakın, kamu düzeni veya ulusal güvenliğin, küçüklerin çıkarının veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliğinin gerektirdiği ya da aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda, yargılamanın kısmen veya tamamen kapalı yapılabileceği kabul edilmiştir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar milletlerarası ticari tahkimde değerlendirildiğinde ise AİHS m. 6 kapsamındaki aleni yargılanma hakkı, tahkimde vücut bulmayacaktır. Çünkü devlet yargısı yerine tahkim yargısını seçen taraflar, uyuşmazlıklarının hızlı çözülmesini istemekle beraber, uyuşmazlık konusu olan ticari sırlarını da alenileştirmek istemez. Dolayısıyla burada aleni yargılanma ilkesi uygulanmaz. Ancak çalışmanın önceki fasıllarında vurguladığımız üzere, tarafların AİHS m. 6 tekelindeki aleni yargılama hakkından feragat etmeleri, topyekûn bir şekilde adil yargılama hakkının sağladığı tüm korumalardan feragat etmesi şeklinde yorumlanamaz.⁷⁷ AİHM'in *Delcourt* kararında ifade ettiği gibi, demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak sağlanması o denli bir öneme sahiptir ki AİHS m. 6/1'in kısıtlayıcı bir biçimde yorumlanma-

⁷³ ARTIK (n 8) s. 305.

⁷⁴ Hüseyin TURAN, 'Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Aleni Yargılanma Hakkı' (2009) 4 Ceza Hukuku Dergisi, s. 253.

⁷⁵ TURAN (n 74) s. 254. *Delcourt* kararına konu olan olayda başvuru Yargıtay Başsavcılığından bir savcının duruşmada mütalaasını bildirdikten sonra müzakereye katılmasının iç hukuka uygun ancak AİHS'e uygun olmadığından hareketle başvuruda bulunmuştur. AİHM ise bu durumu adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Jale KALAY, 'AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Denetimi' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007) s. 260.

⁷⁶ TAN (n 6) s. 133.

⁷⁷ 2 No'lu başlık.

sı, bu hükmün hedefi ve amacıyla bağdaşmayacaktır.⁷⁸ Hakeza nasıl ki, AİHS m. 6 lafzında yer alan birtakım sebeplerden ötürü aleni yargılanma hakkına istisna getirilmesi mümkün ve bu doğrultuda aleni olmayan bir yargılamada adil yargılanma hakkı geri kalan unsurlarıyla vücut buluyorsa, aynı hususu tahkim yargılaması açısından da kabul etmek gerekir. Nitekim yargısal bir faaliyetin yürütüldüğü tahkimde tarafları adil yargılanma hakkından mahrum kılmak, ne AİHS m. 6'nın amacıyla ne de AİHM'in *Delcourt* kararında benimsediği gayeyle bağdaşır. Neticede önemli olan aleni yargılamasının mutlak bir şekilde gerçekleştirilmesi değil, aleniyet ile istenen sonuca ulaşabilmektir. Aleniyet ilkesiyle esasen ulaşılmak istenen amaç da yargılamasının keyfililiğinin önüne geçebilmek, toplumun gözü önünde yargılamasının taraflarını korumaktır.⁷⁹

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkı, milletlerarası ticari tahkim yargılamasında da uygulanır. Kişiler üzerinde icrai sonuçlar doğurma yetkisine haiz, yargısal bir faaliyetin yürütüldüğü milletlerarası ticari tahkim yargılamasına başvuran taraflar, adil yargılanma hakkı gibi temel bir insan hakkından mahrum bırakılamaz. Nitekim demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak sağlanması o denli bir öneme sahiptir ki AİHS m. 6'nın kısıtlayıcı bir biçimde yorumlanması, bu hükmün hedefi ve amacıyla bağdaşmayacaktır.

Soyut bir manada hukuk devleti olma nosyonunu benimseyen, somut manada ise AİHS m. 1'i kendisine rehber edinen bir devlet, adil yargılanma hakkını teminat altına almakla mükellef olduğu gibi, bu hakkın korumasını artıran düzenlemeler yapmakla da yükümlüdür. Bu doğrultuda milletlerarası ticari tahkim yargılaması nezdinde, var olan bir tahkim anlaşmasında ödeme güçlüğüne düşen bir tarafın, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkının korunması gerekir. Burada ise başta adil yargılanma hakkını teminat altına alabilmek, ardından ülkemizin milletlerarası tahkime bakışını güçlendirebilmek adına, *Third Party Funding* (Tahkim masraflarının üçüncü kişilerce karşılanması) kurumunun Türk hukukuna kazandırılması isabetli olacaktır. Bu doğrultuda çalışma kapsamında önerdiğimiz madde değişiklik önerisinin Milletlerarası Tahkim Kanunu'na kazandırılması, milletlerarası tahkimde ülkemizi bir adım öne taşıyacaktır. Neticede bu kurum; kamu düzeni engeline takılmayıp tenfizi kolaylaşan, adil yargılanma hakkını güçlendiren, sözleşme özgürlüğü ilkesine saygı gösteren ve yabancı yatırımcılar nezdinde ülkemizi cazibe merkezi haline getirecek bir ortam yaratacaktır.

⁷⁸ Cüneyd ALTIPARMAK, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları' (2006) 19 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 244, dn.2.

⁷⁹ HOŞTEN (n 8) s. 1548.

Adil yargılanma hakkının bir alt başlığı olan bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı, tahkim yargılamasında da dikkate alınır. Madde lafzında yer alan bu unsurdan hareketle hakemler tarafından yapılan tahkim yargılaması gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek Anayasa Mahkemesi içtihatları göz önüne alındığında bir mahkeme sıfatını taşır. Hal böyle olunca hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığını ihlal eden bir durumu aynı zamanda, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmek gerekir. Nitekim yargısal bir faaliyetin yapıldığı, kişiler üzerinde icrai kararların alındığı bir mecrada, yargılamayı yapanın taraflı ve bağımlı olması düşüncülemez.

Adil yargılanma hakkının bir gereği olarak herkes, makul sürede yargılanma hakkına sahiptir. Bu doğrultuda tahkim yargılanmasında hakemlerin yargılamayı uzatacak nitelikte eylemleri, tahkim süresinin belirlenmesinin sürüncemede kalması gibi yargılamayı uzatan olgular, ‘makul süre’ değerlendirmesini zorunlu kılar.

Adil yargılanma hakkının bir diğer unsuru olan aleni yargılanma hakkı, milletlerarası tahkimde uygulanmaz. Çünkü uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim usulünü benimseyen taraflar, uyuşmazlığın hızlı çözülmesini arzulamakla beraber ticari sırlarının alenileşmesini istemez. Ancak aleni yargılanma hakkı AİHS anlamında mutlak bir hak değildir. Nasıl ki AİHS madde lafzında geçen sebeplerden ötürü kapalı yapılan bir yargılamada adil yargılanma hakkı diğer unsurlarıyla mevcudiyetini sürdürüyorsa, milletlerarası tahkimde de yargılamanın aleni yapılmaması topyekûn adil yargılanma hakkının korumalarından feragat olarak değerlendirilemez. Neticede AİHS m. 6 kapsamında kalan bazı haklar, demokratik bir toplumda kişiler gönüllü bir şekilde hareket etse dahi vazgeçilemez niteliktedir.

KAYNAKÇA

AKBULUT L, ‘1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim’ (2020) 2 Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97-144.

AKBULUT O, ‘Adil Yargılanma Hakkı’ (2002) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175-207.

AKINCI Z, *Milletlerarası Tahkim* (4.baskı, Vedat Kitapçılık 2016).

ALTIPARMAK C, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları’ (2006) 19 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 244-270.

ARTIK SA, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2014).

ATASEVEN MB, 'Third-Party Funding In International Arbitration' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019).

AYDEMİR A, *Makul Sürede Yargılanma Hakkı* (2.baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

BOZKURT SB, 'Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları' (2015) 10 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-222.

BOZKURT SB, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü* (1.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2016).

BURDURLU Ö, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Sözleşmesi' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016).

CAN H and TUNA E, *Milletlerarası Tahkim Hukuku* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

ÇAYAN G, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı' (2016) 28 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 235-272.

DÜRÜSTKAN S, 'Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016).

DUVAN AÖ, 'Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (2019) 68 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 287-336.

EKEN C, 'Uluslararası Tahkim ve Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018).

ERDOĞAN G, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (1.baskı, Adalet Yayınevi 2011).

ERGENÇ FG, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021).

ERGÜN MK, 'Türk Anayasa Hukukunda Mahkemeye Erişim Hakkı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020).

EROĞLU E, 'Due Process Rights in Arbitration in the Light of the Austrian Supreme Court's Decision: Remote Hearings During the Pandemic' (2022) 10 Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105-122.

HOŞTEN Z, 'Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı' (2019) 14 Terazi Hukuk Dergisi 1544-1551.

HUYSAL B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (1.baskı, Vedat Kitapçılık 2010).

İNCEOĞLU S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (4.baskı, Beta Yayınları 2013).

İNCEOĞLU S, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4* (1.baskı, MRK Baskı ve Tanıtım Hiz Tic Ltd Şti 2018).

KALAY J, 'AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Denetimi' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007).

KARACA HA, 'Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller' (2015) 21 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 205-238.

KARAN H, *Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi* (Prof Dr Mahmut Tefvik Birsal'e Armağan 2001).

KAYALI D, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2015).

KESKİN CY, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi* (1.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017).

KÜRTÜR NR, 'Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019).

MERT BM, *Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı* (1.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021).

MURAJ F, 'Türk ve Arnavutluk Hukukunda Milletlerarası Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016).

NOMER E, EKŞİ N and GELGEL GÖ, *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt 1* (5.baskı, Beta Yayınları 2016).

ÖZBEK MS, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (4.baskı, Yetkin Yayınları 2016).

ÖZDEMİR İ, 'Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020).

ÖZKAN I, 'Adil Yargılanma Hakkı'nın Uluslararası Özel Hukuka Etkisi' (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof Dr. Şeref ERTAŞ'A Armağan 1767-1834.

ÖZTURANLI B, *Devletlerarası Tahkim* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2016).

POYRAZ Bİ, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Çözümü* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

ŞENTÜRK C and BAYZİT T, 'Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (2011) 6 Ceza Hukuku Dergisi 125-159.

TAKCI T, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı* (1.baskı, Adalet Yayınevi 2017).

TAN İ, 'Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının İhlali Halinde Gidilebilecek Yasal Yollar' (2018) 15 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115-159.

TANRIVER S, 'Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı' (2004) 17 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 191-215.

TATLIDİL S, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı- Sürenin Aşılması ve Sonuçları' (2019) 32 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9-49.

TOSUN Ö, 'Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı' (2013) 8 Terazi Hukuk Dergisi 93-104.

TURAN H, 'Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Aleni Yargılanma Hakkı' (2009) 4 Ceza Hukuku Dergisi 247-257.

ZABUNOĞLU Y, 'Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi' [1998] Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı II 900-940.



HUKUKUN BAĞIMSIZ BİR ALANI OLARAK BİLİŞİM HUKUKU

Informatics Law as an Independent Branch of Law

Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL*

Özet

Bu çalışma, hukukun en yeni dalları arasında yer alan bilişim hukukunun bağımsız bir alan olup olmadığına ilişkindir. Bilişim hukukunun hukukun bağımsız bir alanı olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Çalışmada bilişim hukukunun bağımsız bir hukuk alanı olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler yapılmadan önce bilişim, bilgi teknolojisi, bilgi bilimi, bilgisayar bilimi ve internet kavramları üzerinde durulmuştur. Konunun daha iyi açıklanması açısından temel kavramların tanımlanması önem taşımaktadır. Çalışmada daha sonra doktrinde internet hukuku ve bilgi hukuku bakımından ileri sürülen farklı görüşler ve tartışmalar ele alınmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda Amerikan, İngiliz ve İsviçre doktrinindeki görüşlere yer verilmiştir. Bu görüşlerin dayandıkları esaslar açıklanmış ve neden kabul edilip edilmeyecekleri irdelenmeye çalışılmıştır. Çalışmada ayrıca bilişim hukukunun hukuk temel alanı içinde bir doçentlik bilim alanı olarak açılması, bir anabilim dalı olarak hukuk fakültelerinde yer almasına ilişkin gelişmelere değinilmeye gayret edilmiştir. Çalışma hukuk fakültelerinde lisans ve yüksek lisans programlarında bilişim hukukunun farklı üniversitelerde farklı şekillerde konumlandırılması hususuna da değinmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bilişim hukuku, Bilgi teknolojisi hukuku, İnternet hukuku, Bilgisayar hukuku, Bilgi hukuku.

Abstract

This study is about informatics law, which is one of the newest branches of law. There are different opinions in the doctrine about whether informatics law is an independent field of law. Before evaluation of whether informatics law is an independent branch of law, the concepts of informatics, information technology, information science, computer science and internet have been defined in the study. It is important to define the basic concepts in order to better explain the subject. Later in the study, different views and debates put forward in the doctrine in terms of internet law and information law were tried to be discussed. In this context, the views in the American, British and

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 07.11.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023

* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, armağan.bozkurt@deu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5347-044X>



Swiss doctrines are given place. The principles on which these views are based have been explained and it has been tried to examine why they would be accepted or not. In the study, it has also been tried to address the developments regarding the opening of informatics law as an associate professorship science field within the basic field of law and its taking place in law faculties as a department. The study also addresses the issue of positioning informatics law in different ways in different universities in undergraduate and graduate programs in law faculties.

Key Words: Informatics law, information technology law, internet law, computer law, information law.

GİRİŞ

Bilişim hukuku hukukun en yeni ve hızlı gelişen dallarından biridir. Bilişim hukuku gerek teknolojik yenilikleri yakından ilgilendirmesi gerekse sürekli değişen ve gelişen dağınık bir mevzuatı bulunması nedeniyle alanda ilerlemek isteyen kişilerin son derece dikkatle ve sürekli olarak takip etmeleri gereken bir alandır. Bilişim hukuku gerek hukuk fakültelerindeki öğrenciler gerekse bu alanda ilerlemek isteyen genç akademisyenlerin pek çoğu tarafından ilgiyle izlenmektedir. Bilişim hukuku hukukun tüm dallarıyla bir noktada kesişmektedir. Bu kapsamda bilişim hukukunun bağımsız bir hukuk alanı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu çalışmada konu hakkındaki görüşler, gelişmeler ve öneriler ele alınmaktadır.

I. BİLİŞİM, BİLGİ TEKNOLOJİSİ, BİLGİ BİLİMİ, BİLGİSAYAR BİLİMİ VE İNTERNET TERİMLERİ

Bilişim hukukuna ilişkin açıklamalara geçmeden önce sıklıkla hatalı olarak birbirinin yerine kullanılan ancak aslında her biri farklı anlamlara gelen ve bilişim ile yakından ilgili olan bazı terimlerin ve bilişim teriminin açıklanmasında fayda bulunmaktadır.

A. Bilişim (*Informatics*)

Bilişim¹ esasen, uygulamalı bilgi teknolojisi (*information technology-IT*) alanlarının ve onun daha insani/kurumsal yönünü ifade eden bilgi sistemlerinin (*information systems-IS*) arkasındaki teorik ve temel bilgilerle ilişkindir. Bilişim; arayüzlerin, organizasyonların, teknolojilerin ve sistemlerin inşasının yanı sıra insanlar ve bilgi arasındaki etkileşimi dikkate alan konuları ele almak için, bilgi teknolojisiyle bilgisayar bilimi (CS) ve bilgi bilimi alanlarını birleştirmektedir. Dolayısıyla bilişim; bilgi teknolojileri, bilgi bilimi ve bilgisayar biliminin alt alanıdır². Eğer bir venn şeması ile anlatmak istersek üç ayrı küme

¹ Bilişim kelimesi, biliş fiiline –im eki getirilerek türetilmiştir. 1971 yılında Hacettepe Üniversitesi'nden Aydın Köksal tarafından önerilmiş bir kelimedir. Fransızcası *informatique* şeklindedir. Kelimenin kullanıldığı tespit edilen en eski Türkçe kaynak 1973 yılı Milliyet Gazetesi'dir. <<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/bili%C5%9Fim>> erişim 25 Ocak 2022.

² Franko Louie Merjudio, 'What is the difference between informatics and information technology?' <<https://www.quora.com/What-is-the-difference-between-informatics-and-infor>

olan bilgi teknolojileri, bilgi bilimi ve bilgisayar bilimi kümelerinin kesişim kümesini bilişim oluşturmaktadır.

B. Bilgi Teknolojisi (*Information Technology - IT*)

Bilgi teknolojisi (*information technology – IT*) terimi sıklıkla bilgi sistemleri (*information systems – IS*) terimi ile karıştırılmakta, bunlar hatalı olarak birbirinin yerine kullanılabilmektedir. Oysaki bilgi sistemleri, bilgiyi üretmek, depolamak, işlemek, dağıtmak ve yaymak için tasarlanmış sistemler, insanlar ve süreçler için kullanılan şemsiye bir terimdir. Bilgi sistemleri alanı, işletme ve bilgisayar bilimleri arasında köprü kurar. Bu iki terimin birbirine karıştırılmasının nedeni ise tüm bilgi sistemlerinin bilgisayar temelli olduğunun varsayılmasıdır. Ancak durum bu şekilde değildir. Bir bilgi sistemi bir kalem ve bir parça kâğıttan dahi oluşabilir. Bilgisayar ya da kâğıt ve kalem bilginin kaydı için sadece araçtır. Her ne kadar günümüzde bilginin kaydı için bilgisayar sıklıkla kullanılsa da bilgi sistemlerinin tarihi bilgisayardan daha eskiye dayanır. Bu itibarla bilgi sistemleri teknolojik olmayan sistemleri de içerir³.

Bilgi teknolojisi, dijital/sayısal verinin üretilmesi, işlenmesi, depolanması, korunması, iletilmesi için bilgisayarların kullanılmasıdır. Bilgi teknolojisi, hem fiziksel cihazları (*hardware*) hem de işletim sistemleri ve uygulamalar gibi yazılımları (*software*) kapsamaktadır. Kullanıcı cihazları, dizüstü bilgisayarlar, akıllı telefonlar veya kaydetme cihazları bugün bilgi teknolojisine dâhildir. Bilgi teknolojisi ile aynı zamanda veri kullanımı ve saklanmasına ilişkin yapılar, metodolojiler ve düzenlemeler de ifade edilmektedir⁴.

C. Bilgi Bilimi (*Information Science*)

Bilgi bilimi, bilginin depolanması ve aktarılması süreçleriyle ilgilenen disiplindir. Bilgi bilimi; kütüphane bilimi, bilgisayar bilimi ve mühendisliği, dilbilim ve psikoloji gibi disiplinlerden kavramları ve yöntemleri bir araya getirerek bilgiyi toplamaya, organize etmeye, depolamaya, işlemeye yardımcı olacak teknikler ve aygıtlar geliştirir. Bilgi biliminin bilgisayar bilimi (*computer science*) ile büyük oranda ilgisi bulunmaktadır⁵.

D. Bilgisayar Bilimi (*Computer Science - CS*)

Bilgisayar bilimi, bilgisayarların ve bilgisayarlı sistemlerin incelenmesine ilişkin bir alandır. Elektrik ve bilgisayar mühendisliğinden farklı olarak

mation-technology> erişim 28 Aralık 2021.

³ <[⁴ <<http://searchdatacenter.techtarget.com/definition/IT>> erişim 01 Mart 2016.](https://www.floridatechonline.com/blog/information-technology/information-systems-vs-information-technology/#:~:text=The%20difference%20between%20information%20systems,data%2C%20within%20the%20information%20system.> erişim 22 Ocak 2021.</p></div><div data-bbox=)

⁵ <<https://www.britannica.com/science/information-science>> erişim 29 Aralık 2021.

bilgisayar bilimcileri daha çok, teorisi, tasarımı, geliştirilmesi ve uygulanması dâhil olmak üzere yazılımlarla ve yazılım sistemleri ile ilgilenirler⁶.

E. İnternet / Siber Uzay (*Internet – Cyberspace*)

İlk defa William Gibson'un bilgisayar ve telekomünikasyon topluluğunu derinden etkileyen *Neuromancer* isimli kitabında⁷ geçen siber uzay terimi, sanal bilgisayar dünyasını veya daha spesifik olarak ifade etmek gerekirse çevrimiçi iletişimi kolaylaştırmak için kullanılan bir elektronik ortamı ifade eder. Siber uzay tipik olarak, iletişim ve veri alışverişi faaliyetlerine yardımcı olmak için TCP/IP protokolünü kullanan dünya çapında birçok bilgisayar alt ağından oluşan büyük bir bilgisayar ağını içermektedir⁸. İnternet ise ağlar arasındaki ağıdır. Bir başka deyişle internet, daha küçük bilgisayar ve sunucu ağlarını birbirine bağlayarak oluşturulan küresel bir ağıdır. Siber uzay ise internet ortamında gerçekleşen işlemlerin bulunduğu yeri ifade etmek üzere kullanılan sembolik ve mecazi bir terimdir⁹.

İnternet yaygın bir bilgisayar ağı olarak kullanıcıların iletişim kurmasına ve veri alışverişinde bulunmasına imkân vermektedir. İnternetin bilgi teknolojisi ile bağlantısı, internetin bilgi teknolojisi alanı için bir altyapı oluşturmasıdır¹⁰. Dolayısıyla bilişim internetle yakından ilintilidir.

II. BİLİŞİM HUKUKU

Bilişimin; bilgi teknolojilerini, bilgi bilimini ve bilgisayar bilimini ilgilendirmesi, bunların keşişim kümesinde olması itibarıyla, buna ilişkin hukuk alanının da bilişim hukuku şeklinde ifade edilmesi isabetli olur.

Bilişim hukukunun kolları olarak bilgi teknolojisi hukuku ve internet hukuku bugün öne çıkmaktadır. Ancak bize göre bilişim hukuku detaylı bir şekilde kollara ayrılmak istenirse; bilgi teknolojisi hukuku, internet hukuku, bilgisayar hukuku, bilgi hukuku şeklinde ayrılabilir. Ülkemizde henüz yeni yeni bu alandaki bilimsel eserlerde ve araştırmalarda artış olduğundan bu alt başlıkların yerleşmesi ve detaylı çalışmaların konusu olması zaman alacaktır. Bilişim hukukunun alt alanları aşağıda kısaca açıklanmaktadır.

⁶ University of Maryland, 'What is Computer Science?' <<https://undergrad.cs.umd.edu/what-computer-science>> erişim 29 Aralık 2021.

⁷ *Neuromancer* isimli kitabında Gibson, siber uzayın fiziksel bir alan gibi görünen ancak aslında soyut veriyi temsil eden bilgisayar ürünü yapı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Edward A. Cavazos ve Gavino Morin, *Cyberspace and the Law: Your Rights and Duties in the On-line World* (3rd Printing, MIT Press 1998) 1.

⁸ <<https://www.techopedia.com/definition/2493/cyberspace>> erişim 15 Aralık 2021.

⁹ <<https://www.cybersecurityintelligence.com/blog/the-difference-between-cyberspace-and-the-internet-2412.html>> erişim 22 Mayıs 2017.

¹⁰ Paul-Brian Mcinerney, 'Information Technology/Internet' in Helmut K. Anheier and Stefan Toepler (eds), *International Encyclopedia of Civil Society* (2010) 853-858.

A. Bilgi Teknolojisi Hukuku

Bilgi teknolojisi hukuku bilgi teknolojilerinin hukuki yönü ile ilgilidir¹¹. Örneğin bilişim suçları, elektronik sözleşmeler, kayıtlı elektronik posta, elektronik imza, elektronik ticaret, fikri mülkiyet haklarının internette korunması, bilişim hukukunun bilgi teknolojisi hukuku kısmı içinde yer alır. Adli bilişimin hukuki yönü başka bir ifadeyle adli bilişim hukuku da bu kısımda değerlendirilebilir.

B. İnternet Hukuku / Siber Hukuk

İnternet hukuku, bilişim hukukunun internet kullanımındaki hukuki sorunlar ile ilgili olan kısmıdır. İnternet hukuku, bilişim hukukunun önemli bir bölümünü oluşturmaktadır¹². Örneğin ağ tarafsızlığı, internette özgür konuşma, istihbarat toplama, siber zorbalık, siber terörizm, erişimin engellenmesi internet hukukunun alanına girmektedir¹³. İnternet hukuku terimi yanında veya yerine siber hukuk terimi (*cyber law*) de kullanılabilir.

C. Bilgisayar Hukuku

Bilgisayar hukuku (*computer law*), bilgisayarların ve yazılımların tasarımı ve kullanımı ve verilerin fiziksel araçlar veya veri ağları üzerinden iletimini ilgilendiren hukuk dalları ile ilgilidir¹⁴. Örneğin, bilgisayar donanımları patent hukukunu, yazılımlar telif hukukunu, bilgisayar korsanlarının fiilleri ceza hukukunu, spam (istenmeyen elektronik postalar) hem ticaret hukukunu hem ceza hukukunu ilgilendirmektedir¹⁵.

D. Bilgi Hukuku

Bilgi hukuku (*information law*) ya da veri hukuku (*data law*), bilgi veya veriye ilişkin hukuki düzenlemelere ve hukuki sorunlara ilişkin özel bir alandır. Kişisel veriler dâhil, her türlü veriye ilişkin hukuki sorunları konu alan bir alandır. Bilgi hukukunun konusunun içine veriye erişime ilişkin hukuki sorunlar, veri gizliliği, veri güvenliği, kişisel verilerin korunması hukuku girer. Ayrıca veri yönetimi, bu alandaki riskler ve mevzuata uyum sağlanması (*compliance*) bilgi hukukunun alanına girer¹⁶. Bu alan bilgi teknolojilerinden daha dar olarak sadece verinin yönetimine, korunmasına, veriye erişime ilişkin hukuki sorunları ele almaktadır.

¹¹ <<http://searchdatacenter.techtarget.com/definition/IT>> erişim 01 Mart 2016.

¹² Bülent Kent, *Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi* (Adalet 2019) 24.

¹³ <<https://www.hg.org/internet-law.html>> erişim 01 Mart 2016.

¹⁴ <<https://www.hg.org/compute.html>> erişim 01 Mart 2016.

¹⁵ <<https://www.hg.org/compute.html>> erişim 01 Mart 2016.

¹⁶ Michalsons, ‘Information Law or Data Law | Overview and Solutions’ <<https://www.michalsons.com/focus-areas/information-law-or-data-law-overview-and-solutions>> erişim 29 Aralık 2021.

III. BİLİŞİM HUKUKUNUN BAĞIMSIZ BİR HUKUK ALANI OLUP OLMADIĞI SORUNU

İnternetin ya da başka bir söyleyişle siber uzayın hukukun uygulanacağı bir alan olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Sonuç itibarıyla internet, hukukun uygulandığı bir alan olarak kabul edilmektedir¹⁷. İnternet bugün hukukun ne ölçüde uygulanacağı kesin olmasa da uygulandığı bir alandır¹⁸.

Aşağıda belirtilen doktrindeki görüşler esasen ayrı/bağımsız bir internet hukuku ve bilgi hukuku alanına gereksinim olup olmadığına ilişkin olarak ileri sürülmüştür. Ancak yukarıda belirtildiği üzere internet hukuku bilişim hukukunun içinde yer alan bir alt alan olduğundan, değerlendirmelerimiz neticesinde vardığımız sonuçlar internet hukukunu da kapsayacak şekilde bilişim hukukuna ilişkin olacaktır.

A. Amerikan ve İngiliz Doktrinindeki Görüşler

1. Easterbrook'un Görüşü

Bilişim hukukunun hukukun bağımsız bir alanı olup olmadığı hakkındaki tartışmalara değinmeden önce at hukuku ifadesinden bahsetmek gerekir. At hukuku terimi siber hukukun/internet hukukunun durumuna ilişkin olarak Yargıç *EASTERBROOK* tarafından kullanılmıştır. Amerikan Temyiz Mahkemesi 7.Dairesi'nde yargıç olan *Frank H. EASTERBROOK* 1996 yılında bir sempozyumda "Siberuzay ve At Hukuku" isimli bir konuşma yapmış daha sonra bunu makale olarak yayımlatmıştır. Terimin geniş çevrelerce duyulması bu konuşmada kullanmasıyla olmuştur. *EASTERBROOK*, konuşmasında at hukuku terimini ilk defa kullanan ve özel ve niş alanların hukukun bir dalı olarak kabul edilmesine karşı çıkan *Gerhard CASPER*'a atıf yapmış ve siber hukuk alanındaki çalışmaların ve yargılamanın, hukukun özel bir alanı olarak tanınması düşüncesine karşı çıkmıştır¹⁹.

At hukuku terimini, görüşünün bir sembolü olarak ve akılda kalması için kullanan, karşılaştırmalı hukuk ve hukuk teorisi alanlarında çalışmaları olan *Gerhard CASPER*, bu ifadeyle özel konulara uygulanacak hukukun öğrenilmesinin genel kuralların çalışılmasıyla mümkün olabileceğini anlatmak

¹⁷ Franz C. Mayer, 'Recht und Cyberspace', NJW (1996) (Heft 28) 1782 (Naklen Tekin Memiş, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu* (Seçkin 2002) 27-28); Franz C. Mayer, 'Das Internet, das Völkerrecht und die Internationalisierung des Rechts' Zeitschrift für Rechtssoziologie (2002) 23 (Heft 1) 93.

¹⁸ Memiş (n 18) 28.

¹⁹ Frank H. Easterbrook, 'Cyberspace and the Law of the Horse' (1996 *University of Chicago Legal Forum*) 207-216 <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2147&context=journal_articles> erişim 15 Kasım 2022.

istemiştir. *CASPER*, örnek olarak atlar tarafından tekmelenen insanlara, yarış atlarının satışına, at gösterilerinde verilen ödüllere ilişkin pek çok davanın olduğunu belirtmiştir. *CASPER*, bunları at hukuku ya da atın hukuku şeklinde ayrı bir alan olarak değerlendirmenin sığ kalacağını ve birleştirici prensiplerin gözden kaçırılmasına neden olacağını belirtmiştir. Atlar tarafından tekmelenmiş insanlara ilişkin yüz tane davayla ilgili ders verilse dahi haksız fiil hukukunun tam olarak kapsayıcı şekilde anlatılmasının mümkün olmayacağını belirtmiştir. At ticareti konusunda uzmanlaşmak isteyen öğrencilerin dahi eşya hukuku, haksız fiil hukuku, ticaret hukuku gibi alanlarda ders almaları gerektiğini de ifade etmiştir²⁰.

EASTERBROOK, *CASPER*'in at hukukuna ilişkin belirttiği hususu siber hukuk bakımından ele almıştır. Yazar, kendisinden siber uzay alanında fikri mülkiyet konusunda konuşma yapması istendiğinde bu konuyu hukukun geri kalanından ayırmanın, değerlendirmesini güçsüz kılacağını belirtmiştir. Bu nedenle yazar, sağlam bir fikri mülkiyet hukuku geliştirilmesi ve bunun bilgisayar ağlarına uyarlanması gerektiğini vurgulamıştır²¹.

2. Lessig'in Görüşü

EASTERBROOK'un bu görüşüne karşılık olarak *Lawrence LESSIG* başka bir yönde görüşünü belirtmiştir. *LESSIG*, 1999 yılındaki makalesinde hukuki anlayışın ve kuralların siber uzayın gelişimi ve yaygınlaşmasıyla uyumlu olarak gelişmesi gerektiğini belirtmiştir. İnternetin gelişmesiyle hukuki düzenlemelerdeki etkisinin de artacağını, bu itibarla oluşacak değerlere kaynak oluşturacağını, diğer alanlardaki değerlerin bu duruma yenik düşeceğini ifade etmiştir. *EASTERBROOK*'un hukukun tümünü aydınlatmaması nedeniyle tıpkı at hukuku gibi siber hukuk şeklinde ayrı bir alan olmasına gerek olmadığını yönündeki görüşüne *LESSIG* karşı çıkmıştır. *EASTERBROOK*'un, özel konulara uygulanacak hukukun en iyi şekilde öğrenilmesinin hukukun genel alanlarının çalışılmasıyla mümkün olacağına ilişkin görüşüne karşılık *LESSIG*, hukuk ve siber uzayın nasıl bir bağlantısının olduğuna bakılması gerektiğini ileri sürmüştür. *LESSIG*, *EASTERBROOK*'un her özel niş konunun ayrı bir hukuk alanı olamayacağı konusundaki tespitine katılmakla beraber siber hukukun durumunun farklı olduğunu, siber uzay hukukunda diğer alanların göstermediği hususların görüleceğini belirtmiştir²².

LESSIG, siber uzaya ilişkin merkezi hukuki düzenlemelerin yapılmasındaki zorluğun, kodun etkisinin siber uzay kapsamında nasıl anlaşılacağıyla ilgili olduğunu belirtmiştir. Yazarın kod (*code*) ile kast ettiği siber uzaya ilişkin do-

²⁰ Gerhard Casper'in görüşü (Naklen, Easterbrook (n 20) 207).

²¹ Easterbrook (n 20) 208.

²² Lawrence Lessig, 'The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach' (1999) Harvard Law Review (113)2 501, 503.

nanım ve yazılımdır. Yazılım ve donanımın çalışma prensiplerini ve kurallarını yazar bu kapsama dâhil etmektedir. Örneğin, kodların bir kısmının internet protokolü (IP) katmanında olduğunu belirtmiştir²³.

LESSIG, siber uzayın gerçek hayattan farklı olarak kendine has özelliklerinin bulunduğunu belirterek bunun yazılım ve donanıma (koda) yansıdığını ifade etmiştir. Yazar, internetin gelişmesiyle birlikte kendine has özelliklerinin artacağını, düzenleyici gücünün artacağını bu itibarla internet dışındaki dünyaya ilişkin kuralların yetersiz kalacağını belirtmiştir. Yazar, internetin ve kendine has özelliklerinin hukuki düzenlemelerde etkili olacağını söylemiştir²⁴.

3. Murray'in Görüşü

Andrew MURRAY, *LESSIG*'in görüşüne katılmaktadır. Bununla birlikte *MURRAY*, *LESSIG*'in *EASTERBROOK*'un görüşünün ana hususlarına karşı çıkmadığını bunun yerine siber uzaya ilişkin özel şartlardan bahsederek savunmaya geçtiğini belirtmiştir. *MURRAY*, kendisinin de dâhil olduğu akademisyenlerce, dijitize etmenin ve siber uzayın kendine has özelliklerine dayanarak, siber uzayın ve siber uzaya ilişkin düzenlemelerin özel olduğunu iddia ettiklerini, bunu yaparken iletişim teorisi konusundaki literatüre, sosyolojiye, felsefeye başvurduklarını, böylelikle hukukçudan/avukattan ziyade sosyal bilimci haline geldiklerini ifade etmiştir. *MURRAY*, siber hukukçu değil de siber politika bilimci veya siber politika teorisyeni olarak kendisinin ve kendisi gibi olanların *EASTERBROOK*'un argümanını oluşturduklarını; bu durumda aslında yaptıklarının medya ve iletişim, bilgi sistemleri, sistem mühendisliği gibi sosyal bilim alanında yapılan çalışmalardan farklı olmadığını belirtmiştir. Siber yönetişimi (*cyber governance*) bilinir hale getiren avukatlar olarak kendisinin, *Jonathan ZITTRAIN*'in *Jack GOLDSMITH* veya *Lee BYGRAVE*'in siber uzay alan avukatlarına ihtiyaç olduğu yönündeki iddialarının hukuk biliminden ziyade hukuk dışındaki felsefi temellere dayandığını belirtmiştir. Yazar, aslında böyle yaparak kendilerini diğer avukatlardan farklılaştırdıklarını da eklemiştir²⁵.

MURRAY, siber hukuku bu şekilde diğer hukuk alanlarından ayırmanın *EASTERBROOK*'un ifade ettiği hukuk dışındaki multidisipliner alanla yüzeyel bir şekilde ilgilenme (*multidisciplinary dilettantism*) iddiasını doğrulayacağını ifade etmiştir. Bununla birlikte siber hukuka geleneksel anlayışla yaklaşan kişinin kendisini yine *EASTERBROOK*'un görüşünün gölgesinde bulacağını,

²³ Ibid 506, dn.15.

²⁴ Lessig (n 23) 548 ff.; Yazar bu yöndeki görüşlerini daha geniş bir şekilde kitap olarak da yayımlamıştır. Lawrence Lessig, *Code Version 2.0* (Basic Books 2006).

²⁵ Andrew Murray, 'Looking Back at the Law of the Horse: Why Cyberlaw and the Rule of Law are Important' (A keynote speech delivered at the 2013 conference of the British & Irish Law, Education & Technology Association, 11 April 2013) (2013) Scripted (10)3 311, 314.

bu itibarla ya hukuk dışı alanlarla yüzeysel olarak ilgilenen biri ya da adeta bir hukukçu maskesi takmış politika bilimci veya sosyal bilimci olacağını belirtmiştir. *MURRAY*, siber hukuk veya bilgi teknolojileri hukuku dışında çalışan hukukçuların genellikle bu alana bakış açılarının, ne yazık ki bu alanı ya katkıda bulunmak için çok dar olduğu ya da hukuk bilimi temelli olmayacak kadar çok geniş olduğu yönünde olduğunu ifade etmiştir²⁶.

MURRAY, siber uzayın hayatımızda daha fazla yer almasının siber hukuka ilişkin düzenlemelerin de artmasına neden olacağını belirtmiştir. Bununla birlikte yazar kanun koyucuların siber uzaya ilişkin düzenlemelerinde siber uzay hukukçularını dikkate almadığını ifade etmektedir. Buna örnek olarak da Birleşik Krallık'ta Mahremiyet ve Tedbirlere İlişkin Birleşik Komite'yi (*Joint Committee on Privacy and Injunctions*) desteklemek üzere; bir medya hukuku alanından akademisyen, bir yargıç, gazetecilik alanından bir akademisyen ve eski Birleşik Basın şefinin görevlendirildiğini belirtmiştir²⁷.

MURRAY hem akademisyenler hem de kanun koyucu tarafından siber hukukun bağımsız bir hukuk alanı olarak algılanabilmesi için bu alan ile hukuk ilmi açısından daha fazla ilgilenilmesi gerektiğini ileri sürmüştür²⁸.

B. İsviçre Doktrininde Burkert'in Görüşü

İsviçre doktrininde *Herbert BURKERT*, bilgi hukuku olarak tercüme edilebilecek *information law* terimini kullanmaktadır. Yazar, bilgi hukuku ayrı bir disiplin alanı olarak görülmeli midir sorusuna bilgi hukukunun bir disiplin değil, metodoloji olduğu cevabını vermiştir. Bu itibarla da bilgi hukuku metodu (*information law method*) terimini kullanır. *BURKERT*, görüşünü açıkladığı yazısında bilgi teknolojileri hukukunun (*information technology law*) özel bir alan olmağını ifade etmiştir. Yazara göre bilgi teknolojileri hukukunun konuları kendi alanlarının konusuna girmektedir. Örneğin elektronik sözleşmeler medeni hukuka, e-devlet idare hukukuna, e-oy verme anayasa hukukuna, siber suçlar ceza hukukuna dâhildir. Bu itibarla yazar, yeni ve gündemde olanın bilgi teknolojileri hukuku değil bilgi hukuku (*information law*) olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda bilgi hukukunun da bir disiplinden ziyade bir metot/metodolojik uygulama olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bu metodu diğer metotların yerine geçmediğini diğer metotları tamamladığını belirtmiştir. Metodun amaçları ile şekillendiğini ifade eden *BURKERT*, bu amaçları; bilişimin düzenlenmesinde hukukun rolü hakkında bilgi edinmek, hukukun bilişim üzerindeki etkisini, yaptıklarını anlamak, toplum tarafından bilişimin daha iyi kullanılması için gerekli hukuk kurallarını oluşturmak, değiştirmek ve yorumlamak olarak

²⁶ Ibid 315.

²⁷ Murray (n 26) 316.

²⁸ Ibid 317.



saymıştır. Yazar, hukukun bir enstrüman olarak değerlendirilmeye başlandığını bu itibarla kullanılan metotların çeşitlerinin arttığını, bir enstrüman olarak hukukun, gerçeklikleri algılama ve etkileme kapasitesinin değerlendirildiğini/ test edildiğini belirtmiştir. Bu amaçla, örneğin ekonomi ve sosyal bilimlerin geleneksel hukuk metotlarını tamamladığını, ona yardımcı olduğunu, bilgi hukuku metodunun ise eklektik olduğunu ve tüm diğer metotlardan kendi amacı olan bilişim ve hukuk arasındaki ilişkiyi değerlendirme doğrultusunda yararlandığını belirtmiştir²⁹.

BURKERT, tanım için bilgi modeline bakılması ve hukuki düzenlemelerden etkilenecek bilgi akışlarının belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Hukuki mekanizmaların bilgi kontrol mekanizması olarak yeniden okunması gerektiğini, bu itibarla altındaki bilgi modelinin ortaya çıkması gerektiğini ifade etmiştir. *BURKERT*, hukukun kendisinin dahi sosyal bilginin (*social information*) spesifik bir şekli olarak tanımlanabileceğini belirtmiştir. Bu itibarla bilgi hukuku metodunun her uygulandığında sorulan sorunun ve bu metodun uygulanmasıyla ne tür bir içgörünün elde edileceğinin tartışılması gerektiğini ileri sürmüştür. Yazar, teknolojik görünümünün arkasındaki bilgi ve bilgi akışlarının yeniden keşfedilmesi ve hukuki düzenlemelerin bunları nasıl etkilediğini test edebilmek için metodolojik yaklaşımın önerildiğini ifade etmiştir. Bu metodun günün teknolojisine çok fazla dayanan yaklaşımlarla dengeyi sağlamaya yardımcı olabileceğini ve bu teknolojilerin ne ile ilgili olduğunu bize gösterebileceğini belirtmiştir³⁰.

C. Görüşlerin Değerlendirmesi ve Görüşümüz

Bilişim hukukunun diğer hukuk dallarına göre konumuna baktığımızda, diğer hukuk dallarının bilişimle, bilgi teknolojisiyle, bilgi bilimi, bilgisayar bilimi ya da internetle ilgili oldukları noktalarda olduğu görülmektedir. Ayrıca bilişim hukuku; bilişimle, bilgi teknolojisiyle, bilgi bilimi, bilgisayar bilimi ya da internetle ilgili temel teknik bilgileri de içeren bir alandır. Bu bakımdan sanat hukuku ya da spor hukukuna benzetilebilir. Örneğin, sanat hukuku; sanat özgürlüğü bakımından anayasa hukuku ile neyin sanat eseri olduğunun tespit edilmesi ve korunması bakımından fikri mülkiyet hukuku ve ceza hukuku ile edebiyat, görsel sanatlar, heykel alanındaki teknik alan bilgisine de zaman zaman ihtiyaç olduğundan güzel sanatlar alanı ile ilişkilidir. Yine spor hukuku; sağlık hukuku, iş hukuku, borçlar hukuku, fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukuku ile kesişen bir alandır. Daha da özel bir alan olan espor hukuku ise, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin konuları ilgilendirirken aynı zamanda video

²⁹ Herbert Burkert, 'Information Law: From Discipline to Method' (2014)5 The Berkman Center for Internet & Society at Harvard University Research Publication Law and Economics Research Paper Series 2.

³⁰ Ibid 3, 7.

oyunlarının yapısına ilişkin bazı teknik detayların da bilinmesini gerektirir.

Bilişim hukukunun, tüm hukuk dallarının teknolojiyle, bilişimle buluştuğu noktada bulunması söz konusu olduğundan örneğin elektronik sözleşmeler medeni hukuk ve borçlar hukukunu; fikri mülkiyet haklarının internette korunması fikri mülkiyet hukukunu; internette ifade özgürlüğü anayasa hukukunu; bilişim suçları ceza hukukunu ilgilendirmektedir. Görüldüğü üzere bilişim hukuku, hukukun her dalı ile bilişimle ilgili olduğu ölçüde kesişmektedir. Bilişim hukuku esasen teknolojinin hukuki bakımdan sorun doğurabilecek ve hukuki olarak düzenlenmelere ihtiyaç olacak noktaları üzerinde araştırma, inceleme yapmayı ve önerilerde bulunmayı amaçlar.

Metot, bir gerçeği bulmak için kullanılan doğru, planlı yöntemdir. Metot, bilimsel uğraşı amacına ulaştıracak vasıta ve aynı zamanda da bir olanaktır. Elbette her bilimsel çalışmada kullanılması zorunlu metodun niteliği ve türü, inceleme ve araştırmanın alanına göre değişir³¹. *BURKERT*'in da belirttiği gibi bilgi hukuku ayrı bir şekilde veya başka kanunların içinde yer alan düzenlemelerden kaynak olarak yararlanırken aynı zamanda gelişen bir alan olarak bu alanda yapılacak yeni düzenlemelere de işaret eder³².

BURKERT'in makalesinde ifade ettiği bilgi hukukunun sadece bir metot olduğu görüşünün benimsenmesi halinde, ayrı bir metot olması bu alanı bağımsız bir hukuk bir alanı haline getirmemektedir. Ayrıca bilişimle ilgili kanunların nasıl yapılacağı, ayrı bir düzenleme şeklinde mi yoksa mevcut düzenlemelerin içine mi yerleştirileceği hususu kanun yapma tekniği ile de ilgilendirilebilecek ayrı bir konudur. Diğer yandan bilişim hukukuna ilişkin hukuki düzenlemelerin Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu gibi tek düzenleme halinde değil de dağınık halde olması bu alanın bağımsız bir hukuk alanı olarak nitelendirilmemesi için yeterli bir kriter değildir. Çünkü bağımsız bir hukuk disiplini olup pozitif hukukun belirli bir bölümünü araştırma zorunluluğu dahi içermeyen hukuk alanları vardır. Dolayısıyla bağımsız bir hukuk disiplini olabilmek için mutlaka pozitif hukukun belirli bir bölümünü araştırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Örneğin hukuk tarihi, hukuk sosyolojisi³³ böyledir. Bunlar bağımsız hukuk alanlarıdır³⁴.

³¹ Adil İzveren, Hukuk Sosyolojisi (2.Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1995) 5.

³² Burkert (n 30) 2 ff.

³³ Hukuk sosyolojisinin, kendine özgü bir bilim dalı olarak araştırma alanı ve yöntemi olduğu hususunda bkz. İzveren (n 32) 4.

³⁴ Ergun Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, (Sulhi Garan Matbaası 1976) 11; Karşılaştırmalı hukukun da bağımsız bir hukuk alanı olup olmadığı konusu da oldukça tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Arzu Oğuz, 'Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu' (2002) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 451-508.



Bilişim hukukunun diğer hukuk disiplinlerinden farklı, kendine has bir metodu olduğunu düşünmekle ve *BURKERT*'a bu bakımdan katılmakla birlikte *BURKERT*'in bilgi hukuku bakımından belirttiği bu alanın bağımsız bir alan/disiplin olmayıp sadece bir metodoloji olduğu görüşüne katılmıyoruz. Çünkü hukuk metodolojisi hukuk düzeninin tatbik ve muhafazasına yarayan vasıtaları ve nasıl işlediğini araştırmaktadır³⁵. Oysaki aşağıda açıklanacağı üzere bilişim hukuku kendine özgü metodunun dışında kendine özgü araştırma konularını da içermektedir.

Bize göre bilişim hukukunun metodu, bilişim ve teknolojiyi inceleyerek bununla ilgili ortaya çıkabilecek hukuki sorunları tespit etmek, yapılacak hukuki düzenlemelerde dikkat edilmesi gereken hususlara ilişkin araştırmalar yapmak, dolayısıyla diğer hukuk dallarına teknolojik gelişmelerin getirdiği hususların onların alanlarına olabilecek etkilerini göstermektir. Bilişim hukuku bu analizleri yaparken hem hukukun bulgularından hem de temel düzeyde bilgisayar veya ilgili teknik alanın bilgilerinden faydalanacaktır. Örneğin yapay zekâ teknolojisinin ne olduğu, nasıl çalıştığı, ne gibi hukuki sorunlar doğurabileceği, hangi hukuk dalları bakımından neleri etkileyebileceğini araştırmak bilişim hukukunun konusuyken, yapay zekânın haksız fiil, hukuki kişilik bakımından derinlemesine analizini, bilişim hukukunun temel araştırmaları üzerine medeni hukuk yapabilir.

EASTERBROOK'un ve *LESSIG*'in görüşlerine de kısmen katılmakla birlikte aşağıdaki gerekçelerle kısmen de farklı görüşteyiz. Yazarların belirttiği gibi elbette her özel niş alanı ayrı ve bağımsız bir hukuk alanı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bununla birlikte bilişim hukukunun diğer hukuk disiplinlerinden farklı kendine özgü araştırma konusu bulunmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere bilişim hukuku, teknolojik gelişmeleri sürekli izlemek, bunlardaki hukuki sorunları tespit etmek ve bunların diğer hukuk disiplinlerine etkilerine işaret etmeye çalışmaktadır. Bu yöntemlerin kullanılmasında çoğunlukla hukuki bilgilerin yanında teknik bilgilerin de araştırılmasına ihtiyaç olmaktadır. Hatta bazı durumlarda, felsefe, teknoloji felsefesi, psikoloji biliminin bulgularının da araştırılması söz konusu olabilmektedir. Örneğin yapay zekâ konusunun sadece hukuk ve bilgisayar bilimini değil, felsefe, varlık felsefesi, ontoloji, psikoloji bilimini ilgilendirmesi böyledir³⁶. Bilişim hukuku, bu kapsamda teknolojinin çalışma yapısını, bu konudaki ulusal ve uluslararası standartları, etik kuralları, uluslararası düzenlemeleri ve anlaşmaları da inceler. Bilişim hukukunun amaç ve görevleri diğer hukuk dallarının amaç ve görevlerinden farklıdır. Diğer hukuk disiplinlerinden farklı olarak bilişim hukuku sürekli ve detaylı olarak ve sadece teknolojik gelişmelerin analizi ve takibi ile uğraşmaktadır. Dolayısıyla diğer hukuk disiplinlerinin tabiri caizse adeta

³⁵ Ernst Hirsch, 'Hukuk Bir Bilim Kolu mudur?' (1944) 2(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19, 61.

³⁶ Armağan Ebru Bozkurt-Yüksel, *Buluşçu Yapay Zekâ ve Patent Hukuku* (Aristo 2020) 9.



ki doçentlik başvuru kriterleri uyarınca anahtar kelime havuzundan istenilen anahtar kelime seçilebildiği için bilişim ve teknoloji hukuku anahtar kelimesini hem hukukçuların hem de mühendislerin seçmesi mümkündür⁴². Ancak 2016 yılında doçentlik başvurularında anahtar kelimelerin sisteminde değişiklik yapılarak temel alanlar altında, bilim alanları ve ilgili anahtar kelimeler gruplandırılmıştır. Böylelikle bilişim ve teknoloji hukuku mühendislik temel alanı altında, bilgisayar bilimleri ve mühendisliği bilim alanına ilişkin bir anahtar kelime olarak düzenlenmiştir⁴³. Hukuk temel alanının altında ise bilişim ve teknoloji hukuku anahtar kelimesi yer almadığından hukukçuların bu alandan doçentlik başvurusu yapması 2019 Mart dönemine kadar mümkün olmamıştır.

2018 yılında üniversitelere gönderilerek akademisyenlerden konuya ilişkin görüş yazısı talep edilen, bilişim ve teknoloji hukukunu ilgilendiren bir rapor bulunmaktadır. Bu rapor, Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurumu tarafından hazırlanan Ülkemizde Yürütülen E-devlet Uygulamalar ve Siber Güvenlik Faaliyetlerinin Değerlendirilmesi konulu araştırma ve inceleme raporudur. Raporda Yükseköğretim Kurulu sorumlu ve ilgili kuruluş olarak gösterilerek çeşitli tespit ve öneriler belirtilmiştir. Bu raporun birinci maddesinde “*bilişim hukukunun ayrı bir akademik anabilim dalı olarak kabul edilmesi*” hususu yer almıştır. İkinci maddesinde ise “*bilişim ve teknoloji hukukunda eğitim almış nitelikli insan kaynağının elde edilmesi amacıyla üniversiteler bünyesinde bu alana yönelik müstakil yüksek lisans ve doktora programlarının oluşturulması*” ifadesi yer almaktadır. Üçüncü maddesinde ise “*doçent ve profesör unvanına sahip öğretim elemanlarının bilişim ve teknoloji hukuku anabilim dalında görev yapmalarının sağlanması*” hususu yer almaktadır. Elbette bu raporun hazırlanması ve üniversitelerden konuyla ilgili görüş istenmesi alanda çalışmak ve ilerlemek isteyen akademisyenlerin görüşlerini iletmeleri, alanın hukukçulara açılması ve gelişmesi açısından olumlu bir gelişme olmuştur.

2019 yılında Üniversitelerarası Kurul tarafından doçentlik anahtar kelime listesinde güncelleme yapılmış ve hukuk temel alanının altında diğer yeni alanların yanında bilişim ve teknolojileri (çoğul eki almış olarak) hukuku ismiyle bir bilim alanı ve anahtar kelime eklenmiştir⁴⁴. Son durumda mühendislik temel alanı içinde, bilgisayar bilimleri ve mühendisliği bilim alanı altında bilişim ve teknoloji hukuku şeklinde bir anahtar kelime yer almaktadır. Ayrıca hukuk

⁴² 2015 Nisan ve öncesi dönemlerin yayın aşaması başvurularına ait anahtar kelimeler tablosu için bkz. <https://www.uak.gov.tr/Documents/docentlik/2016-oncesi-basvuru-sartlari/2015N_Oncesi_AnahtarSozcukler_3001142.pdf> erişim 22.01.2022.

⁴³ 2016 Nisan dönemi yayın aşaması başvurularına ait bilim alanları ve anahtar kelimeler listesi için bkz. <https://www.uak.gov.tr/Documents/docentlik/2016-oncesi-basvuru-sartlari/2016N_BilimAlanlariAnahtarKelimeler_140416.pdf> erişim 22.01.2022.

⁴⁴ <https://www.yok.gov.tr/Documents/Akademik/GuncelTablo/2019M_BilimAlanlariAnahtarKelimeler_140319.pdf> erişim 24 Ocak 2022.

temel alanında, bilişim ve teknolojileri hukuku ismiyle bilim alanı ve anahtar kelimesi doçentlik başvurusu için sistemde yer almaktadır⁴⁵. Bilişim ve teknoloji hukuku anahtar kelimesinin 2016 yılında yapılan gruplandırmaya ilişkin düzenlenmede hukuk alanından daha önce ve halen mühendislik alanında yer almasında, bir genelleme yapmak gerekirse, bu alanın hukukçular tarafından teknik ağırlıklı görülmesi ve her hukuk branşının zaten kendi konusundaki bilişimle ilgili gelişmeleri kendisi açısından incelediği, bu nedenle ayrı bir alana gerek olmadığı yönündeki düşüncenin etkili olduğunu düşünüyoruz. Ancak mühendislik fakültelerinin bilgisayar mühendisliği bölümlerinde böyle bir anabilim dalı bulunmamaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere bilişim hukuku temel düzeyde teknik bilgileri de ilgilendirmekle birlikte hukukun bir alanıdır.

Bilişim hukuku alanındaki eserlerin ve bilimsel çalışmaların hukukçular tarafından artarak devam etmesi bu alanın bağımsız bir hukuk alanı olarak yerleşmesinde daha fazla etki edecektir. Bir başka örnek üzerinden açıklamak gerekirse adli tıptan bahsedilebilir. Adli tıp bilim alanının bulguları hukuk alanını ilgilendirmektedir. Ayrıca ders olarak adli tıp, hukuk fakültelerinde okutulmaktadır. Ancak adli tıp uzmanları ve bu alandaki akademisyenler sağlık bilimleri alanından yetişmektedir. Dolayısıyla bilgisayar mühendisliği bölümünde bilişim hukuku dersi açılması ya da alanın temel teknik bilgileri gerektirmesi bilişim hukukunun hukukun bir alanı olduğu hususunu değiştirmemelidir. Alanın teknik yönünün olması tek başına bu alanı mühendislik alanı yapmamaktadır. Nitekim benzer bir durum adli bilişim için söz konusudur. Adli bilişimin hukuki yönü, bilişim hukukunu ilgilendirmektedir. Ancak adli bilişimin ağırlıklı olarak teknik bir alan olması itibarıyla bu anahtar kelime kullanılarak yapılacak doçentlik başvuruları, hâlihazırda isabetli olarak bilgisayar bilimleri ve mühendisliği bilim alanından başvuran kişilere açıktır⁴⁶.

2. Hukuk Fakültelerinde Anabilim Dalı Olması ve Diğer Gelişmeler

Bilişim hukukunun hukuk temel alanı altında doçentlik alanı olmasından sonra üniversitelerde hukuk fakültelerinde bilişim ve teknoloji hukuku veya bilişim hukuku ismiyle anabilim dalı açılması henüz yeterince yaygın olmakla birlikte artmıştır. Bazı hukuk fakültelerinde özel hukuk, bazılarında ise kamu hukuku bölümleri altında bilişim hukuku anabilim dalının kurulduğu görülmektedir. Bu itibarla bilişim hukukunun kamu hukuku mu yoksa özel

⁴⁵ <https://www.uak.gov.tr/Documents/docentlik/2021-eylul-donemi/2021E_BilimAlanlariAnahtarKelimeler_15092021.pdf> erişim 20 Aralık 2021.

⁴⁶ Doçentlik başvurularında adli bilişim anahtar kelimesinin mühendislik temel alanı altında, bilgisayar bilimleri ve mühendisliği bilim alanı için düzenlendiği şuradaki tablodan görülebilir. <https://www.uak.gov.tr/Documents/docentlik/2021-eylul-donemi/2021E_BilimAlanlariAnahtarKelimeler_15092021.pdf> erişim 22 Ocak 2022.



hukuk bölümünde mi yer alacağı konusunda bir belirsizlik olduğu gözlemlenebilir. Hukukun, özel hukuk ve kamu ayırımı Roma hukukundan gelmekte ve bugün de geçerli olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Bununla birlikte kamu hukuku özel hukuk ayırımının temelindeki düşünce mutlak değildir. Hatta bazı hukuk dallarının bu koldan hangisine dâhil olacağı hususu tartışmalıdır⁴⁸. Bilişim hukukunun, ayrı bir anabilim dalı olması halinde, özel hukuk ve kamu hukuku ayırımında nerede durduğu hususunda gözlemlediğimiz kadarıyla her üniversitenin hukuk fakültesinde farklı değerlendirmeler yapılmaktadır⁴⁹.

Eğer bilişim hukuku anabilim dalının ya da programının kamu ya da özel bölümlerinden birinin altında değerlendirilmesi isteniyorsa, bilişim hukukunun karma niteliği⁵⁰ göz önünde tutularak ağır basan yönlerine bakılarak özel hukuk ya da kamu hukuku bölümü altında açılmasına karar verilmesi önerilebilir. Bu yol tercih edilecekse bilişim hukukunun kamu hukuku alanını ilgilendiren, internet hukuku, bilişim suçları bulunmaktayken, özel hukuku daha yakından ilgilendiren kişisel verilerin korunması, elektronik sözleşmeler, elektronik ticaret, fikri mülkiyet haklarının internette korunması gibi temelleri bulunmaktadır. Bu itibarla bize göre bir tercih yapılacaksa özel hukuk alanına yakın daha fazla konu barındırdığından özel hukuk bölümü içinde bir anabilim dalı olarak bilişim hukuku düşünülebilir.

Bize göre bilişim hukuku hem özel hukuk hem de kamu hukukunu ilgilendiren yönleri nedeniyle özel hukuk ve kamu hukuku ayırımında yer almamaktadır. Bu itibarla temel düzeyde teknik araştırmaları da içeren karma hukuk alanı olarak üçüncü ve ayrı bir seçenek oluşturmaktadır. Alanın hem kamu hem de özel hukuk dallarını ilgilendiren konuları olduğu ve temel düzeyde teknik bilgi

⁴⁷ “Hukukun bilinen en yaygın ayırımı Ulpianus’un yaptığı kamu hukuku (*jus publicum*)-özel hukuk (*jus privatum*) ayırımı olup, hâlen günümüzde de geçerlidir.” Oğuz Sancakdar, ‘Özelleştirmenin Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirme Tartışmalarındaki Başlıca Görüşler’ (2006) (8)1 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 241, 243; Bu iki hukuk bölümü arasında hem teoride hem de uygulamada farklılıklar vardır. Faruk Andaç, *Hukukun Temel Kavramları*, (2.Bası, Detay 2010) 29; Özel hukuk kamu hukuku ayırımıyla ilgili görüşler ve geniş açıklama için bkz. Adil İzveren, *Hukuk Felsefesi* (2.Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1994) 110 ff.

⁴⁸ Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk* (Cilt I) (4.Bası, Seçkin 2021) 12.

⁴⁹ Örneğin İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin web sitesinde özel hukuk bölümü altında görülen bilişim ve teknoloji hukuku anabilim dalı için bkz. <<https://hukuk.medeniyet.edu.tr/tr/personel/akademik>> erişim 27.12.2021. Hacettepe Üniversitesi ise bilişim hukuku yüksek lisans programı kamu hukuku anabilim dalı altında açmaktadır. <http://fs.hacettepe.edu.tr/hukuk/Kamu%20Hukuku%20Ders%20Programlar%C4%B1/2021-2022%20G%C3%9CZ%20DERS%20PROGRAMI/Bili%C5%9Fin%20Hukuku%20Tezsiz%20YLP_05.10.2021.pdf> erişim 27.12.2021.

⁵⁰ A. Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş* (Turhan 2011) 38.

de gerektirmesi nedeniyle kamu hukuku ve özel hukuk bölümlerinin yanında ayrı bir bölüm olarak bilişim hukuku bölümünün açılması isabetli olacaktır. Bilişim hukuku bölümünün altında ise bilişim hukukunun kişisel verilerin korunması, elektronik sözleşmeler, internette fikri mülkiyet haklarının korunması gibi daha çok özel hukuka ilişkin sorunlarla kesişen hususlara ilişkin bilişim özel hukuku anabilim dalı; bilişim suçları, elektronik ticari işlemlerde vergi, internette ifade özgürlüğü, erişimin engellenmesi gibi daha çok kamu hukukuna yakın konularla kesişen hususlara ilişkin bilişim kamu hukuku anabilim dalı açılması gerekmektedir. Yüksek lisans ve doktora programlarında özel hukuk ve kamu hukuku dışında ayrı bir bilişim hukuku programı olması önerilir.

Bir başka hususu ise *HİRŞ*'in belirttiği bir örnekten yararlanarak belirtmek isteriz. Yazara göre; bir tanığın ifadesinin, bir rıza beyanının, bir tavrın veya hareketin manasının çıkarılması gibi hukukun tatbiki için yapılması gerekenleri psikoloji bilgisine sahip olmayan bir kişi ancak keyfi şekilde yerine getirebilir. Bu nedenle *HİRŞ* hukuk fakültelerinde psikoloji bilime ilişkin derslere rastlanmamasını eleştirmektedir⁵¹. Benzer şekilde bilişim hukuku kapsamında anlatılacak örneğin internet, elektronik imza ya da kripto paralarla ilgili bir meseleyi anlamaya çalışan hukukçunun bunların nasıl çalıştığına ilişkin temel teknik bilgileri bilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu itibarla bilişim hukukuna ilişkin temel teknik bilgileri içeren bir dersin lisans veya yüksek lisans düzeyinde bilişim hukuku dersinin kapsamında ya da program içinde ayrı bir ders olarak ilgili teknik uzman tarafından verilmesi düşünülebilir.

Başka bir husus da Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı'nın doçentlik başvurularına ilişkin sınıflandırmasında hukuk temel alanı altında bilişim ve teknolojileri hukuku bilim alanı ismi görülmekteyken, hukuk fakülteleri anabilim dalı isimlendirmelerini ya da seçmeli derslerini bilişim ve teknoloji hukuku veya bilişim hukuku şeklinde yapmaktadırlar. Bu itibarla bir yeknesaklık sağlanmasının, bilişim hukuku ya da bilişim ve teknolojileri hukuku teriminden birinin benimsenerek anabilim dalı, program, ders isimleriyle doçentlik başvuru sistemindeki isimlerin yeknesak hale getirilmesinin uygun olacağını düşünüyoruz.

Henüz ülke genelinde hukuk fakültelerinde bilişim hukukunun anabilim dalı olarak açılması veya hiç olmazsa seçmeli ders olarak müfredata konulması yeterli düzeyde değildir. Bu alanda dünyadaki gelişmelerin takibi, yeterli akademisyenin yetişmesi açısından bu konu önem taşımaktadır. Hukuk fakülteleri dışında mühendislik fakültelerinde öğrenciye temel düzeyde hukuk bilgisiyle beraber sosyal seçmeli ders havuzunda veya zorunlu ders olarak bilişim hukuku dersinin müfredata konulmasının da ayrıca yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

⁵¹ Hirş (n 36) 60.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçelerle bilişim hukukunun kendisinin bir metod değil ancak hukukun kendine has bir metodu olan bağımsız bir hukuk alanı olduğu görüşündeyiz. Nitekim uygulamada artan mahkeme kararları ve yayınlar, dünyadaki gelişmeler, hukukta doçentlik alanı olarak kabul edilmesi, ayrı bir anabilim dalı olarak hukuk fakültelerinde açılmaya başlanması, ihtisas mahkemelerin kurulması bilişim hukukunun giderek artan önemini ve bağımsız bir hukuk alanı olarak yerleşmeye başladığını göstermektedir.

Son söz olarak ifade etmek isteriz ki hukuk mesleğini ve hukukçuların mesleklerini icra edişlerini kökünden değiştiren bir teknoloji seviyesine ulaşacağımız zaman geldiğinde, hukuk fakültelerinin müfredatları kaçınılmaz olarak tamamen bu yeni düzene uyum sağlamak zorunda kalacaktır. Yarının hukukçuları bugünkünden daha farklı bilgilerle, teknolojiyle çok daha iç içe donatılacak şekilde bir eğitim ve öğrenime ihtiyaç duyacaklardır. Bu makalenin yarının hukukçularını selamlayan naçizane bir not olmasını ümit etmek bile bize muazzam bir mutluluk vermektedir.

KAYNAKLAR

- Andaç F, *Hukukun Temel Kavramları* (2.Bası, Detay 2010).
- Antalya G ve Topuz M, *Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk* (Cilt I) (4.Bası, Seçkin 2021).
- Bozkurt-Yüksel AE, *Buluşçu Yapay Zekâ ve Patent Hukuku* (Aristo 2020).
- Burkert H, 'Information Law: From Discipline to Method' (2014)5 The Berkman Center for Internet & Society at Harvard University Research Publication Law and Economics Research Paper Series 2.
- Cavazos EA ve Morin G, *Cyberspace and the Law: Your Rights and Duties in the On-line World* (3rd Printing, MIT Press 1998).
- Easterbrook FH, 'Cyberspace and the Law of the Horse' (1996 *University of Chicago Legal Forum*) 207-216 <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2147&context=journal_articles> erişim 15 Kasım 2022.
- Gözübüyük AŞ, *Hukuka Giriş* (Turhan 2011).
- Hirş E, 'Hukuk Bir Bilim Kolu mudur?'(1944) 2(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19-61.
- İzveren A, *Hukuk Sosyolojisi* Hukuk Sosyolojisi (2.Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1995).
- İzveren A, *Hukuk Felsefesi* (2.Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi 1994).
- Kent B, *Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi* (Adalet 2019).

Keser-Berber L, Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık (Online Behavioral Advertising) Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması (On İki Levha Yayıncılık 2014).

Lessig L, *Code Version 2.0* (Basic Books 2006).

Lessig L, 'The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach' (1999) Harvard Law Review (113)2 501-549.

Lim YF, *Cyber Space Law* (2nd Edition, Oxford University Press 2007).

Mayer FC, 'Das Internet, das Völkerrecht und die Internationalisierung des Rechts' Zeitschrift für Rechtssoziologie (2002) 23 (Heft 1) 93-114.

Mccinerney PB, 'Information Technology/Internet' in Helmut K. Anheier and Stefan Toepler (eds), *International Encyclopedia of Civil Society* (2010) 853-858.

Memiş T, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu* (Seçkin 2002).

Merjudio FL, 'What is the difference between informatics and information technology?' <<https://www.quora.com/What-is-the-difference-between-informatics-and-information-technology>> erişim 28 Aralık 2021.

Michalsons, 'Information Law or Data Law | Overview and Solutions' <<https://www.michalsons.com/focus-areas/information-law-or-data-law-overview-and-solutions>> erişim 29 Aralık 2021.

Murray A, 'Looking Back at the Law of the Horse: Why Cyberlaw and the Rule of Law are Important' (A keynote speech delivered at the 2013 conference of the British & Irish Law, Education & Technology Association, 11 April 2013) (2013) Scripted (10)3 311-319.

Oğuz A, 'Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu' (2002) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 451-508.

Özsunay E, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, (Sulhi Garan Matbaası 1976).

Sancakdar O, 'Özelleştirmenin Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayırımına Etkileri ve Bu Bağlamda Güncel Özelleştirme Tartışmalarındaki Başlıca Görüşler' (2006) (8)1 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 241-270.

University of Maryland, 'What is Computer Science?' <<https://undergrad.cs.umd.edu/what-computer-science>> erişim 29 Aralık 2021.

Yararlanılan İnternet Siteleri

<http://fs.hacettepe.edu.tr/hukuk/Kamu%20Hukuku%20Ders%20Programlar%C4%B1/2021-2022%20G%C3%9CZ%20DERS%20PROGRAMI/Bili%C5%9Fim%20Hukuku%20Tezsiz%20YLP_05.10.2021.pdf> erişim 27 Aralık 2021.

ULAŞIM ARAÇLARINA ZİLYETLİĞİN ORTADAN KALDIRILMASI SURETİYLE EL KONULMASI

Confiscation of Vehicles by Eliminating of Possession

Batuhan Salim YEŞİLKÖY*

Özet

Ulaşım araçlarına el konulması meselesi, hukukumuzda özel olarak ele alınması gereken bir konudur. CMK’da konuya ilişkin uygulanabilecek birden fazla hüküm bulunmaktadır. Bunlardan birincisi genel olarak el koyma kararının dayanağı olanak gösterilebilecek CMK’nın 127. maddesidir. Bu maddeye göre verilecek el koyma kararı CMK’nın 123. maddesine göre zilyetliğin ortadan kaldırılması suretiyle infaz edilecektir. Konuya ilişkin uygulanabilecek ikinci CMK hükmü ise 128. maddenin dördüncü fıkrasıdır. Bu hüküm koruma tedbirleri açısından birçok hata ve zayıflık içermektedir. Öngörülen şerh usulünün koruma tedbirleri bağlamında bir kıymeti bulunmamaktadır. Bu sebeple CMK’nın 128. maddesinin dördüncü fıkrası CMK’nın 127. maddesine göre verilecek el koyma kararının önüne geçmemektedir.

5607 sayılı Kanun’un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesinde öngörülen el koyma prosedürleri CMK hükümleri ile uyum arz etmemektedir. Söz konusu hükümler koruma tedbirleri bakımından birçok çelişki ihtiva etmektedir. Bu prosedürlerin yeni birer koruma tedbiri olmadığını, Kanun Koyucunun öngördüğü özel el koyma halleri olduğunu kabul etmek gerekir.

Anahtar Kelimeler: Elkoyma, Koruma tedbirleri, Ulaşım araçları, Alıkoyma, Müsadere.

Abstract

The issue of seizure of vehicles is an issue that needs to be handled specifically in our current positive law. There are multiple provisions in the CMK that can be applied to the subject. The first of these is Article 127 of the CMK, which can be considered as the basis for the seizure decision in general. The seizure decision to be made pursuant to this article will be executed by removing the possession pursuant to article 123 of the CMK. The second CMK provision applicable to the subject is the fourth paragraph of Article 128. This provision contains many errors and weaknesses in terms of protection measures. The envisaged annotation procedure has no value in the context of protection measures. For this reason, the fourth paragraph of Article 128 of the CMK does not preclude the seizure decision to be made in accordance with Article 127 of the CMK.

➤ *Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.12.2022*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023*

* Aliğa Adliyesi Sulh Ceza Hâkimi, batuhan.yesilkoy@gmail.com, <<https://orcid.org/0000-0002-4283-0585>>

The seizure procedures stipulated in Article 10 of Law No. 5607 and Additional Article 1 of Law No. 6458 do not comply with the provisions of the CMK. These provisions contain many contradictions in terms of protection measures. It should be accepted that these procedures are not new protection measures, but are special seizure cases stipulated by the Legislator.

Key Words: Seizure, Protection measures, Vehicles, Detention, Confiscation.

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukukumuzda, koruma tedbirlerine dair genel düzenlemelerin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu¹'nda yer aldığı görülmektedir. Bu çıkarımı, “Koruma Tedbirleri” başlıklı dördüncü kısmın yer aldığı birinci kitabın başlığının “Genel Hükümler” şeklinde isimlendirilmiş olması vesilesiyle yapmaktayız. Kanun Koyucu, genel hükümler kitabı dâhilinde konumlandırılmış olduğu koruma tedbirleri kısmını altı bölüme ayırmıştır. Bu bölümlerden dördüncüsü altında düzenlenen “el koyma” koruma tedbirinin ulaşım araçları bakımından uygulaması eldeki çalışmanın inceleme konusu olarak belirlenmiştir.

Malum olduğu üzere ulaşım araçları, uzun mesafelerin daha kısa sürelerde kat edilmesi hususunda insan hayatına kolaylık sağlamaktadır. Bu sebeple, içerisinde bulunduğumuz zaman dilimi itibariyle, toplumsal düzenin vazgeçilmez bir parçası konumundadırlar. Ulaşım araçlarının hayatlarımıza bu denli entegre olmaları, bunların suç teşkil eden davranışlarla daha yoğun bir etkileşim içerisine girmelerini kaçınılmaz kılmakta ve ceza muhakemesi için önemlerini artırmaktadır. İşte ulaşım araçlarının bu kilit konumu, Kanun Koyucu tarafından bir dengeleme faaliyeti yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre; bir yandan hem mülkiyet hakkını hem de seyahat hürriyetini ilgilendiren bir koruma tedbiri uygulaması olması sebebiyle konunun bu hakların ihlal edilmemesi bakımından titizlikle ele alınması, diğer yandan da ceza muhakemesi faaliyetini devre dışı bırakacak şekilde hukuki bakımdan isabetsiz sonuçlara varılmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Yani Kanun Koyucu tarafından kurgulanacak el koyma koruma tedbiri, terazinin “özgürlük” ve “kısıtlama” kolları arasında bir denge sağlamalıdır. Bu dengenin kendisini göstereceği en kritik nokta ise, kişilerin ulaşım araçları üzerindeki zilyetliklerinin ortadan kaldırılması ya da yetkilerinin kısıtlanması meselesi olacaktır.

Pozitif hukukumuzda, ulaşım araçlarına el konulması meselesine uygulanabilir birden fazla kanun hükmünün mevcudiyeti dikkat çekicidir. CMK'nın “Arama ve Elkoyma” başlıklı dördüncü bölümünün 127. maddesinde “*Elkoyma kararını verme yetkisi*” başlığı altında el koyma kararı hakkında bir düzenleme öngörülmüş iken; “*Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma*” başlığı

¹ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu; 17/12/2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bundan sonra “CMK” ya da “Ceza Muhakemesi Kanunu” olarak anılacaktır.

altında yer alan 128. maddesinin dördüncü fıkrasında spesifik olarak ulaşım araçlarını dile getiren bir başka el koyma prosedürüne daha yer verilmiştir. Ulaşım araçlarına el konulması hakkında uygulanabilir iki kanun hükmünün mevcudiyeti önemli bir soruyu da beraberinde getirmektedir. Acaba 128. maddenin varlığı, ulaşım araçları hakkında 127. maddeye göre el koyma kararı verilmesine engel teşkil edecek midir?

Bu soruya verilecek cevap; ulaşım araçları hakkında verilen el koyma kararının ne suretle icra edileceğini, dolayısıyla kişilerin hakları ile ceza muhakemesi sürecinin sonuca varması arasındaki dengeyi belirleyecek olması bakımından oldukça önemlidir. Bu kapsamda, ilk olarak genel hatlarıyla el koyma koruma tedbiri irdelenmek suretiyle CMK'nın 127. maddesinin uygulama alanını tespit edilmeye çalışılacaktır. Zira bu şekilde genel olarak el koyma koruma tedbirinin sınırlarının aydınlatılarak CMK'nın 128. maddesinin bu sınırlar içerisindeki ya da dışarısındaki konumu daha sağlıklı bir şekilde gözlemlenebilecektir. İkinci başlık altında ise; ilk başlık altında yapılacak tespit de dikkate alınarak, CMK'nın 128. maddesi anlamlandırılmaya çalışılacaktır. Son olarak da, ilk iki başlık altında yapılan belirlemelerden faydalanılarak, konuyla ilgili hükümler ihtiva eden ve bu hükümler vesilesiyle kavram karmaşasına yol açan 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu²'nin 10. maddesi ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu³'nin Ek 1. maddesi mercek altına alınacak ve yapılan tespitler bir sonuca bağlanılacaktır.

I. CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NUN 127. MADDESİNİN UYGULAMA ALANI

Ne yazık ki, CMK'da yer alan hükümlerin el koyma koruma tedbirini layıkıyla düzenleyebildiğini ifade etmek mümkün değildir. Ayrıca bu hükümler, mantıklı bir sistematik silsile içerisinde kurgulanmamıştır. Ayrıca el koyma koruma tedbiri hakkındaki en temel hususları bile aktarmak konusunda yetersiz kalmaktadırlar. Kanun Koyucunun el koyma koruma tedbirini düzenlemekteki bu yetersizliği; el koyma koruma tedbirinin aslında Anayasal temel hak ve hürriyetler düzleminde bir sınırlandırma anlamına geldiğinin ve ortaya konacak kanun hükümlerinin bu sınırlandırmanın sınırlarını belirleyeceğinin farkında olunmadığının göstergesidir. Çünkü eğer bu farkındalıkla, yani temel hak ve hürriyetlere saygı bilinciyle hareket edilmiş olunsaydı, Anayasa'nın 13. maddesi⁴ uyarınca bu koruma tedbirinin sınırlarını kuşkuyla yer vermeyecek

² 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu; 31/3/2007 tarihli ve 26479 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bundan sonra "5607 sayılı Kanun" olarak anılacaktır.

³ 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu; 11/4/2013 tarihli ve 28615 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bundan sonra "6458 sayılı Kanun" olarak anılacaktır.

⁴ Anayasa'nın 13. maddesi şu şekildedir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde



şekilde kanuni düzlemde⁵ açıkça gözlemleyebilmek mümkün olurdu. Zira koruma tedbirleri uygulamasında kanuni anlamda yaşanacak her tereddüt, bir hak ihlaline sebebiyet verme noktasında risk teşkil etmektedir.

Güncel mevzuatımız kapsamında, el koyma koruma tedbirinin temel dayanağı CMK'nın 127. maddesidir. Yani eğer bu kanun maddesi mevcut olmasaydı, bireylerin zilyetliğinde yer alan herhangi bir malvarlığı değerine el konulması da hukuken mümkün olamayacaktı. Çünkü söz konusu madde, başlığından da anlaşılacağı üzere, el koyma kararını verme yetkisini ve bu yetkinin hangi makamlara ait olduğunu düzenlemektedir. Bir başka deyişle, ilgili makamlar el koyma kararını bu kanun maddesinin tanıdığı yetki sayesinde vermektedirler. Ancak verilecek el koyma kararının içeriği ya da amacı gibi detayların belirlenmesi bakımından herhangi bir kural içermemesi sebebiyle, el koyma koruma tedbirinin uygulama alanının tespiti konusunda 127. madde maalesef ki sınıfta kalmaktadır. Hâlbuki yetkiyi veren kanun maddesinin bu yetkinin nasıl ve hangi şartlara ya da amaca tabi olarak kullanılacağını da açıklığa kavuşturmuş olması gerekirdi. Fakat ne yazık ki, el koyma koruma tedbirine hangi durumlarda başvurulması gerektiği veya kararda ne gibi hususların yer alması gerektiği ya da kararın herhangi bir şüphe derecesi koşuluna bağlı olup olmadığı⁶ söz konusu madde kapsamında aydınlığa kavuşturulan husus-

belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

- ⁵ Ceza muhakemesi kapsamında bireylerin haklarına müdahale teşkil edecek tedbirlere hükmedilebilmesi için mutlaka bir kanuni dayanağa sahip olunması gerektiği hususunda ayrıca bkz. Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (İstanbul, 12. Bası, Beta Yayınevi, 2007) 314; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Cilt (Ankara, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2013) 430; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Cilt (İstanbul, 10. Bası, Beta Yayınevi, 2013) 310.
- ⁶ Kanunda açıklık bulunmasa da öğretide kimi yazarlar el koyma koruma tedbirinin tabi olduğu şüphe derecesi bakımından çeşitli görüşler ileri sürmüştür. El koyma koruma tedbirinin kuvvetli şüpheye tabi olduğu konusundaki görüş için bkz. Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, 2014) 420. El koyma için yeterli şüphenin bulunması gerektiğini savunan görüş için bkz. Ahmet Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma* (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi) (İzmir, Adalet Matbaacılık, 1994) 73; Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma* (Ankara, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, 2012) 164-165; Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma* (Ankara, Bilge Yayınevi, 2012) 202. Arama kararı için makul şüphenin varlığı koşul olarak düzenlendiğinden dolayı el koyma için de makul şüphe koşulunun geçerli olacağını savunan görüş için bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, 2021) 341. El koyma için makul şüphenin yeterli olduğunu ancak örgütlü suçlarda basit şüphenin yeterli olduğunu savunan görüş için bkz. Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara, Asil Yayın, 2006) 255-256; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara, 10. Baskı, Seçkin, 2006) 566. El koyma

lardan değildir⁷. Bu kapsamda, tüm bu hususları açıklığa kavuşturan somut bir kanuni düzenlemenin bir an önce hayata geçirilmesi gereklidir.

El koyma kararının amacının ve koşullarının neler olduğunu, dolaylı bir çabayla da olsa, CMK'nın 123. maddesinden anlamaktayız. Söz konusu düzenlemenin ilk fıkrasında; ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin muhafaza altına alınacağı hüküm altına almıştır. Daha sonra ikinci fıkrasında ise; yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya el konulabileceği ifade edilmiştir. Bu iki fıkranın birlikte okunması ve yorumlanması neticesinde, el koyma kararının amacının; ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin soruşturma ya da kovuşturma sona erene kadar korunması olduğunu anlamaktayız⁸. El koymanın şartları ise; el koyma kararına konu olacak eşyanın ispat aracı olarak yararlı görülmesi veya eşya ya da kazanç müsaderesinin konusunu oluş-

için basit şüphenin yeterli olduğunu savunan görüş için bkz. Veli Özer Özbek, *CMK İzmir Şerhi* (Ankara, Seçkin, 2005) 455; Doğan Gedik, “*Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Basit Elkoyma*” (2008) 2 (6) Terazi Hukuk Dergisi 74. El koyma kararı verilebilmesi için “az da olsa, şüphe sebebi” bulunması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul, 17. Bası, Beta Yayınevi, 2009) 354.

⁷ CMK'nın 127. maddesi şu şekildedir:

“*Elkoyma kararını verme yetkisi*

Madde 127 – (1) (Değişik: 25/5/2005 – 5353/16 md.) Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir.

(2) Kolluk görevlisinin açık kimliği, elkoyma işlemine ilişkin tutanağa geçirilir.

(3) (Değişik: 25/5/2005 – 5353/16 md.) Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar.

(4) Zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir.

(5) Elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir.

(6) (Değişik: 25/7/2018-7145/15 md.) Askerî mahallerde yapılacak elkoyma işlemi, Cumhuriyet savcısının nezaretinde askerî makamların katılımıyla adli kolluk görevlileri tarafından yerine getirilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle de askerî makamların katılımıyla adli kolluk görevlileri tarafından elkoyma işlemi yapılabilir.”

⁸ Aynı yönde bkz. Gökçen (dn 6) 5; Öztürk ve Erdem, (dn 6) 561; Gedik (dn 6) 68; İsmail Malkoç ve Mert Yüksektepe, *Açıklamalarla ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Birinci Cilt (Ankara, Malkoç Kitabevi, 2008) 602; Serap Keskin Kızıroğlu, “*Türk Hukuku’nda Arama ve Elkoyma*” (2008) 7 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 148; Yenisey ve Nuhoğlu (dn 6) 1246; Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller* (Ankara, Yetkin Yayınevi, 2014) 105; Özbek v.d. ‘*Muhakeme 2014*’ (dn 6) 414.

turması ve eşyayı yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmemesidir⁹. Zira eğer kişi bu eşyayı rızasıyla teslim ediyorsa el koyma kararı verilmesinin bir anlamı da yoktur¹⁰.

CMK'nın 127. maddesine göre verilecek el koyma kararının ne suretle yerine getirileceğini ise, zahmetli de olsa CMK'nın 124. maddesinin¹¹ 123. maddesiyle birlikte okunarak anlamlandırılmasıyla ortaya koymaktayız. Bu anlamlandırma vesilesiyle aslında Kanun Koyucunun el koyma koruma tedbirine tanıdığı işlev de açığa çıkarılmaktadır. CMK'nın 124. maddesinin birinci fıkrasında; el koymaya tabi eşya veya diğer malvarlığı değerlerini yanında bulunduran kişi, istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlü kılınmıştır. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması hâlinde ise aynı maddenin ikinci fıkrasında ilgili hakkında disiplin hapsi sonucu öngörülmüştür. Ancak, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler bu disiplin hapsi sonucundan müstesna tutulmuştur. Buna karşın, şüpheli ya da sanığın bu yükümlülüğe uymaması hâlinde, söz konusu malvarlığı değerine ulaşılmaması için yapılacak işlemin tam olarak ne olacağı da Kanun Koyucu tarafından açık bir şekilde cevaplanmamıştır. Bu ciddi bir eksiklik. Öyle ki, eğer el koyma kararına konu malvarlığı değeri şüpheli ya da sanık tarafından teslim edilmediği takdirde, bu malvarlığı değerleri zor kullanılarak teslim alınacaksa bu zor kullanma yetkisinin ve sınırlarının açık

⁹ Tabi ki el koyma da bir koruma tedbiri olduğundan koruma tedbirlerinin genel şartlarına tabidir. Her ne kadar mevzuatımızda bu şartlar açık kanuni zemine oturtulmamış ise de öğretide genel olarak; gecikemezlik, görünüşte haklılık ve orantılılık başlıkları altında toplanmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Yurtcan 'Ceza Yargılaması' (dn 5) 314 vd.; Öztürk ve Erdem, (dn 6) 494; Ünver ve Hakeri (dn 5) 429 vd.; Centel ve Zafer (dn 5) 311 vd.; Özbek vd. 'Muhakeme 2014' (dn 6) 279-280.

¹⁰ Kanun Koyucunun anlatımına göre, eğer kişi rızasıyla teslim ediyorsa el koyma koruma tedbiri gündeme gelmeyecek, söz konusu eşya muhafaza altına alınacaktır. Aynı yönde bkz. Gökçen (dn 6) 146; Turhan (dn 6) 253; Öztürk ve Erdem (dn 6) 561; Yurtcan 'Ceza Yargılaması' (dn 5) 355; Kunter v.d. (dn 6) 352; Gedik (dn 6) 68; Malkoç ve Yüksektepe (dn 8) 603; Osman Yaşar, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, Birinci Cilt (Ankara, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, 2011) 1311; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Birinci Cilt (İstanbul, Beta Yayınevi, 2013) 1248; Ünver ve Hakeri (dn 5) 539; Centel ve Zafer (dn 5) 386; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara, 13. Bası, Savaş Yayınları, 2014) 246; Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi*, Birinci Cilt (Ankara, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2015) 388. Bu ayrımı kabul etmeyen ve muhafaza altına alma işleminin de bir el koyma işlemi olduğu yönündeki görüş için bkz. Keskin Kızıroğlu (dn 8) 147.

¹¹ CMK'nın 124. Maddesi şöyledir:

"İstenen eşyayı vermeyenler hakkında yapılacak işlem

Madde 124 – (1) 123 üncü maddede yazılı eşya veya diğer malvarlığı değerlerini yanında bulunduran kişi, istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür.

(2) Kaçınma hâlinde bu şeyin zilyedi hakkında 60 ıncı maddede yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır. Ancak, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hüküm uygulanmaz."

bir kanuni dayanağının olması gerekir. Kanun koyucunun el koyma kararına konu olan malvarlığının zor kullanılarak teslim alınacağı yönündeki iradesi Kanun'un mevcut hâliyle yalnızca bir "ima" niteliğindedir. Bu imanın, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği gibi idari işlemlerle anlamlandırılma çabası ise kanunilik bağlamında yerinde olmayacaktır. CMK'nın 123. maddesinin ikinci fıkrasında "Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir." denilmek suretiyle; rızanın bulunmaması hâlinde Devlet'in "eli" aracılığıyla zilyedin rızası hilafına teslimin sağlanacağı ima edilmiştir. Kanun koyucu tarafından yapılan bu ima, el koyma kararının işlevini ve dolayısıyla da varlık sebebinin göstermektedir. Buna göre, CMK'nın 127. maddesine göre verilecek el koyma kararı; karara konu olacak malvarlığı değerinin şüpheli ya da sanık veya üçüncü kişinin hâkimiyet alanından çıkarılmaya Devlet eliyle zorlanması¹² işlevini yerine getirmektedir.

Gerçekten de, ceza muhakemesi faaliyeti nihayetinde maddi gerçeğe ulaşıp bir olay hakkında karar verilmeye¹³ kadar ya da en azından bir süreliğine, bazı malvarlığı değerlerinin bir kenarda tutulması icap edebilir. Çünkü bir malvarlığı değerini delil olarak incelemek vakit alabileceği gibi, sonradan yeni bilgilerin edinilmesi ihtimalinin mevcudiyetine binaen bu malvarlığı değerinin her zaman tekrar incelemeye tabi tutulmak üzere el altında bulundurulması gerekeceği özel durumlar vuku bulabilir. Ayrıca müsadereye tabi tutulacak bir malvarlığı değerinin zilyedinde kalması durumunda ortadan kaybolacağına ve yargılama sonunda ortadan kaybolan bu malvarlığı değerinin karşılığı kadar paraya da ulaşılamayacağına dair bir olasılık var ise ilgili makam bu malvarlığı değerinin zilyedin hâkimiyeti¹⁴ ile bağlantısını keserek müsadere kararının

¹² Öyle ki, el koyma koruma tedbiri öğretide, zilyedin eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin rızası dışında Devlet eliyle ortadan kaldırılması işlevi üzerinden tanımlanmaktadır. Bu yöndeki tanımlar için bkz. Turhan (dn 6) 253; Öztürk ve Erdem (dn 6) 561; Halûk Çolak ve Mustafa Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (Ankara, 2. Bası, Seçkin, 2007) 553; Kunter v.d. (dn 6) 351; Keskin Kızıroğlu (dn 8) 147; Yurtcan '*Ceza Yargılaması*' (dn 5) 355; Aldemir (dn 6) 199; Yaşar (dn 10) 1311; Ünver ve Hakeri (dn 5) 539; Yenisey ve Nuhoğlu (dn 10) 1246; Centel ve Zafer (dn 5) 386; Toroslu ve Feyzioğlu (dn 10) 246; Yurtcan '*Şerh*' (dn 10) 388; Özbek v.d. '*Ceza Muhakemesi 2021*' (dn 6) 335.

¹³ Ceza muhakemesinin, vuku bulmuş bir olay hakkında maddi gerçeğe ulaşıp hakkında hüküm tesis etme faaliyeti olduğu hakkında bkz. Yurtcan '*Ceza Yargılaması*' (dn 5) 6; Süheyl Donay, *Ceza Yargılama Hukuku* (İstanbul, Beta Yayınevi, 2010) 4; Centel ve Zafer (dn 5) 3 ve 5; Ünver ve Hakeri (dn 5) 1-2; Özbek vd. '*Muhakeme 2014*' (dn 6) 45; Devrim Aydın (dn 8) 13; Yurtcan '*Şerh*' (dn 10) 4-5.

¹⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 973. maddesinin birinci fıkrasına göre; Bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu; 08/12/2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete' de yayımlanmıştır. Zilyetlik öğretide de; eşya üzerindeki iktidar üzerinden tanımlanmaktadır. Bu tanımlar için bkz. Rona Serozan, *Eşya Hukuku*, Birinci Cilt (İstanbul, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2014) 98; Halûk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (İstanbul, 8. Bası, Onikilevha, 2020) 24.

konusuz kalmasının önüne geçmek isteyebilir. Suçların ve işleniş biçimlerinin oldukça yüksek çeşitliliğe sahip olabileceği ve bireylerin ceza almamak ya da müsadereye tabi malvarlığı değerini korumak için ceza muhakemesini sabote etmek eğilimlerinin gayet doğal oluşu dikkate alındığında böyle bir gerekliliğin ortaya çıkması çok olasıdır.

Demek ki, yürütülen soruşturma ya da kovuşturma kapsamında ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerine rastlanılırsa ve bu tür malvarlığı değerleri kişinin rızasıyla teslim edilmez ve ceza muhakemesinin sekteye uğramaması için bunların koruma altına alınması icap ederse; CMK'nın 123. ve 127. maddelerinin verdiği yetkiye dayanılarak, el koyma koruma tedbiri uygulama alanı bulacaktır. Varılan bu sonuç, koruma tedbirlerinin varlık sebebi ile de uyum içerisindedir. Ceza muhakemesi kapsamında gerçeğe ulaşılmamasının, sürecin nihayete ermesinin ve sonuçların uygulanabilir olmasının garanti altına alınması¹⁵ koruma tedbirleri vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. El koyma da bir koruma tedbiri türü olarak aynı garantinin malvarlığı değerleri üzerinden spesifik bir varyasyonunun gerçekleştirilmesini hedefler. Bu açıklamalar kapsamında CMK'nın 127. maddesinin, delil teşkil eden ya da müsadere unsuru olan malvarlığı değerlerinin bozulması ya da yok edilmesini önlemek amacıyla şüpheli veya sanık ya da üçüncü kişiler ile zilyetlik bağı koparmak için kurgulanmış ve ilgili makamlara yetki veren bir kanun normu olduğunu ifade etmek mümkündür. Bu norm, genel hüküm olması sebebiyle eğer bir istisna açık olarak öngörülmemiş ise her koşulda koruma tedbiri olarak uygulama alanı bulabilir¹⁶. Peki, el koyma kararına konu olacak malvarlığı değerinin bir ulaşım aracı olması durumunda yine CMK'nın 123. ve 127. maddeleri uygulama alanı bulabilecek midir? Yoksa Kanun Koyucu ulaşım araçları bakımından ayrı bir değerlendirme yapıp CMK'nın 123. ve 127. maddelerinin istisnası olarak özel bir el koyma türü mü kurgulamıştır?

II. CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NUN 128. MADDESİNİN ANLAMLANDIRILMASI

Bir suç şüphesiyle yürütülen soruşturmada, gelinen aşama itibariyle, soruşturmayı ya da kovuşturmayı yürüten makamın, bir ulaşım aracına el konulmasına lüzum görmesi gayet olasıdır. Zira söz konusu ulaşım aracı; ispat aracı olarak yararlı görülebileceği gibi, eşya ya da kazanç müsaderesinin konusu-

¹⁵ Aynı yönde bkz. Öztürk ve Erdem (dn 6) 493; Ünver ve Hakeri (dn 5) 427; Yurtcan 'Ceza Yargılaması' (dn 5) 313; Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Cilt (Ankara, 4. Bası, Seçkin, 2013) 216; Özbek vd. 'Muhakeme 2014' (dn 6) 279.

¹⁶ CMK'nın koruma tedbirleri kısmında düzenlenen tedbirlerin genel hüküm niteliğini taşıması sebebiyle kural olarak tüm durumlarda geçerli olacağı yönünde bkz. Faruk Yasin Turinay, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması" (2021) 70 (2) AÜHFHD 487.

nu da oluşturabilir¹⁷. Ulaşım araçlarının gerek ebatları, gerek maddi değerleri, gerekse ulaşım için kullanılmalarındaki elzem nitelikleri itibariyle alelade eşyalardan sayılamayacak olmaları, bunlara CMK'nın 123. ve 127. maddelerinin verdiği yetki kapsamında teslim zorunlu kılmak suretiyle el konulması hususunda bir çekince doğurabilir. Zira el altında muhafaza edilmeleri daha masraflı olduğu gibi, bireyin zilyetliğinden çıkarılmaları ve bu mahrumiyetin sürdürülmesi birey için diğer eşyalara göre daha olumsuz sonuçlar meydana getirebilir. Hatta bu çekinceyi ilk bakışta CMK'nın 128.maddesinin dördüncü fıkrası da destekleyebilir. Çünkü söz konusu fıkra keskin bir ifade kullanılarak; *“Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur.”* şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bu şekilde keskin bir ifadenin kullanılması, sanki mutlak bir kural düzenleniyormuşçasına; ulaşım araçları hakkında verilen el koyma kararının, yalnızca ve yalnızca bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunacağı yönünde bir yoruma ulaşılmasının önünü açmıştır. Eğer bu şekilde sadece hükmün lafzından elde edilen anlam takip edilirse, ulaşım araçları bakımından el koyma koruma tedbirinin dar bir düzenlemeyle ele alındığı ve söz konusu hüküm aracılığıyla bir istisna ilan edildiği izlenimi ortaya çıkmaktadır. Peki, bu izlenimin, hükmün lafzından öte, Kanunun özü ve ceza muhakemesi hukukunun amacı boyutunda bir karşılığı var mıdır?

Mantıklı bir akıl yürütmenin gereği olarak, bir kanun maddesinin bir konu hakkındaki genel düzenlemenin istisnası olup olmadığının tespit edilebilmesi için; öncelikle o kanun maddesinin varlık sebebini, yani anlamını aydınlatmak gerekir. Ancak ilgili hükmün anlamı tespit edildiği takdirde, hükmün sistem içindeki konumu üzerine geçerli yorumlamalarda bulunulabilir. Zira bir yasal düzenlemenin ardında yatan anlam bilinmeden, bütün içinde nasıl yorumlanması gerektiğini belirlemeye çalışmak da sağlıklı olmayacaktır. Çünkü hükmün nasıl yorumlanacağına dair bilgi hükmün anlamında saklıdır. Bu anlamı aydınlatmak için de, ilgili hükmün neden var olduğunun, bir başka deyişle hangi sebebe hizmet etmek amacıyla oluşturulduğunun sorgulanması icap eder¹⁸.

CMK'nın 128. maddesinin hedeflediği hukuki faydanın deşifre edilebilmesinin yolu kapsayıcı bir akıl yürütmeden geçmektedir. Bu analiz yapılırken öncelikle bu maddenin bir el koyma hâli¹⁹ olarak düzenlendiği gözden kaçırıl-

¹⁷ Bkz. dn. 8.

¹⁸ CMK'nın 128. maddesi Hükümet tasarısında mevcut değildi. CMK'nın 128. maddesi hakkındaki Adalet Komisyonu gerekçesi de ne yazık ki hükmün varlık sebebini aydınlatacak nitelikte bilgi ihtiva etmemektedir. Gerekçe için bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (dn 10) 1274. Söz konusu gerekçenin çevrimiçi bağlantı adresi için ayrıca bkz. dn 31.

¹⁹ Öğretide CMK'nın 128. maddesi “özel” düzenleme ya da özel bir el koyma çeşidi olarak görülmektedir. Bu yöndeki görüşler için bkz. Öztürk ve Erdem (dn 6) 562; Malkoç ve



mamalıdır. Buna göre, CMK'nın 128. maddesi kapsamında yapılacak yorumların hem koruma tedbirlerinin hem de özel olarak el koyma koruma tedbirinin tabiatı ile çelişmemesi gerektiği unutulmamalıdır. Öyle ki, bir koruma tedbiri olduğu için, hükmün varlık sebebinin; ceza muhakemesi kapsamında gerçeğe ulaşılmasını, muhakemenin nihayete ermesini ve sonuçların uygulanabilir olmasını garanti altına alma amacına hizmet etmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir. El koyma koruma tedbirinin spesifik bir görünümü olduğu için ise, hükmün amacı hakkında varılacak kanaatin; ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin soruşturma ya da kovuşturma sona erene kadar korunması amacına aykırı olmaması gerekmektedir.

Bu gerçekler akılda tutularak cevaplanması gereken ilk soru “neden” sorusudur. Elde zaten CMK'nın 123. ve 127. maddeleri varken, neden bu şekilde özel bir düzenlemeye lüzum görülmüştür? Söz konusu Kanun maddesinde göze çarpan ilk husus, belirli malvarlığı değerleri isimlerinin tek tek zikredilmiş olmasıdır. Kanun Koyucu tarafından yapılan bu özel tercih²⁰ maddenin varlık sebebine dair bir ipucu olarak değerlendirilebilir. Bu özel tercihin altında bir anlam olmalıdır. Madde kapsamında zikredilen malvarlığı değerleri, özel sicillere tabi tutulması ve bu siciller üzerinden tasarruf işlemine konu edilmele-ri²¹ noktalarında ortaktırlar. Bu ortak noktaları, CMK'nın 127. maddesine göre verilecek el koyma kararının icrası hususunda söz konusu malvarlığı değerleri bakımından bir yetersizliğe sebep olmaktadır. Çünkü CMK'nın 123. ve 127. maddeleri, verilecek el koyma kararının belirli sicillere de yansıtılmasıyla ilgili bir prosedürü açık bir şekilde öngörmemiştir. İşte bu yetersizlik, bizzat

Yüksektepe (dn 8) 616; Keskin Kiziroğlu (dn 8) 153; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara, 4. Bası, Yetkin Yayınevi, 2010) 292; Murat Aydın (dn 6) 175 ve 178; Aldemir (dn 6) 230-233; Şahin (dn 15) 275; Ünver ve Hakeri (dn 5) 544; Özbek vd. ‘*Muhakeme 2014*’ (dn 6) 416-417; Ali Parlar, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (Ankara, Bilge Yayınevi, 2014) 220; Özbek v.d. ‘*Ceza Muhakemesi 2021*’ (dn 6) 338; Selahattin Samet Bilge, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Taşınmaz, Hak Ve Alacaklara Elkonulması Koruma Tedbiri (CMK m. 128)” (2021) 34 (155) TBBD 267.

²⁰ Kanun Koyucunun bir takım malvarlığı değerlerini tek tek saymak suretiyle böyle bir özel tercih yapmış olması, 128. maddenin yalnızca bu malvarlığı değerleri bakımından uygulama alanı bulacağı yorumuna sebep olmaktadır. Zira mantık da bunu gerektirir. Ne var ki, birinci fıkranın (h) bendinde “*Diğer malvarlığı değerlerine*” şeklinde bir ifade kullanılarak mantık kuralları alt üst edilmiştir. Söz konusu bent yürürlükten kaldırılmadığı sürece, şu hâliyle hükmün lafzı itibarıyla 128. madde, belirsiz ve anlamsız bir biçimde tüm malvarlığı değerleri bakımından uygulanabilir görünmektedir. Benzer bir eleştiri için bkz. Murat Aydın, (dn 6) 181. Bir başka görüş ise, kullanılan ifadenin; her türlü olasılığın maddenin kapsamına alınması için tercih edildiğini ifade etmektedir. Bu görüş için bkz. Özbek ‘*CMK İzmir Şerhi*’ (dn 6) 477.

²¹ Örneğin, taşınmazlar tapu sicili üzerinden tasarruf işlemlerine tabi tutulmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Nomer ve Ergüne (dn 14) 115 vd. Özel siciller, aynı hakların kamuya açıklık prensibi ile yakından ilgilidir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Serozan (dn 14) 64-65.

CMK'nın 128. maddesinin varlık sebebinin teşkil ediyorsa olabilir. Çünkü bir arsanın etrafı tel örgülerle çevrilip, üzerinde bir kolluk görevlisi nöbet tutsa dahi, tapu müdürlüğünde tasarruf işlemine konu edilmesi mümkündür. Aynı şekilde bir banka hesabının kartına ya da cüzdanına el konulsa dahi, hesabın bulunduğu bankaya bu bilgi iletilmez ise hak sahibi olarak görünen kişi banka hesabı üzerindeki tasarruf işlemlerine devam edebilir. O hâlde, eğer tasarruf işlemlerine konu edilmeleri arzu edilmiyor ise, bu malvarlığı değerleri hakkında verilecek el koyma kararının tabi oldukları kayıtlar üzerinden de icra edilmesi gerekir. Bu noktada önemli bir soru daha gündeme getirilmelidir. Peki, yalnızca kayıtlı bulunulan sicile şerh verilmesiyle yetinilmesi bu hükmün varlık sebebinin yerine getirilmesini tam olarak temin edebilir mi? Bir başka ifadeyle, el koyma kararına konu edilen malvarlığı değerinin kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmesi el koyma kararının amacının yerine getirilmesini garanti eder mi?

Bu soruya cevap verilebilmesi için hükmün işlevselliğini test etmek gerekir. Ulaşım aracının kayıtlı bulunduğu sicile işletilecek el koyma şerhinin yaratacağı etkinin ne olacağı 128. madde kapsamında açık bir şekilde düzenlenmiş bir husus değildir. Söz konusu şerh malikin tasarruf yetkisini kısıtlayacak mıdır? Yoksa herhangi bir tasarruf yetkisi kısıtlama sonucu doğurmadan sadece bilgilendirme işlevini mi gerçekleştirecektir? Maddenin sekizinci fıkrasında, verilen el koyma kararının gereklerine aykırı davrananlar bakımından Bizzat bu kanun hükmünün varlığı, sicile şerh verilmiş olunmasına rağmen el koyma kararının gereğine aykırı davranılabildiğinin göstergesidir. Böyle bir madde düzenlenmiş ise, sicile şerh verilmiş olmasına rağmen el koyma kararının gereğine aykırı davranılabiliyor demektir. Eğer sicile verilen şerh mutlak manada tasarruf yetkisi kısıtlama sonucu doğuruyor olsaydı, el koyma kararının gereklerine aykırı davranılamaması gerekirdi. O hâlde, söz konusu şerhin bir tasarruf yetkisi kısıtlama sonucu doğurmayacağı ileri sürülebilir. Kaldı ki, eğer bu şerh tasarruf yetkisi kısıtlama sonucunu doğuracaksa bunun Kanun Koyucu tarafından açıkça zikredilmiş olması gerekirdi. Kanuni dayanağında açıkça belirtilmedikçe, yorum yoluyla bu şerhin tasarruf yetkisi kısıtlayıcı etkiye sahip olduğu ileri sürülemez. Anayasal alana müdahale teşkil edecek her yorumun Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca kanuni dayanağının olması gerekir. Yani söz konusu şerh prosedürünün kayda değer bir etkiye sahip olabilmesi için verilecek şerhin tasarruf yetkisi kısıtlayıcı etkiye sahip olacağının somut bir kanuni düzenlemeyle Türk pozitif hukukuna ivedilikle kazandırılması gerekir.

Öte yandan, söz konusu şerh tasarruf yetkisi kısıtlama sonucunu doğursaydı bile, koruma tedbiri olarak işlevselliğinin yine de oldukça zayıf olacağını belirtmek gerekir. Çünkü ulaşım aracının kayıtlı bulunduğu sicile tasarruf yetkisini kısıtlayan bir şerh verilse bile, söz konusu araç çeşitli yöntemlerle fiziksel olarak yok edilebilir. Bu durumda, ulaşım aracından geriye yalnızca sicildeki şerh kalır. O hâlde mevcut hâliyle ifade edilebilir ki, CMK'nın 128.

maddesi uyarınca verilecek el koyma kararı söz konusu malvarlığı değerlerinin soruşturma ya da kovuşturma sonuçlanıncaya kadar mutlak bir biçimde koruma altına alınmasını garanti edemez. Bu sebeple aslında CMK'nın 128. maddesine göre sicile ya da özel kayıtlara düşülecek şerhin bir koruma tedbiri olarak tam anlamıyla bir işlevi yoktur. Çünkü ceza muhakemesi sürecinin sonuca varmasına mutlak manada hizmet etmemektedir.

CMK'nın 128. maddesinin koruma tedbiri olarak bir başka yetersizliği de incelemeye konu hükmün ilk fıkrasında²² göze çarpmaktadır. O da, madde kapsamında verilecek el koyma kararının, ancak ve ancak eşyanın suçtan elde edilmiş olduğuna dair kuvvetli şüphenin mevcut olması, yani ileride kazanç müsaderesine konu edileceğinin değerlendirilmesi²³ durumunda gündeme gelebilecek oluşudur. Bir eşyanın ispat aracı olarak faydalı görülmesi ya da eşya müsaderesine konu olması hâlleri, CMK'nın 128. maddesi kapsamında müstakil birer el koyma sebebi olarak kabul edilmiş değildir. Bu sebeple, bir ulaşım aracı sadece ispat aracı olarak faydalı görülmesi ya da eşya müsaderesine konu olması, bu ulaşım aracı hakkında CMK'nın 128. maddesi kapsamında el koyma kararı verilmesi için tek başına yeterli değildir. Eğer ulaşım aracının madde kapsamında sayılan suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunmuyor ise; ispat aracı olarak vazgeçilmez konumda da olsa, suçta kullanıldığı sabit de olsa ulaşım araçlarına 128. maddenin dördüncü fıkrasına göre el konulması mümkün değildir. İspat aracı olarak

²² CMK'nın 128. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir:

“*Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma*

Madde 128 – (1) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait;

a) Taşınmazlara,

b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına,

c) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba,

d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara,

e) Kıymetli evraka,

f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına,

g) Kiralık kasa mevcutlarına,

h) Diğer malvarlığı değerlerine,

Elkonulabilir: Somut olarak belirlenen Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir. (Ek cümle: 21/2/2014 – 6526/10 md.) Bu madde kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir.”

²³ Malvarlığı değerlerinin suçtan elde edilmesinin kazanç müsaderesinin konusunu oluşturacağı hâllerden biri olduğu ve buna ilişkin detaylı bilgi için bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara, 6. Baskı, Seçkin, 2013) 589-591.

faydalı görülme ve suçta kullanılma hâlleri, ancak ulaşım aracının suçtan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebinin mevcut olması hâli ile birlikte mevcut olduğunda 128. madde kapsamında değerlendirilebilir. Yani bir koruma tedbiri olarak el koyma kararına ihtiyaç duyulacak durumların büyük bir kısmı 128. maddenin kapsamı dışında kalmaktadır.

Bu anlamlandırmalar ışığında, CMK'nın 128. maddesinin; belirli kayıtlara tabi olan malvarlığı değerlerinin, ileride kazanç müsadere sine²⁴ tabi tutulana kadar ilgili sicillere şerh düşülerek iyiniyetli üçüncü kişilere bilgi verilmesi için düzenlendiğini ifade etmek mümkündür. Yani CMK'nın 128. maddesi kapsamında asıl hedeflenen, bu malvarlığı değerlerinin iyiniyetli kişiler tarafından devralınmasını bilgilendirerek önlemektir. Eğer 128. maddenin dördüncü fıkrası düzenlenmeseydi, 123. ya da 127. maddede böyle bir prosedüre açıkça yer verilmemiş olduğundan ve el koyma kararının ulaşım araçlarının kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmesi suretiyle iyiniyetli üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi de mümkün olmayacaktı. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesine göre böyle bir işlemin hukuka uygun olabilmesi için ortada bir kanuni dayanağın bulunması²⁵ gerekirdi.

CMK'nın 128. maddesinin koruma tedbiri olarak bir başka yetersizliği de, bu maddeye göre verilecek el koyma kararının yalnızca ulaşım aracının şüpheli ya da sanığa ait olması²⁶ hâlinde gündeme gelecek oluşudur. Oysaki CMK'nın 131. maddesinin²⁷ birinci fıkrasında yer alan iade prosedüründen de açıkça anlaşıldığı üzere; eğer soruşturma ya da kovuşturmanın sonuca varabilmesi için

²⁴ CMK'nın 128. maddesinin amacının ileride verilecek kazanç müsadere si kararının konusuz kalmasını önlemek olduğu görüşü için bkz. Soyaslan (dn 18) 291.

²⁵ Bkz dn 5.

²⁶ CMK'nın 128. maddesi uyarınca el koyma kararı verilebilmesi için, karara konu malvarlığı değerinin şüpheli ya da sanığa ait olması gerekmektedir. Bu kural maddenin birinci fıkrasına açıkça yazılmıştır. Aynı yönde bkz. Özbek 'CMK İzmir Şerhi' (dn 6) 479; Öztürk ve Erdem, (dn 6) 571; Kunter v.d. (dn 6) 361; Çolak ve Taşkın (dn 12) 579-580; Ünver ve Hakeri (dn 5) 545; Aldemir (dn 6) 238; Parlar (dn 19) 220; Yenisey ve Nuhoğlu (dn 10) 1272; Özbek v.d. 'Ceza Muhakemesi 2021' (dn 6) 352. Karşı görüşler için bkz. Malkoç ve Yüksektepe (dn 8) 618; Kubilay Taşdemir ve Ramazan Özkepir, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Birinci Cilt (Ankara, 4. Bası, Turhan Kitabevi, 2010) 474. Kanımızca bu görüşlerde malvarlığı değerinin üçüncü kişiye ait olması ile üçüncü kişinin zilyetliğinde olması hususları birbirine karıştırılmıştır.

²⁷ CMK'nın 131. maddesinin aşağıdaki gibidir:

“Elkonulan eşyanın iadesi

Madde 131 – (1) Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadere ye tabi tutulmayacağıın anlaşılması halinde, re şen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem in reddi kararlarına itiraz edilebilir.

(2) 128 inci madde hükümlerine göre elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir.”



gerekirse, üçüncü kişilere ait malvarlığı değerlerine de el konulabilmektedir. Buna karşın CMK'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında açıkça "...şüpheli veya sanığa ait..." denilerek, üçüncü kişilere ait malvarlığı değerleri maddenin kapsamının dışında bırakılmıştır. Bu noktada ciddi bir tutarsızlığın varlığı dikkat çekmektedir. CMK'nın 128. maddesine göre verilecek el koyma kararı malvarlığı değerinin üzerindeki zilyetliğin ortadan kaldırılması suretiyle uygulanmamasına rağmen; CMK'nın 131. maddesinin ikinci fıkrasında, CMK'nın 128. maddesi uyarınca el konulan taşınmazların iadesinden bahsedilmiştir. Hatta iade sebebi olarak; "...suçtan zarar gören mağdura ait olması..." ve "... bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde..." durumlarının sayılmasıyla, bu tutarsızlığın boyutu bir kat daha artırılmıştır. Çünkü malvarlığı değerlerinin ispat aracı olarak faydalı görülmeleri ve üçüncü kişilere ait olmaları hâlleri zaten CMK'nın 128. maddesinin kapsamı dışındadır. Tüm bu tutarsızlıklar; CMK'nın 128. maddesinin koruma tedbiri olarak işlevsizliğini ispat etmekte ve bu madde yorumlanırken CMK'nın 123. ve 127. maddesine göre uygulanacak el koyma koruma tedbirini bağlayıcı yorumlar yapmaktan kaçınılması gerektiğini göstermektedir.

Koruma tedbiri olarak yetersizliklerini bu şekilde tescil ettiğimize göre, CMK'nın 128. maddesindeki prosedürün koruma tedbirlerinden farklı ve özel bir amaç için düzenlenmiş olduğu için CMK'nın 123. ve 127. maddelerini devreden kaldırmadığını²⁸ ²⁹, hatta ve hatta gerçek bir koruma tedbiri olmadığını

²⁸ Öğretide, ulaşım araçlarına; kayıtlı buldukları sicile şerh verilmek suretiyle el konulabileceği gibi bunlara fiilen de el konulabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler el koyma koruma tedbirini "Basit" el koyma ve "özel" el koyma olarak ikiye ayırmıştır. CMK'nın 123. ve 127. maddeleri ekseninde uygulanacak el koyma, basit el koyma olarak nitelenmiştir. CMK'nın 128. maddesi ise bir özel el koyma çeşidi olarak sayılmıştır. Eğer ispat aracı olarak faydalı görülmüş ya da suçta kullanılmış ise bu ulaşım aracına fiilen el konulabileceği bu görüşlerce açıkça ifade edilmiştir. Buradan da; her ne kadar açık ve sistematik olarak açıklanmamış ise de, her iki Kanun maddesinin uygulama alanlarının aynı olmadığını yazarlar tarafından farkında olduğunu anlamaktayız. Bu görüşler için bkz. Murat Aydın (dn 6) 173, 175 ve 182; Aldemir (dn 6) 230, 233, 240 ve 241. Karşı yöndeki görüş için bkz. Bilge, (dn 19) 267-268.

²⁹ Ulaşım araçları hakkında öncelikle CMK'nın 128. maddesine göre sicile şerh verilmek suretiyle el konulması gerektiği, bu şekilde verilen el koyma kararının yeterli görülmediği durumlarda CMK'nın 127. maddesine göre de el koyma kararı verilebileceğini yönündeki görüşler için bkz. Çolak ve Taşkın (dn 12) 582; Parlar (dn 19) 223. Biz bu görüşlerin katılmayı uygun bulmuyoruz. Zira CMK'nın 128. ve 127. maddesi arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi bulunmamaktadır. Detaylı olarak açıkladığımız üzere, her iki Kanun maddesinin uygulama alanı farklıdır. Bir kere, ispat aracı olarak yararlı görülen ulaşım araçları hakkında CMK'nın 128. maddesine göre el koyma kararı verilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, uygulama alanları aynı olmayan bu iki Kanun maddesi arasında bir öncelik-ilişkisinin kurulması mümkün değildir. Bir başka deyişle, ispat aracı olarak faydalı görülen ulaşım araçları bakımından yalnızca ve yalnızca CMK'nın 127. maddesine göre el koyma kararı verilebileceğinden, 128. maddenin değil önceliği, uygulama alanı dahi yoktur.

ileri sürmek mümkündür. Ceza muhakemesi hukukunun amacına³⁰ ve özüne uygun olan yorum budur. CMK'nın 128. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur.” düzenlemesi kullanılan dilin yarattığı yanılsama sebebiyle ilk bakışta sanki ulaşım araçlarını diğer malvarlığı değerlerinden ayrı ve ceza muhakemesinin dışına çıkaracak bir şekilde “istisnai” bir noktaya taşıyor gibi görülebilir. Ancak bu lafzi yanılsamayı destekleyecek hiçbir hukuki dayanak yoktur. Tüm hukuki anlamlandırmalar bu yanılsamanın aksini ispat etmektedir. Bu sebeple, bu yanılsamaya anlam yüklenilmesi mümkün değildir. Bu ikilemlerin bertaraf edilmesi adına, CMK'nın 128. maddesine göre verilecek el koyma kararının CMK'nın 127. maddesinin uygulama alanını daraltmayacağına çok açık bir kanuni düzenlemeyle ortaya konulması gerekmektedir.

III. 5607 VE 6458 SAYILI KANUNLARIN SEBEP OLDUĞU KARMAŞANIN ÇÖZÜMLENMESİ

5607 sayılı Kanun'un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde düzenlenen el koyma prosedürleri, özellikle de 5607 sayılı Kanun bakımından kullanılan “alıkoyma” ifadesi, sanki yeni bir koruma tedbiri türü düzenleniyormuş gibi bir izlenim oluşturduğundan³¹ büyük bir kavram karma-

³⁰ Nitekim Kanun Koyucunun konuya ilişkin iradesini aydınlatmakta faydalanılabilecek Adalet Komisyonu Raporu'nda; “...bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verildikten sonra; muhafazası için gerekli olması halinde, ulaşım aracının zilyedliğinin ilgili kişinin elinden alınması yoluna da gidilebilir.” denilmekle, ulaşım araçlarına CMK'nın 123. ve 127. maddeleri uyarınca da el konulabileceği açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu ifade için bkz. “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/535,1/292)” isimli ve 698 numaralı belge, (Ankara, 2004) 172. <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c066/tbmm22066026ss0698.pdf>> Erişim Tarihi: 01 Aralık 2022. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128. maddesi Türkiye Büyük Millet Meclisinin 03/12/2004 tarihli 26. birleşiminde görüşülmüş ve kabul edilmiştir. Görüşmeler sırasında ne yazık ki 128. madde özelinde ise herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Tasarının 128. maddesi okunmuş ve kabul edilmiştir. Görüşmenin ilgili kısmı 26. birleşimin tutanağında yer almaktadır. Tutanak için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi. (2004) 66 (3) 208-209. <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c066/tbmm22066026.pdf>> Erişim Tarihi: 01 Aralık 2022.

³¹ Kimi yazarlar, el koyma ile “alıkoyma” terimlerinin farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. Erhan Günay, *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ve İlgili Mevzuat* (Ankara, 4. Bası, Seçkin, 2007) 169-170; Erdener Yurtcan, *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi* (Ankara, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2013) 175-176; Mustafa Danışman, *Açıklamalı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kaçak Petrol ve Ulusal Marker* (Ankara 3. Bası, Bilge Yayınevi, 2014) 114; Seyfettin Çilesiz, *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması* (Ankara, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015) 664.



şasına³² yol açar niteliktedir. Bu kavram karmaşasını çözümlmeye başlamadan önce belirtmek gerekir ki, söz konusu kanun maddeleri sadece ve sadece özel olarak belirttikleri suçlar bakımından hüküm ifade etmektedir³³. Özel olarak belirtilen suçlar; 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesi bakımından 3., 4., 6. ve 7. maddelerinde düzenlenen suçlar³⁴, 6458 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesi bakımından ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu³⁵'nin 79. maddesinde düzenlenen

³² Yargıtayın ulaşım araçlarına el konulması ile ilgili yerleşmiş ve kavramsal açıklama içeren bir uygulaması bulunmamakla birlikte, konuya temas ettiği ve bu kavram karmaşasından nasibini aldığı kararları bulunmaktadır. Örneğin, bir Yargıtay kararında; "...5271 sayılı CMK'nın taşınmazlara, hak ve alacaklara el konulmasını düzenleyen 128. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen el koyma kararlarının sicile şerh verilmek suretiyle icra olunacağı hükme bağlanmış olup, ulaşım araçlarına fiilen el konulacağına yani alıkoymaya ilişkin ise herhangi bir atfı yapılmamış olmakla birlikte 5607 sayılı Kanun kapsamında kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında alıkoymaya ilişkin bir takım istisnalar bulunmaktadır." denilmekle, sicile şerh verilmek suretiyle el koyma kararının Yargıtay tarafından ana kural olarak görüldüğü sezilmektedir. Ancak kararın devamında bu düşünceler hakkında daha fazla açıklama yapılmamıştır. Karar için bkz. Yargıtay 12 CD, 08/06/2020, 2019/1708 E, 2020/3133 K. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12 CD, 19/11/2018, 2018/4559 E, 2018/10881 K. Yargıtay bu yaklaşımına rağmen bir kararında, 5607 sayılı Kanun kapsamında yer almayan uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma ve sağlama suçu bakımından da yaptığı değerlendirmede; sebep belirtildiği takdirde ulaşım aracına fiilen el konulabileceğini ima etmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir: "Somut olayda, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma ve sağlama suçu kapsamında el konulan kamyon iyi niyetli üçüncü kişi konumundaki davacıya ait olduğu anlaşıldıktan sonra dahi el koyma tedbirinin fiili olarak uygulanmasına devam edilmiştir. El konulan aracın fiilen alıkonulması yerine trafik siciline şerh konulmasının niçin yetersiz kaldığı, 5271 sayılı CMK'nın 128. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen el koyma kararlarının sicile şerh verilmek suretiyle icra olunacağı düzenlendiği halde, hangi gerekçe ile araca fiilen el konulduğu mahkeme kararından anlaşılammaktadır.". Karar için bkz. Yargıtay 12 CD, 09/04/2018, 2017/10055 E, 2018/4118 K. Ancak bilinçli ve kavramsal analizlere dayanmadığından tüm bu kararlar konuya ilişkin Yargıtay'ın net kanaatini ifade etmek hususunda belirleyici olmaktan uzaktır. Konuya ilişkin Bölge Adliye Mahkemeleri kararları da tatmin edici kavramsal açıklamalar içermemektedir. Hatta Bölge Adliye Mahkemesi uygulaması, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin uygulamasının tekrarından ibarettir. Örneğin, Adana Bölge Adliye Mahkemesinin bir kararında; "...Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2019/1708 esas- 2020/3133 karar sayılı kararında da belirtildiği üzere; ..." denilmekle, Yargıtayın söz konusu kararı tekrarlanmakla yetinilmiştir. Karar için bkz. Adana Bölge Adliye Mahkemesi 14 CD, 26/01/2022, 2020/4090 E, 2022/286 K. Aynı yönde kararlar için bkz. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 19 CD, 16/12/2021, 2021/671 E, 2021/2802 K; Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 9 CD, 28/10/2020, 2020/820 E, 2020/866 K; Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 2 CD, 03/03/2020, 2020/291 E, 2020/236 K.

³³ 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesinde "Bu Kanunda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara..." ve 6458 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde "Göçmen kaçaklığı suçunun işlenmesinde kullanılan araçlara..." denilerek bu husus açıkça ortaya konmuştur.

³⁴ Bu suçlar bundan sonra "kaçakçılık suçları" olarak anılacaktır.

³⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu; 12/10/2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete'de

göçmen kaçakçılığı suçudur. O hâlde, 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinin, el koyma koruma tedbiri bakımından genel hüküm niteliğine sahip olamayacağı yönündeki ilk kanıt budur. Dolayısıyla bu suçlar dışında kalan suçlar bakımından, bir önceki başlık altında varılan sonucun geçerli olduğunun, yani ulaşım araçlarına CMK'nın 123. ve 127. maddeleri uyarınca da el konulabileceğinin kabul edilmesini gerektiği gerçeği daha ilk bakışta kendini göstermektedir.

5607 sayılı Kanun'un 10. maddesinin³⁶ birinci fıkrası kaçakçılık suçlarının işlenmesinde kullanılan ulaşım araçlarına CMK'nın 128. maddesinin dördüncü fıkrasına göre el konulacağını buyurmuştur. İkinci fıkrasında ise, belirli durumlarda ulaşım aracının "alınacağı" hüküm altına alınmıştır. Fıkranın devamında, sahibinin aracın değeri kadar teminatı alıkoyma tarihinden itibaren otuz gün içinde gümrük idaresine teslim etmesi hâlinde, aracın sahibine iade edileceği düzenlenmiştir. Bu bedel yatırılmadığı takdirde, alıkonulan aracın tasfiye idaresi tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye edileceği belirtilmiştir. Dördüncü fıkrada ise; tasfiyenin satış suretiyle gerçekleşmesi hâlinde, satıştan elde edilen gelirden aracın muhafaza edilmesi ve satışı için gerekli olan bütün masraflar karşılandıktan sonra kalan miktarın, kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınacağı ifade edilmiştir.

yayımlanmıştır. Bundan sonra "TCK" olarak anılacaktır.

³⁶ 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesi aşağıdaki gibidir:

"Kaçak eşya naklinde kullanılan taşıta elkoyma

MADDE 10 – (1) Bu Kanunda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara, Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre elkonulur.

(2) 13 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamına girmesi, Türkiye'de sicile kayıtlı olmaması ya da soruşturma ve kovuşturma devam ederken, kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması halinde, elkonulan taşıt, elkoyma kararı veren mercilerce alıkonulur. Sahibinin taşıtın değeri kadar teminatı alıkoyma tarihinden itibaren otuz gün içinde gümrük idaresine teslim etmesi halinde, taşıt sahibine iade edilir. Aksi takdirde, tasfiye idaresi tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye olunur.

(3) Kaçak eşya naklinde kullanıldığı şüphesiyle fiilen gümrük idaresine veya yediyemine teslim edilmiş ve hakkında elkoyma kararı bulunmakla birlikte ikinci fıkra uyarınca alıkonulmayan taşıtlar, gümrük idaresince yapılacak tebligattan itibaren doksan gün içinde muhafaza ve diğer masraflar karşılanmak suretiyle sahibi tarafından teslim alınmaması halinde, tasfiye idaresi tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye olunur.

(4) Tasfiyenin satış suretiyle gerçekleşmesi halinde, satıştan elde edilen gelirden taşıtın muhafaza edilmesi ve satışı için gerekli olan bütün masraflar karşılandıktan sonra kalan miktar, kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınır.

(5) İkinci fıkra hükmünün uygulanmasındaki değerden, kara taşıtlarında kasko değeri; deniz taşıtlarında, tekne ve makine sigortasına esas teşkil eden değer; sigortasız taşıtlar ile hava ve demiryolu taşıtlarında ise piyasa değeri anlaşılır."



6458 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde³⁷ öngörülen prosedür ise, 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesindeki ile temel olarak aynı yöndedir. 6458 Sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde, 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesinin aksine, öngörülen prosedürü karşılamak üzere "alıkoyma" teriminin tercih edilmemiş olması ise bir farklılık olarak dikkat çekmektedir. Temel olarak aynı prosedürün düzenlendiği bir kanunda alıkoyma terimi kullanılırken, diğer kanunda bu terime yer verilmemesi ortada bir kavram karmaşasının bulunduğu ve "ulaşım aracının ancak teminat karşılığında sahibine iade edilmesi, teminat yatırılmadığı takdirde ise ulaşım aracının tasfiye edilmesi ve elde edilen paranın muhafaza edilmesi"³⁸ sürecinin kavramsal olarak aydınlatılmaya muhtaç olduğunu gösteresidir.

Her iki kanun maddesinin birinci fıkralarında da; sayılan suçlarda kullanılması hâlinde ulaşım araçlarına CMK'nın 128. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca el konulacağı düzenlenmiştir. Yine her ikisinin ikinci fıkralarında ise, sayılan özel durumların sübut bulduğunda el konulan aracın zapt edileceği belirtilmiştir. Bu şekilde ilk önce CMK'nın 128. maddesindeki şerh verilmesi prosedürünün işaret edilip, daha sonra da özel olarak sayılan bazı durumların gerçekleşmesi hâlinde ulaşım aracının zapt edileceğinin düzenlenmesi; birinci fıkranın kural, ikinci fıkranın ise istisna olduğu yönünde bir izlenime sebebiyet vermektedir. Bu izlenim de; özel olarak belirtilen bu hâller dışında zilyetliğin

³⁷ 6458 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesi aşağıdaki gibidir:

*"Göçmen kaçakçılığı suçunda kullanılan araca elkoyma
EK MADDE 1 –*

(1) Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan araçlara, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre elkonulur.

(2) Birinci fıkraya göre elkonulan aracın;

a) Soruşturma ve kovuşturma devam ederken aynı suçun işlenmesinde tekrar kullanılması,

b) Türkiye'de sicile kayıtlı olmaması,

c) Toplam yolcu sayısına göre önemli sayıda göçmen taşınırken ele geçirilmesi,

ç) Suçun işlenmesini kolaylaştıracak özel tertibatının bulunması,

hallerinden birinin varlığı durumunda, elkonulan araç sahibine iade edilmez. Bu durumda sahibinin, aracın değeri kadar teminatı elkoyma tarihinden itibaren otuz gün içinde Maliye Bakanlığına teslim etmesi halinde, araç sahibine iade edilir. Aksi takdirde, Maliye Bakanlığı tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye olunur. Tasfiyenin satış suretiyle gerçekleşmesi halinde, satıştan elde edilen gelirden aracın muhafaza edilmesi ve satışı için gerekli olan bütün masraflar karşılandıktan sonra kalan miktar, kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınır.

(3) İkinci fıkra hükmünün uygulanmasındaki değerden, kara araçlarında kasko değeri; deniz araçlarında tekne ve makine sigortasına esas teşkil eden değer; sigortasız araçlar ile hava ve demiryolu araçlarında ise piyasa değeri anlaşılır."

³⁸ Anlatım kolaylığının sağlanması adına 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde düzenlenen bu prosedürler "ulaşım aracının zapt edilmesi" ismiyle anılacaktır.

ortadan kaldırılması suretiyle ulaşım aracına el konulmasının kesinlikle mümkün olmadığı yönünde bir sonuca varılmasına yol açmaktadır. Peki, gerçekten de, ulaşım araçlarına zilyetliğin ortadan kaldırılması suretiyle el konulması sadece ve sadece özel olarak sayılan bu hâller sübut bulduğu takdirde mi mümkün olacaktır?

Bir önceki başlıkta da ortaya konulduğu üzere, ulaşım aracının; ispat aracı olarak faydalı görünmesinin ya da eşya müsaderesine tabi olmasının tek başına CMK'nın 128. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında herhangi bir sonucu bulunmamaktadır. Çünkü 128. madde, ancak ve ancak ulaşım aracının madde kapsamında sayılan suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebinin mevcut olması durumunda uygulama alanı bulabilecektir. Bu kapsamda, her iki kanun maddesinde de suçta kullanılan ulaşım araçlarına CMK'nın 128. maddesine göre el konulacağı belirtilmiş olması tek bir işlevi vardır. O da CMK'nın 128. maddesinin uygulama alanının suçta kullanılan³⁹ ulaşım araçlarını da kapsayacak şekilde genişletilmiş olmasıdır. Yani eğer pozitif hukukumuzda 5607 sayılı Kanun'un 10. Maddesi ve 6458 sayılı Kanun'un Ek 1. Maddesi olmasaydı, sadece kaçakçılık suçlarında kullanılmış olmaları bu ulaşım araçlarına CMK'nın 128. maddesine göre el konulması için yeterli olamayacaktı. Çünkü CMK'nın 128. maddesinde sayılan suçlardan elde edildiklerine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebinin de bulunması gerekecekti.

Bu durum, yani her iki kanun maddesinin birinci fıkrasında da ulaşım araçlarının sadece suçta kullanılmaları bakımından CMK'nın 128. maddesine atıf yapılmakla yetinilmiş olması göz önüne alındığında; suçun işlenmesinde kullanılmayıp, ulaşım araçlarının ispat aracı olarak faydalı görülmesi ihtimalinin kapsam dışında bırakılması ciddi bir yetersizlik olarak dikkat çekmektedir. Peki, ulaşım araçlarının ispat aracı olarak faydalı görülmesi ihtimalinin birinci fıkraların kapsamı dışında bırakılması Kanun Koyucunun bilinçli bir tercihi olup da, söz konusu kanun maddelerinin ikinci fıkraları ispat aracı olarak faydalı görülen ulaşım araçları bakımından bu yetersizliğin olumsuz sonuçlarının önüne geçmek için mi kurgulanmıştır? Çünkü her iki maddenin ikinci fıkrasında da, sanki bir istisna ortaya koyuluyormuş gibi, bir takım özel durumlar sayılmış ve eğer ancak bu durumlar mevcut ise ulaşım aracının sahibine iade edilmeyeceği buyrulmuştur. Sayılan bu durumlar⁴⁰ ulaşım araçlarının ispat ara-

³⁹ Suçta kullanılan eşyaların eşya müsaderesine tabi olacağı ve şartları hakkında bkz. Koca ve Üzülmöz (dn 23) 586-588.

⁴⁰ 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesinde özel olarak sayılan durumlar; Türkiye'de sicile kayıtlı olmaması, soruşturma ve kovuşturma devam ederken kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması hâlleridir. Ancak 10. Maddede "13 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamına girmesi..." denildiği için, ulaşım aracının; kaçak eşyanın suçun

cı olarak faydalı görüldüğü hâller midir ki; bunlar özel olarak zikredilmiş ve ulaşım aracının zapt edilmesi sonucuna bağlanmıştır?

Suçun işlenmesinde kullanılan ulaşım aracının Türkiye’de sicile kayıtlı olmamasının ispat aracı olarak faydalı görülmesiyle hiçbir bir ilgisi yoktur. Türkiye’de sicili kayıtlı olmayan bir aracın teminat karşılığında sahibine iade edilmesinin yegâne sebebi, ancak ileride verilebilecek müsadere kararının konusuz kalmasını engellemek olabilir. Ulaşım aracının; toplam yolcu sayısına göre önemli sayıda göçmen taşınırken ele geçirilmesi ya da soruşturma ve kovuşturma devam ederken aynı suçun işlenmesinde tekrar kullanılması ve suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içermesinin de ispat aracı olarak faydalı görülmesi durumuyla bir ilgisi yoktur. Bu hâller daha ziyade fiilin ağırlığı ile ilgilidir ki; bu husus Kanun Koyucunun cezalandırma amacını açık etmektedir. O hâlde, Kanun Koyucu tarafından sayılan bu durumların hiçbiri ulaşım aracının ispat aracı olarak faydalı görülmesiyle ilgili değildir. Kaldı ki, ulaşım aracının sahibine iadesinin teminat ile mümkün kılınması da, özel olarak sayılan durumların ulaşım aracının ispat aracı olarak faydalı görülmesiyle ilgili olmadığını göstergesidir. Zira eğer bu sayılan durumlar ulaşım aracının ispat aracı olarak faydalı görülmesi ihtimaline ilişkin olsaydı; teminat karşılığında sahibine iade edilmesi yerine, ulaşım aracının ispat faaliyeti nihayete erinceye kadar bir kenarda muhafaza edilmesi gerekirdi.

Demek oluyor ki; her iki Kanun maddesinde belirtilen el koyma prosedürünün de ulaşım araçlarının ispat aracı olarak faydalı görülmesiyle, yani CMK’nın 123. ve 127. maddeleriyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 5607 sayılı Kanun’un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesi, CMK’nın 123. ve 127. maddeleri uyarınca zilyetliğin ortadan kaldırılması suretiyle yapılacak el koyma işlemine istisna teşkil etmemektedir. O hâlde, 5607 sayılı Kanun’un 10. Maddesi ve 6458 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesinde belirtilen suçlarda kullanılmış ve ikinci fıkralarda sayılan durumlar gerçekleşmemiş olsa bile, bir ulaşım aracının ispat aracı olarak faydalı görülmesi ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturması durumunda; bu ulaşım aracı hakkında CMK’nın 123. ve 127. maddeleri uyarınca el koyma kararı verilebilecektir. Verilen bu el koyma kararı, ulaşım aracı üzerindeki zilyetliğin ortadan kaldırılması suretiyle vuku bulacaktır.

işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması hâlini de 10. madde kapsamında değerlendirmek gerekir. 6458 sayılı Kanunun Ek 1. maddesi kapsamında özel olarak sayılan durumlar ise; Soruşturma ve kovuşturma devam ederken aynı suçun işlenmesinde tekrar kullanılması, Türkiye’de sicile kayıtlı olmaması, Toplam yolcu sayısına göre önemli sayıda göçmen taşınırken ele geçirilmesi, Suçun işlenmesini kolaylaştıracak özel tertibatının bulunması hâlleridir.

Bu açıdan bakıldığında; 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde düzenlenen ulaşım aracının zapt edilmesi işleminin koruma tedbiri niteliğinin de aydınlatılmaya muhtaç olduğu anlaşılmaktadır. Şu hâliyle ikinci fıkralarda düzenlenen zapt etme işlemleri, yalnızca ileride verilebilecek eşya müsaderesi kararlarının bir kısmının⁴¹ konusuz kalmasını engelleyebilecek işleve sahiptir. Bu açıdan öngörülen bu zapt etme prosedürleri, CMK'nın 128. maddesinde öngörülen şerh verme işleminden sadece bir kademe daha etkin görünmektedir. Zira tasarruf yetkisi sınırlama sonucunu dahi doğurmayan bir şerh ile yetinmek yerine, bir de ulaşım aracının değeri kadar paranın muhafazası sağlanarak bir adım daha öteye geçilmektedir.

Öte yandan söz konusu kanun maddeleri, özel olarak belirtilen suçlarla ve durumlarla sınırlı olmak üzere; soruşturma ve kovuşturma makamlarına takdir yetkisi tanımayan, hatta emir niteliğinde bağlayıcı bir idari prosedür niteliğinde görünmektedir. Bu şekilde emredici bir prosedürün öngörülmüş olması, açıkçası, koruma tedbirlerine yabancı bir durumdur. Zira koruma tedbirlerine başvurulup başvurulmayacağına muhakemesini soruşturma ve kovuşturma makamlarının takdiri⁴² dâhilindedir. Eğer şartlar oluşmuş ise koruma tedbirlerine hükmedilmekte, eğer şartlar sağlanmamış ise koruma tedbirleri uygulanmamaktadır. Öyleyse, suçta kullanılan ulaşım aracına eğer lüzum görüldüğü takdirde zaten 123. ve 127. madde ya da 128. maddeye göre el koyma kararı verilebileceği hâlde, neden bazı durumlarda geçerli olmak üzere bu şekilde ayrı ve emredici prosedürler öngörülmüştür?

İlk bakışta, suçta kullanılan ulaşım araçlarına el konulmasında bazı suçlar bakımından araç sahibine "güvence" teşkil etmesi için bu şekilde soruşturma ve kovuşturma makamlarını bağlayan bu prosedürlere yer verilmiş olduğu düşünülebilir. Çünkü eğer bu prosedürler hiç düzenlenmemiş olsaydı, CMK'nın 132. maddesinin 6. fıkrasına uyarınca delil olarak saklanmasına gerek kalması hâlinde, rayiç değerinin derhâl ödenmesi karşılığında, ulaşım aracı ilgiliye teslim edilip edilemeyeceği soruşturma ve kovuşturma makamlarının takdir yetkisindeydi. Kanun Koyucu bazı suçlar bakımından bu takdir yetkisini ortadan kaldırmak istemiş olmalı ki; 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinde saydığı durumlarda araç sahibine böyle bir imkânın tanınması zorunlu kılınmıştır. Ancak, teminatın belirli bir

⁴¹ Bir malvarlığı değerinin suçun işlenmesinde kullanılması, eşya müsaderesi kararının verileceği hâllerden sadece bir tanesidir. TCK'nın 54. maddesinin birinci fıkrasına göre; suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın da müsaderesine hükümlenir. Ayrıca yine aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre; Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyalar da müsadere edilir.

⁴² Nitekim CMK'daki koruma tedbirlerine ilişkin hükümler incelendiğinde, her daim; "verebilir", "yapılabilir" gibi ifadeler kullanıldığı görülmektedir.



sürede ödenmemesi hâlinde ulaşım aracının tasfiye edileceğinin öngörülmüş olması; araç sahibine tanınan bu imkân ile çelişmekte ve araç sahibine tanınan bir güvenceden ziyade müsadere kararının konusuz kalmaması için “garanti” niteliğinde görünmektedir. Çünkü el konulan ulaşım aracı, söz konusu tasfiye prosedürü öngörülmeseydi, CMK’nın 132. maddenin birinci fıkrasında belirtildiği üzere, sadece ve sadece; zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı hâlinde elden çıkarılabilecekti. Oysaki 5607 sayılı Kanun’un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesi kapsamında, araç sahibinin aleyhine olan bu elden çıkarma prosedürü teminatın ödenmemesi durumunda bir zorunluluk hâline getirilmiştir. Bu açıdan bakıldığında da; Kanun Koyucunun bazı durumları çok önemseydiği ve bu durumlarda müsadere kararının konusuz kalmaması için emredici bir el koyma prosedürü öngörerek, hiç olmazsa aracın bedelinin müsadere kararının konusuz olmasını garanti altına almayı hedeflemiş olduğu düşünülebilir.

Her halükarda, 5607 sayılı Kanun’un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesi kapsamında öngörülen prosedürler; kaçakçılık suçlarında kullanılan ulaşım araçlarına el konulmasında uygulanması zorunlu tutulan birer özel hüküm niteliğindedir. Yani 5607 sayılı Kanun’un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesinde özel olarak sayılan hâller gerçekleştiği takdirde söz konusu prosedürler işletilecek, bu özel hâllerin dışındaki ihtimallerde ise CMK’nın 123. ve 127. maddelerine dayanılarak el koyma kararı verilebilecektir. O hâlde, 5607 sayılı Kanun’un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesinde öngörülen “alıkoyma” ya da “sahibine iade etmeme” işlemleri kesinlikle yeni birer koruma tedbiri türü değildir. Çünkü temel olarak el koyma koruma tedbiri ile aynı özellikleri taşımakta ve el koyma koruma tedbirinin emredici bir formu görünümündedirler.

Bu noktada, 5607 sayılı Kanun’un 13. maddesinin, aynı Kanun’un 10. maddesinde öngörülen el koyma prosedürü bakımından yarattığı bir çelişki de dikkat çekmektedir. 5607 sayılı Kanun’un 13. maddesinde⁴³ sayılan üç du-

⁴³ 5607 sayılı Kanun’un 13. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Müsadere

MADDE 13 – (1) Bu Kanunda tanımlanan suçlarla ilgili olarak 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müsadereğine ilişkin hükümleri uygulanır. Ancak kaçak eşya taşınmasında bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir:

- a) Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması.*
- b) Kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması.*
- c) Taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye’ye girmesi veya Türkiye’den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması.*

rum dışında, kaçakçılık suçlarında kullanılan ulaşım araçları hakkında müsadere kararı verilmesi mümkün değildir⁴⁴. Ne var ki, 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesinde sayılan özel durumlar ile 13. maddesinde sayılan özel durumlar örtüşmemektedir⁴⁵. Buna göre, 10. maddede sayılan; Türkiye'de sicile kayıtlı olmama ve soruşturma ve kovuşturma devam ederken kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılma hâllerinde, 13. maddenin delaletiyle, müsadere kararı verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bu iki durum gerçekleştiğinde ulaşım araçlarının zapt edilmesi ve teminat prosedürünün işletilmesi, el koyma koruma tedbirinin amacı ile bağdaşmamaktadır. Çünkü ulaşım aracı ne ispat aracı olarak faydalı görülmektedir, ne de müsadere kararına konu olacaktır. O hâlde, Kanun Koyucu bu iki durumu müsadere sonucuna bağlamadığı için, teminat olarak alınan ya da tasfiye satış ile gerçekleşmiş ise elde edilen değer olarak paranın kovuşturma sonunda mutlaka sahibine iade edilmesi gerekir.

Ayrıca 5607 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre, suçta kullanılan ulaşım araçları hakkında müsadere kararı verilebilecek hâllerden iki tanesi de, 10. maddenin kapsamının dışında kalmaktadır. Yine bu husus da 10. maddede yer alan zapt etme prosedürünün bir koruma tedbiri olarak işlevselliğinin zayıf olduğunu ortaya koyan bir başka delildir. Zira söz konusu hâllerde ulaşım araçlarının ceza muhakemesi bakımından akıbetinin ne olacağı Kanun Koyucu tarafından hesap edilememiştir. Buna göre, 13. maddede sayılan; kaçak eşyanın taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin bu aracın kullanılmasını gerekli kılması ve taşıma aracındaki kaçak eşyanın Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması hâllerinde ise pekâlâ CMK'nın 123. ve 127. maddelerine göre el koyma kararı verilebileceğini kabul etmek doğru olacaktır. Sırf 10. maddede sayılmamış olmaları, bu hâllerde eğer lüzum görülüyorsa CMK'nın 123. ve 127. maddelerine göre el koyma kararı verilmesinin yasaklandığı anlamına gelmemektedir. Zira ceza muhakemesinin sonuca ulaşması için söz konusu hâllerde de el koyma kararı verilmesi gerekiyorsa, bunun mümkün olduğunu kabul etmek koruma tedbirlerinin tabiatına uygun olan yorum olacaktır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, Kanun Koyucunun koruma tedbiri kavramının farkındalığından uzak ve bilinçsiz bir şekilde kurguladığı 5607 sayılı Ka-

(2) *Etkin pişmanlık nedeniyle fail hakkında cezaya hükmolunmaması veya kamu davasının düşmesine karar verilmesi, sadece suç konusu eşya ile ilgili olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez.*"

⁴⁴ Maddenin lafzı itibariyle, suçta kullanılmayıp da sadece kazanç müsaderesine tabi olan ulaşım araçları hakkında bu kural uygulama alanı bulmayacaktır.

⁴⁵ Ne yazık ki bu çelişki bu zamana kadar kimsenin dikkatini çekmemiştir.

nun'un 10. maddesinin⁴⁶⁴⁷ ve 6458 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinin⁴⁸ tam bir

⁴⁶ Kanun Koyucunun bu maddede kurguladığı prosedürün bilinçsiz olduğu sonucuna; bu noktaya kadar yaptığımız açıklamalar, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Tasarısı, bu Tasarı hakkındaki Adalet Komisyonunun hazırladığı rapor ve söz konusu maddenin görüşüldüğü bileşime ait tutanak vesilesiyle varmaktayız. 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesi, tasarının 9. maddesinde yer almaktadır. Gerekçesi ise tek cümleden ibarettir. Bu gerekçe şu şekildedir: “Maddede, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen el koyma kararlarının bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunacağı yönündeki düzenlemeye uygun olarak kaçak eşya naklinde kullanılan taşıtlara el konulması usulü düzenlenmiştir.”. Tasarının 9. maddesinin gerekçesi için bkz. “Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Tasarısı; Niğde Milletvekili Orhan Eraslan ile Van Milletvekili Mehmet Kartal’ın; 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bir Ek Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Van Milletvekili Yekta Haydaroglu’nun; Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa Bir Madde Eklenmesi ile İlgili Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/1240,2/403,2/644)” isimli ve 1275 sıra sayılı belge (Ankara,2007) 2. <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c150/tbmm22150077ss1275.pdf>> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

⁴⁷ Adalet Komisyonunun madde hakkındaki değerlendirmesi de ne yazık ki pek farklı değildir. Oysaki tasarının bazı kısımları Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmiştir. Ancak konu ile ilgili açıklamanın yetersizliğinden bu değişikliğin de bilinçsizce yapıldığını anlamaktayız. Adalet Komisyonunun madde ile ilgili açıklaması şu şekildedir: “Tasarının 9 uncu maddesinin (Alt Komisyonca kabul edilen 11 inci maddenin) ikinci fıkrasında yer alan “Sahibinin yabancı olması” ibaresi “Türkiye’de sicile kayıtlı olmaması” olarak Alt Komisyonca değiştirilmiş, bu değişiklik Komisyonumuzca da benimsenmiştir. Çünkü, sicile kayıtlı olan deniz taşıtları açısından önemli olan, sahiplik ilişkisi değil, taşıtın kayıtlı olduğu gemi sicilinin hangi ülkede bulunduğuudur. Keza, söz konusu fıkra metninde; araçta, kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibatın varlığı halinde de, sicile şerh suretiyle elkoyma yerine, fiili olarak elkoyma yoluna gidilebilmesini sağlayacak değişiklik, Komisyonumuzca yapılmıştır. Ayrıca, alıkonulan aracın değeri kadar bir teminat gösterilme süresi olarak ikinci fıkrada öngörülen yirmi günlük sürenin, bankalardan teminat mektubu alınmasındaki işlemlerin uzun süreceği düşüncesiyle, yeterli olmayabileceği kabul edilerek, “yirmi” ibaresi “otuz” olarak değiştirilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında geçen “karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortasına esas değer” ibaresi, “kasko değeri” olarak değiştirilmiştir. Alt Komisyon tarafından 11 inci madde olarak teselsül ettirilen madde, yapılan bu değişikliklerle 10 uncu madde olarak kabul edilmişti.”. Adalet Komisyonunun bu açıklaması aynı belgenin 15. sayfasında yer almaktadır. Kanun maddesine dair meclis görüşmelerinde de herhangi bir objektif hukuki değerlendirmeye ne yazık ki yer verilmemiştir. Yani meclis görüşmelerden Kanun Koyucunun amacını öğrenememekteyiz. Görüşmenin ilgili kısmı 77. birleşime dair tutanakta yer almaktadır. Tutanak için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi (2007) 150 (5) 371-373. <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c150/tbmm22150077.pdf>> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

⁴⁸ Bu madde açısından da Kanun Koyucunun kurguladığı prosedürün bilinçsiz olduğu sonucuna; bu noktaya kadar yaptığımız açıklamalar ve söz konusu maddenin görüşüldüğü bileşime ait tutanak vesilesiyle varmaktayız. Bu kanun maddesi; 29/04/2017 tarihli ve 30052 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, 690 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 7. maddesi ile 6458

kavram karmaşasına yol açtığı ve hukuki fayda doğurmaktan uzak olduğunun altı çizilmelidir. Özel olarak sayılan durumların ceza muhakemesi hukuku kapsamında ayrı bir noktaya taşınmayı gerektirecek bir önemi ya da durumu kesinlikle bulunmamaktadır. Kaldı ki CMK’da mevcut el koyma prosedürü ve bu prosedür kapsamında hak sahiplerine tanınan imkânlar dâhilinde pekala kaçakçılık suçları bakımından da çözüm üretilmesi mümkündür. 5607 sayılı Kanun’un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesinin koruma tedbirleri bakımından sebep olduğu kavram karmaşasının yarattığı olumsuz yanılsamaların bertaraf edilmesi için görünen tek yol söz konusu Kanun maddelerinin yürürlükten kaldırılmasıdır. Zira söz konusu kanun maddeleri genel olarak koruma tedbirleri ve özel olarak da el koyma koruma tedbiri hakkında uygulama ve öğretide doğru bilinen birkaç hususu da unutturacak niteliktedir.

SONUÇ

Koruma tedbirleri ceza muhakemesi faaliyetinin gerçeğe uygun bir şekilde sonuca varabilmesi ve verilen kararların uygulanabilir olması için kurgulanmış kanuni enstrümanlardır. El koyma da bu koruma tedbirlerinden bir tanesidir. Bu koruma tedbiri malvarlığı değerleri üzerinde soruşturma ya da kovuşturma makamlarının hakimiyet kurmasını sağlamak suretiyle ceza muhakemesinin sonuca varabilmesini spesifik bir şekilde hedefler. Ceza muhakemesinin sonuca varabilmesi için malvarlığı değerleri üzerinde hâkimiyet kurulması gereken hâller, malvarlığı değerlerinin ispat aracı olarak yararlı görülmesi ve eşya ya da kazanç müsaderesinin konusunu oluşturması hâlleridir. Bu durumlarda söz konusu malvarlığı değerleri el koyma kararına tabi tutulabilecektir. Bu kararın pozitif hukukumuzdaki dayanağı CMK’nın 127. maddesidir. Eşya üzerinde kurulacak hâkimiyetin ne suretle sağlanacağını bize gösteren kanun hükmü ise CMK’nın 123. maddesidir. Ancak ne yazık ki Kanun Koyucunun buradaki iradesi bir imadan ibarettir. Kanun maddesinde yer alan “*Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.*” ifadesinden, el koyma kararının; karara konu malvarlığı değeri üzerindeki zilyetliğin ortadan kaldırılması suretiyle uygulanacağını anlamaktayız. Burada, rızayla teslim edilmeyen eşyanın kişiden zor kullanılarak alınacağını ve kullanılacak zor kullanma yönteminin detaylarının açıkça Kanun Koyucu tarafından düzenlenmesi gerekirdi.

sayılı Kanuna eklenmiştir. Ayrıca Anayasa İchtüzüğü’nün 128. maddesine göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı tarafından doğrudan Genel Kurul gündemine alındığı için hakkında Adalet Komisyonu Raporu bulunmamaktadır. Söz konusu maddenin görüşüldüğü bileşimde öngörülen prosedür hakkında herhangi bir objektif hukuki değerlendirme ya da açıklama yapılmamıştır. Görüşmenin ilgili kısmı 54. birleşimine dair tutanakta yer almaktadır. Tutanak için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi (2018) 63 (3) 50. <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c063/tbmm26063054.pdf>> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.



El koyma kararına konu olacak malvarlığı değerinin bir ulaşım aracı olması ihtimalinde ise akla gelen ilk kanun maddesi CMK'nın 128. maddesidir. İhtiva ettiği hükümler gereği, söz konusu kanun maddesinin koruma tedbirleri bakımından isabetsiz sonuçlara varabilecek yorumlamalara sebebiyet verdiği görülmektedir. Tüm bu olumsuz sonuçların bertaraf edilmesi adına CMK'nın 128. maddesinin sağlıklı bir anlamlandırma faaliyetine tabi tutulması gerekmektedir. Bu faaliyet koruma tedbirlerinin, özellikle de el koyma koruma tedbirinin tabiatı hatırd tutularak yürütülmeli ve yapılacak yorumlar bu eksene oturtulmalıdır.

Ulaşım araçları hakkında CMK'nın 128. maddesi uyarınca verilecek el koyma kararı, maddenin kendi çizdiği sınır gereği, dar bir uygulama alanına sahiptir. Buna göre, 128. maddenin gündeme gelebilmesi için mutlaka ve mutlaka karara konu olacak ulaşım aracının maddede sayılan suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Verilecek kararın infazı ise, ilgili sicile şerh verilmek suretiyle yerine getirilecektir. İspat aracı olarak faydalı görülen ve eşya müsaderesine konu malvarlığı değerleri kapsam dışında kaldığı gibi, öngörülen şerh verme yöntemi söz konusu malvarlığı değerlerinin koruma altına alınmasını kesin manada sağlayamamaktadır. CMK'nın 128. maddesinin yegâne varlık sebebi; suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin iyiniyetli üçüncü kişilere devredilmesini ve bu kişilerin mağdur olmasını önlemektir. Çünkü verilecek şerhin tasarruf yetkisi kısıtlama sonucunu doğurup doğurmayacağı kanun metninde açıkça belirtilmemiştir. Hâl böyleyken 128. maddenin, kendi varlık sebebinin de aşacak bir şekilde, 127. maddenin uygulanmasının ulaşım araçları bakımından sınırlandırmasına dayanak gösterilmesi mümkün değildir. Böyle bir yorum ceza muhakemesinin bir sonuca varması amacına engel teşkil eder. Buna göre, şartları olduğu takdirde 128. maddenin uygulanması, 123. ve 127. madde uyarınca el koyma kararı verilmesine de engel teşkil edemeyecektir.

5607 sayılı Kanun'un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesi kapsamında öngörülen prosedürler, kavram karmaşasına sebep olacak niteliktedir. Hukukumuzda "alıkoyma" isminde ayrı bir koruma tedbiri yoktur. Bu kanun maddelerinde düzenlenen prosedürler, el koyma koruma tedbirinin yalnızca birer görünümünden ibarettir. Ancak düzenleniş biçimleri ve özellikle ilgili makamlara takdir yetkisi tanımayacak şekilde emredici bir üslup kullanılmış olunması itibariyle koruma tedbirleri ile uyumsuzluk arz etmektedirler. Kanun Koyucunun söz konusu düzenlemeleri hayata geçirirken amaçladığı hususların neler olduğunu aydınlatmaya yetecek veri bulunmamaktadır. Ayrıca söz konusu kanun maddelerinin ulaşım araçları bakımından el koyma koruma tedbirinin uygulamasını daraltıcı bir şekilde yorumlanması mümkün değildir. Zira söz konusu prosedürlerin ispat aracı olarak faydalı görülen ve kazanç müsaderesini oluşturacak ulaşım araçları bakımından bir uygulama alanı yoktur.

Öte yandan, kaçakçılık suçlarında kullanılan ulaşım araçları bakımından ise söz konusu prosedürlerin işlevselliği yeterli değildir.

Özellikle de 5607 sayılı Kanun'un 13. maddesinde kaçakçılık suçlarında kullanılan ulaşım araçlarının yalnızca ve yalnızca üç hâlde müsaderesine karar verileceğinin düzenlenmesi ve bu üç hâlin el koyma prosedürünü düzenleyen 10. maddedeki üç hâl ile örtüşmemesi oldukça eleştiriye açık bir durumdur. 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesi kapsamında öngörülen prosedürlerin tutarsızlıkları ve koruma tedbirlerinin tabiatı ile arz ettiği uyumsuzluk, bu prosedürlerin CMK'nın 123. ve 127. maddesine göre verilecek el koyma kararının önüne geçecek bir şekilde yorumlanmaması gerektiğinin kanıtıdır.

Ceza muhakemesi hukukumuzdaki el koyma koruma tedbirine dair düzenlemelerin bir araya toplanarak daha açık ve tutarlı bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Zira bu şekilde hem bireylerin malvarlığı değerleri üzerindeki haklarının ihlal edilmesinin hem de ceza muhakemesinin sonuca ermesinin engellenmesinin önüne geçilmiş olunacaktır. Böyle bir toparlama faaliyeti hayata geçirilinceye kadar ise; 5607 sayılı Kanun'un 10. maddesi ve 6458 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesi yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Ahmet Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma* (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi) (İzmir, Adalet Matbaacılık, 1994).

Ali Parlar, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (Ankara, Bilge Yayınevi, 2014).

Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara, 10. Baskı, Seçkin, 2006).

Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Cilt (Ankara, 4. Bası, Seçkin, 2013).

Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller* (Ankara, Yetkin Yayınevi, 2014).

Doğan Gedik, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Basit Elkoyma" (2008) 2 (6) Terazi Hukuk Dergisi 67-82.

Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara, 4. Bası, Yetkin Yayınevi, 2010).

Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (İstanbul, 12. Bası, Beta Yayınevi, 2007).

Erdener Yurtcan, *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi* (Ankara, 2. Bası, Adalet Yayınevi, 2013).



Erdener Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi*, Birinci Cilt (Ankara, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2015).

Erhan Günay, *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ve İlgili Mevzuat* (Ankara, 4. Bası, Seçkin, 2007).

Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara, Asil Yayın, 2006).

Faruk Yasin Turinay, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması*” (2021) 70 (2) AÜHFD 475-542.

Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhuğlu, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Birinci Cilt (İstanbul, Beta Yayınevi, 2013).

İsmail Malkoç ve Mert Yüksektepe, *Açıklamalarla ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Birinci Cilt (Ankara, Malkoç Kitabevi, 2008).

Halûk Çolak ve Mustafa Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (Ankara, 2. Bası, Seçkin, 2007).

Halûk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (İstanbul, 8. Bası, Onikilevha, 2020).

Hüsnü Aldemir, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma* (Ankara, Bilge Yayınevi, 2012).

Kubilay Taşdemir ve Ramazan Özkepir, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Birinci Cilt (Ankara, 4. Bası, Turhan Kitabevi, 2010).

Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara, 6. Baskı, Seçkin, 2013).

Murat Aydın, *Arama ve Elkoyma* (Ankara, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, 2012).

Mustafa Danışman, *Açıklamalı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kaçak Petrol ve Ulusal Marker* (Ankara 3. Bası, Bilge Yayınevi, 2014).

Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara, 13. Bası, Savaş Yayınları, 2014).

Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Cilt (İstanbul, 10. Bası, Beta Yayınevi, 2013).

Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhuğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul, 17. Bası, Beta Yayınevi, 2009).

Osman Yaşar, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, Birinci Cilt (Ankara, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, 2011).

Rona Serozan, *Eşya Hukuku*, Birinci Cilt (İstanbul, Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2014).

Selahattin Samet Bilge, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Taşınmaz, Hak Ve Alacaklara Elkonulması Koruma Tedbiri (CMK m. 128)” (2021) 34 (155) TBBD 261-294.

Serap Keskin Kızıroğlu, “Türk Hukuku’nda Arama ve Elkoyma” (2008) 7 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143-162.

Seyfettin Çilesiz, *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması* (Ankara, 3. Bası, Adalet Yayınevi, 2015).

Süheyl Donay, *Ceza Yargılama Hukuku* (İstanbul, Beta Yayınevi, 2010).

Veli Özer Özbek, *CMK İzmir Şerhi* (Ankara, Seçkin, 2005).

Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, 2021) (Muhakeme 2021).

Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, 2014). (Muhakeme 2014).

Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Cilt (Ankara, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2013).

Çevrimiçi Kaynaklar

“Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/535,1/292)” isimli ve 698 numaralı belge, (Ankara, 2004), <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c066/tbmm22066026ss0698.pdf>> Erişim Tarihi: 01 Aralık 2022.

“Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Tasarısı; Niğde Milletvekili Orhan Eraslan ile Van Milletvekili Mehmet Kartal’ın; 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bir Ek Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Van Milletvekili Yekta Haydaroğlu’nun; Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa Bir Madde Eklenmesi ile İlgili Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu (1/1240,2/403,2/644)” isimli ve 1275 sıra sayılı belge (Ankara 2007), <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c150/tbmm22150077ss1275.pdf>> Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

Resmî Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/> (Çalışmada alıntılanan tüm mevzuat hükümlerine bu kaynaktan erişilmiştir.).

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, (2004) 66 (3), <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c066/tbmm22066026.pdf>> Erişim Tarihi: 01 Aralık 2022.



Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi (2007) 150 (5). <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c150/tbmm22150077.pdf>>
Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi (2018) 63 (3), <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c063/tbmm26063054.pdf>>
Erişim Tarihi: 02 Aralık 2022.

UYAP (Çalışmada alıntılanan tüm yargı kararları sadece meslek içi erişim sağlanabilen bu uygulamadan edinilmiştir.)

KAMU HUKUKU

- HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARI VE DISİPLİN SORUŞTURMALARINA ETKİSİNE DAİR BİR DEĞERLENDİRME**
An Assessment on Deferment of the Announcement of the Verdict and its Effects on Disciplinary Investigations
İbrahim KESKİN
- ULUSLARARASI HUKUKUN ÜÇ YÜZÜ: ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM**
Three Faces of International Law: A Critical Approach
Atahan DEMİRKOL
- 7405 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE KAMU YARARINA ÇALIŞAN SPOR KULÜPLERİ**
Sports Clubs Working for the Public Benefit within the Framework of Law No. 7405
Onur KAPLAN
- BİR NORM ÇATIŞMASI ÖRNEĞİ: VERGİ USUL KANUNU VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU**
A Norm Conflict Example: Tax Procedure Law and Personal Data Protection Law
Pınar NUR, Oytun CANYAŞ
- ÖZGÜRLÜK VE HAK KAVRAMLARININ ÇATIŞAN DOĞASI: ÖZGÜRLÜK HAKKI VE HAK ÖZGÜRLÜĞÜ GÖRÜŞLERİ**
The Conflicting Nature of the Concepts of Freedom and Rights: Opinions of the Right of Freedom and the Freedom of Right
Murat ATAN; Emre EKİNCİ; İlker KARAKOYUNLU
- II. MEŞRUTİYET DÖNEMİ ve KANUN-I ESÂSÎ: SİYASAL SİSTEM TARTIŞMALARI EKSENİNDE BİR İNCELEME**
Constitutional Monarchy II and Kanun-ı Esâsî: An Analysis in the Context of the Political System Discussions
Fatma SARIASLAN
- ALMANYA'DA YÜRÜTMENİN DÜZENLEME YETKİSİ**
Regulatory Authority of the Executive in Germany
İhsan Deniz AY
- DOĞAL HUKUKUN POZİTİF HUKUKLA İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA SOKRATES'İN ÖLÜMÜ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**
An Evaluation on the Death of Socrates in the Context of Natural Law's Relationship to Positive Law
Ekin MERKİT

ÖZEL HUKUK

- YAPAY ZEKÂNIN ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNA ÜYELİĞİ VE ÜYELİKTEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ**
Evaluation of the Membership of Artificial Intelligence to the Board of Directors of the Incorporated Company and its Responsibility Arising from Membership
Salih KARADENİZ
- SINAI MÜLKİYET KANUNU BAKIMINDAN GELENEKSEL ÜRÜN ADLARI VE BU ADLAR ÜZERİNDEKİ KORUMANIN NİTELİĞİ**
Traditional Specialities Guaranteed According to Code of Industrial Property and Nature of the Protection
Selin ÖZDEN MERHACI
- TÜRK BORÇLAR KANUNU MADDE 417 BAĞLAMINDA İŞÇİNİN KİŞİLİĞİNİN KORUNMASI**
Protection of the Worker's Personality within the Scope of Turkish Code of Obligations Article 417
Osman UYAROĞLU
- KISMI SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİYLE ÇALIŞANLARIN HAFTA TATILI HAKKI**
Weekly Rest in Part-Time Employment Contracts
Miraç Şamil PEKŞEN
- MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**
Evaluation of International Commercial Arbitration in terms of the Elements of Due Process Rights
Furkan ŞAHİN
- HUKUKUN BAĞIMSIZ BİR ALANI OLARAK BİLİŞİM HUKUKU**
Informatics Law as an Independent Branch of Law
Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL
- ULAŞIM ARAÇLARINA ZİLYETLİĞİN ORTADAN KALDIRILMASI SURETİYLE EL KONULMASI**
Confiscation of Vehicles by Eliminating of Possession
Batuhan Salim YEŞİLKÖY

