



ERCİYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ **HUKUK** FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XVIII • SAYI: 1 • YIL: 2023 ISSN: 1306-3839 E-ISSN: 2822-3012



CİLT: XVIII
SAYI: 1
YIL: 2023



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ





ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XVIII

SAYI: 1

YIL: 2023

NİSAN - 2023

KAYSERİ

SAHİBİ (Owner)

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına

Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL (Dekan)

SORUMLU MÜDÜR (Responsible Manager)

Sultan KİBAR (Fakülte Sekreteri)

| | |
|--|--|
| <u>HABERLEŞME ADRESİ</u> ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 38039 / MELİKGAZI- KAYSERİ | <u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000 <u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62 <u>E-MAIL</u> : eruhukukdergisi@gmail.com <u>ISSN</u> : 1306-3839 <u>E-ISSN</u> : 2822-3012 <u>Basım Tarihi:</u> NİSAN 2023 |
|--|--|

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

Dizgi ve Mizanpaj

Tezmer

Baskı

Tezmer Matbaası, MELİKGAZI/ KAYSERİ

AMAÇ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukuk alanında ve hukukla bağlantılı alanlarda özgün ve bilimsel çalışmalarla ulusal düzeyde literatüre katkıda bulunmayı amaçlar.

KAPSAM

Kamu hukuku ve özel hukuk alanında özgün ve bilimsel araştırma makaleleri, karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, kitap incelemeleri ve çeviriler, dergimizin yayın kapsamına girmektedir.

YAZIM KURALLARI

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Nisan sayısı için 31 Ocak; Ekim sayısı için 30 Temmuz tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi veya eruhukukdergisi@gmail.com mail adresine gönderilmesi gereklidir.

2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku ve özel hukuk alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.

3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, İngilizce, Fransızca ve Almanca çalışmalara da yer verilmektedir. Çalışmalar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir çalışmada, öncelikle Türkçe ve İngilizce başlık, yazar isimleri, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 kelimeden oluşan özet bulunmalıdır. Özetler, Türkçe ve İngilizce zorunlu olmak üzere, tercih edilmesi halinde bunlara ilaveten Almanca ve/veya Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri ile hazırlanmış olmalıdır. Ayrıca çalışmayı tam olarak ifade edebilecek beşer anahtar kelimeye özet kısımlarının altında Türkçe ve İngilizce olarak yer verilmelidir. Yazarların unvanlarını, Orcid ID numaralarını, mail adres-

lerini, görev yaptıkları kurumları, yazar isminin olduğu yere yıldızlı dipnot konulmak suretiyle dipnotta göstermeleri gerekmektedir.

4.Yayınlanmak üzere gönderilen makalenin metin kısmında, Türkçe başlık 11 punto altında İngilizce başlık gelecek şekilde olmalı, Türkçe başlık dışında geri kalan kısım Times New Roman 11 punto, satır aralığı 1,15 olmalıdır. Dipnotlar metin altında Times New Roman karakterinde 9 punto, satır aralığı tek olmalıdır ve 0,6 asılı, paragraf sonrası 3 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 50 sayfadan fazla olmamalıdır.

5.Makaleler “The Chicago Manual of Style (17th Edition, Notes and Bibliography)” atıf ve referans sistemi esas alınarak hazırlanmalıdır. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir. Makalelerde metin altı (dipnot) atıf usulü tercih edilmeli, metin içi atıf yapılmamalıdır. Atıf yapılan eser ve kaynakların, makalenin yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakça, makalenin sonunda yer almalıdır. Kaynaklar Latin alfabesi ile yazılmış olmalı, verilmiş şekli, doğruluğu ve ulaşılabilirliğine özen gösterilmelidir.

Atıf yapılacak kaynaklar ve kaynakça aşağıdaki gibi hazırlanmalıdır:

Atıf Örnekleri:

Tek Yazarlı Kitap

Ad Soyad, Eser Adı (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlı yılı), sayfa numarası.

-İlk Gösterim

İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 65.

-Sonraki Gösterimler

Özgenç, Türk Ceza Hukuku, 69.

İki veya Üç Yazarlı Kitaplar

Ad Soyad (ilk yazar), Ad Soyad (ikinci yazar) ve Ad Soyad (üçüncü yazar), Eser Adı (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayım yılı), sayfa numarası.

-İlk Gösterim

Nurettin Bilici ve Begüm Dilemre Öden, Vergi Hukuku Uygulamaları (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 73.

-Sonraki Gösterimler

Bilici ve Öden, Vergi Hukuku, 85.

Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap

Ad Soyad (ilk yazar) vd., Eser Adı, (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayım yılı), sayfa numarası.

-İlk Gösterim

Veli Özer Özbek vd., Açıklamalı – Şematik Pratik Çalışma Kitabı – II, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020), 110.

-Sonraki Gösterimler

Özbek vd., Açıklamalı-Şematik, 163.

Çeviri Kitap

Dipnot numarası. Ad Soyad, Eser Adı, çev. Ad Soyad (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayım yılı), sayfa numarası.

Lev Nikolayeviç Tolstoy, Savaş ve Barış, çev. Leyla Soykut (İstanbul: İletişim Yayınları, 2022), 55.

Editörlü Kitaptan Bir Bölüm

Bölüm yazarının adı soyadı, “Bölüm Başlığı”, içinde Kitap Adı, ed. Ad Soyad, (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayım yılı), sayfa numarası.

-İlk Gösterim

Sedat Durmuşkaya, “Sermaye Piyasalarında Düzenleyici Kurumlar”, içinde Sermaye Piyasaları ve Finansal Kurumlar, ed. Ferudun Kaya, (İstanbul: Beta Basım, 2019), 79.

-Sonraki Gösterimler

Durmuşkaya, “Sermaye Piyasalarında”, 82.

Basılı veya Elektronik Makale

Ad Soyad, “Makalenin Başlığı”, Dergi Adı, Cilt/Sayı (Yıl): Sayfa numarası. (Elektronik makalede virgül konularak URL eklenip nokta ile tamamlanır.)

-İlk Gösterim

Selman, Özdan, “Reform of the United Nations Security Council”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 6/1 (2011): 320

-Sonraki Gösterimler

Özdan, “Security Council”, 10.

İnternet Adresi

Dipnot Numarası, Ad Soyad (varsa), “web sayfasının başlığı”, (Erişim Tarihi), URL.

“Avrupa Miras Günleri 2018”, (Erişim Tarihi 09.10.2020), <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-222670/avrupa-miras-gunleri-2018.html>.

Lisansüstü Tez

Ad Soyad, “Tez Başlığı” (Tez Türü, Yayınlandığı Üniversite Adı, Yılı), Sayfa Numarası.

-İlk Gösterim

Numan Doğan, “Sermaye Piyasası Kanunu’nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2020), 102.

-Sonraki Gösterimler

Doğan, "Sermaye Piyasası", 98.

Mahkeme Kararları

Mahkemenin Adı, Karar Tarihi, Esas Numarası, Karar Numarası, Erişim Kaynağı, Erişim Tarihi, (Online Erişim değilse yayın adı, tarih, sayı ve sayfa numarası).

-İlk Gösterim

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 11.04.2016, E. 2013/2154, K. 2016/529, www.google.com.tr, 01.02.2019.

-Sonraki Gösterimler

Y.10. D., K. 2016/529.

Kaynakça Örnekleri

Tek Yazarlı Kitap

Soyad, Ad. Eser Adı. Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayım yılı. Varsa URL veya (DOI numarası).

Özgenç, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021

İki veya Üç Yazarlı Kitaplar

Soyad, Ad (ilk yazar), Ad Soyad (ikinci yazar). Eser Adı. Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayım yılı.

Bilici, Nurettin ve Begüm Dilemre Öden. Vergi Hukuku Uygulamaları. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.

Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap

Soyad, Ad (ilk yazar) vd. Eser Adı. Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayım yılı.

Özbek, Veli Özer vd. Açıklamalı – Şematik Pratik Çalışma Kitabı – II Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Çeviri Kitap

Soyad, Ad. Eser Adı, Çeviren Ad Soyad, Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayın yılı.

Tolstoy, Lev Nikolayeviç. Savaş ve Barış, Çeviren Leyla Soykut, İstanbul: İletişim Yayınları, 2022.

Editörlü Kitaptan Bir Bölüm

Bölüm yazarının Soyadı, Adı, “Bölüm Başlığı”. İçinde Kitap Adı, editör Ad Soyad, sayfa aralığı. Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayın yılı.

Durmuşkaya, Sedat, “Sermaye Piyasalarında Düzenleyici Kurumlar”. İçinde Sermaye Piyasaları ve Finansal Kurumlar, ed. Ferudun Kaya, 79-95. İstanbul: Beta Basım, 2019.

Basılı veya Elektronik Makale

Soyad, Ad. “Makalenin Başlığı”. Dergi Adı. Cilt/Sayı (Yıl): Sayfa aralığı. (Elektronik makalede virgül konularak URL eklenip nokta ile tamamlanır.)

Özdan, Selman. “Reform of the United Nations Security Council”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 6/1 (2011): 315-335.

İnternet Adresi

Ad Soyad (varsa) veya Web site yayıncısı, “Web sayfasının başlığı”, (Erişim Tarihi), URL

Kültür ve Turizm Bakanlığı, “Avrupa Miras Günleri 2018”, (Erişim Tarihi 09.10.2020), <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-222670/avrupa-miras-gunleri-2018.html>.

Lisansüstü Tez

Soyad, Ad. “Tez Başlığı”. Tez Türü, Yayımlandığı Üniversite Adı, Yılı.

Doğan, Numan. "Sermaye Piyasası Kanunu'nda Dzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2020.

Mahkeme Kararları

Mahkeme Adı. K. Karar Numarası (Karar Günü Ayı Yılı). (varsa) Erişim Adresi

(Online Erişim değilse yayın adı, tarih, sayı ve sayfa numarası).

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi. K. 2016/529 (11.04.2016).
www.google.com.tr.

6. Yayınlanmak üzere gönderilecek çalışmalar Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış olarak dergiye gönderilmelidir. Word programındaki otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Ana başlıklar, özet, abstract, giriş, sonuç ve kaynakça büyük harflerle ve kalın puntolu, diğer başlıklar ise sadece baş harfi büyük olacak şekilde kalın puntolu yazılmalıdır. Dergimize gönderilen makalelerin başlıkları düzeni aşağıda gösterilen şekilde olmalıdır.

Başlıkları Düzeni

(Makale Başlığı)

(İngilizce Makale Başlığı)

(Yazar

Unvanı, Adı Soyadı)

ÖZET

Anahtar Kelimeler:

ABSTRACT

Keywords:

GİRİŞ

I. BİRİNCİ ANA BAŞLIK

A. Birinci Alt Başlık

B. Birinci Alt Başlık

1. İkinci Alt Başlık

a. Üçüncü Alt Başlık

aa. Dördüncü Alt Başlık

bb. Dördüncü Alt Başlık

b. Üçüncü Alt Başlık

2. İkinci Alt Başlık

II. İKİNCİ ANA BAŞLIK

A. Birinci Alt Başlık

B. Birinci Alt Başlık

SONUÇ

KAYNAKÇA

7. Yazarların makale dosyasını dergi mailine gönderirken, çatışma beyanı, yazarların katkı oranı beyanı (birden fazla yazar olması halinde) ve varsa destek-teşekkür beyanlarını ayrı bir dosya halinde imzalı bir şekilde iletmeleri gerekmektedir.

Örnek beyan:

Tek Yazarlı Makalelerde;

Çıkar Çatışması: Makalenin yazar/yazarları, çalışma kapsamında herhangi bir kişisel ve finansal çıkar çatışması olmadığını; çalışma ile ilgili herhangi bir kurum, kuruluş, kişi ile mali çıkar çatışması bulunmadığını bildirir ve taahhüt ederim.

Teşekkür/Finansal Destek:

İmza

Birden Fazla Yazarlı Makalelerde;

Araştırma Katkı Payı Oranı: Örneğin iki yazarlı bir makalede yarı yarıya (%50/%50)

Çıkar Çatışması: Makalenin yazar/yazarları, çalışma kapsamında herhangi bir kişisel ve finansal çıkar çatışması olmadığını; çalışma ile ilgili herhangi bir kurum, kuruluş, kişi ile mali çıkar çatışması bulunmadığını bildirir ve taahhüt ederiz.

Teşekkür/Finansal Destek:

İmza

İmza

8. Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmaların şekli ve içerik yönünden denetimini yapmış oldukları ve bu şekliyle "yayıma" hazır verdikleri kabul edilir.

YAYIN POLİTİKASI

GENEL İLKELER

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAK-BİM tarafından taranan, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide, hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu çalışmalar hakem incelemesine sunulmaz. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.

Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

Dergimizde yayımlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.

Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.

Derginin basılı formatları, Hukuk Fakültesi kütüphanelerine ücretsiz olarak gönderilir.

DEĞERLENDİRME ve YAYIN SÜRECİ

Makalelerin Dergiye Teslimi: Dergimizde yayınlanması istenen çalışmaların Nisan ayında çıkan sayı için 31 Ocak; Ekim ayında çıkan sayı için 30 Temmuz tarihine kadar eruhukukdersisi@gmail.com e-mail adresine gönderilmesi gerekmektedir.

Ön İnceleme Aşaması: Dergi mailine iletilen çalışmalar, dergi yazım kurallarına uygunluğu açısından yayın komisyonunca ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Editör kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade

edilir. Yedi günlük n inceleme sürecini olumlu Şekilde tamamlayan çalışmalar, makale konusu ile ilgili editöre iletilmektedir.

Hakem Atanma Süreci: n inceleme sürecini olumlu bir Şekilde tamamlayan makaleler ile ilgili hakem belirleme ve atama sürecine geçilir. Hakem belirleme ve atama süreci 60 gün içerisinde tamamlanır. alıŐmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı iki (kr) hakeme değerlendirme için gönderilir.

Hakem Değerlendirme Süreci: Hakemlere değerlendirme için 20 gün normal süre, 20 gün ek süre verilmektedir.

Hakemlerin “doğrudan (bu haliyle) yayınlanabilir” Şeklinde rapor verdiği çalışmalar dergimizce yayınlanmaktadır.

Hakemlerin “düzeltmelerden sonra yayınlanabilir” Şeklinde rapor verdiği çalışmalar için, yazar(lar)a değerlendirmeler iletilerek düzeltmelerin yapılması istenmektedir. Yazar(lar)a düzeltmelerin yapılması amacıyla 20 gün süre verilir.

Hakemlerden bir tanesinin “yayınlanamaz” Şeklinde rapor vermesi halinde, diğer hakemin yayınlanabilir raporu vermesi Şartıyla, alıŐma üçüncü bir hakeme gönderilmektedir.

Hakemlerin her ikisinin “yayınlanamaz” Şeklinde rapor vermesi halinde, çalışma yazara iade edilmekte ve yayın sürecinden çıkarılmaktadır.

Makale değerlendirme sürecinin makalenin gönderildiği sayıda tamamlanamaması halinde yazarlara e-posta yoluyla bilgi verilir. Yazarların bir sonraki sayı için sürece devam edilmesini kabul etmeleri halinde sonraki sayı için sürece devam edilir.

ETİK İLKELER

Yazarlara İlişkin İlkeler:

Yazarların gönderdikleri çalışmalar özgün olmalı, daha önce yayınlanmamış olmalıdır. Yazarlar, çalışmanın halihazırda başka bir dergide değerlendirme aşamasında olmadığını beyan etmelidir.

Çalışmada adı geçen tüm yazarlar, çalışmadaki deneysel tasarıma ve uygulanmasına ya da verilerin analizi ve yorumlanmasına katkıda bulunmuş olmalıdır.

Yazarların yayınlanan makalelerinde önemli bir hata olduğunu fark etmeleri halinde editör kurulunu bilgilendirmeleri gerekmektedir.

Yazarlar, Etik kurul onayı gerektiren çalışmalar için etik kurul onayını dergiye sunmalıdır. Araştırmada "Etik Kurul Onayı" alınması gerekli ise; Etik Kurul onayına ilişkin bilgiler (etik kurulun adı, onay belgesinin numarası ve tarihi) makalede belirtilmelidir.

Editörlere İlişkin İlkeler:

Dergi bünyesindeki görevli editörler ve editör yardımcıları, her türlü önyargıdan uzak, objektif ve tarafsız bir şekilde görevlerini yerine getirmekle mükelleftir.

Dergi bünyesindeki görevli editörler ve editör yardımcıları, görevlerinin gerektirdiği ölçüde gizlilik içerisinde hareket etmekle mükelleftir.

Dergi bünyesinde görevli editörler ve editör yardımcıları, dergi'ye ilişkin her türlü iş ve işlemde tam iş birliği içerisinde hareket eder. Dergi bünyesinde adil görev dağılımı yapılması iş birliğinin özünü oluşturmaktadır.

Hakemlere İlişkin İlkeler:

Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir.

Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır.

Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kişkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.

Değerlendirme süreci sırasında çıkar atışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör kuruluna bildirilmelidir.

Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.

DANIŞMA KURULU (Advisory Board)

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

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

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

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

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

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

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KURULU (Editorial Board)

- Prof. Dr. Osman İSFEM - FernUniversität in Hagen, Almanya
Prof. Dr. Murat DOĞAN – Erciyes Üniversitesi, Türkiye
Prof. Dr. Şafak NARBAY – Sakarya Üniversitesi, Türkiye
Prof. Dr. Yücel OĞURLU – İstanbul Ticaret Üniversitesi, Türkiye
Prof. Dr. Ayhan DÖNER – Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Türkiye
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER – İstanbul Ticaret Üniversitesi, Türkiye
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA – Akdeniz Üniversitesi, Türkiye
Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL – Erciyes Üniversitesi, Türkiye
Prof. Dr. Cengiz GÜL – Erciyes Üniversitesi, Türkiye
Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ – Erciyes Üniversitesi, Türkiye

BAŞ EDİTÖR (Editor in Chief)

Prof. Dr. BURAK ADIGÜZEL

EDİTÖRLER (Editors)

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Prof. Dr. Cengiz GÜL

Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL

Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ

Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan AYDIN

Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY

YABANCI DİL EDİTÖRLERİ (Language Editors)

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Dr. Öğr. Üyesi Aydın ALBER YÜCE

Dr. Öğr. Üyesi Harun Mirsad GÜNDAY

TEKNİK EDİTÖR (Technical Editor)

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa UYANIK

EDİTÖR YARDIMCILARI (Editors Assist.)

Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ SEZGİN

Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK MELEZ

Arş. Gör. Şüheda Nur APAYDIN

Arş. Gör. Alı YEŞİLYURT DURAN

Arş. Gör. Alperen POLAT
Arş. Gör. Rumeysa İSPİR
Arş. Gör. Zeynep AYAR BİRKİN
Arş. Gör. Muhammed Esat EMEK
Arş. Gör. Numan DOĞAN
Arş. Gör. Alihan ÇELİK

İÇİNDEKİLER*

Özel Hukuk

KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASI KAPSAMINDA
KURUMA YERLEŞTİRME VE KURUMDAN ÇIKARMA KARARI VE BU
KARARLARA KARŞI BAŞVURULABİLECEK YOLLAR..... 3

Prof. Dr. Murat DOĞAN / C. Savcısı Burak YAKAN

ELEKTRONİK AÇIK ARTIRMA SURETİYLE SATIŞTA ARTIRMA
AŞAMASI.....47

Dr. Mustafa Okur

İNGİLİZ MODERN ÇAĞDA: HAKSIZ FİİLLER HAKARET VE ÖZEL
BİLGİLERİN KÖTÜYE KULLANILMASI KAPSAMINDA İNTERNET
ORTAMINDA GERÇEKLEŞEN İTİBARI ZEDELEME ÖRNEKLERİ..... 113

Dr. Ayten Ordu

Kamu Hukuku

* Dergideki eser sıralamaları makale kabul tarihlerindeki akademik unvan ve soyisim alfabetik sırası esas alınarak yapılmaktadır.

HİNT OKYANUSU'NDA DENİZ ALANLARI SINIRLANDIRMASI:
ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN SOMALİ-KENYA KARARI
HAKKINDA BAZI GÖZLEMLER 141

Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU

ULUSLARARASI BİLDİRİLER ÇERÇEVESİNDE HAYVAN HUKUKU
İNCELEMESİ..... 169

Arş. Gör. Buse Duru / Doç. Dr. Selman Özdan

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRK ANAYASA
MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİREYSEL BAŞVURUDA
ÖZERK YORUM..... 199

Dr. Öğr. Üyesi Ufuk Ramazan ÇAKMAK

“USÛL-İ CEZÂİYYE TEDKİKATI” ADLI MAKALE BAĞLAMINDA İSMAİL
RATİB BEY’İN KADİM MEDENİYETLERİN CEZA MUHALEMESİ
HUKUKU HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 227

Dr. Müge VATANSEVER ÖZTÜRK

6183 SAYILI AATUHK m. 110 KAPSAMINDA KAMU ALACAĞININ
TAHSİLİNE ENGEL OLMA SUÇU 283

Arş. Gör. Seda Yağmur SÜMER

DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİ İLE LAİKLİK ÇERÇEVESİNDE DİYANET
İŞLERİ BAŞKANLIĞI'NIN HUKUKİ STATÜSÜ..... 337

Arş. Gör. Sümeyye ULUSOY

ÇEVRESEL ETKİ DEĞERLENDİRME SÜRECİNE KATILIMDA HUKUKİ
ESASLAR VE ALMANYA UYGULAMASI 373

Av. Giray AKPINAR

CONTENTS*

Private Law

THE DECISION TO RESERVE AND REMOVE FROM THE INSTITUTION WITHIN THE SCOPE OF RESTRICTION OF LIBERTY FOR PROTECTION AND METHODS AGAINST THESE DECISIONS..... 3

Prof. Dr. Murat DOĞAN / Public Prosecutor Burak YAKAN

AUCTION PHASE IN ELECTRONIC AUCTION SALES.....47

Dr. Mustafa Okur

IN THE ENGLISH MODERN AGE: EXAMPLES OF DAMAGE TO REPUTATION ON THE INTERNET UNDER THE TORTS OF DEFAMATION AND MISUSE OF PRIVATE INFORMATION..... 113

Dr. Ayten Ordu

Public Law

MARITIME AREA DELIMITATION IN THE INDIAN OCEAN: SOME OBSERVATIONS ON THE SOMALIA-KENYA JUDGMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE 141

Assoc. Prof. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU

ANALYSIS OF ANIMAL LAW IN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL DECLARATIONS 169

Res. Asst. Buse Duru / Assoc. Prof. Dr. Selman Özdan

* The order of the works in the journal is based on the alphabetical order of the academic title and surname-name on the date of acceptance of the article.

AUTONOMOUS INTERPRETATION IN INDIVIDUAL APPLICATION IN THE FRAMEWORK OF THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT 199

Assist. Prof. Dr. Ufuk Ramazan ÇAKMAK

THE EVALUATION OF İSMAİL RATİB BEY'S OPINIONS ON THE LAW OF CRİMİNAL PROCEDURE OF ANCİENT CİVİLİZATİONS IN THE CONTEXT OF THE ARTİCLE TİTLED “USÛL-İ CEZAIYYE TEDKİKATI” 227

Dr. Müge VATANSEVER ÖZTÜRK

THE CRİME OF PREVENTİNG THE COLLECTİON OF PUBLİC CLAİMS WİTHİN THE SCOPE OF AATUHK NO. 6183 ART. 110 283

Res. Asst. Seda Yağmur SÜMER

THE LEGAL STATUS OF THE PRESİDENCY OF RELİGİOUS AFFAİRS WİTHİN THE FRAMEWORK OF FREEDOM OF RELİGİON AND CONSCİENCE AND SECULARİSM..... 337

Res. Asst. Sümeyye ULUSOY

LEGAL PRİNCİPLES FOR PARTİCİPATİON IN THE ENVİRONMENTAL İMPACT ASSESSMENT PROCESS AND GERMAN PRACTİCE..... 373

Advoc. Giray AKPINAR..... 373

Özel Hukuk / Private Law

KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASI KAPSAMINDA KURUMA YERLEŞTİRME VE KURUMDAN ÇIKARMA KARARI VE BU KARARLARA KARŞI BAŞVURULABİLECEK YOLLAR

*The Decision to Reserve and Remove from The Institution within The
Scope of Restriction of Liberty for Protection and Methods Against
These Decisions*

Prof. Dr. Murat DOĞAN*
C. Savcısı Burak YAKAN**

ÖZET

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, bir gerçek kişinin, belirli zayıflık hallerinin varlığı halinde ihtiyaç duyduğu kişisel korunmanın sağlanması amacıyla iradesine karşı veya iradesi olmaksızın

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, E-posta: murat.dogan@erciyes.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-5428-5254.

** Cumhuriyet Savcısı, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, E-posta: yakanburak@gmail.com, ORCID-ID: orcid.org/0000-0002-3115-9597.

Makale Geliş Tarihi: 02.08.2022

Makale Kabul Tarihi: 28.10.2022

⇒ Atıf Şekli: Murat Doğan ve Burak Yakan, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kapsamında Kuruma Yerleştirme ve Kurumdan Çıkarma Kararı Ve Bu Kararlara Karşı Başvurulabilecek Yollar”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18/1 (2023): 3-46.

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



bir kuruma yerleştirilmesi veya bulunduğu kurumda alıkonulmasıdır. Bu tedbir, gerçek kişiler hakkında uygulanır.

Bir vesayeti tedbiri olarak koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanabilmesi için zorunlu şartlardan biri de kısıtlanacak kişinin yerleştirileceği elverişli bir kurumun bulunmasıdır. Kurumun bulunmaması veya bulunmakla beraber elverişli olmaması halinde yerleştirme kararı verilemez.

Kurum kavramının kapsamına, kişinin iradesine karşı veya iradesi bulunmaksızın hareket serbestisinin hissedilebilir ölçüde sınırlandırılarak kişisel korunmasının sağlandığı, hastane, bakımevi, yurt, rehabilitasyon merkezleri veya klinik gibi yerler girmektedir.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumundan beklenen amacın gerçekleştirilmesi, kişinin ihtiyaç duyduğu tedavi, eğitim, ıslah veya bakımı sağlamaya elverişli kurumlar sayesinde mümkün olur. Bu sebeple, sözü edilen kurumların hem fiziki hem de hukuki yapılarının pozitif hukuk düzenlemesiyle belirlenmesi gerekir.

Kurum, organizasyon yapısı, personel kapasitesi ve benzeri özellikleri ile kişinin ihtiyacı olan tedavi, eğitim, ıslah veya bakımı kişiye özgü olarak esaslı bir şekilde sağlamaya yetecek düzeyde olması halinde elverişli kabul edilir. Kurumun, kişinin kolaylıkla ayrılmasını engelleyici güvenlik önlemlerini haiz olması da gerekir.

Kısıtlanan kişinin kuruma yerleştirilmesine ve kurumdan çıkarılmasına ilişkin kararlara karşı itiraz yoluna başvurmak mümkündür. İtiraz hakkında yerleştirme kararı verilen kişi tarafından yapılabileceği gibi onun yakınları tarafından da yapılabilir.

İtiraz denetim makamına (asliye hukuk mahkemesine) yapılmalıdır. Denetim makamının kararına karşı ise istinaf yoluna başvurmak mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, kuruma yerleştirme, elverişli kurum, kurumdan çıkarma, itiraz

ABSTRACT:

Restriction of freedom for the purpose of protection is the placement or detention of a natural person in an institution against his will or without his will, in order to provide the personal protection he needs in case of certain weakness. This measure applies to natural persons.

One of the mandatory conditions for the restriction of freedom for the purpose of protecting the guardianship is the existence of a suitable institution where the person to be restricted will be placed. If the institution does not exist or is not available, a placement decision cannot be made.

The scope of the concept of institution includes places such as hospitals, nursing homes, dormitories, rehabilitation centers or clinics where personal protection is ensured by perceptibly limiting the freedom of movement against or without the will of the person.

The realization of the purpose expected from the institution of restriction of freedom for the purpose of protection is possible through institutions that are suitable for providing the treatment, education, correction or care that the person needs. For this reason, both the physical and legal structures of the mentioned institutions should be determined by positive law regulation.

The institution is considered suitable if its organizational structure, personnel capacity and similar features are sufficient to provide the treatment, education, improvement or care that the person needs in a fundamental way. The institution should also have security measures that prevent the person from leaving easily.

It is possible to appeal against the decisions regarding the placement and removal of the restricted person from the institution. The objection can be made by the person on whom the placement decision is made, or it can be made by his/her relatives.

The appeal must be made to the supervisory authority (the court of first instance). It is possible to appeal against the decision of the supervisory authority.

Key Words: Restriction of freedom for the purpose of protection, placement in theory, eligible institution, expulsion, objection

GİRİŞ

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, bir gerçek kişinin, belirli zayıflık hallerinin varlığı halinde ihtiyaç duyduğu kişisel korunmanın sağlanması amacıyla iradesine karşı veya iradesi olmaksızın bir kuruma yerleştirilmesi veya bulunduğu kurumda alıkonulmasıdır. Bir müessese, Türk Medeni Kanunu'nun "Aile Hukuku" kitabının "Vesayet Hukukuna" ayrılan üçüncü kısmında, vesayet hükümleri arasında bir vesayet tedbiri olarak düzenlenmiştir.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin uygulanabileceği zayıflık halleri sınırlı sayıda olup bu haller Kanun'da, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık ve serserilik olarak belirlenmiştir. Bu sebeplerden biriyle ihtiyaç duyulan kişisel korunma tedaviyi, eğitimi, ıslahı veya bakımı oluşturabilir. Burada önemli olan kişinin zayıflık halinden kaynaklı korunma ihtiyacının giderilmesi ile bağımsızlığının ve kendi sorumluluğunu yeniden üstlenmesinin, bu mümkün değilse alacağı yardım ile insan onuruna yakışır bir hayat sürmesinin sağlanmasıdır.

Bu çalışmada, öncelikle koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması talebi, kısıtlama ve kuruma yerleştirme kararı verilebilmesi için zorunlu şartlardan olan elverişli bir kurumun bulunması şartı üzerinde durulacak, bu çerçevede koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ve kurumdan çıkarma talebinin yöneltilebileceği görevli ve yetkili mahkeme belirlenmeye çalışılacaktır. Ardından koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ve kurumdan çıkarma kararına karşı itiraz yolu ve bu itiraza ilişkin karara karşı başvurulabilecek kanun yolu incelenecektir.

I. KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASI TALEBİ VE KISITLANACAK KİŞİNİN YERLEŞTİRİLEBİLECEĞİ ELVERİŞLİ KURUM

A) KISITLAMA TALEBİNİN ŞARTLARI VE ÖZELLİKLE ELVERİŞLİ BİR KURUMUN BULUNMASI

1. Genel Olarak Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasının Şartları

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında talep edilebilecek tedbir, koruma ihtiyacı bulunan kişinin kısıtlanması ve bu çerçevede bir kuruma yerleştirilmesidir. Bu talebin kabul edilebilmesi, Türk Medeni Kanunu'nun 432. maddesinde düzenlenen koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, kişi özgürlüğüne ağır bir müdahale niteliğinde olduğundan kanun koyucu tarafından sıkı şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar; kişinin ergin olması, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması sebeplerinden (zayıflık hallerinden) birinin bulunması, kişisel korunmanın başka şekilde sağlanamaması (orantılılık), toplum için tehlike oluşturma, elverişli bir kurumun varlığı ve tali bir şart olarak kişinin çevresine getirdiği külfet şeklinde sıralanabilir. Bu makalenin konusunu söz konusu şartlardan "elverişli bir kurumun bulunması" oluşturmaktadır. Bu sebeple aşağıda ayrıntılı olarak elverişli kurum kavramı üzerinde durulacaktır.

2. Elverişli Bir Kurumun Bulunması

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanabilmesi için kişinin zayıflık hali içerisinde bulunması, bu zayıflık hali nedeniyle kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması ve toplum için tehlike oluşturma şartları dışında, kişinin tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kurumun varlığı da şarttır. Bu durum TMK m. 432/1'de kişinin "tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma" yerleştirilebileceği veya alıkonulabileceği şeklinde ifade edilmiştir. Elverişli bir kurumun varlığı şartını, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumuna hayat veren, uygulanabilirliğini sağlayan veya dış dünyada vücut bulduran şart olarak da nitelendirebiliriz. Zira açıklanacağı üzere, kişinin

tedavisi, eğitimi veya ıslahı için yerleştirilebileceği veya alıkonulabileceği elverişli bir kurum bulunmuyorsa, diğer şartlar mevcut olsa dahi koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasından bahsedilemez¹.

a) Kurum Kavramı

Kurum kavramı, Türk Medeni Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Kurum kavramının, kanunda geniş anlamda kullanıldığı kabul edilmekte ve kişinin iradesine karşı veya iradesi bulunmaksızın hareket serbestisinin hissedilebilir ölçüde sınırlandırılarak kişisel korunmasının sağlandığı her yer “kurum” kabul edilmektedir². Bu kapsamda, hastane, bakımevi, yurt, rehabilitasyon merkezleri veya klinik kurum kavramına örnek gösterilebilir.

Bir yerin kurum olarak kabul edilebilmesi için oradan izinsiz bir şekilde ayrılmanın yasak olması, fiilen oradan çıkmanın kolay olması yeterlidir. Bunun için, çıkışın ancak firar etmekle mümkün olduğu cezaevi gibi çok yüksek bir güvenlik seviyesine de gerek yoktur³. Öte yandan belirtmek gerekir ki, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ile kişinin zayıflık halinden kaynaklı korunma ihtiyacının giderilmesi ile bağımsızlığını ve kendi sorumluluğunu yeniden üstlenmesi, bu mümkün değilse alacağı yardımla insan onuruna yakışır

¹ Çavuşoğlu Işıntan, Pelin. “Türk Hukukunda Yeni Bir Müesses Koruma Amacıyla Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması (MK m. 432-437)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, sayı 2 (2004): 297-306, 301; Cumaloğlu, Emre. “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması: Özellikle Psikososyal Engelli Bireyler Bakımından ‘Elverişli Kurum’ Sorunu”, *İzmir Barosu Dergisi*, sayı 1 (2021): 15-51, 16.

² Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas. *Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*. 3. Auflage. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2006, 1946 N.22; Spirig, Eugen. “Die Allgemeine Ordnung der Vonnundtschaft, Die fürsorgerische Freiheitsentziehung Art. 397a- 397F”, içinde *Kommentar zum Schvveizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band, Das Familienrecht*, ed. Peter Gauch ve Jörg Schmid, 3. Auflage (Zürich: Schulthess, 1995), 46 N. 119; Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra. *Das Schvveizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Auflage (Zürich: Schulthess, 2002), 514.

³ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1946 N.22; Spirig, “Die Allgemeine Ordnung der Vonnundtschaft, Die fürsorgerische Freiheitsentziehung Art. 397a- 397F”, 46 N.120.

bir hayat sürmesi hedeflendiğinden cezaevlerinin kurum olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir⁴.

Kurumun kamusal idarenin yönetiminde olmasının veya özel hukuk teşebbüsleri tarafından yönetilmesinin de herhangi bir önemi yoktur⁵. Bu nedenle kişinin devlet idaresi dışındaki özel bir huzurevi- ne yahut devlet hastanesi dışındaki özel bir kliniğe yerleştirilmesi de mümkündür. Kişide bulunan zayıflığın giderilmesi için ihtiyaç duydu- ğu tedavi, eğitim, ıslah veya bakımı sağlamaya elverişli her yer kurum kabul edilebilir⁶.

Kurum kavramının somutlaştırılmasında, Sosyal Hizmetler Ka- nunu'ndan yararlanılabilir⁷. Nitekim söz konusu Kanun, sosyal hiz- metlerle ilgili tüm kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişileri ve özel hukuk tüzel kişilerini, sosyal hizmet kurum ve kuruluşlarında çalışan personeli, sosyal hizmetlerden faydalananları ve faydalananak durumda olanları kapsamaktadır (SHK m. 2). Keza yine, bu Kanun kapsamında kurulan bağlı kuruluşlar dışında sosyal hizmet kuruluşu kurulması izne bağlanmış olup alınacak tertip ve tedbirlerle bunların hizmet, işleyiş ve personele ilişkin hususlarda tespit edilen standart ve esaslara uygun olarak faaliyette bulunmalarının sağlanacağı (de- netleneceği) belirtilmiştir (SHK m. 4 b. (f)). Korunma ihtiyacı olan kişilere hizmet vermek üzere kurulacak sosyal hizmet kuruluşları Kanun'da belirlenmiştir (SHK m. 3 b. (f)). Çocuk veya yetişkin kişilere hizmet verecek kuruluşlar; çocuk yuvaları⁸, yetiştirme yurtları⁹, kreş

⁴ Cumalıoğlu, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması: Özellikle Psikososyal Engelli Bireyler Bakımından 'Elverişli Kurum' Sorunu", 30

⁵ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1946 N.22.

⁶ Karabağ Bulut, Nil. "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, sayı 2 (26 Ekim 2020): 517-561, 538, <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0010>.

⁷ RG. 27.05.1983, S. 18059.

⁸ 0 - 12 yaş arası korunmaya ihtiyacı olan çocuklarla gerektiğinde 12 yaşını doldu- ran kız çocuklarının, bedensel, eğitsel, psiko-sosyal gelişimlerini, sağlıklı bir kişi- lik veya iyi alışkanlıklar kazanmalarını sağlamakla görevli ve yükümlü yatılı sos- yal hizmet kuruluşlarıdır (SHK m. 3 b. (f) (1)).

ve gündüz bakımevleri¹⁰, huzurevleri¹¹, bakım ve rehabilitasyon merkezleri¹², çocuk destek merkezleri¹³, kadın veya erkek konukevleri¹⁴, toplum veya aile danışma merkezleri¹⁵, aktif yaşam merkezleri¹⁶, çok amaçlı sosyal hizmet kuruluşları¹⁷, çocuk evleri¹⁸, çocuk evleri sitesi¹⁹, ev tipi sosyal hizmet birimleri²⁰, sosyal hizmet merkezidir²¹.

-
- ⁹ 13 - 18 yaş arası korunmaya ihtiyacı olan çocukları korumak, bakmak ve bir iş veya meslek sahibi edilmeleri ve topluma yararlı kişiler olarak yetişmelerini sağlamakla görevli ve yükümlü olan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır (SHK m. 3 b. (f) (2)).
- ¹⁰ 0 - 6 yaş grubundaki çocukların bakımlarını gerçekleştirmek, bedensel ve ruhsal sağlıklarını korumak ve geliştirmek ve bu çocuklara temel değer ve alışkanlıkları kazandırmak amacıyla kurulan ve yatılı olmayan sosyal hizmet kuruluşlarıdır (SHK m. 3 b. (f) (3)).
- ¹¹ İhtiyacı olan yaşlı kişileri huzurlu bir ortamda korumak ve bakmak, sosyal ve psikolojik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır (SHK m. 3 b. (f) (4)).
- ¹² Bedensel, zihinsel ve ruhsal engellilikleri nedeniyle normal yaşamın gereklerine uymama durumunda olan kişilerin, fonksiyon kayıplarını gidermek ve toplum içinde kendi kendilerine yeterli olmasını sağlayan beceriler kazandırmak veya bu becerileri kazanamayanlara devamlı bakmak üzere kurulan sosyal hizmet kuruluşlarıdır (SHK m. 3 b. (f) (5)).
- ¹³ Suça sürüklenmesi, suç mağduru olması veya sokakta sosyal tehlikelerle karşı karşıya kalması sebebiyle haklarında bakım tedbiri veya korunma kararı verilen çocuklardan psiko-sosyal desteğe ihtiyaç duyduğu tespit edilenlerin, bu ihtiyaçları giderilinceye kadar geçici süre ile bakım ve korunmalarının sağlandığı, bu süre içinde aile, yakın çevre ve toplum ilişkilerinin düzenlenmesine yönelik çalışmaların yürütüldüğü; çocukların mağduriyet, suça sürüklenme, yaş ve cinsiyet durumuna göre ayrı ayrı yapılandırılan veya ihtisaslaştırılan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır (SHK m. 3 b. (f) (6)).
- ¹⁴ Fiziksel, duygusal, cinsel ve ekonomik istismara uğrayan kadın veya erkeklerin psiko-sosyal ve ekonomik problemlerinin çözülmesi sırasında varsa çocukları ile birlikte ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla geçici bir süre kalabilecekleri yatılı sosyal hizmet kuruluşlarıdır (SHK m. 3 b. (f) (7)).
- ¹⁵ Toplumun ve ailenin gelişmesi için; bireyin katılımcı, üretken ve kendine yeterli hale gelmesi amacıyla koruyucu, önleyici, eğitici, geliştirici, rehberlik ve rehabilite edici işlevlerini, gerekirse diğer kuruluşlar ve gönüllülerle işbirliği içerisinde sunmakla görevli bulunan gündüzlü sosyal hizmet kuruluşlarıdır (SHK m. 3 b. (f) (8)).
- ¹⁶ Yaşlı bireyler ile engelli bireylerin yaşam kalitesinin artırılması ve sosyal hayata aktif katılımlarına katkı sağlanması amacıyla, engelli ve yaşlı bireyler ile ailelerine rehberlik ve destek hizmeti ile evde gündüz bakım hizmeti sunan gündüzlü sosyal hizmet kuruluşlarıdır (SHK m. 3 b. (f) (9)).
- ¹⁷ Aynı yerleşkede ve/veya binada, birden çok sosyal hizmet kuruluşunun tek yönetim ve denetim altında kurulmasına ve çalışmasına imkan tanıyan sosyal hizmet kuruluşlarıdır (SHK m. 3 b. (f) (10)).

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumundan beklenen amacın gerçekleştirilmesi, kişinin ihtiyaç duyduğu tedavi, eğitim, ıslah veya bakımı sağlamaya elverişli kurumlar sayesinde mümkün olur. Bu nedenle kurumların hem fiziki hem de hukuki yapıları son derece önemlidir²². Türk Medeni Kanunu'nda kurumlarda sunulacak hizmetin usul ve esasları ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük²³ m. 57 b. (b)'de "Koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan ergin kişinin tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilmesi veya alıkonulmasına ilişkin esas ve usulleri düzenleyen yönetmeliğin" en geç bir yıl içerisinde çıkarılacağı belirtilmiş ise de henüz bu konuda bir yönetmelik çıkarılmamıştır.

İsviçre'de daha önce her bir kanton kurumlarda uygulanacak esas ve usulleri belirlemekle yetkilendirilmişti²⁴. 2008 değişikliği ile

¹⁸ 0-18 yaşlar arasındaki korunmaya ihtiyacı olan çocukların kaldığı ev birimleridir (SHK m. 3 b. (f) (11)).

¹⁹ Korunma ihtiyacı olan çocukların bakımlarının sağlandığı aynı yerleşkede bulunan birden fazla ev tipi sosyal hizmet biriminden oluşan kuruluşlardır (SHK m. 3 b. (f) (12)).

²⁰ Çocuk, kadın, engelli ve yaşlılar ile bakım veya barınma ihtiyacı olan kişilere hizmet verilen mesken niteliğindeki yatılı sosyal hizmet birimleridir (SHK m. 3 b. (f) (13)).

²¹ İhtiyaç sahiplerinin tespit edilerek sosyal hizmet müdahalesinin ve takibinin gerçekleştirilmesi, çocuk, genç, kadın, erkek, engelli, yaşlı bireylere ve ailelerine koruyucu, önleyici, destekleyici, geliştirici hizmetler ile rehberlik ve danışmanlık hizmetlerinin bir arada ve en kolay ulaşılabilir biçimde, gerektiğinde kamu kurum ve kuruluşları, yerel yönetimler, üniversiteler, sivil toplum kuruluşları ve gönüllüler ile işbirliği içinde sunulmasından ve bu hizmetlerin koordinasyonundan sorumlu gündüzlü sosyal hizmet kuruluşlarıdır (SHK m. 3 b. (f) (15)).

²² Ruh Sağlığında İnsan Hakları Girişimi Derneği'nin hazırlamış olduğu Ruh Sağlığı Alanında İnsan Hakları 2013 Türkiye Raporu göz önüne alınarak; psikososyal engelli kişilerin koruma amacıyla özgürlüklerinin kısıtlanması halinde Türkiye'deki mevcut ruh sağlığı ve hastalıkları hastanelerin öngörülen amacı gerçekleştirmede yeterli ve elverişli olup olmadıklarına dair değerlendirme ve tespitler için bkz. Cumaloğlu, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması: Özellikle Psikososyal Engelli Bireyler Bakımından 'Elverişli Kurum' Sorunu", 15-51.

²³ RG. 10.08.2003, S. 25195.

²⁴ Aydın-Özdemir, Elif. "19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, sayı 2 (2013): 171-209, 206.

birlikte (yeni İsviçre Medeni Kanunu) bazı konular federal seviyede çözüme kavuşturulmuştur. Bunları; kuruma yerleştirilen kişinin durumunun periyodik incelenmesi (m. 431), psikolojik rahatsızlıklarda; tedavi planı hazırlanması (m. 433), zorla tedavi (m. 434), acil durumlarda tedavi (m. 435), kurumdan ayrılma sırasında müzakere (m. 436), kurum içerisinde kişinin hareket özgürlüğünün sınırlandırılması (m. 438) şeklinde sayabiliriz²⁵.

Kuruma yerleştirilen kişinin kurumda unutulmasını engelleyen ve gerektiği gibi korunmasını sağlayan düzenleme yeni İMK m. 431’de yer alan periyodik incelemedir. Bu düzenleme ile Yetişkinleri Koruma Makamı’na kişinin durumunu belirli aralıklarla inceleme yükümlülüğü getirilmiştir. İncelemenin kapsamını, koruma amacıyla yerleştirme hükümlerinin şartları devam ettirip ettirmediği ve kişinin bulunduğu kurumun korunma ihtiyacını gidermeye elverişli olup olmadığı oluşturmaktadır. Yetişkinleri Koruma Makamı, kişinin kuruma yerleştirilmesini takiben en geç altı ay içerisinde, yerleştirme şartlarının geçerliliğini devam ettirip ettirmediğini ve kişinin bulunduğu kurumun onun için elverişli olup olmadığını incelemek zorundadır (yeni İMK m. 431/1). İlk incelemeden sonraki altı ay içerisinde ikinci inceleme, sonrası için ise yılda en az bir defa inceleme yapılmalıdır (yeni İMK m. 431/2). Bu düzenleme ile ilgili kişinin kişilik hakkının korunması teminat altına alınmaktadır²⁶.

Psikolojik rahatsızlıkların (akıl hastalığı, akıl zayıflığı, madde bağımlılıkları) tedavisinde izlenecek usullere ayrı ve özel bir önem veren kanun koyucu, psikolojik rahatsızlıklarda tıbbi tedbirler başlığı altında, tedavi planı hazırlanması (m. 433), zorla tedavi (m. 434), acil durumlarda tedavi (m. 435), kurumdan ayrılma sırasında müzakere (m. 436) hususlarını düzenlemiştir.

²⁵ Konu hakkında bkz. Yavuz, Cevdet/Erlüle, Fulya/Topuz, Murat. *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)*. İstanbul: Beta, 2017.122–39.

²⁶ Karabağ Bulut, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi”, 542.

Kuruma yerleştirilen kişinin hareket özgürlüğünün hangi şartlar-
da sınırlandırılacağı da ayrıca düzenlenmiştir. Burada, hareket özgürlüğü-
nün sınırlandırılması ile bedensel hareket imkanının sınırlandırılması
ifade edilmektedir²⁷. Hareket özgürlüğünün sınırlandırılması kavramı,
geniş yorumlanmaktadır. Örneğin, elektronik gözetleme tedbirleri
(elektronik kapılar vb.), kapıların kilitlemesi, yatağa parmaklık tak-
ılması veya diğer sınırların konulması, ilgili kişinin düşmesini önle-
mek için kemerle bağlanması gibi tedbirler sayılabilir²⁸. Yeni İMK m.
438'de yer alan düzenlemeye göre, ayırt etme gücü bulunup bulun-
madığı fark etmeksizin kuruma yerleştirilen kişi kendisinin veya
üçüncü kişilerin hayatı veya vücut bütünlüğünü ciddi şekilde tehlike-
ye düşürüyor ya da toplu yaşamı ciddi şekilde rahatsız ediyorsa ku-
rum içerisindeki hareket özgürlüğü sınırlandırılabilir²⁹.

²⁷ İmamoğlu, Selma Hülya. "İsviçre Medeni Kanununun Yurtlarda veya Bakım Kurumlarında Kalan Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Kişiler Hakkındaki Hükümleri ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 68, sayı 1 (2019): 213-240, 226.

²⁸ İmamoğlu, "İsviçre Medeni Kanununun Yurtlarda veya Bakım Kurumlarında Kalan Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Kişiler", 227.

²⁹ Aydın-Özdemir, "19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi" dn. 9.

Bir görüşe göre, Türk Medeni Kanunu koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan kişinin hareket özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından herhangi bir düzenleme içermektedir. TMK m. 432 hükmü, kuruma yerleştirilen kişinin hareket özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından hukuki dayanak olarak kabul edilemez. Hareket özgürlüğü, kişilik hakkı kapsamında koruma gören özgürlüklerden olması nedeniyle sınırlandırılması için açık bir yasa hükmü (yasalık şartı) gerekir. Nitekim AİHS m. 5/1 ve Anayasa m. 19/2 kişilik hakkı kapsamında koruma gören özgürlüğün sınırlandırılması için "usul ve esasları yasa ile düzenlenmiş" dayanak istemektedir. Buna göre böyle bir sınırlamanın şartları ve usulünün kanunla düzenlenmesi gerekir. Bu sebeple, TMK m. 24/2 hükmü kapsamında, üstün nitelikte kamusal veya özel bir yararın varlığından hareketle kişinin hareket özgürlüğü sınırlandırılmaz. Nitekim TMK m. 24/2 hükmünde, kişi özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından "usul ve esasları düzenlenmiş" herhangi bir düzenleme bulunmadığından, söz konusu hüküm yasalık şartını yerine getirmeye elverişli değildir. Bu sebeple, kişinin kurumda kaldığı süreçte kişi hürriyeti kapsamındaki hareket özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için AİHS m. 5/1 ve Anayasa m. 19/2 gereğince Türk hukukunda da benzer bir hukuki dayanağa yer verilmelidir. Bu durum, ilgili kişinin kişilik hakkının daha etkin bir şekilde korunmasını sağlar. Bkz. Karabağ Bulut, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi", 542-544.

b) Elverişlilik

Kişinin tedavisi, eğitimi veya ıslahı için yerleştirileceği veya alınacağı kurumun “elverişli” olması şarttır. Tedavi; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı ve ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık sebeplerine dayalı özgürlüğün kısıtlanması halinde uygulanırken, eğitim ve ıslah ise genellikle serserilik sebebine dayalı kısıtlamada söz konusu olur³⁰.

Elverişliliğin somut olayın şartlarına göre belirlenmesi gerekir³¹. Kurumun organizasyon yapısının, personel kapasitesinin vs. tümü ile kişinin ihtiyacı olan tedavi, eğitim, ıslah veya bakımı kişiye özgü olarak esaslı bir şekilde sağlamaya yetecek düzeyde olması gerekir³². Örneğin, bedensel rahatsızlığı bulunan bir kişinin bir huzurevi veya bakımevine konularak kişisel korunmasının sağlanacağı yerde kişinin akıl hastanesine konulması halinde; akıl hastalığı iyileşebilecek seviyede olan bir kişinin akıl hastalığının iyileşme olanağı bulunmayan kişilerle birlikte konulması halinde seçilen kurum elverişli olmaz³³.

Huzurevi veya bakımevinin, kişinin kolaylıkla kurumdan ayrılmasını engelleyici güvenlik önlemlerinin bulunması da gerekir. Örneğin, kişinin bir odada yalnız başına kalması gerekiyorsa, “elverişli” bir kurumun varlığından bahsedebilmek için bu kurumun kişinin tek başına barınabilmesi için sağlam kilitli odalarının bulunması gerekir³⁴.

³⁰ Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*, 5. Baskı (Ankara: Turhan, 2020), 599.

³¹ Spirig, “Die Allgemeine Ordnung der Vonnundtschaft, Die fürsorgliche Freiheitsentziehung Art. 397a- 397F”, 47 N. 125; Yıldız, Ekrem/Gürsoy, Serhan. *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esasları*. İstanbul: Vedat, 2010, 222.

³² Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1947 N.24; Spirig, “Die Allgemeine Ordnung der Vonnundtschaft, Die fürsorgliche Freiheitsentziehung Art. 397a- 397F”, 46 N.119; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, *Das Schvveizerische Zivilgesetzbuch*, 514.

³³ Gümüş, Mustafa Alper. “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, sayı 2 (2004): 189-228, 207.

³⁴ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 207. Cezaevinde bulunan uyuşturucu bağımlısı bir kişinin koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanarak gerekli tedaviyi görmesi yönünde yakınları tarafından yapılan talebin, ilk derece mahkemesi tarafından ilgili kişi

Ancak kurumun elverişli olmasından kurumun ideal olması da anlaşılmamalıdır. Elverişli olan, ideal olan anlamına gelmeyip kişinin temel ihtiyaçlarının karşılanması elverişlilik için yeterli kabul edilmelidir³⁵. Kişinin yerleştirileceği veya alıkonulacağı elverişli bir kurum bulunmuyorsa, o halde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı da verilemez³⁶. Çünkü, “elverişli bir kurumun varlığı” koruma

hakkındaki gerekli işlemlerin, bulunduğu cezaevi tarafından da yapılabileceği ve kuruma yerleştirmeye gerek olmadığı gerekçesi ile reddine ilişkin karar Bölge Adliye Mahkemesi tarafından isabetli bir şekilde doğru görülmüştür. Üst dereceli mahkemeye göre, ilgili kişinin cezaevinde olması talebin reddini gerektirmediği gibi kişinin psikiyatri bölümü de bulunan en yakın tam teşekküllü hastaneye sevkini sağlanması gerekir: Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi, 26.10.2021 T., E. 2021/1349, K. 2021/1234, “Her ne kadar Mahkemece, tedavi altına alınması istenilen kişinin cezaevinde hükümlü olarak bulunduğu, ceza infaz kurumu tarafından gerekli işlemler yapılabileceğinden kısıtlı adayının kuruma yerleştirilmesine gerek olmadığına karar verilmiş ise de varılan sonuç doğru değildir. Zira dosyada ilgilinin cezaevinde hükümlü mü tutuklu mu olarak bulunduğu belli olmadığı gibi, hükümlü ise buna dair müddetname ve diğer evrakların bulunmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan istinaf dilekçesi ekinde sunulan belgelere göre ilgilinin psikoaktif madde kullanımı nedeniyle psikiyatri kliniğinde tedavi gördüğü, keza 26.04.2021 tarihli kolluk tutanağında ilgilinin uyuşturucu madde kullandığı tespit edilmiştir. Yukarıda anılan mevzuat hükümlerine göre kişinin tedavi amacıyla bir kuruma yerleştirilmesinin gerekip gerekmediği hususu bu konuda uzman hekimlerden alınacak raporun sonradan mahkemece değerlendirilebilir. Bundan ayrı olarak, kişinin ceza infaz kurumunda bulunması da talebin reddi için gerekçe değildir; zira hükümlü ise süreli hapis cezasının infazı kapsamında koşullu salıverme ve denetimli serbestlik ile ya da tutuklu ise tutukluluk halinin sonlanmasından sonra ilgili kişi yeniden toplum içerisinde olacaktır. Bu nedenle ilgilinin psikiyatri bölümü de bulunan en yakın tam teşekküllü hastaneye sevkini sağlanarak, kişisel korunması, toplum güvenliği, tedavisi ve ıslahı açısından TMK'nın 432. maddesi uyarınca yerleştirme, alıkonulma kararı verilmesi gerekip gerekmediği hususunda alınacak sağlık kurulu raporu doğrultusunda re'sen araştırma yaparak hâsıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.”, UYAP, E.T. 27.01.2022.

³⁵ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1947 N.25; Spirig, “Die Allgemeine Ordnung der Vonnundtschaft, Die fürsorgliche Freiheitsentziehung Art. 397a– 397f”, 47 N.124; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, *Das Schvveizerische Zivilgesetzbuch*, 514.

³⁶ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1947 N. 25; Aydın-Özdemir, “19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi”, 191; Cumalıoğlu, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması: Özellikle Psikososyal Engelli Bireyler Bakımından ‘Elverişli Kurum’ Sorunu”, 30.

amacıyla özgürlüğün kısıtlanması için zorunlu (kurucu) şartlardan biridir³⁷.

Vesayet makamı tarafından kişinin yerleştirileceği veya alıkonulacağı kurum kararında açıkça belirtilmelidir³⁸. Bu sayede, denetim makamı tarafından kişinin yerleştirildiği veya alıkonulduğu kurumun elverişliliğinin denetime açık olması sağlanır. İlgili kişinin ayırt etme gücü bulunmakta ise, yani akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle ayırt etme gücü tamamen ortadan kalkmamışsa, ilgili kişiye, vesayet makamı tarafından, yerleştirilmek istediği kurumla ilgili düşüncesi sorulmalıdır³⁹. Kuruma yerleştirme veya kurumda alıkonma kararının, maddi anlamda kesin hüküm oluşturmayacağı da unutulmamalıdır⁴⁰.

Kişinin yerleştirileceği veya alıkonulacağı kurumun yeri de elverişlilik kapsamında değerlendirilmelidir⁴¹. Örneğin, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı kişinin yerleşim yeri vesayet makamı tarafından verilmiş ise seçilecek kurumun kararı veren vesayet makamının yetki alanı içerisinde olması gerekir. Ancak yetki alanı içerisinde elverişli bir kurum bulunmamakta ise o halde, yetki alanına en yakın yerdeki elverişli bir kuruma yerleştirme kararı verilmelidir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararını kişinin bulunduğu yer vesayet makamı vermişse, ilgili kişinin yerleştirileceği kurumun

³⁷ Spirig, “Die allgemeine Ordnung der Vormundschaft, Die fürsorgerische Freiheitsentziehung Art. 397a- 397f”, 48 N. 131; Cumaloğlu, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması: Özellikle Psikososyal Engelli Bireyler Bakımından ‘Elverişli Kurum’ Sorunu”, 16, 30.

³⁸ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1947 N. 24; Cumaloğlu, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması: Özellikle Psikososyal Engelli Bireyler Bakımından ‘Elverişli Kurum’ Sorunu”, 30; Yıldız/Gürsoy, *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esasları*, 222.

³⁹ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 208.

⁴⁰ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1961.

⁴¹ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 208.

yerleşim yeri vesayet makamının yetki alanından, mümkün değilse (yerleşim yerine) en yakınındaki yerden belirlenmesi gerekir⁴².

3. Talepte Bulunabilecekler

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması talebinde bulunabilecek kişilere ilişkin Türk Medeni Kanunu m. 432 ve devamında herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır⁴³. Özgürlüğün kısıtlanması ile kişinin ve toplumun korunması amaçlandığından, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kamu düzenine ilişkindir⁴⁴. Bu sebeple, her ilgilinin kısıtlama talebinde bulunabileceği kabul edilmelidir⁴⁵. Yine, özgürlüğün kısıtlanması kamu düzenine ilişkin olduğundan re'sen harekete geçme ilkesi uyarınca herhangi bir talep bulunulmasa bile vesayet makamı yerleştirme veya alıkonulmaya kendiliğinden karar verebilir⁴⁶.

Her ilgili kısıtlama talebinde bulunabilir ise de bazı kişiler talepte bulunmakla yükümlü tutulmuşlardır. Kamu görevlileri, görevlerini yaptıkları sırada özgürlüğü kısıtlanması gereken bir kişinin varlığını öğrendiklerinde, durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek-

⁴² Dağlı, Mehmet. *Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Hukukunda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*. Ankara: Turhan, 2011, 51.

⁴³ Aydın-Özdemir, "19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi", 193.

⁴⁴ Konya Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, 25.06.2021 T., E. 2021/977, K. 2021/1042, "Mahkeme tarafından, istemde bulunanın vazgeçmesini de içerir beyanı ve kolluğun yazı cevabı doğrultusunda bulunamadığı gerekçesiyle kişisel koruma amacıyla tedavi tedbiri hakkında davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır. Davanın mahiyeti itibarıyla kamu düzenini ilgilendiren nitelik taşıması dikkate alınarak, kısıtlı adayı M. T.'in mutlak suretle bulunması ve en yakın tam teşekküllü sağlık kuruluşuna sevkinin sağlanarak, kişisel korunması, toplum güvenliği, tedavisi ve ıslahı açısından TMK'nın 432. maddesi uyarınca yerleştirme, alıkonulma kararı verilmesi gerekip gerekmediği hususunda alınacak sağlık kurulu raporu doğrultusunda resen araştırma yaparak hasıl olacak sonuca göre karar vermesi gerekmektedir.", UYAP, E.T. 27.01.2022.

⁴⁵ Kocağa, Köksal. "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, sayı 1 (2006): 33-54, 43.

⁴⁶ Yıldız/Gürsoy, *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esasları*, 226.

le yükümlüdürler (TMK m. 432)⁴⁷. Örneğin, emniyet görevlileri, hekimler bir kimsenin kısıtlanması şartlarının varlığını öğrendiklerinde, durumu derhal yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar⁴⁸. Kanun'un kamu görevlilerine, söz konusu durumu bildirme yükümlülüğü yüklemesi, diğer ilgili kişilerin (yasal temsilcilerin, yakınların, hısımların vs.) kısıtlama talebinde bulunamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır⁴⁹. İlgililerin kısıtlama talebine ilişkin herhangi bir şekil şartı bulunmadığından başvuru yazılı veya sözlü şekilde yapılabilir⁵⁰. Ancak sözlü başvuru derhal tutanağa bağlanmalı ve başvuruda bulunana imzalatılmalıdır⁵¹.

B) KURUMDAN ÇIKARMA TALEBİ

Özgürlüğü kısıtlanarak kuruma yerleştirilen veya kurumda alıkonulan kişi ile onun yakınları vesayet makamına başvurarak kurumdaki çıkarılma talebinde bulunabilirler. İlgili kişinin yerleştirildiği veya alıkonulduğu kurumun yetkililerinin de özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin kaldırılmasını talep edebilecekleri kabul edilmektedir⁵². İlgili

⁴⁷ Mevaz eski İMK m. 397a'da ise, kamu görevlilerine böyle bir bildirim yükümlülüğü yüklenmemiştir.

⁴⁸ Kocağa, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması", 43. Yıldız/Gürsoy'a göre, burada bildirim şekline ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamış ise de bildirim yükümlülerinin kamu görevlisi oldukları dikkate alındığında, bildirim resmi yazı ile yapılması gerektiği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bkz. Yıldız/Gürsoy, *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esasları*, 225.

⁴⁹ Çavuşoğlu Işıntan, "Türk Hukukunda Yeni Bir Müessese Koruma Amacıyla Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması (MK m. 432-437)", 299. Keza, yazara göre kişinin kendisinin dahi özgürlüğünün kısıtlanmasını vesayet makamından isteyebileceği kabul edilmelidir.

⁵⁰ Yıldız/Gürsoy, *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esasları*, 226.

⁵¹ Yıldız/Gürsoy'a göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yargılaması düzenlemenin amacı ve niteliği göz önüne alınarak harçtan muaf kabul edilmelidir. 492 sayılı Harçlar Kanunu m. 13 b. (b)'de vasi tayini ve azlinde harç muafiyetine ilişkin düzenleme burada da kıyasen uygulanmalı ve yargı harcı alınmamalıdır. Bkz. Yıldız/Gürsoy, *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esasları*, 229.

⁵² Kocağa, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması", 53; Aydın-Özdemir, "19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi", 205; Sert, Gürkan/Özçelik, Hatice/Yıldırım, Gülay. "Türkiye'de Akıl Hastalığı Olan Hastalarda Zorla Yatırma ve Zorla Tedavi/ Hukuki ve Etik Sorunlar". *Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Lokman Hekim Tıp Tarihi ve Folklorik Tıp Dergisi* 9, sayı 3 (2019): 393-404, 400.

kişinin kurumdan çıkarılması talep edilmişse, hâkim mümkün olduğu ölçüde kişinin kaldığı kurumun görüşünü de almalıdır. Ancak hâkim, kurumun bu konudaki görüşü ile bağlı değildir⁵³. Hâkimin, ilgili kişiyi kurumdan çıkarma yetkisini kuruma devretmesi de mümkün değildir⁵⁴.

Özgürlüğün kısıtlanması kamu düzenine ilişkin olduğundan re'sen harekete geçme ilkesi uyarınca herhangi bir talep bulunmasa bile vesayet makamının ilgilinin kurumdan çıkarılmasına kendiliğinden karar verebileceği de unutulmamalıdır.

İsviçre'de 2008 değişikliği ile birlikte kuruma yerleştirilen kişilere yardımcı "güvenilir kişi" kavramı getirilmiştir. Koruma amacıyla kuruma yerleştirilen herkes, kurumda kaldığı sürece ve her halde yerleştirme sona erinceye kadar, kendisine yardımcı olacak bir güvenilir kişi belirleyebilir (yeni İMK m. 432). Güvenilir kişi, ilgili kişiyi hakları ve yükümlülükleri hususunda bilgilendirmek, ilgili kişinin taleplerini yetkili makama iletmek, uyuşmazlıkların çözümünde yardım etmek ve süreç sona erinceye kadar ona eşlik etmekle yükümlüdür⁵⁵. Güvenilir kişi, kuruma yerleştirilen kişinin yakınlarına tanınan hakları da kullanabilir⁵⁶. O halde, yeni İMK m. 426/4 gereği, kuruma yerleştirilen kişinin çıkartılmasını her zaman talep edebilir.

⁵³ Karabağ Bulut, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi", 541.

⁵⁴ Gümüş, "Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)", 211. İsviçre'de mehz eski İMK döneminde, karar makamının geri alma hakkı saklı kalmak kaydıyla, kişiyi kurumdan çıkarma yetkisini kuruma devredebileceği kabul ediliyordu. Bkz. Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1954 N.17. 2008 değişikliği ile birlikte, Yetişkinleri Koruma Makamı'nın kurumdan çıkarma yetkisini istisnai hallerde devredebileceği yeni İMK m. 428/2'de açıkça düzenlenmiştir.

⁵⁵ Yavuz/Erlüle/Topuz, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)*, 131.

⁵⁶ Özgürlüğü kısıtlanan herkes, kurumda bulunduğu sürece ve yerleştirme sona erene kadar seçeceği "güvenilir kişinin" desteğinden yararlanabilir. İlgili kişi, güvenilir kişiyi bizzat seçmelidir. Bu kişi işin niteliği gereği gerçek kişi olmalıdır. Güvenilir kişi, özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin süreç sona erene kadar ilgili kişi-

C) KURUMA YERLEŞTİRME KARARININ KISITLI KİŞİNİN YERLEŞİM YERİ VESAYET MAKAMINA BİLDİRİLMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına, birden fazla farklı yerdeki vesayet makamının karar vermesi sebebiyle oluşabilecek koordinasyon sorununu aşmak için TMK m. 434'te bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür⁵⁷. Buna göre, kısıtlı bir kişi bir kuruma yerleştirildiği veya alıkonulduğu ya da ergin bir kişi hakkında vesayete ilişkin diğer önlemlerin alınmasına gerek görüldüğü takdirde, kişinin bulunduğu yer vesayet makamı veya özel kanunlarda öngörülen ilgililer, durumu yerleşim yeri vesayet makamına bildirmekle yükümlüdürler (TMK m. 434).

Bildirim yükümlüleri, yerleştirme veya alıkonulma kararını veren, ilgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamı veya özel kanunda öngörülen ilgililerdir. Maddedeki, “özel kanunlarda öngörülen ilgililer” ifadesinin, mehzaz eski İMK m. 397’de yer alan “kanton hukukunca belirlenen diğer yetkililer” ifadesinden esinlenilerek kanun metnine alındığı anlaşılmaktadır⁵⁸. Bir görüşe göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin özel kanunlar yürürlüğe girene kadar kimlerin bu hususta bildirim yükümlüsü olduğu belirsiz kalacaktır. Diğer bir görüşe göre ise, “özel kanunlarda öngörülen ilgililer” ifadesi TMK m. 405/2’den yararlanılması ile nüfus memurları, idari makam-

yi hak ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirmek, ilgili kişinin taleplerini yetkili makama iletmek, uyuşmazlıkların çözümünde yardım etmek ve süreç sona erene kadar ona refakat etmekle yükümlüdür. Kişinin tedavi edilmesinin gerektiği hallerde, güvenilir kişi tedavi planının hazırlanmasına da katılır. Tedavinin esasları hakkında ve özellikle zorla tedavi gerçekleşecek ise söz konusu bu tedavi hakkında, güvenilir kişinin bilgilendirilmesi gerekir (yeni İMK. 433 ve 434). Bunlar dışında, güvenilir kişi özgürlüğü kısıtlanan kişinin yakınlarına tanınan hakları kullanmaya da yetkilidir. Güvenilir kişinin hak ve borçlarının, vekalet sözleşmesi veya vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uyarınca tayin edileceği kabul edilmektedir. Bkz. Karabağ Bulut, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi” 541 dn. 110.

⁵⁷ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 211.

⁵⁸ Kocağa, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması”, 45.

lar, noterler ve mahkemeler şeklinde anlaşılmalıdır⁵⁹. Yapılacak bildirim muhatabı ise yerleşim yeri vesayet makamıdır.

Bildirim yükümlülüğünün konusunu, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı veya vesayete ilişkin diğer önlemlerin (vasi, kayyım veya yasal danışman atanması) alınmasını gerekli kılan sebepler oluşturmaktadır. O halde, ilgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamı tarafından yerleşim yeri vesayet makamına iki konuda bildirimde bulunulur. İlkine göre, kısıtlı bir kişinin bulunduğu yer vesayet makamı tarafından yerleştirme veya alıkonulma kararı verilmiş ise, bu kararın kısıtlı ergin kişinin yerleşim yeri vesayet makamına bildirilmesi gerekir. İkincisine göre ise, kısıtlı olsun veya olmasın ergin bir kişinin bulunduğu yer vesayet makamı tarafından vesayete ilişkin diğer önlemlerin (vasi, kayyım veya yasal danışman atanması) alınması gerekli görülürse ergin kişinin yerleşim yeri vesayet makamına söz konusu önlemlerin alınmasını gerekli kılan sebepler bildirilmelidir.

O halde, kısıtlı olmayan ergin bir kişinin bulunduğu yer vesayet makamı tarafından alınan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararını, yerleşim yeri vesayet makamına bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak özgürlüğü sınırlandırılan kısıtlı olmayan ergin kişi hakkında diğer vesayet tedbirlerinin alınmasını gerektiren sebepler varsa, bunların yerleşim yeri vesayet makamına bildirilmesi zorunludur⁶⁰. Bildirimde bulunan vesayet makamı, sadece vesayet tedbirinin alınması gereken sebebi belirtecek olup uygulanacak tedbirin

⁵⁹ Gümüş, "Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)", 211-12; Kocağa, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması", 45; Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, 23. Baskı (İstanbul: Beta, 2021), 510; Aydın-Özdemir, "19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi", 196.

⁶⁰ Kocağa, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması", 44; Gümüş, "Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)", 212.

türünü, kendisine bildirimde bulunulan yerleşim yeri vesayet makamı belirler⁶¹.

Vasi ise vesayet altındaki küçüğü veya kısıtlıyı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bir kuruma yerleştirir veya orada alıkoyar ise bu durumu derhal vesayet makamına bildirmekle yükümlü tutulmuştur (TMK m. 446/1 ve 447/2). Bunun dışında küçüğün veya kısıtlının yasal temsilcisine herhangi bir bildirim yükümlülüğü yüklenmemiştir⁶². Keza, özel kanunla yetkilendirilmedikleri sürece kişinin bulunduğu veya alıkonulduğu kurumun da herhangi bir bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶³.

Bildirimin şekli ile ilgili kanunda herhangi bir sınırlama bulunmadığından bildirim yazılı veya sözlü şekilde yapılabilir. Ancak doğuracağı önemli sonuçlar sebebiyle bildirim yazılı şekilde yapılması daha uygun görünmektedir⁶⁴. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı veren kişinin bulunduğu yer vesayet makamı, verdiği kararın bir örneğini ilgili kişinin yerleşim yeri vesayet makamına göndererek bildirimini gerçekleştirmiş olur⁶⁵. Ancak diğer vesayet tedbirlerinin alınmasını gerektiren sebepler bulunuyorsa, bunların da kararlarla birlikte bildirilmesi gerekir⁶⁶.

Bildirimin yapılması ile birlikte kişinin yerleştirildiği veya alıkonulduğu kurumdan çıkarılması ya da bulunduğu kurumun değiştirilmesi gibi özgürlüğün kısıtlanmasını ilgilendiren konularda karar verme yetkisi ilgili kişinin yerleşim yeri vesayet makamına geçer. Bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen vesayet makamı veya diğer

⁶¹ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 213.

⁶² Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1958 N.10.

⁶³ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 213.

⁶⁴ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 214.

⁶⁵ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 214.

⁶⁶ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1959 N.14.

ilgililer, ilgili kişi veya üçüncü kişilerin bu sebeple uğradıkları zararı gidermekle yükümlüdürler⁶⁷.

Bildirim yapılması, kişinin içerisinde bulunduğu zayıflık halinin geniş bir çevrede öğrenilmesine yol açacağından bu durum kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurabilir. Bu nedenle, vesayet hukukunda geçerli olan orantılılık ilkesi gereğince hareket edilmeli ve zorunlu olmadıkça bildirim yoluna gidilmemelidir⁶⁸. İlgilinin kişilik hakkının korunması için gerek kararı veren gerekse karar kendisine bildirilen vesayet makamında görev alan kişilerin sır saklama yükümlülüklerinin olduğu da kabul edilmelidir. Nitekim, bir klinikte veya bakımevinde kalan kişinin durumunun çevresi ve yakınları tarafından bilinmesinde korunmaya değer bir menfaati bulunabilir⁶⁹.

D) KURUMA YERLEŞTİRME VE KURUMDAN ÇIKARMA KARARI VERİLMESİNDE GÖREVLİ MAHKEME

Kamu vesayetinde, vesayet tedbirlerini almaya görevli olan mahkeme vesayet makamı, yani sulh hukuk mahkemesidir (TMK m. 397). Vesayet tedbiri olarak özgürlüğün kısıtlanması yönünden de yerleştirme, alıkonulma ve kurumdan çıkarmaya ilişkin görevli mahkeme, vesayet makamı, yani sulh hukuk mahkemesi olarak kabul edilmiştir (TMK m. 433).

Özgürlüğü kısıtlanacak kişi ister vesayet altında olsun ister olmasın kural, özgürlüğün kısıtlanmasında görevli yer sulh hukuk mahkemesi olmakla birlikte⁷⁰ TMK m. 447 uyarınca yalnızca ergin ve kısıtlı

⁶⁷ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 214.

⁶⁸ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1957 N.8.

⁶⁹ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 213.

⁷⁰ Velayet altındaki ergin kişilerin yönünden de TMK m. 432 uygulanabileceğinden ve burada da görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olmasına rağmen Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, isabetsiz bir şekilde velayet altındaki ergin kişiler için görevli mahkemenin “aile mahkemeleri” olduğuna karar verilmiştir: Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, 21.10.2021 T., E. 2021/1038, K. 2021/1577, “Somut olayda velayet altında bırakılan ergin çocuk

kişiler için gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı olmak üzere vasiye de vesayet altındaki kişiyi yerleştirme veya alkoyma yetkisi tanınmıştır⁷¹. Vasinin, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı verme ve kararı icra etme yetkisi sınırlı bir yetki olup durumu derhal vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür (TMK m. 447/2). TMK m. 462 b. 13 hükmünde, vesayet altındaki kişinin bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna yerleştirilmesi vesayet makamının iznine tabi kılınmıştır. Bu durumda, TMK m. 447 hükmü ile m. 462 b. 13 hükmü birlikte ele alındığında, vesayet altındaki kişinin koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması hususundaki son kararın vesayet makamı tarafından verileceği anlaşılmaktadır⁷². O halde, vesayet makamı bildirim sonrasında zorunlu bir inceleme yapmalı, şayet kişinin durumu elveriyorsa derhal serbest bırakmalıdır (TMK m. 432/3)⁷³.

İsviçre hukukundaki görevli yerin tespitinin Türk hukukundaki düzenlemenin anlaşılması için önemli olması nedeniyle bu konuya da değinmek gerekir. Bilindiği üzere, İsviçre, federal bir devlet yapısına sahip olup kantonlardan oluşmaktadır. Her bir kantonun kendi meclisi, yasası, hükümeti ve mahkemesi bulunmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu'nda yaşanan 2008 revizyonundan önce İsviçre'de vesayet makamı görevini, mahkemeler, idari makamlar, özel bir komisyon hatta belediye meclisleri yürütmekteydi. Bu nedenle yeknesak bir

hakkında TMK 432 uyarınca tedaviye ilişkin talepte bulunulduğu, kısıtlanıp velayet altında bırakılmasına karar verilen çocuklar ve bunların malları hakkındaki uyuşmazlıklarda "velayet" hükümleri uygulanacağı, (17. H.D. 2013/9106E.-2013/11104K.) görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğu bu mahkemece (sulh hukuk mahkemesi) verilen görevsizlik kararın yerinde olmadığı anlaşılmıştır.", UYAP, E.T. 27.01.2022.

⁷¹ İsviçre'deki 2008 değişikliği ile birlikte, vasinin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde vesayet altındaki kişiyi koruma amacıyla bir kuruma yerleştirme yetkisi kaldırılmıştır. Bkz. Karabağ Bulut, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi", 527.

⁷² Karabağ Bulut, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi", 526.

⁷³ Onaran, Bilge. "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması (TMK 432-437)" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005), 14.

uygulama bulunmuyordu. Örneğin, belediye meclisi politik görevleri yapmak üzere halk tarafından seçilmiş, vesayet ile ilgili görevlerle ilgili herhangi bir uzmanlığı bulunmayan kişilerden oluşuyordu. Yeni düzenleme ile birlikte üyeleri uzmanlığa sahip kişilerden seçilen Yetişkinleri Koruma Makamı oluşturulmuştur (yeni İMK m. 440)⁷⁴. Yetişkinleri Koruma Makamı, çocukları koruma makamının görevlerini yapmakla da yetkilendirilmiştir. Kantonlar, Yetişkinleri Koruma Makamı olarak idari bir makamı belirleyebilecekleri gibi bir mahkemeyi de belirleyebilirler. Uzmanlık makamının iç organizasyonunu belirleme yetkisi kantonlara bırakılmıştır⁷⁵.

Mehaz eski İsviçre Medeni Kanunu m. 397b/2'de yeni İMK m. 429'da yer alan düzenlemeye benzer bir hüküm bulunmaktaydı. Hükme göre, gecikmesinde sakınca bulunan haller veya psikolojik rahatsızlıklarla sınırlı olmak üzere kantonlar yerleştirme veya alıkoyma yetkisini uygun mercilere tanıyabiliyordu⁷⁶. İsviçre'de birçok kanton söz konusu imkândan hekimler lehine yararlanmıştı⁷⁷. Bu hüküm ülkemizde federal devlet yapısı bulunmadığından Türk Medeni

⁷⁴ Psikolojik rahatsızlık veya zihinsel bir engeli bulunan ya da ağır bakımsız (ihmal edilmiş) olan kişinin, uygun bir kuruma yerleştirilmesinde veya bulunduğu kurumdan çıkarılmasında Yetişkinleri Koruma Makamı yetkilidir (yeni İMK m. 428/1). Yetişkinleri Koruma Makamı ancak istisnai hallerde çıkarma yetkisini devredebilir (yeni İMK m. 428/2). Ancak belirtmek gerekir ki kantonlar, Yetişkinleri Koruma Makamı yanında kanton hukukuna göre belirleyeceği süre ile sınırlı olmak üzere hekimleri de yerleştirme hususunda yetkilendirebilir (yeni İMK m. 429/1). Hekimlerin yerleştirme yetkisi, altı haftayı geçemez (yeni İMK m. 429/1). Hekim tarafından yerleştirme kararı verilmişse, yerleştirme süresi zarfında Yetişkinleri Koruma Makamı tarafından icra edilebilir bir yerleştirme kararı verilmediği takdirde, hekimin yerleştirme yetkisi en geç bu sürenin sonunda sona erer (yeni İMK m. 429/2). Hekimin yerleştirme yetkisine ilişkin usul kurallarına ise yeni İMK m. 430'da ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir.

⁷⁵ Konu hakkındaki açıklamalar için bkz. Yavuz/Erlüle/Topuz, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)*, 19 ve 140 dn. 42 ve 43'de yer alan açıklamalar.

⁷⁶ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1952 N. 10.

⁷⁷ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1952 N. 10; Yavuz/Erlüle/Topuz, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)*, 127.

Kanunu'na alınmamıştır⁷⁸. Yeni İMK m. 429'a göre, kantonlar Yetişkinleri Koruma Makamı yanında kanton hukukuna göre belirleyeceği süre ile sınırlı olmak üzere hekimleri de yerleştirme hususunda yetkilendirebilirler. Ancak hekimlerin yerleştirme yetkisi, altı haftayı geçemez. Dikkat edilirse, yeni düzenlemede kantonlara verilen yetki, gecikmesinde sakınca bulunan haller veya psikolojik rahatsızlıklarla sınırlandırılmamıştır. Ancak yetkinin sahibi ve süresi yönünden sınır getirilmiştir. Nitekim yerleştirme yetkisi sadece hekimlere ve altı haftalık azami süreyi geçmemek şartı ile verilebilir⁷⁹.

E) KURUMA YERLEŞTİRME VE KURUMDAN ÇIKARMA KARARI VERİLMESİNDE YETKİLİ MAHKEME

Yerleştirme, alıkonulma ve kurumdan çıkarmaya ilişkin yetkili mahkeme TMK m. 433'te düzenlenmiştir. Buna göre, ilgili kişinin yerleştirilmesi veya alıkonulması için karar verme yetkisi, kural olarak ilgilinin yerleşim yeri vesayet makamına aittir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde istisnai olarak bu yetki ilgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamı tarafından kullanılır (TMK m. 433/1)⁸⁰. Yerleştirme ve alıkonulmaya karar veren vesayet makamının, kurumdan çıkarmaya da yetkili olduğu kabul edilmiştir (TMK m. 433/2).

Yerleşim yeri, kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir (TMK m. 19/1). Ergin kişi, kısıtlanarak velayet altında bırakılmış ise, ana ve babasının yerleşim yerindeki; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim

⁷⁸ Aydın-Özdemir, "19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi", 195.

⁷⁹ Yavuz/Erlüle/Topuz, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)*, 127-28; Aydın-Özdemir, "19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi", 195.

⁸⁰ Mehaz eski İMK m. 397b'de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde "ilgili kişinin bulunduğu yerin" değil, "ilgili kişinin oturduğu yerin" yetkili olacağı ifade edilmiştir. Ancak, buradaki kişinin "oturduğu yer" kavramı geniş yorumlanarak "bulduğu yer" kavramına yakın bir anlamda kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1951 N. 6.

yerindeki vesayet makamı yerleştirme veya alıkonulma için yetkili olur. Diğer hâllerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır (TMK m. 21/1).

Ergin kişi, kısıtlanarak vesayet altına alınmış ise, onun yerleşim yeri, bağlı olduğu vesayet makamının bulunduğu yer olduğundan, yerleştirme veya alıkonulma için yetki bağlı olduğu vesayet makamındadır (TMK m. 21/2)⁸¹. Buradaki yetki, kamu düzenine ilişkin olup kesindir⁸². O halde hâkim, yargılamanın her aşamasında yetkili olup olmadığı hususunu gözetebileceği gibi yargılamanın tarafı olanlar da yargılamanın her aşamasında mahkemenin yetkisiz olduğu iddiasında bulunabilirler (HMK m. 19/1).

İlgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamı, sadece gecikmesinde sakınca bulunan hallerde özgürlüğün kısıtlanması (ve kurumdan çıkarma) için yetkilidir. Gecikmesinde sakınca bulunan bir durum yoksa, kişinin bulunduğu yer vesayet makamı hem özgürlüğün kısıtlanması hem de vesayete ilişkin diğer işler için yetkili değildir. Zira, vesayet işlerinde yetkiyi düzenleyen TMK m. 411'de gecikmesinde sakınca bulunan hallere özgü bir yetki belirlenmemiştir.

İlgili kişinin kurumdan çıkarılması ile ilgili olarak, Türk Medeni Kanunu m. 433/2'de, yerleştirme veya alıkonulma kararı veren ilgili

⁸¹ Vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişi yerleşim yerini değiştiremeyeceğinden (TMK m. 412/1), vesayet makamı izin vermedikçe koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması için yetki intikali de söz konusu olmaz. Nitekim Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 15.03.2021 T., E. 2021/535, K. 2021/3431, "Dava, 4721 sayılı TMK'nın 432. maddesi uyarınca koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması istemine ilişkindir. (...) Dosya kapsamından, her ne kadar kısıtlının yerleşim yerinin "Palandöken/ERZURUM" olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmişse de kısıtlının daha önce Akçaabat Sulh Hukuk Mahkemesinin 2019/363 Esas, 2019/607 Karar sayılı kararıyla vesayet altına alındığı ve bu mahkemece takip edildiği, kısıtlının yerleşim yeri değişikliğiyle ilgili olarak vesayet makamının izni bulunmadığı anlaşıldığına göre uyumsuzluğun Akçaabat Sulh Hukuk Mahkemesinde çözümlenmesi gerekmektedir.", UYAP, E.T. 25.01.2022. Aynı yönde bkz. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 08.11.2021, E. 2021/11536, K. 2021/12672, UYAP, E.T. 25.01.2022.

⁸² Gümüş, "Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)", 210.

kişinin yerleşim yeri vesayet makamının kurumdan çıkarmaya da yetkili olduğu belirtilmiştir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yerleştirme veya alıkonulma kararı halinde, kurumdan çıkarma hususunda yetki, daha sonra aşağıda ifade edeceğimiz TMK m. 434 hükmünde yer alan bildirim yükümlülüğü ile birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ilgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamı tarafından yerleştirme veya alıkonulma kararı verilmişse, bu karar ilgili kişinin yerleşim yeri vesayet makamına bildirileceğinden, eğer böyle bir bildirim yapılmış ise çıkarma kararını vermeye, ilgili kişinin yerleşim yeri vesayet makamı yetkili olur. Şayet henüz ilgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamı tarafından bildirim yapılmamış ve çıkarmaya ilişkin şartlar gerçekleşmişse, ilgili kişinin kurumdan çıkarılmasında, bulunduğu yer vesayet makamı yetkili olur⁸³. Ancak, ilgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamı tarafından bildirim yapılmış ve çıkarma şartları gerçekleşmiş ise de yerleşim yeri vesayet makamı tarafından karar verilmesi olanağı bulunmuyorsa (örneğin yerleşim yeri vesayet makamının bulunduğu yerde deprem olması gibi), o halde ilgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamının da çıkarma kararını verebileceği kabul edilmelidir⁸⁴.

Özgürlüğünün kısıtlanması ilişkin yargılama başladıktan sonra, ilgili kişinin yerleşim yerini veya bulunduğu yeri değiştirmesi, kısıtlama kararını verecek olan vesayet makamının yetkisini ortadan kaldırmaz⁸⁵. Bununla birlikte, özgürlüğün kısıtlanmasına dair kararın verilmesi ile kararın icrası (ilgili kişinin yerleştirilmesi veya alıkonulması) arasındaki dönemde ilgili kişinin yerleşim yerini değiştirmesi halinde, çıkarma kararını vermeye yeni yerleşim yerindeki vesayet

⁸³ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1953-1954 N. 16.

⁸⁴ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 210.

⁸⁵ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 210.

makamı yetkili olur⁸⁶. Ancak bunun için TMK m. 434 gereği, özgürlüğün kısıtlanması kararı veren vesayet makamının durumu, yeni yerleşim yeri vesayet makamına bildirmesi gerekir. Bu bildirim gerçekleşene kadar, ilgili kişinin kurumdan çıkarılmasına dair şartlar gerçekleşmiş ise kişinin kurumdan çıkarılmasında, daha önce kısıtlama (yerleştirme veya alıkonulma) kararı veren vesayet makamı yetkili olur⁸⁷.

II. KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASI KAPSAMINDA KURUMA YERLEŞTİRME VE KURUMDAN ÇIKARMA KARARLARINA KARŞI BAŞVURULABİLECEK YOLLAR

A) KURUMA YERLEŞTİRME VE KURUMDAN ÇIKARMA KARARLARINA KARŞI İTİRAZ VE İTİRAZ HAKKI

Vesayet makamının yerleştirme veya alıkonulma kararı ile kurumdan çıkarma talebinin reddine yönelik kararına ilişkin itiraz yolu, TMK m. 435'te düzenlenmiştir. Buna göre, kuruma yerleştirilen (veya kurumda alıkonulan) kişi veya yakınları, verilen karara karşı kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edebilirler (TMK m. 435/1). Bu hak, kurumdan çıkarma isteminin reddi halinde de mevcuttur (TMK m. 435/2).

Madde metninden (lafzından) de anlaşılacağı üzere yalnızca vesayet makamının kuruma yerleştirme veya kurumda alıkoyma kararı ile kurumdan çıkarma talebinin reddine dair kararına yönelik itiraz hakkından bahsedilmiştir. Bir görüş, madde lafzının mefhum-u muhalifinden hareketle, vesayet makamının özgürlüğün kısıtlanması talebinin reddine dair kararı ile kurumdan çıkarma talebinin kabulüne dair kararın itiraza konu olamayacağını ve kesin olduğunu kabul etmektedir⁸⁸. Diğer bir görüşe göre ise, burada menfi çözümün reddi ile bir gerçek olmayan boşluğun varlığı kabul edilerek madde lafzında

⁸⁶ Gümüş, "Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)", 211; Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1953-1954 N. 16.

⁸⁷ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1953-1954 N. 16.

⁸⁸ Kocağa, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması" 47 dn. 46.

belirtilmeyen vesayet makamı kararlarına yönelik de TMK m. 435 gereği itiraz imkanının bulunduğu kabul edilmelidir⁸⁹. Kanaatimizce, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının kişi özgürlüğüne getirdiği müdahale de göz önüne alınarak, kanun koyucunun burada bilinçli bir tercihte bulunduğu, bu sebeple de vesayet makamının özgürlüğün kısıtlanması talebinin reddine dair kararı ile kurumdan çıkarma talebinin kabulüne dair kararının kesin olduğu kabul edilmelidir.

İtiraz denetim makamına yapılacak olup denetim makamı, asliye hukuk mahkemesidir (TMK m. 397/2). Ancak hangi asliye hukuk mahkemesinin (denetim makamının) yetkili olacağı ise Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde, vesayet makamının yetkisinin belirlenmesine paralel bir yorum ile yetkili denetim makamının belirleneceği kabul edilmektedir⁹⁰. Buna göre, özgürlüğün kısıtlanması kararı ilgili kişinin yerleşim yeri vesayet makamı tarafından verilmişse, itiraz konusunda yetki, yerleşim yeri vesayet makamının bağlı olduğu denetim makamına aittir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında, özgürlüğün kısıtlanması kararı ilgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamı tarafından verilmişse TMK m. 434 hükmü gereği bildirim yapıp yapılmamasına göre yetkili denetim makamı belirlenir. İlgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamı tarafından yerleşim yeri vesayet makamına bildirim yapılmamışsa, itirazı inceleme yetkisi kişinin bulunduğu yer vesayet makamının bağlı olduğu denetim makamına aittir. Ancak yerleşim yeri vesayet makamına bildirim yapılmışsa, çıkarma yetkisi de artık yerleşim yeri vesayet makamına geçeceğinden itirazı inceleme yetkisi de yerleşim yeri vesayet makamının bağlı olduğu denetim makamına geçer.

Denetim makamına itiraz hakkı “ilgili kişi” ve “yakınlarına” tanınmıştır. İlgili kişi, özgürlüğü kısıtlanan kişidir. Bu kişinin itiraz hak-

⁸⁹ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 215; Yıldız/Gürsoy, *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esasları*, 235.

⁹⁰ Kocağa, “Koruma Amaçlı Özgürlüğün Kısıtlanması”, 47; Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 216.

kını kullanabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğunun kabul edilebilmesi için ise, kendi iradesi dışında bir kuruma yerleştirildiği veya kurumda alıkonulduğunun bilincinde olması ve kararın aksi yönündeki iradesini beyan edebilecek durumda olması gerekli ve yeterlidir⁹¹.

İlgili kişi, içerisinde bulunduğu zayıflık hali (akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi) nedeniyle çoğu zaman kendi hakkında verilen karara itiraz edebilecek durumda olmayabilir. Bu durumu öngören kanun koyucu itiraz hakkını ilgili kişinin yakınlarına da tanımıştır. Yakınların itiraz hakkı, ilgili kişinin itiraz hakkından ayrı ve ondan bağımsız niteliktedir. Burada asıl amaç, itiraz hakkını kullanamayacak bir durumda olan kişiye gerekli hukuki korumanın sağlanabilmesidir⁹². Bu sebeple, yakın kavramı geniş yorumlanmalıdır⁹³. Bu bağlamda, TMK m. 435'teki yakın kavramının, vasinin ve vesayet makamının işlemlerine karşı şikâyet ve itirazı düzenleyen TMK m. 461'deki ilgili kavramından daha geniş bir kapsama sahip olduğu söylenebilir⁹⁴. Mevzuat eski İMK m. 397'de "yakın" kavramı yerine daha kapsayıcı bir anlama sahip "yakınında bulunan kişi" kavramı tercih edilmiştir⁹⁵.

"Yakın" kavramı, koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan kişi ile belirli bir sosyal ilişki içerisinde bulunan ve onun menfaatlerini korumak isteyen kişi çevresini ifade etmektedir⁹⁶. Bu sebeple, ilgili kişiyi akrabalık, dostluk, mesleki faaliyet, görev vs. herhangi bir sosyal ilişki içerisinde iyi bir şekilde tanıyabilmiş herkes yakın kavramına dahil-

⁹¹ Gümüş, "Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)", 216.

⁹² İmamoğlu, Selma Hülya. "Vesayet Altındaki Küçüğün Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 446)". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, sayı 4 (2005): 299-342, 329.

⁹³ Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. 6. Baskı. Ankara: Turhan, 2015, 1361.

⁹⁴ Gümüş, "Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)", 216.

⁹⁵ Kocaağa, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması", 47.

⁹⁶ İmamoğlu, "Vesayet Altındaki Küçüğün Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 446)", 328.

dir⁹⁷. Bu cümleden olarak, kişinin ana ve babası, çocukları gibi hısımlık bağı ile bağlı olanlar ile arkadaşları, yasal temsilcisi (vasi gibi), doktoru, öğretmeni veya psikoloğu da yakın kavramının kapsamına dahildir⁹⁸. Keza, yakın kavramı için ilgili kişi ile hukuki bir bağ da şart olmayıp fiili bir bağın bulunması yeterlidir. Bu fiili bağ için ortak bir mekânda yaşama şartı da bulunmamaktadır. Örneğin, ilgili kişi ile birlikte kirada oturan arkadaşı gibi komşusu veya mesai arkadaşları da yakın kavramı kapsamındadır⁹⁹.

İlgili kişi veya yakınları tarafından yapılacak itiraz on gün içerisinde yapılmalıdır. Bu süre hak düşürücü niteliktedir¹⁰⁰. Ancak koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, bu süre geçirilse de ilgili kişinin çıkarılması için her zaman yetkili vesayet makamından talepte bulunulabilir¹⁰¹. Bu sebeple, süresi geçirildikten sonra yapılan itiraz kurumdan çıkarılma talebi kabul edilerek yetkili vesayet makamına gönderilmelidir.

İtiraz süresi ilgili kişi için TMK m. 436 b. 1 uyarınca, denetim makamına itiraz edebileceğine dair kendisine yapılan yazılı bildirimden (dikkat çekmeden) itibaren başlar. Vesayet makamı tarafından böyle bir bildirim (dikkat çekme) hiç veya gereği gibi yapılmamış ise o halde süre işlemeye başlamaz. Ancak kararın içeriği hakkında daha ön-

⁹⁷ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 217.

⁹⁸ Öztan, *Aile Hukuku*, 1361. Her zaman ilgili kişi ile arasında hısımlık bağı bulunanların ona yardım edeceği düşünülemez. Örneğin, babası tarafından tecavüze uğrayan ancak bunu yetkili makamlara ihbar edecek koşullarda bulunmayan bir kişinin durumunu öğrenen sağlık personeli gibi kişilerin yakın kavramına dahil olduğunu ve itiraz hakkını kullanabileceklerini kabul etmek gerekir. (Bkz. Cumaloğlu, “Koruma Amaçlı Özgürlüğün Kısıtlanması: Özellikle Psikososyal Engelli Bireyler Bakımından ‘Elverişli Kurum’ Sorunu”, 43-44.

⁹⁹ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 217.

¹⁰⁰ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1964 N. 18.

¹⁰¹ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1964 N.21.

ceden bilgi sahibi olunmuş ise süre işlemeye başlamadan da itiraz yoluna başvurulabilir¹⁰².

Yakınların itiraz süresinin ne zaman başlayacağı konusunda ise, doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş, TMK m. 435 hükmünün lafzından hareketle gerek ilgili kişi gerekse yakınları yönünden on günlük itiraz süresinin kendilerine yapılacak bildirimden itibaren başlayacağını kabul etmektedir¹⁰³. Gerçekten de TMK m. 435 lafzına bakıldığında, “Kuruma yerleştirilen kişi veya yakınları (...) kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içinde (...) itiraz edebilirler.” denilmektedir.

Karşı görüşte olan Gümüş’e göre¹⁰⁴ ise, ilgili kişinin yakınlarına yönelik herhangi bir bildirimde bulunulma yükümlülüğü bulunmamaktadır. TMK m. 435/1’in sanki ilgili kişinin yakınlarına yönelik bir bildirim yükümlülüğü varmış izlenimini uyandıran lafzı yanıltıcıdır. Burada yer alan bildirim, İsviçre hukukunda olduğu gibi TMK m. 436 b. 1’e göre yalnızca koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan ilgili kişiye yapılacak yazılı bildirim ifade eder ve bu bildirim yakınlar ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Bundan dolayı, TMK m. 435/1 hükmü, mehz eski İMK m. 397d/1 hükmü gibi okunmalı ve anlaşılmalıdır. Yakınların itiraz hakkı, özgürlüğün kısıtlanması kararı hakkında bilgi sahibi oldukları andan itibaren başlar.

Mehaz eski İsviçre Medeni Kanunu m. 397d hükmünde, ilgili kişinin veya onun yakınında bulunan bir kişinin bu karara karşı bildirim-

¹⁰² Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 218.

¹⁰³ Çavuşoğlu Işıntan, “Türk Hukukunda Yeni Bir Müessese Koruma Amacıyla Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması (MK m. 432-437)”, 303; Akıntürk/Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, 511; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 601; Gençcan, Ömer Uğur. “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Davaları”, *Adalet Dergisi*, sayı 12 (2002): 40-51, 51.

¹⁰⁴ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 214-218. Aynı yönde bkz. Aydın-Özdemir, “19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu’nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi”, 199; İmamoğlu, “Vesayet Altındaki Küçüğün Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 446)”, 336; Öztan, *Aile Hukuku*, 1362.

den itibaren on gün içinde yazılı olarak mahkemeye başvurabileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, TMK m. 435 hükmü ile mehz eski İMK m. 397d hükmü birebir örtüşmemektedir¹⁰⁵. TMK m. 435'te yer alan “kendilerine” ifadesinin, kanun koyucu tarafından bilinçli bir şekilde mi kullanıldığı yoksa çeviri hatası mı olduğu bilinmemektedir. Maddenin gerekçesinde de bu hususta herhangi bir açıklık bulunmama- makla birlikte, ilgili hükmün eski İMK m. 397d hükmünden aynen alındığı ifade edilmiştir¹⁰⁶.

Kanaatimizce burada, TMK m. 435 hükmünü TMK m. 436 b. 1 hükmü ile birlikte değerlendirerek sonuca gidilmelidir. TMK m. 436 b. 1 hükmüne göre, vesayet makamının kararın sebepleri hakkında bilgilendirme ve itiraz hakkı ile ilgili dikkat çekme yükümlülüğü yalnızca koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan kişiye karşıdır. Yakınlara yöne- lik herhangi bir bilgilendirme veya dikkat çekme yükümlülüğü kural olarak bulunmamaktadır. Ancak “yakınların” itiraz hakkına sahip ol- masındaki asıl amaç, koruma amacıyla da olsa özgürlüğü kısıtlanan kişiye bu karara karşı denetim makamına itiraz imkanının oluşturul- ması ile kararın en azından başka bir yargı merci tarafından deneti- minin sağlanması olduğuna göre, eğer ilgili kişi herhangi bir sebeple itiraz hakkını kullanamayacak durumda ise (örneğin, ayırt etme gü- cünden yoksunsa) TMK m. 436 b. 1'de yer alan bildirim istisnai olarak ilgilinin yakınlarına yapılır¹⁰⁷. Bu sayede ilgili kişinin yakınları, kararın sebepleri ve itiraz hakkı ile ilgili bilgilendirilmiş bir şekilde haklarını kullanabilirler.

O halde, ilgili kişinin içerisinde bulunduğu durum nedeniyle TMK m. 436 b. 1'de yer alan bilgilendirmenin yakınlarına yapıldığı hallerde yakınların itiraz hakkı kendilerine yapılan bildirimden itibaren başlar.

¹⁰⁵ İmamoğlu, “Vesayet Altındaki Küçüğün Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 446)”, 335.

¹⁰⁶ Türk Medeni Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/611, 1/425, 2/361, 2/680), Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayı No: 723, https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_3.pdf (E.T. 01.10.2021).

¹⁰⁷ İmamoğlu, “Vesayet Altındaki Küçüğün Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 446)”, 336.

Ancak böyle bir bildirim yapılmamış ise, yakınların itiraz hakkı, özgürlüğü kısıtlanan (ilgili) kişiye yapılan bildirim anından itibaren başlar. Yakınların itiraz hakkının, ilgili hakkındaki kısıtlama kararını öğrenmelerinden itibaren başlayacağını kabul edilmesi “yakın” kavramının geniş anlamı karşısında kararın çoğu kez şekli anlamda kesinleşmemesi sonucunu beraberinde getirebilir. Bu ise hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği zedeleyebilecek bir durumdur. Bu sebeple, kendisine bildirimde bulunulmayan yakınlar yönünden itiraz süresinin, özgürlüğü kısıtlanan (ilgili) kişiye yapılan bildirim anından itibaren başlayacağını kabul etmek gerekir. Keza, mehz eski İMK m. 397d hükmü de bu yöndedir.

İtirazın şekli ile ilgili TMK m. 435'te herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Oysa, mehz eski İMK m. 397d'de itirazın yazılı şekilde yapılacağı açıkça belirtilmiştir. O halde, itirazın yazılı veya sözlü şekilde yapılması mümkündür¹⁰⁸. Ancak sözlü yapılan itirazın derhal tutanağa bağlanması ile altının itirazda bulunana imzalatılması gerekir¹⁰⁹.

İtiraz hakkı, hakkında koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı alınan kişi için “şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması” niteliğindedir¹¹⁰. Ancak yakınların itiraz hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmayıp temsile dayalı olarak da ileri sürülebilir¹¹¹.

İlgili kişi veya yakınların itirazı üzerine denetim makamı, öncelikle özgürlüğü kısıtlanan kişinin korunmaya değer güncel bir menfaati bulunup bulunmadığını araştırmalıdır¹¹². Kişinin hukuka aykırı olarak

¹⁰⁸ Kocağa, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması”, 47.

¹⁰⁹ Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 218.

¹¹⁰ Nisbi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu yönünde, Gümüş, “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, 218.

¹¹¹ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1964 N. 20.

¹¹² Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1961 N. 7.

özgürlüğünün kısıtlanması, TMK m. 468 hükmü gereği devletin sorumluluğunu gerektirir¹¹³.

Denetim makamı, yapacağı inceleme sırasında vesayet makamının belirlediği kurumun elverişliliğini de denetler ve gerekirse kişinin başka bir kuruma yerleştirilmesine de karar verebilir¹¹⁴. Ancak denetim makamının, özgürlüğün kısıtlanması dışında başka bir vesayet tedbirini doğrudan alma yetkisi bulunmamaktadır. Şayet ilgili kişi hakkında vesayet altına almayı gerektiren bir sebep varsa, bu durumu yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadır (TMK m. 405/2). Denetim makamı, itiraz sonucunda alacağı kararı ilgili kişiye, itirazda bulunan yakınlarla, vesayet makamına ve kararın icrası için gerekli kişilere (örneğin, kuruma) bildirir¹¹⁵.

B) DENETİM MAKAMI KARARINA KARŞI KANUN YOLUNA BAŞVURU

Denetim makamının vereceği itirazın reddi veya kabulü kararına karşı kanun yoluna başvuru imkanının bulunup bulunmadığı ile ilgili doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, denetim makamının vereceği karar kesin olup kanun yoluna başvurulamaz¹¹⁶. Ancak bu görüşün sebebi ile ilgili herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

Diğer bir görüşe göre ise, denetim makamının kararının kesin olduğuna dair Türk Medeni Kanunu'nda veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının kişinin mevcut durumuna getir-

¹¹³ Mehaz eski İMK m. 429a'da koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması bakımından devletin sorumluluğu ayrıca düzenlenmiştir.

¹¹⁴ Gümüş, "Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)", 215.

¹¹⁵ Honsell/Vogt/Geiser, *Zivilgesetzbuch I: Art. 1-456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*, 1965-1966 N. 26-27.

¹¹⁶ Akıntürk/Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, 511; Gençcan, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Davaları", 51; Sert/Özçelik/Yıldırım, "Türkiye'de Akıl Hastalığı Olan Hastalarda Zorla Yatırma ve Zorla Tedavi/ Hukuki ve Etik Sorunlar", 400.

diği ağır müdahale de göz önüne alındığında denetim makamı kararlarına karşı kanun yolunun açık olduğu kabul edilmelidir¹¹⁷.

Kanaatimizce bu son görüş daha isabetlidir. Gerçekten de ne kişi özgürlüğünün kısıtlanmasında itirazı düzenleyen TMK m. 435'te ne de vesayet işlerinde vesayet makamının kararlarına karşı denetim makamına itiraz edilebileceğini düzenleyen TMK m. 461/2'de denetim makamı tarafından verilecek kararın kesin olduğuna dair herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Sadece, TMK m. 488'de vasinin görevden alınması ile ilgili vesayet makamı kararına yapılacak itirazın denetim makamı tarafından kesin şekilde karara bağlanacağı düzenlenmiştir. Bundan başka vesayet hukukunda, denetim makamı tarafından verilen kararın kesin olduğuna dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır¹¹⁸.

¹¹⁷ Çavuşoğlu Işıntan, "Türk Hukukunda Yeni Bir Müessese Koruma Amacıyla Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması (MK m. 432-437)", 304; Gümüş, "Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)", 219; Aydın-Özdemir, "19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi", 198; Öztan, *Aile Hukuku*, 1362; Yıldız/Gürsoy, *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esasları*, 237.

¹¹⁸ Yargıtay, isabetsiz bir şekilde (1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun kanun yolu hükümlerinin uygulandığı dönemde) koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yargılamasında denetim makamı tarafından verilecek kararların da TMK m. 488'de yer alan düzenlemeden bahisle kesin olduğunu ve temyize konu olamayacağını belirtmiştir. Bu yöndeki bir karar için bkz., Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 16.01.2018 T., E. 2017/7990, K. 2018/567, "Türk Medeni Kanunu'nun 432/1. maddesi uyarınca koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması istenilmiş, Mahkemenin davanın kabulüne dair kararına kısıtlı adayı tarafından itiraz edilmiş, itirazın Denetim Makamı tarafından reddi üzerine; karar kısıtlı adayı tarafından temyiz edilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 435. maddesi gereğince, kuruma yerleştirilen kişi veya yakınları, verilen karara karşı kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edebilirler. Bu hak, kurumdan çıkarılma isteminin reddi hâlinde de kullanılabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 422. maddesi gereğince de yapılan itirazları inceleme görevi; öncelikle vesayet makamı olan sulh mahkemesine, onun kabul etmemesi halinde denetim makamı olan asliye mahkemesine aittir. Türk Medeni Kanunu'nun 488. maddesinde ise, vesayet makamının kararlarına ilişkin itiraz üzerine verilen denetim makamı kararlarının kesin olduğu hükme bağlandığından; kısıtlı adayı tarafından temyiz dilekçesi verilmiş ise de, bu dilekçe, Türk Medeni Kanunu'nun 435. maddesi gereğince itiraz niteliğinde olup, denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesince incelenerek karar verildiğinden ve denetim makamının kararı da kesin olduğundan tem-

Kanun koyucu TMK m. 488'in gerekçesinde, vasinin görevden alınması ile ilgili durumu aşacak şekilde, bütün denetim makamı kararlarının kesin olduğunu belirtmiş ise de bu durum kanun sistematigi ile örtüşmemektedir¹¹⁹. Kanun koyucu, gerekçede belirttiği gibi, itiraz sonucu denetim makamının vereceği bütün kararların kesin olduğunu hükme bağlamak istiyorsa, bunun yeri vasinin görevden alınmasını usulünü düzenleyen hükümler arasında değil, vesayet dairlerinin görevlerini düzenleyen genel nitelikteki TMK m. 461 ve devamı hükümleri arasında olmalıydı¹²⁰.

Usul kanunu olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341, m. 382/2 b. (b) (19) ve m. 362/1 b. (ç) hükümlerine göre ise, vesayet işlerinin (koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması da dahil) birer çekişmesiz yargı işi olduğu, çekişmesiz yargı işinin Yargıtay'da temyize konu olamayacağı, ancak Bölge Adliye Mahkemeleri'nde istinafa konu olabileceği düzenlenmiştir¹²¹. O halde, hukuki yararı bulunan ilgililer tarafından denetim makamının vereceği itirazın reddi veya kabulü kararına karşı, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri dairesinde istinaf yoluna başvurulabilirler (HMK m. 387).

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında, kanun yollarına başvuru ile ilgili halihazırda ülke genelindeki yargı uygulamasına baktığında ise Bölge Adliye Mahkemeleri tarafından bu konuda yeknesak bir uygulamada bulunulmadığı, üst dereceli mahkemelerin birbiri ile çelişen kararlarının bulunduğu görülmektedir. Bazı kararlara göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yargılamasında vesayet

yiz isteminin REDDİNE, (...) karar verildi.", UYAP, E.T. 25.01.2022. Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 18.01.2018, E. 2017/8405, K. 2018/875, UYAP, E.T. 25.01.2022.

¹¹⁹ Türk Medeni Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/611, 1/425, 2/361, 2/680), Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayı No: 723, https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_3.pdf (E.T. 01.10.2021).

¹²⁰ Aydın-Özdemir, "19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi" 198 dn. 82.

¹²¹ RG. 04.02.2011, S. 27836; Aydın-Özdemir 198 dn. 83.

makamı tarafından verilen kararlar denetim makamı tarafından “kesin” şekilde karara bağlanmalıdır. Bu kararların dayanak noktasından ilki, çok ilginçtir ki “HMK m. 341’de istinaf yoluna başvurulabilen kararların belirtildiği, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ile ilgili kararların burada istinaf yoluna başvurulabilen kararlar arasında sayılmadığı” şeklindedir¹²². Oysa HMK m. 341’de ilk derece mahkemelerinin “nihai kararlarına” karşı istinaf yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Denetim makamının itiraz incelemesi sonucunda vereceği itirazın reddi veya kabulü kararının nihai bir karar olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Denetim makamı tarafından verilecek kararın kesin olduğuna ilişkin kararların diğer dayanak noktasını TMK m. 488’de yer alan düzenleme oluşturmaktadır. Buna göre, vasinin görevden alınması ile ilgili söz konusu düzenleme keyfi bir şekilde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yapılacak itirazlara da teşmil edilmektedir¹²³.

¹²² Bu yönde kararlar için bkz., Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, 17.09.2021 T., E. 2021/1085, K. 2021/1160, “Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler gözönüne alındığında, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararlarına karşı yapılan itirazların inceleme görevinin, denetim makamı olan Asliye Hukuk Mahkemesine ait (5133 S.K. md.2-3, TMK md.397) olduğu, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 341. maddesinde istinaf yoluna başvurulabilen kararların yazılı olduğu, “Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması” kararının istinaf yoluna başvurulabilen kararlardan olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, istinaf dilekçesinin reddi ve evrakın denetim makamına gönderilmesi ve denetim makamınca bu konuda kesin bir karar verilmesi için dosyanın mahkemesine iadesine karar verilmesi gerekir.”, UYAP, E.T. 27.01.2022; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 35. Hukuk Dairesi, 11.10.2017, E. 2017/2965, K. 2017/1451, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu 341.maddesinde istinaf yoluna başvurulabilen kararların yazılı olduğu, “Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması” kararının istinaf yoluna başvurulabilen kararlardan olmadığı anlaşılmıştır. (...) İncelenen mahkeme kararının istinafı mümkün olmadığından başvurunun usulden reddine, karar vermek gerekmiştir.”, UYAP, E.T. 27/01/2022.

¹²³ Bu yönde bir karar için bkz., Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi, 17.04.2018 T., E. 2018/738, K. 2018/551, “Türk Medeni Kanunu’nun 432/1. maddesi uyarınca koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması istenilmiş, mahkemece talebin kabulü ile tedavi ve koruma amaçlı sağlık kurumuna yerleştirme kararı verilmiş, bu karara karşı tedavi ve koruma amaçlı kuruma yerleştirilen tarafından itiraz edilmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 435. maddesi gereğince kuruma yerleştirilen kişi veya yakınları, verilen karara karşı kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edebilirler. Bu hak, kurumdan çıkarılma isteminin reddi hâlinde de kullanılabilir. Türk Medeni Kanunu’nun 422.

Bazı bölge adliye mahkemesi kararları ise, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yargılamasında verilen kararlara karşı istinaf yolunun açık olduğu yönündedir. Bu kararlarda oldukça isabetli bir şekilde, TMK m. 488'de yer alan düzenlemenin sadece vasinin görevden alınması yargılamasında vesayet makamı tarafından verilen kararlara karşı yapılacak itirazları kapsadığı, diğer vesayet makamı kararlarına yapılacak itirazların ise hükmün kapsamında bulunmadığı, dolayısıyla istinaf yolunun açık olduğu kabul edilmektedir¹²⁴. Ancak

maddesi gereğince de yapılan itirazları inceleme görevi; öncelikle vesayet makamı olan sulh mahkemesine, onun kabul etmemesi halinde denetim makamı olan asliye mahkemesine aittir. Öyle ise mahkemece verilen koruma amaçlı özgürlüğü kısıtlamaya yönelik kararın yukarı da açıklanan kurallar çerçevesinde değerlendirilip, vesayet makamınca itiraz nedenleri yerinde görülmediği takdirde buna ilişkin kararla birlikte evrakın denetim makamına gönderilmesi ve denetim makamınca bu konuda Türk Medeni Kanunu'nun 488. maddesi uyarınca kesin bir karar verilmesi için dosyanın mahkemesine iadesine karar verilmesi gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur.", UYAP, E.T. 27/01/2022.

¹²⁴ Bu yöndeki bir karar için bkz., Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, 19.11.2021 T., E. 2021/2437, K. 2021/1679, "Tüm dosya içeriğine ve dosyada mevcut belgelere göre; Kısıtlı hakkında aldırılan Elmalı Devlet Hastanesi ve Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesinin heyet raporlarında kısıtlı hakkında müşahade altında tutularak rapor düzenlenmesinin gerektiğinin bildirildiği, Antalya Eğitim ve Araştırma hastanesinin 01.07.2021 tarihli raporuna göre ilgilinin yapılan muayenesinde kendisine "bipolar affectif bozukluk, manik epiod içgörüsü mevcut değil, tedaviyi kabul etmiyor" gerekçesiyle vasi tayini gerektiği ve şuan ki haliyle toplum açısından tehlikeliliği mevcut olup kapalı serviste tedavi altına alınmasının uygun olduğunun bildirildiği anlaşılmış olup mahkemece bu rapora dayanarak 01/09/2021 tarihinde kısıtlama ve sağlık kurumuna yerleştirme kararı verildiği, rapor ve karar tarihi itibarıyla rapora dayanarak yerel mahkemece kısıtlama ve tedavi kararı verilmesinde isabetsizlik bulunmadığı anlaşıldığından kısıtlının istinaf başvurusu yerinde görülmediğinden esastan reddine karar vermek gerekmektedir. 4721 sayılı TMK'nun 422. maddesi gereğince vasinin şahsına-sıfatına karşı yapılan itirazları veya vasinin ileri sürdüğü kaçınma sebeplerini inceleme görevi, öncelikle vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine, onun kabul etmemesi halinde denetim makamına aittir. Türk Medeni Kanunu'nun 397. maddesinde de denetim makamı görevinin asliye hukuk mahkemesine ait olduğu hükme bağlanmıştır. Vasi adayının atanmış vasinin şahsına yönelik itirazına ilişkin dilekçenin açıklanan kurallar çerçevesinde değerlendirilip vesayet makamınca itiraz nedenleri yerinde görülmediği takdirde denetim makamınca bu konuda Türk Medeni Kanunu'nun 488. maddesi uyarınca kesin bir karar verilmesi gerektiğinden dilekçede bahsedilen karara karşı istinaf kanun yolunun açık olmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle, vasi adayının esasa yönelik istinaf itirazlarının reddine, vasinin şahsına yönelik istinafının ise itiraz niteliğinde olduğu, bu kararın istinaf kanun yoluna tabi olmadığı, bu talep hakkında denetim makamınca TMK'nun 488. maddesi uyarınca kesin bir karar verilmesi gerektiği anlaşıldığından bu yöndeki

ne yazık ki bu kararlarda, TMK m. 435 hükmü tamamen göz ardı edilmekte, istinaf yolunun denetim makamının (asliye hukuk mahkemesinin) vereceği itirazın reddi veya kabulü kararına karşı değil, vesayet makamı (sulh hukuk mahkemesi) kararlarına karşı (yerleştirme, alıkoyma, kurumdan çıkarılma talebinin reddi) açık olduğu kabul edilmektedir¹²⁵.

Kanaatimizce, denetim makamı tarafından verilecek itirazın reddi veya kabulü kararına karşı HMK m. 387 hükmü gereği iki haftalık süre içerisinde istinaf yoluna başvurma imkanının bulunduğu kabul edilmelidir. Uygulamada, vesayet makamı kararlarına karşı istinaf yoluna başvuru imkanının kabul edilmesi sonucu TMK m. 435'in işlevsiz bırakılması isabetli değildir. Zira TMK m. 435 hükmü sayesinde, ilk derece mahkemelerinin (vesayet ve denetim makamının) aynı mahalde bulunmaları ve ulaşılabilir olmaktadır kolaylıkları nedeniyle, gecikmeye mahal vermeden itiraz üzerine, ilgili kişinin denetim makamı tarafından bizzat dinlenerek özgürlüğünden gereksiz yere mahrum edilmesi engellenmektedir. Denetim makamı tarafından verilecek olan kararın HMK m. 387 hükmü uyarınca istinafi ise kişi özgürlüğünün kısıtlanması gibi oldukça önemli bir kararda, kararın hukuka uygunluğunun bir kez de üst dereceli mahkeme tarafından denetlenmesi imkânı tanımaktadır.

istinaf kanun yoluna başvuru dilekçesinin usul yönünden reddine karar verilmesi gerekir.", UYAP, E.T. 27.01.2022.

¹²⁵ İstinaf yolunun açık olduğunu kabul eden Bölge Adliye Mahkemesi ilgili dairelerinin uygulamasının ekseriyetle bu yönde olduğu görülmektedir. Örneğin, bkz., Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, 09.09.2021 T., E. 2021/1361, K. 2021/1252, UYAP, E.T. 27.01.2022; Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi, 29.06.2021 T., E. 2021/622, K. 2021/845, UYAP, E.T. 27.01.2022; Konya Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, 09.03.2021 T., E. 2021/174, K. 2021/323, UYAP, E.T. 27.01.2022; Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi, 22.12.2020 T., E. 2020/1371, K. 2020/1199, UYAP, E.T. 27.01.2022; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi, 27.02.2019 T., E. 2018/2846, K. 2019/354, UYAP, E.T. 27.01.2022.

SONUÇ

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında talep edilebilecek tedbir, koruma ihtiyacı bulunan kişinin kısıtlanması ve bu çerçevede bir kuruma yerleştirilmesidir. Bu kararın verilebilmesi için aranan; kişinin ergin olması, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması sebeplerinden (zayıflık hallerinden) birinin bulunması, kişisel korunmanın başka şekilde sağlanamaması (orantılılık), toplum için tehlike oluşturma şartları yanı sıra elverişli bir kurumun bulunması da önemli şartlardan biridir.

Kurum kavramının kapsamına, kişinin iradesine karşı veya iradesi bulunmaksızın hareket serbestisinin hissedilebilir ölçüde sınırlandırılarak kişisel korunmasının sağlandığı, hastane, bakımevi, yurt, rehabilitasyon merkezleri veya klinik gibi yerler girmektedir. Kurumun kamusal idarenin yönetiminde olmasının veya özel hukuk teşebbüsleri tarafından yönetilmesinin bir önemi yoktur. Kurum kavramının somutlaştırılmasında, Türk Medeni Kanunu'nda düzenleme olmamakla beraber Sosyal Hizmetler Kanunu'ndan yararlanılabilir.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumundan beklenen amacın gerçekleştirilmesi, kişinin ihtiyaç duyduğu tedavi, eğitim, ıslah veya bakımı sağlamaya elverişli kurumlar sayesinde mümkün olur. Bu sebeple, sözü edilen kurumların hem fiziki hem de hukuki yapılarının pozitif hukuk düzenlemesiyle belirlenmesi gerekir. Bu sebeple, Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzükte öngörülen “Koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan ergin kişinin tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilmesi veya alıkonulmasına ilişkin esas ve usulleri düzenleyen yönetmeliğin” en kısa zamanda çıkarılması gerekmektedir.

Kişinin tedavisi, eğitimi veya ıslahı için yerleştirileceği veya alıkonulacağı kurumun “elverişli” olması şarttır. Elverişliliğin somut olayın şartlarına göre belirlenmesi gerekir. Kurumun organizasyon yapısının, personel kapasitesinin vs. tümü ile kişinin ihtiyacı olan tedavi, eğitim, ıslah veya bakımı kişiye özgü olarak esaslı bir şekilde

sağlamaya yetecek düzeyde olması gerekir. Kurumun, kişinin kolaylıkla ayrılmasını engelleyici güvenlik önlemlerini haiz olması da gerekir.

İlgili kişinin yerleştirilmesi veya alıkonulması için karar verme yetkisi, kural olarak ilgilinin yerleşim yeri vesayet makamına aittir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde istisnai olarak bu yetki ilgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamı tarafından kullanılır (TMK m. 433/1). Yerleştirme ve alıkonulmaya karar veren vesayet makamının, kurumdan çıkarmaya da yetkili olduğu kabul edilmiştir (TMK m. 433/2).

Kuruma yerleştirilen (veya kurumda alıkonulan) kişi veya yakınları, verilen karara karşı kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edebilirler. Bu hak, kurumdan çıkarma isteminin reddi halinde de mevcuttur. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının kişi özgürlüğüne getirdiği müdahale de göz önüne alınarak, hükmün zıt anlamı gereği, vesayet makamının özgürlüğün kısıtlanması talebinin reddine dair kararı ile kurumdan çıkarma talebinin kabulüne dair kararının kesin olduğu kabul edilmelidir.

Denetim makamına itiraz hakkı “ilgili kişi” ve “yakınlarına” tanınmıştır. İlgili kişi, özgürlüğü kısıtlanan kişidir. Bu kişinin itiraz hakkını kullanabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Yakınların itiraz hakkı, ilgili kişinin itiraz hakkından ayrı ve ondan bağımsız niteliktedir. “Yakın” kavramı, koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan kişi ile belirli bir sosyal ilişki içerisinde bulunan ve onun menfaatlerini korumak isteyen kişi çevresini ifade etmektedir.

Denetim makamının kararının kesin olduğuna dair bir hüküm bulunmamakla birlikte, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının kişinin mevcut durumuna getirdiği ağır müdahale de göz önüne alındığında denetim makamı kararlarına karşı kanun yolunun açık olduğu kabul edilmelidir.

Uygulamada, bölge adliye mahkemeleri çoğunlukla koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yargılamasında verilen kararlara karşı

istinaf yolunun açık olduğu yönünde kararlar vermektedirler. Ancak bu kararlarda istinaf yolunun denetim makamının (asliye hukuk mahkemesinin) vereceği itirazın reddi veya kabulü kararına karşı değil, vesayet makamı (sulh hukuk mahkemesi) kararlarına karşı (yerleştirme, alıkoyma, kurumdan çıkarılma talebinin reddi) açık olduğu kabul edilmektedir. Kanaatimizce, denetim makamı tarafından verilecek itirazın reddi veya kabulü kararına karşı HMK m. 387 hükmü gereği istinaf yoluna başvurma imkânı kabul edilmeli, vesayet makamı kararlarına karşı TMK m. 435 gereği önce denetim makamına itiraz yoluna başvurulabilmeli, doğrudan istinaf yoluna başvurulmamalıdır. Aksi halde TMK m. 435'in işlevsiz bırakılmasına yol açılır.

| YAZAR BEYANI | |
|------------------------------------|--|
| Mali Destek/Teşekkür Beyanı: | Bulunmamaktadır. |
| Yazarların Katkıları | Birinci yazar % 30, ikinci yazar % 70 oranında katkı sağlamıştır. |
| Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| Etik Kurul Onayı: | Gerekmemektedir. |

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*. 23. Baskı. İstanbul: Beta, 2021.

Aydın-Özdemir, Elif. "19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, sayı 2 (2013): 171-209.

Çavuşoğlu Işıntan, Pelin. "Türk Hukukunda Yeni Bir Müessese Koruma Amacıyla Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması (MK m. 432-

- 437)”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, sayı 2 (2004): 297–306.
- Cumalıoğlu, Emre. “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması: Özellikle Psikososyal Engelli Bireyler Bakımından ‘Elverişli Kurum’ Sorunu”. *İzmir Barosu Dergisi*, sayı 1 (2021): 15-51.
- Dağlı, Mehmet. *Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Hukukunda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*. Ankara: Turhan, 2011.
- Gençcan, Ömer Uğur. “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Davaları”. *Adalet Dergisi*, sayı 12 (2002): 40–51.
- Gümüş, Mustafa Alper. “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, sayı 2 (2004): 189–228.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas. *Zivilgesetzbuch I: Art. 1–456 ZGB (Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht)*. 3. Auflage. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2006.
- İmamoğlu, Selma Hülya. “İsviçre Medeni Kanununun Yurtlarda veya Bakım Kurumlarında Kalan Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Kişiler Hakkındaki Hükümleri ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 68, sayı 1 (2019): 213–240.
- İmamoğlu, Selma Hülya. “Vesayet Altındaki Küçüğün Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 446)”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, sayı 4 (2005): 299–342.
- Karabağ Bulut, Nil. “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi”. *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, sayı 2 (26 Ekim 2020): 517–561. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0010>.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. 5. Baskı. Ankara: Turhan, 2020.
- Kocaağa, Köksal. “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, sayı 1

(2006): 33–54.

Onaran, Bilge. “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması (TMK 432-437)” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005.

Öztaş, Bilge. *Aile Hukuku*. 6. Baskı. Ankara: Turhan, 2015.

Sert, Gürkan/Özçelik, Hatice/Yıldırım, Gülay. “Türkiye’de Akıl Hastalığı Olan Hastalarda Zorla Yatırma ve Zorla Tedavi/ Hukuki ve Etik Sorunlar”. *Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Lokman Hekim Tıp Tarihi ve Folklorik Tıp Dergisi* 9, sayı 3 (2019): 393–404.

Spirig, Eugen. “Die Allgemeine Ordnung der Vonnundschaft, Die fürsorgliche Freiheitsentziehung Art. 397a- 397f”. İçinde *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band, Das Familienrecht*, editör Peter Gauch ve Jörg Schmid, 3. Auflage. Zürich: Schulthess, 1995.

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. 12. Auflage. Zürich: Schulthess, 2002.

Yavuz, Cevdet/Erlüle, Fulya/Topuz, Murat. *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)*. İstanbul: Beta, 2017.

Yıldız, Ekrem/Gürsoy, Serhan. *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esasları*. İstanbul: Vedat, 2010.

ELEKTRONİK AÇIK ARTIRMA SURETİYLE SATIŞTA ARTIRMA AŞAMASI

Auction Phase In Electronic Auction Sales

*Dr. Mustafa Okur**

ÖZET

Açık artırma suretiyle satışın bir türü olan, İcra ve İflâs Kanunu'nda 7343 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle hukukumuzda giren, elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışta, satış sürecinin tamamı elektronik ortamda gerçekleşir. Artırmaya katılmak için yüzde on oranında teminat gösterilmesi gerekir. Birinci artırmada satışın herhangi bir nedenle gerçekleşmemesi halinde ikinci artırma yapılır. Birinci artırma ve ikinci artırma, elektronik satış portalında yapılan elektronik ilanda belirtilen gün ve saat aralığında tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilir, artırma tekliflerinin tamamı elektronik ortamda verilir ve artırmalar elektronik ortamda sona erer. Artırma bittikten sonra artırmının sonucu ile ilgili olarak icra müdürü tarafından artırma sonuç tutanağı düzenlenir ve artırma bittikten sonraki

* Nuh Naci Yazgan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e posta: mokur@nny.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0211-8187.

Makale Geliş Tarihi:26.01.2023

Makale Kabul Tarihi:10.03.2023

⇒ Atıf Şekli: Mustafa Okur, "Elektronik Açık Artırma Suretiyle Satışta Artırma AŞaması", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18/1 (2023): 47-112.

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



ilk iş gününde elektronik satış portalında ilan edilir. Artırma neticesinde şartlar gerçekleşmişse en yüksek teklifi verene mal ihale edilir. Satış bedelinin artırma sonuç tutanağının ilan edildiği tarihten itibaren yedi gün içinde ödenmesi gerekir. Satış bedeli ödendikten ve ihale kesinleştikten sonra da satılan malın teslim ve tescil işlemleri gerçekleştirilir.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Satış, Artırmanın Yapılması, Artırma Teklifi, İhale, Artırma Sonuç Tutanağı

ABSTRACT

In electronic auction sales, which is a type of sale by auction and entered into our law with the amendments made in the Execution and Bankruptcy Law with Law No. 7343, the entire sales process takes place in electronic environment. Ten percent security is required to participate in the auction. If the sale is not realized in the first auction for any reason, the second auction is made. The first and second auctions are carried out completely electronically within the day and time interval which are specified in the electronic advertisement that is made on the electronic sales portal, all of the auction bids are submitted electronically and the auctions end in the electronic environment. After the auction is over, the report of auction results is prepared by the executive director regarding the outcome of the auction and is announced on the electronic sales portal on the first business day after the auction ends. If the conditions are met as a result of the auction, the goods are awarded to the highest bidder. The sale price must be paid within seven days from the date of the announcement of the auction results. After the sale price is paid and the tender is finalized, the delivery and registration of the sold goods are carried out.

Keywords: Electronic Sales, Holding an Auction, Auction Bid, Tender, Report of Auction Results

GİRİŞ

Cebri icra hukukunda para alacaklısının alacağı, borçlunun mal-varlığının paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen para ile ödenir¹. Alacaklının başvurusu üzerine başlayan takip prosedüründe, takibin kesinleşmesine rağmen borçlu rızası ile borcunu ödemediği takdirde, haczedilen veya rehnolunan taşınır veya taşınmaz mallar satılarak paraya çevrilir. Hacizli veya rehinli malların borca karşılık alacaklıya verilmesi mümkün değildir². İflâs yolunda da alacaklılar iflâs masasına giren mal ve hakların satılarak paraya çevrilmesi ve alacaklılar arasında paylaştırılmasıyla tatmin edilir.

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na göre temel paraya çevirme yöntemi açık artırma suretiyle satışır. Taşınmazların pazarlık suretiyle satışı mümkün olmayıp mutlaka açık artırma suretiyle satışın gerçekleştirilmesi gerekir. Taşınırın da açık artırma suretiyle satışı esas olmakla beraber, taşınırın 119. maddede belirtilen istisnai bazı hallerde pazarlık suretiyle satışı da mümkündür. İflâsta, ikinci alacaklılar toplantısında alacaklıların, taşınırın ve hatta taşınmazların pazarlık suretiyle satışına karar vermeleri imkân dahilinde (m. 241, I; m. 309/e)³ olsa da iflâsta da temel paraya çevirme yöntemi açık artırma suretiyle satışır. Yine ortaklığın giderilmesi satışları da açık artırma suretiyle satış yöntemiyle gerçekleştirilir. Yani cebri icra hukukunda esas olan, olağan paraya çevirme yolu, açık artırma sure-

¹ Şükran Akgün, İcra Hukuku ve İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme Haczin Hukuki Niteliği (İstanbul: Der Yayınları, 2020), 38; Nilüfer Boran Güneysu, İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 26; Pınar Çiftçi, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), 129; R. Murat Dönmez, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 7; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (Ankara: 3. Baskı, Adalet Yayınevi 2013), 601; Baki Kuru ve Burak Aydın, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (Ankara: 7. Baskı, Yetkin Yayınları 2022), 198; Muhammet Özkes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 96; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı (İstanbul: 9. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, 2022), 31.

² İstisna olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 14. maddesi ile borcun süresinde ödenmemesi halinde, belirli şartlar dahilinde alacaklıya rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep etme imkânı verilmiştir.

³ İflâsta, acele hallerde birinci alacaklılar toplantısında da pazarlıkla satışa karar verilmesi mümkündür (m. 224, I).

tiyle satış olup bu yöntemle her türlü mal ve hakkın paraya çevrilmesi mümkündür⁴.

İcra ve iflâs hukukunda açık artırma ile satış, önceden belirlenen yer ve zamanda hazır bulunanlar arasında, fiyatın birbirini izleyen tekliflerle oluştuğu süreç sonunda, kanun tarafından belirlenen şartlara uyması halinde, satışa çıkarılan malın, icra organlarınca, mal üzerinde tasarrufa yetkili kişinin rızası gerekmeksizin, en yüksek teklifte bulunan kişiye satılmasıdır (ihale edilmesidir)⁵. Burada borçlar hukuku anlamında bir satış değil, bir cebri icra tasarrufu olarak paraya çevirme söz konusudur⁶. Cebri açık artırma ile satışa kural olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesine ilişkin hükümleri değil, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki düzenlemeler uygulanır⁷. Cebri açık artırmalar mal sahibinin alacaklıları lehine resmi makamlar tarafından yapılmakta, artırma için mal sahibi borçlunun rızası gerekmemektedir⁸. Bununla birlikte yetişmemiş mahsullerin satışı için borçlunun muvafakati gerekir (m. 112, II).

⁴ Uğur Bulut, İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK m. 120) (Ankara: Adalet Yayınevi 2013), 9.

⁵ Ramazan Arslan, İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984), 39; Bulut, 9; Dönmez, İcra ve İflâs, 11; Mine Erturgut, İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi (Ankara: Yetkin Yayınları, 2000), 38; Aslan, Elif Kısmet, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi (İzmir: Güncel Yayınevi, 2004), 16; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 1 (Ankara: 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013), 677; Seda Özmumcu, Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2005), 20; F. Ceren Sadioğlu, Artırma Yoluyla Satış (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020), 2, 161-162; Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları (İstanbul: 8. Baskı, Filiz Kitabevi, 2004), 251.

⁶ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku (Ankara: Güncellenmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022), 388; Bulut, 5, dn. 8; Dönmez, İcra ve İflâs, 8; Sadioğlu, 3.

⁷ İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar, İcra ve İflâs Hukuku (Ankara: 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022), 237; Mert Namlı, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019), 326.

⁸ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 397, dn. 3; Büşra Kazmaz Tepe, İcra Hukukunda Elektronik Ortamda Teklif Verme (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 23; Mustafa Emir Üstündağ, Medeni Hukukumuzda Taşınmazların Açık Artırma Suretiyle Satımı (Ankara: Bilge Yayınevi, 2014), 14.

Cebri açık artırmalar kural olarak, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılmakla beraber, kamu alacaklarının tahsili için yapılacak cebri artırmalar, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre gerçekleştirilir⁹. Satış işlemleri icra müdürü veya icra müdürü tarafından görevlendirilen, icra müdür yardımcısı veya icra kâtibi tarafından yapılır¹⁰. Cebri açık artırma ile satışta, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen açık artırma ile satıştan farklı olarak, mülkiyet teslim veya tescille değil, ihale ile alıcıya geçer (TBK m. 279, III). Cebri açık artırma ile satış bir özel hukuk sözleşmesi olmayıp, özel hukuka ilişkin sonuçlar doğuran bir kamusal işlem (cebrî icra tasarrufu) niteliğindedir¹¹. Cebri artırmayla satışlarda önalım hakkının kullanılması da mümkün değildir (TMK m. 733, I; TBK m. 240, II).

Cebri açık artırma ile satışlar 2012 yılına kadar bütünüyle fiziki ortamda yapılan artırma neticesinde sonlanmakta iken 6352 sayılı Kanun¹² ile yapılan değişikliklerle, açık artırmaların, elektronik ortamda verilen tekliflerle başlaması ve sonrasında yine fiziki ortamda yapılan artırma neticesinde satış sürecinin sonlanması şeklinde karma bir yöntem benimsenmiştir. Elektronik ortamda teklif verme imkânı getirildikten sonra, fiziki artırmaların tamamen kaldırılarak, artırmaların bütünüyle elektronik ortama taşınmasının artırmalara ilgiyi daha da artıracığı; bu noktada sisteme alışmanın zaman alacak olması, sistemsel arızaların ortaya çıkabilecek olması gibi bir takım

⁹ Üstündağ, Medeni Hukukumuzda, 17-18.

¹⁰ Kuru, 620, 664; Mustafa Oskay, Coşkun Koçak, Adnan Deynekli ve Ayhan Doğan, İİK Şerhi, Madde 100 - 176/b, Cilt 3 (Ankara: 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2007), 3089. Aksi Görüş: İcra ve İflas Kanununun Takbikatına Dair Nizamname'nin (RG: 2.10.1932, S. 2215) 4. maddesindeki "...muvavinleri bulunmadığı takdirde tetkik merciince tensip edilecek bir katip tarafından vekaleten ifa olunur" hükmünden hareketle, icra müdürünün satışın yapılması için icra katibi görevlendiremeyeceği ifade edilmiştir (Dönmez, İcra ve İflâs, 69; Orhan Eroğlu, "İcra Müdürü Tarafından İhalenin Kaldırılmasına Karar Verilmesi ve İzlenecek Prosedür -İİK m.133-", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7/14 (2019): 505). Ortaklığın giderilmesi satışlarında görevlendirme sulh hukuk mahkemesi hâkimi tarafından yapılmakta olup (HMK m. 322, II) mahkeme yazı işleri müdürü, zabıt katibi veya o yerdeki icra müdürü satış memuru olarak görevlendirilebilir (Kuru, 664).

¹¹ Erturgut, 36; Namlı, 325-326; Sadioğlu, 3; Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 243-244.

¹² RG: 05.07.2012, S. 28344.

riskler olsa da bunların üstlenilerek elektronik sisteme geçilmesinde fayda olduğu belirtilmiştir¹³. 7343 sayılı Kanun ile “Elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış” madde başlığı altında İcra ve İflâs Kanunu’na eklenen 111/b hükmü ile tüm satış işlemleri elektronik ortama taşınmış, fiziki ortamda yapılan artırmalara son verilmiştir. Öğretide elektronik satışlarda internet altyapısı ve hızından kaynaklı bir takım teknik ve hukuki sorunların yaşanabileceği belirtilmiştir¹⁴; satış işlemlerinin bütünüyle elektronik ortama taşınarak, her durumda satışın elektronik ortamda tamamlanması yerine, 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde olduğu gibi elektronik ortamda teklif verme şeklinde başlayan artırmaların fiziki ortamda yapılan artırma ile tamamlanabilmesi konusunda icra memuruna yetki verilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmiştir¹⁵. Böyle bir yöntemin izlenmesi yerine, yeknasak bir uygulama ile satış işlemlerinin tamamen elektronik ortama taşınması, kanun koyucunun elektronik satış işler kılma konusundaki kararlılığını göstermektedir.

Açık artırma suretiyle satışın, artırmaya hazırlık işlemleri ve artırmanın yapılması olmak üzere iki temel aşaması bulunmaktadır. Bu çalışmada, elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışın, artırma

¹³ Emre Şengül, “Haczedilen Taşınmazların Paraya Çevrilmesi” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2017), 96.

¹⁴ Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, İcra ve İflâs Hukuku (Ankara: 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022), 262; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes, 219; Selçuk Öztekin, Cebri Satışlarda (Yeni Bir Açık Artırma Türü Olarak) Elektronik Ortamda Açık Artırma Suretiyle Satışa İlişkin Bazı Notlar (İstanbul: Platon Hukuk Yayınevi, 2022), 35.

¹⁵ Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes, 219. Almanya ve Avusturya hukukunda artırmanın fiziki veya elektronik ortamda yapılması hususunda icra organının takdir yetkisi bulunmaktadır (bkz. Cengiz Topel Çelikoğlu, “7343 Sayılı Kanunla İİK’da Yapılan Paraya Çevirme ve İhâlenin Feshi’ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı”, Adalet Dergisi 68/1 (2022): 424-425). Kamu icra hukukunda, 6183 sayılı Kanun m. 85, 90, 97 hükümleri ile satış komisyonlarına taşınır veya taşınmazları fiziki veya elektronik ortamda açık artırma ile satma hususunda yetki verilmiştir. Artırma ilanına ilişkin 7418 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerde olduğu gibi satışa çıkarılan malın değerine göre bir belirleme yapılarak, muhadden bedeli belirli tutarın altındaki satışlar tümüyle elektronik ortama taşınırken, belirli tutarın üzerindeki artırmalarda icra müdürüne takdir yetkisi verilerek suretiyle öncesinde olduğu gibi elektronik ortamda verilen tekliflerle başlayan artırmaların fiziki ortamda yapılan artırma ile tamamlanması imkânı sağlanabilirdi.

aşaması, elektronik satış süreci ile ilgili genel birtakım bilgiler verildikten sonra, artırmanın yapılması ve artırma sonucunun ilan edilmesi başlıkları altında incelenecektir.

I- GENEL OLARAK ELEKTRONİK SATIŞ SÜRECİ

Elektronik satışa ilişkin usul ve esaslar m. 111/b, X ve Geçici m. 18, I hükmüne göre çıkarılan “İcra ve İflas Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik”¹⁶ de düzenlenmiştir. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine entegre Elektronik Satış Portalı üzerinden İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde açık artırma suretiyle yapılan satışlara, kısaca elektronik satış denir (m. 111/b, I; Yönetmelik m. 3, I-c). 7343 sayılı Kanun ile getirilen elektronik satışa ilişkin İcra ve İflâs Kanunu m. 111/b düzenlemesiyle, satış işlemlerinin takip ekonomisi ilkesine uygun işlemlerle gerçekleştirilmesi, tüm ilgililerin hukuki yararlarının korunarak satışa çıkarılan mal ve hakkın olabildiğince yüksek bedelle satılması, uygulama birliğinin sağlanması amaçlanmıştır¹⁷.

Elektronik satışa ilişkin kurallar, sadece hacizli taşınır ve taşınmazların satışında değil, aynı zamanda taşınır rehninin veya ipoteğin paraya çevrilmesi ile iflâs tasfiyesi ve ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlar da dahil olmak üzere İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre yapılan tüm satışlar için uygulanacaktır. Elektronik satışa ilişkin yeni kuralların uygulanmasına, Adalet Bakanlığınca belirlenen il ve ilçelerde, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 08.03.2022 tarihinden itibaren başlanmış olup¹⁸; en geç 08.03.2023 tarihine kadar tüm ülke genelinde elektronik satış uygulamasına geçilmesi öngörülmüş (Geçici m. 18, II; Yönetmelik Geçici m. 1) ve bu doğrultuda 02.01.2023 tarihinde tüm ülke il ve ilçe adliyeleri icra daireleri ve satış memurluklarında satış-

¹⁶ RG: 8.3.2022, S.31772.

¹⁷ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 396.

¹⁸ Adalet Bakanlığı duyuruları ile ilk olarak 15.03.2022 tarihinde Ankara Batı (Sincan) Adliyesinde uygulanmaya başlanan elektronik satış, 01.06.2022 tarihinde Ankara, Bursa ve Kayseri, 01.09.2022 tarihinde Konya, Kocaeli, Samsun, Van, Antalya, Mersin, Gaziantep, Aydın, 01.11.2022 tarihinde de İstanbul il ve ilçe adliyelerinde uygulanmaya başlanmıştır (https://avukat.uyap.gov.tr/portal_baslangic.uyap, et: 24.12.2022).

lar tamamen elektronik ortamda Elektronik Satış Portalı üzerinden yapılmaya başlanmıştır¹⁹. Geçiş tarihinden önce ilanı yapılmış açık artırmalar hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nun 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önceki hükümleri ile ilga edilen hükümlerinin uygulanmasına devam edilecektir (Geçici m. 18, II)²⁰. Teknolojinin nimetlerinden yararlanma olanağı sunan, elektronik satışa ilişkin yeni kurallar, uygulayıcıların işini kolaylaştırdığı gibi, satışı gerçekleştiren organların iş yükünü azaltmış, ihale sürecini de kısaltmıştır²¹. Yaklaşık bir yıllık pilot uygulamalardan sonra, tüm ülke genelinde hayata geçen elektronik satış uygulamasında, artırmalara katılımın giderek arttığı görülmekte, teknik nedenlerden kaynaklı ciddi manada herhangi bir sıkıntı yaşanmadığı ifade edilmektedir. Adliye binalarında, bilgisayar ve internet kullanımı konusunda kişilere imkânlar sunulması, internete erişimden kaynaklı olası sorunların da büyük ölçüde aşılmasını sağlayabilecektir.

A- Elektronik Satış Portalı

İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde açık artırma sureti ile satışların yapıldığı Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine entegre elektronik ortam²², elektronik satış portalı olarak adlandırılmaktadır (Yönetmelik m. 3, I-ç). Elektronik satış portalı, elektronik satışta en önemli mecra konumunda olup artırmanın yapılması ve sonuçlandırılması bütünüyle elektronik satış portalında gerçekleşmektedir. Ar-

¹⁹ <https://esatis.uyap.gov.tr/main/esatis/index.jsp>, et: 21.01.2023.

²⁰ Elektronik satışa ilişkin 7343 sayılı Kanun ile getirilen yeni hükümlerin uygulanmasında açık artırmanın ilân tarihi belirleyici olmuştur (Hakan Pekcanitez ve Mine Akkan, "7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 160 (2022): 255).

²¹ Çelikoğlu, 424.

²² Elektronik ortam, dar anlamda kapalı ve açık bilgisayar ağlarını, özellikle de interneti ifade ederken, geniş anlamda verilerin sayısallaştırılarak elektronik iletişim araçlarıyla aktarıldığı ve saklandığı her türlü ortamı ifade etmektedir (Sinan Sami Akkurt, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60/1 (2011): 19, 25-26; Habip Oğuz, "Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 3 (2013): 3).

tırmaya katılanlar tekliflerini icra dairesine elektronik ortamda iletmekte, icra dairesi de artırma sonucunu elektronik ortamda açıklamaktadır. Elektronik satış portalı ile tüm ilgililerin portalı takip etmek suretiyle her türlü bilgiye rahatlıkla ulaşmaları ve portal aracılığı ile gerekli bilgiyi iletmeleri mümkün hale gelmiştir²³.

Elektronik satış portalı ile cebri satış işlemlerinin teknoloji ile birleştirilerek, daha şeffaf bir ortamda, zamandan ve mekandan bağımsız bir şekilde, daha fazla katılımcı ile yapılması, malın gerçek değerinde satışının gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır²⁴. Elektronik satış portalı üzerinden Türkiye genelindeki icra ve iflâs daireleri ile satış memurlukları tarafından satışa çıkarılan mal ve haklar incelenebilmekte, bunlarla ilgili olarak teminat ve teklif işlemleri gerçekleştirilmektedir. Elektronik satış portalı sayesinde zaman ve mekandan bağımsız olarak, tatil gün ve saatlerinde bile teminat ve teklif işlemleri yapılması mümkün hale gelmiştir.

Elektronik satış portalına, <https://esatis.uyap.gov.tr/> adresinden, e-Devlet şifresi ile giriş yapılmaktadır. E-Devlet kapısı üzerinden girilen, kısaca UYAP E Satış olarak adlandırılan portalı kullanabilmek için kullanım sözleşmesinin onaylanması gerekmektedir. Kullanım sözleşmesinin onaylandıktan sonra portal üzerinden ihale inceleme işlemleri yapılabilmektedir. İletişim/iban bilgilerini portala kaydeden, MERNİS sistemine kayıtlı Yurtiçi Mernis Adresi olan kullanıcılar ise teminat gösterme ve teklif verme işlemlerini gerçekleştirebilmektedir²⁵.

Elektronik satış portalı ana sayfasında, ana sayfa ilanları ile sorgulama alanı bulunmaktadır. Ana sayfa ilanlarında, teklif verme süresinin bitimine 3 gün kalmış, en yüksek kıymetli, fotoğrafı bulunan, ilk 60 ihale, kıymetlerine göre yüksekten düşüğe göre sıralanarak göste-

²³ Serdar Kale, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış", (Erişim Tarihi 27.04.2022), <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>.

²⁴ <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21774>, et: 21.01.2023.

²⁵ <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21775>, et: 21.01.2023.

ılmaktadır²⁶. Arama alanında ise birime göre arama²⁷ yapılabilirdi gibi, taşınır, taşınmaz ve taşıt olmak üzere üç ana kategoriye göre de arama yapılabilirmekte, aramalarda alt kategori²⁸, marka, il/ilçe, birim, ihale başlangıç bitiş tarihleri, model aralığı, muhammen bedel açısından filtreleme yapılabilirmektedir.

Arama düğmesine tıklandığında, seçime uygun ihaleler listelenmekte, listelenen ihalelerin satırlarında, "İncele" ve "İhale Evrak Listesi" olmak üzere iki düğme bulunmaktadır. İnceleme düğmesine tıklandığında, istenilen ihalenin inceleme, teminat ve teklif ekranları açılmaktadır²⁹. İhale Evrak Listesi düğmesi tıklanarak, satış kararı, satış ilanı, düzeltme ilanı, ilanların ekleri, satış şartnamesi ve artırma sonuç tutanağı gibi evraklar görüntülenebilmekte ve görüntüleme için gerekli programlar indirilebilmektedir³⁰. Yine "İhaleler" sekmesi altında, "En Çok Teklif Verilen İhaleler" ile, "İhalesi Bitecek İhaleler", ve "Uzatılan İhaleler" ile ilgili sayfalar görüntülenebilmektedir. İhalelerim sekmesi altında "Teklif Verdiklerim", "İzlediklerim", "Teminatını Yatırdıklarım", "Kazandığım İhaleler" butonları tıklanarak, son 6 ay ile sınırlı olmak üzere istenilen sorgulamalar yapılabilirmektedir.

²⁶ <https://esatis.uyap.gov.tr> > destek > esatis_hakkında, et: 21.01.2023.

²⁷ Birime göre aramalarda, ihaleyi yapan birimin ili, birimin ilçesi, birimin adı ve birimin dosya numarası seçilerek sorgulama yapılmakta, dosya numarası ile arama yapılmak istendiğinde, birim adının seçilmesi gerekmektedir (<https://esatis.uyap.gov.tr> > destek > esatis_hakkında, et: 21.01.2023).

²⁸ Taşınır alt kategori alanında, Beyaz Eşya, Mobilya, İnşaat Malzemesi, Tarım Makinaları, Elektronik Eşya, Gıda, Tekstil/Konfeksiyon, Tıbbi Cihazlar, Sanayi Makinaları, Acele Satışı Gerektiren Mallar, Hisse Senedi, İsim ve Telif Hakkı, Patent, Silah, Yetişmemiş Zirai Mahsuller, Değerli Madenler ve Diğer seçenekleri; Taşınmaz alt kategori alanında Müstakil Ev, Arsa, Dükkan, Tarla, İmalathane, Kargir, Apartman, Bağ, Besi Damı, Samanlık, Fabrika, Daire, Gemi ve Diğer seçenekleri; Taşıt alt kategori alanında, Kamyon, Otomobil, Otobüs, Tır, Minibüs, Motosiklet, Ticari, Arazi Aracı, İş Makinesi, Traktör, Frigofirik Kasa, Tarım, Kamyonet, Damperli Kasa ve Dorse seçenekleri bulunmaktadır (<https://esatis.uyap.gov.tr> > destek > esatis_hakkında, et: 21.01.2023).

²⁹ <https://esatis.uyap.gov.tr> > destek > esatis_hakkında, et: 21.01.2023.

³⁰ <https://esatis.uyap.gov.tr> > destek > esatis_hakkında, et: 21.01.2023.

Satış süreçlerini takip etmek için 4060 UYAP SMS servisine abone olunabilmektedir. Abone olan katılımcıya teklif verdiği ihale ile ilgili bilgiler SMS yoluyla gönderilmektedir³¹.

B- Elektronik Satış Sürecinin Başlaması

Takip sürecinde, satış aşamasına geçilerek cebri icra organı tarafından satış işlemlerinin yapılabilmesi için satış talebinde bulunulması gerekir. İcra dairesinin, kural olarak, herhangi bir satış talebi olmadan kendiliğinden satış işlemlerine başlaması mümkün değildir³². Takibin başlatılması ve haciz için borçluya herhangi bir yetki verilmemiş olsa da satış talebinde bulunma konusunda borçluya da yetki verilmiş, alacaklı dışında borçlunun da satış talebinde bulunabileceği açıkça düzenlenmiştir (m. 106, I; m. 113, I)³³.

³¹ <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21770>, et: 22.01.2023.

³² Cenk Akil, "İcra Hukukunda Mükellefiyetler Listesi", Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt 1, (Ankara: Yetkin Yayınları 2015), 123; İbrahim Aşık, Satış Talebinin Geri Alınması (İİK m.110/1), Prof. Dr. Selçuk Özteke'ye Armağan, Cilt 1 (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 352; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku (Ankara: 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022), 278; Kuru, 602; Kuru ve Aydın, 199; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özkes, 215; Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 238; Mehmet Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, İcra ve İflâs Hukuku (İstanbul: 8. Baskı, Beta Yayınları, 2021), 255. İstisnaen icra memuru kıymeti süratle düşen veyahut muhafazası masraflı olan malların satılmasına karar verebilir (m. 113, II). Yine tamamlama haczi sonrası haczedilen mallarda herhangi bir satış talebi gerekmezsiniz mümkün olduğu kadar çabuk bir şekilde satılır (m. 139, I, c.2).

³³ Alacaklının satış talebinde bulunarak alacağına kavuşmasında menfaati olduğu gibi, borçlunun da satış talebinde bulunarak, tasarruf yetkisini kısıtlayan haciz işleminden sonra sürecin uzamaması konusunda menfaati bulunmaktadır (Dönmez, İcra ve İflâs, 14; Hakan Pekcanitez ve Nedim Meriç, "Borçlunun Talebiyle Satış", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 151 (2020): 239). 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce borçlunun satış talebinde bulunabileceğine ilişkin tek düzenleme m. 113, I'de yer almakta, taşınmazların satışının düzenlendiği m. 123'de benzer bir hüküm bulunmamaktaydı. Doktrinde bir görüş borçlu tarafından taşınmazların da satışının talep edilebileceği yönündeyken, diğer görüş taşınmazlarla ilgili olarak herhangi bir hükmün bulunmaması ve m.113'e atıf yapılmaması nedeniyle, borçlunun taşınmazların satışını talep etmesinin mümkün olmadığı ileri sürmekteydi (bkz. Namlı, 342; Pekcanitez ve Meriç, 241-243; Dönmez, İcra ve İflâs, 12-15). Her ne kadar m. 150/g'de m. 112-137 hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiş olsa da benzer tartışma rehinli takipler bakımından da söz konusuydu. Bir görüş sadece taşınır rehinde borçlunun satış talebinde bulunabile-

Satış işlemlerinin yapılarak satışının gerçekleştirilebilmesi için kural olarak, alacaklı veya borçlu tarafından, bir yıllık³⁴ satış isteme süresi içinde (m. 106, I)³⁵, yazılı, sözlü veya elektronik ortamda UYAP

çeğin kabul ederken, diğer görüş hem taşınır rehni ve taşınmaz ipoteği bakımından borçlunun satış talebinde bulunabileceğini ileri sürmekteydi (bkz. Pekcanitez ve Meriç, 244-247). 7343 sayılı Kanun ile m. 106'da yapılan değişiklikle alacaklı yanında borçlunun da satışı talep edebileceği açıkça genel olarak düzenlenmiş ve bu konudaki tartışmalar son verilmiştir. İcra ve İflâs Kanunu m. 106 ile genel bir düzenleme getirilmiş olması nedeniyle, borçlunun da satış talebinde bulunabileceğini taşınır satışları bakımından özel olarak düzenleyen m. 113, I hükmüne ihtiyaç kalmadığından, söz konusu düzenlemenin yürürlükten kaldırılması uygun olurdu (Aşık, 353). 106'ncı maddedeki özel hüküm getirilmeden önce, m. 113 hükmündeki "satış yapılabilir" ifadesinden hareketle haklı olarak öğretide borçlunun satış talebi halinde, icra müdürünün satışın yapılması konusunda takdir yetkisi bulunduğu, icra müdürünün satış talebini uygun bulması gerektiği belirtilmişti (bkz. İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları (İstanbul: 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2010), 527; Pekcanitez ve Meriç, 253, 255; Muşul, İcra ve İflâs, 671; Özmumcu, 12; Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 238). Kanımızca yeni getirilen m. 106 hükmünün lafzı dikkate alındığında, icra müdürünün borçlunun satış talebi üzerine satışı yapıp yapmama konusunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Nasıl ki alacaklının satış talebi üzerine satışın gerçekleştirilmesi zorunluysa, borçlunun talebi üzerine de satış işlemlerine başlanarak, satışın yapılması gerekir. Borçlunun kesinleşmiş bir takip ve kesin haciz olmadan satış talebinde bulunması mümkün değildir (Pekcanitez ve Meriç, 238). Kesin haciz ayakta kaldığı sürece, borçlu satış talebinde bulunabilir (Pekcanitez ve Meriç, 252). Alacaklının satış talebinde bulunduğu hallerde borçlu, borçlunun satış talebinde bulunduğu hallerde alacaklı satış talebinde bulunamaz (Pekcanitez ve Meriç, 247, 255-256). Zira alacaklı veya borçlu tarafından satış talebinde bulunulmasıyla, icra dairesinin satışı hazırlık işlemlerini yapma ve satışı gerçekleştirme yükümlülüğü doğacak, diğer tarafın ikinci kez satış talebinde bulunması anlamsız olacaktır (Pekcanitez ve Meriç, 255-256).

³⁴ Ortaklığın satış suretiyle giderilmesinde, taraflardan her biri, kararın kesinleşmesinden itibaren on yıl içinde satış talebinde bulunabilirler (Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, İcra ve İflâs Hukukuna Göre İhale, İhale Süreci ve İhalenin Feshi (Ankara: 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022), 23). Rehinli takiplerde ise alacaklı, taşınır rehlin satışını ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren altı ay içinde, taşınmaz rehlin satışını ise bir yıl içinde istemelidir (m. 150/e, I). Belirtilen süreler satış içinde istenmez veya satış talebi geri alınıp da bu süreler içinde yenilenmezse, hacizli takiplerden farklı olarak takip düşer (m. 150/e, II).

³⁵ Süresinde satışın istenmemesi veya satış talebinin geri alınıp aynı süre içinde yenilenmemesi halinde mal üzerindeki haciz kalkar (m. 110, I, c.1), ancak icra takibi düşmez derdest kalmaya devam eder (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 391; Aşık, 359; Kuru, 607; Özmumcu, 16; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes, 218; Bilgehan Yeşilova, İcra ve İflas Hukuk ve Medeni Usul Hukuku (Ankara: Orion Yayınları, 2010), 64). Borçluya rızai satış yetkisi verilmesi halinde (m. 111/a), taksit sözleşmesi devam ettikçe (m. 111/III), istihkak davası süresince (m. 97, VIII), geçici haciz veya ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmedikçe

üzerinden (m. 8; m. 8/a) satış talebinde bulunulması; kıymet takdiri³⁶ ve satış giderleri³⁷ ile sicile kayıtlı motorlu araçlar için muhafaza giderlerinin tamamının peşin olarak ödenmesi gerekir³⁸; aksi takdirde satış talebi yapılmamış sayılır (m. 106, III-V)³⁹.

Taşınır malların satışı, satış talebinden itibaren iki ay içinde (m. 112, I), taşınmaz malların satışı da satış talebinden itibaren üç ay içinde (m. 123, I) yapılmalıdır⁴⁰. Haczedilen malların belirtilen süreler içinde elektronik açık artırma suretiyle satışının gerçekleştirilebilmesi için, satış talebi üzerine bir takım hazırlık işlemlerinin yapılması; bu kapsamda öncelikle daha önce kıymet takdiri yapılmamışsa haczedi-

(m. 108, I), menfi tespit davasında verilen ihtiyati tedbir kararı ile takip durdurulmuşsa (m. 72), İcra ve İflâs Kanunu m. 89, III'e göre açılan menfi tespit davası devam ettikçe satış isteme süreleri işlemez (Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 283). Satış isteme süreleri hak düşürücü olup icra müdürlüğü tarafından re'sen dikkate alınacak sürenin geçmesiyle satışı talep hakkı düşer, mal üzerindeki haciz kalkar (Aşık, 351-352; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 390-391; Abdurrahim Karşlı, İcra ve İflâs Hukuku (İstanbul: 4 Baskı, Filiz Kitabevi, 2022), 415-416, 419; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukukunda; İhale ve İhalenin Feshi (Ankara: Adalet Yayınevi 2016), 39; Ruhi ve Ruhi, 18, 22; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 257-259).

- ³⁶ Satış talebinden önce satışı talep edilen taşınır veya taşınmazın kıymet takdiri yapılmış ve kesinleşmiş ise satış talebinde bulunurken kıymet takdiri giderinin yatırılması gerekmez (Kale, "Online Satış")
- ³⁷ Satışa hazırlık ve satış işlemleri için alınacak satış giderleri Adalet Bakanlığınca her yıl yürürlüğe konulan (RG: 8.3.2022, S. 31772) Satış Giderleri Tarifesine göre belirlenir (m. 106, VII).
- ³⁸ Satış giderleri genellikle satış talebinde bulunan tarafça ödenmekle beraber, diğer tarafça ödenmesine de herhangi bir engel yoktur (Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 284-285; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 268).
- ³⁹ Satış giderlerinin satış talebiyle birlikte peşin olarak ödenme zorunluluğu getirilerek, satışı talep edilen mal ve hakkın değer kaybına uğramadan, yediemin ücretleri artmadan, kısa bir süre içinde satışının gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır [İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/3911) ve Adalet Komisyonu Raporu (TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı: 285), s. 8, 12].
- ⁴⁰ Söz konusu süreler satışın gecikmeksizin gerçekleştirilmesine yönelik olarak icra dairesi için öngörülen, kesin nitelikte olmayan süreler olup belirtilen sürelerde satış işlemlerinin tamamlanmaması satışı geçersiz hale getirmeyeceği ve ihalenin feshi sebebi teşkil etmeyeceği halde, sürelere uyulmaması icra memurunun hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğunu doğurabilecektir (Necmeddin M. Berkin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1980), 306; Eroğlu, 499; Postacıoğlu ve Altay, 559; Ruhi ve Ruhi, 39, 54; Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 251).

len malın kıymet takdirinin yapılması⁴¹, açık artırmanın ilan edilmesi⁴², açık artırma şartnamesinin⁴³ ve taşınmazlarda mükellefiyetlerin olması durumunda mükellefiyetler listesinin⁴⁴ hazırlanması gerekir⁴⁵.

⁴¹ Alacaklı veya borçlunun satış talebi üzerine bir satışa hazırlık işlemi olan kıymet takdiri yapılmadan ve kesinleşmeden satışın yapılması mümkün değildir (Boran-Güneysu, 144). Kıymet takdirinin yapılmamış olması satışa engel olduğu halde, satış talebine engel değildir (Boran-Güneysu, 144; Eroğlu, 499). Süresinde yapılan satış talebinin icra müdürü tarafından reddedilmiş olması, alacaklının haczinin düşmesi sonucunu doğurmaz (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 16.02.2018, E. 2016/4, K. 2018/1, RG: 29.06.2018, S. 30463). Satış talebiyle birlikte, satış giderlerinin bir parçası olarak artırmaya hazırlık işlemi olarak kıymet takdiri giderlerinin de ödenmesi gerekir (Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, 231). İcra ve İflâs Kanunu m. 106, III, V hükmünde önemine binaen kıymet takdiri giderlerinden de ayrıca söz edilmiştir.

⁴² Açık artırma ilgililerin satıştan haberdar olmaları, daha çok kişinin artırmaya katılımının sağlanarak malın olabildiğince yüksek bir fiyattan satışının gerçekleştirilmesi için ilan edilir (Arslan 45-46; Aslan, 55; Dönmez, İcra ve İflâs, 78; Muşul, İcra ve İflâs, 714; Namlı, 382). Açık artırma ilanıyla, satıştan haberdar olacak ilgililerin, gerekli hazırlıkları yapabilmeleri için, ilanın satıştan uygun bir süre önce yapılması gerekir (Berkin, 310). İlgili düzenlemelerde birinci artırma ve ikinci artırmanın yapılacağı gün ve saat aralığının, artırma başlangıç tarihinden en az on beş gün önce ilan edilmesi ve elektronik satış portalında yapılacak ilanın artırmanın bitimine kadar erişime açık tutulması öngörülmüştür (m. 114, II; m. 126, I; Yönetmelik m. 12, I).

⁴³ Artırma şartnamesi, satış işlemlerini gerçekleştirecek icra personeli tarafından hazırlanan, satışa çıkarılan taşınır veya taşınmazın fiziki ve hukukî durumu hakkında bilgi veren, satışa çıkarılan mal ile ilgili hak ve yükümlülüklerin belirttiği, artırma ile ilgili şartların yer aldığı, hangi şartların gerçekleşmesi halinde taşınır veya taşınmazın satılacağını (ihale edileceğini) gösteren belge niteliğinde olup, artırma şartnamesinin hazırlanması satışa hazırlık işlemleri kapsamında yapılması gereken işlemlerden birisidir (Arslan 47; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 399; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, 241-242; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 297; Dönmez, İcra ve İflâs, 130; Karanlı, 426; Namlı, 445; Mustafa Okur, Adli Teminat (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 282, dn. 35; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özkes, 234-235; Postacıoğlu ve Altay, s. 576; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 295).

⁴⁴ Artırmaya hazırlık işlemleri kapsamında, ilan üzerine hak sahipleri tarafından süresinde yapılan bildirimler ve tapu sicilindeki kayıtlar dikkate alınmak suretiyle icra memuru tarafından hazırlanması gereken mükellefiyetler listesi, artırma şartnamesinin bir cüz'ünü teşkil eden tapu sicili niteliğinde bir belge olduğu gibi, aynı zamanda satış bedelinin paylaşılma şeklini gösteren bir sıra cetveli niteliğindedir (Akil 123-124; Arslan 47-48; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 414, 416; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 308; Boran-Güneysu, 158; Kuru, 656; Kuru ve Aydın, 221-222; Namlı, 449; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özkes, 235).

⁴⁵ Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, 226; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 397-398, 413; Boran-Güneysu, 159-160; Eroğlu, 500; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 294;

Satış talebi üzerine, icra dairesi tarafından gecikmeksizin artırmaya hazırlık işlemlerine başlanır⁴⁶. Satışa hazırlık işlemleri yapılmadan ve tamamlanmadan, artırmanın yapılması mümkün değildir. Artırmaya hazırlık işlemleri tamamlandıktan sonra, artırma aşamasına geçilir ve satış talebi geri alınmadıkça⁴⁷ satış işlemleri re'sen gerçekleştirilir⁴⁸. Artırma aşamasında satış işlemleri icra dairesi tarafından yapılan hazırlık işlemlerine uygun olarak yapılır⁴⁹.

Artırma aşamasında önce elektronik ortamda artırma yapılır, sonrasında artırma sonucu elektronik ortamda ilan edilir. Fiziki satışlarda, artırma sonucu, artırmadan hemen sonra, artırmanın bitimiyle aynı anda ilan edildiği halde, elektronik satışlarda artırma sonucu, artırmanın bitiminden sonraki ilk iş gününde elektronik ortamda ilan edilmektedir. Yani fiziki satışlarda artırmanın sonlanması ile artırma sonucunun ilan edilmesi aynı zaman diliminde gerçekleştiği halde, elektronik satışlarda artırmanın sona ermesi ile artırma sonucunun ilan edilmesi farklı zaman dilimlerinde olmaktadır. Artırma sonucunun ilan edilmesinden sonra, ihale alıcısı tarafından satış bedeli ödenir, akabinde satılan malın teslim ve tescilinin gerçekleştirilmesiyle de satış süreci tamamlanır.

Kuru, 618, 620, 644; Kuru ve Aydın, 206, 208; Nedim Meriç, İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk - İsviçre Hukuku Kapsamında) (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022), 37; Muşul, İcra ve İflâs, 695, 714; Muşul, İhale ve İhalenin Feshi, 20, 93-94; Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 258; Yeşilova, 65, 67; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 269, 286, 289.

⁴⁶ Satış talebi üzerine uygun bir süre içinde satış hazırlıklarına başlanmaması halinde, bir hakkın yerine getirilmemesi sebebine dayanarak süresiz şikayet yoluna başvurulabilir.

⁴⁷ Hacizli malın satılması yönündeki talep, artırmada teklif verme başlayınca kadar, alacaklı tarafından, bir defa geri alınabilir (m. 110, I, c.2; m. 115, V, c.1). Satış talebinin, alacaklı tarafından ikinci kez geri alınması haczin kalkması sonucunu doğurur (Aşık, 361, 367). Satış talebinin, satış talebinde bulunan borçlu tarafından da geri alınmasının mümkün olduğu kabul edilmekle beraber, icra dairesinin satışa hazırlık işlemlerini tamamlayarak, satış aşamasına geldiği hallerde, borçlunun satış talebini geri almasının dürüstlük kuralına aykırı olacağı, böyle durumlarda borçlunun satış talebini geri almasının alacaklının onayına bağlanmasının uygun olacağı ifade edilmiştir (Pekcanitez ve Meriç, 251).

⁴⁸ Burcu Ece Tuna, Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi (İzmir: Güncel Yayınevi, 2009), 99.

⁴⁹ Eroğlu, 491.

II- ELEKTRONİK SATIŞTA ARTIRMANIN YAPILMASI

Artırmaya hazırlık işlemleri tamamlandıktan sonra birinci ve ikinci artırma, ilanda belirtilen gün ve saatte, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine entegre Elektronik Satış Portalı üzerinden elektronik ortamda yapılır. Elektronik ortamda yapılan artırmalara, dileyen herkes %10 oranında teminat göstermek şartıyla katılarak, elektronik ortamda teklif verebilir. Birinci ve ikinci artırmada şartların gerçekleşmesi halinde en yüksek teklifi verene mal ihale edilir ve ihale ile malın mülkiyeti alıcıya geçer (m. 115, I-II).

Karşılama prensibi⁵⁰ gereğince birinci veya ikinci artırmada ihalenin yapılabilmesi için, artırma bedelinin haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alıcının alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu tutarları ve ayrıca bu tutarlara ilave olarak paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını⁵¹ da geçmesi şarttır (m. 115, I)⁵². Haczedilen

⁵⁰ “Asgari ihale tutarı” şeklinde de ifade edilen karşılama prensibi “paraya çevrilen mal ve hakkın Kanunda karşılanması öngörülen bedelin altında ihale edilemeyeceğine ilişkin esas” şeklinde tanımlanmıştır (Meriç, 17-18).

⁵¹ Asgari ihale bedelinin belirlenmesinde yediemin ücretleri, paraya çevirmeye ilişkin ilan masrafları, kıymet takdiri ve satış ilanının tebliğ masrafları, mükellefiyetler listesinin oluşturulması ve bu amaçla yapılan yazışma ücretleri, kıymet takdiri giderleri, ihale bedelinin ödenmesine ve kabulüne ilişkin masraflar ile paraya çevirmenin gerçekleştirilmesi için yapılması zorunlu diğer giderler paraya çevirme masrafı olarak; sıra cetveli yapılması ve kesinleştirilmesi amacıyla yapılan işlemler ile aciz belgesinin düzenlenmesine ilişkin ücretler de paylaşırma masrafları olarak dikkate alınmalıdır (bkz. Meriç, 32-40). Paraya çevirme ve paylaşırma masrafları ister rüçhanlı alacak miktarı dikkate alınsın, ister satılan malın muhammen bedelinin %50’si dikkate alınsın, her iki durumda da karşılama prensibine dahil edilmelidir (Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, 258; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 283, 306; Karşı, 427, Meriç, 106; Muşul, İcra ve İflâs, 708; Muşul, İhale ve İhalenin Feshi, 81, 138).

⁵² Söz konusu düzenlemenin lafzi yorumundan, ihalenin yapılabilmesi için verilen teklifin karşılama prensibine dahil olan toplam tutarı aşması gerektiği sonucu çıksa da Yargıtay söz konusu tutarları karşılayan bir teklif verilmesinin ihalenin yapılması için yeterli olduğu görüşündedir (bkz. Meriç, 109-111). “Somut olayda ihale konusu aracı muhammen bedeli 30.000 TL olup, 15.200,00 TL olan satış bedelinin artırma için ön görülen muhammen bedelin %50’si olan 15.000,00 TL yi ve, 2.214 TL haciz masrafı, 344.90 TL Kıymet takdir masrafı ve 60 TL tebliğ giderinden oluşan toplam 2.618,9 TL satış masrafını karşılamadığı görülmektedir...” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 30.03.2017, E. 2016/27845, K. 2017/4990, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, 10.03.2023). Or-

mal, altından veya gümüşten yapılan bir eşya ise, bunlar maden kıymetinin altında satılamaz (m. 117). Söz konusu düzenlemelerle öncelikle borçlunun mal ve hakkının haraç mezat, değerinin altında paraya çevrilerek, ucuza satılmasının, borçlunun malvarlığının zayi edilmesinin önlenmesi ve bu suretle borçlunun mülkiyet hakkı ve yaşamının devam ettirme özgürlüğünün korunması amaçlanmışken, diğer taraftan da borçlunun malvarlığından alacaklının alacağına mümkün olduğunca fazla oranda kavuşmasının sağlanması amaçlanmıştır⁵³.

Cebri icra prosedüründe bir taraftan alacaklının alacağına kavuşması sağlanırken, diğer taraftan da borçlu ile rehin hakkı sahibi gibi üçüncü kişilerin haklarının korunması, zarar görmelerinin engellenmesi gerekir⁵⁴. Zira cebri icra hukukunun temel amacı borçluyu cezalandırmak değil, alacaklıyı alacağına kavuşturmadır⁵⁵. İşte bu noktada ölçülülük ilkesi bağlamında karşılama prensibi ile borçlunun malvarlığında kabul edilebilir, makul bir orandaki eksilme ile alacaklı ve rüçhanlı alacaklıların alacağına kavuşması sağlanmaktadır⁵⁶. Yani karşılama prensibi, borçlu ve alacaklı ile rüçhanlı alacaklıların menfaatlerinin korunmasına hizmet etmektedir⁵⁷. Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu m. 115’de aranan %50’lik oranın borçlunun malının düşük değerinde satılmasının önlenmesi, alacaklının daha fazla tatmin edilebilmesi için yeterli olmadığı, söz konusu oranın yükseltilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir⁵⁸. Yine 6352 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle, birinci ve ikinci artırma bakımından %50 şeklinde aynı oranın uygulanmasının benimsenmesi ve ihaleye elektronik ortamda katılma imkânının getirilmesinin, ikinci artırmanın pratik yararını azalttığı, bu nedenle icra işlemlerinin daha basitleştirilmesi için ikinci artırmanın kaldırılarak tek bir artırma ile de yetinilebileceği ileri sü-

taklığın giderilmesi satışlarıyla, iflâstaki satışlarda satış bedelinin rüçhanlı alacaklıları karşılması şartı aranmaz (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 420, dn. 21).

⁵³ Meriç, 18-19.

⁵⁴ Boran-Güneysu, 49; Meriç, 13.

⁵⁵ Boran-Güneysu, 49.

⁵⁶ Meriç, 13-14.

⁵⁷ Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, 245; Meriç, 18-25.

⁵⁸ Meriç, 15-17.

rülmüştür⁵⁹. 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonrası açık artırmanın tamamen elektronik ortamda gerçekleşecek olması ve artırmanın yedi gün boyunca elektronik ortamda verilen teklifler sonrasında sona erecek olması ve ihalenin gerçekleşmemesi halinde bakiye satış süresi içinde artırmaya hazırlık işlemlerinin yeniden yapılmasına gerek kalmadan yeniden satış günü verilebilmesi nedeniyle, ikinci artırmanın kaldırılmasında herhangi bir mahsur olmadığı düşünülebilirse de tamamlayıcı artırmanın kaldırılmış olması nedeniyle, ikinci artırma, birinci artırma bakımından bir nevi tamamlayıcı artırma işlevini görecektir. Bu nedenle mevcut durumda her iki artırmanın da muhafaza edilmesinin uygun olacağı kanısındayız.

A- Artırmaya Katılabilecek Kişiler

1- Genel Olarak

Açık artırma herkese açık ve genel nitelikte olup fiil ehliyetine sahip herkes artırmaya katılabilir⁶⁰. Artırma ile satışa fiil ehliyetine sahip dileyen herkesin katılması mümkün olduğundan, bu satış türü açık (aleni) artırma ile satış olarak adlandırılmaktadır⁶¹. Yargılamanın herkese açık olması anlamına gelen yargılama hukukundaki aleni-

⁵⁹ Karşlı, 414-415; Meriç, 45-46. Anayasa Mahkemesi, 04.07.2013 tarihli kararı ile her iki artırmada %50 oranının aranmasının hak arama özgürlüğünü sınırlandırıcı nitelikte olmadığına karar vermiştir: " ... Öte yandan, dava konusu kurallarla ihale yapılırken hem ilk hem de ikinci ihale sırasında hacizli malın tahmin edilen değerinin en az yüzde elli üzerinden ihale edilebileceğini öngören hükümlerin, ikinci satışı işlevsiz hale getireceği ve zaman kaybına yol açacağı, dolayısıyla tarafların hak arama özgürlüğünü sınırlayacağından da söz edilemez. Zira, dava konusu kurallardan önce ikinci ihalede malın tahmin edilen değerinin en az yüzde kırkı oranında satılmasına imkân tanınması sebebiyle, alıcılar özellikle birinci ihalede yüksek teklifler vermeyerek malın ikinci ihalede daha ucuza alınmasını sağlama yoluna gidebilmekte, malın ucuza satılması ise hem alacaklının hem borçlunun menfaatlerine aykırı sonuçlar doğurmaktaydı. Esasen malın ikinci ihalede daha ucuza alınabileceği beklentisi, birinci ihalede malın satılmasında önleyici bir rol oynamaktaydı. Dava konusu düzenlemelerle ikinci ihalenin de malın tahmin edilen bedelinin en az yüzde elli üzerinden ihale edilebilmesi sağlanarak bu önleyici rolün bertaraf edilmesi yoluna gidildiği anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir..." (AYM, 04.07.2013 T, 2012/100 E, 2013/84 K, RG: 02.08.2013, S. 28726).

⁶⁰ Aslan, 106; Dönmez, İcra ve İflâs, 209; Erturgut, 90; Kuru, 665-666; Özmumcu, 92; Sadioğlu, 163; Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 271.

⁶¹ Kuru, 665; Muşul, İhale ve İhalenin Feshi, 21.

yet ilkesi (AİHS m. 6; AY m. 141; HMK m. 28) cebri icra hukukunda sınırlı ve sadece ilgililere yöneliktir⁶². Aleniyet ilkesinin icra hukukuna yansımaları, cebri icra faaliyetlerinin şeffaflığının sağlanması şeklinde görmekteyiz⁶³. Paraya çevirme aşamasında, açık artırmaların alenî şekilde gerçekleştirilmesi, icra faaliyetinin şeffaflığını sağladığı gibi, artırmaya katılımı da artırmakta, bunun sonucunda da malın mümkün olduğunca yüksek bir fiyata satışı gerçekleştirilebilmektedir⁶⁴.

Takip alacaklısı artırmaya katılabileceği gibi, tartışmalı olmakla beraber kanımızca takip borçlusu da artırmaya katılabilir⁶⁵. Buna karşılık icra mahkemesi hakimleri ile icra müdür ve müstahdemleri kendi daireleri tarafından satılmakta olan bir malın artırımına katılamazlar (m. 11). Yabancı uyruklu kişiler ise 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesindeki sınırlamalara uymak kaydıyla, artırmaya katılabilirler⁶⁶.

Hisseli satışın mümkün olduğu hallerde, birden çok kişi artırmaya müşterek olarak katılabilir. Yine artırmaya bizzat veya iradi ya da kanuni temsilci aracılığıyla katılmak da mümkündür. Yargıtay'ın da benimsediği görüşe göre artırmaya katılım adli bir işlem olmadığından temsilcinin avukat olması zorunlu değildir⁶⁷. Temsilci, avukat,

⁶² Boran-Güneysu, 39-40; Nesibe Kurt Konca, *Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 12.

⁶³ Namlı, 106.

⁶⁴ Namlı, 106.

⁶⁵ Doktrindeki bir görüşe göre borçlunun artırmaya katılımı mümkündür (Aslan, 109; Arslan 121-123; Dönmez, İcra ve İflâs, 219-220; Erturgut, 93-94; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 271). Buna karşılık Yargıtay ve diğer görüşe göre borçlunun artırmaya katılımı mümkün değildir (Berkin, 338; Kuru, 666; Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 271). "...Takip borçlusunun ihaleye giremeyeceği, müşterek ve müteselsilen borçlu olan ve borcu ödeyecek olan ve hakkında takip yapılan Mehmet'in borcu ödemeyip diğer borçlunun taşınmazını ihaleden satın almaya matuf hareketinin iyiniyet kurallarıyla bağdaştığı düşünülmeden..." (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 20.12.1984, E. 1984/9758, K. 1984/13285, Talih Uyar, İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması (Manisa: 2. Baskı, Şafak Yayınevi, 1987), 395).

⁶⁶ Dönmez, İcra ve İflâs, 221.

⁶⁷ Aslan, 107; Dönmez, İcra ve İflâs, 215; Erturgut, 91; Karşı, 430; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan, 3089. "...1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 35. maddesi hükmüne göre adli işlemler ve takipler ancak baroda kayıtlı avukatlar eli ile yürütülebi-

ticari temsilci gibi iradi bir temsilci olabileceği gibi, limited şirket müdürü, anonim şirket yönetim kurulu, veli, vasi gibi kanuni bir temsilci de olabilir⁶⁸. Özel yetki verilmesini gerektiren haller arasında sayılmadığından (HMK m. 74; TBK m. 504, II) temsilcinin artırmaya katılımı için, özel olarak yetkili kılınması da gerekmemekte, artırmaya katılım için genel vekaletname yeterli olmaktadır⁶⁹.

2- İcra Dairesine Başvuru Şartı

Artırmaya temsilen katılma halinde temsilcilerin, temsile yetkili olup olmadıklarının incelenmesi, artırmanın sağlıklı bir şekilde sonuçlanması açısından önem taşımaktadır⁷⁰. Söz konusu incelemenin yapılarak, temsilcilerin gerekli yetkiye sahip olup olmadıklarının belirlenmesi veya ihaleye temsilen katılma hususunda temsilcinin yetkili kılınması için icra dairesine başvuru şartı getirilmiştir. Yine teminat-sız teklif vererek artırmaya katılabilmek için de en geç artırma süresinin sona ermesinden önceki mesai bitimine kadar satışı gerçekleştiren icra dairesine veya satış memurluğuna başvurarak gerekli tanımlamaları yaptırmak gerekir⁷¹. Yabancı uyruklu kişilerin de 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesindeki sınırlamalara uyulup uyulmadığının tespit edilerek, artırmaya katılım için gerekli izinlerin verilmesi için satışı gerçekleştirecek birime başvurmaları gerekecektir.

lir. İcra Dairelerinde yapılan ihale bir adli işlem ise de ihalede pey ileri sürülmesi adli bir işlem değildir. Dolayısıyla ihaleye vekaletname ile bir başkası adına katılabilmek mümkündür ve vekilin avukat olması zorunluluğu yoktur..." (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 09.03.2006, E. 2006/1841, K. 2006/4760, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, 10.03.2023). Aksi Görüş: Artırmaya katılım adli bir işlem olduğundan, artırmalara temsilen sadece avukatlar katılabilir (Recep Akcan, "İcra Hukukunda Temsil", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-2 (1999): 30); Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, 278.

⁶⁸ Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 283.

⁶⁹ Aslan, 107; Dönmez, İcra ve İflâs, 214-215; Erturgut, 91; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 283; Karşı, 430. İcra ve İflâs Kanunu m. 133, II'deki sorumluluğun olduğu dönemde, artırmaya katılım için vekilin özel yetkisinin bulunması gerektiği öğretide ileri sürülmüş olmakla birlikte (Akcan, 32-33; Arslan 118; Kuru, 666) 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte m. 133, II'deki sorumluluk kaldırıldığından, bu görüş geçerliliğini yitirmiştir.

⁷⁰ Dönmez, İcra ve İflâs, 212.

⁷¹ <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21775>, 21.01.2023.

et:

Temsilci vasıtasıyla artırmaya katılacakların, en geç artırma süresinin bitiminden önceki iş günü mesai bitimine kadar, temsilcileriyle birlikte, satışı yapan icra dairesine müracaat etmeleri gerekir (m. 114, VI-4; Yönetmelik m. 13, IV). Bununla birlikte, noterlerin, resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri vekâletname veya belgeye sahip temsilcinin tek başına icra dairesine başvurması yeterlidir (Yönetmelik m. 13, IV). Burada temsilci ile kastedilen avukat dışındaki diğer temsilciler olup, avukat dışındaki diğer temsilcilerin icra dairesine başvurmaları gerekmektedir⁷². Vekâletname veya belgeye sahip temsilcinin tek başına icra dairesine yapacağı başvuru esnasında, ihaleye katılım için gerekli %10'luk teminatı göstermeleri, teminat para ise en geç başvuru anında nakit olarak parayı icra dairesi hesabına yatırmaları, teminat mektubu ise en geç başvuru anında mektubu icra dairesine tevdi etmeleri; teminattan tam veya kısmi muafiyet söz konusu ise buna yönelik taleplerini iletmeleri de zorunludur (Yönetmelik m. 13, III-IV).

Avukatların, müvekkillerini temsilen artırmaya katılmaları için icra dairesine başvurmaları gerekmez. Avukatların artırma sona erene kadar, doğrudan UYAP üzerinden vekaletname ibraz etmek suretiyle artırmaya katılabilmeleri teminat ve teklif işlemlerini gerçekleştirmeleri mümkün olması gerekirken, UYAP E Satış Portalı mevcut durumda buna izin vermemekte, avukatların da yazılı olarak veya UYAP üzerinden elektronik ortamda müvekkilleri adına artırmaya katılma hususunda yetkili kılınmaları için icra dairesine başvuru yapmaları gerekmektedir. Bu hususta sistemsal olarak gerekli iyileştirmelerin yapılarak, avukatların icra dairesine herhangi bir başvuru yapmaları gerekmeksizin doğrudan portal üzerinden söz konusu işlemleri gerçekleştirebilmeleri mümkün olmalıdır. Nitekim ticari tüzel kişilik adına işlem yapılmak istenildiğinde, sistem MERSİS numarasının girilmesiyle, ilgili kişinin kurum kayıtlarında yetkili/temsilci/ortak olup olmadığına ilişkin kontrolleri yaparak, kişiye

⁷² Kale, "Online Satış".

gerekli izinleri vermekte, icra dairesine başvuruya gerek kalmamaktadır⁷³.

Hisseli satışın mümkün olduğu hâllerde açık artırma konusu malı belirli paylarla satın almak isteyen müşterek alıcıların da en geç artırma süresinin bitiminden önceki iş günü mesai bitimine kadar satışı yapan icra dairesine birlikte müracaat ederek hisse oranlarını ve artırmada adlarına pey sürecek hissedarı veya temsilciyi bildirmeleri zorunludur (m. 114, VI-5; Yönetmelik m. 13, V, c.1). Ancak noterlerin, resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri vekâletname veya belgeye sahip hissedarın veya temsilcinin tek başına icra dairesine başvurması yeterlidir (Yönetmelik m. 13, V, c.2). Öğreti ve uygulamada, vekilin, artırmaya müvekkilini temsilen başkalarıyla birlikte ortak olarak katılabilmesi için vekaletnamesinde bu konuda özel yetkisinin bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁴. Hissedar veya temsilci tarafından icra dairesine başvuru yapılırken, teminat para ise, en geç başvuru anında paranın nakit olarak icra dairesi hesabına yatırılması, teminat mektubu ise başvuru anında mektubun icra dairesine tevdi edilmesi; teminattan tam veya kısmi muafiyet söz konusu ise muafiyete yönelik talebin icra dairesine iletilmesi zorunludur (Yönetmelik m. 13, V, c.3).

3- Teminat Gösterme Şartı

Elektronik açık artırma ile satışa katılabilmek için gerekli şartlardan birisi teminat gösterilmesidir. Artırmaya katılabilmek için, icra müdürlüğüne, hacizli malın kıymetinin yüzde onunu tutarında teminat gösterilmesi zorunludur (m. 114, VI-2,3; Yönetmelik m. 13, I-II).

Satış talep eden ve artırmaya katılmak isteyen alacaklı ile ortaklığın satış suretiyle giderilmesinde artırmaya katılmak isteyen pay sahibinin alacak veya ortaklık payları, gösterilmesi gereken %10'luk teminatı karşıladığı ölçüde, kendilerinden teminat alınmaz (m. 114, VI-6; Yönetmelik m. 13, III). 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik-

⁷³ <https://esatis.uyap.gov.tr> > destek > esatis_hakkında, et: 21.01.2023.

⁷⁴ Akcan, 32; Aslan, 110; Dönmez, İcra ve İflâs, 215. Kuru, 666.

lerden önce, elektronik ortamda yapılan artırmalarda hem taşınır hem taşınmaz satışları için % 20 oranında teminat gösterilmesi gerekirken, elektronik artırmadan sonra yapılan fiziki artırmalarda sadece taşınmaz satışlarında % 20 oranında teminat gösterme zorunluluğu bulunuyor, taşınır satışlarında ise herhangi bir teminat gösterme zorunluluğu bulunmuyordu (7343 sayılı Kanun değişikliğinden önceki m. 114, IV; m. 126, III). Yapılan değişiklikle teminat gösterme bakımından taşınır ve taşınmaz satışlarındaki farklılık giderilmiş hem taşınır hem taşınmazlar için teminat gösterme zorunluluğu öngörülerek, teminat oranı %20'den, %10'a düşürülmüştür. Teminat oranının %10'a düşürülmesi katılımı artıracak olumlu bir değişiklik olmuştur.

Yeni düzenlemede teminattan muafiyetin kapsamı daraltılmıştır. 7343 sayılı Kanun değişikliğinden önceki m. 114, IV hükmünde yer alan "Satışa çıkarılan taşınır üzerinde hakkı olan alacaklının alacağı..." ifadesi ile m. 126, V hükmünde yer alan "Satışa çıkarılan taşınmaz üzerinde hakkı olan alacaklının alacağı..." ifadesi gereği eskiden satışa çıkarılan mal mahcuz üzerinde hakkı olan herhangi bir katılımcının, örneğin ipotek alacaklısının teminattan muaf tutulması mümkün iken, yeni düzenlemede teminattan muafiyet sadece satışı talep eden alacaklıya tanınmıştır⁷⁵. Şöyle ki İcra ve İflâs Kanunu m. 114, VI-6 ve Yönetmelik m. 13, III, c.1'de "Satış talep eden ve artırmaya katılmak isteyen alacaklı ile ortaklığın satış suretiyle giderilmesinde artırmaya katılmak isteyen pay sahibinin, en geç artırma süresinin bitiminden önceki iş günü mesai bitimine kadar satışı yapan icra dairesine müracaat etmeleri hâlinde alacağın veya ortaklık payının teminatı karşıldığı miktar kadar kendilerinden teminat alınmaz" hükmü yer almaktadır. Yönetmelik m. 13, III, c.2'de de "Alacağın veya ortaklık payının teminata yeterli gelmemesi hâlinde eksik kısmın başvuru anında icra dairesi hesabına yatırılması veya teminat mektubunun icra dairesine tevdi edilmesi zorunludur" düzenlemesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere teminattan muafiyet satışı talep eden alacaklı ile ortaklığın satış

⁷⁵ Kale, "Online Satış". Aksi görüş: Satışa çıkarılan taşınmaz üzerinde ipoteği bulunan, ipotek alacaklısının teminat göstermeden artırmaya katılması mümkündür (Ruhi ve Ruhi, 56).

suretiyle giderilmesinde pay sahiplerine tanınmış olup, teminattan muafiyet talebinde bulunacak alacaklı veya pay sahibinin en geç artırma süresinin bitiminden önceki iş günü mesai bitimine kadar satışı yapan icra dairesine müracaat ederek teminattan muaf tutulmalarını talep etmeleri ve talepleri esnasında, varsa alacak veya ortaklık paylarının %10'luk teminatı karşılamadığı oranda eksik kalan teminatı da göstermeleri gerekmektedir.

Teminat gösterme yükümlülüğü nedeniyle, elektronik satışlarda, elektronik ortamda teklif vermek suretiyle artırmaya katılma, sadece teminat gösteren kişilere veya teminat göstermekten muafiyeti bulunan kişilere açık olup artırmaya elektronik ortamda katılım teminat gösterilmesine bağlıdır. Teminat gösterilmeden elektronik ortamda teklif verilmesi sistemsel olarak mümkün değildir. Sistemsel bir hata olmadıkça, elektronik satışta teminat göstermeyen kişilerin artırmaya katılmaları mümkün olamayacaktır⁷⁶. Elektronik satış sisteminin, bir hata nedeniyle, teminat göstermesi gereken bir kişinin teminat göstermeden artırmaya katılmasına ve teklif vermesine izin vermesi, tek başına ihalenin feshi sebebi teşkil etmez. Zira ihalenin teminat göstermeden artırmaya katılan kişiye yapılmış olması halinde, alıcı veya diğer ilgililer artırmaya teminatsız katıldığını ileri sürerek ihalenin feshini talep edemez. Yine ihalenin teminat göstermeden artırmaya katılan kişi dışında bir başka kişiye yapılması halinde de teminatsız ihaleye katılan kişinin pey sürmesi nedeniyle satış bedelinin yükseldiği ileri sürülerek ihalenin feshi talep edilemez. Çünkü her iki ihtimalde de sırf bu usulsüzlük nedeniyle kendi isteği ile pey süren kişinin veya takip alacaklısı ya da borçlusunun menfaatinin ihlal edildiğinden söz edilemez⁷⁷.

⁷⁶ Fiziki artırmalarda da teminat gösterme yükümlülüğü nedeniyle teminat gösterilmeden artırmaya katılmak mümkün olmasa da yanlışlıkla teminat göstermeyen kişilerin artırmaya katılmaları söz konusu olabilmektedir.

⁷⁷ Benzer şekilde fiziki satışlarda da artırmanın sadece teminat gösteren kişilere açık olduğu, teminat göstermesi gerekirken göstermeyen kişilerin artırmaya katılmalarına icra müdürü tarafından izin verilmemesinin gerektiği, buna rağmen teminatsız artırmaya katılmış ise, sırf bu durumun ihalenin gerek teminatsız artırmaya katılan kişiye gerekse bir başka kişiye yapılması halinde ihalenin feshi

Artırmaya katılmak için gösterilmesi gereken teminatın düzenlendiği Yönetmelik m. 13'de teminat türü olarak sadece nakit para ve teminat mektubundan söz edilmiş ve her iki teminat türü ile bunların gösterilme zamanı ve şekilleri ayrı fıkralarda düzenlenmiştir. Yine taşınır ve taşınmaz satışlarında artırma şartnamesinde ve açık artırma ilanında hangi hususların bulunması gerektiğinin düzenlendiği İcra ve İflâs Kanunu m. 114, VI-2 ve 3 ile Yönetmelik m. 5; m. 6, I-b ve c; m. 7; m. 8, I-b ve c hükümlerinde de teminat türü olarak sadece nakit para ve teminat mektubu belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemelerde diğer teminat türlerinden söz edilmeyerek, özel olarak iki teminat türüne yer verilmesi nedeniyle, para ve teminat mektubu dışındaki diğer teminat türleri ile teminat gösterme yükümlülüğünün yerine getirilebilmesine olanak görülmemektedir⁷⁸. Kanun koyucunun tüm satış işlemlerinin hızlı ve etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi şeklindeki temel amaçla uyumlu olacak şekilde, teminat gösterme ve teminatın paraya çevrilmesi işlemlerinin de hızlı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için teminatın sadece nakit para veya teminat mektubu ile gösterilmesini öngördüğü söylenebilir.

Teminat olarak nakit paranın gösterilmek istenmesi halinde, paranın en geç artırma süresinin bitiminden önceki gün saat 23:30'a kadar satışı yapan icra dairesinin banka hesabına elektronik satış

sebebi teşkil etmeyeceği; zira bu durumda kendi isteği ile pey süren kişinin menfaatinin ihlal edilmesinden söz edilemeyeceği kabul edilmektedir (Arslan 117; Okur, 296-297, 306-307).

⁷⁸ 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önce her ne kadar taşınmaz satışına ilişkin m. 124 düzenlemesinde sadece para ve teminat mektubundan söz edilse de tahvil, hazine bonusu gibi diğer teminat türleri ile de teminatın gösterilebileceği kabul edilmekteydi (Arslan 99, dn. 91; Aslan, 73-74; Okur, 294-295; Talih Uyar, "İhale Bedelini Yatırmayarak İhalenin Feshine Sebep Olan Önceki Alıcı, Yapılacak Tamamlayıcı İhaleye (İİK m. 133), Teminat Yatırmadan (İİK m. 124/III) Katılabilir mi?", Terazi Hukuk Dergisi, 12/26 (2017): 127). İcra ve İflâs Kanunu'nun 124. maddesinin 3. fıkrasında "pey akçesi veya milli bir bankanın teminat mektubu" denilirken, 4. fıkrasında "pey akçesi ve teminat aranmaz" ifadesinin kullanılmasından hareketle, kanun koyucunun iradesinin de diğer teminat türleri ile de teminat yükümlülüğünü yerine getirilebilmesi yönünde olduğu ileri sürülmüştü (Okur, 294). Benzer şekilde taşınır satışlarına ilişkin m. 114, V hükmünde de "pey akçesi ve teminat aranmaz" ifadesi kullanılmıştı.

portali üzerinden yatırılması⁷⁹; teminat olarak teminat mektubunun gösterilmek istenmesi halinde ise en geç artırma süresinin bitiminden önceki iş günü mesai bitimine kadar kesin ve süresiz banka teminat mektubunu, satışı yapan icra dairesine tevdi edilmesi gerekir (m. 114, VI-2, 3; Yönetmelik m. 13, I-II). İlerleyen dönemde sistem altyapısının oluşturulması halinde teminat mektubunun elektronik ortamda icra dairesine iletilmesi de mümkün olabilecektir (Yönetmelik m. 13, II). Görüldüğü üzere, gerek nakit gerekse teminat mektubu olarak gösterilecek teminatın, en geç artırma süresinin bitiminden önceki gün gösterilmesi gerekmekte olup, artırmanın yapılacağı son gün teminat işlemlerinin yerine getirilmesi mümkün değildir.

Teminatın teklif verme süresi başlamadan gösterilme zorunluluğu yoktur. Teminat artırma başlamadan gösterilebileceği gibi, artırma sırasında da gösterilebilir⁸⁰. Bununla birlikte elektronik satış portalında teminat butonu, artırma saati gelince aktif hale gelmektedir. Yani nakit teminat artırma bitiş tarihinden yedi gün önce başlayarak bitiş tarihinden önceki gün sonu 23.30'a kadar elektronik ortamda gösterilebilmektedir⁸¹. Mevcut durumda teminat mektupları fiziki olarak icra dairesine verildiğinden, teminat mektuplarının artırma başlangıç saatinden önce de icra dairesine ibrazı mümkündür. Artır-

⁷⁹ "Saatin gün sonu değil de 23.30 olarak belirlenmesinin sebebi, bankacılık uygulamasının bir gereğidir. Bankanın gün sonu işlemlerinin doğru bir şekilde tespiti için, günün son saatinin son dakikalarına kadar işlemin yapılabilmesine olanak sağlanmamış, günün sona ermesinden otuz dakika öncesine kadar teminatın nakit olarak yatırılabilmesi mümkün kılınmıştır" (Kale, "Online Satış"). Teminat, elektronik satış portalı üzerinden, seçilecek internet bankacılığı işlemlerine açık bir T.Vakıflarbankası TAO hesabından elektronik ortamda yatırılabilir (https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21773, et: 21.01.2023). Kullanıcı teminatı kendi adına yatırabildiği gibi, yetkilisi olduğu tüzel kişilik adına da yatırabilmekte; kurum adına işlem yapılırken MERSİS numarasının girilmesiyle, kullanıcının yetkili/temsilci/ortak olup olmadığı sistem üzerinden kontrol edilerek, teminat yatırma işleminin gerçekleştirilmesi için gerekli izin verilmektedir (https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21773, et: 21.01.2023). "Teminat yatır" düğmesi tıkladığında, "Ödeme yap" sayfası açılmakta ve kendi adınıza olan veya diğer kişi/kurum adına olan bir hesaptan teminat yatırılmaktadır.

⁸⁰ Ruhi ve Ruhi, 55.

⁸¹ https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp, et: 21.01.2023.

ma başlamadan önce ve artırmanın ilk altı günü teminat göstermek suretiyle artırmaya katılma imkânı yeterince sağlanmış olduğundan, son gün teminat gösterilerek artırmaya katılmaya izin verilmemesinin yerinde bir düzenleme olduğu söylenebilir. Zira teminat işlemlerinin son artırma gününde de yapılabilmesine izin verilmesi hem katılımcılar hem de icra dairesi açısından bazı sıkıntıların doğmasına, gecikmelerden kaynaklı çeşitli hak kayıtlarının ortaya çıkmasına sebebiyet verebilecektir.

Artırmaya katılmak için teminat gösteren kişiler, artırma başlamış ancak henüz teklif vermemişlerse veya teklif verdikten sonra kendilerinden daha yüksek teklif verilmişse, artırma sonuçlanmadan teminatlarını geri almak istemeleri halinde, nakit teminatları sistem üzerinden hesaplarına; teminat mektupları da müracaatları üzerine kendilerine iade edilir (Yönetmelik m. 19, I-II). Artırma sonuçlandıktan sonra ise, en yüksek teklif veren dışındaki tüm katılımcılara yatırdıkları nakit teminat, herhangi bir talep gerekmeksizin UYAP üzerinden iade edilir (Yönetmelik m. 19, II); teminat mektupları da müracaatları üzerine kendilerine verilir (Yönetmelik m. 19, III). Yine artırma başlamadan önce de teminat gösterdiği halde, sonradan artırmaya katılmaktan vazgeçen kişilere talepleri halinde teminatları iade edilir.

B- Artırmada Elektronik Tekliflerin Verilmesi

Elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışta önce birinci artırma yapılmakta, birinci artırmada satışın herhangi bir nedenle gerçekleşmemesi halinde ise ikinci artırma yapılmakta⁸²; artırmalarda

⁸² 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, gerek taşınır satışlarında, gerekse taşınmaz satışlarında birinci ve ikinci artırma ihalenin gerçekleşmesi ve fakat ihale bedelinin süresinde ödenmemesi halinde ihale kaldırılmakta ve kaldırılan ihale yerine ve onun şartlarına tabi olarak adına tamamlayıcı artırma verilen yeni bir ihale yapılmaktaydı (Muhammet Özeker, "İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebepiyle Yapılan İkinci Artırma (Tamamlayıcı Artırma)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5/1 (2003): 169-170, 172). 6352 sayılı Kanun ile ikinci artırmaya ilişkin m. 116 hükmü ve buna bağlı olarak da m. 118, I-son hükmü yürürlükten kaldırılmış ve böylece taşınır satışlarında tamamlayıcı ihale yapılmasının dayanağı da ortadan kalkmıştır. Sonrasında sadece taşınmaz satışlarında uygulanan tamamlayıcı artırma 7343 sayılı Kanun ile tamamlayıcı artırmaya ilişkin

tekliflerin tamamı elektronik ortamda verilmekte ve artırmalar teklif verme süresinin bitimiyle elektronik ortamda sona ermektedir. Adalet Bakanlığı, elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış işlemlerinin yapılacağı elektronik satış portalının işleyişi ve güvenliği ile verilerin gizliliğine ilişkin her türlü çalışmayı yürütecek ve tedbirleri alacaktır (Yönetmelik m. 23, I). Elektronik satış işlemlerinin sağlıklı ve güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesine yönelik olarak, sistemin işleyişi ve güvenliğini tehlikeye düşürenler için engelleme işleminin uygulanabileceği düzenlenmiş, cezai birtakım müeyyideler de öngörülmüştür⁸³.

Açık artırmalar, ilanda belirtilen gün ve saat aralığında, elektronik satış portalında elektronik ortamda teklif verme yoluyla yapılır (m. 111/b, III; Yönetmelik m. 14, I ve III, c.1). Elektronik satışta, elektronik ortamda verilen tekliflerle yedi gün boyunca devam eden artırma, ilanda belirtilen gün ve saatte sona ermektedir⁸⁴.

Teklif verme süresi içinde, UYAP ve Elektronik Satış Portalına ilişkin bakım, onarım, güncelleme ve iyileştirme çalışmaları Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülen gün ve saatlerde yapılabilir; bu

m. 133 yürürlükten kaldırılmasıyla taşınmaz satışları bakımından da son bulmuştur (Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, 256).

⁸³ İcra ve İflâs Kanunu m. 111/b: “(7) Elektronik satış portalında satış işlemlerinin güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesini engelleyen veya elektronik satış sistemi ile ihale alıcılarının hak ve menfaatlerine zarar veren internet siteleri hakkında, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8/A maddesi hükümleri uygulanır. (8) Elektronik satış portalının işleyişini ya da güvenliğini tehlikeye sokan veya satış portalına erişimi engelleyen ya da zorlaştıran nitelikte eylemlerde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin, satış portalına girişi Adalet Bakanlığınca üç ay süreyle engellenir. Engelleme işlemi, derhâl uygulanmaya başlanır ve satış portalının ilgili kişilerin görebileceği bir bölümünde duyurulur. Bu işleme karşı, duyuru tarihinden itibaren on beş gün içinde 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uyarınca sulh ceza hâkimliğine başvurulabilir. Hâkim, başvuruyu ivedi olarak karara bağlar. Başvurunun yapılmış olması ihalenin tamamlanmasını engellemez”. Birebir aynı içerikteki düzenlemeler “İdari tedbirler” başlıklı Yönetmelik m. 24 düzenlemesinde de yer almaktadır.

⁸⁴ Elektronik ortamda teklif verme süresi yedi gün olduğu halde, bu süreye uyulmadan teklif verilmesinin erken sonlandırılması ihalenin feshi sebebi teşkil edecektir (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 425).

tür çalışma ve işlemler ihalenin geçerliliğini etkilemez (m. 111/b, IX; Yönetmelik m. 14, VII; m. 23, II). Bununla birlikte bakım ve iyileştirme çalışmalarının, teklif vermeyi önemli ölçüde engellemeyecek şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Yapılan çalışmalar nedeniyle makul kabul edilebilecek bir zaman diliminin üzerinde, kişilerin elektronik ortamda teklif vermelerinin engelleneceği hallerde, artırmanın iptal edilerek yenilenmesi uygun olacaktır⁸⁵.

Teklifler, elektronik satış portalı üzerinden verilir. Katılımcıların elektronik ortamda teklif verebilmeleri için Adalet Bakanlığınca hazırlanan sözleşmeyi kabul etmeleri gerekir (Yönetmelik m. 14, II). Artırmaya katılmak isteyenlerin öncelikle elektronik satış portalı üzerinden teklif verilecek ihaleyi bulup ilgili ihalenin inceleme sayfasında bulunan teminat işlemleri ekranından teminat yatırma işlemlerini tamamlaması, sonrasında teklif verme aşamasına geçmeleri gerekir⁸⁶. Elektronik satış portalının inceleme sayfasında, teklif alanı, teminat işlemleri tamamlandıktan sonra açılmaktadır. Teklif alanında, ihale başlangıç bedeli ve ihaleye verilen en yüksek teklif görülmektedir. Teminatın en geç artırma süresinin bitiminden önceki gün gösterilmesi gerektiğinden, artırmaya katılmak isteyen kişilerin, en geç artırma süresinin altıncı günü teminat gösterme yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekir⁸⁷.

Başkası adına ya da teminatsız teklif verecek kişilerin portal üzerinden teklif verme işlemlerini gerçekleştirebilmeleri için en geç artırma süresinin sona ermesinden önceki mesai bitimine kadar satışı gerçekleştiren icra ve iflâs dairesine veya satış memurluğuna başvurarak gerekli tanımlamaları yaptırmaları gerekir⁸⁸. Tekliflerin fiziki

⁸⁵ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 292.

⁸⁶ <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21775>, et: 21.01.2023.

⁸⁷ Fiziki satışlarda artırmaya katılmak isteyen kişilerin artırma günü de teminat göstermeleri mümkündür (Kuru, 666, dn. 88).

⁸⁸ <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21775>, et: 21.01.2023.

ortamda icra dairesine bir dilekçe ile verilmesi veya UYAP üzerinden elektronik ortamda iletilmesi mümkün değildir⁸⁹.

Elektronik Satış Portalında yapılan birinci ve ikinci artırmada, teklif verme süresi yedi gün olarak belirlenmiştir (m. 111/b, II; Yönetmelik m. 14, I)⁹⁰. Portalda teklif işlemleri gerçekleştirilirken, ekranda ihale başlangıç bedeli ve ihaleye verilen en yüksek teklif görüldüğünden, katılımcılar buna göre tekliflerini verebilmektedir. Katılımcılar teklif verdikten sonra, portal üzerinden yapacağı incelemeler sonucunda kendilerinden daha yüksek bir teklif verilip verilmediğini görebilecekleri gibi, "SMS İle Bilgi Al" sekmesini tıklayarak, ihaleye verilen tekliflerden ücretli olarak gönderilecek SMS ile de bilgi sahibi olabilirler⁹¹.

Elektronik satışlarda katılımcı kendisinden daha yüksek bir teklif verildiğini portal üzerinde yapacağı inceleme ile gördüğünde veya SMS aboneliği ise gönderilen SMS ile haberdar olduğunda, portal üze-

⁸⁹ "...İcra İflas Kanunu'nun 126/4. maddesinde; açık artırmaya elektronik ortamda teklif verme yoluyla başlanacağı, aynı Kanunun 129. maddesinde; birinci ve ikinci ihalenin, icra memuru tarafından, ilanda belirlenen yer, gün ve saatte, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif üzerinden başlatılacağı, taşınmazın üç defa bağırıldıktan sonra, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif de değerlendirilerek, en çok artırana ihale edileceği, birinci ihalede alıcı çıkmazsa satışın icra memuru tarafından geri bırakılacağı düzenlenmiştir. Şu halde, ihaleye, ancak UYAP sisteminde yer alan E-Satış Portalı üzerinden teklif verilmesi veya açık artırmaya katılarak pey sürülmesi sureti ile iştirak edilebilir. Somut olayda; feshi istenilen ihalenin, E-Satış Portalında yayımlandığı, elektronik ortamda teklif veren ve açık artırmaya katılarak pey süren bulunmadığı, bu hususların 25/09/2017 tarihli teklif tutanağı ve ihale tutanağı ile sabit olduğu, alacaklı tarafından bu usullere uyularak artırmaya iştirak edilmediği, alacaklı vekilince UYAP üzerinden takip dosyasına gönderilen 06/09/2017 tarihli "4 parsel sayılı taşınmazın alacaklılarına mahsup olmak üzere 113.200 TL'ye alacaklı adına ihale edilmesine" ilişkin talebin e-satış portalından teklif sunmak olarak kabul edilemeyeceği açık olup, İİK'nun 129. maddesindeki şartları taşır şekilde pey sürülmediğinden bahisle icra müdürlüğüne satışın ikinci artırmaya bırakılmasına karar verilmesi gerekirken, ihalenin alacaklıya yapılması usulsüz olup, feshi talep edilen ihale yok hükmündedir" (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 12.03.2019, E. 2018/14328, K. 2019/4070, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, 23.01.2023).

⁹⁰ 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önce taşınır için teklif verme süresi 10 + 1 (11) gün (m. 114, IV); taşınmazlar için teklif verme süresi 20 + 1 (21) gün iken (m. 126, IV), yeni durumda toplam 7 gün olarak belirlenerek, süreç kısaltılmıştır.

⁹¹ <https://esatis.uyap.gov.tr> > destek > esatis_hakkında, et: 21.01.2023.

rinden yeni bir teklif verebilecektir. 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerinden önce, fiziki ortamda tamamlanan artırmalarda katılımcıların elektronik teklif tanımlayabilme imkânı bulunmakta⁹²; otomatik teklif tanımlanması halinde, katılımcının verdiği tekliften daha yüksek teklif verildiğinde, katılımcının belirleyeceği miktara kadar, otomatikman teklif sistem tarafından güncellenerek yükseltilmekteydi. 7343 sayılı Kanun ile getirilen yeni artırma modelinde otomatik teklif özelliğinin işletilmesine izin verilmemiştir.

Artırmada teklif verenlerin kişisel bilgileri, artırma süresi içinde bilişim sistemini işleten kamu görevlileri hariç hiç kimse tarafından görülemez ve bilişim sisteminde gösterilmez (m. 111/b, III, c.3; Yönetmelik m. 14, III, c.2). Artırmaya katılanların kimlik bilgilerinin gizli tutulmasıyla olası manipülasyonların önüne geçilecek, kişilerin her türlü baskıdan uzak olarak, rahat bir şekilde artırmaya katılmaları sağlanacaktır⁹³. Satış portalında sadece en yüksek teklif edilen pey miktarı görülecek, bunun dışında herhangi bir bilgiye yer verilmeyecektir. Zira 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 3, I-d'ye göre kimliği belirli kişilere ait her türlü bilgi kişisel veri niteliğindedir. Kişisel verilerin gizli tutulması, kanuni yükümlülüklerle uygun hareket edilmesini sağlayacağı gibi, katılanların baskı altına alınmasının önüne geçilmesinin bir sonucu olarak artırmaya katılımı da artıracaktır.

Katılımcılar tarafından verilen teklifler arasındaki fark, satışa çıkarılan malın muhammen kıymetinin binde birinden ve herhâlde yüz Türk lirasından az olamaz (m. 111/b, IV; Yönetmelik m. 14, IV). Böylece düşük tekliflerle, artırma sürecinin manipüle edilerek, artırmaya katılanların ve icra dairesinin gereksiz yere meşgul edilmesi önlenmek istenmiştir⁹⁴.

⁹² <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21775>, 21.01.2023.

⁹³ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 292; Kale, "Online Satış".

⁹⁴ Kale, "Online Satış".

Katılımcıların portal üzerinden elektronik ortamda tekliflerini verirken çok dikkatli olmaları, sisteme girdikleri rakamlara dikkat etmeleri, eksik ya da fazla rakam girmemeleri önem arz etmektedir. Hataen eksik rakam girmeleri tekliflerinin düşük kalmasına ve bu nedenle ihaleyi kazanamamalarına sebebiyet verecekken, fazla rakam girmeleri ise hiçbir şekilde arzu etmedikleri bir bedel üzerinden ihalenin kendilerinde kalmasına sebebiyet verecektir. Katılımcının kendisinden kaynaklı bu tür nedenlerle icra memurunun sorumluluğu yoluna gidilmesi mümkün değildir. Söz konusu durumlarda katılımcı, ancak maddi hata nedeniyle ihalenin feshini talep edebilecek; icra mahkemesi tarafından ihalenin feshine karar verilmedikçe de bu bedeli ödemek zorunda kalacaktır⁹⁵.

Açık artırmada en yüksek teklifi veren katılımcı, artırma süresi içinde kendisinden yüksek bir teklif verilmedikçe teklifini çekemez ve

⁹⁵ “...Şikayetçi, icra mahkemesine başvurusunda; 2010 model Hyundai marka Getz model aracın 24.000 TL muhammen bedelle satışa çıkarıldığını, pey yatırarak Uyp e-satış portalı üzerinden açık artırmaya katıldığını, teklif olarak 15.110 TL yazacakken sehven 151.110 TL teklifte bulunduğunu, hatanın düzeltilmesi için icra müdürlüğüne ulaşmaya çalışmasına rağmen sonuç alamadığını ve daha fazla teklif veren çıkmadığından ihalenin kendisine bırakıldığını ileri sürerek ihalenin feshini talep etmiş, ... Anadolu 3. İcra Mahkemesinin 05/04/2017 tarih ve 2016/1167 E. 2017/359 K. Sayılı kararı ile; şikayetin reddine ve şikayetçi aleyhine ihale bedelinin %10'u oranında para cezasına hükmedildiği, şikayetçi tarafından ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf yoluna başvurulduğu, ... Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesinin 17/10/2017 tarih ve 2017/1258 E.-2017/1692 K. sayılı kararı ile istinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği görülmüştür. İhaleye konu aracın muhammen bedeline (24.000 TL'ye) göre e-satış portalı üzerinden yapılan 151.110 TL'lik teklifin açıkça maddi hata olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda, mahkemece, maddi hata sonucu böyle bir bedelin ortaya çıktığı gözetilerek ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup, Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılmasına ve ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 13.11.2018, E. 2017/9263, K. 2018/11321, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, 23.01.2023). “...İhaleye konu aracın muhammen bedeline göre e-satış portalı üzerinden yapılan 230.100 TL'lik teklifin açıkça maddi hata olduğunun kabulü gerekir. Şikayetçinin, açık artırmaya geçilmeden önceki başvurusu da bu yöndedir. Bu durumda mahkemece, maddi hata sonucu böyle bir bedelin ortaya çıktığı gözetilerek ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 25.12.2012, E. 2014/1249, K. 2014/5305, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, et: 23.01.2023).

teminatını alamaz (m. 111/b, V; Yönetmelik m. 14, V). Buna karşılık açık artırma devam ederken, henüz teklif sunmayan veya kendisinden daha yüksek teklif verilen ihale katılımcısı, artırma sonuçlanmadan teminatını geri almak isteyebilir. Bu durumda nakit teminatları sistem üzerinden hesaplarına⁹⁶, teminat mektupları da müracaatları üzerine kendilerine iade edilir (Yönetmelik m. 19, I-II). Bu şekilde kendisine teminatı iade edilen katılımcının, artırmada teklif verebilmesi, tekrar teminat göstererek artırmaya katılım sağlamasına bağlıdır.

Açık artırma ilanda belirtilen, artırma bitiş tarihi ve saatinde sona erer. Bununla birlikte, açık artırma süresinin son on dakikası içinde yeni bir teklifin verilmesi hâlinde açık artırma bir defaya mahsus olmak üzere on dakika uzatılır (m. 111/b, VI; Yönetmelik m. 14, VI). Elektronik satışlarda ve cebri satışlarda genellikle artırmanın son dakikalarında rekabet artarak, peylerin ileri sürülmesinde yoğunluk yaşandığından, ihale bedelinin olabildiğince yükseltilmesini sağlamak için, artırmanın bitimine son on dakika kala yeni bir teklifin gelmesi halinde, artırma süresinin on dakika uzatılması yönünde düzenleme getirilmiştir⁹⁷.

Artırma süresinin son on dakikası içinde teknik sebeplerle teklif verilemediğinin satış portalı kayıtlarından⁹⁸ tespit edilmesi üzerine, artırma süresinin bir gün uzatılmasına karar verilir (m. 115, VIII; Yönetmelik m. 16); bu istisnai halde de elektronik ortamda yeni teklifler verilebilir.

⁹⁶ E Satış Portalında ödeme işlemleri sekmesi altında ilgili ödemeye ilişkin "iade iste" düğmesi tıklandığında, ilgili birimin iş listesine teminatın iade talebiyle ilgili bir iş düşürülmekte ve ilgili birim teminat iade işlemlerini gerçekleştirmektedir (<https://esatis.uyap.gov.tr> > destek > esatis_hakkında, et: 21.01.2023).

⁹⁷ Kale, "Online Satış".

⁹⁸ "Artırma işlem kaydı raporu" başlıklı Yönetmelik m.22: "(1) Artırma işlem kaydı raporu; artırma bittikten sonra Elektronik Satış Portalından kaynaklanan teknik sebepler ile artırmanın son on dakikası içinde teklif verilemediğini ve ihaleye en yüksek teklif veren ihale katılımcısı ile diğer ihale katılımcılarının verdikleri teklif miktarlarını gösteren belgedir. (2) Artırma işlem kaydı raporunda, en yüksek teklif veren ihale katılımcısının kimlik bilgileri ve ihale miktarı ile ihaleye verilen teklif miktarları ve teknik sebeplerden dolayı teklif verilemediğini gösteren kayıtlar yer alır".

İcra ve İflâs Kanunu m. 115, V hükmüne göre elektronik satışta, teklif verme başladıktan sonra satış talebi geri alınmaz. İlgili düzenlemede “teklif verme başladıktan sonra” denildiğinden, artırma ilanında belirtilen gün ve saatte henüz herhangi bir teklif verilmemiş olsa bile, açık artırma ilanında belirtilen artırma başlangıç gün ve saatinde elektronik satış portalı teklif vermeye açıldıktan sonra, satış talebinin geri alınması mümkün olmayacaktır⁹⁹. Artırma teklif vermeye açıldıktan sonra, satış talebinin geri alınması yasaklanarak, hem takibin sürüncemede bırakılmasının önlenmesi, hem de artırmaya katılan alıcılar ile borçlunun hukuki durumunun olumsuz etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır¹⁰⁰. Teklif verme süreci başladıktan sonra satış talebinin geri alınmasına izin verilmesi, teminat gösteren katılımcıların mağduriyetine sebebiyet verceği gibi, kişilerin cebri satışlara olan güvenlerinin sarsılmasına da neden olabilecektir¹⁰¹.

C- Birinci Artırmanın Yapılması

Birinci artırma, artırma ilanında belirtilen gün ve saat aralığında açık artırma ile yapılır (Yönetmelik m. 12, I-II). Artırma elektronik teklif verme suretiyle Elektronik Satış Portalında yapılır (Yönetmelik m. 14, I; m. 14, III). Açık artırma elektronik ortamda gerçekleştirildiği için, fiziki satışlarda olduğu gibi artırma yapılırken, artırma sürecinin satışı yapan icra müdürü tarafından yönetilmesi ve belediye tarafından görevlendirilen tellâlin hazır bulunması söz konusu olmayıp, süreç bütünüyle elektronik ortamda gerçekleşmektedir¹⁰². Fiziki satışlarda artırmanın satış ilanında belirtilen yer ve zamanda yapıl-

⁹⁹ Aşık, 360.

¹⁰⁰ Kale, “Online Satış”.

¹⁰¹ Kale, “Online Satış”.

¹⁰² Fiziki satışlarda en yüksek teklif sahibine ihalenin yapılabilmesi için son teklifin, artırmanın yapıldığı fiziki ortamda katılanların duyacağı şekilde artırmayı yöneten icra müdürü veya onun görevlendirdiği kişi tarafından, en yüksek teklifi veren katılımcının isminin de zikredilmesi suretiyle “satıyorum bir, satıyorum iki, satıyorum üç” şeklinde bağırılması gerekmekte (Bulut, 9; Dönmez, İcra ve İflâs, 201; Postacıoğlu ve Altay, 560-561), üç kez bağırılmaması, bağırmanın duyulmaması gibi durumlar ihalenin feshi sebebi teşkil edebilmekteydi. Elektronik satışlarda bu gibi durumların yaşanması söz konusu olmayacak, ihale çok daha hızlı bir şekilde kesinleşebilecektir.

maması veya belirtilen saatte artırmaya başlanmaması veya bitme saatinden önce ihalenin yapılması, ihalenin feshi sebebi teşkil eder¹⁰³. Fiziki satışlarda teklif verme devam ediyorsa, süre dolsa bile artırmaya teklif verme sona erene kadar devam edilirken¹⁰⁴; elektronik satışlarda sadece artırma süresinin son on dakikası içinde yeni bir teklif verilmesi halinde artırma bir defaya mahsus on dakika uzatılmakta (m. 111/b, VI; Yönetmelik m. 14, VI), sonrasında teklif verme devam etse bile sistem teklif vermeye kapatılmaktadır.

Fiziki satışlarda katılımcılar tarafından verilen teklifler fiziki ortamda artırmayı yöneten icra memuruna duyurulurken, en yüksek teklif artırmanın yapıldığı fiziki ortamda, katılanların duyacağı şekilde, artırmayı yöneten icra memuru veya onun görevlendirdiği kişi tarafından üç kere bağırlırken, elektronik satışlarda verilen teklif sayısı ve en yüksek teklif elektronik satış portalında gösterilmektedir.

Birinci artırma, icra müdürü tarafından, ilanda belirlenen gün ve saatte, haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi üzerinden başlatılır ve artırma sona erdiğinde şartların yerine gelmesi hâlinde mal, en yüksek teklif verene ihale edilir (m. 115, I; Yönetmelik m. 15, I). Artırma neticesinde ihalenin yapılabilmesi için, artırma bedelinin haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi ile o mal-la güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını da geçmesi şarttır (m. 115, I, c.3; Yönetmelik m. 15, I, c.3). Artırmanın sona erdiği gün ve saatte belirtilen şartlar gerçekleşmişse, mal en yüksek teklif verene ihale edilmiş olur ve malın mülkiyeti ihale alıcısına geçer (m. 115, II; Yönetmelik m. 15, II).

Birinci artırmada, teklif verme başladıktan sonra, herhangi bir teklif verilmemiş olsa dahi satış talebi geri alınamayacağından (m, 115, V, c.1) teklif verme başladıktan sonra satışın durdurulabilmesi

¹⁰³ Kuru, 665.

¹⁰⁴ Kuru, 665.

ancak borcun tamamen ödenmesi ile mümkün olabilir. (m. 115, V, c.2).

İcra müdürü, birinci artırma bittikten sonraki ilk iş gününde elektronik satış portalından kaynaklanan teknik sebeplerle, artırmanın son on dakikası içinde teklif verilemediğini satış portalı kayıtlarından¹⁰⁵ tespit ederse, bu durumda artırma süresinin bir gün uzatılmasına karar verir. Uzatma kararında artırmanın başlayacağı ve biteceği tarih ve saatleri gösterilir ve tüm bu hususlar satış portalında derhâl duyurur (m. 115, VIII, c.1; Yönetmelik m. 16, I, c.1-2). Artırma süresinin uzatılmasına karar verilen bu istisnai halde, artırmanın başlangıç tarihi, artırma süresinin uzatılmasına karar verildiği tarihten itibaren üç günü geçemeyeceği gibi, bu süre içinde, daha önce en yüksek teklif veren teklifiyle bağlı olur, yeni istekliler de teminatı yatırmak suretiyle artırmaya katılabilir (m. 115, VIII, c.2-3; Yönetmelik m. 16, I, c.3-4).

Elektronik satış portalında elektronik ortamda gerçekleşen birinci artırma sona erdikten sonraki ilk iş gününde, artırma süresinin uzatılmasını gerektiren satış portalı kayıtlarıyla tespit edilen herhangi bir teknik sebep yoksa (m. 115, VIII), icra müdürü, birinci artırma sonucuyla ilgili bir artırma sonuç tutanağı düzenler ve bu tutanaktaki bilgileri aynı gün elektronik satış portalında ilan eder (m. 115, IV, c.1; Yönetmelik m. 17, I, c.1). Tutanakta, birinci artırmanın hangi gün ve saatte tamamlandığı; şartlar yerine gelmişse en yüksek teklifi verene malın ihale edildiği ve tutanağın ilanından itibaren yedi gün içinde ihale bedelinin icra dairesi hesabına yatırılması gerektiği; şartlar yerine gelmemişse, ihalenin hangi gerekçeyle yapılamadığı belirtilir (m. 115, IV, c.2; Yönetmelik m. 17, I, c.2). Teklif verme süresinin bitimin-

¹⁰⁵ “Artırma işlem kaydı raporu” başlıklı Yönetmelik m. 22: “(1) Artırma işlem kaydı raporu; artırma bittikten sonra Elektronik Satış Portalından kaynaklanan teknik sebepler ile artırmanın son on dakikası içinde teklif verilemediğini ve ihaleye en yüksek teklif veren ihale katılımcısı ile diğer ihale katılımcılarının verdikleri teklif miktarlarını gösteren belgedir. (2) Artırma işlem kaydı raporunda, en yüksek teklif veren ihale katılımcısının kimlik bilgileri ve ihale miktarı ile ihaleye verilen teklif miktarları ve teknik sebeplerden dolayı teklif verilemediğini gösteren kayıtlar yer alır”.

den önce borcun tamamının ödenmesi halinde, icra müdürü artırma sonuç tutanağında teklif verme süresinin bitiminden önce borcun tamamının ödendiğini belirterek satışın iptaline karar verir (m. 115, VI). Bu durumda artırma sonuç tutanağı, teklif verme süresinin bitimini beklemeden, borcun tamamının ödenmesinden hemen sonra düzenlenebilmelidir. Artırmanın sonucu, yani borcun ödenmesi nedeniyle satışın iptal edildiği, icra müdürü tarafından düzenlenen artırma sonuç tutanağı ile açıklanacağından, tutanağın düzenlenmesi önem taşımaktadır.

Birinci artırma neticesinde şartlar gerçekleşmişse en yüksek teklifi verene mal ihale edilir. İhale bedelinin artırma sonuç tutanağının elektronik satış portalında ilan edildiği tarihten itibaren yedi gün içinde icra dairesi hesabına yatırılması gerekir. İhalenin feshi davası açılmış olsa bile ihale bedelinin tamamının yedi günlük süre içinde icra dairesi hesabına yatırılması zorunludur (m. 118, I). Yedi günlük süre içinde ihale bedeli ödenirse, ihale bedelinin ödendiği tarih itibarıyla açık artırma ilanı Elektronik Satış Portalından kaldırılır (Yönetmelik m. 15, IV, c.1). İhale bedelinin tamamının, yedi günlük süre içinde icra dairesi hesabına ödenmemesi halinde ise, alıcının teminatı iade edilmez; teminat öncelikle satış masraflarından düşülmek üzere hak sahiplerinin alacaklarına mahsuben ödenir (m. 115, III; Yönetmelik m. 15, III); açık artırma ilanı da ikinci artırmanın sonucuna kadar Elektronik Satış Portalında erişime açık tutulur (Yönetmelik m. 15, IV, c.2).

Artırmaya katılımın olmaması veya asgari ihale bedelinin teklif edilmemesi nedeniyle birinci artırmada ihalenin yapılamadığı haller ile birinci artırmada ihale gerçekleştiği, ancak, ihale bedelinin süresi içinde yatırılmadığı hallerde, birinci artırmadaki şartlar çerçevesinde daha önce ilan edilen gün ve saat aralığında ikinci artırma yapılır (m. 115, VI; Yönetmelik m. 15, V)¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Artırmaya katılımın olmaması veya asgari ihale bedelinin teklif edilmemesi halinde ihalenin yapılamadığı artırma sonuç tutanağı ile tespit edilir (m. 115, VI; Yönetmelik m. 11, I-f; m. 17, II) ve daha önce ilan edilen tarihte ikinci

D- İkinci Artırmanın Yapılması

İkinci artırma artırma ilanında belirtilen gün ve saat aralığında açık artırma ile yapılır (Yönetmelik m. 12, I-II). İkinci artırma, birinci artırma ile aynı şartlarda yapılmakta olup, karşılama prensibi açısından her iki artırma arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır¹⁰⁷. İkinci artırma, icra müdürü tarafından, ilanda belirlenen gün ve saatte, haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi üzerinden başlatılır; artırma bedelinin haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını da geçmesi şartıyla mal, en yüksek teklif verene ihale edilir (m. 115, I). İkinci artırmanın sona erdiği gün ve saatte şartların bulunması hâlinde, mal en yüksek teklif verene ihale edilmiş olur ve malın mülkiyeti ihale alıcısına geçer (m. 115, II). Teklif verme süresinin bitiminden önce borcun tamamının ödenmesi halinde, icra müdürü artırma sonuç tutanağında teklif verme süresinin bitiminden önce borcun tamamının ödendiğini belirterek satışın iptaline karar verir (m. 115, VI).

İkinci artırma sona erdikten sonraki ilk iş gününde, artırma süresinin uzatılmasını gerektiren satış portalı kayıtlarıyla tespit edilen herhangi bir teknik sebep yoksa (m. 115, VIII; Yönetmelik m. 16)¹⁰⁸,

artırma yapılır. İhale bedelinin süresi içinde yatırılmaması halinde ise icra dairesi tarafından, ihale bedelinin yatırılmadığı bir tutanak ile tespit edilerek, ihalenin iptaline ve daha önce ilan edilen gün ve saat aralığında ikinci artırmanın yapılmasına karar verilir (m. 115, VI; Yönetmelik m. 15, V; m. 18, I). 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce birinci artırma sonrasında ihale bedelinin ödenmesi halinde taşınmazlar için ikinci artırma değil, tamamlayıcı artırma yapılırdı.

¹⁰⁷ Meriç, 155.

¹⁰⁸ Yönetmelik m. 16: "İcra müdürü, artırma bittikten sonraki ilk iş gününde Elektronik Satış Portalından kaynaklanan teknik sebeplerle, artırmanın son on dakikası içinde teklif verilemediğini Elektronik Satış Portalı kayıtlarından tespit ederse artırma süresinin bir gün uzatılmasına karar verir. Elektronik Satış Portalında derhâl duyurulacak bu kararda artırmanın başlayacağı ve biteceği gün ve saat aralığı gösterilir. Bu durumda artırmanın başlangıç tarihi, artırma süresinin uzatılmasına karar verildiği tarihten itibaren üç günü geçemez. Bu süre içinde, daha

icra müdürü, ikinci artırma sonucuyla ilgili bir artırma sonuç tutanağı düzenler ve bu tutanaktaki bilgileri aynı gün elektronik satış portalında ilan eder (m. 115, IV, c.1; Yönetmelik m. 17, I, c.1). Tutanakta, ikinci artırmanın hangi gün ve saatte tamamlandığı; şartlar yerine gelmişse en yüksek teklifi verene malın ihale edildiği ve tutanağın ilanından itibaren yedi gün içinde ihale bedelinin icra dairesi hesabına yatırılması gerektiği; şartlar yerine gelmemişse, ihalenin hangi gerekçeyle yapılamadığı belirtilir (m. 115, IV, c.2; Yönetmelik m. 17, I, c.2).

İkinci artırma neticesinde ihale gerçekleşmişse, ihalenin feshi talep edilmiş olsa dahi, ihale bedelinin artırma sonuç tutanağının elektronik satış portalında ilan edildiği tarihten itibaren yedi gün içinde icra dairesi hesabına yatırılması gerekir (m. 118, I; Yönetmelik m.20, I). İhale bedelinin tamamının, yedi günlük süre içinde icra dairesi hesabına ödenmemesi halinde ise icra müdürü ihale bedelinin yatırılmadığını bir tutanak ile tespit ederek ihalenin iptaline karar verir (m. 115, VI; Yönetmelik m. 15, V; m.18, I). Bu durumda, alıcının teminatı iade edilmez; teminat öncelikle satış masraflarından düşülmek üzere hak sahiplerinin alacaklarına mahsuben ödenir (m. 115, III; Yönetmelik m. 15, III). 7343 sayılı Kanun ile tamamlayıcı artırmaya ilişkin 133'üncü madde hükmü yürürlükten kaldırıldığından, artık malın icra müdürlüğü tarafından resen artırmaya çıkarılması söz konusu olmayacaktır. Satış talebiyle duran bir yıllık satış isteme süresi ihalenin iptaline ilişkin tutanak tarihinden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlar; tekrar artırma yapılabilmesi için alacaklı veya borçlu tarafından yeniden satış talebinde bulunulması gerekir (m. 115, VII).

İkinci artırmaya katılan olmamışsa veya artırmada asgari ihale bedeli teklif edilmemişse, icra müdürü ikinci artırma sona erdikten sonraki ilk iş gününde düzenleyeceği ikinci artırma sonuç tutanağı ile ihalenin yapılamadığını tespit eder ve tutanağı aynı gün elektronik satış portalında ilan eder (m. 115, IV, c.1; Yönetmelik m. 17, I, c.1).

önce en yüksek teklif veren teklifiyle bağlı olacağı gibi yeni istekliler de teminatı yatırmak suretiyle artırmaya katılabilir". Benzer şekilde m. 115, VIII.

Satış isteme süresi içinde satışın talep edilmesine rağmen, bu süre içinde malın paraya çevrilememesi, mal üzerindeki haczin kalkmasına sebebiyet vermez, sadece satış talebi düşer¹⁰⁹. İkinci artırmada ihalenin yapılamaması veya ihale bedelinin ödenmemesi nedeniyle ihalenin iptal edilmesi halinde, satış talebiyle duran bir yıllık satış isteme süresi ihalenin yapılamadığına veya iptal edildiğine ilişkin tutanak tarihinden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlar (m. 115, VII). 7343 sayılı Kanun değişikliğinden önceki m. 115 ve 129 hükümlerine göre ikinci artırmada alıcı çıkmaması veya şartlar sağlanmadığı için ihalenin gerçekleşmemesi üzerine satış talebinin düşmesi halinde, malın tekrar satışa çıkabilmesi için yeniden satış talebinde bulunulması ve tüm artırmaya hazırlık işlemlerinin tekrar yapılması gerekmektedir¹¹⁰. Yeni İcra ve İflâs Kanunu m. 115, VII, c.1 hükmünde “Artırmada, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse alacaklı, önceki satış talebinden kalan satış isteme süresi içinde satış günü verilmesini talep edebilir”¹¹¹ şeklinde alacaklının satış talebinden kalan satış isteme süresi içinde satış günü verilmesini talep edebileceği düzenlendiğinden, alacaklı, bir yıllık satış isteme süresinden kalan bakiye satış isteme süresi içinde artırmaya hazırlık işlemlerinin yeniden yapılmasına gerek kalmadan, yeniden satış günü verilmesini isteyebilecektir¹¹². Söz konusu düzenlemede bakiye bir yıllık satış isteme süresi içinde alacaklının satış günü verilmesini talep edebilmesi, artırmada alıcı çıkmaması veya şartların gerçekleşmemesi haline özgülenmişse de ihale bedelinin ödenmemesi nedeniyle ihalenin iptaline karar verilen hallerde de söz konusu hükmün kıyasen

¹⁰⁹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 391.

¹¹⁰ Bulut, 12, 16-17; Öztekin, 59.

¹¹¹ 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki m. 115’te satış talebinin düştüğü belirtilmişti. 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında satış talebinin düştüğü belirtilmemişse de m. 115, VII’deki “satış günü verilmesini istemek” ifadesinin alacaklının satış talebinin düştüğü ve yeniden satış talep etmesi şeklinde anlaşılması gerektiği, alacaklının bakiye süre içinde satış talep etmesi halinde borçluya ait malın satışa çıkarılacağı, satışın talep edilmemesi halinde ise haczin kalkacağı belirtilmiştir (Meriç, 42, 156).

¹¹² Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes, 2129; Öztekin, 59. Aksi görüş: Yeniden satış günü verilerek taşınır veya taşınmazın satışa çıkarılabilmesi için artırmaya hazırlık işlemlerinin tekrarlanması gerekir (Kuru ve Aydın, 209, 225).

uygulanması suretiyle alacaklı yeniden satış günü verilmesini isteyebilmelidir. Yine satışın borçlu tarafından talep edildiği hallerde de söz konusu hükmün kıyasen uygulanması suretiyle, bakiye kalan süre içinde tekrar satış talebinde bulunma yetkisine sahip olan borçluya da bakiye kalan süre içinde yeniden satış günü verilmesini isteyebilme imkânı tanınmalıdır.

İkinci artırma neticesinde satışın gerçekleştirilememesi halinde, alacaklıya İcra ve İflâs Kanunu m. 115, VII hükmü ile tanınan bakiye kalan satış isteme süresi içinde satış günü verilmesini talep edebilme yetkisi dışında, İcra ve İflâs Kanunu m. 106, II düzenlemesiyle bir başka imkân daha tanınmıştır. İlgili düzenleme ile “Bir yıllık süre içinde satışı istenip de artırma sonucu satışı gerçekleştirilemeyen mahcuz hakkındaki satış isteme süresi, satış isteyen alacaklı bakımından birinci fıkrada belirtilen sürenin sona ermesinden itibaren bir yıl daha uzar.” şeklinde sadece satış isteyen alacaklı bakımından bir yıllık satış isteme süresinin dolmasından itibaren satış isteme süresinin bir yıl daha uzaması öngörülerek, mahcuz mal üzerindeki haczin bir yıl daha devam etmesine imkan tanınmıştır¹¹³. Yani ilk satış talep süresinden kalan bakiye süre varsa, uzama süresi, bakiye süresinin bitiminden itibaren başlayacaktır¹¹⁴. Böylece alacaklı, haciz sırasını koruyabilecek, alacaklının yeniden haciz talebinde bulunmasına gerek kalmadan, uzayan bir yıllık süre içinde satış talebinde bulunarak mahcuzun satışının gerçekleştirilmesi mümkün olabilecektir. Ancak bu durumda İcra ve İflâs Kanunu m.115, VII'e göre bakiye kalan satış isteme süresi içinde satış günü verilmesini talep etmeden farklı olarak, artırmaya hazırlık işlemlerinin yeniden yapılması gerekecektir¹¹⁵. Uzama süresi içinde satışın talep edilmesi üzerine yapılan artırmalar neticesinde de

¹¹³ Çelikoğlu, 418; Öztekin, 60. İcra ve İflâs Kanunu m. 106, II'ye göre satış isteme süresi sadece alacaklı bakımından uzadığından, borçlunun satış isteme yetkisini hacizden itibaren bir yıl içinde kullanması gerekecektir (Kale, “Online Satış”).

¹¹⁴ Çelikoğlu, 418.

¹¹⁵ Meriç, bakiye süreye m. 106, II'ye göre bir yıl uzatma süresinin de dahil edilmesi gerektiği görüşündedir (Meriç, 42, dn. 116). Bu görüş kabul edilecek olursa, bir yıl uzatma süresi içinde satışın talep edilmesi halinde de artırmaya hazırlık işlemlerinin yeniden yapılması gerekmeyecektir.

satış gerçekleşmezse, bu durumda artık haciz düşecek, yeniden satış talebinde bulunmak için süre tanınması mümkün olmayacaktır¹¹⁶.

III- ARTIRMA SONUCUNUN İLAN EDİLMESİ

Elektronik satışta, elektronik ortamda teklif verme, açık artırma ilanında belirtilen gün ve saatte başlamakta, ilanda belirtilen gün ve saatte; açık artırma süresinin son on dakikası içinde yeni bir teklifin verilmesi hâlinde ise bir defaya mahsus olmak üzere uzayan on dakikalık süre sonunda, elektronik ortamda verilen tekliflerle sona ermektedir (m. 111/b, VI; Yönetmelik m. 14, VI). Artırma sona erdikten sonra icra müdürü tarafından gerekli kontroller yapılarak öncelikle sistem üzerinden artırma işlem kaydı raporu alınır¹¹⁷. Artırma işlem kaydı raporu; artırma bittikten sonra Elektronik Satış Portalından kaynaklanan teknik sebepler ile artırmanın son on dakikası içinde teklif verilemediğini ve ihaleye en yüksek teklif veren ihale katılımcısı ile diğer ihale katılımcılarının verdikleri teklif miktarlarını gösteren belgedir (Yönetmelik m. 22, I). Artırma işlem kaydı raporunda, en yüksek teklif veren ihale katılımcısının kimlik bilgileri ve ihale miktarı ile ihaleye verilen teklif miktarları ve teknik sebeplerden dolayı teklif verilemediğini gösteren kayıtlar yer alır (Yönetmelik m. 22, II).

İcra müdürü alınan rapor kayıtlardan, artırma bittikten sonraki ilk iş gününde elektronik satış portalından kaynaklanan teknik sebeplerle, artırmanın son on dakikası içinde teklif verilemediğini tespit ederse, artırma süresinin bir gün uzatılmasına karar verir ve bu uzatma kararında artırmanın başlayacağı ve biteceği tarih ve saatleri gösterir ve tüm bu hususları satış portalında derhâl duyurur (m. 115, VIII, c.1; Yönetmelik m. 16, I, c.1-2). Artırma süresinin uzatılmasına karar verilen bu istisnai halde, artırmanın başlangıç tarihi, artırma süresinin uzatılmasına karar verildiği tarihten itibaren üç günü geç-

¹¹⁶ Çelikoğlu, 418.

¹¹⁷ Artırma işlem kaydı raporu dışında, sistem üzerinden alınan satış takip kaydı raporu vardır. Satış takip kaydı raporu, ilgili icra dairesinin veya ilgili mahallin tamamına ait satışları gösteren belgedir (Yönetmelik m. 21, I). Satış takip kaydı raporunda; sıra numarası, icra dairesi, dosya numarası, satış tarih ve saati ile sair hususlar yer alır (Yönetmelik m. 21, II).

mez (Yönetmelik m. 16, I, c.3). Bu süre içinde daha önce en yüksek teklif veren teklifiyle bağlı olacağı gibi yeni istekliler de teminatı yatırmak suretiyle artırmaya katılabilir. (m. 115, VIII, c.2-3; Yönetmelik m. 16, I, c.4).

Artırma sonrasında sistem üzerinden alınan raporlardan artırmanın sağlıklı ve güvenli bir şekilde gerçekleştiği, herhangi bir teknik arıza ve sorunun yaşanmadığı anlaşılırsa, artırma sonucu, artırma bittikten sonraki ilk iş gününde düzenlenen artırma sonuç raporu ile açıklanır. Fiziki satışlarda artırmanın hemen bitiminde, aynı gün, şartlar gerçekleşmişse en yüksek peyi sürene mal ihale edilmekte ve yedi günlük ihalenin feshini talep etme süresi de ihale tarihinden itibaren başlamakta iken (7343 sayılı Kanun değişikliğinden önceki m. 134, II); elektronik satışlarda artırma sonucunun açıklanarak, malın en yüksek teklifi verene ihale edilmesi artırmanın bitiminden sonraki ilk iş gününde gerçekleşmekte, satış bedelini ödeme, ihalenin feshini talep etme süresi de bu tarihten itibaren başlamaktadır. İhale alıcısı tarafından satış bedeli ödendikten sonra da satılan malın teslim ve tescil işlemleri gerçekleştirilmektedir.

A- Artırma Sonuç Tutanağı

Artırma bittikten sonra, artırmanın sonucu ile ilgili olarak icra müdürü tarafından artırma sonuç tutanağı düzenlenir. Artırma sonuç tutanağının, artırma bittikten sonraki ilk iş gününde düzenlenmesi ve bu tutanaktaki bilgilerin aynı gün Elektronik Satış Portalında ilan edilmesi gerekir (Yönetmelik m. 11, I, c.1; m. 17, I).

Artırma sonuç tutanağında a) İhale alıcısının adı ve soyadı, b) İhalenin hangi gün ve saatte tamamlandığı, c) İhale bedeli, ç) İhale edilen malın muhtevası, d) Şartlar yerine gelmişse en yüksek teklifi verene malın ihale edildiği, e) İhale bedelinin tutanağın ilanından itibaren yedi gün içinde icra dairesi hesabına ödenmesi gerektiği, f) Şartlar yerine gelmediği takdirde ihalenin hangi gerekçeyle yapılamadığı açıkça belirtilir (Yönetmelik m. 11, I, c.2; m.17, II) ve bu tutanağın düzenlenmesinde Örnek no.56 formu kullanılır (Yönetmelik m. 4, I-f). Görüldüğü üzere artırma sonuç tutanağında bulunması gereken en

önemli hususlardan birisi, malın ihale edilip edilmediği, ihale edilememişse ihalenin hangi gerekçe ile yapılamadığının belirtilmesidir¹¹⁸.

Elektronik satışlarda fiziki satışlardan farklı olarak, artırma sonucunun açıklanması ve malın en yüksek peyi veren kişiye ihale edilmesi, artırmanın hemen bitiminde aynı gün gerçekleşmemektedir. Fiziki satışlarda, artırma bitince, satışa çıkarılan mal, üç defa bağırıldıktan sonra en yüksek teklifi verene ihale edilmektedir (7343 sayılı Kanun değişikliğinden önceki m. 115, I; m. 129, I)¹¹⁹. Elektronik satışlarda ise artırma bittikten sonraki ilk iş gününde artırma sonucu icra müdürü tarafından düzenlenen artırma sonuç tutanağı ile açıklanmaktadır. Artırma sonuç tutanağında, şartlar yerine gelmişse en yüksek teklifi verene malın ihale edildiği belirtilir (Yönetmelik m. 11, I-d). Dolayısıyla elektronik satışlarda, satılan malın elektronik ortamda en yüksek teklifi veren kişiye ihale edilmesi, artırma bittikten sonraki ilk iş gününde elektronik satış portalında ilan edilen artırma sonuç tutanağı ile elektronik ortamda gerçekleşmektedir. Satış bedelini ödeme,

¹¹⁸ Örneğin artırmaya katılım olmamışsa, katılım olmuş ancak asgari ihale bedeli teklif edilmemişse veya teklif verme süresinin bitiminden önce borcun tamamı ödenmişse, söz konusu gerekçelerle ihalenin yapılamadığı artırma sonuç tutanağına yazılır. Şartlar gerçekleşmiş, asgari ihale bedeli teklif edilmişse de en yüksek teklif veren kişiye mal ihale edilir ve ihalenin yapıldığı artırma sonuç tutanağına yazılır. Buna karşılık ihale bedeli artırma sonuç tutanağı ile verilen yedi günlük süre içinde ödenmemişse, bu durumda ihale iptal edilir. Her ne kadar ihalenin iptal edildiğinin artırma sonuç tutanağında belirtilmesi gerektiği ifade edilmişse de (Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, 256) bunun artırma sonuç tutanağında gösterilmesi mümkün değildir. Zira artırma sonuç tutanağı artırmanın bitiminden sonraki iş günü düzenlenmiş ve elektronik satış portalında ilan edilmiştir. İhale bedelinin ödenmemesi halinde İcra ve İflâs Kanunu m. 115, VI; Yönetmelik m. 18, I hükümleri gereği, bunun ayrı bir tutanakla tespiti gerekir (Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özkes, 228).

¹¹⁹ Fiziki satışlarda artırma sonrasında düzenlenen artırma tutanağına, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif, ihalede artırılan miktar, artırılanların ad ve soyadı, ihalenin sonucu, ihalenin kime ve ne suretle yapıldığı yazılmakta ve tutanak satışı yapan memur, tellal ve alıcı tarafından imzalanarak mühürlenmekteydi (İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği eski m.47, II). Fiziki satışlarda satılan malın mülkiyeti, tellal tarafından üç defa bağırıldıktan sonra icra müdürünün en yüksek peyi süren kişiye malın ihale edildiğini bildirmesi üzerine, satılan malın mülkiyeti alıcıya geçer. Sonrasında düzenlenen artırma tutanağının ihale alıcısı tarafından imzalanmaması veya alıcının tutanağı imzalamaktan kaçınması ihalenin geçerliliğini etkilemez (Kuru, 668).

ihalenin feshini talep etme süresi de ihalenin gerçekleştiği, artırma sonuç tutanağının ilan edildiği tarihte başlamaktadır. Elektronik satışa ilişkin yeni sistemde ihalenin hangi gün yapıldığı konusunda tereddüt yaşanabileceği, “Artırmanın sona erdiği gün ve saatte şartların bulunması hâlinde, mal en yüksek teklif verene ihale edilmiş olur ve malın mülkiyeti ihale alıcısına geçer.” şeklindeki m. 115, II hükmünden hareketle, elektronik ortamdaki teklif verme süresinin dolduğu, artırmanın sona erdiği tarihte ihalenin gerçekleştiğinin kabul edilebileceği; bununla birlikte artırma sonuç tutanağının düzenlendiği tarihte ihalenin tamamlandığının kabul edilmesinin daha uygun olacağı; nitekim teknik sebeplerle m. 115, VIII’e göre artırma süresinin uzatılmasına karar verilen hallerde de ihalenin tamamlandığından söz edilemeyeceği ifade edilmiştir¹²⁰.

Elektronik satışlarda artırmanın yapılması tümüyle elektronik ortamda gerçekleştiğinden, en yüksek teklifin üç defa bağırılmaması, bağırmanın duyulmaması, ihaleye fesat karıştırılması, artırma tutanağının tellal tarafından imzalanmaması gibi fiziki satışlarda artırmadan kaynaklı ileri sürülebilen ihalenin feshi sebepleri elektronik satışlarda söz konusu olmamaktadır.

Görüldüğü üzere artırma sonucunun açıklanması, artırma sonuç tutanağı ile olmakta, bu hususta ihale alıcısına da herhangi bir bildirim yapılmamaktadır. Nitekim Uyap E Satış Portalı Kullanım Sözleşmesi’nin 3.10 ve 3.17’inci maddelerinde de ihale alıcısına ihale sonucunun bildirilmeyeceği düzenlenmiştir¹²¹. Artırma sona erdikten sonra, sadece teminat yatıran kişiler veya teminat yatırıp artırmaya teklif de veren kişiler veyahut sadece portal üzerinden artırmayı izlemeye alan kişiler elektronik satış portalında “ihalelerim” bölümünde ilgili ihalenin detayında ihale (artırma) sonucuna ilişkin bilgileri, artırma

¹²⁰ Yasin, Köse, “7343 Sayılı Kanun ile İhalenin Feshi Şikâyetinde (İİK M.134) Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 53 (2023): 320-321.

¹²¹ https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/common_modules/portal_sozlesme_onay.jsp?v=3735, et: 18.11.2022.

sonuç tutanağını görüntüleyebilir¹²². Bunların hiçbirini yapmamış kişilerin de elektronik satış portalına giriş yapmak suretiyle, geçmiş ihaleler sayfasından sorgulama yaparak ihalelere ilişkin bilgilere ulaşması mümkündür¹²³. Artırma neticesinde şartları sağlayan en yüksek teklifi verdiği için kendisine ihale yapılan kişi UYAP üzerinden de elektronik satış portalından da ihaleyi kazandığı hususunda bilgi sahibi olabilir, artırma sonuç tutanağını görebilir. Zira satışı gerçekleştiren icra dairesi veya satış memurluğu ihaleyi kazanan kişiyi UYAP ortamında ihale alıcısı olarak kaydeder; ihale alıcısı olarak kaydedilen kişi de portal üzerinde ihaleler bölümünde kazandığı ihaleler sayfasından ilgili ihaleyi görüntüleyebilir¹²⁴.

B- Satış Bedelinin Ödenmesi

7343 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 118. maddesinin "Satış bedelinin ödenmemesi, ihale farklarının tahsili sureti" şeklindeki madde başlığı "İhale bedelinin ödenmesi ve malın teslimi" şeklinde, 130'uncu maddesinin "Ödeme usulü" şeklindeki madde başlığı da "İhale bedelinin ödenmesi" şeklinde değiştirilmiş ve madde içeriklerinde ihale alıcısının, ihalenin feshi talep edilmiş olsa dahi, satış bedelini, artırma sonuç tutanağının ilanından itibaren yedi gün içinde nakden ödemekle yükümlü olduğu düzenlenerek, ödeme için doğrudan Kanun tarafından alıcıya yedi günlük süre tanınmıştır¹²⁵.

¹²² <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21775>, et: 21.01.2023.

¹²³ <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21775>, et: 21.01.2023.

¹²⁴ <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21775>, et: 21.01.2023.

¹²⁵ 7343 sayılı Kanun ile 130'uncu maddede değişiklik yapılarak satış bedelinin yedi gün içinde nakden ödenmesi yönünde düzenleme yapılırken, söz konusu değişiklik ile uyumlu olacak şekilde m. 131 ve m. 134, VIII hükümlerinde de yapılması gereken değişiklikler yapılmamıştır. İcra ve İflâs Kanunu m. 131, I, c. 1'in "Satış bedelinin ödenmesi için mühlet verilmiş ise para verinceye kadar hasar ve masrafi müşteriye ait olmak üzere taşınmaz, icra dairesi tarafından idare olunur" şeklindeki hükmünün "Satış bedeli ödeninceye kadar hasar ve masrafi müşteriye ait olmak üzere taşınmaz, icra dairesi tarafından idare olunur" şeklinde; m. 134, VIII, c. 1'in "...ihalenin feshi talep edilmiş olsa bile, satış bedelini derhâl veya 130 uncu maddeye göre verilen süre içinde nakden ödemek zorundadırlar" şeklindeki

Gerek birinci gerekse ikinci artırmada ihalenin gerçekleşmesi halinde, ihalenin feshi talep edilmiş olsa dahi, artırma sonuç tutanağının ilanından itibaren yedi gün içinde, ihale alıcısının ihale bedelini, satış yapan icra dairesinin hesabına nakden ödemesi gerekir (m. 9; m. 118, I; m. 130; Yönetmelik m. 20, I). Yani, ihale üzerine, satış bedelinin derhal peşinen ödenmesi zorunluluğu bulunmamakta olup, ihale alıcısına kanun tarafından tanınan yedi günlük süre söz konusudur. Yedi günlük ödeme süresi geçtikten sonra yapılan ödeme icra dairesi tarafından kabul edilmemelidir¹²⁶. Zira 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle icra dairesinin ihale bedelinin ödenmesi için alıcıya süre verme yetkisi kaldırılmış, yedi günlük ödeme süresi hak düşürücü süre niteliğinde düzenlenmiştir¹²⁷.

İcra dairesinin satış bedelinin ödenmesi için ihale alıcısını herhangi bir hatırlatmada bulunması veya bildirim yapması gerekmez. Zira yedi günlük süre içinde satış bedelinin ödenmesi gerektiği elektronik satış portalında yayınlanan artırma ilanında ve artırma sonuç tutanağında gösterilmektedir (m. 114, VI-11; m. 115, IV).

Satış bedeli kapsamına ihale bedeli dışında, artırma şartnamesinde ihale alıcısına ait olacağı belirtilen, damga vergisi, katma değer vergisi, tapu harcı da girer¹²⁸. Takip masrafları, tahsil harcı, cezaevi harcı satış bedeli kapsamına girmez¹²⁹. İhale gerçekleştikten sonra, ihale bedelinin artırma sonuç tutanağının ilanından itibaren yedi gün içinde ödenmesi gerektiği halde (m. 130), damga vergisi, katma değer vergisi ve tapu alım harcı gibi ihale bedeline dahil olan diğer kalemler

hükümünün de "...ihalenin feshi talep edilmiş olsa bile, satış bedelini 130 uncu maddede belirtilen süre içinde nakden ödemek zorundadırlar" şeklinde değiştirilmesi uygun olacaktır.

¹²⁶ Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, 247, 283.

¹²⁷ Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, 247, 283; Pekcamtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özeker, 228.

¹²⁸ Dönmez, İcra ve İflâs, 253; Eroğlu, 511-512; Erturgut, 129-130; Kuru, 311; Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Kanunu Şerhi (Ankara: Yetkin Yayınları 2016), 706. Takip masrafları, tahsil harcı ve cezaevi harcı ihale bedeli içerisinde değerlendirilmez (Dönmez, İcra ve İflâs, 254; Eroğlu s. 512-513).

¹²⁹ Eroğlu, 512-513.

ihale kesinleştikten sonra ödenir¹³⁰. İhale kesinleştikten sonra ödenmesi gereken, ihale bedeline dahil olan söz konusu kalemlerin ödenmesi için ihale kesinleştikten sonra, icra müdürü tarafından ihale alıcısına, İcra ve İflâs Kanunu m. 118 ve m. 130 hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle yedi gün süre verilmelidir.

Alacaklarına mahsuben artırmaya katılanlar ise ihalenin yapılması ile birlikte satış bedelini ödemiş kabul edildiklerinden, bu kişilerin alacakları nispetinde nakit ödeme yapmaları gerekmez¹³¹. Cebri satış borçlu yararına bir alacak doğurmadığından, burada teknik anlamda bir takas söz konusu olmayıp, alıcının daha sonra kendisine verilecek parayı ödemekten kaçınması, böyle bir ödeme yapmasına gerek bulunmaması durumu vardır¹³².

Satış bedeli ödenirken, uygulamada, alıcının teminatı para ile gösterdiği hallerde, teminat olarak gösterilen miktar satış bedeline mahsup edilmekte ve arta kalan miktar alıcı tarafından icra dairesi hesabına yatırılmaktadır¹³³. Satış bedelinin, paradan başka teminat mektubu, tahvil, hisse senedi gibi başkaca araçla ödenmesi mümkün değildir¹³⁴. Yine ihale bedelinin haricen alacaklıya ödenmesi de mümkün değildir¹³⁵.

İhalenin feshinin talep edildiği durumlarda, icra müdürü, ihalenin feshine yönelik şikâyet sonucunda verilecek karar kesinleşinceye kadar, icra dairesi hesabına ödenen parayı, bankalarda nemalandırılır¹³⁶;

¹³⁰ Dönmez, İcra ve İflâs, 264; Eroğlu, 513.

¹³¹ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 312; Postacıoğlu ve Altay, 596-597.

¹³² Postacıoğlu ve Altay, 597.

¹³³ Okur, 640.

¹³⁴ Berkin, 314; Dönmez, İcra ve İflâs, 244; Postacıoğlu ve Altay, 596; Ruhi ve Ruhi, 48.

¹³⁵ Yargıtay'ın ihale bedelinin kısmen alacaklıya haricen ödenmesi, kalan tutarın icra dairesine ödenmesinin ihalenin feshine sebebiyet vermeyeceği yönünde eski tarihli kararları bulunmaktadır (bkz. Postacıoğlu ve Altay, s. 596). Söz konusu kararlara katılma olanağı bulunmamaktadır.

¹³⁶ Öğretide ilgili düzenlemede nemalandırmanın ne şekilde yapılacağı belirtilmemesinin olumsuz sonuçlar doğurabilecek nitelikte olduğu belirtilerek, icra müdürünün paraya borsaya yatırması ve borsanın düşmesi örneğinde, zimmete ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabileceğini ve ortaya çıkan zararın devletin kursesiz sorumluluğu çerçevesinde tazmininin gerekeceği ifade edilmiştir (Atalı,

şikâyetin kabulüne veya reddine ilişkin kararın kesinleşmesi üzerine, ihale bedelini nemaları ile birlikte hak sahiplerine öder (m. 134, VIII, c. 2-3).

7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce İcra ve İflâs Kanunu'nun "Ödeme Usulü" başlıklı 130'uncu maddesinde "Satış bedeli peşin ödenir. Ancak icra müdürü alıcıya on günü geçmemek üzere bir mühlet verebilir"; 118'inci maddesinin, 1'inci fıkrasında da "Satış peşin para ile yapılır. Ancak icra müdürü müşteriye yedi günü geçmemek üzere bir mühlet verebilir" hükmü yer almaktaydı. Söz konusu hükümlere göre, artırma şartnamesinde herhangi bir açıklığın olmadığı durumlarda, takdir yetkisi çerçevesinde icra müdürü alıcıya taşınır satışlarında yedi güne, taşınmaz satışlarında on güne kadar, bir seferde veya kısım kısım süre verebilmekteydi¹³⁷. İcra müdürü tarafından satış bedelinin ödenmesi için süre verilirken, İcra ve İflâs Kanunu m. 131, c.3'deki "İcra dairesi satış bedelini temin için ayrıca teminat gösterilmesini isteyebilir" hükmü çerçevesinde satış bedelinin güvenceye alınması için alıcıdan teminat göstermesi de istenebilmekteydi¹³⁸. Yani alıcıya satış bedelini ödemek için süre verilip verilmemesi, süre verilen hallerde ayrıca teminat istenip istenmemesi hususunda icra müdürünün takdir yetkisi bulunmaktaydı¹³⁹. Alıcıdan istenecek teminatın, en azından satış bedelinin ödenmemesi halinde, alıcının İcra ve İflâs Kanunu m. 133, II'e göre iki ihale bedeli arasındaki farktan doğacak sorumluluğunun karşılanmasına yetecek miktarda olmasının uygun olacağı ifade edilmişti¹⁴⁰. Taşınır satışlarında da İcra ve İflâs Kanunu m. 118, I'e göre ödeme süresi verilirken, icra müdürünün teminat gösterilmesini isteyebileceği kabul edilmekteydi¹⁴¹.

Ermemek ve Erdoğan, 313). Kanımızca icra müdürü satış bedelini nemalandırırken, riskli yatırım araçlarını kullanmamalı, garantili araçları tercih etmelidir.

¹³⁷ Dönmez, İcra ve İflâs, 243; Eroğlu, 506-507; Okur, 297-298; Yılmaz, 698; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 274, 300.

¹³⁸ Okur, 298-299.

¹³⁹ Dönmez, İcra ve İflâs, 247-248; Volkan Özçelik, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 331-332.

¹⁴⁰ Okur, 299.

¹⁴¹ Arslan, 214; Erturgut, 124.

7343 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle, satış bedelinin kural olarak peşinen ödenmesi kuralı terk edilmiş, alıcıya doğrudan herhangi bir kayıt ve şarta bağlanmaksızın yedi gün süre tanınmış; bu konuda icra müdürüne herhangi bir takdir yetkisi verilmemiştir¹⁴². Satış bedelinin ödenmesi için alıcıya Kanun tarafından verilen yedi günlük süre dışında icra müdürü tarafından ek süre verilmesi veya bu sürenin kısaltılması mümkün değildir¹⁴³. 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle İcra ve İflâs Kanunu m. 131, c.3 hükmü yürürlükten kaldırılmamıştır. Bu nedenle artırma şartnamesinde belirtilmesi halinde, ihale alıcısından satış bedelinin ödenmesi konusunda teminat istenebileceği ileri sürülmüştür¹⁴⁴. Kanımızca her ne kadar m. 131, c.3 hükmü yürürlükte olsa da ihale alıcısından söz konusu hükme göre satış bedelinin ödenmesinin güvence altına alınması için teminat gösterilmesinin istenmesi mümkün değildir. Zira ilgili düzenlemeye göre alıcıdan teminat göstermesinin istenebilmesi, ödeme şartlarına ve satış bedelinin ödenmesi için icra müdürü tarafından alıcıya süre verilmesine bağlıdır. 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, yedi günlük ödeme süresi doğrudan Kanun tarafından tanınmıştır. Kanun tarafından verilen kesin nitelikteki sürenin icra müdürü tarafından uzatılması, kısaltılması veya bu sürenin verilmesinin teminat gösterme şartına bağlanması söz konusu olamayacaktır. Değişiklikten önceki

¹⁴² Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 291.

¹⁴³ İcra müdürü tarafından yedi günden az süre verilmiş ise sonrasında bu sürenin yedi güne uzatılmayacağı ileri sürülmüşse de (Ruhi ve Ruhi, 48) ilgili düzenlemenin açık hükmü karşısında bu görüşe katılma olanağı yoktur. Nitekim yazarlar da bu süre konusunda icra müdürünün herhangi bir takdir yetkisinin olmadığını belirtmişlerdir (Ruhi ve Ruhi, 78). 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde de icra müdürünün taşınır satışlarında en fazla m. 118, I hükmüne göre yedi güne, taşınmaz satışlarında m. 130 hükmüne göre en fazla on güne kadar süre verebileceği kabul edilmekte; belirtilen sürelerin üzerinde süre verilmiş olmasının alıcıya herhangi bir hak bahsetmeyeceği, yine satış bedelinin icra müdürü tarafından verilebilecek azami süreler içinde ödenmesi gerektiği, ödemenin yapılmaması halinde ise ihalenin iptal edilmesi gerektiği kabul edilmekteydi (Dönmez, İcra ve İflâs, 246, 361-362; Eroğlu, 507-508; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan, 3099, 3184; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 274, 300). Bununla birlikte borçlu ile satış bedelinden tatmin edilecek alacaklıların tamamının muvafakat etmesi halinde, kanunda belirtilen sürelerden daha fazla süre verilebileceğini belirten bir görüş de bulunmaktaydı (bkz. Kuru, 677, 687).

¹⁴⁴ Kale, "Online Satış".

İcra ve İflâs Kanunu m. 118, I ve m. 130 hükümlerinde ödeme için alıcıya süre verilebileceği açıkça belirtildikten sonra, söz konusu düzenleme ile uyumlu olacak şekilde 131. maddenin ilk cümlesinde de “Satış bedelinin ödenmesi için mühlet verilmiş ise...” şeklinde süre verme konusunda icra müdürünün takdir yetkisinin bulunduğu vurgulanmış, üçüncü cümlesinde de “...ayrıca teminat göstermesini isteyebilir” şeklinde süre verilmesinin teminat gösterme şartına bağlanabileceği belirtilmişti. Öğretide de ödeme şartlarıyla ilgili olması nedeniyle, satış bedelinin güvence altına alınması için teminat istenebileceğine ilişkin düzenlemeye 131’inci madde yerine, 130’uncu madde de yer verilmesinin uygun olacağı belirtilmişti¹⁴⁵. Satış bedelinin ödenmesi konusunda İcra ve İflâs Kanunu’nun 118 ve 130’uncu maddelerinde yapılan yukarıda belirtilen değişikliklerden ve satış bedelinin ödenmemesi halinde alıcının m.133, II’e göre iki ihale bedeli arasındaki farktan sorumluluğunun kaldırılarak, artırmaya katılmak için gösterilen teminatın, öncelikle satış masraflarından düşülmek üzere hak sahiplerinin alacaklarına mahsuben ödenmesi (m. 115, III) kuralı getirildikten sonra, alıcıdan teminat istenebileceğine ilişkin m. 131, c.3 hükmü anlamsız kalmıştır. Söz konusu düzenlemenin zımnen yürürlükten kalktığı söylenebilir. Şartnamede böyle bir teminat gösterme yükümlülüğünün getirilmesi de ihale alıcısına ödeme için yedi günlük süre tanıyan açık kanun hükümlerine aykırı olacak, artırmaya katılımı azaltabilecek, bu durum ihalenin feshi nedeni teşkil edebilmektedir. Yapılacak Kanun değişikliği ile artık anlamsız kalan teminata ilişkin m. 131, c.3 hükmünün açıkça yürürlükten kaldırılması uygun olacaktır.

C- Satış Bedelinin Ödenmemesi

Birinci artırmada en yüksek teklifi veren ihale alıcısının yedi günlük süre içinde satış bedelini yatırmaması hâlinde, icra müdürü tarafından satış bedelinin ödenmediği bir tutanak ile tespit edilerek (Yö-

¹⁴⁵ Arslan, 220.

netmelik m. 18, I) kendiliğinden ihalenin iptaline karar verilir¹⁴⁶ (m. 115, VI, c.1: Yönetmelik m. 15, V) ve alınan teminat da iade edilmeyip öncelikle satış masraflarından düşülmek üzere hak sahiplerine alacaklarına mahsuben ödenir (m. 115, III). Sonrasında da birinci artırmadaki şartlar çerçevesinde daha önce ilan edilen tarihte ikinci artırma yapılır (m. 115, VI, c.2). Benzer şekilde, ikinci artırmada ihalenin gerçekleşmesi ancak süresinde ihale bedelinin ödenmemesi halinde de ihalenin iptaline karar verilir ve teminat öncelikle satış mas-

¹⁴⁶ 7343 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan “İhalenin feshi ve farkının tahsili” madde başlıklı 133’üncü madde hükmünde “Taşınmaz kendisine ihale olunan kimse derhal veya verilen müddet içinde paraya vermezse, ihale kararı icra müdürü tarafından kaldırılarak...” şeklinde ihale bedelinin ödenmemesi halinde ihale kararının geri alınması hali için “ihalenin kaldırılması” ifadesi kullanılmış, öğretilerde bu konu genellikle “ihalenin kaldırılması” şeklinde ifade edilmişti (Aslan, 150-151; Ömer Çon, İhâlenin Feshi (İcra ve İflâs Kanunu Madde 134) (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 24; R. Murat Dönmez, “Taşınmaz Satışlarında İhale Kararının Kaldırılması ve Tamamlayıcı Artırma”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 73 (2007): 309 vd.; Dönmez, İcra ve İflâs, 345; Karşlı, 439; Yeşilova, 67, 70; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 301). Yine bu durumu ifade etmek için “ihalenin geri alınması” (Arslan, 213; Erturgut, 128), “ihalenin icra memuru/müdürü tarafından resen feshi/bozulması” gibi deyimlere de yer verilmişti (Muşul, İhale ve İhalenin Feshi, 84, 305; Postacıoğlu ve Altay, 598; Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 255, 278; Uyar, Teminat, 128). İcra ve İflâs Kanunu m. 133’de düzenlenen ihale bedelinin ödenmemesi halinde söz konusu durum için ihalenin resen feshi terimini kullanan Üstündağ, m. 134’deki durum için, ihalenin geçmişe etkili ortadan kalkması nedeniyle, ihalenin iptali kavramını kullanmasının daha uygun olacağını ifade etmiştir (Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 284). Eskiden ihalenin kaldırılması halinde, taşınmazlar bakımından kaldırılan ihale yerine m. 133’e göre yapılan tamamlayıcı artırma söz konusuydu. 7343 sayılı Kanun ise m. 133’ü tamamen kaldırmış ve ihale bedelinin ödenmemesi halinde ihalenin geri alınması hali, m. 115, VI, c.1; m. 114, VI-10 ve Yönetmelik m. 6, I-h; m. 8, I-1; m. 15, V hükümlerinde “iptal” kavramı kullanılmak suretiyle ihalenin iptali şeklinde belirtilmiştir. Söz konusu yenilik ve değişikliklerden sonra öğretilerde satış bedelinin ödenmemesi nedeniyle ihalenin geri alınması hali için ihalenin iptali ifadesi kullanılmaya başlanmıştır (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 402; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, 256, 288-289; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 303, 313; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 292, 313). Bununla birlikte öğretilerde, yapılan değişikliklerden sonra da ihalenin kaldırılması kavramı kullanan yazarlar bulunmaktadır (Kuru ve Aydın, 229; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özkes, 238). Kanımızca yeni düzenlemelerde ihalenin kaldırılması deyiimi yerine, tamamlayıcı artırmanın kaldırılması nedeniyle ihalenin iptali kavramının kullanılması yerinde olmuştur. İhalenin kaldırılması kavramı satış bedelinin ödenmemesi üzerine, geri alınan ihale yerine tamamlayıcı bir artırma yapılacağı izlenimini verebileceğinden, yapılan değişiklikler ve yeni düzenlemelerin lafzına da uygun şekilde ihalenin iptali kavramının kullanılması karışıklıkları önleyecektir.

raflarından düşölmek suretiyle hak sahiplerine alacaklarına mahsuben ödenir (m. 115, III, VI). Hak sahiplerine ödeme yapılabilmesi için ihale alıcısına dava açılması veya takip yapılması gerekmemekte olup ilgililerin icra dairesinden talepte bulunmaları kafidir¹⁴⁷. Gerek birinci artırmada gerekse ikinci artırmada, ihale kesinleştikten sonra, satış bedeli kapsamına dahil olan, artırma şartnamesinde alıcıya ait olacağı belirtilen katma değer vergisi, damga vergisi, tapu alım harcının, icra müdürü tarafından verilecek yedi günlük süre içinde ödenmemesi halinde de ihalenin iptaline karar verilir (m. 115, VI)¹⁴⁸. Satış bedelinin haricen alacaklıya ödenmesi veya yedi günlük ödeme süresi geçtikten sonra ödenmesi halinde de ihalenin iptal edilmesi gerekir. İhaleye müşterek katılım halinde de ödeme süresi içinde alıcıların hisselerine düşen satış bedelini ödemesi gerekmemekte olup, alıcılar tarafından hisselerine düşen ihale bedelinin ödenmemesi durumunda ihalenin iptaline karar verilir¹⁴⁹.

Yukarıda belirtilen bütün bu ihtimallerde, satış bedelinin ödenmemesi nedeniyle icra müdürü tarafından ihalenin iptali için herhangi bir talepte bulunulması gerekmemektedir¹⁵⁰. Satış bedelinin ödenmemesi üzerine icra müdürünün kendiliğinden ihaleyi iptal etmesi gerekir. İhalenin ne zaman iptal edileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme olmamakla beraber, bu konuda gecikmeksizin, hemen karar verilmelidir¹⁵¹. Satış bedelinin ödenmemesi üzerine icra müdürü tarafından kendiliğinden ve hemen ihalenin iptaline karar verilmezse, alacaklı ve borçlu gibi ilgililer icra dairesine başvurarak ihalenin iptaline karar verilmesini isteyebilirler; taleplerinin kabul edilmemesi veya karara bağlanmaması durumunda da şikâyet yoluna başvurabilirler¹⁵².

¹⁴⁷ Kuru ve Aydın, 229-230.

¹⁴⁸ Benzer şekilde Eroğlu, 512-513; Kuru, 686-687; Yılmaz, 706.

¹⁴⁹ Benzer şekilde Eroğlu, 514-515.

¹⁵⁰ Eroğlu, 509.

¹⁵¹ Uyar, Teminat, 128.

¹⁵² Kuru ve Aydın, 229; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 274.

Satış bedelinin ihale alıcısı tarafından ödenmemesinin, ihalenin iptal edilerek, ihale alıcısının yatırdığı teminatın hak sahiplerine ödenmesi dışında bir yaptırım bulunmamaktadır¹⁵³. 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, ihale alıcısı tarafından yatırılan teminatın, ihale bedelinin ödenmemesi üzerine doğrudan hak sahiplerinin alacağına mahsuben ödenmesi (m. 115, III; Yönetmelik m. 15, III) öngörüldüğünden, teminatın herhangi bir şekilde satış bedelini ödemeyen alıcıya iadesi söz konusu olmayacaktır. 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önce, artırmaya katılmak isteyen kişilerden alınan %20 oranındaki teminat, artırmaya taşınmazı gerçekten alma niyeti olan kişilerin katılmasını, pey sürenlerin tekliflerinin ciddi olmasını ve alıcının satış bedelini ödemeyerek ihalenin kaldırılmasına sebebiyet vermesi halinde m. 133, II'ye göre doğacak sorumluluğunun karşılanmasını amaçlamaktayken¹⁵⁴; 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, tamamlayıcı artırma ve m. 133, II'ye göre sorumluluğun kaldırılmış olması nedeniyle, artırmaya katılmak isteyen kişilerden alınacak teminatın, ihale bedelini ödemeyerek ihalenin iptaline karar verilmesine sebebiyet veren alıcının doğacak sorumluluğunun karşılanmasına yönelik herhangi bir teminat fonksiyonu kalmamıştır.

D- Satılan Malın Teslim Ve Tescili

Açık artırma sonuç tutanağının ilan edilmesiyle, taşınır veya taşınmaz mal kendisine ihale edilen alıcı, ihale anında taşınır veya taşınmazın mülkiyetini kazanır (m. 115, II; TBK m. 279)¹⁵⁵. Mülkiyetin alıcıya geçmesi için taşınırlarda teslim, taşınmazlarda tapu siciline tescil gerekmektedir¹⁵⁶. Bununla birlikte alıcının taşınmaz üzerinde

¹⁵³ Amerikan hukukunda, icra memuru tarafından, ihale bedeli ödemeyen ihale alıcısının ihalelerden yasaklanması mahkemeden talep edilebilmektedir (Çon, 23).

¹⁵⁴ Okur, 287.

¹⁵⁵ İcra ve İflâs Kanunu m. 131, I'ın "Satış bedelinin ödenmesi için mühlet verilmiş ise para verilinceye kadar hasar ve masrafı müşteriye ait olmak üzere taşınmaz, icra dairesi tarafından idare olunur" şeklindeki hükmü de ihale alıcısının ihale bedelini ödemediği dahi taşınmazın mülkiyetini ihale ile kazandığını ortaya koymakta; mülkiyetin alıcıya geçmiş olması nedeniyle hasar ve yararın alıcıya ait olduğunu belirtmektedir (Dönmez, İcra ve İflâs, 247; Postacıoğlu ve Altay, s. 596).

¹⁵⁶ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 402-403, 423; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 303, 311; Sadioğlu, 163.

tasarrufi işlem yapabilmesi için, taşınmaz tapu sicilinde alıcı adına tescil edilmelidir (TMK m. 705). Yarar ve hasar taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında tescil altına kadar satıcıya ait olsa da (TBK m. 208, I) burada ihale ile mülkiyet ihale alıcısına geçtiğinden, taşınır henüz alıcıya teslim edilmese, taşınmaz henüz alıcı adına tescil edilmese de yarar ve hasar ihaleyle birlikte alıcıya geçer¹⁵⁷.

Satılan malın mülkiyeti ihale ile alıcıya geçse de teslim ve tescil işlemleri hemen ihale sonrasında yapılmamaktadır. Satılan malın teslim ve tescil işlemlerinin gerçekleştirilmesi için birinci olarak ihale bedelinin ödenmesi, ikinci olarak ihalenin kesinleşmesi ve üçüncü olarak da damga vergisi ile katma değer vergisinin ödenmesi gerekmektedir.

Satış bedeli ödendikten sonra, cebri açık artırma ile satılan malın alıcıya teslim edilebilmesi, sicile kayıtlı malların alıcı adına tescil edilebilmesi için öncelikle ihalenin kesinleşmesi lazımdır. İhalenin kesinleştiğinden söz edilebilmesi için de ihalenin feshinin talep edilmemiş veya ihalenin feshi talebinin icra mahkemesi tarafından reddedilmiş ve ret kararının kesinleşmiş olması gerekir (m. 134, IX; m. 135, I; Yönetmelik m. 20, II). İhale kesinleşinceye kadar taşınmazın ne şekilde muhafaza ve idare edileceğine icra dairesi tarafından karar verilir (m. 134, I, c.2). İhalenin feshinin talep edildiği durumlarda, ihalenin kesinleşmesi uzun bir zaman alabilmekte, özellikle devamlı işletilmesi ve idare edilmesi gereken fabrika, otel gibi mahcuzların ihale alıcısına teslim edilmemesi ise birtakım sorunları beraberinde getirebilmekte, ihale bedelini ödediği halde satın aldığı mahcuzu teslim alamayan alıcının mağduriyetine sebebiyet verebilmektedir¹⁵⁸. Bu tür durumlarda m. 134, I, c.2 hükmü çerçevesinde malın ihale alıcısına teslim edil-

¹⁵⁷ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 423; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar, 246, 281; Dönmez, İcra ve İflâs, 271; Kuru, 628-629; Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (İİK. 83-170), C.2, (Ankara: 3. Baskı, Bilge Yayınevi, 2014), 2171; Yıldırım ve Deren-Yıldırım, 273.

¹⁵⁸ Dönmez, İcra ve İflâs, 274; Kale, "Online Satış".

mesine karar verilerek, olası mağduriyetlerin önüne geçilebilir¹⁵⁹. Yine bu tür mağduriyetlerin önüne geçilebilmesi için, 7343 sayılı Kanun'un 27'nci maddesi ile m. 134, I hükmüne 3'üncü cümle olarak "İhale alıcısının talebi üzerine icra dairesi, satışı yapılan taşınmazda kira sözleşmesine bağlı olarak oturan kişiye kira bedelini, diğer hâllerde ise taşınmazı kullanan kişiye bilirkışı marifetiyle tespit edilen aylık kullanım bedelini icra dairesine yatırmasını emreder. İlgili, ihata rağmen kirayı veya belirlenen bedeli icra dairesine yatırmazsa hakkında 356'ncı madde hükmü kıyasen uygulanır. Bu şekilde depo edilen bedel, ihalenin sonucuna göre hak sahibine ödenir." hükmü ilave edilmiştir.

7343 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenleme ile ihale kesinleştikten sonra teslim ve tescil işlemlerinin gerçekleştirilmesinin damga vergisi ile katma değer vergisinin ödenmesine bağlı olduğu da açıkça düzenlenmiştir (m. 114, VII; Yönetmelik m. 20, III)¹⁶⁰. İhale alıcısı ihalenin kesinleşmesi üzerine icra dairesine müracaat ederek, katma değer vergisi beyannamesini düzenletecektir¹⁶¹. Buna göre ihale kesinleştikten ve damga vergisi ile katma değer vergisi yatırıldıktan sonra, taşınırlar ihale alıcısına teslim edilir, taşınmazların tescil işlemlerinin gerçekleştirilmesi için tapu müdürlüğüne müzekkere yazılır (m. 135, I; Yönetmelik m. 20, III). Elektronik satışlarda, satışlar elektronik satış portalı üzerinden yapıldığı, satışlarda tellal bulunmadığı için tellaliye harcının ödenmesi de söz konusu olmaz¹⁶². Tescil işlemi gerçekleştirildikten sonra da taşınmazın tahliyesi için borçluya veya taşınmazı işgal

¹⁵⁹ Kale, "Online Satış".

¹⁶⁰ Böyle bir özel düzenleme İcra ve İflas Kanunu'na getirilmeden önce de 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu, KDV Tebliği, 466 sayılı Damga Vergisi Kanunu, DVK Tebliğinin ilgili hükümleri gereği de ihale kesinleştikten sonra KDV ve damga vergisinin muhataplarına ödetilmesi gerekiyordu (Çelikoğlu, 429).

¹⁶¹ 7343 sayılı Kanun m. 14 gerekçesinden [İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/3911) ve Adalet Komisyonu Raporu (TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı: 285), s. 14].

¹⁶² Meriç, 39.

eden kişilere, alıcının herhangi bir talebi gerekmeksizin, resen tahliye emri gönderilir (m. 135, II)¹⁶³.

Görüldüğü üzere satış bedeli ödendikten, ihale kesinleştikten, katma değer vergisi ve damga vergisi yatırıldıktan sonra, taşınmazın ihale alıcısı adına tescili için tapuya yazı yazılır. Mülkiyet tescil öncesinde, ihale ile doğrudan ihale alıcısına geçtiğinden, buradaki tescil kurucu değil, bildirici bir niteliktedir¹⁶⁴. Tescil yazısı yazıldıktan sonra taşınmaz alıcıya teslim edilir¹⁶⁵. Taşınmaz borçlu tarafından işgal edilmekte ise, icra dairesi kendiliğinden veya ihale alıcısının talebi üzerine borçluya taşınmazı 15 gün içinde tahliye etmesi için aynı takip (satış) dosyasından bir tahliye emri gönderir¹⁶⁶; süresinde tahliyenin gerçekleştirilmemesi halinde ise zorla tahliyeyi gerçekleştirilerek, taşınmazı alıcıya teslim eder (m. 135, II, c.2). Aynı şekilde taşınmaz, haciz tarihinden önce yapılan resmi nitelikte bir sözleşmeye dayanmadan, üçüncü kişi tarafından işgal edilmekte ise alıcının talebi üzerine aynı takip dosyasından, üçüncü kişiye taşınmazı on beş gün içinde tahliye etmesi için bir tahliye emri gönderilir (m. 135, II, c.1)¹⁶⁷;

¹⁶³ Yılmaz, 741.

¹⁶⁴ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 311; Dönmez, İcra ve İflâs, 275-276.

¹⁶⁵ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 421; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 314.

¹⁶⁶ Kuru ve Aydın, 227.

¹⁶⁷ Üçüncü kişi haciz tarihinden önce yapılan resmi bir belgeye dayalı olarak taşınmazı işgal etmekte ise tahliye emri gönderilemez, bu durumda üçüncü kişinin m. 135 hükmü çerçevesinde taşınmazdan tahliyesi mümkün değildir (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 421). İcra dairesi üçüncü kişinin haciz tarihinden önce yapılan, MK m. 1009'a göre tapuya şerh verilmiş veya noterde düzenlenmiş kira sözleşmesi gibi resmi bir belgeye dayalı olarak taşınmazı işgal etmekte olduğunu tespit ederse, alıcının tahliye talebini reddeder (Kuru ve Aydın, 227). Üçüncü kişi haciz tarihinden önce yapılan resmi bir belgeye dayalı olarak taşınmazı işgal etmesine rağmen, icra dairesi tarafından üçüncü kişiye tahliye emri gönderilirse, üçüncü kişi yedi gün içinde tahliye emrinin iptali için şikayet yoluna başvurabilir (Kuru ve Aydın, 228). Üçüncü kişi haciz tarihinden önce yapılan bir kira sözleşmesine dayalı olarak taşınmazı işgal etmekte olduğunu ancak resmi şekilde yapılmış bir sözleşme ile ispat edebilir; adi yazılı veya sözlü bir kira sözleşmesine dayalı olarak taşınmazın işgal edilmekte olduğu iddia ve ispat edilemez (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 422; Kuru ve Aydın, 228). Üçüncü kişinin iddiası şahsi bir hakka dayalı olmayıp, mükellefiyetler listesine geçirilmemiş bir aynı hak iddiasına dayanmakta ise, üçüncü kişinin bu aynı hak iddiası dikkate alınmaz ve m. 135 hükmü çerçevesinde tahliye gerçekleştirilir (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 422). Yani haciz tarihinden önce yapıldığı resmi bir belge

süresinde tahliye edilmemesi halinde üçüncü kişi zorla çıkarılıp, taşınmaz alıcıya teslim edilir (m. 135, II, c.2). Taşınmazın ihale alıcısı adına tescilinden sonra ve fakat tahliye gerçekleştirilmeden taşınmazı ihale alıcısından satın alan kişi de borçlu veya üçüncü kişinin taşınmazdan tahliyesini isteme hakkına sahiptir (m. 135, II, c.3).

Getirilen düzenlemeler ile bir taraftan satılan malın teslim ve tes-cili ihale bedelinin ödenmesi ve ihalenin kesinleşmesine bağlanırken, diğer taraftan ihale bedelinin alacaklıya ödenmesi de satılan malın ihale alıcısına teslimine veya teslim hazırlanmasına bağlanmıştır. Şöyle ki; ihale kesinleşmedikçe ve ihale konusu mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslim hazırlanmadıkça, ihale bedeli alacaklıya ödenmeyecektir (m. 134, IX, c.1). Söz konusu düzenleme ile ihalenin feshi veya iptali halinde, ihale alıcısının ihale bedelini alacaklıdan geri almak için uğraşmaması ve bu nedenle icra satışlarına rağ-betin azaltılmaması amaçlanmıştır¹⁶⁸. İhale konusu malın teslim edilemeyeceği veya teslim hazırlanmadıkça getirilemeyeceği durumlarda da ihale icra müdürü tarafından iptal olunarak ihale bedeli alıcısına iade edilir (m. 134, IX, c.2).

SONUÇ

Cebri icra hukukunda temel paraya çevirme yöntemi olan açık artırma suretiyle satış, 7343 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'na eklenen 111/b hükmü ile bütünüyle elektronik ortama taşınmıştır. Açık artırma ile satışın bir türü olarak, elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış olarak adlandırılan, kısaca elektronik satış olarak ifade edilen bu cebri satış yönteminde de satışın artırmaya hazırlık işlemleri ve artırmanın yapılması olmak üzere iki temel aşaması bulunmaktadır. İlgili mevzuatta, en geç 08.03.2023 tarihine kadar tüm

ile ispat edilen sözleşmeden kaynaklı şahsi hak iddiaları ihale alıcısına ileri sürülebildiği ve bunlar ihale alıcısını bağladığı halde, mükellefiyetler listesine geçirilmeyen aynı hak iddiaları ihale alıcısına karşı ileri sürülememektedir (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 422).

¹⁶⁸ Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, 430.

ülke genelinde elektronik satış uygulamasına geçilmesi öngörölmüş ve bu doğrultuda pilot uygulamalardan sonra 02.01.2023 tarihinde tüm ülke il ve ilçe adliyeleri icra ve iflas daireleri ile satış memurluklarında satışların tamamen elektronik ortamda yapılmasına başlanmıştır.

Elektronik satışa ilişkin yeni kurallar ile çağın gereklerine uygun olarak satış işlemlerinin takip ekonomisi ilkesine uygun bir şekilde tüm ilgililerin menfaatlerinin korunmak suretiyle elektronik ortamda gerçekleştirilmesi ve uygulama birliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Kanun koyucu tarafından taşınır ve taşınmaz satışları için ayrı kurallar getirilmesi, elektronik satış yanında fiziki satışa ilişkin kuralların da muhafaza edilmesi, icra memuruna tanınacak takdir yetkisi çerçevesinde fiziki ortamda da satış işlemlerinin yapılabilmesine izin verilmesi yerine, yaklaşık bir yıllık geçiş sürecinden sonra, yeknesak bir biçimde tüm satış işlemlerinin elektronik ortama taşınmış olması, kanun koyucunun bu konudaki kararlılığını göstermesi açısından önemlidir.

Elektronik açık artırma suretiyle satışta, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine entegre elektronik satış portalı en önemli mecra konumdadır. Artırmanın yapılması ve sonuçlandırılması elektronik satış portalında gerçekleşmektedir. Elektronik satış portalı ile, satış işlemlerinin zamandan ve mekandan bağımsız olarak, hızlı, ekonomik, etkin ve verimli bir şekilde gerçekleşmesi, tüm ilgililerin sadece portalı takip etmek suretiyle her türlü bilgiye rahatlıkla ulaşmaları mümkün hale gelmiştir. Satışa çıkarılan mal ve hak ile ilgili bilgileri ve görselleri inceleme, teminat ve teklif işlemlerini elektronik ortamda gerçekleştirebilme, artırmaya katılanlar için önemli bir fırsat olmuş, artırmalara katılım ve artırmalarda rekabet ciddi manada artmıştır. Mevcut işleyiş dikkate alındığında, yeni düzenlemelerin uygulayıcıların ve ilgililerin işini oldukça kolaylaştırdığı, uygulamada teknik nedenlerden kaynaklı ciddi manada herhangi bir sıkıntı yaşanmadığı söylenebilir.

Kıymet takdirinin yapılması, artırma ilanının yapılması, artırma şartnamesinin hazırlanması gibi artırmaya hazırlık işlemleri yapıldık-

tan ve tamamlandıktan sonra geçilen artırma aşamasında, satış talebi geri alınmadıkça satış işlemleri artırmaya hazırlık işlemlerine uygun olarak icra dairesi tarafından re'sen gerçekleştirilir. Artırma aşamasında önce, elektronik satış portalı üzerinden birinci artırma yapılır. Birinci artırmada, katılımın olmaması veya asgari ihale bedelinin teklif edilmemesi nedeniyle ihalenin yapılamadığı haller ile ihalenin yapıldığı, ancak satış bedelinin ödenmemesi nedeniyle satışın iptaline karar verildiği hallerde, birinci artırmadaki şartlar çerçevesinde daha önce ilan edilen gün ve saat aralığında ikinci artırma yapılır.

Artırmaya katılabilmek için, herhangi bir teminattan muafiyet söz konusu değilse, satışa çıkarılan malın kıymetinin yüzde onu oranında teminat gösterilmesi zorunludur. Teminat gösterme işlemlerinin en geç artırmanın bitiminden önceki gün tamamlanması, nakit paranın en geç saat 23.30'a kadar portal üzerinden icra dairesinin hesabına yatırılması, teminat mektubunun da mesai bitimine kadar icra dairesine tevdi edilmesi gerekmekte olup, artırmanın yapılacağı son gün teminat işlemlerinin gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Teminattan muafiyet talepleri ile artırmaya temsilen katılma taleplerinin de en geç artırma süresinin sona ermesinden önceki mesai bitimine kadar satışı gerçekleştirecek birime iletilmesi gerekir. Mevcut durumda, avukatların, müvekkillerini temsilen artırmaya katılabilmeleri için icra dairesine başvurarak artırmaya katılma hususunda yetkili kılınmalarını talep etmeleri gerekmekte olup, sistemde yapılacak iyileştirmelerle, avukatların icra dairesine herhangi bir başvuru yapmalarına gerek kalmadan, doğrudan Uyap ve elektronik satış portalı üzerinden vekaletname ibraz etmek suretiyle artırmaya katılmalarının, teminat ve teklif işlemlerini gerçekleştirebilmelerinin sağlanması uygun olacaktır.

7343 sayılı Kanun ile artırmaya katılmak için gösterilmesi gereken teminatın miktarı %20'den %10'a düşürülmüş, teminattan muafiyetin kapsamı daraltılmıştır. Tamamlayıcı artırma ve satış bedelini ödememesi nedeniyle ihalenin iptaline sebebiyet veren alıcının İcra ve İflâs Kanunu m. 133, II'ye göre sorumluluğunun kaldırılmış, satış bedelinin ödenmemesi halinde ihale alıcısı tarafından yatırılan temin-

natın doğrudan alacaklarına mahsuben hak sahiplerine ödenmesine (m. 115, II; Yönetmelik m. 15, III) ilişkin düzenleme getirilmiştir. Söz konusu düzenlemelerle, ihale katılımcılarından alınan teminatın, satış bedelinin ödenmemesi nedeniyle ihale alıcısının doğacak sorumluluğunun karşılanmasına yönelik herhangi bir teminat fonksiyonu kalmamıştır.

Açık artırmalar, açık artırma ilanında belirtilen gün ve saat aralığında, elektronik satış portalında yapılır ve yedi gün boyunca devam eder. Tekliflerin tamamı elektronik satış portalı üzerinden, elektronik ortamda verilir. En yüksek teklifi veren katılımcı, kendisinden daha yüksek teklif verilmedikçe, teklifini geri çekemeyeceği gibi, teminatını da geri alamaz. Teklif verme süresinin bitimiyle de artırmalar sona erer. Açık artırma süresinin son on dakikası içinde yeni bir teklifin verilmesi halinde, açık artırma bir defaya mahsus olmak üzere on dakika uzar.

Artırma sona erdikten sonra, gerekli kontroller yapılarak öncelikle sistem üzerinden artırma işlem kaydı raporu alınır. Elektronik satış portalından kaynaklanan teknik sebeplerle, artırmanın son on dakikası içinde teklif verilemediği tespit edilirse, artırma bittikten sonraki ilk iş gününde artırma süresinin bir gün uzatılmasına karar verilir. Böyle bir olumsuzluk yoksa, artırma sağlıklı ve güvenli bir şekilde gerçekleşmişse, artırma sonucu, artırma bittikten sonraki ilk iş gününde düzenlenen ve elektronik satış portalında ilan edilen artırma sonuç raporu ile açıklanır. Artırma sonuç tutanağında, şartlar yerine gelmişse, en yüksek teklifi verene malın ihale edildiği belirtilir. İhale ile satılan malın mülkiyeti ihale alıcısına geçer. Satış bedelinin, artırma sonuç tutanağının ilan edildiği tarihten itibaren yedi gün içinde ödenmesi gerekir. Eski düzenlemeden farklı olarak satış bedelinin peşin ödenmesi yerine alıcıya doğrudan Kanun tarafından yedi günlük süre tanınmıştır. Yapılan bu değişiklik karşısında artık anlamsız kalan satış bedelinin ödenmesi için teminat karşılığında alıcıya süre verilebileceğine ilişkin m. 131, c. 3 hükmünün yürürlükten kaldırılması uygun olacaktır.

| YAZAR BEYANI | |
|---|--|
| Mali Destek/Teşekkür Beyanı: | Bulunmamaktadır. |
| Yazarların Katkıları | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır. |
| Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| Etik Kurul Onayı: | Gerekmemektedir. |

KAYNAKÇA

- Akcan, Recep. "İcra Hukukunda Temsil". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 1-2 (1999): 21-62.
- Akgün, Şükran. İcra Hukuku ve İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme Haczin Hukuki Niteliği. İstanbul: Der Yayınları, 2020.
- Akil, Cenk. "İcra Hukukunda Mükellefiyetler Listesi". Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt 1. Ankara: Yetkin Yayınları 2015, 23-174.
- Akkurt, Sinan Sami. "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60/1 (2011): 19-46.
- Arslan, Ramazan. İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. İcra ve İflâs Hukuku. Ankara: Güncellenmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Aslan, Elif Kısmet. İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi. İzmir: Güncel Yayınevi, 2004.

- Aşık, İbrahim. Satış Talebinin Geri Alınması (İİK m.110/1). Prof. Dr. Selçuk Öztek'e Armağan, Cilt 1. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022, 349-370.
- Aşık, İbrahim, Yakup Oruç, Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar. İcra ve İflâs Hukuku. Ankara: 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. İcra ve İflâs Hukuku. Ankara: 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Berkin, Necmeddin M.. Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi. İstanbul: Filiz Kitapevi, 1980.
- Boran-Güneysu, Nilüfer. İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Bulut, Uğur. İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK m. 120). Ankara: Adalet Yayınevi 2013.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel. "7343 Sayılı Kanun'la İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhâlenin Feshi'ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı". Adalet Dergisi. 68/1 (2022): 409-450.
- Çiftçi, Pınar. İcra Hukukunda Menfaat Dengesi. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Çon, Ömer. İhâlenin Feshi (İcra ve İflâs Kanunu Madde 134), Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Dönmez, R. Murat. "Taşınmaz Satışlarında İhale Kararının Kaldırılması ve Tamamlayıcı Artırma". Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 73 (2007): 309-371.
- Dönmez, R. Murat. İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Eroğlu, Orhan. "İcra Müdürü Tarafından İhalenin Kaldırılmasına Karar Verilmesi ve İzlenecek Prosedür -İİK m.133-". Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 7/14 (2019): 487-530.
- Erturgut, Mine. İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Görgün, Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. İcra ve İflâs Hukuku. Ankara: 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.

- Kale, Serdar. “İcra ve İflas Hukukunda Online Satış”. Erişim Tarihi: 27.04.2022. <https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>.
- Karslı, Abdurrahim. İcra ve İflas Hukuku. İstanbul: 4 Baskı, Filiz Kitabevi, 2022.
- Kazmaz-Tepe, Büşra. İcra Hukukunda Elektronik Ortamda Teklif Verme. Ankara: 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016.
- Köse, Yasin. “7343 Sayılı Kanun ile İhalelerin Feshi Şikâyetinde (İİK M.134) Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 53 (2023): 313-340.
- Kurt Konca, Nesibe. Medenî Usûl Hukukunda Alenîyet İlkesi. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Kuru, Baki. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı. Ankara: 3. Baskı, Adalet Yayınevi 2013.
- Kuru, Baki ve Burak Aydın. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı. Ankara: 7. Baskı, Yetkin Yayınları 2022.
- Meriç, Nedim. İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk – İsviçre Hukuku Kapsamında). İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022.
- Muşul, Timuçin. İcra ve İflâs Hukuku, Cilt 1. Ankara: 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013.
- Muşul, Timuçin. İcra ve İflâs Hukukunda; İhale ve İhalelerin Feshi. Ankara: Adalet Yayınevi 2016.
- Namlı, Mert. İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019.
- Habip Oğuz. “Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 3 (2013): 1-38.
- Okur, Mustafa. Adlî Teminat. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Oskay, Mustafa, Coşkun Koçak, Adnan Deynekli ve Ayhan Doğan. İİK Şerhi, Madde 100 – 176/b, Cilt 3. Ankara: 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2007.

- Özçelik, Volkan. İcra Müdürünün Takdir Yetkisi. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Özekes, Muhammet. “İhale Bedelinin Ödenmemesi Sebebiyle Yapılan İkinci Artırma (Tamamlayıcı Artırma)”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 5/1 (2003): 167-184.
- Özekes, Muhammet. İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Özmumcu, Seda. Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış. İstanbul: Vedat Kitapçılık 2005.
- Öztek, Selçuk. Cebri Satışlarda (Yeni Bir Açık Artırma Türü Olarak) Elektronik Ortamda Açık Artırma Suretiyle Satışa İlişkin Bazı Notlar, İstanbul: Platon Hukuk Yayınevi, 2022.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı. İstanbul: 9. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, 2022.
- Pekcanitez, Hakan ve Nedim Meriç. “Borçlunun Talebiyle Satış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 151 (2020): 235-258.
- Pekcanitez, Hakan ve Mine Akkan. “7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 160 (2022): 259-297.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. İcra Hukuku Esasları. İstanbul: 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Ruhi, Canan ve Ahmet Cemal Ruhi. İcra ve İflâs Hukukuna Göre İhale, İhale Süreci ve İhalenin Feshi. Ankara: 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Sadioğlu, F. Ceren. Artırma Yoluyla Satış. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020.
- Şengül Emre. “Haczedilen Taşınmazların Paraya Çevrilmesi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2017.
- Tuna, Burcu Ece. Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi. İzmir: Güncel Yayınevi, 2009.

- Uyar, Talih. İcra Hukukunda İhale ve İhalenin Bozulması, Manisa: 2. Baskı, Şafak Yayınevi, 1987.
- Uyar, Talih. “İhale Bedelini Yatırmayarak İhalenin Feshine Sebep Olan Önceki Alıcı, Yapılacak Tamamlayıcı İhaleye (İİK m. 133), Teminat Yatırmadan (İİK m. 124/III) Katılabilir mi?”. Terazi Hukuk Dergisi, 12/26 (2017): 126-133.
- Uyar Talih, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (İİK. 83-170), C.2. Ankara: 3. Baskı, Bilge Yayınevi, 2014.
- Üstündağ, Saim. İcra Hukukunun Esasları, İstanbul: 8. Baskı, Filiz Kitabevi, 2004.
- Üstündağ, Mustafa Emir. Medeni Hukukumuzda Taşınmazların Açık Arttırma Suretiyle Satımı. Ankara: Bilge Yayınevi, 2014.
- Yeşilova, Bilgehan. İcra ve İflas Hukuk ve Medeni Usul Hukuku. Ankara: Orion Yayınları, 2010.
- Yıldırım, Mehmet Kamil ve Nevhis Deren Yıldırım. İcra ve İflas Hukuku. İstanbul: 8. Baskı, Beta Yayınları, 2021.
- Yılmaz, Ejder. İcra ve İflas Kanunu Şerhi. Ankara: Yetkin Yayınları 2016.

Çevrimiçi Kaynaklar:

- Erişim Tarihi: 27.04.2022. <https://blog.lexpera.com.tr>
- Erişim Tarihi: 24.12.2022. <https://avukat.uyap.gov.tr>
- Erişim Tarihi: 21.01.2023. <https://esatis.uyap.gov.tr>
- Erişim Tarihi: 23.01.2023. <https://karararama.yargitay.gov.tr>

IN THE ENGLISH MODERN AGE: EXAMPLES OF DAMAGE TO REPUTATION ON THE INTERNET UNDER THE TORTS OF DEFAMATION AND MISUSE OF PRIVATE INFORMATION

İngiliz Modern Çağda: Haksız Fiiller Hakaret ve Özel Bilgilerin Kötüye Kullanılması Kapsamında İnternet Ortamında Gerçekleşen İtibarı Zedeleme Örnekleri

Dr. Ayten Ordu*

ABSTRACT

The internet is a modern means of communication, alongside “traditional” mass media such as newspapers, radio and television. Especially with the outbreak of the COVID-19 pandemic, the increase in the number of internet users brings with it the violations of personal rights to reputation that take place online. According to a study conducted in April 2020, 4.57 billion people across the world were

* Assist. Prof. Dr. Faculty of Law, Near East University, Nicosia (Turkish Republic of Northern Cyprus). ORCID ID: 0000-0003-0085-8042, Email: ayten.ordu@neu.edu.tr

Makale Geliş Tarihi: 25.03.2022

Makale Kabul Tarihi: 24.02.2023

⇒ **Atıf Şekli:** Ayten Ordu, “In The English Modern Age: Examples of Damage to Reputation on The Internet Under The Torts of Defamation and Misuse of Private Information”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18/1 (2023): 113-137.

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



using the internet, which amounts to a 7% increase since April 2019.¹ As to social media users, the figure is 3.81 billion, which again presents an increase of more than 8% since April 2019.² The increase in the number of internet users can lead to a rise in the attacks that take place online, particularly those that damage a person's reputation.

This paper aims to consider the importance of personal rights and the violation of such rights through the internet, giving case examples to illustrate how sometimes these rights can be protected, yet at other times they cannot. This paper consists of two parts; in the first part of our study, personal rights and the role of the internet in damaging a person's reputation under the tort of defamation will be examined. Thereafter; part two will take into account the role of the internet in damaging reputation under the tort of misuse of private information, thus giving case examples to illustrate how a person's reputation cannot always be protected online.

Keywords: Personal Rights, Reputation, Violation, Internet, Defamation, Information Technology, Misuse of Private Information.

ÖZET

İnternet; gazete, radyo ve televizyon gibi "geleneksel" kitle iletişim araçlarının yanı sıra, modern bir iletişim aracıdır. Özellikle CO-VİD-19 pandemisi ile birlikte, internet kullanıcı sayılarındaki artış, çevrimiçi olarak gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerini de beraberinde getiriyor. Nisan 2020'de yapılan bir araştırmaya göre, dünya çapında 4.57 milyar kişi, interneti kullanıyor ve bu rakam, Nisan 2019'dan bu yana %7'lik bir artış anlamına geliyor. Sosyal medya kullanıcı sayılarına gelince, rakamımız 3.81 milyar olmakla birlikte, Nisan 2019'dan Nisan 2020 tarihine kadar %8'den fazla bir artış su-

¹ Simon Kemp, 'Special Reports- Digital Around the World in April 2020' (*We Are Social*, 23 April 2020) <https://wearesocial.com/us/blog/2020/04/digital-around-the-world-in-april-2020/> (Date of Access: 15 March 2022).

² ibid

nuyor. İnternet ve sosyal media kullanıcı sayılarındaki artış, özellikle bir kişinin itibarına zarar veren çevrimiçi saldırıların artmasına da neden olabilir.

Çalışmamız, kişilik hakların önemini ve bu hakların internet üzerinden ihlal edilebileceğini göz önünde bulundurarak, söz konusu hakların internet ortamında bazı hallerde korunup, bazı hallerde ise korunamayacağını inceleyecektir. Çalışmamız, iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde; kişilik hakları ve haksız fiiller kapsamında itibarın zedelenmesi hususunda internetin oynadığı rol dikkate alınacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümü ise; özel bilgilerin kötüye kullanılması haksız fiiline ilişkin olarak, internetin kişinin itibarının zarar görmesindeki rolünü dikkate alacak ve kişinin itibarının her zaman çevrimiçi olarak korunamayacağını gösteren örnek davalara yer verecektir.

Anahtar Kelimeler: Kişilik Hakları, İtibar, İhlal, İnternet, Hakeret, Bilişim Teknolojisi, Özel Bilgilerin Kötüye Kullanılması.

INTRODUCTION

Across all legal systems, a “person” can be divided into two groups, the “*legal person*” and the “*real person*”. For the purposes of this paper, the “*real person*” has been taken into account, with the aim of giving case examples as to how their reputation can be damaged on the internet, thus allowing them to make a claim under the tort of defamation and the tort of misuse of private information.

Firstly, defamation can be defined as the “publication of an untrue statement which reflects on a person’s reputation and tends to lower him in the estimation of right-thinking members of society or tends to make them shun or avoid him.”³ As a result, a defamation claim has three elements; 1) a defamatory statement which lowers a person’s reputation in the eyes of right-thinking members of society;

³ W V H Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort* (16th Edition, Sweet & Maxwell 2002) 405.

2) the statement must refer to the claimant; and 3) the defamatory statement must be published.

Secondly; with regards to making a claim under the tort of misuse of private information; 1) the claimant must have a “*reasonable expectation of privacy*” in the information or images in question; and 2) the court must strike a balance between *keeping the information private, against the interest in revealing the information.*⁴

The internet is a modern means of communication that fits with the society in which we live in today. To give an example as to how a person’s right to reputation can be damaged on the internet; the online publishing of other people’s private photographs which have the negative effect of “*lowering*” them in the eyes of “*right thinking members of society*” can facilitate the violation of an individual’s right to reputation and raises the possibility of a defamation claim. For example, the publication of a professor’s photograph wearing a swimsuit on Facebook, or the distribution of such a photograph in WhatsApp groups, may have the effect of “*lowering*” the individual in the eyes of society, thus having the possible effect of damaging their reputation as a professor. Another example which can be given; is the making of defamatory remarks about other individuals on social media platforms. The making of defamatory remarks and the publication of private photographs on social media platforms not only appeal to wider audiences (particularly through the process of “*tagging*” other social media users), but they also place individuals at a greater risk of having their reputation damaged online, as opposed to defamatory remarks that are made “*face to face*”. For example, in the event that parts of an individual’s diary are published online (without obtaining the diary owner’s prior permission), it will have a greater effect of damaging the diary owner’s reputation, than it would if only one other person read the diary and confronted the diary owner about so-

⁴ Frances Quinn, *Tort Law*, (Pearson 2012) 452; Catherine Elliott and Frances Quinn, *Tort Law*, (10th edition, Pearson 2015) 268; Ayten Ordu, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde İnternette Kişilik Hakkının Hakaret ve Sövme (Zem ve Kadih) Yoluyla İhlaline Karşı Korunması*” (Onikilevha, December 2020) 64 (*Kişilik Hakkı*).

something that is written in the diary. Such an act will therefore give rise to a claim under the tort of misuse of private information. Under this tort, the court has a duty to respect the rights of both the claimant and defendant, by ensuring that there is a *balance* between the claimant's expectation of privacy under Article 8 of the ECHR on the one hand, and the defendant's freedom of expression under Article 10 of the ECHR on the other hand.

The aim of this paper is to discuss how an individual's right to reputation can be damaged on the internet, thus enabling such individuals to bring a claim under the torts of defamation and misuse of private information. Throughout the paper, examples have been given from real life cases, in order to help identify how sometimes an individual's right to reputation can be protected, yet at other times, they cannot.

1.1 PERSONAL RIGHTS AND THE ROLE OF THE INTERNET IN DAMAGING REPUTATION UNDER THE TORT OF DEFAMATION

1.1.1 The Person and their Rights

Across all legal systems, a person can be divided into two groups, namely the "legal person" and the "real person". According to Sir William Blackstone, "*Persons are divided by the law into either natural persons, or artificial. Natural persons are such as the God of nature formed us; artificial are such as are created and devised by human laws for the purposes of society and government, which are called corporations or bodies politic.*"⁵ For the purpose of this paper, only the real person will be taken into account.

⁵ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, (Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893). Vol. 1 – Book I: The Rights of Persons, Chapter 1: Of The Absolute Rights of Individuals 123. Available to view online, at: <https://ebooks.adelaide.edu.au/b/blackstone/william/comment/complete.html#book1.1> and <https://oll.libertyfund.org/pages/blackstone-on-the-absolute-rights-of-individuals-1753> (Date of Access: 28 December 2021). See also: Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 4.

In English law, personal rights begin upon birth. In the case of Paton v British Pregnancy Advisory Service,⁶ it was stated that “*the foetus cannot, in English law, in my view, have any right of its own at least until it is born and has a separate existence from the mother... the child must be subsequently born alive*”.⁷ Similarly, in the case of Vo v. France,⁸ it was decided that “*the unborn child is not regarded as a “person” directly protected by Article 2 of the Convention*”.⁹ As a result, it is arguable that rights, such as the right to life as set out under Article 2 of the European Convention on Human Rights (ECHR) will begin upon birth, when the child is born alive and has a separate existence from the mother.¹⁰

Alongside a person’s right to life, other substantive personal values can be described as the right to health and bodily integrity.¹¹ In England, the importance given to the health and wellbeing of persons is fairly high. England’s National Health Service (the NHS), dates back

⁶ *Paton v British Pregnancy Advisory Service* [1979] QB 276, [1978] 2 All ER 987, [1978] 3 WLR 687, 142 JP 497. See also: Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 6-7.

⁷ *Paton v British Pregnancy Advisory Service* [1979] QB 276, [1978] 2 All ER 987, [1978] 3 WLR 687, 142 JP 497. See also: *Elliot v Joicey* [1935] SC (HL) 57, [1935] UKHL 3, [1935] AC 209; *Re F (In Utero)* [1988] (Fam) 122 (4 February 1988) and Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 6-7.

⁸ *Vo v. France (Application no. 53924/00)* 17 BHRC 1, (2004) 79 BMLR 71, (2005) 40 EHRR 12, [2005] Inquest LR 129, 79 BMLR 71, [2004] ECHR 326, [2004] 2 FCR 577; Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 7.

⁹ *ibid*

¹⁰ European Convention on Human Rights (ECHR) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (Date of Access: 25 March 2022).

¹¹ Abraham Francis, Paula La Rosa, Lakshmi Sankaran and S.P Rajeev, *Social Work Practice in Mental Health, Cross Cultural Perspectives* (Volume 1 of 1st Edition, Allied Publishers 2014) 7; Matthias Baier, *Social and Legal Norms: Towards a Sociological Understanding of Normativity* (Routledge 2016) 5. For a detailed discussion on the nature and significance of the right to bodily integrity, refer to: Jonathan Herring and Jesse Wall, ‘The Nature and Significance of the Right to Bodily Integrity’ (2017) 76(3) *The Cambridge Law Journal* 566, <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/nature-and-significance-of-the-right-to-bodily-integrity/79703F3BE9C5C21BB76338C050E951BC/core-reader> (Date of Access: 23 January 2022).

to 1948¹² and has been constantly evolving to protect patients as well as ensuring they maintain a healthy lifestyle.¹³ As a result of the NHS; hospitals, doctors, nurses, pharmacists, opticians, dentists, nurses and health visitors provide free services to people, with their health and wellbeing being at the forefront.¹⁴ Especially after the outbreak of COVID-19, the NHS are constantly working towards protecting the community from the virus not only with the services that they provide, but also through issuing clinical guidance to both the community and clinicians, as well as to NHS managers.¹⁵ For the purposes of this paper, the role of the internet in damaging a person's right to life and other substantive personal values such as their health and bodily integrity will be discussed under the next heading.

With regards to the issue of a person's right to reputation, all individuals have the right to reputation and the right to not to be interfered with. This right is reinforced by the law relating to defamation. Defamation can be defined as the "*publication of an untrue statement which reflects on a person's reputation and tends to lower him in the estimation of right-thinking members of society or tends to make them shun or avoid him.*"¹⁶ As a result, we can say that a defamation claim has three elements, namely; 1) a defamatory statement which lowers a person's reputation in the eyes of right-thinking members of society; 2) the statement must refer to the claimant; and 3) the defama-

¹² John Black and Tony White, *The Doctor's Handbook: Part.2. Understanding the NHS*, (4th Edition, Radcliffe Publishing 2010) 75. See also: '70 Years of the NHS: The Story of Our Lives' (*NHS at 70*) <https://www.nhs70.org.uk/story/70-years-nhs-story-our-lives> (Date of Access: 05 September 2021).

¹³ Ayten Ordu, *The General Principles of Negligence in the Context of Doctor's Medical Practice* (Yakın Doğu Yayınları 2016) 89-98 (*Negligence*).

¹⁴ Black and White (n12) 41. See also: '70 Years of the NHS: The Story of Our Lives' (*NHS at 70*) <https://www.nhs70.org.uk/story/70-years-nhs-story-our-lives> (Date of Access: 5 September 2021).

¹⁵ NHS England and NHS Improvement Coronavirus Specialty Guides <https://www.england.nhs.uk/coronavirus/secondary-care/other-resources/specialty-guides/#coronavirus-treatment> (Date of Access: 22 September 2021). See also: 'Coronavirus Guidance for Clinicians and NHS Managers' (*NHS England*, 12 January 2021) <https://www.england.nhs.uk/coronavirus/> (Date of Access: 22 September 2021).

¹⁶ W V H Rogers (n3) 405.

tory statement must be published. To give an example of how a person's right to reputation can be damaged through the internet, the publishing of other people's private photographs which have the negative effect of "lowering" them in the eyes of "right thinking members of society" can facilitate the violation of an individual's right to reputation and raises the possibility of a defamation claim. For example; the publishing of a professor's photograph wearing a swimsuit on social media platforms such as Facebook, or the distribution of such a photograph in WhatsApp groups, may have the negative effect of "lowering" the professor's status and reputation in the eyes of society. The professor may therefore bring a claim under defamation, not only to prevent the further publication of such material, but he or she may also request to have the defamatory material removed from the internet. The rapid development and usage of internet technology can create the danger of being exploited at any time, thus individuals need to be protected by the law at all times.

1.1.2 The Role of the Internet in Damaging A Person's Reputation Under the Tort of Defamation

The internet emerged as a new means of communication in the 1990s.¹⁷ The concept of "internet", which consists of the words "international network", can also be defined as the "network of networks".¹⁸ It is a modern means of communication, alongside newspapers, radio and television, traditionally referred to as "mass media". Today, the rapid development of the internet and social media allows people to easily put forward their ideas and thoughts, and it is as easy as "one

¹⁷ Robert Kahn and Michael Aaron Dennis, 'Internet: Computer Network' *Encyclopedia Britannica* (2020) <https://www.britannica.com/technology/Internet> (Date of Access: 22 January 2022). See also: Barış Günaydın, *İnternet Yayıncılığı ve İfade Özgürlüğü*, (Adalet Yayınevi 2010) 23; Metin Baykan, *Basın Özgürlüğü*, (Adalet Yayınevi 2011) 18-19; Mine Kaya, *Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme-İnternet- Sosyal Medya) Kişilik Hakkının Korunması*, (Seçkin 2015) 63; Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 26.

¹⁸ Kahn and Dennis (n18), Barış Günaydın, (n17) 24, Mine Kaya (n17) 62, Fehmi Şener Gülseren, 'İnternet Ortamında İşlenen Hakaret Suçları' (2013) 4(1) *EUL Journal of Social Sciences/ Lefke Avrupa Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 15, 16, Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 26.

click” to publish across the world. Online defamatory remarks not only appeal to wider audiences (particularly through the process of “tagging” other users on social media platforms), but they also place people at a greater risk of having their reputation damaged as opposed to defamatory remarks that are made “face to face”. Especially with the worldwide publication of online news, personal views, opinions and stories, such postings can damage the honour and dignity of people (their reputation), their image or name. Making defamatory remarks on various social media platforms, tagging other users in postings, uploading videos that belong to others or videos of other people, using other people’s photographs, explicit names and making defamatory remarks on other postings can amount to an attack on the right to reputation of the relevant people involved.

Considering whether values such as health, life and bodily integrity can be damaged online, it can be asserted that online newspaper reports or postings cannot *directly* harm a person's health, life or bodily integrity. These values can be affected in an indirect way, for example; if a person reads an online story written about themselves which is false and is so shocking that it leads to a heart attack, we can say that the online false publication led to damaging this person’s health and wellbeing. To give an example of how the internet can play a role in damaging a person’s right to life and bodily integrity, it is arguable that online suicidal games, such as the “Blue Whale Challenge”, “Mariam” and “Momo” have a great impact. All three games are played online and they are composed of assigning a number of tasks to players, including self-harm, ultimately having the effect of leaving vulnerable children at risk of committing suicide. As a result, it is arguable that such games not only have the effect of interfering with the right to bodily integrity (by encouraging self-harm), but they also challenge the individual’s right to life.¹⁹

¹⁹ Justin Patchin, ‘Blue Whale Challenge’, (Cyberbullying Research Center, 16 May 2017) <https://cyberbullying.org/blue-whale-challenge> (Date of Access: 23 June 2021); Ant Adeane, ‘Blue Whale- What is the truth behind an online ‘suicide challenge?’ (BBC News, 13 January 2019) <https://www.bbc.com/news/blogs->

A person's right to reputation, dignity and integrity is most probably the one that is often breached online. To give an example, according to a news release that was published in 2018, a boarding gate employee of Southwest Airlines in America first laughed at a child's name, which was "Abcde", then took a photo of the child's boarding pass and posted it on Facebook, thus amounting to the online violation of the child's integrity.²⁰ In this example, the damage to one's integrity was made with the explicit mention of their name. However, sometimes with such online attacks, the name of the person need not always be mentioned.

Considering the first and second elements of a defamation claim, namely the requirement that there must be a "defamatory statement" which "refers to the claimant," we can say that the claimant does not always have to be specifically named in the defamatory statement. Despite the person's name is not being specified, the use of words or signs that play part in allowing the person to be recognized by third parties can also amount to damaging the person's reputation. For example, in the case of *Morgan v Odhams Press*,²¹ Lord Morris stated "The question for the Judge at the end of the plaintiff's case was whether there was evidence upon which the jury could (not would) decide in favour of the plaintiff. That in turn raised the question whether the jury could decide that some readers (having knowledge of certain circumstances) would reasonably understand the words as referring to the plaintiff. If no reasonable reader could have understood the words as refer-

[trending-46505722](#) (Date of Access: 23 June 2021), Derya Kantar Özkes, Büşra Kantar, Fırat Koç and Vahdet Özkoçak, 'The Effects of Crime-Encouraging Digital Games on Children and Prevention of These Effects' (2019) 7(4) Social Science Studies 215, 226, Birgül Alıcı, 'Movie Watching Culture Changing By The New Media And Children' (2019) 5(47) International Social Sciences Studies Journal 5945, 5959.

²⁰ Rob Crilly, 'Airline apologises for Staff who mocked five-year old Abcde's name' (The Telegraph, 30 November 2018) <https://www.telegraph.co.uk/news/2018/11/30/airline-apologises-staff-mocked-five-year-old-abcdes-name/> (Date of Access: 23 December 2021), Ordu, *Kişilik Hakkı*, (n4) 50.

²¹ *Morgan v Odhams Press* [1971] 1 WLR 1239, [1971] 2 All ER 1156, Ordu, *Kişilik Hakkı*, (n4) 51.

ring to the plaintiff, then there would be nothing to be left to the jury”.²² This statement suggests that in any claim for defamation, it is not necessary to mention the person's name explicitly. If there is sufficient information in the defamatory statement which enables the person to be recognised, this will be sufficient for a claim in defamation. Similarly, in the case of Tilbrook v Parr,²³ it was stated “...words cannot be defamatory of a claimant unless they are capable of being understood by a reasonable reader as referring to the claimant”.²⁴

On this note; it is vital to consider that in relation to the second element of a defamation claim, a claimant may still have an action for defamation if the statement does not specifically refer to him or her, but there are sufficient grounds for others to think that the statement referred to the claimant. For instance, in the case of Newstead v London Express Newspaper,²⁵ the defendant newspaper published a story on bigamy and referred to the person convicted as being “*Harold Newstead, thirty-year-old Camberwell man.*” Although this was true, the statement was not true and was thus defamatory for the claimant who had the same name, who was of the same age and who lived in the same area as the person convicted. The court held that a reasonable person would think that the statement had made reference to the claimant and it was irrelevant that the publisher intended to refer to someone other than the claimant, so the statement was regarded to be defamatory.

The third element for a defamation claim is the requirement for the defamatory statement to be “*published*”. The “publication” requirement of a defamation claim has been defined as “*communication of the material to someone other than the person allegedly defamed.*”²⁶ Bearing in mind the ultimate aim for a defamation claim, which is to

²² *ibid*

²³ *Tilbrook v Parr* [2012] EWHC 1946 (QB), Ordu, *Kişilik Hakkı*, (n4) 51.

²⁴ *ibid*

²⁵ *Newstead v London Express Newspaper* [1940] 1 KB 377 (Court of Appeal), Ordu, *Kişilik Hakkı*, (n4) 83.

²⁶ Chris Turner, *Unlocking Torts* (4th Edition, Routledge 2014) 354.

protect the reputation of individuals *in the eyes of society*, this element of a defamation claim reinforces the purpose of the law relating to defamation. It is common to think that the third element of defamation requires mass publication, however, it has long been accepted that if one other person reads or hears the defamatory statement (and understands it), this will fulfil the “publication” requirement of a claim under defamation.²⁷ For example, a person who is unable to hear and lipread cannot bring a claim for defamatory words spoken out loud. Similarly, a person who is unable to understand English cannot rely on the law of defamation for an English article that has been written about them.²⁸

Considering the “publication” requirement of a defamatory claim, Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR) sets out the right to freedom of expression.²⁹ All individuals, as well as the press have a freedom of expression under this article, but such freedom is not absolute, and can be restricted in order to protect the reputation of others.³⁰ An example of damage to a person’s reputation via publication on the internet can be the making of online defama-

²⁷ Turner, (n26) 354. See also: LexisNexis Defamation Practice Note (produced in partnership with 5RB) <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/defamation> (Date of Access: 02 February 2022) and LexisNexis Defamation and Social Media Practice Note (produced in partnership with 5RB) <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/defamation-and-social-media> (Date of Access: 02 February 2022).

²⁸ Turner, (n26) 354.

²⁹ ‘Freedom of Expression, Media Law and Defamation’ (*International Press Institute and Media Legal Defence Initiative*, February 2015) <https://www.mediadefence.org/sites/default/files/resources/files/MLDI.IPI%20Defamation%20manual.English.pdf> (Date of Access: 23 June 2021) and <https://ipi.media/freedom-of-expression-media-law-and-defamation/> (Date of Access: 23 June 2021). See also: ‘Press Freedom: Why is it Important?’ (News Media Association) <http://www.newsmediauk.org/Current-Topics/Press-Freedom> (Date of Access: 23 June 2021) and Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 54.

³⁰ ‘Freedom of Expression, Media Law and Defamation’ (*International Press Institute and Media Legal Defence Initiative*, February 2015) <https://www.mediadefence.org/sites/default/files/resources/files/MLDI.IPI%20Defamation%20manual.English.pdf> (Date of Access: 23 June 2021) and <https://ipi.media/freedom-of-expression-media-law-and-defamation/> (Date of Access: 23 June 2021) 13, Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 54.

tory remarks about them. In the unreported case of Bryce v Barber,³¹ a University law student Raymond Bryce succeeded in a defamation claim based on the posting of indecent images of children on his Facebook page by the defendant Jeremiah Barber, who was a former friend. The Facebook post included a comment which said “Ray, you like kids and you are gay, so I bet you love this picture. Ha ha.” Tugendhat J agreed that the post would be seen not only by the claimant’s 800 Facebook friends, but also by the Facebook friends of the 11 other people who were tagged in the post, thus fulfilling the “publication” requirement of a defamation claim. As a result, despite the offensive image being taken down within 24 hours, the claimant was awarded £10,000 in damages for the stress and anxiety which the post caused him to suffer. Tugendhat J also noted that the Facebook post was “not only defamatory, but a defamation which goes to a central aspect of Mr Bryce’s private life as well as his public reputation.”³²

The internet can play a role in damaging the individual’s reputation, however, in some instances, the online publication of an individual’s private story, their photograph or parts of their diary without obtaining their permission can also breach that person’s right to privacy. The individual’s right to privacy will be considered under the tort of misuse of private information heading; however; on this note, it is vital to point out that the case of Hellewell v Chief Constable of Derbyshire.³³ In this case, it was held that there is a “public interest” defence in distributing photographs of thieves by the police for the prevention, detection or investigation alleged offences. As to the facts

³¹ *Bryce v Barber* (unreported case), 26 July 2010 (HC).

³² For further information about the case, please refer to Laura Scaife, *Handbook of Social Media and the Law*, (Informa Law from Routledge 2014) 73, Gary K.Y Chan, ‘Reputation and Defamatory Meaning on the Internet’ (2015) 27 Singapore Academy of Law Journal, 694, 710, ‘Law Student Wins £10,000 after being branded a paedophile on Facebook’ (*The Telegraph*, 28 July 2010) <https://www.telegraph.co.uk/technology/facebook/7912731/Law-student-wins-10000-after-being-branded-a-paedophile-on-Facebook.html> (Date of Access: 25 June 2021).

³³ *Hellewell v Chief Constable of Derbyshire* [1995] 1WLR 804, [1995] 4 All ER 473 (Date of Access: 24 June 2020), Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 58.

of the case, shop owners who were concerned about theft had contacted the police and as a result, the police provided them with photographs of thieves. One of the photographs was that of the claimant taken in custody. It was decided that in disclosing the photographs, the police had entirely acted in good faith, the aim was to prevent or detect crime and they had distributed the photographs only to those who had a reasonable need to prevent such offences from taking place. As a result, it can be stated that sharing or publishing photographs of people without permission would normally constitute a breach of the individual's right to privacy, yet this would be eliminated based on defensive reasons such as the public interest defence to prevent, detect or investigate crime.

With regards to the publication of material on matters of public interest, it is important to note that section 4(3) of the Defamation Act 2013 is based on the common law "*doctrine of reportage*."³⁴ This doctrine provides protection for neutral reporting or republication of defamatory material that has been alleged by others, thus providing a defence for those who publish reports that give a "balanced picture."³⁵ As a result, despite the publication of defamatory material, provided such publication is a "neutral reportage" on matters that are of public interest, this can ultimately constitute a defence, thus avoiding liability for defamation.

³⁴ Explanatory Notes to the Defamation Act 2013, s.4(3), para 32. The relevant section of the Act is available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/section/4/enacted?view=interweave#section-4-3> (Date of Access: 25 June 2021). See also: Jason John Bosland, 'Republication of Defamation under the Doctrine of Reportage - The Evolution of Common Law Qualified Privilege in England and Wales' (2011) 31(1) Oxford Journal of Legal Studies, 89, 110 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1619735#:~:text=The%20doctrine%20of%20reportage%20provides,or%20controversy%20of%20public%20interest. (Date of Access: 25 March 2022) and Scaife (n32) 90.

³⁵ *ibid*. See also, the case of *Al-Fagih v HH Saudi Research & Marketing (UK) Ltd* [2001] EWCA Civ 1634 (5 November 2001) on how the doctrine of reportage was developed.

1.2 THE ROLE OF THE INTERNET IN DAMAGING A PERSON'S REPUTATION UNDER THE TORT OF MISUSE OF PRIVATE INFORMATION

1.2.1 Misuse of Private Information

Before moving on to give examples of how the tort of misuse of private information can take place on the internet (thus damaging a person's reputation), it is essential to first consider the elements required in order to bring a claim under this tort.

In order for a claim under the tort of misuse of private information, 1) the claimant must have a "*reasonable expectation of privacy*" in the information or images in question; and 2) the court must strike a balance between *keeping the information private, against the interest in revealing the information*.³⁶ This suggests that the court has a duty to respect the rights of both the claimant and defendant, by ensuring there is a balance between the claimant's expectation of privacy (Article 8, ECHR) on the one hand, and the defendant's freedom of expression (Article 10, ECHR) on the other hand.

To give an example of a misuse of private information claim; it is arguable that the online publication of parts of an individual's diary without obtaining the diary owner's prior permission can amount to such a tort. It has previously been put forward that the internet has a great role to play in damaging an individual's reputation than remarks that are made "*face to face*". In our diary example, it is arguable that the online publication of such material will damage the diary owner's reputation to a greater extent, than if one other person reads the diary and confronts the diary owner about something that it written inside. In a misuse of private information claim, the court has the authority to decide whether the private information or images in question should be *prohibited* from being published (via an injunction)- this is where the claimant's right to privacy outweighs the defendant's right to freedom of expression, or whether the information

³⁶ Quinn (n4) 452; Elliott and Quinn (n4) 268; Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 64.

or images in question *should be published*, based on the defendant's freedom of expression outweighing the claimant's right to privacy. If the information or images in question have already been published, yet they breach the claimant's right to privacy, the court can order the defendant to pay damages and an injunction may be obtained to prevent further publication.³⁷

1.2.2 Examples of Misuse of Private Information on the Internet

A key case to illustrate how the tort of misuse of private information can take place online, is the case of PJS v News Group Newspapers Ltd.³⁸ In this particular case; it was stated that *"...the appellant's solicitors have been assiduous in monitoring the internet and taking steps, wherever possible, to secure removal of offending information from URLs and web pages, but concluded that this was a hopeless task: the same information continued to reappear in new places, and tweets and other forms of social networking also ensured its free circulation."* The court as a result put forward its willingness to protect privacy in the digital age, placing great emphasis on the intrusive impact of the information about the claimant's sexual encounters being published, ruling that despite the private information had been published elsewhere in the world and on the social media, it is appropriate to prevent such information from being further published in the UK. The most important of the reasons behind this ruling was that PJS had children under the age of 16, and the publication of such material would be an intrusion into the private lives of PJS and his family. As a result, it was decided that the claimant's right to privacy outweighed the defendant's right to freedom of expression.

³⁷ Quinn (n4) 462-467; Elliott and Quinn (n4) 277-278; Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 64-65.

³⁸ *PJS v News Group Newspapers Ltd* [2016] UKSC 26 (19 May 2016), Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 66-67.

The case of The Author of A Blog v Times Newspapers Ltd³⁹ is an example to show that the revelation of a person's identity could be the subject of a claim under the tort of misuse of private information. The claimant in this case, was not only a police officer, but also an internet blogger, who used the name "Night Jack," and sought a restraining order to prevent his identity from being disclosed by the defendant. The elements to be considered under a claim for misuse of private information are firstly whether the claimant has a reasonable expectation of privacy, and secondly, whether there is a balance of interests between the claimant's right to privacy and the defendant's freedom to disclose the claimant's identity. Taking into account the activity of the claimant, the court concluded that the claimant did not have a reasonable expectation of privacy, because the activity of "blogging" is public, so it does not require special protection. As for the second element of the tort, it was decided that the disclosure of the claimant's identity by the defendant outweighed the claimant's right to privacy, because the primary purpose of the claim was not to protect the claimant's private information from being revealed, but rather it was aimed at preventing a police disciplinary action against the claimant, as the claimant had often blogged about his police work, and gave his opinions on a number of social and political issues relating to both the police and the administration of justice. As a result, we can see that the tort of misuse of private information does not always play a role in protecting a person's reputation online. Provided there are sufficient grounds for the information in question to be published (like in this case), then the tort will no longer play a role in protecting the misuse of such private information.

Another case where the tort of misuse of private information was relied upon is the case of OPO v MLA.⁴⁰ This case did not involve an online publication; however, it is another key case to illustrate how

³⁹ *The Author of A Blog v Times Newspapers Ltd* [2009] EWHC 1358 (QB) (16 June 2009) Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 84-85.

⁴⁰ *OPO v MLA & Anor* [2014] EWHC 2468 (QB) (18 July 2014), Ordu, *Kişilik Hakkı* (n4) 85-86.

sometimes a person's reputation cannot be protected by the tort of misuse of private information, particularly if the other party's freedom of expression outweighs the claimant's right to privacy. In this case, a mother brought the claim on behalf of her child, against her ex-husband who was a performing artist. The mother was seeking an injunction to prevent her ex-husband from publishing his life story as a book. The contents of the book did not include the real names of the mother and their son, nor did it contain any specific information about their relationship. The mother's claim was that the information about her ex-husband's childhood sexual abuse, his physical and mental suffering and the incidents of self-harm that was contained in the book would cause serious psychological harm to their 11-year-old son. As a result, the mother wanted to prevent the book from being published, as access to the book or information about the book could easily be made available on the internet, which their son could access. The Court of Appeal ruled that in this particular case, the tort of misuse of private information could not directly be relied upon, because although the book features the child, it does not threaten to "misuse" any of the child's private information. The court found that the information which the book contained was likely to cause harm to the child, but such information was solely related to the father. Despite this finding, an injunction to restrain the publication of the book was granted, based on the tort of *Wilkinson v Downton*.⁴¹ Under this tort, if a defendant "wilfully does an act calculated to cause psychiatric harm" then they are likely to be found liable.⁴² The Court of Appeal found that the defendant father recognised the vulnerability of his son and the risk of harm that can be caused by his learning of matters concerning his father's past, so based on this fact, decided to grant the injunction. Nevertheless, it must be noted that a year later, the Supreme Court discharged the injunction and reversed the decision of the Court of Appeal. The Supreme Court placed great emphasis on the Appellant's freedom of expression under Article 10 of the ECHR and de-

⁴¹ *Wilkinson v Downton* [1897] EWHC 1 (QB) (08 May 1897).

⁴² Quinn (n4) 324-326; Elliott and Quinn (n4) 344.

cided that “*freedom to report the truth is a basic right to which the law gives a very high level of protection.*”⁴³ The Supreme Court went on to argue that “*...the contents of the book are not untrue, threatening or insulting, they are not gratuitous or unjustified, let alone outrageous, they are not directed at the claimant, and they are not intended to distress the claimant.*”⁴⁴ As a result, the Appellant’s freedom of expression was taken as a priority. The facts of this case did not involve an online publication, yet this is another key case to illustrate that a person’s reputation cannot always be protected by the law. In some instances, the court will allow publication of material that may damage a person’s reputation, primarily on the basis of the other party’s right to freedom of expression.

Conclusively, for a successful tort of misuse of private information claim, the claimant must first establish that they have a reasonable expectation of privacy in the information or images in question, and the court has the ultimate role of balancing the interests of the two parties involved- namely the claimant’s interest in keeping the information private, and the defendant’s freedom of expression by allowing the information to be revealed. It is ultimately up to the court to decide whether or not the information in question should be published, however, we can argue that should the court decide that the defendant has a freedom of expression, the claimant’s right to reputation will not be protected.

CONCLUSION

The internet emerged in the 1990s as a modern means of communication and it continues to develop, with the number of users increasing on a daily basis. Particularly with the outbreak of the COVID-19 pandemic, there has been a rise in the number of internet

⁴³ *James Rhodes (Appellant) v OPO (by his litigation friend BHM) and another (Respondents)* Easter Term [2015] UKSC 3 [77] (Lady Hale and Lord Toulson). On appeal from: [2014] EWCA Civ 1277.

⁴⁴ *ibid*, [122] (Lord Neuberger).

users and this brings problems. Internet and social media users can make online remarks and it is as easy as “one click” to not only damage a person’s reputation and defame them, but also to breach a person’s right to privacy, thus leading to a misuse of private information claim.

The aim of this paper was to firstly discuss the importance of personal rights. The rights that were discussed are the right to life, health and bodily integrity, as well as the primary focus of this paper, which is a person’s right to reputation. For the purposes of this paper, key cases to illustrate how a person’s reputation can be damaged online were discussed, taking into account both the tort of defamation and the tort of misuse of private information. It was found that the law does not always play a role in protecting an individual’s reputation online. This can be seen from the cases where the court decided that there were substantive grounds for deciding that the private information of individuals should be revealed, primarily based on the defendant’s right to freedom of expression.

| YAZAR BEYANI | |
|---|--|
| Mali Destek/Teşekkür Beyanı: | Bulunmamaktadır. |
| Yazarların Katkıları | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır. |
| Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| Etik Kurul Onayı: | Gerekmemektedir. |

BIBLIOGRAPHY

- Adeane A, 'Blue Whale- What is the truth behind an online 'suicide challenge?' (BBC News, 13 January 2019) <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-46505722> (Date of Access: 23 June 2021).
- Alici B, 'Movie Watching Culture Changing By The New Media And Children' (2019) 5(47) *International Social Sciences Studies Journal* 5945-5959.
- Baier M, *Social and Legal Norms: Towards a Socio-legal Understanding of Normativity*, (Routledge 2016).
- Baykan M, *Basın Özgürlüğü* (Adalet Yayınevi 2011).
- Black J and White T, *The Doctor's Handbook: Part.2. Understanding the NHS*, (4th Edition, Radcliffe Publishing 2010).
- Blackstone W, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, (Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893). Vol. 1 – Book I: The Rights of Persons, Chapter 1: Of The Absolute Rights of Individuals, 123. Available to view online, at: <https://ebooks.adelaide.edu.au/b/blackstone/william/comment/complete.html#book1.1> and <https://oll.libertyfund.org/pages/blackstone-on-the-absolute-rights-of-individuals-1753> (Date of Access 28 December 2021).
- Bosland JJ, 'Republication of Defamation under the Doctrine of Reportage - The Evolution of Common Law Qualified Privilege in England and Wales' (2011) 31(1) *Oxford Journal of Legal Studies*, 89-110
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1619735#:~:text=The%20doctrine%20of%20reportage%20provides,or%20controversy%20of%20public%20interest. (Date of Access: 25 March 2022).
- Chan G.K.Y, 'Reputation and Defamatory Meaning on the Internet' (2015) 27 *Singapore Academy of Law Journal*, 694-730.

'Coronavirus Guidance for Clinicians and NHS Managers' (*NHS England*, 12 January 2021) <https://www.england.nhs.uk/coronavirus/> (Date of Access: 22 September 2021).

Crilly R, 'Airline apologises for Staff who mocked five-year old Abcde's name' (*The Telegraph*, 30 November 2018) <https://www.telegraph.co.uk/news/2018/11/30/airline-apologises-staff-mocked-five-year-old-abcdes-name/> (Date of Access: 23 December 2021).

Elliott C and Quinn F, *Tort Law* (10th edition, Pearson 2015).

European Convention on Human Rights (ECHR) https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (Date of Access: 25 March 2022).

Abraham F, Paula LR, Lakshmi S and Rajeev S.P, *Social Work Practice in Mental Health, Cross Cultural Perspectives* (Volume 1 of 1st Edition, Allied Publishers 2014).

'Freedom of Expression, Media Law and Defamation' (*International Press Institute and Media Legal Defence Initiative*, February 2015) <https://www.mediadefence.org/sites/default/files/resources/files/MLDI.IPI%20defamation%20manual.English.pdf> (Date of Access: 23 June 2021) and <https://ipi.media/freedom-of-expression-media-law-and-defamation/> (Date of Access: 23 June 2021).

Gülseren FŞ, 'İnternet Ortamında İşlenen Hakaret Suçları' (2013) 4(1) *EUL Journal of Social Sciences/ Lefke Avrupa Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 15-33.

Günaydın B, *İnternet Yayıncılığı ve İfade Özgürlüğü*, (Adalet Yayınevi 2010).

Herring J and Wall J, 'The Nature and Significance of the Right to Bodily Integrity' (2017) 76(3) *The Cambridge Law Journal*, 566-588, <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/nature-and-significance-of-the-right-to-bodily->

[integrity/79703F3BE9C5C21BB76338C050E951BC/core-reader](https://www.britannica.com/technology/Internet)
(Date of Access: 23 January 2022).

Kahn R and Dennis MA, 'Internet: Computer Network' *Encyclopaedia Britannica* (2020)
<https://www.britannica.com/technology/Internet> (Date of Access: 22 January 2022).

Kantar Özkes D, Kantar B, Koç F and Özkoçak V, 'The Effects of Crime-Encouraging Digital Games on Children and Prevention of These Effects' (2019) 7(4) *Social Science Studies* 215-226.

Kaya M, *Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme- İnternet- Sosyal Medya) Kişilik Hakkının Korunması* (Seçkin 2015).

Kemp S, 'Special Reports- Digital Around the World in April 2020' (*We Are Social*, 23 April 2020)
<https://wearesocial.com/us/blog/2020/04/digital-around-the-world-in-april-2020/> (Date of Access: 15 March 2022).

'Law Student Wins £10,000 after being branded a paedophile on Facebook' (*The Telegraph*, 28 July 2010)
<https://www.telegraph.co.uk/technology/facebook/7912731/Law-student-wins-10000-after-being-branded-a-paedophile-on-Facebook.html> (Date of Access: 25 June 2021).

LexisNexis Defamation Practice Note (produced in partnership with 5RB) <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/defamation>
(Date of Access: 02 February 2022)

LexisNexis Defamation and Social Media Practice Note (produced in partnership with 5RB)
<https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/defamation-and-social-media> (Date of Access: 02 February 2022).

NHS England and NHS Improvement Coronavirus Specialty Guides
<https://www.england.nhs.uk/coronavirus/secondary-care/other-resources/specialty-guides/#coronavirus-treatment>
(Date of Access: 22 September 2021).

Ordu A, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde İnternette Kişilik Hakkının Hakaret ve Sövme (Zem ve Kadih) Yoluyla İhlaline Karşı Korunması*" (Onikilevha 2020) (*Kişilik Hakkı*).

Ordu A, *The General Principles of Negligence in the Context of Doctor's Medical Practice* (Yakın Doğu Yayınları, 2016) (*Negligence*).

Patchin J, 'Blue Whale Challenge' (Cyberbullying Research Center, 16 May 2017) <https://cyberbullying.org/blue-whale-challenge> (Date of Access: 23 June 2021).

'Press Freedom: Why is it Important?' (News Media Association) <http://www.newsmediauk.org/Current-Topics/Press-Freedom> (Date of Access: 23 June 2021).

Quinn F, *Tort Law* (Pearson 2012).

Scaife L, *Handbook of Social Media and the Law* (Informa Law from Routledge 2014).

Turner C, *Unlocking Torts* (4th Edition, Routledge 2014).

Rogers, W V H, *Winfield and Jolowicz on Tort* (16th Edition, Sweet & Maxwell 2002)

'70 Years of the NHS: The Story of Our Lives' (*NHS at 70*) <https://www.nhs70.org.uk/story/70-years-nhs-story-our-lives> (Date of Access: 05 September 2021).

CASELAW:

Al-Fagih v HH Saudi Research & Marketing (UK) Ltd [2001] EWCA Civ 1634 (5 November 2001)

Bryce v Barber (unreported case), 26 July 2010, (HC)

Elliot v Joicey [1935] SC (HL) 57, [1935] UKHL 3, [1935] AC 209

Hellewell v Chief Constable of Derbyshire [1995] 1WLR 804, [1995] 4 All ER 473

James Rhodes (Appellant) v OPO (by his litigation friend BHM) and another (Respondents) Easter Term [2015] UKSC 3 (On appeal from: [2014] EWCA Civ 1277)

*In The English Modern Age: Examples Of Damage To Reputation On The Internet Under
The Torts Of Defamation And Misuse Of Private Information*

- Morgan v Odhams Press* [1971] 1 WLR 1239, [1971] 2 All ER 1156
- Newstead v London Express Newspaper* [1940] 1 KB 377 (Court of Appeal)
- OPO v MLA & Anor* [2014] EWHC 2468 (QB) (18 July 2014)
- Paton v British Pregnancy Advisory Service* [1979] QB 276, [1978] 2 All ER 987, [1978] 3 WLR 687, 142 JP 497
- PJS v News Group Newspapers Ltd* [2016] UKSC 26 (19 May 2016)
- Re F (In Utero)* [1988] (Fam) 122 (4 February 1988)
- The Author of A Blog v Times Newspapers Ltd* [2009] EWHC 1358 (QB) (16 June 2009)
- Tilbrook v Parr* [2012] EWHC 1946 (QB)
- Vo v. France (Application no. 53924/00)* 17 BHRC 1, (2004) 79 BMLR 71, (2005) 40 EHRR 12, [2005] Inquest LR 129, 79 BMLR 71, [2004] ECHR 326, [2004] 2 FCR 577,
- Wilkinson v Downton* [1897] EWHC 1 (QB) (08 May 1897)

**Kamu Hukuku /
Public Law**

HİNT OKYANUSU'NDA DENİZ ALANLARI SINIRLANDIRMASI: ULUSLARARASI ADALET DİVANİ'NİN SOMALİ-KENYA KARARI HAKKINDA BAZI GÖZLEMLER

*Maritime Area Delimitation in the Indian Ocean: Some Observations on
the Somalia-Kenya Judgment of the International Court of Justice*

Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU*

ÖZET

Uluslararası Adalet Divanı'nın Somali ile Kenya arasındaki dava-
da verdiği 12 Ekim 2021 tarihli kararında, sınırlandırma hukuku açı-
sından üç husus öne çıkmıştır. İlki, sınırlandırmanın temel amacı ola-
rak hakça bir çözüm gereğini vurgulamasıdır. İkincisi, esas noktaların
seçiminde belirli noktaları göz ardı etmesidir. Üçüncüsü ise, üç aşama
yöntemini esas alırken bir ilgili şart olarak kesme etkisine ilişkin yap-
tığı değerlendirmelerdir. Bu bağlamda Divan, kesme etkisine maruz
kalacak sahilin içbükeyliğini tespit ederken daha geniş bir coğrafi
uzanımı esas almıştır. Bu uygulama, uluslararası yargı içtihadıyla

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim
Üyesi, uğurbayil@chankaya.edu.tr. ORCID ID: 0000-0002-8601-7908.

Makale Geliş Tarihi: 28.12.2022

Makale Kabul Tarihi: 17.01.2023

⇒ Atıf Şekli: Uğur Bayıllıoğlu, "Hint Okyanusu'nda Deniz Alanları Sınırlandırması:
Uluslararası Adalet Divanı'nın Somali-Kenya Kararı Hakkında Bazı Gözlemler",
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18/1 (2023): 141-168.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslan-
mıştır.



uyumlu olmakla beraber kesme etkisinin tespitinde belirleyici olacak şekilde sınırlandırmanın tarafı olmayan Tanzanya'nın sahillerinin içbükeyliğin tespitinde dikkate alınması, itirazlara konu olmuştur. Söz konusu kararın Türkiye açısından önemi, hem Doğu Akdeniz sınırlandırma uyuşmazlığına yönelik tezler açısından hem de Afrika'daki balıkçılık ilişkileri açısından ortaya çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Deniz Yetki Alanları Sınırlandırma Hukuku, Kesme Etkisi, Esas Noktaların Tespiti, Sınırlandırmada Metodoloji, Üç Aşama Yöntemi.

ABSTRACT

In the 12 October 2021 dated judgment of the International Court of Justice on the case between Somalia and Kenya, three issues came to the fore in terms of delimitation law. The first one is the judgment emphasizes the need for an equitable solution as the main purpose of delimitation. The second is that it ignores certain points in the selection of base points. The third point is about the evaluation made on the cut-off effect as a relevant circumstance while taking the three-stage method as a basis. In this context, while determining the concavity of the coast that will be exposed to the cut-off effect, the Court has taken a wider geographical configuration as a basis. Although this practice is in line with the jurisprudence of the international judiciary, it has been the subject of objections that the coasts of Tanzania, which is not a party to delimitation, are taken into account in the determination of the concavity. The importance of the judgment for Turkey emerges both in terms of theses on the Eastern Mediterranean delimitation dispute and in terms of fisheries relations in Africa.

Key Words: Law of Maritime Delimitation, Cut-off Effect, Determining of Base Points, Delimitation Methodology, Three-Stage Methodology.

GİRİŞ

Uluslararası Adalet Divanı'nın incelediği Somali ile Kenya arasındaki sınırlandırma uyuşmazlığı, sınırlandırma hukukunun klasik kavram, kural ve yöntemlerinin pekiştirildiği bir kararın ortaya çıkmasına vesile olmuştur. Sahilleri bitişik olan söz konusu devletler arasındaki sınırlandırma açısından temel uyuşmazlık konusu, çizilecek sınırın istikametinin ortay hat esasında mı yoksa yatay enlem yöntemine göre mi belirleneceği üzerine düğümlenmiştir. Bu açıdan davada tarafların sınırlandırma hukukuna dayandırdıkları iddialar, Divan tarafından önemli tespit ve değerlendirmelere konu olmuştur.

Somali, Hint Okyanusu'nda, dış kıta sahanlığı da dâhil olmak üzere, Kenya ile arasındaki deniz alanlarının tek bir hat vasıtasıyla sınırlandırılması talebiyle 28 Ağustos 2014 tarihinde Divan'a başvuru yapmıştır.¹ Kenya ise yetki itirazında bulunmuş ve Divan öncelikle bu itirazı inceleyerek yetkili olduğu kararına varmıştır.² Divan, esasa ilişkin kararını da 12 Ekim 2021 günü vermiştir.³ Kararda Divan, karasularını ortay hat esasında, iç kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge ile dış kıta sahanlığını ise geçici eşit uzaklık çizgisi üzerinde Kenya lehine ayarlama yapmak suretiyle sınırlandırmıştır.⁴

¹ Başvuru için bkz: Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 28 August 2014, Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), para, 36–37, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/161/161-20140828-APP-01-00-EN.pdf>, (Erişim tarihi: 3.1.2022). Başvuru ve tarafların iddialarına ilişkin genel bilgi için bkz: Uğur Bayılloğlu, "Filistin Devleti'nin Deniz Alanı İddialarına İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2021. s. 712–713. Ayrıca bkz: Nicholas A. Ioannides ve Constantinos Yiallourides, "A Commentary on the Dispute Concerning the Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v Kenya)", s. 1–2, <https://www.ejiltalk.org/a-commentary-on-the-dispute-concerning-the-maritime-delimitation-in-the-indian-ocean-somalia-v-kenya/>, (pdf) (Erişim tarihi: 3.1.2022).

² Karar metni için bkz: Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017.

³ Karar metni için bkz: Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/161/161-20211012-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 3.1.2022).

⁴ Somalia v. Kenya, para, 214, (3–5).

Kararda aynı zamanda, zımnî antlaşma ve Kenya tarafından icra edilen hidrokarbon faaliyetlerinin uluslararası hukuk karşısındaki durumu da gündeme gelmiş ve bu konular da çeşitli Divan tespitlerine mazhar olmuştur. Çalışmada ise temel olarak sınırlandırma uyumsuzluğunun esasını teşkil eden ve neticeye tesir eden üç konu üzerinde durulacaktır. İlki, esas noktaların seçimidir. Bu seçim, karasuları sınırlandırması ve devamında deniz yetki alanları sınırlandırması açısından istikamet tayininde oldukça önem arz etmektedir. Diğeri ise kararda yer alan, sınırlandırma kuralının hayata geçirilmesi için benimsenen yöntem ve bunun sınırlandırma kuralıyla irtibatının kurulması yönündeki tespitlerdir. Bu şekilde hakça sonuç amacı bir hukuki zorunluluk olarak ortaya konmuştur. Böylece hakça sonuca giden yoldaki etkenlerden biri olan ilgili şartlar gündeme gelmiştir. Zaten nihai olarak kesme etkisine yönelik değerlendirme, hattın istikametinde belirleyici olmuştur.

I. ESAS NOKTALARIN SEÇİMİ

Somali ve Kenya karasuları sınırlandırması açısından farklı esas noktalar ileri sürmüştür.⁵ Divan'a göre Somali'nin ileri sürdüğü ve Diua Damasciaca adacıklarında bulunan ilk iki esas nokta, ortay hattın yönü üzerinde önemli bir etki göstermekte ve hattı güneye doğru itmektedir. Ras Kaambooni'nin güney ucundaki üçüncü esas nokta ise ortay hat üzerinde önemli ölçüde güney yönünde itme etkisi göstermektedir.⁶ Hatta Divan, sınırlandırmanın başlangıç noktasının Somali yönünde, Somali tarafından kullanılanlardan farklı olan ve Kenya tarafından kullanılacak esas noktaların da hattın baştaki istikametini güneye doğru iteceği tespitini yapmıştır.⁷

Böylece iki devletin de ileri sürdüğü esas noktaları kabul etmiş ve bunları kendisi belirlemiştir. Divan, bu tespit için tarafların ileri sürmediği esas noktaları seçebileceğine ilişkin kendi içtihadına

⁵ Bkz: Somalia v. Kenya para, 110.

⁶ Somalia v. Kenya, para, 113.

⁷ Somalia v. Kenya, para,113.

atıf yapmıştır.⁸ Bu içtihadattan birisi olan Romanya-Ukrayna kararında Divan, sınırlandırma hattını belirlerken, tarafların karasuları için seçtikleri esas noktalardan sapabileceğini açıkça kabul etmiştir.⁹

Söz konusu kararda Divan, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge genişliğini ölçmek için esas nokta tespitiyle sınırlandırma amacıyla esas nokta tespitinin farklı olduğunu belirtmiştir. Divan'a göre ilk durumda, devlet, BMDHS düzenlemeleri çerçevesinde esas noktaları kendisi belirleyecektir. Fakat Divan bu noktada, Balıkçılık kararlarındaki, söz konusu tek taraflı tespit, her zaman uluslararası bir yönü olduğu şeklindeki ünlü içtihadını hatırlatmıştır.¹⁰ Divan sınırlandırma açısından ise iki veya daha fazla devleti ilgilendiren deniz alanlarının sınırlandırılmasında esas noktaların seçiminin taraflara bırakamayacağını vurgulamıştır. Zira Divan'a göre sınırlandırmada ilgili sahillerin fiziki coğrafyası referans alınarak esas noktalar seçilmelidir.¹¹ Bu tespitlerden çıkan sonuç, demek ki deniz alanlarının çakışması durumunda esas noktaların seçimi de sınırlandırmaya dairedir.

Somali-Kenya kararında Divan, esas noktaları kendisi belirlemek için öncelikle, ileri sürülen küçük deniz yapıları üzerine esas nokta yerleştirilmesi halinde bunun, ortay hattın seyri üzerinde, bu yapıların boyutlarıyla orantısız bir etkiye neden olacağını ve genel sahil coğrafyasını etkileyeceğini belirtmiştir.¹² Buna göre Divan, boyutlarına kıyasla ortay hattın istikameti üzerinde orantısız bir etkiye neden olacak küçük ve kurak Diua Damasciaca adacıklarına esas nokta yerleştirmedeği gibi benzer gerekçelerle Ras Kaambooni'nin güney ucunda bir cezir yüksekliği üzerinde de esas nokta seçmemiştir. Hatta Divan, Ras Kaambooni Yarımadası'nı, kara hududunun nihayetinde Somali'nin nispeten düz sahil şeridini bozan küçük bir çıkıntı olarak nitelemiştir. Söz konusu gerekçelerle Divan, ortay hattın çizimi için

⁸ Bkz: Somalia v. Kenya, para, 111.

⁹ Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports, 2009, para, 117.

¹⁰ Romania v. Ukraine, para, 137.

¹¹ Romania v. Ukraine, para, 137.

¹² Somalia v. Kenya, para, 113.

gereken esas noktaları, yalnızca tarafların anakara sahilleri üzerine yerleştirmiştir.¹³

Görüldüğü gibi Divan karasuları sınırlandırmasında bazı adacık ve cezir yüksekliklerini esas nokta olarak dikkate almamıştır. Bu uygulaması için de önceki içtihadı referans göstererek, dayanak olarak kullanmıştır.¹⁴ Divan'ın atf yaptığı kararlardan ikisinde doğrudan adaların karasuları sınırlandırmasına etkisine yönelik hüküm tesis edilmiştir. Bunlardan ilki olan, Katar-Bahreyn kararında Divan, Katar Yarımadası ile Bahreyn'in ana adası arasında yarı yolda konumlanmış Qit at Jaradah Adası'nı, oldukça ufak, meskûn olmayan ve bitki örtüsünden mahrum bir ada olarak değerlendirmiştir. Söz konusu adanın sınırlandırma hattının çiziminde esas nokta olarak dikkate alınmasının önemsiz bir yapıya orantısız bir etki verilmesi anlamına geleceğini vurgulayan Divan, bu durumu özel şart olarak değerlendirerek sınırlandırma çizimini adanın hemen doğusundan geçirmiştir.¹⁵

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Bangladeş-Mynmar kararında ise içtihadta, adalara karasuları sınırlandırılmasında tam etki-den daha az etki verilmesi yönünde emsaller bulunmakla birlikte, bu tür muameleye tabi olan adaların genellikle önemsiz yapılar olduğunu, Divan'ın, Katar-Bahreyn kararındaki Qit at Jaradah Adası uygulamasına atf yapmak suretiyle belirtmiştir.¹⁶ Mahkeme, St. Martin Adası'nın, büyüklüğü ve nüfusu ile ekonomik ve diğer faaliyetlerin kapsamı itibariyle önemli bir yapı teşkil ettiği gerekçesiyle karasuları sınırlandırmasında BMDHS'nin 15. maddesi çerçevesinde özel şart olarak değerlendirilmesini veya tam etki tanınmamasını gerektiren

¹³ Somalia v. Kenya, para, 114.

¹⁴ Bkz: Somalia v. Kenya, para, 111.

¹⁵ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, para, 219. Divan'ın Qit at Jaradah Adası'na ilişkin diğer tespitleri ve değerlendirmeler için bkz: Uğur Bayillioğlu, Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), s. 202-204.

¹⁶ Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012, para, 151.

bir durum bulunmadığını belirtmiştir.¹⁷ Böylece Ada'ya karasuları sınırlandırmasında tam etki verilmiş ve bu etki, 12 millik dış sınıra kadar yayılmıştır.¹⁸

Bangladeş-Mynmar kararındaki uygulamaya karşın, Somali-Kenya kararında atıf yapılan ve dayanak alınan Divan içtihadı, teorik düzeyde bu nevi bir kabulün göstergesidir. Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı kararında; adacık, kaya ve küçük sahil çıkıntılarının orantısız etkisinin ortadan kaldırılması gereği Divan tarafından vurgulanmıştır.¹⁹ Libya-Malta kararında da Divan, bu tespitine atıf yaparak, bir eşit uzaklık çizgisinin hakkaniyete uygunluğunun, belirli adacık, kaya ve küçük sahil çıkıntılarının orantısız etkisinin bertaraf edilmesi için önlem alınıp alınmadığına bağlı olduğunu vurgulamıştır.²⁰ Buna dayanarak da taraflar arasındaki geçici eşit uzaklık çizginin hesaplanmasında Malta'ya ait meskûn olmayan ve Malta Adası'nın hemen güneyinde konumlanmış Filfla Adası'nın dikkate alınmamasını hakça bulmuş, böylece söz konusu adayı esas nokta olarak dikkate almamıştır.²¹

Her ne kadar bunlar kıta sahanlığı sınırlandırması için yapılan tespitler olsa da hem teorik düzeyde adaların karasuları sınırlandırmasında esas nokta olarak dikkate alınmayabileceğine yönelik bir kabul teşkil eder hem de sonradan Divan'ın Katar-Bahreyn kararındaki atfıyla karasuları için de geçerli kılınmıştır. Somali-Kenya kararındaki tespit ve uygulama da bu içtihadı pekiştirmiştir.

¹⁷ Bangladesh/Myanmar, para, 151-152.

¹⁸ Bangladesh/Myanmar, para, 168-169. Fakat Mahkeme, Mynmar sahilini kapatmaması ve sınırlandırma hattı üzerinde haksız bozma etkisi yaratmaması için St. Martin Adası'nı, münhasır ekonomik bölge ile kıta sahanlığı sınırlandırmasında esas nokta olarak dikkate almamıştır. Bangladesh/Myanmar, para, 265. Mahkeme'nin diğer tespitleri ve değerlendirmeler için bkz: Uğur Bayıllıoğlu, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Kosta Rika-Nikaragua Kararında Adalar Hakkındaki Tespitlerine İlişkin Bazı Gözlemler", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, 2018, s. 124-125.

¹⁹ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para, 57.

²⁰ Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriye/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, para, 64.

²¹ Libyan Arab Jamahiriye/Malta, para, 64 ve 72-73.

Somali-Kenya kararında Divan, her ne kadar karasuları sınırlanmasında ortay hat uyguladıysa da bazı adacık ve cezir yüksekliklerini esas nokta olarak dikkate almayarak aslında, katı bir ortay hattan Kenya lehine sapmıştır. Fakat bu, BMDHS'nin 15. maddesi anlamında teknik olarak ortay hat yöntemini uygulamama veya ortay hattan sapma değildir. Zira doğrudan söz konusu maddedeki özel şartlar argümanına dayandırılmamıştır. Ayrıca buradaki esas nokta seçimi de zaten geçici ortay hattın oluşturulması için yapılmıştır. Yine de şurası açıktır; ortay hattın oluşturulması için bazı küçük adaların bozma etkisi gibi nedenlerle esas nokta olarak nazara alınmaması,²² hakça bir sonuç doğurmaya yöneliktir. Böylece Divan, hakça sonuç zorunluluğunu karasuları için de gözetmiştir.²³

II. SINIRLANDIRMA METODOLOJİSİ ÜZERİNDEKİ TESPİTLER

Divan kararında değinilmesi gereken bir diğer husus, sınırlandırma kuralı ile metodoloji arasında kurduğu bağa ilişkindir.

Divan öncelikle, gerek Somali'nin gerek Kenya'nın BMDHS'ye taraf bulunması nedeniyle meselenin BMDHS hükümleri çerçevesinde çözüleceğini belirtmiştir. Dolayısıyla, Divan'a göre karasuları sınırlandırılması için Sözleşme'nin 15., münhasır ekonomik bölge ile kıta sahanlığı sınırlandırması için de 74. ve 83. maddeleri uygulanacaktır.²⁴ Bu çerçevede önceki içtihadına atıf yaparak, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasının, antlaşmayla yapılacağını, uyumsuzluk halinde meselenin üçüncü taraf çözümüne arz edileceğini

²² Yargıç Yusuf, bireysel şerhinde, karasuları açısından esas nokta seçiminin BMDHS ve içtihadı aykırı olduğunu ileri sürmüş ve bunu esas itibarıyla, en düşük cezir hattının başlangıç noktası alınmaması ve taraflarca ileri sürülen esas noktaların göz ardı edilmesine bağlamıştır. Separate Opinion of Judge Yusuf, para, 3 ve 8 vd., <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/161/161-20211012-JUD-01-03-EN.pdf>. (Erişim tarihi: 3.1.2022).

²³ Sınırlandırmaya (geçici) eşit uzaklık çizgisiyle başlamak ve özel şartları istisna olarak kabul etmek şartıyla, hakça sonuç gereğini karasuları sınırlandırması için de arayan görüşler ve bu konudaki tartışmalar için bkz: Massimo Lando, "Judicial Uncertainties on Territorial Sea Delimitation under Article 15 of the United Nations Convention on the Law of the Sea", International and Comparative Law Quarterly, Volume: 66, July, 2017, 586-623.

²⁴ Somalia v. Kenya, para, 33, 48 ve 92.

ve fakat her halükarda, sınırlandırmanın tek taraflı bir işlemle yapılamayacağını belirtmiştir.²⁵ İctihatta da yer alan bu tespitler, aslında madde düzenlemelerinin lafız ve ruhunun ifadesi olup, temel anlayış ve felsefesini yansıtmaktadır. Fakat burada uluslararası yargıya arızın bir hukuki zorunluluk oluşturmadığı hususunun altı özellikle çizilme-lidir. Bunun nedeni; taraf devletlere, sınırlandırma uyumsuzluklarını BMDHS'nin XV. kısmında öngörülen zorunlu yargı mekanizması dışına çıkarma yetkisi veren Sözleşme'nin 298/1. maddesidir.

Divan, BMDHS'nin 74. ve 83. maddesi düzenlemelerinin, temelde ayniyet arz etmesi nedeniyle iki ayrı deniz alanını kendi özel hukuki rejimleri ile sınırlandıran tek bir deniz sınırının oluşturulmasına imkân tanıdığını belirtmiştir.²⁶ Burada Divan'ın kastettiği, tek bir hatla hem münhasır ekonomik bölge hem de kıta sahanlığı alanlarının sınırlandırılmasıdır; Divan'ın da zikrettiği gibi bu uygulamaya ilişkin çeşitli örnekler vardır. Şüphesiz burada tek bir hatla her iki deniz alanı sınırlandırılrsa da münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının sahildevlete verdiği yetkilerin kapsamının farklı olması, Divan'ın özel hukuki rejimlere vurgu yapmasına neden olmuştur.

Divan, söz konusu düzenlemelerin fazlasıyla soyut niteliğine de vurgu yapmıştır. Gerçekten de Divan'a göre söz konusu düzenlemeler genel nitelikleri nedeniyle uygulamaya yönelik yeterli bir kılavuzluk sağlamaktan uzaktır; lakin sınırlandırma faaliyetinin amacı, hakça bir çözüme ulaşmaktır.²⁷ Toluner'in altını çizdiği gibi bu düzenlemelerde, "sınırlandırmada uygulanması gereken ilkelerden çok, gerçekleştirilmesi gereken sonuca ağırlık verilmiş"tir.²⁸ Demek ki bu amaç doğrultusunda sınırlandırma yapılacaktır ve BMDHS'nin 74. ve 83. maddeleri, bu amaç doğrultusunda yorumlanacaktır. Divan böylece soyut ve genel kuralın amacının, hakça sonuca ulaşmak olduğu yönündeki sı-

²⁵ Somalia v. Kenya, para, 48-49.

²⁶ Somalia v. Kenya para, 120.

²⁷ Somalia v. Kenya para, 121.

²⁸ Sevin Toluner, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), (İstanbul: Beta, Dördüncü Bası, 1996), s. 226.

nırlandırma hukukunun temel gereğini ayrıca ve açıkça ifade etmek suretiyle pekiştirmiştir.²⁹

Divan'ın bir diğer önemli tespiti, iki devletin deniz alanı sınırları konusunda özgür iradeleriyle akdettikleri bir anlaşmayı, hakça bir çözüme ulaşmış olmak şeklinde nitelendirmesidir.³⁰ Böylece Divan'ın, her iki maddede yer alan antlaşma müessesesiyle hakkaniyet ibaresi arasında bir bağ kurduğu görülmektedir.

Divan, BMDHS'nin 74. ve 83. maddelerini değerlendirirken üzerine düşen yükümlülüğü de vurgulamıştır. Gerçekten de Divan'a göre tarafların uyuşmazlığı arz etmesi halinde, hakça bir çözüm bulmak kendi görevi olacaktır; zaten bu görevin ifası için tedricen bir sınırlandırma metodolojisi geliştirmiştir.³¹ Divan bu noktada Romanya-Ukrayna kararında sistematik hale getirdiği üç aşama yöntemine vurgu yapmıştır.³²

Romanya-Ukrayna kararında Divan'ın yaptığı tespite göre, ilk aşamada sahiller arasında geçici eşit uzaklık çizgisi çizilecektir. İkinci aşamada, hakça bir sonuca ulaşmak için geçici eşit uzaklık çizgisinin ayarlanması veya düzeltilmesini gerektiren ilgili şartlar bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir. Üçüncü ve nihai aşamada ise orantılılık testi yapılacaktır. Burada, tarafların sahil uzunlukları arasındaki oran ile kendilerine verilen deniz yetki alanları arasında dikkat çekici bir orantısızlık olup olmadığı incelenecektir.³³ Söz konusu kararda Divan'ın da altını çizdiği gibi BMDHS'nin 74. ve 83. maddeleri gereği nihai sınırlandırma hattı, hakça bir çözümle sonuçlanacak şekilde uzanmalıdır.³⁴ Divan'ın Somali-Kenya kararında belirttiği gibi üç aşama yöntemi, her ne kadar BMDHS'de düzenlenmediği için zorunlu

²⁹ Kuralın evrimi ve uluslararası yargı kararlarındaki yorumlanma tarz ve şekli hakkında kronolojik ve ayrıntılı bilgi ve gözlemler için bkz: Yücel Acer, Uluslararası Yargı Kararları Temelinde Ege ve Doğu Akdeniz'de Sınırlandırma Sorunları, (İstanbul: SETA Kitapları, 2021), s. 67-83.

³⁰ Somalia v. Kenya, para, 121.

³¹ Somalia v. Kenya para, 121-122.

³² Somalia v. Kenya para, 122.

³³ Bkz: Romania v. Ukraine, para, 115-122.

³⁴ Romania v. Ukraine, para, 120.

olmasa da Divan tarafından, Sözleşme'nin 74. ve 83. maddelerinin gerektirdiği şekilde, hakça bir çözüme ulaşma çabasının bir parçası olarak deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin içtihatla geliştirilmiştir.³⁵ Divan bu tespiti, Kenya'nın üç aşama yönteminin zorunlu olmadığı, hakça sonuç için somut uyuşmazlıkta yatay enlem yönteminin uygulanması gerektiği iddiası karşısında yapmıştır.³⁶ Divan önceki içtihadı atf yaparak üç aşama yönteminin, sahilin ortay hattın çizilmesine imkân vermemesi gibi durumlarda uygulanamayacağını, fakat somut uyuşmazlıkta böyle durumlar mevcut olmadığından, bu metodolojiyi kullanmaya yönelik olağan uygulamadan sapmayacağını belirtmiştir.³⁷

Divan, Kenya'nın ileri sürdüğü yatay enlem yönteminin de Somali sahili üzerinde çok ciddi bir kesme etkisi yaratacağı için hakça bir çözüm oluşturmadığını belirtmiştir.³⁸ Burada aslında davanın temel odağı olan, ilgili şartlar ve kesme etkisi müesseseleri gündeme gelmektedir. Bir ilgili şart olarak Divan'ın kesme etkisine ilişkin tespitleri aşağıdaki başlıkta incelenecektir. Şimdilik, üç aşama yöntemi ve ilgili şartlar açısından Divan'ın yaptığı tespit üzerinde durmak gerekir. Divan'a göre sınırlandırma sürecine öngörülebilirlik getiren üç aşama yöntemi, objektif ve coğrafi kriterlere dayanırken, aynı zamanda sınırlandırmanın hakkaniyete uygunluğunu etkileyen ilgili şartları da hesaba katmaktadır.³⁹ Divan böylece, hem ilgili şartların sınırlandırmanın nihai amacına yönelik etkisine hem de üç aşama yöntemi ile bu amacın arasındaki bağa vurgu yapmak suretiyle, sınırlandırma huku-

³⁵ Somalia v. Kenya, para, 128.

³⁶ Somalia v. Kenya, para, 127.

³⁷ Somalia v. Kenya, para, 129 ve 131.

³⁸ Somalia v. Kenya, para, 130.

³⁹ Somalia v. Kenya, para, 128. Üç aşama yönteminin öngörülebilirlik ve objektivite sağlamadığı yönündeki görüş ve değerlendirmeler için bkz: Fayokemi Olorundami, "Objectivity versus Subjectivity in the Context of the ICJ's Three-stage Methodology of Maritime Boundary Delimitation", International Journal of Marine and Coastal Law, Volume: 32, No: 1, 2017, s. 36-53.

Karasuları sınırlandırmasında, önce bir geçici eşit uzaklık çizgisi oluşturulması ardından, özel şartların dikkate alınarak bunun üzerinde ayarlama yapılması şeklinde teessüs eden iki aşama yönteminin uygulanması gerektiği ve bunun öngörülebilirlik sağladığı yönünde görüşler için bkz: Lando, s. 592 vd.

kunun temel ilke ve değerlendirme esaslarını ortaya koymuştur.⁴⁰ Gerçekten de hakkaniyet (hakça ilkeler), BMDHS'nin 74. ve 83. maddelerinde öngörülen ve sınırlandırmada esas alınacak temel ilkeleri oluşturur.⁴¹ Hakça ilkelere uygun bir sınırlandırma yapılması ve dolayısıyla hakça bir sonuç elde edilmesi için ilgili şartların değerlendirilmesi gerekir. Söz konusu ilgili şartlar olarak uygulamada, coğrafi ve coğrafya dışı etkenler ileri sürülmektedir.⁴² Coğrafi etkenler açısından inceleme konusu davayla ilgili olarak kapatmama ilkesi ve kesme etkisi ön plana çıkmaktadır.

III. KESME ETKİSİNE YÖNELİK DEĞERLENDİRMELER

Somut uyuşmazlıkta Divan'ın kesme etkisine ilişkin değerlendirmeleri, geçici eşit uzaklık çizgisinin oluşturulmasından sonra üç aşama yönteminin ikinci aşamasında yapılmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi bu aşamada, hakça bir sonuca ulaşmak için söz konusu geçici hat üzerinde bir değişim gerektiren ilgili şart değerlendirmeleri yapılmaktadır.

Kenya'nın geçici eşit uzaklık çizgisinde düzeltme yapılması için ileri sürdüğü argümanlar arasında öne çıkan ve Divan'ın üzerinde önemle durup, söz konusu hat üzerinde ayarlama nedeni olarak gördüğü ilgili şart, kesme etkisidir.⁴³ Kesme etkisi, kesmeme veya kapatmama ilkesinin ihlalinin ifade eden bir olgudur. Söz konusu ilkenin

⁴⁰ Divan'ın üç aşama yöntemi hakkındaki bu tespitlerine atıf yapan Acer'e göre de "Böylelikle Divan hakça sonuç oluşturma gereğinin esas sınırlandırma kuralını yansıttığını ifade etmiştir". Acer, s. 82-83.

⁴¹ Toluner, s. 226-228.

⁴² Bkz: Malcolm D. Evans, *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, (Oxford: Clarendon Press, 1989), s. 99 vd. Pazarıcı da söz konusu etkenleri, hakça ilkelerin unsurları olarak ifade etmektedir. Bkz: Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap*, (Ankara: Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, 2003), s. 372-373.

⁴³ Kenya'nın diğer argümanları ve Divan'ın tespitleri için bkz: *Somalia v. Kenya*, para, 151-160.

unsurlarından birinin, bir devletin sahilinin “denize doğru projeksiyonunun mümkün olduğunca kesilmemesi” olduğu görülmektedir.⁴⁴

Kenya'nın kesme etkisi açısından ileri sürdüğü temel argüman, geçici eşit uzaklık çizgisinin sahil projeksiyonlarında azalmaya yol açan çok ciddi bir kesme etkisi yarattığı yönündedir. Kenya'ya göre bunu bertaraf etmek için bölgesel uygulamada tesadüf edilen yatay enlem yönteminin uygulanması gerekmektedir.⁴⁵

Somali'nin kesme etkisine ilişkin görüşü ise sahillerin; nispeten düz uzanımı ve dikkat çekici unsurlar içermemesi nedeniyle kesme etkisini doğuracak olağandışı veya anormal coğrafi koşullar barındırmadığı yönündedir. Ayrıca Somali, yatay enlem yöntemini esas alan ve Kenya'nın sıklıkla gündeme getirdiği Kenya ile Tanzanya arasında sınırlandırma yapan antlaşmaların, kendisini bağlamadığını ve somut davada herhangi bir etkisi olmadığını ileri sürmüştür.⁴⁶

Burada hem yatay enlem yönteminin daha iyi anlaşılması hem de bölgedeki bir uygulama için Kenya ile Tanzanya arasındaki sınırlandırma düzenlemesine kısaca değinmek gerekir. Bahse konu sınırlandırma antlaşması, yatay enlem yöntemini esas alan düzenlemeler içeren, temelinde 9 Temmuz 1976 tarihli antlaşma⁴⁷ yatan, 23 Haziran 2009 tarihli kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırma antlaşmasıdır.⁴⁸ Yatay enlem, bitişik sahillerde söz konusu olan ve deniz alanlarının yan sınırlarını, kara hududunun bittiği noktadaki enlemleri takip ederek, söz konusu alanların dış sınırına kadar uzatan bir yöntemdir. Böylece kesme etkisinin bertarafı veya azaltılması

⁴⁴ Acer, 100. Yazar, ABD-Kanada davasında Divan'ın kapatmama ve kesmemeyi iki ayrı ilke olarak değerlendirdiğini, bugünse bu ikisinin kapatmama olarak tek bir ilkeyle ifade edildiğini belirtmiştir. Acer, s. 100.

⁴⁵ Somalia v. Kenya, para, 149-150 ve 161.

⁴⁶ Somalia v. Kenya, para, 148.

⁴⁷ Antlaşma metni için bkz: Andronico O. Adede, “Kenya-Tanzania Report Number 4-5”, içinde International Maritime Boundaries Volume I, ed. Jonathan I. Charney/Lewis M. Alexander, (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 881-883.

⁴⁸ Antlaşma metni için bkz: Law of the Sea Bulletin, No: 70, New York, 2009, s. 54-57. https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletin/bulletinpdf/bulletin70e.pdf, (Erişim tarihi: 11.6.2021).

mümkün olabilir. İşte Kenya–Tanzanya antlaşması ile bu şekilde Kenya'nın açık denize erişimi mümkün olduğu kadar sağlanmışır.⁴⁹

Nitekim Divan da söz konusu antlaşmaların taraflar arasında hüküm ve netice doğuran niteliğine vurgu yapıp, bunların, tek başlarına Somali–Kenya sınırlandırmasını etkilemeyeceklerinin altını çizmiştir. Divan'a göre Kenya–Tanzanya deniz alanları sınırlandırmasından kaynaklanan bir kesme etkisi ilgili şart oluşturmamaktadır. Zira mevcut davada ele alınması gereken konu, ortay hattın, sahilin uzanımı neticesinde Kenya için bir kesme etkisi yaratıp yaratmadığıdır; yoksa Kenya–Tanzanya sınırlandırmasının sonucu değildir.⁵⁰ Görüldüğü gibi Divan, Kenya ile Tanzanya arasındaki düzenlemeleri somut davada belirleyici olmaktan çıkarmıştır. Fakat bu, sadece Kenya–Tanzanya deniz alanları sınırlandırması içindir. Zira aşağıda görüleceği gibi Tanzanya sahili de kesme etkisini tespitite Divan tarafından dikkate alınmıştır. Şu halde, Kenya–Tanzanya sınırı dikkate alınmamışken, bu sınırı oluşturan sahiller, ilgili şart değerlendirmesinde dikkate alınmıştır.

Kesme etkisi açısından Kenya'nın durumu, hem içbükey sahil uzanımı hem de sandviç etkisi nedeniyle çevrelenme açısından gündeme gelmektedir. Divan, öncelikle uluslararası yargı içtihadına atıf yaparak, içbükey uzanımına sahip sahillerde ortay hat kullanımının, kesme etkisi yaratabileceğini belirtmiştir. Sandviç etkisi ise sahilleri bitişik üç devletin bulunması halinde, ortadaki devletin maruz kalacağı açığa doğru artan kesme etkisidir. Bu etki, ortadaki devletin sahillerinin çevrelenmesi sonucunu doğuracaktır.⁵¹

Kenya sahillerinin, Somali ile Tanzanya sahilleri arasında kaldığı ve sandviç ve çevrelenme etkisine açık olduğu bir vakıadır. Burada

⁴⁹ Söz konusu antlaşmalar ve düzenlemeleri hakkında bilgi için bkz: Bayilloğlu, Filistin Devleti'nin, s. 711–712 ve eşlik eden dipnotlar.

⁵⁰ Somalia v. Kenya, para, 163. Lakin Divan, söz konusu antlaşmaların, münhasır ekonomik bölge ve iç kıta sahanlığında kesme etkisini hafiflettiği hususunu da ayrıca ve açıkça vurgulamaktan geri durmamıştır. Somalia v. Kenya, para, 169.

⁵¹ Divan'ın her iki duruma ilişkin değindiği kararlar için bkz: Somalia v. Kenya, para, 162, 164–167. Söz konusu kararlar ve Filistin Devleti'nin sahil şeridi hakkında değerlendirmeler için bkz: Bayilloğlu, Filistin Devleti'nin, s. 701 vd.

sorun, sahilin içbükey bir nitelik arz edip etmediğidir. Divan bu noktada, Kenya ve Somali sahillerinin içbükey bir nitelik arz etmediğini, fakat kesme etkisini tespit için yalnızca bu iki devletin sahil şeritlerini tecrit edilmiş bir şekilde değerlendirmenin dar bir yaklaşım teşkil edeceğini belirtmiştir.⁵² Dolayısıyla Divan, içbükeyliğin daha geniş bir coğrafi uzanım içinde değerlendirilmesini içeren içtihadındaki iki örnek durum üzerinde durmuştur. İlki diğer iki devletin sahilleri arasında konumlanan devletin durumudur. Bu, esas itibarıyla sandviç ve çevrelenme etkisini doğurmaktadır. Diğerisi ise yine bu etkiyi tespit için içbükey sahilin değerlendirildiği coğrafi alanı genişletme durumudur.⁵³

Divan, kesme etkisini tespit için hayati önem taşıyan bu yorumu, somut uyuşmazlığa da uygulamıştır. Divan, Somali, Kenya ve Tanzanya anakara sahilleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, söz konusu sahillerin içbükey bir nitelik arz ettiğini vurgulamış ve Hakemlik Mahkemesi'nin Gine ile Gine Bissau kararında yaptığı tespite atıf yapmıştır.⁵⁴ Söz konusu uyuşmazlıkta da eldekine benzer şekilde, içbükey sahiller ve sandviç etkisi tartışması bulunmaktadır. Hakemlik Mahkemesi'ne göre burada, Sierra Leone de dikkate alınırsa, içbükey bir sahil şeridi boyunca uzanan üç bitişik devlet mevcuttur. Bu durumda, ortay hat yönteminin bir diğer sakıncası, ortada bulunan devletin diğer ikisi tarafından çevrelenmesine ve dolayısıyla deniz alanlarını uluslararası hukukun müsaade ettiği kadar uzatamamasına yol açmasıdır. Derdest tahkimde Gine Bissau ile Sierra Leone arasında bulunan Gine'ye olabilecek olan da budur.⁵⁵ Hakemlik Mahkemesi, bölgedeki tüm sınırlandırmaları etkileyecek şekilde, Afrika kıtasının bu bölümünün genel coğrafi yapısı üzerinde durarak, meseleye bütüncül olarak yaklaşmıştır. Böylece Hakemlik Mahkemesi, her ne kadar Gine Bissau-Gine-Sierra Leone sahilleri içbükeyse de bunların

⁵² Somalia v. Kenya, para, 164 ve 168.

⁵³ Bkz: Somalia v. Kenya, para, 165-167.

⁵⁴ Bkz: Somalia v. Kenya, para, 167-168. Hakemlik Mahkemesi'nin kararı için bkz: "Arbitration Tribunal for the Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau Award of 14 February 1985", International Legal Materials, Volume: 25, No: 2, 1986, s. 252-305.

⁵⁵ Guinea/Guinea-Bissau, para, 104.

bağlı bulunduğu Batı Afrika sahillerinin dışbükey bir nitelik arz ettiğini, sınırlandırmanın bu durum dikkate alınarak yapılması gerektiğini, bunun da hem yatay enlem yöntemini hem de ortay hattı dışladığını belirtmiştir.⁵⁶

İnceleme konusu uyumsuzlukta Divan; Somali, Kenya ve Tanzania anakara sahilleri bütün olarak birlikte ele alındığında, sahil şeridinin, Gine Bissau, Gine ve Sierra Leone sahil şeridinden bile daha fazla içbükey olduğunu belirtmiştir.⁵⁷ Yine Divan, mevcut kesme etkisinin, Somali'den Tanzania'ya uzanan sahil şeridinin yapısından kaynaklandığı tespitini yapmıştır.⁵⁸ Böylece, mezkûr içtihadı emsal gösterecek kesme etkisini tespit için içbükey sahilin değerlendirildiği coğrafi alanı geniş bir şekilde değerlendirmiştir. Ayrıca bu bağlamda Divan, Kenya'nın Somali ve Tanzania sahilleri arasındaki konumu nedeniyle sandviç ve çevrenme etkisi kaynaklı maruz kalacağı kesme etkisinin altını çizmiştir.⁵⁹ Netice olarak da geçici eşit uzaklık çizgisinin, Kenya'nın sahil projeksiyonlarını kademeli olarak daralttığını ve deniz alanı haklarını önemli ölçüde azalttığını vurgulamıştır.⁶⁰

Şu halde Divan, bir kesme etkisinin varlığını kabul etmiştir. Bundan sonra tespit etmesi gereken, ortay hattın, kesme etkisi nedeniyle hakça bir sonuç doğurup doğurmayacağı, eğer doğurmuyorsa hakça bir sonuca ulaşmak için ortay hat üzerinde nasıl bir değişiklik yapılacağıdır. Bu noktada Divan, içtihadı atıf yaparak, geçici eşit uzaklık çizgisi üzerinde bir değişiklik yapılabilmesi için kesme etkisinin ciddi ve önemli olması gerektiğini vurguladıktan sonra; mevcut davadaki kesme etkisini, Kenya'nın potansiyel haklarının önemli ölçüde daral-

⁵⁶ Guinea/Guinea-Bissau, para, 108. Hakemlik Mahkemesi'nin bu tespitleri daha önceki bir çalışmamızdan kısmen alınmıştır. Bkz: Bayillioğlu, Filistin Devleti'nin, s. 705. Yine inceleme konusu kararda Divan'ın bu açıdan atıf yaptığı Kamerun-Nijerya kararındaki (Somalia v. Kenya, para, 164) tespitler için bkz: Bayillioğlu, Filistin Devleti'nin, s. 706. Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği kararındaki (Somalia v. Kenya, para, 165) tespitler için ayrıca bkz: Bayillioğlu, Filistin Devleti'nin, s. 701-702.

⁵⁷ Somalia v. Kenya, para, 168.

⁵⁸ Somalia v. Kenya, para, 169.

⁵⁹ Somalia v. Kenya, para, 168.

⁶⁰ Somalia v. Kenya, para, 169.

tilmasına yönelik bazı ayarlamaları haklı çıkaracak kadar ciddi olarak nitelemiştir.⁶¹

Bu nitelemeden sonra Divan, geçici eşit uzaklık çizgisinin ayarlanması için içtihatla geliştirilen bir standardın varlığını tespit etmiştir.⁶² Bu standart, sınırlandırmada hakça bir çözüme ulaşılması için tarafların sahillerinin makul ve karşılıklı olarak dengeli bir şekilde etki üretmesini gerektirmektedir.⁶³

Fakat inceleme konusu kararda Divan, bu standardın yanında, yine içtihatla geliştirilmiş olan coğrafyanın yeniden şekillendirilmemesi ilkesine de vurgu yapmıştır.⁶⁴ Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Gana-Fildişi Sahili kararındaki tespitleri, hem ilkenin anlam ve sonucunu veciz bir şekilde betimlemekte hem de ilkeye ilişkin içtihatla yapılan değerlendirmeleri muntazaman ortaya sermektedir.⁶⁵ Mahkeme içtihadın, hangi şartların ilgili olarak değerlendirilebileceğini geliştirdiği gibi aynı zamanda, geçici eşit uzaklık çizgisi üzerindeki ayarlamaların amaç ve sınırını da tayin ettiğini belirtmiş ve coğrafyanın üstünlüğü ilkesini ön plana çıkaran ve coğrafyanın yeniden şekillendirilmemesi gerektiğini bildiren içtihadı atıf yapmıştır.⁶⁶ Burada ilkenin anlamı açısından Mahkeme'nin de altını çizdiği husus; sınırlandırmanın, coğrafyayı tamamen yeniden şekillendirmemesi ve doğanın yarattığı eşitsizlikleri telafi etmemesi gereğidir.⁶⁷ Mahkeme'nin

⁶¹ Somalia v. Kenya, para, 170-171.

⁶² Somalia v. Kenya, para, 172.

⁶³ Romania v. Ukraine, para, 201. Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012, para 215. Bu tespit açısından Divan, Kenya-Somali kararında, Romanya-Ukrayna kararına atıf yapmamış, sadece Nikaragua-Kolombiya kararına yapmıştır. Nikaragua-Kolombiya kararında ise Romanya-Ukrayna kararına atıf yapmıştır.

⁶⁴ Libyan Arab Jamahiriye/Malta, para, 46'dan nakleden, Somalia-Kenya, para, 172.

⁶⁵ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte D'ivoire), Judgment, ITLOS Reports 2017.

⁶⁶ Ghana/Côte D'ivoire, para, 409.

⁶⁷ Ghana/Côte D'ivoire, para, 409.

bu tespiti, ilgili şartların da bir sınırı olduğunu ve bunun da coğrafya olduğunu ortaya koyar.⁶⁸

Şu halde, sınırlandırmada hakça bir çözüme ulaşılması için tarafların sahilleri makul ve karşılıklı olarak dengeli bir şekilde etki üretecek ve fakat bu etki, coğrafyanın yeniden şekillendirilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Görüldüğü gibi ortada hassas bir denge bulunmaktadır. Bu denge, hem soyut olarak ilkeler düzeyinde geçerlidir hem de soyut ilkelerin somut olaya uygulanması esnasında, yetkili organca gözetilecektir. Nitekim Divan, ortay hat üzerindeki bir ayarlanmanın Somali için makul olmayan bir sonuç üretmemesi gereğini belirtmek suretiyle söz konusu dengenin soyut düzeyde altını çizmiş ve bunun ancak somut olay temelinde yapılması gerektiğini vurgulayarak, sınırlandırma hukukunun gereği olan dengenin somutlaştırılması görevini ifaya başlamıştır.⁶⁹

Bunun için Divan, geçici eşitlik uzaklık çizgisinin ayarlanması konusunda sihirli bir formülün bulunmadığı yönündeki içtihadta yer alan tespite atıf yapmış ve bu ayarlanmanın, hakça bir çözüme ulaşmak için ilgili şartlar çerçevesinde genel olarak yapılan değerlendirmenin bir sonucu olduğunu vurgulamıştır.⁷⁰ Böylece ortada bir takdir yetkisi bulunduğunu ve bunu da yukarıda belirtilen standart, çerçeve ve denge içinde kullanacağını vurgulamış olmaktadır.

Nitekim Divan, somut davada kesme etkisini azaltmak için geçici eşit uzaklık çizgisi üzerinde ayarlama yapılmasının makul olduğu kanaatini bir kez daha ifade ettikten ve dolayısıyla içtihadı dayandırdığı standardın sağlandığını ortaya koyduktan sonra, bu standart içinde olarak değerlendirdiği (ve takdir ettiği) bir nispette, geçici eşit uzaklık

⁶⁸ Mahkeme'nin bu tespitleri daha önceki bir çalışmamızdan kısmen alınmıştır. Bkz: Uğur Bayillioğlu, Türkiye-Libya Antlaşması Ekseninde Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sınırlandırma Uyuşmazlığı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), s. 104.

⁶⁹ Somalia v. Kenya, para, 172-173.

⁷⁰ Somalia v. Kenya, para, 173.

çizgisini, Kenya lehine kuzeye kaydırmıştır.⁷¹ Divan aynı hattın, dış kıta sahanlığına uzatılmasına da hükmetmiştir.⁷²

Görüldüğü gibi üç aşama yöntemi gereğince ilk aşamada çizilen geçici eşit uzaklık çizgisi, ikinci aşamada kesme etkisi nedeniyle Kenya lehine düzeltilmiştir. Nihai aşama olan üçüncü aşamada ise orantılılık testi yapılacaktır. Bu, tarafların sahil uzunlukları arasındaki oran ile kendilerine verilen deniz yetki alanları arasında dikkat çekici bir orantısızlık olup olmadığının incelenmesidir.⁷³ Bu inceleme faaliyetinde, sahil uzunlukları arasında bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığı değerlendirme konusu yapılmaktadır. Divan Romanya-Ukrayna kararında, içtihadın, "sahil uzunluklarındaki hangi uyumsuzluğun, sınırlandırma hattının haksız olduğu ve hala düzeltme gerektiren dikkat çekici bir orantısızlık teşkil edeceği konusunda yıllar içinde farklı sonuçlar çıkardığını" belirtmiş ve bu konudaki takdir yetkisinin, bölgenin genel coğrafyasını gözetmek suretiyle Divan'a ait olduğunu vurgulamıştır.⁷⁴ Demek ki dikkat çekici orantısızlığın takdiri de hakça sonuç temel amacı çerçevesinde, yetkili organa ait olacaktır. İnceleme konusu davada Divan'ın takdiri, büyük bir orantısızlık olmadığı yönünde tecelli etmiştir.⁷⁵

IV. BİREYSEL ŞERHLERDE KESME ETKİSİ

Çoğunluk kararına çeşitli yönlerden katılmayan yargıçların bireysel şerhlerine bakılınca, temel itiraz maddesinin, kesme etkisi ve

⁷¹ Somalia v. Kenya, para, 173. Ayarlanmış hattın, harita üzerinde gösterimi için bkz: Somalia v. Kenya, s. 63.

⁷² Somalia v. Kenya, para, 195-196. Fakat dış kıta sahanlığının sınırlandırılması meselesi tartışma doğurmuş ve yargıçların itirazlarına konu olmuştur. Bu itirazlar, Kıta Sahanlığı Sınırları Komisyonu'nun tavsiye kararı vermemesi nedeniyle dış kıta sahanlığı üzerinde tarafların henüz hak sahipliği tesis etmediği noktasına düşümlenmiştir. Bkz: Ioannides ve Yiallourides, s. 5-6. Acer, Divan'ın bu uygulamasını, hak sahipliği ile sınırlandırmayı birbirinden ayırmak olarak değerlendirmiştir. Acer, s. 55.

⁷³ Söz konusu değerlendirmeyi yapan içtihat örnekleri için bkz: Ghana/Côte D'ivoire, para, 533.

⁷⁴ Romania v. Ukraine, para, 213.

⁷⁵ Somalia v. Kenya, para, 176. Divan'ın orantısızlığa ilişkin tespitleri için bkz: Acer, s. 279 ve 296.

içbükey sahilin değerlendirme ölçü ve tarzına yönelik olduğu görülmektedir. Gerçekten de Yargıç Robinson'ın, Divan'ın kesme etkisine ilişkin tespitlerine karşı ilk itirazı, söz konusu etkinin, ciddi ve önemli olmadığı noktasındadır.⁷⁶ Robinson'a göre, ortay hat, içe doğru oldukça hafif bir kavis çizen Kenya sahil şeridinin, deniz alanlarına maksimum erişimini ciddi ve önemli ölçüde kesmemektedir. Bunun hukuki sonucu da ortay hatta hafif bir ayarlama veya herhangi bir ayarlama yapılmaması şeklinde tezahür etmelidir.⁷⁷ Yargıç Yusuf da, "ciddi" ve "kesme" kelimelerinin gramatik yorumu çerçevesinde benzer bir görüş ifade etmiş;⁷⁸ açıkça Somali ile Kenya arasındaki katı bir ortay hattın, sahillerin aynı genel yönde denize doğru projeksiyon göstermesine izin verdiğini, Kenya'nın potansiyel haklarını engellemediğini ve dolayısıyla kesme etkisi ve bir çevrelenme durumu yaratmadığını vurgulamıştır.⁷⁹

Somut olayda kesme etkisinin ciddi olmadığını vurgulayan bu iki görüş, buna paralel olarak içbükeyliğin daha geniş bir coğrafi uzanım içinde değerlendirilmesine de itiraz içermiştir. Bu itiraz, ilgili sahiller ve taraflar bağlamında ortaya çıkmıştır.⁸⁰ İtirazın iki temel gerekçe üzerine bina edildiği görülmektedir. İlki, Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı davasındaki durumun aksine, somut davada, Tanzanya'nın sınırlandırmaya taraf olmamasıdır. Diğeri ise Kamerun-Nijerya davasında öngörülen, genel coğrafyanın sınırlandırılacak alanla ilgili olması gereğinin göz ardı edildiği noktasındadır.⁸¹

Görüldüğü gibi söz konusu şerhlerde, kesme etkisi değerlendirmesinin bir sınırı olduğu içtihatla yer alan iki karar dayanak alınarak açıklanmak istenmiştir. Fakat her durum, şerhlerde atıf yapılan karar-

⁷⁶ Individual Opinion, Partly Concurring and Partly Dissenting, of Judge Robinson, para, 22–28, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/161/161-20211012-JUD-01-05-EN.pdf>. (Erişim tarihi: 3.1.2022).

⁷⁷ Individual Opinion, Partly Concurring and Partly Dissenting, of Judge Robinson, para, 29.

⁷⁸ Separate Opinion of Judge Yusuf, para, 37–39, 46.

⁷⁹ Separate Opinion of Judge Yusuf, para, 37 ve 46.

⁸⁰ Ioannides/Yiallourides, s. 4.

⁸¹ Individual Opinion, Partly Concurring and Partly Dissenting, of Judge Robinson, para, 30–33; Separate Opinion of Judge Yusuf, para, 29–30.

lardaki durumlara benzemeyebilir, farklı durumlar için yeni bir içtihat ortaya koymak gerekebilir. Burada sorun, kesme etkisi değerlendirmesinin sınırının ne olduğunu tespit etmektir. Yukarıda da belirtildiği gibi inceleme konusu kararda Divan, standart olarak bir denge gereğine dikkat çekmiş ve coğrafyanın yeniden şekillendirilmemesi ilkesine atıf yapmıştır. Böylece keyfi değil, bir sınır dâhilinde kesme etkisine hükmettiğini göstermiştir.

Şu halde kesme etkisi değerlendirmesine getirilen sınırlama, şerhlerde öngörüldüğü gibi içtihadın somut olay temelinde birbirine benzeyen yönlerinden değil, yine içtihadın bir ürünü olan coğrafyanın yeniden şekillendirilmemesi ilkesinden kaynaklanmaktadır. Zira bu, somut olay temelinde değerlendirmeye tabi tutulacak soyut bir ilkeyken; şerhlerde atıf yapılan durumlar, sadece somut birer olayın akislerinden ibarettir. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Bangladeş-Myanmar kararında da altını çizdiği gibi her somut olay eşsizdir ve spesifik bir muameleyi gerektirir; temel amaç ise hakça bir çözüme ulaşmaktır.⁸² Dolayısıyla inceleme konusu davadaki coğrafi durumun, önceki davalara tam olarak benzememesi, bu eşsizliğin sonucudur. Eğer ortada böyle bir eşsizlik varsa, hakça bir çözüm zorunluluğu, bu eşsizlik için geçerli olmayacak mıdır? Aksi kabul geçerli olsaydı içtihadın yerinde sayması hiç gelişmemesi gerekirdi. Şüphesiz bu, sınırlandırma hukukunun gelişiminde uluslararası yargı içtihadına atfedilen, “genel bir sınırlandırma kuralının içeriğinin tespiti” ve “somutlaştırılması” şeklindeki işlev ve hukuki değere⁸³ uygun olmazdı. Demek ki artık hakça bir çözüme ulaşmak için bu (eşsiz) coğrafi duruma uygulanan yeni bir içtihat vardır. Binaenaleyh, Divan kararının diğerleri

⁸² Bangladesh/Myanmar, para, 317. Mahkeme, daha önceki bir çalışmamızda da kullanılan bu tespiti, St. Martin Adası'nın etkisini incelerken, genel olarak adaların durumu için yapmıştır. Bkz: Bayilloğlu, Uluslararası Adalet Divanı'nın Kosta Rika-Nikaragua Kararında, s. 123 ve 126-127. Bu tespit, adalar yanında, tüm diğer ilgili şartlar için de geçerli olduğu sonucu, izahtan varestedir.

⁸³ Acer, s. 32-41.

yanında, bu açıdan da “içtihadın tutarlılığı ve istikrarı konusunda endişeler doğurduğu”⁸⁴ yönündeki eleştiriye katılmıyoruz.⁸⁵

SONUÇ

Divan’ın kararda yaptığı tespit ve değerlendirmeler, aslında sınırlandırma hukukunun bir özeti niteliğindedir. Gerçekten de Divan’ın kararda ulaştığı sonuç, somut davada bir ilgili şart olarak kesme etkisinin mevcut olduğu, bu etkinin, hakça bir sonuç için bertaraf edilmesi gerektiği, lakin bu bertaraf ameliyesinin, coğrafyanın yeniden şekillendirilmesi sonucunu doğurmaması gerektiği şeklindedir.

Somut olayda ulaşılan bu sonuç, esas itibariyle sınırlandırma hukukuna ilişkin, uluslararası yargı içtihadındaki genel yaklaşımları teyit etmiştir. Buna göre; sınırlandırmada ortay hat zorunlu değildir; amaç hakça sonuçtur. Bu sonuç için üç aşama yöntemi elverişlidir. İlgili şart değerlendirmeleri hakça sonuca ulaşmak için temel verileri sunmaktadır. Sınırlandırma hukukuna ilişkin bu genel değerlendirmeler, somut davada özellikle kesme etkisi açısından yansımalarını bulmuştur.

Kesme etkisi açısından ulaşılan sonuç, bir ilgili şart olarak kesme etkisinin oldukça önemli olduğu ve her iki sahil açısından da gözetileceğidir. Bir başka ifadeyle, bir sahil açısından kesme etkisi bertaraf edilirken diğer bir sahil aleyhine bu etki yaratılmamalıdır. Bu bir denge ifadesi olup, coğrafyanın yeniden şekillendirilmemesi ilkesi ile de bağlantılıdır. Kesme etkisine ilişkin bir diğer önemli uygulama, kesme etkisine maruz kalacak sahilin içbükeyliğini tespit ederken ortaya çıkmıştır. Divan bu noktada içbükeyliğin daha geniş bir coğrafi uza-

⁸⁴ Ioannides/Yiallourides, s. 7.

⁸⁵ Şu hususu vurgulamamak eksiklik oluşturacaktır ki Divan kararlarında, ilgili şart tespitinden sonraki uygulamaya yönelik genel bir gerekçesizlik veya eksik gerekçe sorunu mevcuttur. Lakin burada üzerinde durduğumuz konu, ilgili şartın tespiti ki Divan burada kesme etkisini (ilgili şartı) gerekçelendirmiştir. Adalar açısından, ilgili şart tespitinden sonraki uygulamaya ilişkin gerekçe sorunuyla ilgili olarak bkz: Bkz: Bayilloğlu, Uluslararası Adalet Divanı’nın Kosta Rika-Nikaragua Kararında, s. 125 vd.

nım içinde değerlendirilmesini içeren içtihadı dayanak almış, böylece sadece Somali ile Kenya sahillerini değil, Tanzanya sahillerini de hesaba katarak hükmünü kurmuştur. Lakin bu uygulamanın coğrafyanın yeniden şekillendirilmemesi ilkesine uyumu ve önceki içtihadı uygunluğu tartışma konusu yapılmıştır. Aslında Divan bu açıdan genel yaklaşımı takip etmekle beraber, emsalsiz bir coğrafya için içtihadta bulunmayan yeni bir nitelendirme yapmıştır. Fakat bu, ilkeler düzeyinde değil, somut coğrafya temelinde gerçekleşmiştir. Demek ki Divan, kesme etkisi konusunda emsalsiz bir coğrafyaya yönelik yeni bir içtihat ortaya koymuştur. Bu içtihat, farklı coğrafyalardaki derdest ve gelecekte ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda, ilkeler düzeyinde emsal olarak görülecek ve gösterilecektir.

Şüphesiz Doğu Akdeniz sınırlandırma uyuşmazlığı da bundan nasibini alacaktır. Doğu Akdeniz'de coğrafyanın inceleme konusu davadakinden oldukça farklı olduğu açıktır. Gerçekten de Doğu Akdeniz'de Somali-Kenya-Tanzanya gibi bitişiklik arz eden sahiller bulunmuyorsa da sahillerin konum ve uzanımı, öyle bir projeksiyon yaratmaktadır ki ortadaki sınırlandırılacak deniz alanının çevresinde neredeyse tam bir daire şeklini almaktadır. Bu da bir döngü yaratmakta ve kesme etkisini her bir sahil devlet için geçerli hale getirebilmektedir.

Kesme etkisini geniş bir coğrafyada yorumlayan ve eldeki kararda da takip edilen içtihat, Doğu Akdeniz'e ilişkin tezlerinde kesme etkisi önemli rol oynayan Türkiye için de özellikle dikkate şayandır.⁸⁶ Bu nedenle kesme etkisine ilişkin karardaki değerlendirmeler her ne kadar coğrafya farklı olsa da mutlaka takip edilmelidir. Zira kesme etkisinin geniş yorumlanması, muhtemel bir Yunanistan-Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY) sınırlandırmasında Türkiye'nin lehine ise de muhtemel bir Türkiye-Mısır sınırlandırması ile mevcut Türkiye-Libya Antlaşması açısından tersi bir değerlendirmeye konu olabilir. Şu halde kesme etkisi konusunun ileride Doğu Akdeniz'de en çok gündeme gelecek meselelerden biri olacağı ve inceleme konusu karardaki hüküm ve tespitlerle, bunları eleştiren bireysel şerhlerdeki

⁸⁶ Bkz: Bayilloğlu, Türkiye-Libya Antlaşması, s. 106-107.

değerlendirmelerin, taraflarının tezlerinde yer alacağı muhakkaktır. Dolayısıyla Türkiye'nin tüm bu verileri analiz edip, kendi tezlerine uyarlamasında ve Yunanistan-GKRY ikilisi tarafından ileri sürülebilecek argümanlara karşı şimdiden hazırlık yapmasında fayda vardır.

Yine Doğu Akdeniz sınırlandırma uyuşmazlığı açısından inceleme konusu karardaki bir diğer kayda değer husus, Divan'ın iki devletin yaptığı bir sınırlandırma antlaşmasını, hakça bir çözüme ulaşmak olarak kabul etmesidir. Böylece Doğu Akdeniz sınırlandırma uyuşmazlığı açısından bakılınca, 27 Kasım 2019 tarihli Türkiye-Libya Antlaşması⁸⁷ bu anlamda her iki devlet arasında özgürce varılmış bir antlaşma olduğu için bu tespit çerçevesinde, hakça sayılır. Lakin aynı tespit, 8 Ağustos 2020 tarihli Mısır-Yunanistan sınırlandırma antlaşması⁸⁸ için de ileri sürebilir. Zira Doğu Akdeniz sınırlandırma uyuşmazlığında mesele, üçüncü devletlerin varlığı ve çizilen sınırlardan etkilenmeleridir. Dolayısıyla, Türkiye-Libya Antlaşması'nı Yunanistan'ın protesto ederek hakça bulmadığını, Mısır-Yunanistan Antlaşması'nı ise Türkiye'nin protesto ederek hakça bulmadığını beyan etmesi karşısında, Divan'ın bu tespitini, sadece iki devleti etkileyen veya tüm sahildevletleri devletlerin akdettiği sınırlandırma antlaşmaları için anlamak gerekir. Şüphesiz bu yorum, Türkiye-Libya Antlaşması'nın sınırlandırma hukukuna uygunluğunu etkilememektedir.

Söz konusu uyuşmazlığın Türkiye ile bir diğer ilgisi de bölgedeki balıkçılık faaliyetlerine ilişkindir. Bu konuda Türkiye ile Somali arasında, balıkçılık ve kültür balıkçılığına ilişkin bir antlaşma akdedilmiştir.⁸⁹ Kenya'dan da gayriresmî de olsa benzer talepler geldiği yönünde haberler basına yansımıştır.⁹⁰ Yine Tarım ve Orman Bakanlığının de-

⁸⁷ Metin için bkz: Resmi Gazete, 7 Aralık 2019, Sayı: 30971, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191207-3.pdf>. (Erişim tarihi: 10.5.2022). Ayrıca bkz: Bayilloğlu, Türkiye-Libya Antlaşması, Ek I, s. 301-306.

⁸⁸ Metin için bkz: Bayilloğlu, Türkiye-Libya Antlaşması, Ek III, s. 311-315.

⁸⁹ Metin için bkz: Resmi Gazete, 27 Haziran 2018, Sayı: 30461, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/06/20180627-1.pdf>. (Erişim tarihi: 10.5.2022).

⁹⁰ "Türkiye bize balık tutmayı öğretsin", <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/turkiye-bize-balik-tutmayi-ogretsin/884680>, (15.8.2017), (Erişim tarihi: 16.3.2022).

niz avcılığı ve su ürünleri politikaları konusundaki belgesinde, diğerleri yanında Somali ve Kenya'ya yönelik politikalara da ayrıca ve açıkça atıf yapılmıştır.⁹¹ Bu da Türkiye'nin bu devletlerle balıkçılık konusunda ilişkilerine devam edeceğinin ve yeni antlaşmalar yapabileceğinin göstergesidir. Ayrıca Türkiye ile Somali arasındaki antlaşmanın 1/2. maddesinde, Türk teknelerinin Somali makamlarından aldıkları lisansla avcılık izin ve imtiyazına sahip olacakları alan, Somali karasularına hasredilmiştir. Muhtemeldir ki Divan kararıyla yapılan sınırlandırmadan sonra bu yetki, Somali münhasır ekonomik bölgesine de teşmil edilebilir. Bahse konu ihtimalin gerçekleşmesi, Türk balıkçılık filosunu daha yüksek oranda bu bölgeye çekerek, Türk sahillerindeki avcılık baskısının azaltılmasına vesile olabilir ki bu da kararın Türkiye açısından bir doğrudan sonucu olarak değerlendirilebilir.

| YAZAR BEYANI | |
|---|--|
| Mali Destek/Teşekkür Beyanı: | Bulunmamaktadır. |
| Yazarların Katkıları | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır. |
| Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| Etik Kurul Onayı: | Gerekmemektedir. |

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Acer, Yücel. Uluslararası Yargı Kararları Temelinde Ege ve Doğu Akdeniz'de Sınırlandırma Sorunları. İstanbul: SETA Kitapları, 2021.

⁹¹ "Su Ürünleri Sektör Politika Belgesi, 2019-2023", TAGEM, Ankara, 2019, s. 75, <https://www.tarimorman.gov.tr/TAGEM/Belgeler/yayin/Su%20%C3%9Cr%C3%BCnleri%20Sekt%C3%B6r%20Politika%20Belgesi%202019-2023.pdf>, (Erişim tarihi: 16.3.2022).

- Adede, Andronico O., “Kenya–Tanzania Report Number 4–5”. İçinde International Maritime Boundaries Volume I, ed. Jonathan I. Charney/Lewis M. Alexander, s. 875–883. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- Bayıllıoğlu, Uğur. Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Bayıllıoğlu, Uğur. “Filistin Devleti’nin Deniz Alanı İddialarına İlişkin Hukuki Bir Değerlendirme”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2021. s. 677–731.
- Bayıllıoğlu, Uğur. “Uluslararası Adalet Divanı’nın Kosta Rika–Nikaragua Kararında Adalar Hakkındaki Tespitlerine İlişkin Bazı Gözlemler”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, 2018, s. 94–137.
- Bayıllıoğlu, Uğur. Türkiye–Libya Antlaşması Ekseninde Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sınırlandırma Uyuşmazlığı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Evans, Malcolm D. Relevant Circumstances and Maritime Delimitation. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Ioannides, Nicholas A. ve Yiallourides, Constantinos. “A Commentary on the Dispute Concerning the Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v Kenya)”, <https://www.ejiltalk.org/a-commentary-on-the-dispute-concerning-the-maritime-delimitation-in-the-indian-ocean-somalia-v-kenya/>, (pdf) (Erişim tarihi: 3.1.2022). s. 1–7.
- Lando, Massimo. “Judicial Uncertainties on Territorial Sea Delimitation under Article 15 of the United Nations Convention on the Law of the Sea”, International and Comparative Law Quarterly, Volume: 66, July, 2017, 586–623.
- Olorundami, Fayokemi. “Objectivity versus Subjectivity in the Context of the ICJ’s Three-stage Methodology of Maritime Boundary Delimitation”, International Journal of Marine and Coastal Law, Volume: 32, No:1, 2017, s. 36–53.

- Pazarıcı, Hüseyin. Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap. Ankara: Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, 2003.
- Toluner, Sevin. Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği). İstanbul: Beta, Dördüncü Bası, 1996.

Mahkeme Kararları

- North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969.
- Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriye/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985.
- “Arbitration Tribunal for the Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau Award of 14 February 1985”, International Legal Materials, Volume: 25, No: 2, 1986, s. 252-305.
- Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001.
- Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports, 2009.
- Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012.
- Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012.
- Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte D'ivoire), Judgment, ITLOS Reports 2017.
- Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017.
- Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/161/161-20211012-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 3.1.2022).

İnternet Kaynakları

Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 28 August 2014, Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/161/161-20140828-APP-01-00-EN.pdf>, (Erişim tarihi: 3.1.2022).

Separate Opinion of Judge Yusuf, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/161/161-20211012-JUD-01-03-EN.pdf>. (Erişim tarihi: 3.1.2022).

Individual Opinion, Partly Concurring and Partly Dissenting, of Judge Robinson, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/161/161-20211012-JUD-01-05-EN.pdf>. (Erişim tarihi: 3.1.2022).

Law of the Sea Bulletin, No: 70, New York, 2009. https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletin70e.pdf, (Erişim tarihi: 11.6.2021).

“Su Ürünleri Sektör Politika Belgesi, 2019–2023”, TAGEM, Ankara, 2019. <https://www.tarimorman.gov.tr/TAGEM/Belgeler/yayin/Su%20%C3%9Cr%C3%BCnleri%20Sekt%C3%B6r%20Politika%20Belgesi%202019-2023.pdf>, (Erişim tarihi: 16.3.2022).

“Türkiye bize balık tutmayı öğretsin”, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/turkiye-bize-balik-tutmayi-ogretsini/884680>, (15.8.2017), (Erişim tarihi: 16.3.2022).

Resmi Gazete, 27 Haziran 2018, Sayı: 30461, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/06/20180627-1.pdf>. (Erişim tarihi: 10.5.2022).

Resmi Gazete, 7 Aralık 2019, Sayı: 30971, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191207-3.pdf>. (Erişim tarihi: 10.5.2022).

ULUSLARARASI BİLDİRİLER ÇERÇEVESİNDE HAYVAN HUKUKU İNCELEMESİ*

Analysis of Animal Law in the Framework of International Declarations

Arş. Gör. Buse Duru**
Doç. Dr. Selman Özdan***

ÖZET

Hayvanlar ve insanlar arasındaki etkileşim varoluşlarıyla birlikte başlar. Bu etkileşim kapsamında, özellikle sanayi devrimi sonrasında, hayvanların insanlar tarafından sömürülme ve istismar edilme durumları onarılamaz boyutlara ulaşmıştır. Teknolojinin de gelişmesiyle aşikâr hale gelen bu duruma, teoride hayvan refahı, yeni hayvan refahçılığı ve hayvan hakları yaklaşımlarıyla çözüm aranmıştır. Hayvan

* Söz konusu makale Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 29981 Sayılı Yönetmeliğinin 41. maddesine göre "Genel Kamu Hukuku Çerçevesinde Hayvan Hakları" adlı tezden üretilmiş yayın niteliğindedir.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, buse-duru@erciyes.edu.tr, ORC-ID: 0000-0003-1726-7118.

*** Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, selman.ozdan@omu.edu.tr, ORC-ID: 0000-0002-1002-0625.

Makale Geliş Tarihi: 31.01.2022

Makale Kabul Tarihi: 16.01.2023

⇒ Atıf Şekli: Buse Duru ve Selma Özdan, "Uluslararası Bildiriler Çerçevesinde Hayvan Hukuku İncelemesi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18/1 (2023): 169-198.

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



refahı, gebe olduğu belirsizlikler ve barındırdığı antroposantrizm nedeniyle hayvanların korunması için eksikliklerle dolu bir yol olmuştur. Yeni hayvan refahçılığı ise hak mücadelesinin taviz verilebilir bir olgu olduğu algısını yaratma tehdidi oluşturduğu için savunulması güç bir konumdadır. Gerçek bir koruma ancak hayvan hakları temelinde sağlanabilecektir.

Uluslararası alanda hayvan hukukuna ilişkin henüz uluslararası nitelikli bir mutabakat sağlanamamış olsa bile gelecekteki bağlayıcı nitelikte uluslararası düzenlemelere ve ulusal mevzuat düzenlemelerine rehber veya temel olabilecek iki bildiri göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki hayvan hakları temelinde oluşturulmasına rağmen yapılan düzenlemelerle bir ileri bir geri adımlar atılan, nihayetinde yeni hayvan refahçı bir çizgiye gelen Hayvan Haklarına İlişkin Evrensel Bildiridir. İkincisi ise, temelinden hayvan refahı kaygısıyla düzenlenen, bu yaklaşımla geliştirilmesi amaçlanan Hayvan Refahına İlişkin Evrensel Bildiridir. Bu düzenlemeler ideal anlamda bir koruma tesis edememiş olsalar bile muhtelif yollardan hayvan korumasına katkı sağlaması ve gelecek düzenlemelere ışık tutmaları açısından önemlidir.

Anahtar Kelimeler: hayvan hakları, hayvan refahı, uluslararası hukuk, Hayvan Haklarına İlişkin Evrensel Bildiri, Hayvan Refahına İlişkin Evrensel Bildiri.

ABSTRACT

The interaction between animals and humans dates back to the beginning of their existence. Considering this interaction, especially after the industrial revolution, the exploitation and abuse of animals by humans has reached a high and irreparable level. The development of technology has made this situation worse. Theoretically, solutions have been sought with animal welfare, new animal welfarism and animal rights approaches. The animal welfare approach has been full of shortcomings for animal protection due to its anthropocentrism and uncertainties. The new animal welfarism, on the other hand, is in

a difficult position to defend, as it threatens to compromise in the struggle for rights. Real protection can only be provided on the basis of animal rights.

Even if an international consensus on animal law has not yet been achieved in the international arena, there are two declarations that can be a guide or basis for future binding international regulations and national legislations. The first of these is the Universal Declaration of Animal Rights. Although this Declaration was created on the basis of animal rights, it has reached a new animal welfare line with some regulations. The second declaration is the Universal Declaration on Animal Welfare, which was originally prepared with the concern of animal welfare and aimed to be developed in this direction. Even if these regulations have not established an ideal protection, they can be deemed as important in terms of contributing to animal protection in various ways and shedding light on future regulations.

Key Words: animal rights, animal welfare, international law, Universal Declaration of Animal Rights, Universal Declaration on Animal Welfare.

GİRİŞ

Hayvanlarla insanların ilişkileri her ne kadar varoluşlarının başlangıcına değin uzansa da daha sağlam ve kapsamlı bağların oluşması hususunda iki temel adım bulunmaktadır. Bu adımların ilki, hayvanların evcilleştirilmesi iken ikinci adım ise sanayi devrimi ile hayvan kullanımının ulaşım, tarım, gıda, deney gibi hayatın birçok sahnesinde var olmasıdır. Sanayi devrimi ile hayvanlardan elde edilen et, vücut sıvısı, deri gibi ürünlerin veriminin artması için yapılan uygulamalar; ilaç ve kozmetik gibi ürünlerin üretimi için araç olarak kullanılmaları veya eğlence sektörü gibi sektörlerde sömürülmeleri¹ ve daha pek çok

¹ Sömürü/İstismar: Başkalarının emeğine ve onların yarattıkları değerlere el koymak; bir kimseden veya bir şeyden haksız ve sürekli çıkarlar sağlamak. (TDK Sözlüğü, (Erişim Tarihi: 01.09.2022), <https://sozluk.gov.tr/>) Bahsedildiği üzere in-

alandaki maruz kaldıkları istismarlar artmış ve bu istismarlar teknolojinin de gelişmesiyle daha da görünür hale gelmiştir.² Nihayetinde, her ne kadar bu istismar durumlarından kazanç sağlayan bir kesim olsa da toplum nezdinde hayvanların istismar edilmesine ve sömürülmesine karşı bir direnç oluşmuştur. Bu direncin sonucunda ise çalışmamızın temel taşı oluşturulan iki kavram ortaya atılmıştır ki bunlar hayvan hakları ve hayvan refahıdır. Hayvan hakları ve hayvan refahı her ne kadar günlük hayatta benzer ve hatta aynı şey olarak kullanılabilir olsa da temel farklılıklar içeren ve bu farklılıklar nedeniyle uygulamaya bambaşka şekillerde yansımaları olan kavramlardır. Bu sebeple hayvan hukuku ile ilgili yapılacak bir çalışma kapsamında öncelikli incelenmesi ve aydınlatılması gereken köşe taşları olduğu ve incelenecek bildirilerin de temeli olduğu kanaatiyle çalışmamızın ilk bölümünde kavramların anlamları, farklılıkları ve hangisinin hayvanlar açısından daha koruyucu olduğu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

Hayvan istismarının ciddi ölçülere varması ve hayvan hakları ve hayvan refahı teorilerinin ortaya atılması sonucunda ise uygulamada görülmesi gereken pratik düzenlemelerin eksikliği göze çarpmaktadır. Devletler için ulusal kapsamdaki bu eksikliğin uluslararası alanda da aynen geçerli olduğu dikkat çekmektedir. Ancak uluslararası alanda hayvanlara karşı birtakım istismar içerikli tutumların değiştirilmesi ve sömürü düzenine müdahale edilebilmesi amacıyla oluşturulmuş iki bildiri dikkat çekmektedir. Doğaları gereği bir bildiri oldukları için hukuki bağlayıcılıkları bulunmamakla beraber İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi gibi ileride yapılacak bağlayıcı sözleşmelere temel olabileceği öngörüsüyle³ ve mevcut olarak da özellikle ülkelerin kendi

sanlar hayvanların ürettiği et, vücut sıvısı, deri, yün gibi pek çok vücut parçasına tüketim için el koymakta ve deney, eğlence gibi sektörlerde hayvanların üzerinden haksız ve sürekli çıkarlar sağlamaktadırlar. Bu kelimelerin tanımı gereği, hayvan kullanımının çoğunluğunda doğru açıklama yapmak için kullanılması yerleşmiş bir uygulamadır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Animal Ethics, (Erişim Tarihi: 01.09.2022), <https://www.animal-ethics.org/animal-exploitation-introduction/>)

² Rollin, Bernard. "Animal Ethics and Law". Michigan Law Review First Impression. 106 (2008): 144-145.

³ Örneğin hayvan hakları konusundaki gayri resmi ilk bildiri metnini yazan André Gérund, bu konuda "[y]irminci yüzyıldaki hayvan hakları bildirisi on sekizinci

kanunlarını düzenlemeleri için uygun bir temel olabileceği gerçeğiyle⁴ bu bildirilerin incelenmesi önem arz eder. Fakat ne yazık ki bahsedilen hukuki bağlayıcılıktan yoksunluk özellikle ulusal düzeydeki çalışmaların bu konuda verimsiz olmasına neden olmuştur. Ayrıca muhtemeldir ki bu yoksunluk sebebiyle, bahsi geçen bildirilerle ilgili gerekli önem gösterilmemiş ve buna bağlı olarak isim, içerik veya düzenlemeler konusunda da yapılan çalışmalarda çeşitli karışıklıklar görülmüştür. Bu çalışma ile biri hayvan hakları temelinde diğeri ise hayvan refahı temelinde yayınlanmış ve değişik etkiler göstermiş bildiri- lere ilişkin literatürdeki bilgi eksikliğini gidermek, yanlış anlaşılmaları ve karışıklıkları çözmek ve ileride önemli bir temel oluşturacağı kanaati oluşturan bildirileri inceleyerek gelecekteki çalışmalar için bir adım olmak amaçlanmıştır. Bu amaç temelinde köşe taşı kavramların açıklanması ve aydınlatılması sonrasında ikinci ve üçüncü bölümde öncelikle Hayvan Haklarına İlişkin Evrensel Bildiri (*Déclaration des Droits de L'animal/Universal Declaration of Animal Rights/HHEB*) ve ardından Hayvan Refahına İlişkin Evrensel Bildiri (*Universal Declaration on Animal Welfare/HREB*) tarihi arka plan, metin incelemeleri ve etki düzeyleri kapsamalarında ayrı ayrı değerlendirilerek çalışma nihayete erdirilecektir.

I. Kavram İncelemesi: “Hayvan Refahı” ve “Hayvan Hakları”

Hayvan sömürüsü ve istismarına karşı oluşan tepkiler ve direnç temelinde iki farklı yaklaşım üzerinde ilerlemiştir. Bu yaklaşımlar hayvan hakları yaklaşımı ve hayvan refahı yaklaşımıdır. Günlük hayatta

yüzyıldaki insan hakları bildirisinin muadili olacaktır.” şeklinde bir öngöründe bulunmuştur. (Aktaran: Neumann, Jean-Marc. “The Universal Declaration of Animal Rights or The Creation of a New Equilibrium between Species”. *Animal Law Review*. 19/91 (2012): 94.) Ayrıca uluslararası hukukun insan dışı kişiliklere de açık olduğu, insan haklarının uluslararası alanda tanınması sürecinin hayvan hakları için de örnek bir yol haritası oluşturabileceği ve hatta insan hakları yaklaşımını tamamlayabileceği de iddia edilmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Peters, Anne. “Rights of Human and Nonhuman Animals: Complementing the Universal Declaration of Human Rights”, *AJIL Unbound*. 112 (2018); Gordilho, Heron José de Santana ve Fernando de Azevedo Alves Brito. “Universal Declaration of Animal Rights and Brazilian Law System”. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. 5/4 (2019).)

⁴ Gibson, Miah. “The Universal Declaration of Animal Welfare”. *Deakin Law Review*. 16/2 (2011): 550-551.

genellikle bu iki yaklaşımın temel kavramları olan hayvan hakları ve hayvan refahı benzer ve hatta aynı şeyi ifade ediyor gibi kullanılmaktadır. Halbuki iki yaklaşım birbirinden temelden farklıdır ve bu farklılık uygulamalara da büyük ölçüde yansımaktadır. Bu kavramların incelenmesi ve etkilerinin karşılaştırılması, hayvanların hayatlarını etkileyen uygulamalar için çekirdek öneme sahip olmasından ve bu uygulamaları yönlendirmesinden dolayı önem arz etmektedir.

Etkili olan ve daha çok benimsenen yaklaşımın temeli olması sebebiyle hayvan refahı kavramını incelemekle başlamanın daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Refah kelimesi sözlük anlamıyla rahatlık ve varlık içinde iyi bir yaşam, gönenc anlamına gelmektedir.⁵ Buradan hareketle hayvan refahının da hayvanların rahat ve iyi bir hayat yaşaması demek olduğunu söylemek mümkündür. Hayvan refahı kavramı her ne kadar politik, biyolojik, etik boyutlara sahip bir kavram olsa da görüldüğü üzere hayvanların yaşam kalitesi üzerinde temellenir.⁶ Buna paralel olarak hayvan refahı kavramına üç farklı yaklaşım geliştirilmiştir. Bu yaklaşımlardan ilki, duygu yaklaşımıdır. Bu yaklaşıma göre, hayvanların refahında önemli olan nokta, onların korku, acı, stres, mutluluk gibi fiziksel durumlarından ziyade duygusal durumlarına yoğunlaşmaktır.⁷ Bu yaklaşıma göre, hayvanlar bu kötü tanımlanabilecek duygulardan arı bir şekilde yaşamını sürüyorsa refah içindedirler. İkinci yaklaşım olan işlevsel yaklaşım ise temeline hayvanların biyolojik işlevlerini koymuştur. Pozitivist bir bakış açısına sahip olan bu yaklaşıma göre, bir hayvan beslemek, üremek, cinsine ait özellikleri göstermek gibi biyolojik işlevlerini yerine getirebiliyorsa refah içindedir.⁸ Bu yaklaşımın savunucuları duyguların öznel deneyimler olduğunu ve tam olarak bilinemeyeceğini düşündükleri

⁵ TDK Sözlüğü, (Erişim Tarihi: 21.12.2021), <https://sozluk.gov.tr/>.

⁶ Vonne Lund vd. "Animal Welfare Science—Working at the Interface Between the Natural and Social Sciences". Applied Animal Behaviour Science. 97 (2006): 40-41.

⁷ Jena, Nibedita Priyadarshini. "Animal Welfare and Animal Rights: an Examination of Some Ethical Problems". Journal of Academic Ethics. 15 (2017): 381.

⁸ David Fraser, "Animal Welfare", İçinde Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare, Editör Marc Bekoff, (Westport: Greenwood Press, 1998), 56.

için hayvan refahına getirilen duygu yaklaşımını eleştirmişlerdir.⁹ Yani bu yaklaşım, hayvanların fiziksel durumunun duygusal durumuna göre öncelik arz ettiğini iddia eder.¹⁰ Son refah yaklaşımı olan doğal yaşam yaklaşımına göre ise hayvanlar doğal yaşam koşullarına veya buna en yakın koşullara bırakılıp doğal davranışlarını sergilemeleri sağlanırsa refah içinde olacaklardır.¹¹

Hayvan refahı kavramına farklı yaklaşımlar olsa dahi bunların her birinin kendi içerisinde çelişki ve karmaşaları bulunur. Örneğin, bir ineğin yaşadığı stres veya şok etkisiyle saldırgan davranışlar göstermeyerek sakin bir görüntü sergilemesi tahmin edileceği üzere iyi bir refah seviyesinin değil aksine kötü hayat kalitesinin göstergesidir. Bir diğer örnek ise bir hayvanın, suni dölllenme ile yavru üretmeye devam etmesinin üreme sistemini etkilemese bile az miktarda beslendiği durumda, bu gerçeği değiştirmede için düşük refah seviyesine maruz kalmasıdır. Son yaklaşım ise özellikle evcil hayvanlar için sorunlu örneği çok olan bir yaklaşımdır. En basit örnek, yüzyıllar önce evcilleştirilmiş ve insanlarla yaşamaya alışmış evcil bir kedinin şu an özellikle sokaklarda yaşamaya bırakılmasının, kent hayatının da getirileriyle besin, barınak, sağlık gereksinimleri gibi temel ihtiyaçlarını karşılamasının zorluğu sebebiyle refahında yüksek ihtimalle olumsuz etkiye sebep olacaktır. Görüldüğü üzere, hayvan refahı yaklaşımını benimseyenlerin dahi bu yaklaşımları birbirine uyumlandırmasıyla ancak bir nevi koruma sağlayabileceği bir gerçektir.

Zira bahsedilen hayvan refahı yaklaşımlarını birbirleriyle uyumlandırma ve tek bir yaklaşım olacak şekilde birleştirme sonucunda bile hayvan refahı kavramıyla ilgili çeşitli sorunlar devam edecektir. Çünkü hayvan refahı yaklaşımı bir bütün olarak belirsizlik ve karmaşaya gebecektir. Öncelikle hayvan refahı yaklaşımında hayvanlar esas olan değerli varlıklar değildir. Bu yaklaşıma göre, hayvanlar insanların ekonomik, sağlık, eğlence gibi ihtiyaçlarını karşılamak için bir

⁹ David Fraser vd, "A Scientific Conception of Animal Welfare that Reflects Ethical Concerns". *Animal Welfare*. 6 (1997): 192-194.

¹⁰ Jena, "Animal Welfare", 382.

¹¹ Fraser, "Animal Welfare", 56.

kaynak konumundadır. İnsanoğlu kaynağının zarar görmesini engellemek için hayvanların refahını arttırma kaygısı gütmektedir. Yani yaklaşımın temelinde insanın ihtiyaçlarının sürdürülebilir ve kaliteli olarak karşılanması bulunmaktadır.¹² Bu sebeple, hayvanların kullanılması ve enstrümanlaştırılması sürdürülebilir kaynak devamına katkı sağlayacağı için yanlış değildir. Öyle durumlar yaşanmaktadır ki hayvanlardan elde edilen fayda fazla olduğu için refah anlayışında esneklik yapmak normal hale gelmektedir. Örneğin; normalde hayvan refahı yaklaşımıyla kabul edilemeyecek olan bir hayvanı kasti olarak hastalığa maruz bırakma durumu “hayvan deneyi” kavramıyla yapılabilmesi adına kendisine gerekçeler oluşturulan bir durum olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bernard Rollin’e göre, özellikle son yıllarda uygulamalara kazandırılmış “insani” veya “insancıl” etiketleri de bunun kanıtı niteliğinde olup istismarın zalimane yönünü sevimlileştirmeye ve önemsizleştirmeye yönelik çabanın bir kanıtı niteliğindedir.¹³ Nihayetinde denilebilir ki hayvan refahı yaklaşımının antroposantrik¹⁴

¹² Gary L. Francione ve Robert Garner, *The Animal Rights Debate: Abolition or Regulation*, (New York: Columbia University Press, 2010), 26.

¹³ Rollin, Bernard. “Animal Welfare, Animal Rights and Agriculture”. *Journal of Animal Science*. 68/10 (1990): 3457; Francione ve Garner, *Animal Rights Debate*, 14.

¹⁴ Antroposantrizm; insanları ya varlık düzeni olarak doğadan ayrı tutmak ya da varsayımsal olarak bulunan varlıklar hiyerarşisinin en tepesine koymaktır. Antroposantrizm türleri olan; baskınlık antroposantrizmine göre doğa ve hayvanlar insanların ihtiyaçları için var olmuştur, idare antroposantrizmine göre insanlar en önemli türdür ve doğayı ve hayvanları kontrol edebilir, evrimsel perspektif antroposantrizmine göre ise insan ve doğa arasında nihai bir karşıtlık yoktur ve insan kendi için iyi şekilde hayvanları kullandığında onlar için de iyi olanı yapmış olur. Bir diğer antroposantrizm sınıflandırması ise empirik ve ahlaki antroposantrizmdir. Empirik antroposantrizm, insanların insan oldukları için dış dünyayı algılamakten insanı referans aldığı bilişsel durumdur. Bu şekilde düşünüldüğünde insan olmaktan kaçamayacağımız için bu tür antroposantrizm haklı olabilecektir. Ahlaki antroposantrizm ise insanların insan olmayan varlıklardan daha yüksek ahlaki statüde olması gerektiğine yönelik normatif görüşe işaret eder. (Bir önceki sınıflandırmada bahsedilen tüm türler bu kategoride yer almaktadır.) Bu iki kavram görüldüğü gibi birbirinden farklıdır ve empirik antroposantrizm ahlaki antroposantrizmi haklı çıkarmaz. Zira insanların dünyayı görmekteki bilişsel algısı kendilerini hiyerarşik üst olarak konumlandırmalarını haklı çıkarmaya yetecek kadar güçlü bir argüman değildir. Çünkü, bu algı bir yetenek veya üstünlük verecek bir özellik değildir, doğuştan gelen her türde kendi için bulunan bir özelliktir. Bu sebeple hiyerarşik üst savunmasını desteklemek için kullanılamayacak kadar zayıftır. Makalenin genelinde “antroposantrizm veya antroposantrik bakış açısı” olarak

temele dayandığı bu hususta iddia edilebilir ve bu temel, uzun ve kısa vadede hayvanları korumaya yetmeyecektir.

Bunların yanı sıra hayvanların refahı üzerinde teorik belirsizlerin uygulamaya yansması da çelişkili uygulamaları arttırmakta ve sakıncalı sonuçlar doğurmaktadır.¹⁵ Bu durumda, bir hayvanın refah içinde oluşu bir insana göre yeterli beslenmesiyken bir diğer insana göre korku duymaması şeklinde anlaşılabilir. Örneğin acı verici bir suni dölleme yaparak süt kaynağını sürdürülebilir kılmak isteyen bir çiftçi için ineğin yeterli besinle karnını doyurmak onun refah içinde olduğu algısına neden olabilecektir. Deneyimlediği uygulama sebebiyle ineğin yaşadığı travmanın göz ardı edilmesi ise hayatın genel akışında mümkün görünmektedir. Tam tersi bir örnek olarak ise, mevcut durumda hayvana rahatsızlık vermeyen ancak uzun vadede sağlığını ciddi yönde etkileyecek bir hastalığın tedavisi amacıyla yapılacak ameliyat için hayvana psikolojik sıkıntı vereceği kaygısıyla refah adı altında tedavinin uygulamasının yapılmaması tehlikesini de öngörmek gerekmektedir. Hayvan refahı uygulaması içerisinde oluşan bu belirsizliklerin mağdurlarının nihayetinde yine hayvanlar olacağını söylemek verilen örnekler sonucunda mümkün görünmektedir.

Son olarak, buradaki temel sakıncalardan birinin ise refah savunucuları tarafından genellikle ihmal edildiği görülmektedir. Bahsedildiği üzere refah kavramı genellikle hayvanların kaynak olarak kullanılması üzerine temellenmiştir ve bu kullanım süreçlerince hayvanların yaşamlarını hayvan kullanımına zarar vermeyecek ölçüde iyileştirmek amacı taşımaktadır. Bizim de katıldığımız Jena'nın iddiasına göre, bu sebeple hiçbir refah savunusunda yaşama sahip olmanın ve bunu korumanın önemi üzerinde durulmamıştır.¹⁶ Hayvanların bir değeri olmadığı için yaşam hakları yoktur ve hayvan refahı yaklaşı-

bahsedilen ve eleştirilen antroposantrizm ise "ahlaki antroposantrizm"dir. (Michael Allen Fox, "Anthropocentrism", İçinde Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare, Editör Marc Bekoff, (Westport: Greenwood Press, 1998), 66-67; Faria, Catia ve Eze Paez. "Anthropocentrism and Speciesism: Captual and Normative Issues". Revista de Bioetica y Derecho. (2013): 1-9.)

¹⁵ Francione ve Garner, "The Animal Rights Debate", 28-29.

¹⁶ Jena, "Animal Welfare", 385.

mında yalnızca refahlarını iyileştirmek için ölüm anlarının acısız olması yönünde sınırlı bir savunu bulunmaktadır. Temel olarak ölümü acısız hale getirmenin ölüm gerçeğini değiştirmediği kabul edilmelidir. Özellikle sahipsiz hayvanları, örneğin bir tabanca ile anında öldürmek bu anlayışta hiçbir sorun yaratmayacaktır. Hayvanın herhangi bir biyolojik işlevinin bozulmadığı iddiasıyla hayvanların kulaklarının veya kuyruklarının kesilmesi, doğal ortamda avcılık yoluyla hayvanların öldürülmesi de refah yaklaşımları sonucunda haklı çıkarılabilecek ve nihayetinde hayvan istismarını önlemekten uzak bir sonuçta neden olabilecektir.

Diğer yaklaşım olan hayvan hakları yaklaşımı ise hayvan refahına göre hayvanların lehine katı bir tutum izler. Bu sayede hayvan hakları yaklaşımı, hayvan refahı yaklaşımının belirsizliklerine ve sonuçta ortaya çıkardığı zararlara büyük ölçüde çözüm olduğu söylenebilecek iddialar üzerine temellenmektedir. Öncelikle hayvan hakları yaklaşımında da farklı yönelimler olduğunu ve farklı temellendirmeler yapıldığını söylemek mümkündür. Hayvanların haklara sahip olmasıyla ilgili genellikle ortak temeller kullanılmıştır. Buna göre; hayvanların acı çektiği, haz duyduğu, algı, hafıza ve kendi geleceği de dahil olmak üzere gelecek duygusuna sahip olduğu yönünde çeşitli bilişsel ve duygusal yetkinliklere sahiplik iddia edilmiştir.¹⁷ Bu özellikler de başkaları için yararından bağımsız ve mantıksal olarak başkaca birilerinin menfaat nesnesi olmadan birey olmak yani bir hayatın öznesi olmak (*subject-a-life*) anlamına gelmektedir.¹⁸ Bu noktada, hayvanların bir hayatın öznesi olduğu iddialarının da kanıtlarıyla beraber¹⁹ için de-

¹⁷ Tom Regan, *The Case For Animal Rights*, (Berkeley: University of California Press, 1983), 243.

¹⁸ *age.*, 243.

¹⁹ Hayatın öznesi olmak için gereken yetkinlikler temelde bilişsel ve duygusal yetkinlikler olarak ikiye ayrılarak incelenebilecektir. Bilişsel yetkinlik kavramı içerisinde en çok dahil edilen olgular ise çekirdek olarak bilinç ve buna bağlı olarak farkındalık ve zekadır. Bu noktadaki en önemli gelişmenin 2012 tarihli Cambridge Bilinç Bildirgesi (*The Cambridge Declaration on Consciousness*) olduğunu söylemek mümkündür. Bu Bildirge ile bilim dünyası, insanların bilinçli olan tek varlık olmadığını ve tüm memeliler, kuşlar ve ahtapotlar dahil pek çok hayvanın bilinci destekleyecek kadar karmaşık nörolojik özelliklere sahip olduğu konusunda fikir bir-

ğere (*inherent value*) sahip oldukları da ortaya konulmuştur.²⁰ Bahsedilen yetkinlikler, bir hayatın öznesi olmak ve içkin değere sahip olmak felsefi argümantasyonda hayvanların hak sahibi varlıklar olduğu anlamına gelmektedir. Ayrıca içkin değer, sahip olan herkese eşitlik tanıdığı için tanınan bu haklar da eşit seviyededir.²¹ Yani hayvan hakları teorisindeki eşit haklar argümantasyonu neticesinde, insanlar hayvanlardan fazla ve üstün haklara sahip değildir ve bu nedenle onları bir araç olarak kullanmaları hayvan hakkı yaklaşımıyla çelişir.

Hayvan hakları yaklaşımının temelinde de görüldüğü üzere bu yaklaşım kapsamında hayvanlar insanlar için kullanılabilir kaynaklar üreten bir *makine* (*machine*)²² değildir. Belirli bir değere sahip-

liğine vardığını belirtmiştir. (Cambridge Bilinç Bildirgesi, (Erişim Tarihi: 25.12.2021),

<https://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf> ; Thomas R. Zentall, "Animal Intelligence", İçinde The Cambridge Handbook of Intelligence Editör Robert J. Sternberg, (Cambridge: Cambridge University Press, 2. Baskı, 2020.) Duygusal yetkinlikler ise duygulara sahip olmaktır. Anderson ve Adolphs duyguların dört temel yapıtaşı olduğunu bunların; değerlik, ölçeklenebilirlik, kalıcılık ve genellenebilirlik olduğunu iddia etmişlerdir. Belirledikleri dört temel yapı taşı sonucunda yaptıkları çıkarımla omurgasızlar dahil duygu durumuna sahip olmanın filogenetik ağacın geniş bir bölgesinde ortak olduğunu belirtmişlerdir. Bu görüş de yani hayvanların duygusal yetkinliklere sahip oluşu da genel olarak biyolojik yapıların, pratik uygulamaların incelenmesiyle kabul görmüştür. (Anderson, David J. ve Ralph Adolphs. "A Framework for Studying Emotions across Species". Cell. 127 (2014); Marc Bekoff, Hayvanların Duygusal Dünyası, Çeviren Asude Taçyıldız İpekçioğlu, (İstanbul: Destek Yayınları, 2020); Paul, Elizabeth S. ve Michael T. Mendl. "Animal Emotion: Descriptive and Prescriptive Definitions and Their Implications for a Comparative Perspective". Applied Animal Behaviour Science. 205 (2018).)

²⁰ Languaer, Erwin. "Tom Regan's Philosophy of Animal Rights: Subjects-of-a-Life in the Context of Discussion of Intrinsic and Inherent Value". Problemos. 97 (2020): 94.

²¹ Tom Regan, "The Case for Animal Rights", İçinde Advances in Animal Welfare Science 1986/87, Editör M.W. Fox, L. D. Mickley, (Washington: Martinus Nijhoff Publishers, 1986), 186-187.

²² Hayvanlar için "makine" (*machine*) terimini ilk kullanan kişi Descartes'tir. Descartes'e göre; hayvanlar, akıldan yoksun oldukları için bir makine gibi hissetme yetilerinden de yoksundurlar ve bu sebeple üzerlerinde deneyler yapılabilir veya başka insan ihtiyaçları için kullanılabilirler. Bu görüşe Voltaire, Hume gibi pek çok düşünür karşı çıkmıştır. Ancak zaman içerisinde hayvanların "makine" olma tanımını genişlemiştir. Sanayileşmeyle beraber hayvanlar canlı varlıklar olarak değil makineler olarak kullanılmaya başlanmış, insanlar yalıtılmış bir üretim ve tüketim sürecinin bir parçası haline gelmiş ve kar maksimizasyonu her şeyin önüne

lerdir, bu değer sayesinde hakları vardır ve hakları olduğu için bir araç olarak kullanılamazlar. Yani hayvan hakları yaklaşımı hayvanların kullanımını temelden reddeder ve istismara herhangi bir alan bırakmaz.²³ Temelini refah yaklaşımındaki aksine insan değil hayvanlar oluşturur. Temel kaygı hayvanların daha iyi yaşam kalitesine sahip olması değildir. Temel kaygı, hayvanların haklarının tanınması ve korunması ve bu sayede her türlü sömürü ve istismarın ortadan kaldırılmasıdır. Bu nedenle hayvanların gıda için yetiştirilmesi ve kesilmesi, deneylerde araç olarak kullanılması, eğlence için sömürülmesi gibi akla gelebilecek her türlü hayvan kullanımına karşı çıkar.²⁴ Esasen istismar ve sömürüye karşı çıkmanın ve hayvanları korumanın, bir lütuf olmadığı yalnızca haklarını onlara vermek olduğunu vurgulayan bir görüştür. Tüm bu eğilimler de esnek olmayan ve belirsizliğe yer bırakmayan bir uygulamaya yol açmaktadır. Hayvan refahı yaklaşımında yer alan belirsizlikler hayvan hakları yaklaşımında yoktur. Örneğin Tom Regan gibi hayvan hakları teorisyenlerinin katıldığımız fikirlerine göre, bir hayvan yaşam hakkına sahiptir ve öldürülmesi ne şekilde olursa olsun hak ihlalidir. Bir diğer örnek olarak bir hayvan vücut bütünlüğü hakkına sahiptir ve biyolojik işlevini etkilemeye de vücut bütünlüğünü bozan tüm uygulamalar hak ihlalidir.²⁵ Ayrıca hayvanlar bir mülk olarak görülmediğinden sahipli-sahipsiz gibi ayrımlar da bir anlam ifade etmediği için bütüncül bir uygulama mümkün hale gelmektedir.

geçmiştir. Hayvanların bu gelişimin kendisinden etkisi belirtildiği gibi makineye dönüşümlerinin hızlanması ve evcilleştirilmelerinin daha çok verim, daha az harcama üzerine kurularak doğalarının bozulması pahasına yapay bir şekilde devam ettirilmesidir. (Rene Descartes, "Animals are Machines", İçinde Animal Rights and Human Obligation, Editör. Tom Regan, Peter Singer, (New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1976), 65; Rene Descartes, Duygular ya da Ruh Halleri, Çeviren Çiğdem Dürüşken, (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 3. Basım, 2017), 60; John Berger, Hayvanlara Niçin Bakarız?, Çeviren Cevat Çapan, (Ankara: Tudem Yayın Grubu, 2. Baskı, 2017), 33-36; Margo DeMello, Animals and Society, (New York: Columbia University Press, 2021), 109.)

²³ Jena, "Animal Welfare", 387.

²⁴ Tom Regan, "Animal Rights", İçinde Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare, Editör Marc Bekoff, (Westport: Greenwood Press, 1998), 42.

²⁵ age., 42-43.

Her ne kadar temelde bu iki yaklaşım, belirgin tarafları oluştursa da bu noktada yeni refahçılık adı verilen yaklaşımdan da bahsetmek köşe taşlarını koymak açısından yardımcı olacaktır. Yeni refahçılık anlayışı esasen hayvan refahı ve hayvan hakları yaklaşımlarının ortasında yer almaktadır ve güncel olarak pek çok taraftar da toplamış durumdadır. Bu anlayışa göre, hayvan haklarına ulaşmak meşakkatli ve uzun bir yoldur. Bu ideale ulaşmak için çaba gösterilen zamanda yaşanan sömürü ve istismarları azaltmak önemli bir olgudur. Yani denilebilir ki yeni refah savunucuları, hayvan haklarına ulaşmak için hayvan refahını sağlamayı bir adım olarak görmektedirler.²⁶ Her ne kadar ilk bakışta gerçekçi ve makul bir yaklaşım olarak görülse de bu durum, hak mücadelesinde yavaşlamaya neden olabileceği için haklı olarak eleştirilmiştir. Ayrıca hayvan hakları yaklaşımının esnetilmeye veya taviz verilmeye uygun bir yapısı olmaması nedeniyle; bu süreçte kabul edilecek refah uygulamaları, hakların taviz verilebilecek olgular olduğu anlayışına sebep olabileceği için hak mücadelesinin imajını da zedeleyecektir.²⁷ Örnek vermek gerekirse bu yaklaşıma göre, tıpkı hayvanları olduğu gibi kimsesiz veya engelli bir insanı kozmetik deneylerinde kullandığımızı düşünün. Deney öncesinde, esnasında veya sonrasında bu insanların yeterli beslenebildiği, barınma koşullarının uygun olduğu gibi sebeplerle bu kişilerin “denek”, “deney için araç” statüsünün göz ardı edildiğini diğer bir ifadeyle söz konusu kişi için sağlanan imkanlarla vücut bütünlüğü, yaşam gibi haklarından taviz verildiğini düşünün. Açıklanan örnek, ideale ulaşmak amacıyla verilen bir taviz olarak öne sürülebilir. Bu durum, kişiye hak sağlanması için yararlı olmayacağı gibi verilecek taviz başkaları için de teşvik edici hale gelebilecek ve bizim hak mücadelemizi zedeleyecektir. Görüldüğü üzere, yeni refahçılık yaklaşımının bazı olumlu yanları olabilecek olsa da olumsuzlukları ağır bastığı için benimsenmesi sakıncalıdır. Ayrıca bu yaklaşımın benimsenmesi, hak kavramının temeli ve uygu-

²⁶ Gary L. Francione, “Animal Rights-Animal Rights and New Welfarism”, içinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, Editör Marc Bekoff, (Westport: Greenwood Press, 1998), 45.

²⁷ Francione ve Garner, *Animal Rights Debate*, 104-105.

lamadaki karşılığı gereği, ciddi eleştirileri beraberinde getirebilecektir.

II. Hayvan Haklarına İlişkin Evrensel Bildiri

Hayvan Haklarına İlişkin Evrensel Bildiri, 1900lü yılların son çeyreğinde giderek artan hayvan istismarına yönelik dirençlerin bir yansıması olarak ortaya çıkmıştır. Metin, hayvanlar ve insanların ahlaki statüleri ve ilişkilerine dayanmakla beraber yaşanan bilimsel gelişmelerden de etkilenererek sağlam bir temel üzerine oturtulmaya çalışılmıştır. Bu amaçlarla, 1977’de Cenevre’de pek çok ülkenin hayvan hakları birlikleriyle²⁸ birlikte Uluslararası Hayvan Hakları Birliği (*Conseil National de la Protection Animale*) kurulmuştur.²⁹ Birlik, bildiriye dikkat çekmek için kurulmuş olmakla beraber bildirin hazırlanması yönünde dönemin pek çok bilim insanının da katkı sunmalarını sağlamıştır.³⁰ HHEB, 21-23 Eylül 1977 tarihleri arasında Londra’da yapılan toplantıda Birlik’in kendi bünyesinde kabul edilmiştir. Metnin deklarasyonu ise 1978 yılında Paris’te bulunan UNESCO Genel Merkezi’ndeki genel kurul salonunda³¹ yapılmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Bildiri’yi UNESCO’nun yapmamış sadece UNESCO’ya ait bir salonda yani UNESCO aracılığıyla yapılmış olmasıdır. Bunun önemi ise bağlayıcılık noktasında ortaya çıkmaktadır. UNESCO yalnızca bir aracı kurum olduğu için Bildiri’nin yaptırım gücü sınırlı ve etkisi görece az olmuştur. HHEB, on dört ülkenin büyükelçilerinin yer aldığı büyük bir kalabalık önünde İngilizce, Arapça ve Fransızca olarak okunmuştur.³² Görüldüğü üzere, esasen HHEB’ye belirli bir ilgi

²⁸ Kuruluşta Brezilya, Kanada, Fransa, Hindistan, İtalya, Lüksemburğu Portekiz, İspanya, İsviçre ve Birleşik Krallık’taki ulusal hayvan hakları birlikleri bulunmuştur. (Neumann, “The Universal Declaration”, 96.)

²⁹ Neumann, “The Universal Declaration”, 95-96.

³⁰ age., 96.

³¹ Bildiri sunumuna UNESCO’nun ev sahipliği yapmasının ardında 1972’den beri bildiri metni üzerinde çalışan ve UNESCO Genel Direktör Sekreterliği üyesi olan George Heuse vardır. UNESCO gibi bir kurumun bünyesinde bildiri sunumunun yapılmasının bildirin gücünü ve etkisini arttıracığı düşünülmüştür. Heuse, sekreterlikte çalışması nedeniyle sunum yerini ayarlamak konusunda avantajlı bir konumda olmuştur. (Neumann, “The Universal Declaration, 98-99.)

³² Neumann, “The Universal Declaration”, 99.

oluşmuş ve bunun sonucunda uluslararası basında da bu Bildiri büyük bir yankı uyandırmıştır.³³

HHEB, genel olarak incelendiğinde İnsan Hakları Evrensel Beyannameyi ile benzerlikleri göze çarpmaktadır. HHEB'nin 14 maddeden oluşan ilk hali insan hakları ve hayvan haklarının paralellliğini, temel ilke olan var olma hakkı üzerinde kurmaktadır. Bu anlayışla insanların da bir hayvan türü olduğu vurgulanmaktadır. Hayvanların eşit olarak var olma hakkı, saygı görme hakkı, acımasız ve zalim eylemlere maruz kalmama hakkı, türlerine ve doğalarına uygun biçimde yaşama hakkı, çalışan hayvanların iş yoğunluğu uygunluğu ve dinlenme hakkı, deney ve kesimlerde acı çekmeme hakkı, eğlence amacıyla kullanılmama hakkı, zorunluluk olmaksızın öldürülmeme hakkı HHEB'de ilan edilen haklardır.³⁴ Bunlara ek olarak hayvanların eşit olduğu, haklarının korunması kapsamında hükümetin sorumlu olduğu ve haklarının insan haklarının korunduğu ölçüde korunması gerektiği de vurgulanmıştır.³⁵ Bildiri, bu noktada genel olarak incelendiğinde özellikle acı çekme kapasitesi ve insanlarla benzerliğin kanıtlanması noktalarında bilimsel ilerleme ve ahlaki kabullerle uyumlu görünmektedir. Ancak bir hak bildirisi olmasına rağmen, HHEB'de hayvan hakları yaklaşımına uymayan pek çok nokta da bulunmaktadır. Örneğin, hayvanların bir araç olarak çalıştırılma uygulamasına yalnızca eğlence sektörü için kısıtlama getirilmiş, diğer uygulamalar için esasen yalnızca refah kaygısı güdülmüştür. Ayrıca Neumann'ın katıldığımız görüşüne göre, 9. maddede *gıda için yetiştirilen hayvanlardan* bahsedilmesi de hayvan hakları kavramıyla temelde çelişmektedir. Zira bu durumda, hayvanların yaşam hakkı en başından ellerinden alınmış olmakta ve HHEB'nin özellikle 1. maddesi ve temel felsefesiyle açık bir çelişki ortaya çıkmaktadır.³⁶ Ek olarak HHEB'de; saygı görme

³³ İlgili haberler için bkz. Ian Murray, All Animals Are Equal, UNESCO Has Decided, The Times (16 Ekim 1978); Reuters, Animals Win Declaration of World Rights, Intl. Herald Trib. (17 Ekim 1978).

³⁴ Universal Declaration of Animal Rights 1978, (Erişim Tarihi: 28.11.2021), <https://constitutii.files.wordpress.com/2016/06/file-id-607.pdf>.

³⁵ Universal Declaration of Animal Rights 1978.

³⁶ Neumann, "The Universal Declaration", 98-99.

hakkı, zalimane davranış ve zorunluluk hali gibi durumlar tanımlanmamıştır. Bu durum her ne kadar HHEB'nin bu alanda temel bir metin olması hasebiyle tolere edilebilse bile hayvan haklarının hassas ve genellikle çarpıtma ve istismarlara açık bir konu olması sebebiyle metinde geçen kavramların açıkça belirtilmesinin olumlu olacağı kanaatindeyiz. 1978 yılında ilan edilen HHEB, yeterince cesur olmayan dili, belirsizlikleri ve çelişkileri sebebiyle pek çok eleştiri almış ve protestolara maruz kalmıştır.³⁷ Nihayetinde Birlik, ana metinde çeşitli düzenlemeler yapmak durumunda kalmış ve 1989'da düzenlenmiş yeni metin ilan edilmiştir.

Gelen eleştiri ve protestoların sonucunda düzeltilen ve geliştiren Bildiri metni Uluslararası Hayvan Hakları Birliği tarafından UNESCO genel müdürüne gönderilerek deklare edilmiştir. İlk metinde olduğu gibi bir toplantı yapılmamıştır ki bunun nedeninin ilk ilanın üzerinden henüz uzun bir zaman geçmediği için hayvan hakları gibi hassas bir konuda halkın kafa karışıklığını önlemek olduğu iddia edilmiştir.³⁸ Düzenlenmiş metin on dört yerine on maddeden oluşmaktadır.³⁹ Bu durum her ne kadar sınırlamaya gidilmiş görüntüsü verse de temelinde daha keskin bir dil oluşturulmuş, çelişkiler giderilmeye çalışılmış ve temel felsefe olan hayvan hakları ruhuna uygun bir hale getirme kaygısı güdülmüştür.⁴⁰ Öncelikle belirtmek gerekir ki, yine bilimsel gelişmelere paralel olarak hayvanların duyarlılıklarına vurgu yapılmış ve bu noktada hayvanların sinir sistemi merkez alınmıştır. İlk metindeki önemli haklar korunmakla beraber saygı gibi tanımlamalar yapma yoluna gidilmemiştir. Ancak metnin genelinden bu belirsiz kavramların ne olduğunun anlaşılması kolaylaştırılmıştır. İlk metindeki en büyük çelişkiyi yaratan ve tepkilere neden olan 9. maddedeki gıda

³⁷ age., 99.

³⁸ age., 100.

³⁹ Universal Declaration of Animal Rigths 1989, (Erişim Tarihi: 28.11.2021), <http://www.la.utexas.edu/users/bump/Universal%20Declaration%20of%20Animal%20Rights.html> .

⁴⁰ Örneğin 1978 tarihli ilk metnin beşinci, altıncı ve onuncu maddeleri 1989 değişikliği ile yeni beşinci maddede bir araya toplanmıştır. Ancak tek madde haline getirilen bu üç madde daha kapsamlı bir düzenlemeye kavuşmuş ve daha net bir şekilde ifade edilmiştir.

için yetiştirilen hayvanlar ifadesi kaldırılmış, hayvanların gıda adına yaşam hakkının ihlaliyle ilgili bir ibare kalmamıştır. Her ne kadar olumlu bir adım olsa ve metinden kaldırılrsa da herhangi bir kınama veya karşı çıkma da metne eklenmemiş, bu sebeple bu konudaki boşluk varlığını sürdürmeye devam etmiştir.⁴¹ Ancak, HHEB'nin felsefesi açısından en önemli değişikliğinin 9. maddenin yeni halinde hayvanlara tanınan hukuki kişilik hakkı olduğunu söylemek mümkündür.⁴² Hukuki kişilik sayesinde hayvanlar hukukun öznesi sayılacak ve orijinal metindeki 14/2 maddesine⁴³ göre daha önemli ve farklı hukuki yollar (mahkemeye başvurma gibi) mümkün hale gelecektir.⁴⁴ Ayrıca tanınan bu hukuki kişilik açıkça hayvanların mülkiyet statüsüne de itiraz getirerek bu noktada HHEB'yi hayvan hakları yaklaşımına uygun hale getirmiştir. Son olarak, belirtmek gerekir ki HHEB, hükümetlere ilan edilen haklarla ilgili düzenlemeler yapma yükümlülüğünü de tekrar vurgu yapmıştır. Nihayetinde, 1989 düzenlemesiyle HHEB, her ne kadar bazı belirsizlikleri netleştirememiş olsa da kısıtlığına rağmen orijinal metinden daha kapsamlı, keskin ve felsefesine uygun hale getirilmiştir. Bu haliyle ideal bir "hayvan hakları" metni olmasa da kanaatimizce hayvan hakları yaklaşımına en yakın ve uygun olan hukuki düzenlemedir.

Bahsedilen "hayvan hakları"na en uygun metin olmanın da getirişyle HHEB ne yazık ki beklenen başarıyı sağlayamamıştır. Her ne kadar HHEB metni, ülkelerin temsilciliklerine gönderilse veya kamuoyunda yankı uyandırsa da hayvanlara verilecek bu haklar, içerisinde yaşadığımız dünya için büyük bir kaynağın kaybı anlamına geleceği ve

⁴¹ Bu boşluğun temelde örtük bir izin sağladığını ve metnin de bu görüşü desteklediğini iddia etmek de mümkündür. 1989 Bildirisi'ndeki "Bir hayvanın öldürülmesi gerekiyorsa..." diyen madde 3/2 ve "her türlü üreme biçimi"ni tanıyan madde 5/3 birlikte değerlendirildiğinde örtük şekilde gıda için yetiştirilen hayvanlar hakkında düzenlemeler yapılmış olduğu görüşü ortaya atılmıştır. (Neumann, "The Universal Declaration", 101.)

⁴² Universal Declaration of Animal Rights 1989.

⁴³ 1978 orijinal metinde bu madde "Hayvan hakları, insan hakları gibi yasaların korunmasından yararlanmalıdır." şeklinde kısıtlı ve belirgin olmayan bir ifadeye sahiptir.

⁴⁴ Neumann, "The Universal Declaration", 100-101; Peters, "Rights of Human and Nonhuman Animals", 356.

devletlere önemli bir düzenleme ve denetleme yükü getireceği için düzenlemelerin uygulamaya geçirilmesi yavaşlatılmış ve hatta engellenmiştir. Bildiri'nin ilanını takip eden dönemde, refah anlayışının da yükselişiyle kamuoyunun hayvanlarla ilgili hassasiyet yönündeki tepkisi de yumuşatılabildiği için HHEB'nin sınırlı etkisi giderek azalmıştır. Uluslararası Hayvan Hakları Birliği, bu etkisizlik durumunu tersine çevirmek için 2018 yılında yeni bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir. İlan edilen yeni metin ise 1989'da yakalanan hayvan hakları ivmesini tersine çevirmiş görünmektedir. Bahsedilen olumsuzlukların bu konuda etkisi olduğu açıktır. Yeni metin sekiz maddeden oluşmakla beraber belki de ilan edilen ve devrimci sayılan düzenleme olan hayvanlara hukuki kişilik verilmesi artık metinde bulunmamaktadır.⁴⁵ Bildirinin keskin dili ve bildiride yer alan açık yasaklar, tıpkı hukuki kişilik konusundaki gibi, yeniden düzenlenmiş metinde yer almamıştır. Ancak, duyarlılık hususu metindeki esas yerini korumaktadır. Saygı duyulma hakkı ve zalimane davranışların yasaklanması olguları yeni düzenlemede bulunmakla birlikte belirsizliğini korumaktadır. Hükümetlere, HHEB ile ilan edilen düzenlemeler konusunda yasa ve yönetmelikler çıkarma yükümlülüğü getirilmesi olgusu da varlığını korumuştur. Hak konusundaki en büyük gerilemelerden birini ise metinde de açıkça belirtilen "refahın sağlanması" konusuna yapılan vurgular oluşturmaktadır.⁴⁶ Muhtemeldir ki HHEB'nin etkisinin ancak refah konusuna vurgu ile artacağı inancıyla yapılan bir düzenleme olmuştur. Kanaatimiz; bu düzenlemelerle, her ne kadar adındaki hayvan hakları olgusunu korusa da felsefi olarak HHEB'nin en iyi ihtimalle yeni refahçılık yaklaşımına uyumlu hale getirilmiş olduğu yönündedir. Güncel olarak, 2018 düzenlemesi geçerli ve yayındadır. Ancak tüm bu çabalara ve geri adımlara rağmen hala hayvan haklarının tanınması ve korunması hususunda uluslararası alanda beklenen etkiyi uyandıramamıştır. Uluslararası alanda kabul gören ve gündemde olan bildiri ise çalışmanın devamında incelenecek olan Hayvan Refahına

⁴⁵ Universal Declaration of Animal Rights 2018, (Erişim Tarihi: 28.11.2021), <https://www.fondation-droit-animal.org/la-fondation/declaration-des-droits-de-lanimal/>.

⁴⁶ Universal Declaration of Animal Rights 2018.

İlişkin Evrensel Bildiridir. Ne yazık ki; kabul gören ve gündemde olan bildirinin HHEB olmaması göstermektedir ki hak değil refah yaklaşımının üstünlüğü, bir nevi geri atılan adımlarla ve esnetilen duruşla uluslararası alanın bir gerçekliği haline getirilmiştir.

III. Hayvan Refahına İlişkin Evrensel Bildiri

Hayvan Refahına İlişkin Evrensel Bildiri, dünya üzerinde hayvan hukuku anlamında en büyük kabule sahip hukuki düzenlemedir. HREB, adından da anlaşılacağı üzere, hayvan haklarını sağlama veya ilan etme kaygısında değildir. Hayvan refahının sağlanması amacı güdülen bir bildiridir.

HREB, ilk olarak 16-17 Haziran 2000 tarihinde Londra'da düzenlenen Dünya Hayvan Kongresi'nde (*Animals 2000 World Congress*) Dünya Hayvanları Koruma Derneği (*The World Society for the Protection of Animals*)⁴⁷ tarafından sunulmuştur. Ancak bu aşamada hala taslak halinde olduğu belirtilmiştir. Mart 2003'te 19 ülkeyi temsil eden 21 hükümet delegesinin de katıldığı Hayvan Refahı Üzerine Uluslararası Konferansta ise taslak üzerinde geliştirme yapılmıştır.⁴⁸ HREB'nin geliştirilen taslağı, son halini ise 24-25 Kasım 2005 tarihlerinde yapılan beş uluslu Yönlendirme Komitesi⁴⁹ aracılığıyla almıştır. Geliştirilen ve son hali verilen HREB, açıkça hayvanların duyarlı olduklarını ve acı çekebildiklerini kabul etmekle beraber hayvan refahının beş özgürlüğünü ve 3R kuralını ikame etmek (*replacement*),

⁴⁷ Dünya Hayvanları Koruma Derneği, kendisini dünyanın en büyük hayvan refahı örgütleri federasyonu olarak tanımlamaktadır. 150'den fazla ülkede 850 üye derneği ve 400000 bireysel takipçisi olduğu belirtilmektedir. Birleşmiş Milletler danışma statüsüne ve Avrupa Konseyinde gözlemci statüsüne sahip tek hayvan refahı örgütüdür. (Gibson, "The Universal Declaration", 541.)

⁴⁸ Gibson, "The Universal Declaration", 541.

⁴⁹ Yönlendirme Komitesi Kenya, Hindistan, Kosta Rika, Çek Cumhuriyeti ve Filipinler Cumhuriyeti hükümetlerinden oluşmuştur. Dernek, bundan sonra Yönlendirme Komitesi'nin sekreteryası olarak görev yapmaya başlamıştır. Yönlendirme Komitesi'nin önemi ise HREB'ye resmi bir statü kazandırmaktır. Bu amaca giden yolda dört temel adım belirlenmiştir. Birleşmiş Milletler'e HREB'yi destekleyen bir dilekçe vermek, HREB üzerinde hükümet konsensüsüne ulaşmak, HREB'yi BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi önüne getirmek ve onaylanmış HREB'yi Genel Kurul'un önüne getirmek. Güncel olarak henüz ikinci adımda olduğunu söylemek mümkündür. (Gibson, "The Universal Declaration", 541.)

azaltmak (*reduction*) ve şartları iyileştirmek (*refinement*)) özel olarak vurgulanmıştır.⁵⁰ Bahsi geçen hayvan refahının beş özgürlüğü⁵¹ kavramı teorik olarak 1965'te İngiltere'de düzenlenen Brambell Raporu'na dayanmaktadır.⁵² Özellikle çiftlik hayvanları ile ilgili düzenlenen bu belge ile, günümüzde dahi hayvan refahının temeli kabul edilen, beş özgürlük belirlenmiştir. Bu özgürlükler şunlardır:

1. Açlıktan ve susuzluktan özgürlük (Sağlık ve enerjiyi korumak için yeterli su ve yiyecek sağlayarak)

2. Rahatsızlıktan özgürlük (Uygun bir ortam sağlayarak)

3. Acıdan, yaralanmadan ve hastalıktan özgürlük (Önleme, hızlı teşhis ve tedavi ile)

4. Normal davranışı ifade etme özgürlüğü (Hayvanın türüne uygun geniş alan, doğru olanaklar ve cinsi yakınlığı sağlayarak)

5. Korkudan ve sıkıntıdan özgürlük (Zihinsel ıstırapın uygun koşullarla önlenmesi ile)⁵³

Hayvan refahının sağlanması veya yükseltilmesi için formüle edilen bu beş özgürlüğün temel ihtiyaçlara odaklandığını ve pragmatist bir temel üzerine inşa edildiğini görmek mümkündür. Zaten daha önce açıklandığı üzere, hayvan refahı yaklaşımının temeli de bu ihti-

⁵⁰ Universal Declaration on Animal Welfare, (Erişim Tarihi: 24.12.2021), https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/media/ca_-_en_files/case_for_a_udaw_tcm22-8305.pdf.

⁵¹ Özgürlük kelime anlamıyla eylemleri belirleme ve yanıt verme olanağı anlamına gelmektedir. Bir hayvanın refahı ise belirli konularda özgür olmasıyla yakından ilişkilidir. Bir hayvana sağlanacak belirli özgürlükler onun refahının olumlu olarak artmasıyla sonuçlanacaktır. Ayrıca bir hayvana özgürlük sağlama fikri bu özgürlükleri sağlayacak kişiye de belirli bir ahlaki yükümlülük getirmektedir. Sağlayıcının hayvana bu özgürlükler için belirli fırsatlar ve kaynaklar vermesi gerekir. (Donald M. Broom, "Animal Welfare-Freedom", İçinde Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare, Editör Marc Bekoff, (Westport: Greenwood Press, 1998), 60.)

⁵² Report of the Committee to Enquire into the Welfare of Animals kept under Intensive Livestock Husbandry Systems, (Erişim Tarihi: 22.12.2021), <https://edepot.wur.nl/134379>.

⁵³ Report of the Committee to Enquire into the Welfare of Animals kept under Intensive Livestock Husbandry Systems.

yaç odaklı ve pragmatik yaklaşımdır. Beş özgürlük HREB’de de aynı şekilde korunmuştur. Ancak önemli nokta burada herhangi bir net ve kesin standart belirlenmediği ve hayvanları içeren bir faaliyetin doğrudan yasaklanmadığıdır.⁵⁴

Bahsi geçen 3R kuralı ise özellikle deneylerde kullanılan hayvanlar için öngörülen kuralları ifade etmektedir. 3R kuralı, beş özgürlüğün belirlenmesinden önce, 1959 yılında Russell ve Burch tarafından ortaya konulmuştur.⁵⁵ 3R kuralı, beş özgürlük kabul edilmesine rağmen deneylerin özel yapısı gereği günümüzde de hala üzerinde durulan ve temel alınan kurallardır. Kuralda geçen R’ler ikame etmek (*replacement*), azaltmak (*reduction*) ve şartları iyileştirmek (*refinement*)dir. İkame etmek, hayvan kullanılmadan uygulanabilecek yöntemleri maliyet gibi hesaplar yapmaksızın uygulamayı; azaltmak, en az sayıda hayvanı deneye dahil etmeyi; iyileştirmek ise kullanılan hayvanların deney sırasındaki acılarını en aza indirmek için ortam veya yöntem düzenlemesi yapmayı ifade etmektedir.⁵⁶ Sonrasında bu etik ilkelere dördüncü ve beşinci R’ler olan sorumluluk (*responsibility*) ve rehabilitasyon (*rehabilitation*) eklenerek 3R kuralının özenli bir şekilde uygulanmasının kolaylaştırılması amaçlanmıştır. Bu ilkelere göre; araştırmacı yaptığı araştırmanın etik sorumluluğunu kabul etmeli, yüklenmeli ve deneyin bitiminden sonra kullanılan hayvanlar iyileştirilmeli, bakımlı veya iyileşemez konumdaysa ötanazi uygulanmalıdır.⁵⁷ Her ne kadar bu eklemeler yapıldıysa da 3R kuralının zaten içerisinde örtük olarak bunları barındırdığından bahisle 3R şeklinde temelinin korunduğunu söylemek mümkündür. HREB’nin

⁵⁴ Gibson, “The Universal Declaration”, 546.

⁵⁵ William Russell, Rex Burch, *The Principles of Humane Experimental Technique*, (Erişim Tarihi: 27.10.2021), <https://caat.jhsph.edu/principles/het-toc>.

⁵⁶ Joanne Zurlo ve Alan M. Goldberg, “Alternatives to Animal Experiment-Reduction, Refinement and Replacement (the Three Rs)”, *İçinde Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, Editör Marc Bekoff, (Westport: Greenwood Press, 1998), 6-7.

⁵⁷ Yağmur Özgür Güven ve Oğuzcan Kınikoğlu, *Hayvan Deneyleri: Hayvanlar Bizim İçin Mi Var?*, (İstanbul: Yeni İnsan Yayınevi, 2020), 209; Altan Armutak, “Deney Hayvanları ile Çalışmanın Etik Boyutları”, *İçinde Hayvan Etiği*, Editör M. İhsan Karaman, Seyit Ankaralı, Tuncay Sandıkçı, (İstanbul: İsar Yayınları, 2019), 148-149.

felsefesini, getirilerini veya eksikliklerini anlamak için HHEB ile karşılaştırmasının yapılması da önemlidir. Zira bu iki bildiri, hayvan etiği ve hukuku açısından iki ayrı uçta yer alan hayvan refahı ve hayvan hakları kavramlarının uygulamaya yansımalarının önemli göstergelerini oluşturmaktadır. Bu yöntemle incelendiğinde HREB'nin son halinde, hayvan refahı yaklaşımının benimsenerek yorumlanması önem arz eder. HREB, hayvanların mülk statüsünden çıkarılmasını ve sunduğu şartlar doğrultusunda kalmak koşuluyla hayvanların kullanımını, HHEB'nin genel olarak yaptığı gibi reddetmez. Beş özgürlüğü kabul etmesi nedeniyle her ne kadar hayvanların hayatları ve iyi hali için bir rehber sağlasa da geleneksel insancıl muamele dilini kullanmaktadır ve acıları yok etmeyi değil azaltmayı amaçlamaktadır. Ayrıca, refah kaygısı gütmesi nedeniyle insanları temel alan HREB, hayvanların insancıl kullanımının insan çıkarları üzerinde daha sağlıklı ürünlere ulaşma, zoonoz hastalıklardan (hayvanlardan insanlara, insanlardan hayvanlara bulaşan hastalıklar) korunma, sürdürülebilir hayvansal ürün sağlama gibi pozitif etkileri olacağını da vurgulamaktadır.⁵⁸ Bu kapsamda HHEB'nin aksine, hükümetlere insanların faydasını veya zararını önemsemeksizin hayvanların çıkarlarını koruyan yasalar çıkarmaya dair bir yükümlülük de verilmemiş, bahsedildiği üzere yalnızca standartlar belirlenmeye çalışılmıştır.⁵⁹ Ek olarak, HHEB'dekine benzer şekilde zulüm ve refah gibi kavramların tanımlanmasını içermemektedir.⁶⁰ Bu durum, uygulamada yaşanacak farklılıklara neden olmaya müsaittir ve HREB'nin belirsizliğini ortaya çıkarmaktadır.

HHEB başlığı altında önceden de belirttiğimiz üzere, bir hak arayışından ziyade öne çıkan refah arayışı ve refah kurallarının insan temelli olması nedeniyle, hak tanımının getireceği yükümlülüklerden daha kolay uygulanabilir olması HREB'nin HHEB'ye kıyasla daha çok

⁵⁸ Universal Declaration on Animal Welfare.

⁵⁹ Gibson, "The Universal Declaration", 546-547.

⁶⁰ age., 547

destek bulmasına ve bağlantılı olarak ülke mevzuatlarının⁶¹ değişmesine sebep olmuştur. Bu desteklerden önde gelen bazılarını belirtmek gerekir. 2008’de Hayvan Refahı İslam Konferansı HREB’yi resmen kabul etmiştir.⁶² 2009’da Avrupa Birliği Konseyi üye devletlerini ilke olarak ilgili uluslararası forumlarda HREB’yi desteklemeye davet etti ve bazı hükümetler resmi olarak HREB’yi desteklediğini açıkladı. Ayrıca Dünya Hayvan Sağlığı Örgütü, Dünya Veteriner Hekimleri Birliği, İngiliz Milletler Topluluğu Veteriner Hekimler Derneği, Avrupa Veteriner Hekimler Federasyonu, Uluslararası Hayvan Refahı Fonu, Amerikan Hayvanlara Zulmü Önleme Derneği ve İnsani Yardım Derneği olmak üzere pek çok kurum da resmi olarak desteğini açıklamıştır.⁶³ Görüldüğü üzere her ne kadar hak savunusu yapmadığı ve antroposantrizmden kaçınmadığı için HREB, HHEB’ye göre yetersiz kalsa da daha önce bahsettiğimiz üzere daha fazla desteği alabilmiştir. Günümüzde de hala Bildiri’ye destek kampanyası devam ettirilmekte, Bildiri destek görmeye devam etmekte ve tanınması ve uygulanması için çalışmalar sürdürülmektedir.

SONUÇ

Hayvanlar ile insanlar arasındaki ilişki esasen tarihin ilk zamanlarına kadar götürülebilmektedir. Ancak, bu ilişkiler açısından iki temel dönüm noktası yaşanmıştır: Evcilleştirme ve sanayi devrimi. Özellikle sanayi devrimi sonrasında gelişen ekonomik sistem ve teme-

⁶¹ Esasen pek çok ülkenin hayvan mevzuatında hüküm altına alınmış ve hayvanların yeterli besin alma, uygun barınma koşullarında yaşama düzenlemeleri veya zulüm ve kötü muamele yasakları gibi refah kaygısı güden hükümler bu konuda iyi örnekler oluşturmaktadır. Ulusal mevzuatımız açısından özellikle 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu’nun 14. maddesi bu yaklaşımı yansıtmaktadır. (5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, (Erişim Tarihi: 17.01.2022), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5199&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> .) Ayrıca HREB’nin Avustralya mevzuatını etkilemesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gibson, “The Universal Declaration”, 551 vd.

⁶² Peter Davies, “Work of Non-Governmental Organisations Supporting the Implementation of the OIE Standards”, İçinde Second OIE Global Conference on Animal Welfare: ‘Putting the OIE Standards to Work’, (Luxemburg, 2011), 149.

⁶³ Gibson, “The Universal Declaration”, 543.

lini daha da eskiden alan antroposantrizmin bu dönemde güçlenmesi hayvan sömürsünü ve istismarını önemli ölçüde arttırmıştır. Ayrıca teknolojinin de gelişmesi ile yaşanan sömürü ve istismar görünür bir hale gelmiştir. Bu olayların sonucunda hayvanların yaşadıkları acılara çare bulunması yönünde hem yerel hem de uluslararası kapsamda bir toplum baskısı oluşmaya başlamıştır.

Teorik alanda, yaşanan sömürü ve istismara çözüm olarak iki farklı savunu ortaya çıkmıştır: Hayvan refahı ve hayvan hakları. Bu iki kavram günlük hayatta her ne kadar birbirlerini ikame eden ve bazı durumlarda farkları önemsiz olmayan olgular olsa da temelinde büyük farklılıklar taşımaktadırlar. Hayvan refahı yaklaşımına göre, hayvanların insan yararı için kullanılması olağan bir durumdur. Önemli olan ve düzeltilmesi gereken nokta hayvanların bu kullanım sırasında yaşadıkları acı ve zulmün azaltılması ve mümkün olduğunca ortadan kaldırılmasıdır. Diğer uçtaki yaklaşım olan hayvan hakları yaklaşımına göre ise, hayvanların kendi değerleri vardır ve bu değerlerine paralel olarak haklara sahiptirler. Hayvanların hakları olduğu için, onların her türlü insan yararına kullanımı hak ihlaline neden olur. Hayvan refahının geniş kafesleri, hayvan haklarının ise boş kafesleri hedeflemesi olarak bilinen ünlü benzetme, bahsettiğimiz temel farkı vurgulamak adına önemlidir.⁶⁴ Ancak yaşanan gelişmeler sonucu, bu iki uç yaklaşımın ortasında yeni hayvan refahçılığı adı verilen bir yaklaşım da ortaya çıkmıştır. Bu anlayışa göre, hayvanlar haklara sahiptir ancak bu hakları elde edene kadar refah yaklaşımının sağlayacağı faydalardan yararlanmak gerekmektedir. Yani boş kafeslere giden yol geniş kafeslerden geçmektedir. Ancak bu yeni yaklaşım özellikle hak yaklaşımı taraftarlarının pek çok eleştiriye maruz kalmıştır. Bu şekilde hareket etmenin hak mücadelesinde yavaşlama ve hatta durmaya neden olmasının yanında hakların taviz verilebilir şeyler olduğu algısına ve bu nedenle ortaya çıkacak istismarlara gebe olduğu en çok yapılan eleştirilerdendir.

⁶⁴ Tom Regan, *Animal Rights, Human Wrongs: An Introduction to Moral Philosophy*, (Oxford: Rowman&Littlefield Publishers, 2003), 97.

Teorik alanda yaşanan bu tartışmaların uygulamaya yansımaları da eşit derecede önem arz etmektedir. Bu amaçla çeşitli uluslararası düzenlemeler yapılmaya çalışılmıştır. Bu düzenlemeler kapsamında özellikle doğurabilecekleri etki nedeniyle bildiriler önemli bir yer işgal etmektedir. Hayvan hukukuyla ilgili yayınlanan bildiriler, her ne kadar yumuşak bir hukuk kuralı olduğu için yaptırım konusunda etkisiz kalsa da özellikle bu konudaki uluslararası sözleşmelerin öncülüğünü yapma gücüne sahip olmaları ve ulusal anlamda yapılacak mevzuat düzenlemelerine bir temel sağlamaları açısından kritik bir öneme sahiptir. Bu noktada teorideki yaklaşımları da yansıtan iki temel bildiri karşımıza çıkmaktadır: Hayvan Haklarına İlişkin Evrensel Bildiri ve Hayvan Refahına İlişkin Evrensel Bildiri.

HHEB, hayvan hakları temelinde oluşturulmuş bir bildiridir ve orijinal metninden sonra iki kere düzenlemeye maruz kalmıştır. Orijinal metindeki hayvan hakları yaklaşımıyla ilgili bazı çelişkilerin giderilmesi ve daha keskin bir dil kullanılması gibi gelişmelerle sonuçlanan ilk düzenleme sonucu ile eksikliklerine rağmen uluslararası alanda hayvan haklarına ulaşmaya en yakın aday konumundadır. Zira HHEB, başından beri tanınmış saygı görme hakkı ve acıya maruz kalmama hakkı gibi hakları koruyarak ve hükümetlere hayvanlara hukuki kişilik tanıma yükümlülüğü de getirerek ciddi bir ilerleme kaydetmiştir. Ancak HHEB’de son yapılan düzenleme muhtemeldir ki önceki versiyonlarının etkisizliğini kırmak için haklar konusunda geri adım atma şeklinde düzenlenmiş, hak yerine refah vurgusu öncelenmiştir. Böylece hayvan hakkı yaklaşımından yeni hayvan refahçı yaklaşıma bir geçiş olmuştur. Ancak atılan bu geri adıma rağmen Bildiri’nin uluslararası alanda kabulü ve hayvanlarla ilgili uygulamalara temel olması yönünde beklenen etki ve ivme yakalanamamıştır.

HREB, ise adından da anlaşılacağı üzere hayvan refahı kaygıları güdülenerek hazırlanmıştır. Bildiri metni, hayvan refahının beş özgülüğünü ve 3R kuralını açıkça içermektedir. Hayvan kullanımının herhangi bir türüne getirilmiş bir yasak bulunmaması da temel aldığı yaklaşımın felsefesiyle uyumludur. Muhtemeldir ki hayvan refahını uygulamaya geçirmenin kolaylığı ve hayvanları gıda, eğlence, deney

gibi faydalar için kaynak olarak gören bakış açısının çıkarlarına aykırılık oluşturmaması gibi nedenlerle HREB pek çok destek görmüş ve etkisi HHEB'den çok daha fazla olmuştur. HREB'nin resmi bir karaktere sahip olması için yapılan çalışmalar devam etmektedir.

Görüldüğü üzere uluslararası alanda hala hayvan hukuku ve özellikle hayvan hakları konusunda derin bir boşluk bulunmaktadır. Etkili olan ve olumlu gelişme olarak adlandırılabilir adımlar dahi hayvan hakları için değil hayvan refahı için atılan adımlardan oluşmaktadır. HHEB ve HREB bu hususta önde gelen örneklerdir. Hayvan refahı teorisi açısından olumlu ve hatta yeterli kabul edilebilecek bildirimler olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak, hayvan hakları teorisi açısından önemli olanın hayvanların insanlar için kullanımının iyi şartlarda sağlanması değil ortadan kalkması olduğunu düşünerek hayvan hakları temelinde yapılacak bir bildirinin, hayvan hakları felsefesi ve uygulaması alanındaki boşluğu doldurmak için ilk adım olacağını söylemek mümkündür. Atılacak bu adım tıpkı insan hakları konusunda kat edilen yol gibi gerekli ve öncü bir başlangıç olacaktır.

| YAZAR BEYANI | |
|---|---|
| Mali Destek/Teşekkür Beyanı: | Bulunmamaktadır. |
| Yazarların Katkıları | Birinci yazar % 50, ikinci yazar % 50 oranında katkı sağlamıştır. |
| Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| Etik Kurul Onayı: | Gerekmemektedir. |

KAYNAKÇA

- 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, (Erişim Tarihi: 17.01.2022), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5199&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>
- Anderson, David J. ve Ralph Adolphs. "A Framework for Studying Emotions across Species". *Cell*. 127 (2014): 187-200.
- Animal Ethics, (Erişim Tarihi: 01.09.2022), <https://www.animal-ethics.org/animal-exploitation-introduction/>
- Armutak, Altan, "Deney Hayvanları ile Çalışmanın Etik Boyutları". İçinde Hayvan Etiği, Editör M. İhsan Karaman, Seyit Ankaralı, Tuncay Sandıkçı, İstanbul: İsar Yayınları, 2019.
- Bekoff, Marc. Hayvanların Duygusal Dünyası, Çeviren Asude Taçyıldız İpekçioğlu, İstanbul: Destek Yayınları, 2020.
- Berger, John. Hayvanlara Niçin Bakarız?, Çeviren Cevat Çapan, Ankara: Tudem Yayın Grubu, 2. Baskı, 2017.
- Broom, Donald M., "Animal Welfare-Freedom". İçinde Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare, Editör Marc Bekoff, Westport: Greenwood Press, 1998.
- Cambridge Bilinç Bildirgesi, (Erişim Tarihi: 25.12.2021), <https://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>.
- Davies, Peter, "Work of Non-Governmental Organisations Supporting the Implementation of the OIE Standards". İçinde Second OIE Global Conference on Animal Welfare: 'Putting the OIE Standards to Work', Luxemburg. 2011.
- DeMello, Margo. *Animals and Society*. New York: Columbia University Press, 2021.
- Descartes, Rene, "Animals are Machines". İçinde Animal Rights and Human Obligation, Editör. Tom Regan, Peter Singer, New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1976.
- Descartes, Rene. *Duygular ya da Ruh Halleri*, Çeviren Çiğdem Dürüşken, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 3. Basım, 2017.

- Faria, Catia ve Eze Paez. “Anthropocentrism and Speciesism: Captual and Normative Issues”. *Revista de Bioetica y Derecho*. (2013): 1-9.
- Francione, Gary L.. “Animal Rights-Animal Rights and New Welfarism”. İçinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, Editör Marc Bekoff, Westport: Greenwood Press, 1998.
- Francione, Gary L. ve Robert Garner. *The Animal Rights Debate: Abolition or Regulation*. New York: Columbia University Press, 2010.
- Fraser, David. “Animal Welfare”. İçinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, Editör Marc Bekoff, Westport: Greenwood Press, 1998.
- Fraser, David vd. “A Scientific Conception of Animal Welfare that Reflects Ethical Concerns”. *Animal Welfare*. 6 (1997): 187-205.
- Fox, Michael Allen. “Anthropocentrism”. İçinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, Editör Marc Bekoff, Westport: Greenwood Press, 1998.
- Gibson, Miah. “The Universal Declaration of Animal Welfare”. *Deakin Law Review*. 16/2 (2011): 539-567.
- Gordilho, Heron José de Santana ve Fernando de Azevedo Alves Brito. “Universal Declaration of Animal Rights and Brazilian Law System”. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. 5/4 (2019): 987-1009.
- Güven, Yağmur Özgür ve Oğuzcan Kınıkoğlu. *Hayvan Deneyleri: Hayvanlar Bizim İçin Mi Var?*. İstanbul: Yeni İnsan Yayınevi, 2020.
- Jena, Nibedita Priyadarshini. “Animal Welfare and Animal Rights: an Examination of Some Ethical Problems”. *Journal of Academic Ethics*. 15 (2017): 377-395.
- Lenguaer, Erwin. “Tom Regan’s Philosophy of Animal Rights: Subjects-of-a-Life in the Context of Discussion of Intrinsic and Inherent Value”. *Problemos*. 97 (2020): 87-98.
- Lund, Vonne, Grahame Coleman, Stefan Gunnarsson, Michael Calvert Appleby, Katri Karkinen. “Animal Welfare Science—Working at

- the Interface Between the Natural and Social Sciences". *Applied Animal Behaviour Science*. 97 (2006): 37-49.
- Neumann, Jean-Marc. "The Universal Declaration of Animal Rights or The Creation of a New Equilibrium between Species". *Animal Law Review*. 19/91 (2012): 91-109.
- Paul, Elizabeth S. ve Michael T. Mendl, "Animal Emotion: Descriptive and Prescriptive Definitions and Their Implications for a Comparative Perspective". *Applied Animal Behaviour Science*. 205 (2018): 202-209.
- Peters, Anne. "Rights of Human and Nonhuman Animals: Complementing the Universal Declaration of Human Rights". *AJIL Unbound*. 112 (2018): 355-360.
- Regan, Tom. *Animal Rights, Human Wrongs: An Introduction to Moral Philosophy*. Oxford: Rowman&Littlefield Publishers, 2003.
- Regan, Tom. "The Case for Animal Rights". İçinde *Advances in Animal Welfare Science 1986/87*, Editör M.W. Fox, L. D. Mickley, Washington: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- Regan, Tom. *The Case For Animal Rights*. Berkeley: University of California Press, 1983.
- Report of the Committee to Enquire into the Welfare of Animals kept under Intensive Livestock Husbandry Systems, (Erişim Tarihi: 22.12.2021), <https://edepot.wur.nl/134379>.
- Rollin, Bernard. "Animal Ethics and Law". *Michigan Law Review First Impression*. 106 (2008): 143-146.
- Rollin, Bernard. "Animal Welfare, Animal Rights and Agriculture". *Journal of Animal Science*. 68/10 (1990): 3456-3461.
- TDK Sözlüğü, (Erişim Tarihi: 21.12.2021-01.09.2022), <https://sozluk.gov.tr/>
- Universal Declaration of Animal Rights 1978, (Erişim Tarihi: 28.11.2021), <https://constitutii.files.wordpress.com/2016/06/file-id-607.pdf>.

Universal Declaration of Animal Rights 1989, (Erişim Tarihi: 28.11.2021),

<http://www.la.utexas.edu/users/bump/Universal%20Declaration%20of%20Animal%20Rights.htm>.

Universal Declaration of Animal Rights 2018, (Erişim Tarihi 28.11.2021),

<https://www.fondation-droit-animal.org/la-fondation/declaration-des-droits-de-lanimal/>.

Universal Declaration on Animal Welfare, (Erişim Tarihi: 24.12.2021),

https://www.worldanimalprotection.ca/sites/default/files/media/ca_-_en_files/case_for_a_udaw_tcm22-8305.pdf.

William, Russell ve Rex Burch, The Principles of Humane Experimental Technique, (Erişim Tarihi: 27.10.2021),

<https://caat.jhsph.edu/principles/het-toc>.

Zentall, Thomas R.. “Animal Intelligence”. İçinde The Cambridge Handbook of Intelligence, Editör Robert J. Sternberg, Cambridge: Cambridge University Press, 2. Baskı, 2020.

Zurlo, Joanne ve Alan M. Goldberg. “Alternatives to Animal Experiment-Reduction, Refinement and Replacement (the Three Rs)”. İçinde Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare, Editör Marc Bekoff, Westport: Greenwood Press, 1998.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİREYSEL BAŞVURUDA ÖZERK YORUM

Autonomous Interpretation in Individual Application in the Framework of the Decisions of the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court

Dr. Öğr. Üyesi Ufuk Ramazan ÇAKMAK*

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS veya Sözleşme) yer alan hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında çeşitli araçlara başvurulmaktadır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme) tarafından kullanılan temel araçlar; takdir yetkisi, dördüncü derece yargı doktrini, dinamik yorum, ölçülülük ilkesi ve özerk yorumdur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan 46 ülke bulunmaktadır. AİHS sisteminde farklı hukuk sistemlerine sahip olan çok sayıda devlet bulunduğu için Sözleşme'de yer alan kavramların veya terimlerin yorumu, ülkeden ülkeye göre farklılık gösterebilir. AİHM uygulamasında bir kavrama ulusal hukukta verilen anlam, hareket noktası niteliğindedir. Özerk yorum, bir kavramının anlamının

* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ufuk.cakmak@gop.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0882-1674.

Makale Geliş Tarihi: 31.12.2022

Makale Kabul Tarihi: 29.03.2023

⇒ Atıf Şekli: Ufuk Ramazan Çakmak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bireysel Başvuruda Özerk Yorum", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18/1 (2023): 199-226.

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



ulusal hukuktaki anlamından bağımsız olarak ele alınmasını ifade eder. Bu sayede Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerin taraf devletlerce ortadan kaldırılmasının veya dar olarak yorumlanmasının önüne geçilmektedir. Sözleşme sisteminde uzun yıllardır kullanılmakta olan özerk yorum, Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da başvuru olan bir yorum yöntemidir. Türk Anayasa Mahkemesi özerk yorum yaparken büyük çoğunlukla AİHM içtihatları doğrultusunda hareket etme eğilimindedir.

Anahtar Kelimeler: Özerk yorum, takdir yetkisi, dinamik yorum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi.

ABSTRACT

Various tools are used in the interpretation of the rights and freedoms in the European Convention on Human Rights (ECHR or the Convention). In this context, the main tools used by the European Court of Human Rights (ECHR or the Court); discretion, fourth instance doctrine, dynamic interpretation, the principle of proportionality and autonomous interpretation. There are 46 countries that are party to the European Convention on Human Rights. Since there are many states with different legal systems in the contract system, The interpretation of concepts or terms in the Convention may differ from country to country. In the practice of the European Court of Human Rights, the meaning given to a concept in national law is a starting point. Autonomous interpretation refers to the consideration of the meaning of a concept independently of its meaning in national law. In this way, it is prevented that the rights and freedoms in the Convention are abolished or narrowly interpreted by the parties. Autonomous interpretation, which has been used in the contract system for many years, is also a method of interpretation used by the Constitutional Court. While the Turkish Constitutional Court makes autonomous interpretations, it tends to act in line with the ECtHR case-laws.

Keywords: Autonomous interpretation, power of discretion, dynamic interpretation, European Court of Human Rights, Constitutional Court.

GİRİŞ

Bir normun gerçek anlamının ortaya çıkarılabilmesi için ilgili kuralın yorumlanması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) yorumlanırken, kendine özgü niteliği göz önünde bulundurulur. AİHS, taraflar arasında yarar uzlaşması sağlayan klasik tipte bir sözleşme olmayıp, “yasa sözleşme” niteliğindedir¹.

AİHS, devletlerin birbirlerine karşı yükümlülüklerini içeren klasik türdeki antlaşmalardan farklı olarak taraf devletlere daha fazla yükümlülük getirmektedir. Sözleşme, karşılıklı ve iki taraflı yükümlülüklerin ötesinde objektif yükümlülükler getiren bir belgedir². AİHS'nin hukuk yaratan bir belge olduğu göz önünde bulundurulduğunda, taraf devletlerin yükümlülüklerini kısıtlayacak şekilde değil, Sözleşme'nin konusunu ve amacını gerçekleştirmek için en uygun yorumun dikkate alınması gerekir³.

Sözleşme'nin konusuna ve amacına yönelik vurguyu başlangıç metninde görmek mümkündür. Bu kapsamda başlangıç metninde AİHS'nin amacı, “bireysel insan haklarının korunması” ve “demokratik toplum idealinin geliştirilmesi ve sürdürülmesi” şeklinde genel ifadelerle belirtilmiştir⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme), bir kararında Sözleşme'nin insan haklarına ve temel özgürlüklere ilişkin bir belge olduğunu belirterek Sözleşme yorumlanırken bu hususun dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir. Bu kapsamda temel amacı, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması olan AİHS hükümlerinin bu korumayı sağlayacak şekilde somut ve pratik

¹ Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 139.

² Ireland v. The United Kingdom, Application no. 5310/71, 18/01/1978, para. 239.

³ Wemhoff v. Germany, Application no. 2122/64, 27/06/1968, A 7, para. 8.

⁴ David Harris, Michael O'boyle ve Colin Warbrick, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çev. Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü Kılçı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 6-7.

şekilde uygulanması gerekir. Ayrıca Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklere ilişkin bir yorum, “demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumak ve geliştirmek için tasarlanmış bir belge olan AİHS’nin genel ruhu” ile uyumlu olmalıdır⁵.

Sözleşme sisteminde AİHM tarafından başvuru olan özgün yorum yöntemleri bulunmaktadır. Bu kapsamda AİHM tarafından kullanılan başlıca ilkeler; takdir marjı prensibi, ölçülülük ilkesi, dördüncü derece yargı doktrini, dinamik yorum ve özerk yorumdur. Bahsi geçen ilkelere ilişkin genel bir değerlendirme yapılmasının ardından AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) uygulamasında özerk yorum konusu ele alınacaktır.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NİN ÖZGÜN YORUM YÖNTEMLERİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uluslararası bir belge niteliğindedir. Bu nedenle uluslararası hukukta yoruma ilişkin yerleşik kurallar AİHM yargılaması için de geçerlidir⁶. Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) 31/1. hükmünde bir antlaşma yorumlanırken iyi niyetle hareket edilmesinin esas olduğu belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre; *Bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek olağan anlama uygun olarak iyi niyetle yorumlanır.* Bu düzenleme ilk bakışta açık ve belirgin olarak görülse de AİHS’nin somutlaştırılması sorunu çözmekten uzaktır⁷. Bu nedenle AİHM, Sözleşme hükümlerinin yorumunda Viyana Sözleşmesi’nin yanı sıra birçok başka ilkeye başvurmaktadır⁸.

⁵ Soering v. The United Kingdom, Application no. 14038/88, 07/07/1989, para. 87.

⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları, 139.

⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları, 139.

⁸ Maša Marochini, “The Interpretation of the European Convention on Human Rights”, Zbornik radova Pravno fakulteta u Splitu, 53/1 (2014): 67.

İlk olarak takdir marjı ilkesine değinmek gerekir. Takdir marjı, devletlere bırakılan serbest hareket alanı olarak tanımlanabilir⁹. Söz konusu ilke, Sözleşme'nin başlangıç metninde yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre; Yüksek Sözleşmeciler taraflar, AİHM'nin denetleyici yargı yetkisine tâbi bir takdir marjına sahiptir. Takdir marjı konusunda AİHM, genel yaklaşımını Handyside/Birleşik Krallık kararında ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre; ulusal makamlar, ülkelerinin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli etkileşim halinde oldukları için bir hakka yönelik müdahalenin gerekliliğini tespit etmede uluslararası bir yargıçtan daha iyi bir konumdadır. Görüldüğü gibi taraf devletlere bir takdir marjı tanınmakla birlikte bu yetkinin sınırsız olmadığını belirtmek gerekir. Taraf devletlere tanınan takdir marjı, AİHM denetimine tabidir¹⁰.

Sözleşme'de yer alan hükümlerin yorumlanmasında AİHM tarafından göz önünde bulundurulmuş bir diğer ilke, ölçülülük veya orantılılıktır. Ölçülülük ilkesiyle toplumun menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasında bir denge kurulması amaçlanmaktadır¹¹. AİHS'de açıkça yer almayan ölçülülük ilkesi, Sözleşme metninden yorum yoluyla çıkarılmaktadır. Söz konusu ilkenin hukuksal dayanağı olarak başvuru alan temel hüküm Sözleşme'nin 15. maddesidir¹². AİHS'nin 15. maddesine göre “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeciler Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.” Görüldüğü gibi Sözleşme'de yer alan yükümlülüklerle-

⁹ Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Antwerp/Oxford/New York: Intersentia, 2001), 2.

¹⁰ Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, 07/12/1976, paras. 48-49.

¹¹ Sporrang and Lönnroth v. Sweden, Application nos. 7151/75, 7152/75, 23/09/1982, para. 69.

¹² Ali Ceylan, “Teori ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), 75-77; Tuğba Bayraktar, “İnsan Haklarının Uluslararası Hukuk Düzeninde Korunması”, içinde İnsan Hakları Hukuku, ed. Tuğba Bayraktar ve Ufuk Ramazan Çakmak, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 259.

re aykırı tedbirler alınabilmesi için aranan şartlardan biri, “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde” şeklinde belirtilmiştir.

Sözleşme yorumlanırken incelenmesi gereken bir diğer husus, “dördüncü derece yargı doktrini”dir. Bu doktrine göre; AİHM, ulusal mahkemeler tarafından verilen kararları bozma veya bu davaları yeniden inceleme yetkisine sahip değildir. Diğer bir deyişle Mahkeme, ulusal mahkemelerin kararlarını yorumlayacak bir “süper temyiz mahkemesi” değildir. Mahkeme’nin görevi, Sözleşme tarafından öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini tespit etmektir¹³. Benzer şekilde AYM de yerel mahkemelerin kanunları nasıl yorumladığını denetleyecek bir “süper temyiz mahkemesi” değildir. AYM yerel mahkemelerin, kanunları yorumlama yetkisine müdahale etmeyeceğini belirtmesine rağmen yerel mahkemelerin yorumlarının, AYM’nin özerk yorumuyla çatışması durumunda ihlâl kararı verdiği örnekler mevcuttur. Bir yasanın olaya doğru uygulanıp uygulanmadığının belirlenmesi niteliği gereği bir temyiz incelemesidir¹⁴. Bireysel başvuru kapsamında AYM’nin görevi, Sözleşme ve ek protokolleri ile Anayasa’nın ortak koruma alanında bulunan taahhütlere uyulup uyulmadığının belirlenmesidir.

Değnilmesi gereken bir diğer özgün yorum yöntemi; dinamik yorum olup, Sözleşme’nin zamanın ihtiyaçlarına göre yorumlanmasını ifade eder. Dinamik yorumda normun anlamı, tarihsel şartlara göre değil, günün koşullarına göre belirlenmektedir. Bu nedenle dinamik yorum, objektif teleolojik yorumun bir alt görünümüdür¹⁵. AİHM de Sözleşme’nin yaşayan bir belge olduğunu, günün koşullarına uygun olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir¹⁶. Örneğin; Sözleşme’de açıkça yer almayan vicdani ret hakkı, dinamik yorum yoluyla

¹³ Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy, Application no. 38433/09, 07/06/2012, para. 197.

¹⁴ Abdurrahman Eren, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi. 32/1 (2016): 270.

¹⁵ Eren, “Hukuki Yorum Yöntemleri”, 270.

¹⁶ Tyrer v. The United Kingdom, Application no. 5856/72, 25/04/1978, para. 31.

tanınmıştır¹⁷. AİHS'nin 8. maddesinin sadece meşru aile için değil, aynı zamanda gayri meşru birliktelikler için uygulanması, Sözleşme'nin günün koşullarına göre yorumlanmasının bir örneğidir¹⁸.

Özerk yorum, Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında AİHM tarafından başvuru bir diğer yorum yöntemidir. Bu çalışma kapsamında özerk yorumun tanımı, tarihsel geçmişi, kapsam ve sınırları Sözleşme'de ve Anayasa'da yer alan çeşitli haklar bağlamında ele alınacaktır. Bu çerçevede AİHM ve AYM'nin konuya ilişkin genel yaklaşımları ortaya konulacaktır.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ YARGILAMASINDA ÖZERK YORUM

A. GENEL OLARAK

Sözleşme'de düzenlenen hakların kapsamının belirlenebilmesi için ilgili normda yer verilen kavramların veya terimlerin anlamının bilinmesi gerekir. AİHS'de yer alan kavramların çoğuna ulusal hukuklarda da rastlanılmaktadır. Bununla birlikte Sözleşme'de yer alan kavramların ulusal hukuklardaki anlamı her durumda benzer nitelikte değildir. Avrupa Konseyi'ne üye olan devlet sayısının 46 olduğu düşünüldüğünde bir kavramın anlamı ve kapsamı ülkeden ülkeye değişebilir ve farklı hukuk sistemlerince değişik bir şekilde ele alınabilir. Bu durum, Sözleşme sisteminde insan haklarının korunması konusunda ortak bir uygulama oluşturulmasını zorlaştırmıştır. Bu nedenle Mahkeme, yeknesak bir uygulama sağlayabilmek için özerk yorum prensibini geliştirmiştir¹⁹. Öğretide isabetle belirtildiği gibi "*Sözleşmedeki kavramlar ulusal hukuktakilerle eşadlı olsalar bile eşanlamlı olmayabilir*"²⁰.

Özerk yorum, dinamik yorumun bir sonucu olup, bir kuralın iç hukuktaki anlamından bağımsız olarak yorumlanabilmesini ifade et-

¹⁷ Bayatyan v. Armenia, Application no. 23459/03, 07/07/2011, para. 111.

¹⁸ Marckx v. Belgium, Application no. 6833/74, 13/06/1979, para. 41

¹⁹ H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2009), 125.

²⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları, 142.

mektedir. Dinamik yorum, Sözleşme'nin kabulünden günümüze kadar bazı kavramların anlamının evrim geçirebileceği anlayışından hareketle özerk yorum yönteminin gelişimine katkı sağlamıştır²¹. Sözleşme'nin 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girdiği dikkate alındığında bazı hakların kapsamının günümüz şartları açısından özerk yorumlanması, hak ve özgürlüklerin gelişimi açısından önemlidir.

Bir kavramın veya terimin anlamının belirlenmesinde Mahkeme, Sözleşme'nin konu ve amacını göz önünde bulundurmaktadır. Mahkeme ayrıca sıklıkla ulusal hukuklara göndermede bulunur. Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerin korunmasında asli yükümlülük, taraf devletlere aittir²². Nitekim Sözleşme'ye Ek 15 No'lu Protokolle AİHS'nin önsözünün sonuna "*ikincillik ilkesi uyarınca, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanmış hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun öncelikli olarak Yüksek Sözleşmeciler tarafından ait olduğu*" ifadesi eklenmiştir. Sözleşme'nin çeşitli maddelerinde ulusal hukuka gönderme yapılmıştır. Örneğin AİHS'nin 2. maddesinde herkesin yaşam hakkının "yasayla" korunacağı belirtilmiştir. Sözleşme'nin 5. maddesinde "yasanın" öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı öngörülmüştür. İfade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddede de bu özgürlüğün sınırlanabilmesi için "yasayla öngörülme" şartına yer verilmiştir. Ulusal hukuka yapılan gönderme bir hareket noktası niteliğindedir. Buna göre ilgili kavramın ulusal hukuktaki tanımı kabul edilebileceği gibi Mahkeme tarafından farklı bir tanım da yapılabilir. Bu bağlamda AİHM uygulamasında özerk yorumun derecesinin belirsiz olduğu ifade edilmelidir. Mahkeme bazı kararlarında bir kavramın ulusal hukuktaki anlamının ancak hareket noktası olduğuna hükmederken; kimi kararlarında sadece ulusal hukuktaki durumu dikkate almaktadır²³. Örneğin bir kararında AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinde bahsi geçen "serseri" kavramının

²¹ Kristina Trykhlil ve Vasyl Lemak, "Autonomous Interpretation by the European Court of Human Rights and Margin of Appreciation", ICLR, 22/1 (2022):146.

²² Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, 07/12/1976, paras. 48-49.

²³ Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 126-130.

anlamının tespit edilmesinde Belçika iç hukukunda yapılan tanımı kabul etmiştir²⁴. Görüldüğü gibi bu konuda Mahkeme'nin yerleşik bir uygulaması mevcut değildir.

Mahkeme, Sözleşme'nin "yaşayan bir belge" olmasını dikkate alarak genel geçer bir tanım yapmaktan kaçınma eğilimindedir²⁵. "Yaşayan belge" prensibi gereğince Sözleşme'nin günümüz koşulları ışığında yorumlanması gerekir. Bu bağlamda Avrupa Konseyi'ne üye olan taraf devletlerdeki genel kabul gören standartlar da göz önünde bulundurulmaktadır²⁶. "Yaşayan belge" doktrini ile özerk yorum ilkesi yakından ilişkilidir. Mahkeme, özerk yoruma ilişkin davalarda²⁷, Sözleşme hükümlerinin teorik ve soyut olmadığını, pratik ve etkili şekilde uygulanmasının esas olduğunu ve devletlerin egemen iradelerine tabi olmaması gerektiğini belirtmektedir. Bahsi geçen bu hususlar dikkate alındığında "yaşayan belge" doktrininin, özerk yorum ilkesinden bağımsız olarak düşünülemeyeceğini belirtmek gerekir²⁸.

Sözleşme'de yer alan bazı terimler olağan anlamıyla kullanılmaktadır. Bu tür terimlerin yorumlanmasında bir zorluk yaşanmamaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesinde bahsi geçen "işkence ve insanlık dışı muamele" ve Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan "kişi özgürlüğü ve güvenliği" terimleri bunlardan bazılarıdır²⁹. Buna karşılık esas zorluk, hukuki veya sosyolojik kavramların yorumunda ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda "medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalar", "cezaî alanda yöneltilen suçlama", "kanun", "yargıç" ve "aile hayatı ve özel hayat" kavramları örnek verilebilir. Bu tür kavramlar yorumlanırken soyut bir değerlendirme yapılmamakta olup, karşılaştırmalı hukuktan, diğer uluslararası metinlerden de faydalanılmaktadır³⁰. Bu nokta-

²⁴ De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, Application nos. 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18/06/1971, para. 71.

²⁵ Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 126-127.

²⁶ Tyrer v. The United Kingdom, Application no. 5856/72, 25/04/1978, para. 31.

²⁷ Soering v. The United Kingdom, Application no. 14038/88, 07/07/1989, para. 87.

²⁸ George Letsas, "The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR", *European Journal of International Law*, 15/2 (2004): 302.

²⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları*, 143.

³⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları*, 143.

da Avrupa Konsensüsü³¹ ile özerk yorum arasındaki ilişkiye değinmek gerekir. AİHM'nin, çeşitli ülkelerin hukuk sistemlerini göz önünde bulundurduğu, insan haklarının etkin bir şekilde korunması için ortak bir Avrupa standardı yaratmaya çalıştığı düşünülecek olursa özerk yorumun Avrupa Konsensüsü'nden bağımsız olarak ele alınamayacağını belirtmek gerekir. Bir konsensüsün bulunmadığı hallerde taraf devlete geniş takdir yetkisi bırakılırken; konsensüsün mevcut olduğu durumda devletlerin takdir yetkisi daha dardır³².

Değnilmesi gereken bir diğer mesele özerk yorumun sınırına ilişkindir. Yargıç Matscher bir ayrı görüş yazısında bir kavramın gerçek anlamının ortaya çıkarılması için gerekli olsa bile Mahkeme'nin özerk yorum yetkisini kullanırken ileri gitmemesi gerektiğini belirtmiştir. Aksi takdirde Matscher'e göre felsefi olarak geçerli olan ancak hukukten hiçbir dayanağı olmayan soyut bir anlam ortaya çıkabilecektir³³. Öğretide bir başka görüşe göre ise temel amacı farklı hukuk sistemlerini koordine etmek olan uluslararası bir Mahkeme'nin ulusal tanımlardan sapması gerekebilir. Taraf devletler, Sözleşme'yi hazırlarken ilk başta bazı hukuki kavramlar konusunda uzlaşsalar da söz konusu kavramların Sözleşme'ye taraf olan her ülkede farklı bir şekilde anlamlandırılması mümkündür. Bu farklılık nedeniyle Mahkeme'nin belli ölçüde takdir yetkisine sahip olması gerekir³⁴. Gerçekten de söz konusu takdir yetkisi, Sözleşme sisteminde hak ve özgürlüklerin gerçek anlamıyla korunabilmesi için önem arz etmektedir.

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE YER ALAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLER ÇERÇEVESİNDE ÖZERK YORUM

³¹ Bir görüşe göre; Avrupa Konsensüsü, uluslararası ve ulusal hukuk uygulamalarının karşılaştırmalı araştırmasıyla belirlenen ilkeler bakımından Avrupa Konseyi'ne üye olan devletlerin çoğunluğu arasında genel bir mutabakat olarak tanımlanabilir. Kanstantsin Dzehtsiarou, "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", German Law Journal, 12/10 (2011):1733.

³² Trykhlid ve Lemak, "Autonomous Interpretation", 143.

³³ Dissenting Opinion of Judge Matscher, Öztürk v. Germany, Application no. 8544/79, 21/02/1984.

³⁴ Letsas, "The Truth in Autonomous Concepts", 286.

Özerk yorumun temel amacı, Sözleşme’de yer alan hakların üye devletler tarafından ihlâl edilmesinin önüne geçilmesidir³⁵. Özerk yorum konusunda AİHM’nin genel yaklaşımı Engel ve Diğerleri/Hollanda davasında ortaya konulmuştur. Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında “suç” olarak değerlendirilebilecek bir fiil, Sözleşmeci devletler tarafından disiplin hukuku çerçevesinde yorumlanabilir. Bununla birlikte taraf devletlerin bu konudaki takdir marjı AİHM’nin denetimine tabidir. Sözleşmeci devletlere mutlak bir marjı bırakılması durumunda, AİHS’nin 6. ve 7. maddelerinin temel hükümlerinin uygulanması, devletlerin egemen iradelerine bırakılmış olacaktır. Mahkeme’ye göre, taraf devletlere bu derece geniş bir serbestlik tanınması, AİHS’nin amacı ile bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle Mahkeme, bir meselenin taraf devletçe disiplin hukuku kapsamında ele alınmasının kendisi için bağlayıcı olmadığını belirtmiştir³⁶. AİHM tarafından uygulanan özerk yorum yöntemi ile taraf devletlerin takdir yetkileri önemli ölçüde sınırlanmaktadır³⁷.

Bazı kavramların yorumlanmasında Mahkeme özerk yorum yapmaksızın taraf devletlerin takdir yetkilerine işaret edebilmektedir. Örneğin, yaşam hakkıyla ilgili Vo/Fransa davasında AİHM, yaşamın başlangıcına ilişkin hukuki ve bilimsel bir mutabakatın bulunmadığını belirtmiştir. Bu nedenle yaşam hakkının ne zaman başladığına konusunda taraf devletlerin takdir yetkisi olduğuna hükmetmiştir³⁸.

Sözleşme’de yer alan birçok hak ve özgürlük kapsamında özerk yorum ilkesine başvurulmuştur. Örneğin, AİHS’nin 5. maddesi çerçevesinde “özgürlükten yoksun bırakma”, Mahkeme tarafından özerk olarak değerlendirilmektedir. Buna göre Mahkeme, özgürlükten yok-

³⁵ Marochini, “The Interpretation of the European Convention on Human Rights”, 75; Trykhliv ve Lemak, “Autonomous Interpretation”, 145.

³⁶ Engel and Others v. The Netherlands, Application nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08/06/1976, para. 80-81.

³⁷ Steven Greer, The Margin of Appreciation Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000), 18-19; Mustafa Çağatay, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 12/1 (2022): 99.

³⁸ Vo v. France, Application no. 53924/00, 08/07/2004, para. 82.

sun bırakma durumunun gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda ulusal makamlar tarafından yapılan nitelendirme ile bağlı değildir³⁹. 5. madde kapsamında küçük⁴⁰, serseri⁴¹ ve akıl hastalığı⁴² terimleri de otonom olarak yorumlanmaktadır.

AİHS'nin 6. maddesi bağlamında medeni hak ve yükümlülükler⁴³, tanık⁴⁴ ve suç isnadı terimleri özerk olarak yorumlanmaktadır. Sözleşme'nin 6. maddesinin kapsamı; "medeni hak ve yükümlülüklerle" ilgili uyumsuzluklar ile bir "suç isnadını" ilgilendiren davalarla sınırlıdır. "Suç isnadı" kavramı ile ilgili bir davada Mahkeme, kural olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin disiplin soruşturmalarına uygulanamayacağına hükmetmiştir. Bununla birlikte "suç isnadı" kavramının özerkliği göz önünde bulundurulduğunda disiplin soruşturmasının "suç" alanında kalması söz konusu olabilir⁴⁵. Diğer bir deyişle iç hukukta disiplin hukuku çerçevesinde görülen bir kavram, AİHM yargılamasında "medeni hak ve yükümlülük" veya "suç ithamı" kapsamında ele alınabilir. Bir başka kararında Mahkeme, başvuran hakkında yürütülen disiplin soruşturmasının "suç ithamı" kapsamında olmadığını belirtmiş, ancak ulusal yargılama aşamasında başvuranın ziyaretçileriyle görüşme hakkının kısıtlanması nedeniyle bu durumun "medeni hak ve yükümlülükler" çerçevesinde olduğunu belirtmiştir⁴⁶.

³⁹ Creangă v. Romania, Application no. 29226/03, 23/02/2012, para. 92.

⁴⁰ X. v. Switzerland, Application no. 8500/79, 14/12/1979.

⁴¹ De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, Application nos. 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18/06/1971, para. 68.

⁴² Petschulies v. Germany, Application no. 6281/13, 02/06/2016, para. 74.

⁴³ Georgiadis v. Greece, Application no. 21522/93, 29/05/1997, para. 34.

⁴⁴ Kostovski v. The Netherlands, Application no. 11454/85, 20/11/1989, para. 40. AİHM uygulamasında sadece dava sırasında ifade veren kişiler tanık olarak kabul edilmemektedir. Savcılık veya savunma tarafından çağrılan bilirkişiler ya da davada yargılanan bir sanık, Sözleşme sisteminde tanık olarak dinlenebilmektedir. Harris, O'boyle ve Warbrick, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 454.

⁴⁵ Štitić v. Croatia, Application no. 29660/03, 08/11/2007, para. 51. Bir "suç isnadı"nın varlığından bahsedebilmek için üç şart aranmaktadır. Bunlar; suçun ulusal hukukta nasıl sınıflandırıldığı, suçun niteliği ve cezanın ağırlık derecesidir. Öztürk v. Germany, Application no. 8544/79, 21/02/1984, para. 50.

⁴⁶ Gülmez v. Turkey, Application no. 16330/02, 20/05/2008, paras. 26, 30.

Özerk yorum çerçevesinde, Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan "mahkeme" kavramı geniş yorumlanmaktadır. Taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde mahkeme olarak adlandırılmayan bazı disiplin kurumları veya idari kurumlar, AİHM uygulamasında "mahkeme" kapsamında değerlendirilebilir⁴⁷. Buna karşılık iç hukukta mahkeme olarak kabul edilen bazı karar organları AİHM tarafından "mahkeme" kapsamında kabul edilmeyebilir⁴⁸. Özerk olarak ele alınan bir diğer kavram "yargıç" kavramıdır. Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesinde "yargıç" kavramı, sadece profesyonel yargıçlarla sınırlı şekilde yorumlanmamaktadır. Ulusal hukukta bazı idari kurullarda hukuk eğitimi almamış kişilerin bulunması, tek başına Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmez. Mahkeme; bu kişilerin yargı işlevini yerine getirirken kamu gücünden talimat alıp almadıklarını, davanın taraflarından birinin astı olup olmadıklarını ve yargı yerinin bağımsız olup olmadığını değerlendirmektedir⁴⁹.

Sözleşme'nin "kanunsuz ceza olmaz" başlığını taşıyan 7. maddesine göre; *"Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunmaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez"*. Bu hükümde yer alan "ceza" kavramı AİHM tarafından otonom bir şekilde yorumlanmaktadır⁵⁰. Böylece taraf devletlerin, Sözleşme'de yer alan güvenceleri ortadan kaldırmaları veya daraltmaları engellenmektedir⁵¹.

Benzer şekilde Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan aile hayatı, özel hayat ve konut terimleri de Mahkeme tarafından özerk olarak ele

⁴⁷ Richert v. Poland, Application no. 54809/07, 25/10/2011, para. 43.

⁴⁸ Sibel İnceoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı" içinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, (İstanbul: Beta Yayınları, 2013), 225.

⁴⁹ Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, (Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018), 80.

⁵⁰ Kafkaris v. Cyprus, Application no. 21906/04, 12/02/2008, para. 142.

⁵¹ Çağatay, "Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi", 99; Eirik Bjorge, "Autonomous Concepts", Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees, (Oxford: Oxford University Press, 2015), 201.

alınmaktadır⁵². Örneğin, 8. madde bağlamında bir yerin konut olarak kabul edilebilmesi için sürekli ve devam eden bağların mevcudiyeti aranmaktadır⁵³. Bu kapsamda sürekli ve devam eden bağların bulunması şartıyla bir kulübe, karavan veya bir şirket ofisi konut kapsamında kabul edilebilmektedir.

Özerk yorum çerçevesinde değinilmesi gereken bir diğer kavram 11. maddede geçen “örgüt” kavramıdır. Bir örgütlenme şekli, iç hukukta 11. madde kapsamında ele alınmasa bile AİHM söz konusu örgütlenmeyi bu madde kapsamında değerlendirebilir⁵⁴. AİHM şimdye kadar dernek, sendika, vakıf ve siyasi parti gibi çok sayıda farklı örgütlenme biçimini örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde ele almıştır.

Sözleşme’ye ek protokollerde düzenlenen çeşitli haklar bakımından da özerk kavramlar doktrinine başvurulmuştur. Bu kapsamda ilk olarak 1 No’lu Ek Protokol’ün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkına değinmek gerekir. Mahkeme, “mülkiyet” kavramını özerk olarak yorumlamaktadır. Bu bağlamda mülkiyet sadece fiziksel eşyalarla sınırlı olmayıp, belli bazı hak ve menfaatler de mülkiyet hakkı kapsamındadır⁵⁵. Ayrıca mülkiyet, sadece mevcut malvarlığıyla sınırlı olarak ele alınmamaktadır. Mahkeme bireyin, üzerinde mülkiyet hakkını fiilen kullanmasına yönelik “haklı beklentiye” sahip olduğunu ileri sürebileceği ekonomik değerlerin de Sözleşme’nin güvencesi kapsamında olduğunu belirtmektedir⁵⁶. Görüldüğü gibi AİHM özerk yorum

⁵² Sözleşme’nin 8. maddesinde bahsi geçen terimlerden sadece “haberleşme” ulusal hukuktaki anlamı ile ele alınmaktadır. Gülay Arslan Öncü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2011), 39-40.

⁵³ Winterstein and Others v. France, Application no. 27013/07, 17/10/2013, para. 141.

⁵⁴ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt 2, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013), 437.

⁵⁵ Depalle v. France, Application no. 34044/02, 29/03/2010, para. 62.

⁵⁶ Öneriyıldız v. Turkey, Application no. 48939/99, 30/11/2004, para. 124. Bir beklentinin “haklı” olabilmesi için salt bir umuttan ziyade somut nitelikte olması ve bir yasa hükmü veya mahkeme kararı gibi hukuki bir işleme dayanması gerekir. Béláné Nagy v. Hungary, Application no. 53080/13, 13/12/2016, para. 75.

yoluyla mülkiyet hakkının kapsam ve sınırlarını oldukça geniş bir şekilde ele almaktadır.

AİHM, özerk yorum prensibini esasa ilişkin hakların yanı sıra usule ilişkin çeşitli haklar bağlamında da uygulamaktadır. Bu bağlamda verilebilecek bir örnek Sözleşme'nin 34. maddesinde geçen "mağdur" kavramıdır. Mahkeme mağdur kavramını, iç hukuktaki dava açma konusundaki menfaate ilişkin kurallardan bağımsız olarak ele almaktadır⁵⁷. Bu bağlamda doğrudan mağdurların yanı sıra dolaylı ve potansiyel mağdurların da bireysel başvuruda bulunabilmesi, Sözleşme'nin özerk yorumlanmasının bir sonucudur. İç hukukta "mağdur" statüsünün kabul edilmesi, AİHM için bağlayıcı değildir. Mahkeme, ulusal hukukta mağdur olarak kabul edilen bir başvuranın Sözleşme sisteminde mağdur olmadığına hükmedebilir⁵⁸. AYM'nin de benzer bir yaklaşıma sahip olduğu söylenebilir. AYM yargılamasında "mağdur" kavramı, ulusal hukuktaki davada menfaat veya dava ehliyeti gibi kurallardan bağımsız bir şekilde ele alınmaktadır⁵⁹.

Sözleşme sisteminde özerk olarak yorumlanan usule ilişkin bir diğer konu, dört aylık süre kuralıdır. Bireysel başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için söz konusu süre, her davanın kendine özgü koşullarına göre uygulanmaktadır. Mahkeme, dört aylık sürenin başlangıcı konusunda iç hukuktaki uygulamayı göz önünde bulundurduğunu, ancak bunun belirleyici olmadığını belirtmektedir⁶⁰.

⁵⁷ Gorraiz Lizarraga and Others v. Spain, Application no. 62543/00, 27/04/2004, para. 35.

⁵⁸ Kalfagiannis and Pospert v. Greece (Inadmissible), Application no. 74435/14, 09/06/2020, para. 47.

⁵⁹ AYM, Arman Mazman, Başvuru No. 2013/1752, 26/6/2014, para. 40. AYM benzer yönde bir başka kararında şu hususları belirtmiştir: "*Başvurucu Mahmut Tanal'ın itirazının mercii tarafından taraf ehliyeti konusu tartışılmaksızın esastan incelenmiş olması da bu başvurucunun bireysel başvuru sürecinde mağdur sıfatını kazandığının kabulü şeklinde yorumlanamaz. Mahkememiz önceki tarihli kararlarında, derece mahkemeleri önündeki taraf ehliyeti ile bireysel başvuru açısından kişi yönünden yetkinin aynı şey olmadığını, kişi bakımından yetki konusunun Mahkememizin takdir değerlendirmesine tâbi olduğunu ifade etmiştir*". AYM, Mahmut Tanal, Başvuru No. 2014/18803, 10/12/2014, para. 33.

⁶⁰ Sabri Güneş v. Turkey, Application no. Application no. 27396/06, 29/06/2012, para. 52.

Worm/Avusturya davası, iç hukuk yollarının tüketilmesi bağlamında nihai yerel kararın başvuru tebliğinin tespit edilmesine ilişkindir. Davalı Hükümet, söz konusu sürenin, temyiz mahkemesinin nihai kararının okunduğu tarihten itibaren başlaması gerektiğini iddia etmiştir. Bununla birlikte Avusturya kanunlarında nihai kararın, başvurana ya da temsilcisine yazılı olarak tebliğ edilmesi gerektiği öngörülmüştür. AİHM, Avusturya hukukundaki bu düzenlemeyi dikkate alarak başvuru süresinin yazılı olarak tebliğ tarihinden itibaren başlaması gerektiğine hükmetmiştir⁶¹. Görüldüğü gibi bu davada Mahkeme, iç hukuktaki uygulamayı göz önünde bulundurmamıştır. Bazı hallerde ise Mahkeme süre konusunu yerel düzenlemelerden bağımsız olarak yorumlamaktadır. Örneğin, Avrupa Konseyi'ne taraf olan ülkelerde resmi tatiller farklılık arz edebilmektedir. Mahkeme'ye göre; sürelerin bitiminde iç hukuk uygulamalarının dikkate alınması zorunlu olsaydı Sözleşme'ye taraf olan tüm devletlerde uygulanan resmi tatillerin programını çıkarmak gerekirdi. Bu nedenle dört aylık sürenin bitimi hesaplanırken AİHM, iç hukuktan bağımsız olarak hareket edebilmektedir⁶².

İç hukuk yollarının tüketilmesi bağlamında süre konusuna ilişkin özerk olarak yorumlanan bir diğer durum, devam eden bir ihlâl in varlığıdır. Devam eden bir ihlal söz konusu ise Mahkeme başvuru süresinin her gün yeniden işlemeye başlayacağını belirtmektedir. Bu doğrultuda gerçek anlamda söz konusu süre, ihlâl in sona erdiği tarihten başlamaktadır⁶³. Başvuru süresine ilişkin değinilmesi gereken bir diğer husus, etkili bir iç hukuk yolunun bulunmamasıdır. Etkili bir iç hukuk yolunun bulunmadığı durumlarda dört aylık başvuru süresi, şikâyet konusu eylemin veya tedbirin meydana geldiği tarihte ya da başvuranın bu tür bir eylemden veya tedbirden veya bunların olum-

⁶¹ Worm v. Austira, Application no. 22714/93, 29/08/1997, para. 33.

⁶² Sabri Güneş v. Turkey, Application no. 27396/06, 29/06/2012, para. 56.

⁶³ Varnava and Others v. Turkey, Başvuru Nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90, 18/09/2009, para. 159.

suz sonuçlarından ya da bundan kaynaklanan zarardan haberdar olduğu tarihte işlemeye başlamaktadır⁶⁴.

III. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ YARGILAMASINDA ÖZERK YORUM

Anayasa'nın yorumunda geleneksel yorum ilkelerinin yanı sıra anayasaya özgü çeşitli yorum yöntemleri kullanılmaktadır. Bireysel başvuruya özgü yorum yöntemleri arasında; anayasaya uygun yorum, dinamik yorum, anayasanın bütünlüğü, özgürlük lehine yorum, uluslararası hukuka uygun yorum ve özerk yorum ilkesinden bahsedilebilir⁶⁵.

Bilindiği gibi bir temel hak ve özgürlüğün ihlâli iddiasıyla AYM'ye bireysel başvuru yapılabilmesi için ilgili hakkın AİHS ve Anayasa'nın ortak koruma alanında olması gerekir. Sözleşme'de düzenlenen bazı hakların, Anayasa ile öngörülen ortak koruma alanına dahil edilebilmesi için ilgili kavramlar özerk olarak yorumlanmaktadır⁶⁶.

AİHM tarafından başvuru alan özerk yorum ilkesi, AYM tarafından da kullanılan bir ilkedir. Benzer şekilde Avrupa Konseyi'ne üye olan çeşitli devletlerin Anayasa Mahkemeleri tarafından da başvuru alan bir ilkedir. Örneğin, Alman Anayasa Mahkemesi anayasa yargısındaki kavramları otonom olarak ele almaktadır⁶⁷. Benzer şekilde, Ukrayna Anayasa Mahkemesi de ulusal hukuk sisteminde bazı kavramları özerk olarak yorumlamaktadır⁶⁸.

Özerk yorumla AYM, Anayasa'da yer alan ve açık olarak tanımlanmamış kavramların anlamını serbestçe belirleyebilmektedir.

⁶⁴ Varnava and Others v. Turkey, Başvuru Nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90, 18/09/2009, para. 157.

⁶⁵ Eren, "Hukuki Yorum Yöntemleri", 257.

⁶⁶ Eren, "Hukuki Yorum Yöntemleri", 263.

⁶⁷ Tolga Şirin, "Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün Ve Kararlarının Değerlendirilmesi", Kamu Hukukçuları Platformu, <https://www.kamuhukukculari.org/>, (erişim tarihi: 21/11/2022).

⁶⁸ Trykhlid ve Lemak, "Autonomous Interpretation", 146.

Örneğin, Sözleşme sisteminde özerk olarak ele alınan kavramlardan biri olan “aile”, AYM tarafından da özerk bir şekilde yorumlanmaktadır. AYM’ye göre; *“Anayasa’daki aile kavramının, 4721 sayılı Kanun’daki karşılığı ile sınırlı olmayacak şekilde özerk yorumlanması gerekir. Aile hayatına saygı hakkının söz konusu olabilmesi için öncelikle aile kavramı kapsamında değerlendirilebilecek kişisel ve yakın bağların varlığı gereklidir”*⁶⁹. Bu karardan da anlaşılacağı gibi AYM, iç hukukta yer alan düzenlemelerle kendini bağlı görmeyerek “aile” kavramının anlamını kendisi belirlemektedir. Kişisel verilere ilişkin bir diğer davada AYM, bir kişisel verinin tespitinde uluslararası belgelerin ve karşılaştırmalı hukukun dikkate alınacağını ifade etmekle beraber Anayasa’nın 20. maddesi⁷⁰ çerçevesinde her davanın koşulları ışığında kişisel verinin bulunup bulunmadığının otonom olarak tespit edileceğini belirtmiştir⁷¹.

Anayasa’da yer alan kavramlar özerk olarak yorumlanırken AİHM içtihatları göz önünde bulundurulmaktadır. Örneğin “örgüt” kavramını yorumlarken AYM, AİHM içtihatlarıyla aynı doğrultuda hareket etme eğilimindedir. Bir kararında AYM, örgüt kavramının özerkliğine dikkat çekmiştir: *“örgütlenme kavramının Anayasa çerçevesinde özerk bir anlamı vardır ve bireylerin devamlı olarak ve eşgüdüm içerisinde yürüttükleri faaliyetlerin hukukumuzda örgütlenme olarak tanınmaması Anayasa hükümleri kapsamında örgütlenme özgürlüğünün zorunlu olarak gündeme gelmeyeceği anlamına gelmez”*⁷². Benzer şekilde “mülk” kavramı da AİHM içtihatları referans alınarak açıklanmaktadır. AYM’ye göre; “mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kap-

⁶⁹ AYM, Murat Demir, Başvuru No. 2015/7216, 27/3/2019, para. 72.

⁷⁰ Anayasa’nın özel hayatın gizliliği başlığını taşıyan 20/3 hükmüne göre; *“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”*

⁷¹ AYM, E. Ü., Başvuru No. 2016/13010, 17/9/2020, para. 59.

⁷² AYM, Tayfun Cengiz, Başvuru No. 2013/8463, 18/9/2014, para. 30.

samaktadır”⁷³. Bu kapsamda mal varlığını oluşturan her türlü hak ve menfaat, mülkiyet hakkı kapsamındadır. “Cezai alan” kavramı da AİHM içtihatları doğrultusunda özerk olarak yorumlanmaktadır. Bu bağlamda disiplin cezaları tıpkı AİHM yargılamasında olduğu gibi cezai alanda değerlendirilmemektedir⁷⁴.

AYM, Anayasa’da yer alan kavramları AİHS ile uyumlu bir şekilde yorumlamaya çalışmaktadır. Bir kavramın yorumunda AİHM ile bir uyum farklılığının ortaya çıkması halinde AYM, içtihadını değiştirme yoluna gidebilmektedir. Bireysel başvuruya ilişkin ilk kararlarında AYM, iç hukuk yollarını tüketme kuralını, başvurunun yapıldığı anda aramaktayken sonraki tarihli kararlarında bu yaklaşımını AİHM içtihatları doğrultusunda değiştirmiştir⁷⁵. AYM bir kararında AİHM’nin kararlarına atıfla AİHM’nin yaklaşımını şu şekilde özetlemiştir: *“AİHM, benzer durumlara ilişkin kararlarında, iç hukuktaki başvuru yolları tüketilmeksizin başvuru yapılması hâlinde kabul edilebilirliğe ilişkin incelemesini yaptığı tarih itibarıyla bu yolların tüketilip tüketilmediğine bakmaktadır. İç hukuktaki süreçlerin tamamlanması durumunda başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulmamakta ve diğer kabul edilebilirlik şartlarını da karşılayan başvuruları esastan incelemektedir”*⁷⁶. AİHM’nin bu yöndeki yaklaşımını dikkate alan AYM, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını, kabul edilebilirlik incelemesinin yapıldığı zamanda ele almaktadır⁷⁷.

İç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda AYM tıpkı AİHM gibi esnek bir yaklaşım içerisindedir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45/2 hükmüne göre; kural olarak, ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmâl için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir. Bununla birlikte AYM iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını aşırı

⁷³ AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, para. 20.

⁷⁴ AYM, Adnan Şen, Başvuru No. 2018/8903, 15/4/2021, para. 178.

⁷⁵ Eren, “Hukuki Yorum Yöntemleri”, 268.

⁷⁶ AYM, Selçuk Tuncel, Başvuru No. 2013/4065, 9/9/2015, para. 24.

⁷⁷ AYM, Murat Azparlak, Başvuru No. 2014/1432, 7/7/2015, paras. 23-24.

şekilcilikten uzak bir biçimde yorumlamakta ve somut olayın koşullarına göre bazı istisnalar bulunabileceğini belirtmektedir⁷⁸. Bu çerçevede AYM, başvuranın, ulusal içtihadı göre yapacağı bir temyiz başvurusunun başarısız olacağını ispat etmesi halinde iç hukuk yollarının tüketildiğini kabul etmektedir. Benzer şekilde “*temyiz mahkemesinin yakın zamanda vermiş olduğu ve başvurucunun davasına da uygulanacak nitelikteki bir karar varsa ve temyiz mahkemesinin bu kararını değiştirmesi ihtimal dâhilinde görünmüyorsa başvuru, iç hukuk yollarını tüketmiş*” sayılmaktadır⁷⁹.

AYM genel olarak AİHM içtihatlarını göz önünde bulundurmakla birlikte ulusal hukuktaki farklılıklar nedeniyle bazı kavramları yeniden yorumlayabilmektedir. Bu doğrultuda verilebilecek bir örnek, “kanun” kavramıdır⁸⁰. AİHS’nin 8-11. maddeleri bağlamında bir hakka yönelik müdahalenin Sözleşme’ye aykırı olup olmadığının tespitinde üç aşamalı test prosedürü uygulanmaktadır. Bu doğrultuda esas alınan ölçütler; kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gerekliliktir. Söz konusu ölçütlerden “kanunilik” ilkesi, AİHM ve AYM tarafından farklı bir şekilde değerlendirilmektedir. AİHM uygulamasında “kanun”, maddi anlamda ele alınmaktadır. Buna göre; hem yazılı hukuk hem de yazılı olmayan hukuk “kanun” kapsamındadır⁸¹. AİHM, sınırlamayı yapan hukuki düzenlemenin kaynağından ziyade söz konusu düzenlemenin erişilebilir, öngörülebilir ve kesin olma niteliğine bakmaktadır⁸².

⁷⁸ AYM, Sema Öktem, Başvuru No. 2013/852, 6/3/2014, para. 21.

⁷⁹ AYM, Orhan Ersoy (3), Başvuru No. 2013/7322, 20/3/2014, paras. 42-43.

⁸⁰ Eren, “Hukuki Yorum Yöntemleri”, 265.

⁸¹ Leyla Şahin v. Turkey, Application no. 44774/98, 10/11/2005, para. 88. Mahkeme bir kararında yazılı olmayan hukuk tarafından öngörülen bir yasağın, mevzuat şeklinde düzenlenmediği gerekçesiyle “kanunilik” kapsamında ele alınmaması halinde bu durumun, Sözleşme’yi hazırlayanların niyetlerine aykırı olacağını belirtmiştir. AİHM, böyle bir durumda “common law” hukuk sistemi geçerli olan bir ülkenin Sözleşme’nin güvencesinden mahrum kalacağını ve devletin hukuk sisteminin temelinden sarsılacağını belirtmiştir. The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1), Application no. 6538/74, 26/04/1979, para. 47.

⁸² Hasan and Chaush v. Bulgaria, Application no. 30985/96, 26/10/2000, para. 84.

AYM, AİHS'nin 9. maddesinde yer alan “*prescribed by law/prêvue par la loi*” kavramı ile Anayasa’da yer alan “kanunilik” kavramının tam anlamıyla örtüşmediğini belirtmektedir. AYM’ye göre; “*Türk hukukunun bazı alanlarında, hâkimin yarattığı hukuk, hukukun bir kaynağı olarak kabul edilmekle birlikte insan hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması gibi tamamen biçimsel kanunilik ilkesi temelinde örgütlenen bir alanda hiçbir zaman “kanun” niteliğinde kural özelliği kazanamaz*”⁸³. Anayasa’nın 17. maddesiyle ilgili bir davada AYM, bir müdahalenin kanunilik şartını taşıdığı kabul edilebilmesi için söz konusu müdahalenin yasal bir dayanağı olması gerektiğini belirtmiştir⁸⁴. Görüldüğü gibi AYM, AİHM’nin aksine “kanunilik” ilkesini şekli anlamda ele almaktadır⁸⁵.

AİHM’nin uzun yıllardır bireysel başvuruları karara bağladığı düşünüldüğünde Sözleşme’de yer alan birçok kavrama ilişkin yerleşik bir uygulamasının olduğu söylenebilir. Örneğin, AİHM uygulamasında küçüklerin de bireysel başvuru ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁶. AYM’ye bireysel başvuru yolu ise 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bireysel başvuru yolunun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar AYM’ye küçükler tarafından yapılmış bir başvuru yoktur. Bununla birlikte küçükler tarafından bir başvuru yapılması halinde özerk yorum ilkesi gereğince AYM’nin bu tür başvuruları kabul edeceği öngörülebilmektedir⁸⁷.

SONUÇ

Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunabilmesi için çeşitli yorum ilkeleri kullanılmaktadır. Mahkeme, çeşitli kararlarında Viyana Sözleşmesi’ne atıfla uluslararası bir sözleşme

⁸³ AYM, Tuğba Arslan, Başvuru No. 2014/256, 25/6/2014, para. 96.

⁸⁴ AYM, Sevim Akat Ekşi, Başvuru No. 2013/2187, 19/12/2013, para. 38.

⁸⁵ Ulaş Karan, İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, (Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018), 122.

⁸⁶ A v. The United Kingdom, Application no. 25599/94, para. 7.

⁸⁷ Tolga Şirin, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, (Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2019), 20.

olan AİHS'nin iyi niyetli yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte sadece iyi niyetli yorumla AİHS'de yer alan hükümlerin somutlaştırılması mümkün olmadığından ikincilik ilkesi, takdir marjı prensibi, ölçülülük ilkesi, dördüncü derece yargı doktrini ve dinamik yorum gibi çeşitli araçlara başvurulmaktadır. AİHM'nin başvurduğu temel yorum ilkelerinden biri, özerk yorumdur. Bu yorum yöntemiyle bir kavram iç hukuktaki anlamından bağımsız olarak ele alınabilmektedir.

Dördüncü derece yargı doktrini gereğince AİHM, ulusal mahkemelerin kanunları nasıl yorumladığını denetleme yetkisine sahip değildir. Diğer bir deyişle Mahkeme özerk yorum yoluyla yerel mahkemelerin maddi ve hukuki hatalarını inceleyemez. Mahkeme'nin görevi, taraf devletlerce üstlenilen yükümlülükler uyulup uyulmadığını denetlemektir. Benzer şekilde AYM de bir süper temyiz mahkemesi değildir. Anayasa'nın 148/4 hükmünde "*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*" hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle bir anayasal hakkın ihlali iddiasını içermeyen ve salt derece mahkemelerinin kararlarının yeniden incelenmesi talebi ile yapılan başvurular kabul edilemez bulunmaktadır.

Sözleşme çerçevesinde oluşturulan güvence mekanizması, ulusal sistemlere nazaran ikincil niteliktedir. İkincilik ilkesi gereğince Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında asli sorumlu taraf devletlerdir. Bu çerçevede taraf devletlere belli ölçüde takdir marjı tanınmıştır. Söz konusu marj sınırsız olmayıp, AİHM'nin denetimine tabidir. Bir kavramın yorumlanması konusunda taraf devletlere mutlak bir takdir marjı tanınması halinde bu durum, AİHS'de yer alan güvenceleri etkisiz hale getirebilir. Bu nedenle ulusal hukukta yer alan bir kavramın ne anlama geldiği konusunda Mahkeme iç hukuktaki nitelendirmeyle bağlı olmayıp, kendi değerlendirmesini yapmaktadır. AİHM yargılamasında Avrupa Konsensüsünün olmadığı durumlarda taraf devletlere daha geniş bir takdir marjı tanınır. Bir kavrama ilişkin Avrupa Konsensüsünün bulunması halinde ise ulusal makamların takdir marjı önemli ölçüde daraltılarak özerk yorum ilkesi uygulanmaktadır.

Özerk yorum, esasa ilişkin hakların yanı sıra usule ilişkin konularda da kullanılmaktadır. AİHM, şimdiye kadar Sözleşme’de yer alan birçok hüküm kapsamında özerk yoruma başvurmuştur. Sözleşme sisteminde “medeni hak ve yükümlülükler”, “mülkiyet”, “kanun”, “özel hayat”, “örgüt”, “suç ithamı”, “ceza”, “tanık”, “mağdur”, “mahkeme” vb. birçok kavram özerk olarak ele alınmıştır. Bahsi geçen kavramlar sınırlı sayıda değildir. Diğer bir deyişle günün koşulları çerçevesinde başka kavramlar da özerk olarak yorumlanabilir. Özerk yorum, Mahkeme tarafından başvuru olan bir diğer yorum yöntemi olan “dinamik yorum”un bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Sözleşme’nin “yaşayan bir belge” olduğu göz önünde bulundurulduğunda zamanın ihtiyaçları dikkate alınarak yorumlanması dinamik yorumun da bir gereğidir.

AİHM tarafından geliştirilen ve uzun yıllardır uygulanmakta olan özerk yorum ilkesi, Sözleşme’ye taraf olan ülkelerin Anayasa Mahkemeleri tarafından da kullanılmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi, ulusal hukukta yer alan bazı kavramları zaman zaman AİHM’den farklı bir şekilde yorumlamaktadır. Avrupa Konseyi’ne üye ülkelerde farklı hukuk sistemlerinin geçerli olduğu düşünüldüğünde Sözleşme’de yer alan bir kavramın yorumu ülkeden ülkeye değişkenlik gösterebilir. “Common law” sisteminin geçerli olduğu ülkelerdeki “kanun” anlayışı ile Kıta Avrupası hukuk sistemindeki “kanun” anlayışı birbirinden farklı olabilmektedir. Bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesi şekli anlamda kanun ilkesini benimserken; teamül hukukunu kapsam dışında bırakmak istemeyen ve ortak bir Avrupa standardı oluşturmaya çalışan AİHM yazılı olmayan kuralları da kanun kapsamında kabul etmektedir. Bununla birlikte istisnai haller dışında AYM, bir kavramı yorumlarken çoğunlukla AİHM’nin yaklaşımını benimsemektedir.

| YAZAR BEYANI | |
|---|--|
| Mali Destek/Teşekkür Beyanı: | Bulunmamaktadır. |
| Yazarların Katkıları | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır. |
| Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| Etik Kurul Onayı: | Gerekmemektedir. |

KAYNAKÇA

- Arai-Takahashi, Yutaka. The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR. Antwerp/Oxford/New York: Intersentia, 2001.
- Arslan Öncü, Gülay. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2011.
- Bayraktar, Tuğba. "İnsan Haklarının Uluslararası Hukuk Düzeninde Korunması". içinde İnsan Hakları Hukuku, ed. Tuğba Bayraktar ve Ufuk Ramazan Çakmak, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Bjorge, Eirik. "Autonomous Concepts", Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Ceylan, Ali. "Teori ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Çağatay, Mustafa. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi". Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. 12/1 (2022): 77-103.

- Doğru, Osman ve Nalbant, Atilla. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt 2, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.
- Dzehtsiarou, Kanstantsin. "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights". German Law Journal. 12/10 (2011): 1730-1745.
- Eren, Abdurrahman. "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri". Anayasa Yargısı Dergisi. 32/1 (2016): 231-301.
- Gemalmaz, H. Burak. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.
- Gözübüyük, Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Greer, Steven. The Margin of Appreciation Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000.
- Harris, David, O'boyle, Michael ve Warbrick Colin. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku. Çev. Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü Kılıcı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- İnceoğlu, Sibel. "Adil Yargılanma Hakkı" içinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul: Beta Yayınları, 2013.
- İnceoğlu, Sibel. Adil Yargılanma Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.
- Karan, Ulaş. İfade Özgürlüğü: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2. Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.
- Letsas, George. "The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR". European Journal of International Law. 15/2 (2004): 279-305.

- Marochini, Maša. “The Interpretation of the European Convention on Human Rights”. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu. 53/1 (2014): 63-84.
- Şirin, Tolga. “Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün Ve Kararlarının Değerlendirilmesi”. Kamu Hukukçuları Platformu, <https://www.kamuhukukculari.org/>, (erişim tarihi: 21/11/2022).
- Şirin, Tolga. Bireysel Başvuru Usul Hukuku. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2019.
- Trykhlil, Kristina ve Lemak, Vasyl. “Autonomous Interpretation by the European Court of Human Rights and Margin of Appreciation”. ICLR. 22/1 (2022): 135-148.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- A v. The United Kingdom, Application no. 25599/94.
- Bayatyan v. Armenia, Application no. 23459/03, 07/07/2011.
- Béláné Nagy v. Hungary, Application no. 53080/13, 13/12/2016.
- Creangă v. Romania, Application no. 29226/03, 23/02/2012.
- De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium, Application nos. 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18/06/1971.
- Depalle v. France, Application no. 34044/02, 29/03/2010.
- Engel and Others v. The Netherlands, Application nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08/06/1976.
- Georgiadis v. Greece, Application no. 21522/93, 29/05/1997.
- Gorraiz Lizarraga and Others v. Spain, Application no. 62543/00, 27/04/2004.
- Gülmez v. Turkey, Application no. 16330/02, 20/05/2008.
- Handyside v. The United Kingdom, Application no. 5493/72, 07/12/1976.

- Hasan and Chaush v. Bulgaria, Application no. 30985/96,
26/10/2000.
- Ireland v. The United Kingdom, Application no. 5310/71,
18/01/1978.
- Kafkaris v. Cyprus, Application no. 21906/04, 12/02/2008.
- Kalfagiannis and Pospert v. Greece (Inadmissible), Application no.
74435/14, 09/06/2020.
- Kostovski v. The Netherlands, Application no. 11454/85,
20/11/1989.
- Leyla Şahin v. Turkey, Application no. 44774/98, 10/11/2005.
- Marckx v. Belgium, Application no. 6833/74, 13/06/1979.
- Öneryıldız v. Turkey, Application no. 48939/99, 30/11/2004.
- Öztürk v. Germany, Application no. 8544/79, 21/02/1984.
- Petschulies v. Germany, Application no. 6281/13, 02/06/2016.
- Sabri Güneş v. Turkey, Application no. Application no. 27396/06,
29/06/2012.
- Soering v. The United Kingdom, Application no. 14038/88,
07/07/1989.
- Sporrong and Lönnroth v. Sweden, Application nos. 7151/75,
7152/75, 23/09/1982.
- Štitić v. Croatia, Application no. 29660/03, 08/11/2007.
- The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1), Application no.
6538/74, 26/04/1979.
- Tyrer v. The United Kingdom, Application no. 5856/72, 25/04/1978.
- Varnava and Others v. Turkey, Başvuru Nos. 16064/90, 16065/90,
16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90,
16072/90, 16073/90, 18/09/2009.
- Vo v. France, Application no. 53924/00, 08/07/2004.
- Wemhoff v. Germany, Application no. 2122/64, 27/06/1968, A 7.
- Winterstein and Others v. France, Application no. 27013/07,
17/10/2013.

Worm v. Austira, Application no. 22714/93, 29/08/1997.

X. v. Switzerland, Application no. 8500/79, 14/12/1979.

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, Adnan Şen, Başvuru No. 2018/8903, 15/4/2021.

AYM, Arman Mazman, Başvuru No. 2013/1752, 26/6/2014.

AYM, E. Ü., Başvuru No. 2016/13010, 17/9/2020.

AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015.

AYM, Mahmut Tanal, Başvuru No. 2014/18803, 10/12/2014.

AYM, Murat Azparlak, Başvuru No. 2014/1432, 7/7/2015.

AYM, Murat Demir, Başvuru No. 2015/7216, 27/3/2019.

Orhan Ersoy (3), Başvuru No. 2013/7322, 20/3/2014.

AYM, Selçuk Tuncel, Başvuru No. 2013/4065, 9/9/2015.

AYM, Sema Öktem, Başvuru No. 2013/852, 6/3/2014.

AYM, Sevim Akat Ekşi, Başvuru No. 2013/2187, 19/12/2013.

AYM, Tayfun Cengiz, Başvuru No. 2013/8463, 18/9/2014.

AYM, Tuğba Arslan, Başvuru No. 2014/256, 25/6/2014.

**“USÛL-İ CEZAIYYE TEDKİKATI” ADLI MAKALE
BAĞLAMINDA İSMAİL RATİB BEY’İN KADİM
MEDENİYETLERİN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU
HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*The Evaluation Of İsmail Ratib Bey's Opinions On The Law Of Criminal
Procedure Of Ancient Civilizations in The Context Of The Article Titled
“Usûl-i Cezaiyye Tedkikatı”*

Dr. Müge VATANSEVER ÖZTÜRK*

ÖZET

Hukuk, insanlığın ortak ihtiyaçlarının, aklının, ahlâkî değerlerinin ve temel hukuk ilkelerinin bir gereği olarak doğup gelişmiştir. Belirli hukuk kurallarının ve uygulamalarının varlığı tarihin bilinen en eski uygarlıklarında da görülmektedir. Bu durum ceza muhakemesi huku-

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. ORCID ID No:0000-0002-9414-0164. mail: mugevatansever@hotmail.com

Makale Geliş Tarihi: 24.01.2023

Makale Kabul Tarihi: 17.03.2023

⇒ Atıf Şekli: Müge Vatansever Öztürk, “Usûl-İ Cezaiyye Tedkikatı” Adlı Makale Bağlamında İsmail Ratib Bey’in Kadim Medeniyetlerin Ceza Muhakemesi Hukuku Hakkındaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18/1 (2023), 227-281.

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



ku bakımından da aynen geçerli olmuş; eski çağlardan beri ceza yargılamaları usûlü, bütün milletlerde benzer esaslar göstermiştir.

Bir suçun işlenip işlenmediği; işlenmişse, kim tarafından işlendiği ve yaptırımının ne olacağı sorununa çözüm getirmek amacıyla girilen iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerinin bütünü ceza muhakemesi hukukunu oluşturmaktadır. Ceza muhakemesi hukuku, uzun yıllar içerisinde gelişmiş ve bugünkü halini almıştır.

İsmail Ratib Bey, “Usûl-i Cezaiyye Tedkikatı” adlı makalesinde medeniyet seviyesi ile ceza muhakemesi hukukunun gelişimi arasındaki bağlantıyı ortaya koymuştur. Yazar, makalesinde sırasıyla İbranelerin, Mısırlıların, İranlıların, Hintlilerin ve Antik Yunanlıların ceza yargılama usûllerinin gelişimini, olumlu ve olumsuz yönleriyle incelemiştir. Bazı milletlerin kanunları, insan onuruna uygun ve çağdaş sayılabilecek hükümler içerirken bazılarının ki adaletten ve insanlıktan uzak, ağır cezai hükümler içermektedir. İbranelerin ve Mısırlıların usûl hükümlerinin oldukça adil ve insancılken, İranlılar ve Hintliler için aynı şeyin geçerli olmadığı çalışmada görülmektedir.

Çalışmadan genel olarak, bir medeniyet ne kadar gelişmişse hukuk kurallarının da o kadar gelişmiş olacağı ve bir devlet ne kadar özgürlükçüye ceza muhakemesi usûllerinin de o kadar insancıl, adaltili, ne kadar otoriter ise bu usûllerinin o kadar katı olacağı sonucu çıkarılmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Ceza Muhakemesi, Medeniyet, Hukuk, İbraneler, Antik Yunan, Yargılama, İsmail Ratib Bey.

ABSTRACT

Law has been born and developed as a necessity of common needs of mankind, of mind, of moral values, and of basic principles of law. The existence of certain legal rules and practices is also seen in the oldest known civilizations of history. This situation was also valid in terms of criminal proceedings law; since ancient times, criminal proceedings have been similar in all nations.

Whether a crime has been committed; the whole of the claims, defense and judicial proceedings undertaken in order to solve the problem of who has been committed and what will be sanctioned constitutes the criminal procedure law. The law of criminal procedure has developed over many years and has become today.

İsmail Ratib Bey also mentioned these principles in his article “Usûl-i Cezaiyye Tedkikatı” and revealed the link between the level of civilization and the development of the criminal procedure law. The author reviewed the development of criminal proceedings of the Hebrews, Egyptians, Iranians, Indians and Ancient Greeks, both positively and negatively, respectively. The laws of some nations contain provisions that are suitable for human dignity and can be considered modern, while others contain heavy penal provisions that are far from justice and humanity. It is seen in the study that while the procedural provisions of the Hebrews and Egyptians are quite just and humane, the same is not true for Iranians and Indians.

In general, it is concluded from the study that the more developed a civilization is, the more developed the rules of law and the more liberal a state is, the more humane, just and authoritarian the criminal procedure procedures will be.

Key Words: Criminal Procedure, Civilization, Law, the Hebrews, the Ancient Greek, Trial, İsmail Ratib Bey.

GİRİŞ

Bu çalışmada, avukat ve medrese vekili İsmail Ratib Bey’in 1914 tarihinde, Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası’nda yer alan “Usûl-i Cezaiyye Tedkikatı” adlı, kadim medeniyetlerin ceza muhakemesi hukukuna ilişkin kaleme aldığı makalenin bir transkripsiyonu araştırmacıların kullanımına sunulmak istenmiştir.

İsmail Ratib Bey’in Osmanlıca olarak kaleme aldığı makalesi, öncelikle Osmanlı alfabesinden latin alfabesine birebir çevrilerek transkripsiyonu yapılmıştır. Transkripsiyonu yapılan eser, daha sonra

Osmanlıca-Türkçe sözlüklerden yararlanılarak günümüz Türkçesi'ne çevrilmiştir.

Bu makalenin incelenmesindeki amaç, kadim medeniyetlerin ceza muhakemesi hukukları ve yargılama usûlleriyle ilgili Tanzimat sonrası dönem Osmanlı hukukçularının konuya bakışı hakkında bilgi sahibi olmak, günümüzde var olan birçok usûle daha tarihin ilk çağlarından beri uygulanan usûllerin gelişiminin sonucunda ulaşıldığını ve medeniyet seviyesi ile hukukun gelişimi arasındaki bağlantıyı ortaya koymaktır.

“Usûl-i Cezaiyye Tedkikatı” adlı bu makalenin incelenmesinin diğer bir sebebi, Tanzimat Dönemi sonrasında yapılmış olan bir hukuk tarihi çalışması olmasıdır. Tanzimat Dönemi’nde Osmanlı Devleti’nde ilk kurulan ve hukuk eğitimi veren okullarda okutulan ana, zorunlu derslerin başında “*tarih-i hukuk*”un gelmesi ve yazılan bunun gibi makaleler, hukuk tarihinin her dönemde önemsendiğini göstermektedir. Bu çalışma, günümüzde de neden hukuk tarihi çalışmalarına değer verilmesi gerektiği sorusunun bir cevabı olması açısından bile incelemeye ve okuyuculara sunmaya değerdir.

Çalışmada öncelikle kadim dönem hukuk tarihi, ceza muhakemesi hukuku, Tanzimat sonrası Osmanlı ceza muhakemesi hukuku ve yazar İsmail Ratib Bey ile ilgili genel bilgiler verilmekte, daha sonra “Usûl-i Cezaiyye Tedkikatı” adlı makalenin değerlendirilmesi yapılmaktadır. En son kısımda da Osmanlıca olarak yazılmış olan bu makalenin transkripsiyonu ve orijinal metni yer almaktadır.

I. Kadim Dönem Hukuk Tarihi ile İlgili Genel Bilgiler

Hukuk, insan topluluklarının kendini uymak zorunda hissettiği hükümlerdir ve insanlık tarihi kadar eskidir. İnsan, tek başına değil, topluluk halinde yaşamak üzere yaratılmıştır. Topluluk halinde yaşamak, insanların birbirlerine karşı bazı hak ve mükellefiyetlere sahip olmaları sonucunu doğurur. Yeryüzünde insanın varlığı oldukça eskidir. Her toplumda ferdi ve içtimai alanda birtakım kurallar ortaya çıkmıştır. Bu kurallar bazen kendiliğinden doğmuş; ama genellikle

toplumun içinde bulunan peygamberler, din adamları veya hükümdarlar gibi üstün bir otorite tarafından tespit edilmiştir¹. Kadim medeniyetler, kendi hukuk kurallarını yaparken, milletlerinin dini inanışlarını, örf, adetlerini, davranışlarını, halkın ruhunu esas almışlardır. Bu yüzden, antik çağlarda, her topluluk kendi hukukunu iç dinamiğine göre farklı şekillerde düzenlemiştir.

Hukuk kuralları insanlığın topluluk halinde yaşamasıyla birlikte var olmaya başladığından, antik çağa kadar inilip, kadim medeniyetlerin hukuk tarihlerinin incelenmesi gerekir. Antik çağlarda hukuk faaliyetleri, Nil vadisi, Mezopotamya, Doğu Asya ve Akdeniz Havzası olmak üzere dünyanın dört bölgesinde yapılmıştır².

Çalışmanın daha anlaşılabilir olması adına İsmail Ratib Bey’in makalesinde yer alan kadim uygarlıkların hukuk tarihi ile ilgili genel bilgiler verilmesinde fayda vardır. Makalede ceza muhakemelerinden bahsedilen kadim uygarlıkların hukukları sırasıyla; İbrani hukuku, Eski Mısır hukuku, Kadim İran ve Hint hukuku, Eski Yunan hukukudur.

İbrani kaynaklarındaki bilgilere göre, Yahudilerin ilk ataları Mezopotamya’da yaşarlarken Nemrut adındaki bir hükümdarın baskısından kaçarak, Hz. İbrahim’in liderliğinde M.Ö. 2200 yıllarında Şam ve Filistin taraflarına göç etmişlerdir ve bu coğrafyada kabileler halinde yaşamaya başlamışlardır³. İbraniler, Mezopotamya’nın batısında, Doğu Akdeniz bölgesinde ve Arabistan coğrafyasında yaşayan Sami ırkına ve Sami kültürüne mensup bir halktır. İbraniler, Musevilik’in kabulünden sonra siyasi bir birlik meydana getirebilmişlerdir. Kadim

¹ Sadri Maksudi **Arsal**, Umumi Hukuk Tarihi, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948, s. 3-5; Ekrem Buğra **Ekinci**, Hukukun Serüveni, 2. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 25, 26; Recai G. **Okandan**, Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1951, s. 5-7; **Mahmud Esad Efendi**, Tarih-i İlm-i Hukuk, (Haz. Fethi Gedikli, Mahmud Esad Kalıpçı, Ebru Kayabaş, Sevtap Metin, Ayhan Ceylan, Abdullah Demir, İrem Karakoç, Ali Adem Yörük), Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 25, 26.

² **Ekinci**, s. 33.

³ İbrahim Erol **Kozak**, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 276; **Ekinci**, s. 196.

dönemlerde Akdeniz çevresinde yaşamış kavimlerden sadece İbrani-ler bugün hem isim hem cisim bakımından varlıklarını sürdürmektedir. Bugünkü İsrail devleti Yahudi ırkı ve Tevrat ilkeleri üzerine kurulmuş ırkçı ve teokratik nitelikte bir siyasi yapılanmadır⁴. Krallar, dini hükümlere uygun hareket etmekle mükelleftir. İbranilerde, başka hiçbir toplumda görülmediği kadar dinin kişinin günlük hayatını en ayrıntılı olarak düzenlediği ve etki altına aldığı bilinmektedir. İbrani hukukunun esası, Hz. Musa'ya indirilen Tevrat'a dayanmaktadır. 613 adet hukuki hüküm bulunan Tevrat, yazılı hukuk kaynağıdır. İbranilerin ikinci hukuk kaynağı da Talmud'dur. Bir çeşit içtihatlar külliyatı olan Talmud, Hz. Musa'ya verilen sözlü emirlerin, Yahudi din adamlarınca kanun haline getirilmiş halidir⁵. İbranilerin din adamları hakimleri, mabetleri de mahkemeleridir. Babil hukukunun İbrani hukukunu etkilediği düşünülmektedir; bunun sebebi, İbrani hukuku ile Hammurabi Kanunları arasındaki benzerliklerdir. Cezai düzenlemeler bakımından, Hammurabi Kanunları ile kıyaslandığında, İbrani kanun metinlerinde hiçbir ilerleme gözlenmemesi dikkat çekicidir⁶.

Mısır tarihi, Tinit Krallığı (M.Ö. 3100-2686), Eski İmparatorluk-Menfis Krallığı (M.Ö. 2686-2133), Orta Teb İmparatorluğu (M.Ö. 2133-1552) ve Yeni Teb İmparatorluğu (M.Ö. 1552-525) olmak üzere dört döneme ayrılır. Kadim Mısır'da M.Ö. 2400'lerden itibaren, köylüler, şehirliler, asiller, küçük mülkiyet sahipleri, yarı köleler ve köleler olmak üzere farklı sosyal ve hukuki konuma sahip sınıflar ortaya çıkmaya başlamıştır. Nil Vadisi çevresinde doğup gelişen Mısır hukuku, Mezopotamya doğrudan ilişki kurulması pek mümkün olmayan bağımsız bir hukuk sistemi olarak görülmektedir. Mısır hukukunda hükümler firavunların emirnamelerine dayanmaktadır; firavun, yeryüzünde hem hükümdar hem ilah (insan üstü bir varlık) olarak görülmüştür. Firavun, hukuku yaratan, adaleti sağlayan tek kaynak olarak görüldü. Mısır'ın dini inanışında adalet fikri çok büyük bir yer al-

⁴ **Kozak**, s. 281, 283; **Okandan**, s. 168-176; **Mahmud Esad Efendi**, s. 172, 173.

⁵ **Ekinci**, s. 199, 201; **Kozak**, s. 289; **Okandan**, s. 177; **Mahmud Esad Efendi**, s. 173.

⁶ **Kozak**, s. 303.

mıştır. Mısır hukuku, sert ve baskıcı hükümlerden oluşmaktadır; özellikle cezaî hükümler oldukça ağırdır. Mısırdaki çok eski zamanlardan itibaren şahsi cezalandırma yöntemi terk edilmiş ve cezalandırma yetkisi devlete bırakılmıştır⁷.

Dicle ve Fırat nehirleri ile İndüs nehri arasında kalan bölge tarihte İran olarak bilinmektedir. Çeşitli İran kavimleri M.Ö. 2550 ile M.S. 635 senesine kadar farklı imparatorluklar kurarak bölgede hakim olmuşlardır. İran coğrafyasının bilinen en eski imparatorluğu, (M.Ö. 2550- M.Ö. 660) Elâm İmparatorluğudur. Elâm sonrasında bir süre Asurlular, ardından Medler, daha sonra Persler (M.Ö. 550-330) egemen oldu. M.Ö. 224-M.S. 651 yıllarında da Sasani İmparatorluğu İran coğrafyasına egemen olmuştur. İran hukukunun kaynağı, İran halklarının bağlı bulunduğu Zerdüştinin mukaddes kitabı *Avesta* oluşturur. İranlıların tarihi destanı olan, İranlı Firdevsi (M.S. 935-1020) tarafından derlenen *Şahname* de İran hukuku hakkında bilgiler içermektedir. Kendilerini bütün kavimlerin efendisi sayan Kadim İran imparatorluklarının çeşitli din ve kültürlerle mensup halklara iyi davrandığı, kendi din ve kültürlerini yaşamalarına izin verildiği bilinmektedir. İran hukuk sistemi, özellikle devlet teşkilatı bakımından çok ileridir. Pers İmparatorluğu, antik çağda kurulan devletler içinde gerçek anlamda bir imparatorluk sistemi kurmayı başaran ilk devlettir. Büyük kral, ülkede hakkı ve adaleti gerçekleştirmekle mükelleftir. Vatantaşların hayatı, kralın iradesine bağlıydı ve kral için ölmek büyük bir şeref sayılırdı. Kadim İran ceza hukukunda suçların cezaları çok ağırdır; din ve devlete karşı işlenen suçların cezası çarmıha gerilerek veya taşlanarak idamdır. İsyân suçunda suçlunun ailesi de cezalandırılırdı⁸.

Hindistan’da M.Ö. 2500 yıllarında kuzeybatıdan gelen Ariler (Aryalılar) yerli halklara hakim olup burada sınıflara ayrılan bir topluluk düzeni kurdular. Ari rahipleri, halkı sınıflara ayırarak teokratik bir

⁷ **Arsal**, s. 55-64; **Ekinci**, s. 34, 35, 41; **Kozak**, s. 226, 238; **Okandan**, s. 74-85.

⁸ **Okandan**, s. 213, 214; **Ekinci**, s. 72, 73, 78; **Kozak**, s. 379-381, 386-390; **Mahmud Esad Efendi**, s. 159-162.

aristokrasi idaresi kurdular⁹. Hindistan'da M.S. yedinci yüzyıldan itibaren siyasi birlik bozulmuş ve Manu Kanunları'nın katı uygulaması sonucunda kast sistemi acımasızlaşmıştır. Her kast sınıfı kendi arasında hukuki ve beşeri ilişkiler kurabilir; kişiler kendi kastında bulunduğu sürece haklarını kullanabilir; kastlar arası geçiş mümkün değildir. Hindistan'da hiçbir zaman siyasi birliği gerçekleştirecek güçlü bir yerli devlet ortaya çıkamamıştır; bunun en önemli sebebi, kast sistemidir. Hindistan'ın dini Brahma dinidir; Hint hukuku bu dini temel üzerine gelişmiştir. Brahma dinini kuran ruhanilerin dayandıkları mukaddes metinler beşeridir. Brahmanların mukaddes metinleri hukuki esasları da içermektedir. Hint dininin mukaddes kitabı *Veda* M.Ö. üçüncü yüzyılda yazılı hale getirilmiştir. Veda şerhlerinin en meşhuru, M.Ö. 200 ile M.S. 200 arasında yazılmış olan Manu Mecellesi'dir. Brahmanlar toplumu kast denilen dört sınıfa ayırmıştır; bu sınıfların her birinin kendine has hukuku ve bu hukuku uygulayan mahalli teşkilatı vardır. Suçlar karşılığında verilecek cezaların şiddeti de kasta göre değişirdi; üst sınıflara mensup olanlar daha hafif ceza alırlardı. Bir sınıf, üst sınıf hakkında şahitlik yapamazdı. Kast sistemi, insan haklarını değil, kişilerin içinde buldukları kasta karşı görevlerini ön planda tutmaktaydı. Kişiler kast sistemi içindeki statülerini itirazsız kabul ettiklerinden, içine düştükleri sefalet ve olumsuzluktan sorumlu tutulacak bir merci de kalmıyordu¹⁰.

Yunanlar, çok eski devirlerde Küçük Asya'da yerleşen; sonra Bal kanlar, Ege ve İyon denizi sahil ve adalarına yayılan bir halktır. Mısır, Babil, Fenikelilerle karışarak, bunlardan ciddi etkiler görmüş, müstakil şehir devletlerinde (site¹¹ veya polis) kendilerine has bir siyasi düzen ve kültür içinde yaşamışlardır. Helen kavmi Aka, Dor, İon ve

⁹ Kast sınıfları: **Brahmanlar Kastı**: Rahipler/Bilginler eliti (entellektüel aristokrasi); **Kışatriyalar Kastı**: Askerler ve yöneticiler; **Vaysiyalar Kastı**: Çiftçiler, zanaatkarlar ve tacirler; **Sudralar Kastı**: Üç sınıfın dışında kalan ve onlara hizmet etmekle görevli olan kişiler (**Mahmud Esad Efendi**, s. 133; **Arsal**, s. 31; **Kozak**, s. 425, 426).

¹⁰ **Arsal**, s. 30-35; **Mahmud Esad Efendi**, s. 132-135; **Okandan**, s. 44-48; **Ekinci**, s. 79, 80; **Kozak**, s. 414, 416, 442.

¹¹ Site, siyasi, iktisadi ve askeri bir birliği, bağımsız bir hukuki ve siyasi düzene sahip bir teşekkülü ifade etmektedir (**Okandan**, s. 232).

Aeol olmak üzere dört gruptur. M.Ö. 12’inci yüzyılda Ionlar ve Akalar Eurotas nehri üzerinde birçok kasaba ve köylerin birleşmesinden meydana gelen altı tepede Sparta sitesini kurdular. M.Ö. 10’uncu yüzyılın başında Dor tehlikesine karşı Attika havalisinde bir birlik oluştu ve en önemli kasabası olan Atina birliğin merkezi haline geldi. Pagan dinine mensup olan Helenler ileri bir medeniyet kurdular, dünyaca ünlü filozoflar yetiştirdiler. Halkın kültür seviyesi arttıkça demokrasi doğdu; bilge kişiler kanun yapmaya başladı. Helenler ilahlarını insana benzetip onlara olumlu ve olumsuz özellikler yüklemiştir. Helen dininin mukaddes kitabı ve ruhban sınıfı olmadığı için Antik Yunan’da felsefe çok gelişmiştir. Atina’da Drakon ve Solon, Sparta’da Likurgos ve Girit’te Minos gibi kanunkoyucuların Zeus ve Apollon’a atfettikleri genel kanunlardan başka, Yunan sitelerine ait yerel kanun metinleri kısmen de olsa günümüze gelmiştir. Herodotos (M.Ö. 484-425) gibi tarihçilerin eserleri ve Eflatun, Aristo gibi filozofların eserleri de Antik Yunan hukuku hakkında önemli bilgiler vermektedir. Antik Yunan hukuku denilince akla hakkında en fazla bilgi bulunan Atina ve Sparta sitelerinin hukuku gelmektedir. Sparta, şahıs hürriyetlerini kısıtlayan ve devlete tam itaat bekleyen bir yapıda olmasına rağmen, Atina’da şahıs hürriyetleri olabildiğince geniş ve serbestti¹².

Kadim dönem İbrani hukuku, Eski Mısır hukuku, Kadim İran ve Hint hukuku, Eski Yunan hukuku ile ilgili incelenmiş olan genel bilgiler, her toplumun kendi hukuk kurallarını yaparken, milletlerinin dini inanışlarını, örf, adetlerini, davranışlarını esas aldığını göstermektedir. Burada anlatılan her topluluk, kendi hukukunu iç dinamiğine göre farklı şekillerde düzenlemiştir; aynı dönemde yaşayan bu toplulukların ceza usûllerindeki farklılıklar bundandır. Bu uygarlıkların ortak noktası, hepsinin sonraki bölümlerde incelenecek olan İsmail Ratib Bey’in de makalesinde yer verdiği ceza hukuku ve ceza yargılaması kurallarını özellikle inandıkları dinin emir ve yasaklarına göre düzenlemiş olmalarıdır. Kadim İbrani, Mısır, İran, Hint ve Eski Yunan hukuklarıyla ilgili bir diğer ortak nokta, cezalarının çok ağır olması ve

¹² **Arsal**, s. 80-89; **Ekinci**, s. 120-123; **Okandan**, s. 243, 249.

ceza yargılama usûllerinin devlet tarafından mahkemelerce yerine getirilmesidir.

II. Ceza Muhakemesi Hukuku ile İlgili Genel Bilgiler

Ceza muhakemesi, bir suçun işlenip işlenmediği; işlenmişse, kim tarafından işlendiği ve yaptırımının ne olacağı sorununa çözüm getirmek amacıyla girilen iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerinin bütünüdür. Ceza kanunlarında düzenlenmiş bulunan bir suç işlendiğinde bu suçun kovuşturulması, yaptırımının tespit edilmesi ve icrası bakımından bir muhakemeye ihtiyaç duyulur; yapılacak bu muhakeme, maddî ceza hukukuna, kişilerin haklarını da koruma altına alarak, onun gerçeğe uygun bir şekilde yerine getirilmesi için yardım eder¹³.

Ceza muhakemesi hukuku, uzun yıllar ceza hukukunun bir parçası olarak görüldüğünden daha geç tarihlerde gelişmiştir¹⁴. Uygulamayla ilgili olması da bu branşın bir bilim dalı olarak ele alınmasına engel olmuştur. Ancak bu alanın tarihte müstakil bir hukuk dalı olarak gelişmemiş olması; tarihin ilk çağlarından beri var olan uygarlıklarda ceza muhakemesi kurallarının uygulanmadığı anlamına gelmemelidir.

Ceza muhakemesinin tarihte amaç bakımından üç aşamadan geçtiği kabul edilmektedir. Birinci aşama, ceza muhakemesinin amacının suçlunun cezalandırılması olduğu aşamadır. 18'inci yüzyılın yarısına kadarki döneme hâkim olan bu anlayışa göre, ceza muhakemesi suçlunun cezalandırılması için bir araçtan ibarettir. Sanık en başından suçlu kabul edildiğinden sanıkla suçlu kavramı iç içe geçmiştir. İkinci aşamada amaç sanığın korunmasıdır; 18'inci yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkan bu anlayışta sanık, suçlu olduğu ispatlan-

¹³ Nurullah **Kunter**, Feridun **Yenisey** ve Ayşe **Nuhoğlu**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 7, 14; Bahri **Öztürk** ve Mustafa Ruhan **Erdem**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 57, 58; Doğan **Soyaslan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 47; Nur **Centel** ve Hamide **Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 3; Hakan **Karakehya**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 3; Veli Özer **Özbek**, Koray **Doğan** ve Pınar **Bacaksız**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2022, s. 37, 38.

¹⁴ **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 6.

madığı için masum sayılarak korunmuştur. Üçüncü aşamada, gerçeğin araştırılması gayesinden hareket edilmiştir. Ceza davasıyla ortaya çıkan hukukî durumun sanıktan başka sùjeleri de olduğu, onların da korunmaya değer hak ve menfaatlerinin bulunduğu düşünceyi hukuk kuramcılarını suçlunun cezalandırılmasında toplumun yararı olabileceği sonucuna ulaştırmıştır. Ceza muhakemesinin amacı, bütün bu menfaatleri birlikte korumaktır¹⁵. Makalede adı geöen antik öađ uygarlıklarında ceza muhakemesinin amacı, suçlunun cezalandırılması; hatta sınırlı da olsa intikam almaktır.

Cezalandırmanın amaçları; genel önleme, diğer insanlara ibret olma, suçlunun suç işleme cesaretinin kırılması, kanunlara itaati sağlama, özel önleme (suçluyu ıslah ederek yeniden suç işlemesine engel olmak, topluma yararlı bir birey olarak dönmesini sağlamak), mağduriyetin giderilmesi (mağdurun uğradığı maddi ve manevi zararların telafi edilmesi) ve toplumun korunması olduğu için ceza muhakemesi de bu amaçlara hizmet etmektedir. Ceza muhakemesinin amacı, sanık hakkında maddî gerçeğe ve muhakeme usûlüne uygun olarak yürütölen bir yargılama sonucu, hukukî barışı tesis eden bir hükmün verilmesidir¹⁶. Bütün bunların yanı sıra, her şeyden önce adaleti sağlama gayesi unutulmamalıdır. Antik öağ uygarlıklarında cezalandırmanın amacı genellikle, diğer insanlara ibret olma, intikam, suçlunun suç işleme cesaretinin kırılması, Tanrı’yı korumaya, kanunlara itaati sağlama ya yöneliktir.

Yargılama makamının iddia ve savunma karşısındaki durumu bakımından, tarihi süreçte, itham sistemi, tahkik sistemi ve karma sistem olmak üzere üç ceza muhakemesi sisteminin bulunduğu bilinmektedir. İtham sistemi, tarihi süreç içinde ilk ortaya çıkan sistemdir. Bu sistemde mutlaka bir davacı olur ve davacıyla sanık, hukuk davala-

¹⁵ **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 25-28; Mehmet **Akman**, “Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukukuna Hâkim Olan İlkeler”, Osmanlı, Cilt:6, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, s. 470; Michel **Foucault**, Hapishanenin Doğuşu, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000, s. 54, 61; **Karakehya**, s. 8; **Centel/Zafer**, s. 6; Yener **Ünver** ve Hakan **Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 39-41.

¹⁶ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 40; **Öztürk/Erdem**, s. 61.

rında olduğu gibi, hasım durumunda bulunurdu. Burada hâkim bir hakem gibiydi; kimin haklı olduğuna kendi kanaatine göre karar verirdi. Delilleri toplama işi taraflara aitti; yargılama açık ve vicdanîydi. Bu sistem gerçeğin araştırılmasını, kişileri ilgilendiren bir sorun saymaktadır. Burada itham ve savunma makamı bireylerden oluşmakta olup, yargılama makamının bunlar karşısında güçsüz kaldığı görülmektedir¹⁷. Antik çağ uygarlıklarının çoğunda bu sistem geçerliydi. Özellikle Antik Yunan, Bâbil, Kadim Hint, Roma uygarlıklarında devletin delil toplamadığı ve hakimın sadece tarafların mahkemeye sunduğu iddia ve savunmalarla bağlı olduğu bilinmektedir. Hatta ceza davalarında, davacının talep ettiği ceza ve tazminat miktarı mahkemeye yazılı olarak bildirilirdi¹⁸.

Ortaçağda güçlü imparatorlukların kurulmasıyla birlikte itham sistemi yerini tahkik sistemine bırakmıştır. Önceleri Kilise Hukuku'nda uygulanan tahkik sisteminde ise, kiliseye karşı işlenen suçlarda mahkeme re'sen veya ihbar üzerine işe el koyardı; hâkim, sunulan delillerle bağlı olmayıp kendisi de delil araştırabilirdi. Bu sistemde objektif delillerle ispat sağlanmakta; yargılama ise, gizli, yazılı ve gıyabî olmaktadır. Bu sistemde, toplum menfaati kişi menfaatinden üstündür; kişilerin hakları yoktur ve ne pahasına olursa olsun maddî gerçek araştırılır. Yargılamadaki "hâkim" unsuru üzerine kurulan bu sistem, devletin her şey demek olduğu otoriter dönemin temsilcisidir¹⁹.

Günümüz ceza muhakemesinde de uygulanan, birey ve kamu arasında işbirliğini öngören karma sistemde ise, ceza davası iki safhada görülmektedir. İlki gizli olan soruşturma safhasıdır; ikinci safha ise, açık olan yargılama safhasıdır. Burada hâkim, bir iddia üzerine hare-

¹⁷ Tahir **Taner**, Ceza Muhakemeleri Usûlü, 2. Bası, Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1950, s. 9; **Soyaslan**, s. 66; **Foucault**, s. 54, 79; Mustafa **Avcı**, "Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i Maruf) Uygulaması", Türk Dünyası Araştırmaları, Sayı:147, Aralık 2003, s. 46; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 41; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 26; **Centel/Zafer**, s. 15; **Öztürk/Erdem**, s. 62.

¹⁸ **Okandan**, s. 72, 97; **Kozak**, s. 108, 109, 478; **Mahmud Esad Efendi**, s. 62-64, 247.

¹⁹ **Taner**, s. 10, 11; **Soyaslan**, s. 67, 68; **Avcı**, s. 46; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 42; **Centel/Zafer**, s. 15; **Öztürk/Erdem**, s. 62, 63.

kete geçer, işe re’sen el koymaz. Bu sistemde sanık, hakları ve yükümlülükleri olan bir muhakeme kişisidir. Hâkim, delilleri serbestçe değerlendirerek, vicdanî kanaatine göre hüküm vermektedir. Bu sistem, 1789 Fransız İhtilâlî’nden sonra tahkik sistemine bir tepki olarak doğmuş ve ilkeleri ortaya çıkmıştır²⁰. İsmail Ratib Bey’in makalesini yazdığı dönem olan Tanzimat sonrası dönemde Osmanlı ceza muhakemesinde uygulanan sistem, karma sistem olmuştur.

III. Tanzimat Sonrası Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukuku İle İlgili Genel Bilgiler

Çalışmanın bu bölümünde, İsmail Ratib Bey’in makalesini yazdığı dönem olan Tanzimat sonrası dönemde Osmanlı ceza muhakemesi hukuku hakkında genel bilgiler vermek, yazar, eserinde bu dönemin hukukuna göre değerlendirmelerde bulunduğu için makalenin daha anlaşılır olması adına gerekli görülmüştür.

Tanzimat Dönemi’ni başlatan Hatt-ı Hümayûn’da, devletin gerileme sebepleri arasında hukuk hayatındaki bozukluktan bahsedilmekte, yeni hukukî düzenlemelerin yapılması gereğinden söz edilmektedir. Bu yüzden, Ferman’ın ilânından kısa bir süre sonra kanunlaştırma faaliyetleri ve yargı alanında yenilikler yapılmaya başlanılmıştır. Tanzimat Dönemi’nde Batı kültürüne bir yöneliş olsa da, İslam kültür ve hukukundan tamamen vazgeçilmemiştir. Osmanlı Devleti’nin genel modernleşme çabaları eskinin yanına yeninin konulması şeklinde olmuş; böylece ikili bir yapı topluma ve devlete hâkim olmuştur. Cumhuriyet’e kadar Batı ve İslam kurumları devlette yan yana var olmuşlardır²¹.

Osmanlı’daki bu ikili yapı, çeşitli sorunları da beraberinde getirmiştir. Tanzimat Dönemi’nde kurulan yeni mahkemelerle yargı teşkilâtı daha karmaşık hâle gelmiştir. Çünkü Klâsik Dönem’de var olan

²⁰ **Taner**, s. 12, 13; **Soyaslan**, s. 69, 70; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 42, 43; **Centel/Zafer**, s. 15.

²¹ Coşkun **Üçok**, Ahmet **Mumcu** ve Gülnihal **Bozkurt**, Türk Hukuk Tarihi, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 336; Avi **Rubin**, Ottoman Nizamiye Courts: Law and Modernity, Palgrave Macmillian, New York, 2011, s. 56-60.

mahkemeler kaldırılamamış; hem eskiden kalan mahkemeler hem yeni kurulan mahkemeler yargı yetkisini birlikte kullanmışlardır²². Şer'i hukuktan başka kapitülasyonların ve azınlık ayrıcalıklarının da devam etmesi hukuk birliğini tamamen parçalamıştır. Bu durum, ülkede kanunların tekliği, genelliği ve yargı birliği gibi modern hukuk ilkelerinin yerleşmesini ve tam bir eşitliğin gerçekleşmesini engellemiştir. Ayrıca halk, yeni kurulan mahkemelere güvenmediğinden eskiden olduğu gibi şer'iyeye mahkemelerine başvurmak istemiş ve yargıda karmaşa giderek artmıştır. Tazir cezalarını düzenleyen kanun hükümleri nizamiye mahkemelerince; kısas, diyet gibi şer'i cezaları düzenleyen hükümler şer'iyeye mahkemelerince uygulanmaktaydı. Kısas ve diyet cezası gerektiren fiiller kamu düzenini de ilgilendirdiğinden, bu suçlar için nizamiye mahkemelerine de başvurulabilmekte ve bu durum yetki karışıklıklarına sebep olmaktaydı. Kısas cezası gerektiren suçlarda failin hem şer'iyeye hem de nizamiye mahkemelerinde yargılanıyor olmasına rağmen, hükmün kesinleştirilmesi her iki yargılamanın tamamlanmasına bağlı kılınmıştır. Kanunlardaki düzenlemeye bakıldığında, nizamiye mahkemelerinin kısas gerektiren suçlarda ceza vermesinin failin kısasla cezalandırılmamasına bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre şer'iyeye mahkemelerinde, suçun tam sübutu gerçekleşmediği veya mirasçılarının affi sebebiyle cezalandıramayan şahsın nizamiye mahkemelerinde cezalandırılması mümkün kılınmıştır. Hem şer'iyeye hem nizamiye mahkemesinin aynı davaya bakması mümkündür²³. Bir kişinin aynı suçtan iki kez yargılanmasının

²² Devletin İslâmi meşrûluğu devam ettiğinden şer'iyeye mahkemeleri, eski ayrıcalıklar devam ettiğinden cemaat mahkemeleri ve kapitülasyonlar kaldırılmadığından konsolosluk mahkemeleri bu yeni dönemde de kaldırılmamıştır. Böylece ortaya çıkan çok hukukluluk, yargı örgütünü daha karışık hale getirmiş ve yargı birliğinin oluşmasını engellemiştir (Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 372; Rubin, Nizamiye, s. 56-58).

²³ Kısas ve recm cezası dışındaki had ve kısas cezaları tazir cezasıyla birleşebilirdi; buna hukuken bir engel yoktu. Örneğin, A, B'yi öldürür ve B'nin mirasçıları şer'iyeye mahkemesinde dava açar. Eğer suç ispatlanır ve A kısas edilirse yargılama biter ve nizamiye mahkemesinde tekrar yargılama yapılamaz. Ancak B'nin mirasçıları A'yı affeder ve diyet isterlerse, bu durumda B'nin mirasçılarına diyet ödenmek üzere, kararı şer'iyeye mahkemesi verir. Bu şer'i yargılama sonucu verilen karardır. Ancak adam öldürme gibi kısas suçları aynı zamanda kamu düzenini de ilgilendirdiğinden, Nizamiye mahkemesinde de kamu davası açılır. Nizamiye

bu ikili yapının yol açtığı karmaşık ve hakkaniyete aykırı bir sonuç yarattığı ortadadır.

Yukarıda da bahsedildiği gibi, Tanzimat Fermanı’nın ilânı ve bunu takip eden kararlarla Osmanlı Devleti’nde yeni yargı kurumları oluşturulmuş, çok hâkimden oluşan yeni mahkemeler kurulmuştur. 1864 tarihli “Vilayet Nizamnamesi”yle Müslüman, zimmî farketmeksizin bütün Osmanlı vatandaşlarının, şer’iyye, cemaat ve konsolosluk mahkemelerinin görev alanı dışında kalan, bütün ceza ve hukuk davalarına bakmakla görevli olan nizamiye mahkemeleri, hem ilk derece mahkemesi hem de istinaf mahkemesi olarak görev yapmak üzere kurulmuştur. Tanzimat Dönemi’nde yeni mahkemelerin kurulmasıyla birlikte Osmanlı yargı teşkilâtına, özellikle savcılık, avukatlık gibi kurumlar da girmiştir. Modern yargı sistemlerinde suç yargılamasının; iddia, savunma ve yargılama makamlarının ortak çabaları ile yerine getirilen bir görev olduğuna ilişkin anlayış, bu kurumlarla birlikte Osmanlı Devleti’ne de girmiş ve Cumhuriyet Dönemi’ndeki modern yargı teşkilâtının temellerini oluşturmuştur. Tanzimat hareketinin hukuk alanı içinde en fazla etkilediği alan ceza hukuku alanı olmuştur. Tanzimat Dönemi’nde ceza hukuku alanında birçok yeni, genel nitelikli kanun çıkartılmıştır²⁴.

mahkemesi, hiç yargılama yapılmamış gibi soruşturmasını ve yargılamasını yapar ve kanunda adam öldürme suçu için belirlenmiş olan tazir cezalarından birini verebilir. Verilecek tazir cezası idam da olabilir. B’yi öldürdüğünden dolayı diyet ödeyerek veya mirasçılarının affıyla kısastan kurtulan A, kamu davası sebebiyle tazir cezası olarak idam edilebilir. Kısaca, A kısastan kurtulsa da nizami yargılama sonucu verilen ölüm cezasından kurtulamayabilir. Tam tersine, adam öldürme suçuyla nizamiye mahkemesinde yargılanıp beraat eden bir kişi, maktulün mirasçılarının isteğiyle olaya el koyan şer’iyye mahkemesinde yargılanıp idama mahkûm edilebilirdi (Halil **Cin** ve Ahmed **Akgündüz**, *Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku*, Cilt:1, 3. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1995, s. 339). Ekrem Buğra **Ekinci**, *Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası)*, 2. Baskı, İstanbul, 2010, <http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/osmmah.pdf>, (E. T. 16.03.2023), (Tanzimat), s. 170; Ahmet **Kılınc** ve Davut **Yıldırım**, “Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsan Karşı İşlenen Suçlara Yansımaları”, *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Kamu Hukuku*, NEÜ Yayınları, Konya, 2021, s. 178 vd.

²⁴ Bunlardan bazıları milli kanun, bazılarıysa Avrupa’dan alınarak yürürlüğe konulan kanunlardır. 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları milli kanunlarımızdandır. Milli kanunlar, Osmanlı Hukuku’ndaki uygulamaların kanun metni haline getiril-

Türk hukuk sisteminde insan hakları ve adil yargılamaya ilişkin ilkelerin yazılı hale getirilmesi yolunda ilk adım, Osmanlı Devleti tarafından 1839'da ilân edilen Tanzimat Fermanı'dır. Tanzimat Fermanı'nda, suç işleyenlerin kanunlara uygun ve alenî olarak yargılanacakları, bu şekilde yargılama yapılarak haklarında verilmiş bir mahkeme kararı olmadıkça idam cezasının uygulanamayacağı ifade edilerek "kanunsuz suç ve ceza olmaz", "yargılamasız kimseye ceza verilmez" ilkeleri ilk kez yazılı olarak kabul edilmiştir. Fermanda kanunların herkese hiçbir fark gözetmeksizin eşit bir şekilde uygulanacağı da belirtilmiştir²⁵.

Tanzimat Fermanı'nda belirtilen haklar ve ilkeler, 3 Mayıs 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi ile kanunî esaslara kavuşturulmuştur; bu yüzden 1840 tarihli Kanun, dönemine göre hukuk devleti yolunda atılmış büyük bir adımdır. Bu kanun, Osmanlı Devleti'nde yaşayan herkesi ayrıcalıksız olarak kapsamına alması bakımından da ilktir. İsmail Ratib Bey'in makalesini yazdığı zaman diliminde de uygulanmakta olan, 1858 tarihinde kabul edilen Ceza Kanunnamesi'ndeki hükümler ise, (idam cezasını, İslam hukuku kaynaklı had ve kısas cezalarını kaldıramaması dışında) günümüzdeki ceza kanunlarında yer alan hükümlerden çok da farklı olmayan niteliktedirler. Bu kanunda, hukuki eşitliğin sağlanması, cezaların şahsiliği ilkesi, masumiyet karnesi, işkence yasağı gibi adil yargılamaya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. 1858 tarihli Kanun, Osmanlı Devleti'nin sonuna kadar uygulanmış ve Türk Ceza Hukuku'nun temeli olmuştur. Kanun, çeşitli düzeltmelerden geçmiş, özellikle 1911 ve 1914 yıllarında oldukça kapsamlı değişikliklere uğramıştır. Yapılan bu son değişikliklerle birlikte Osmanlı ceza hukuku, son dönemlerde günümüz ceza hukukuna

mesi suretiyle hazırlanmıştır. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'na dayanarak hazırlanan 1858 tarihli "Ceza Kanunnâme-î Hümayûnu" ile 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tercümesi ve kısmen tadili suretiyle meydana getirilen 1879 tarihli "Usûl-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu" ise, Avrupa'dan alınan kanunlardandır (Gülnehal **Bozkurt**, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996, s. 97-102). **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 297, 362; **Rubin**, s. 30-36.

²⁵ **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 332; Tahir **Taner**, "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku", *Tanzimat I*, Ayır Basım, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, (Tanzimat), s. 3, 4.

oldukça yaklaşmış bulunmaktadır. 1879 yılında kabul edilen “Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu” ile de günümüzün ceza muhakemelerine yakın bir yapının ortaya çıkması sağlanmıştır²⁶.

Türk toplumunun ilk yazılı anayasası olan 1876 tarihli Kanun-ı Esasî, kişilere tanıdığı haklar, mahkemelerin statüsü ve adlî güvenceler bakımından önemli yenilikler getirmiştir. Anayasa’da yer alan tabii hâkim ilkesi, yargılamanın alenîliği, mahkemelerin davalara bakmaktan kaçınamamaları, hak arama özgürlüğü, mahkemelerin bağımsızlığı, olağanüstü mahkeme yasağı ile ilgili hükümler ceza muhakemesi hukukunun gelişimi bakımından oldukça önemlidir²⁷. Anayasa’da, belirtilen hak ve özgürlüklere yer verilmiş olmasına rağmen uygulamada her şey padişahın takdirinde kalmıştır²⁸.

Uygulamada başarıya ulaşamasa da, Tanzimat Dönemi’nde adil yargılama ilkesini sağlamaya yönelik kanun anlamında yapılan yenilikler oldukça ileri düzeydedir. 1876 tarihli Kanun-ı Esasî’de yer alan düzenlemeler tüm Cumhuriyet dönemi anayasalarındaki düzenlemelere benzer niteliktedir. Bu da, günümüzde uygulanan birçok yargılama ilkesinin İsmail Ratib Bey’in makalesini yazdığı dönemde Osmanlı hukukunda yerleşmiş olduğunu göstermektedir.

IV. İsmail Ratib Bey’in Hayatı

İsmail Ratib, 1889-1962 yılları arasında yaşamış olan İstanbul’un oldukça ünlü avukatlarından biridir. 1934 yılında Soyadı Kanunu’nun çıkmasıyla birlikte “Diñçel” soyadını almıştır. Eğitim hayatıyla ilgili net bilgilere ulaşılamamakla birlikte, eski bir kartvizitinde “doktor”

²⁶ **Taner**, Tanzimat, s. 11, 12; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 344, 345.

²⁷ Ancak 1876 tarihli Kanun-ı Esasî, bu önemli hükümleri ile birlikte “tabii hâkim ilkesi”ni bir anayasa hükmü olarak belirtmiş olmasına karşın ilândan bir yıl sonra askıya alınmış ve 32 yıl boyunca uygulanmamıştır (**Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 340-342; Bülent **Tanör**, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 17. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 144-147).

²⁸ Kemal **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2013, s. 14-22; **Tanör**, s. 144-147.

ünvanını da kullandığı görülmektedir²⁹. 1900'lü yılların başında Dârülfünûn-ı Sultânî'den dört yıllık öğretim süresi sonunda bir tez hazırlayıp başarıyla savunan talebelerin “doktor” unvanıyla mezun oldukları bilinmektedir³⁰. İsmail Ratib'in özellikle ceza ve ticaret davalarında uzmanlaşmış olduğu 1925-1932 tarihli salname kayıtlarından anlaşılmaktadır³¹.

İsmail Ratib, değerli bir hukukçu olması ve ceza hukuku alanındaki uzmanlığı nedeniyle, avukatlık yapmasının yanı sıra, Darülfünun'da da “medrese vekili” sıfatıyla “Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye” derslerini vermiştir. Medrese vekilliği, günümüzdeki konuk öğretim görevlisine benzemektedir; öğretim üyesi yetersizliği ya da öğretim üyelerinin sağlık veya özel sebeplerden dolayı izne ayrılma ve izne ayrılan öğretim üyelerinin yerlerine vekillerinin tayin edilmesi nedeniyle fakülte meclislerinin kararıyla dışarıdan vekil atanır ve dersler bu vekiller aracılığıyla yürütülürdü³². İsmail Ratib, Darülfünun'da ceza hukuku alanında medrese vekilliği yaparken 1914 yılında çalışmanın konusu olan “Usûl-i Cezaiyye Tedkikatı” adlı makaleyi kaleme almıştır.

İsmail Ratib Bey ile ilgili elde edilen bilgiler maalesef çok sınırlıdır ve yazmış bulunduğu başka eserler var ise de bunlar hakkında kaynaklarda veya kataloglarda bilgi bulunmamaktadır.

V. “Usûl-i Cezaiyye Tedkikatı” Makalesinin Değerlendirilmesi

Çalışmanın bu bölümünde öncelikle makalenin şekli ve genel değerlendirilmesi yapılacaktır, ardından İsmail Ratib Bey'in “Usûl-i Cezaiyye

²⁹ Bilgi ve görsel için bakınız; <https://www.modamuzayede.com/urun/5172300/efemera-hukuk-tarihi-profesor-avukat-ismail-ratib-dincel-in-kartviziti#>, (E.T. 05.03.2023).

³⁰ Ekmeleddin İhsanoğlu, “Dârülfünûn”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 8, 1993, s. 521-525.

³¹ **Büyük Salname**, 1925-1926, ikinci sene, birinci cilt, <https://www.archives.saltresearch.org/view/action>, (E.T. 04.06.2022).

³² Nuran **Koyuncu**, “Hukuk Mektebinin Doğuşu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:3, 2012, s. 180; Ali **Arslan**, “Darülfünun İlahiyat Fakültesi, Fakülte Meclisi'nin Kurulması ve İlk Meclis Zabıtları”, Değerler Eğitim Dergisi, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/302527>, (E.T. 10.06.2022), s. 16.

Tedkikatı” adlı makalesindeki sırasıyla Kadim İbranilerin, Mısırlıların, İranlıların, Hintlilerin ve Antik Yunanlıların ceza yargılama usûllerine ilişkin bilgiler ve görüşler aktarılacaktır.

A. Makalenin Şekli ve Genel Değerlendirmesi

İsmail Ratip Bey’in “Usûl-i Cezaiyye Tedkikatı” adlı makalesinin orjinal metni beş sayfadan oluşmuş ve eserde herhangi bir dipnota, atfa ve kaynakçaya yer verilmemiştir. İsmail Ratib Bey’in eseri yazarken kadim medeniyetlerin kanunlarından, Tevrat gibi kutsal kitaplardan yararlanarak bu metni kaleme aldığı eserin içeriğinden anlaşılmaktadır; ancak metin içinde veya eserin sonunda herhangi bir kaynağa atıf yaptığı görülmemektedir. Makalede giriş, gelişme ve sonuç bölümlerine çok açık bir şekilde yer verilmiştir.

Hukuk, insanlığın ortak ihtiyaçlarının, aklının, ahlâkî değerlerinin ve temel hukuk ilkelerinin bir gereği olarak doğup gelişmiştir. Belirli hukuk kurallarının ve uygulamalarının varlığı tarihin bilinen en eski uygarlıklarında da görülmektedir. Bu durum ceza muhakemesi hukuku bakımından da aynen geçerli olmuş; eski çağlardan beri ceza yargılamaları usûlü, bütün milletlerde benzer esaslar göstermiştir. İsmail Ratib de makalesinin giriş kısmında, ceza muhakemesi usûllerinin tarihin ilk dönemlerinden itibaren çeşitli milletler ve kavimlerde aynı esası göstermiş olduğunu ortaya koymak ve yaşadığı dönemde de halen bazı usûllerin aynen geçerli olduğunu anlatabilmek adına bu incelemeyi yaptığını ifade etmiştir³³.

Yazar eserinde, Romalılar zamanına kadar milletlerin kanunlarında ceza hukuku ve muhakemesiyle ilgili az ve basit hükümler bulunmasına rağmen, yargılama usûllerinin her millette zamanla benzer şekilde çeşitlenip, gelişerek en iyi ve âdil ceza yargılaması usûlü elde edildiğini belirttikten sonra, sırasıyla ilk çağlarda İbranilerin, Mısırlıların, İranlıların, Hintlilerin ve Antik Yunanlıların ceza yargılama usûl-

³³ **İsmail Ratib**, “Usûl-i Cezaiyye Tedkikatı”, Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:1, Sayı:4, İstanbul, 1332 (1914), <http://ktp.isam.org.tr/?url=makaleosm/findrecords.php>, (E.T. 04.12.2022), s. 399.

lerini incelemiştir³⁴. Makalede anlatılanlara göre, her milletin kanunlarında ceza yargılama usûlleri ile ilgili belli kural ve hükümler var olsa da, aralarındaki fark, bazı milletlerin kanunlarının insan onuruna oldukça uygun ve çağdaş hükümler içerirken, bazılarının adaletten ve insanlıktan uzak, ağır cezaî hükümler içermesidir.

İsmail Ratib Bey'in makalesi değerlendirilirken, Kadim uygarlıkların ceza muhakemesi kuralları ve uygulamalarını günümüz anlamıyla değil, eserin yazıldığı zaman olan Tanzimat sonrası dönem, Osmanlı Devleti'nin son dönemleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Gerçi makalenin yazılmış olduğu dönem, Fransız İhtilali'nin insan hak ve özgürlüklerinin tanınması ve kabulünü sağlayan etkisiyle gerek Avrupa'da gerek Osmanlı Devleti'nde günümüzdeki anlamıyla, adil yargılama ile ilgili hakların, ilkelerin var olduğu bir dönemdir. O dönemde Osmanlı Devleti'nde uygulanmakta olan ceza kanunları, muhakeme usûlü, ilkeleri; dini etkinin bulunması, idam cezasının, kısas gibi suç ve cezalarının var olması hariç tutulursa, günümüzdeki kanun ve usûllere benzer ve çağdaş niteliktedir.

B. İbranilerin Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler

İsmail Ratib, makalesinde ilk olarak milattan önce 1075 yılından itibaren varlık gösteren bir millet olan İbranilerin ceza yargılama usûllerinden bahsetmiştir. İbranilerin ceza yargılama usûlleri ile ilgili oldukça olumlu bir tablo çizen yazar, milattan sonra on yedi yüzyıl uygulanan İbranilerin usûl ve kanunlarının, çağdaşı başka kanunların kabul etmedikleri insan haklarına dayalı hukuk kurallarını içerdiklerini ve bireylerin hukuki eşitliği esasını koyup kabul ettiğini belirtmiştir. İsmail Ratib, " *...bugün umumiyetle kabul edilmiş bulunan muhakematın şifahî ve alenî cereyanını ve bu suretle muamelat-ı tahkiki ve hükmün her gûne (türü) ilel (illetler) ve şüpheden mâsun ve hukuk-ı müdafaa ile tesirat-ı hükmiyeyi hasen muhafaza eyledikleri gibi bir ay müdafaa tarafının celb ve ahzarıyla teşkilini tarzı cereyan muhakemenin zabtını dahi usûl-i muhakemelerine vaz eylemişlerdi*" diyerek ceza

³⁴ İsmail Ratib, s. 399-403.

yargılamalarının sözlü ve alenî bir şekilde yapılması, hükmün her türlü şüpheden uzak bir şekilde verilmesi, yargılama faaliyetiyle ilgili tüm işlemlerin kayıt altına alınması gibi kuralların daha o zaman İbranilerde var olduğunu aktarmaktadır.

Sonrasında yazar, sanığa savunma hakkı tanınması, hâkimin tarafsız olması, tek şahitle hüküm verilmemesi, gerçeğin ortaya çıkarılması için her türlü araştırmanın yapılması gibi bugün de kabul edilen birçok usûl kuralını o dönemde İbranilerin muhakeme usûllerine getirdiğini ve uygulanmakta olduğunu “...İbraniler ...cânîlerin müstakillen tesis edilmiş bulunan cinayet mahkemesinde mevkûfen ve sûret-i kat’iyede olarak muhakeme olunmaları ve bilcümle muhakematda tarafeynin serbest-i hakk-ı müdafaasını (savunma hakkının serbestliği) ve şahid-i vahidle (tek şahitle) ita hüküm olunmamasını ve cinayetden mâda deâvinin bidayeten istinafen tedkikini ve ahkâm-ı kanuniyenin indelhace (ihtiyaca göre) heyet-i mahsusasınca tefsirini ve hükkamın bitarafılığı esasını ve infaz-ı hükümde dahi muamelat-ı vâkıânın zabt ve tahririni ...esaslarını usûl-i muhakemelerine derc ve tatbik eylemişlerdi” şeklindeki sözleriyle ifade etmiştir.

Yargılama sona ererken yapılan müzakerenin gizli olması, hâkimlerin müzakereden sonra oylarını bir gün etraflıca düşünmeleri ve aksi geçerli olmamak üzere mahkûmun lehine değiştirebilmesi, genellikle sanıkların lehine olan hükümlerin kabul edilmesi, kararların çoğunlukla kabul edilmesi ve beraat halinde derhal sanığın tahliye edilmesi gibi modern esasların da İbranilerin usûl muhakemelerine yerleştirmiş ve uygulanmış olduğu yazarın, “...hitam-ı muhakeme ile bugün cari olduğu bir şekilde müzakerenin hafien (gizli) cereyanını ve ancak hâkimlerin badel müzakere reylerini bir güne teemmül (etraflıca düşünme) ve aksi muteber olmamak üzere mahkûmun lehine tebdile ve mesela badel müzakere mücrimiyet (suçluluk) hakkında rey ita idildikten sonra ertesi günü bundan nükûl (vazgeçme) ile beraat kararı virebilmelerini ezcümle hususat sairede maznunların lehine olan ahkâmın kabulünü ve bilnetice kararların ekseriyetle ittihaz (kabullenme) ve tefhimini ve beraat halinde derhal tahliye-i sebile esaslarını usûl-i mu-

hakemelerine derc ve tatbik eylemişlerdi” ifadelerinden anlaşılmaktadır.

Yazarın bahsettiklerini doğru değerlendirebilmek adına burada makaleden bağımsız olarak Kadim İbrani hukuku ile genel bilgiler vermekte fayda vardır. İbrani hukukunda cezaların devlet tarafından yerine getirilmesi genel ilke olmakla birlikte, şahsi öç alma (intikam) uygulamasının da yaygın olduğu bilinmektedir. Birisini kasten öldüren kişi, intikamını almaları için, ölenin yakınlarına teslim edilirdi. Ancak bunun için suçlunun hakim huzurunda iki şahitle suçunun sabit olması gerekirdi. Suçlulara verilecek cezada esas ilke, ‘kısasa kısas’ ilkesidir. Tevrat’ta birçok suç türü ve karşılığında verilecek ceza sayılmıştır. Anne veya babasını döven, onlara hakaret eden çocuklar ölüm cezasına çarptırılırdı. Hırsızlıkta ceza, çalınan malın birkaç mislini ödemektir. Zina suçunun, güneşe veya aya tapma suçunun cezası ölümdür. Bir suça hayvan sebep olmuşsa, hayvanın da cezai sorumluluğu kabul edilmiş ve ceza olarak suç işleyen hayvanlar taşlanarak öldürülmüştür. Tevrat, cezaların şahsiliği ilkesini kabul etmiş, cezanın suçlunun yakınlarına uygulanmasını yasaklamıştır. Oğulları için babalar, babaları için oğullar öldürülmez. İbrani hukukuna göre bir yabancıyı öldürmek ceza gerektirmez³⁵.

İbrani hukukunda yargılama işi, Tanrı’ya ait bir faaliyet olarak görülürdü ve din adamları hakimlik yapardı. Tevrat’ta her şehirde hukuki ihtilaflara bakacak hakimler ve memurlar görevlendirilmesi emrolunmuştur. Çıkan uyuşmazlıkları çözmekle görevli haham-hakimler yanında, her şehrin kapısında bulunan, o şehrin yaşlılarından oluşan ve belli konularda yargılama yetkisi olan İhtiyarlar Heyeti’nin (Zekenim) bulunduğu bilinmektedir. Hafif ve basit suçlar bu heyetin önüne gelmekte, önemli suçlar din adamı hakimlere getirilmekteydi. Din adamı hakimlerin verdikleri kararlara karşı itiraz edilmez ve onlara karşı çıkanlara çok ağır cezalar verilirdi. Tevrat’ta yargılamanın nasıl yapılacağı ve yargılama usûlüne, delil ve şahitlik gibi

³⁵ Okandan, s. 186,-190; Kozak, s. 325-330; Ekinci, s. 225-227; Mahmud Esad Efendi, s. 174-177.

konulara ilişkin hükümler bulunmaktadır. Mahkemede delillerin en önemlisi şahitliktir. *On Emir*'de şahitliğin tam bir dürüstlük içinde yapılması gereği ve tek bir kişinin şahadetiyle karar verilemeyeceği belirtilmektedir. Bir kişinin atfedilen suçu işlediği ancak iki veya üç kişinin şahadetiyle ispatlanabilir. Delil olarak şahit yoksa yemin kabul edilmiş; yalancı şahitlik ağır suç olarak sayılmıştır. Tevrat'ta hakimlere hüküm verirken adaletli olmaları, kişilerin sosyal durumuna göre farklı muamele yapmamaları, yabancıların, yetimlerin haklarını korumaları, rüşvet almaktan kaçınmaları emredilmektedir³⁶.

Kadınlarla ilgili her durumda, kadının aleyhine bir ithamda bulunduğu, ispat yükü itham edene değil kadına yüklenmiştir. Örneğin zina suçunda kadının suçlu olup olmadığını belirlemek için kadına lanet getireceğine inanılan bir acı su içiriliyor ve bunun sonucunda kadın zarar görmezse suçsuz sayılıyordu³⁷. Bu durum Mezopotamya hukuk sistemindeki sınama/tecrübe uygulamasının İbranilerde de uygulanmakta olduğunu göstermektedir.

Makaleden İbranilerin usûl hukukunun, bulunduğu döneme göre oldukça gelişmiş olduğu anlaşılmaktadır. Yazar, ceza yargılamalarının alenî bir şekilde yapılması, sanığa savunma hakkı tanınması, hükmün her türlü şüpheden uzak bir şekilde verilmesi, hâkimin tarafsız olması, tek şahitle hüküm verilmemesi, gerçeğin ortaya çıkarılması için her türlü araştırmanın yapılması, genellikle sanıkların lehine olan hükümlerin kabul edilmesi, kararların çoğunlukla kabul edilmesi ve beraat halinde derhal sanığın tahliye edilmesi, yargılama faaliyetiyle ilgili tüm işlemlerin kayıt altına alınması gibi modern hukuk uygulamalarının İbranilerin usûl muhakemelerinde yer almasını İbranilerin ileri bir medeniyete sahip olmaları, her geçen gün hukuk alanında kendilerini geliştirmelerine ve insanlığa olan saygılarına dayandırmaktadır.

Diğer hukuk tarihi eserlerinde İbranilerin hukuku hakkındaki bilgiler incelendiğinde de yazarın tespitlerinin birçok noktada doğru ve haklı olduğu görülmektedir. Ancak makalede yer alan 'İbranilerin

³⁶ **Ekinci**, s. 212, 213; **Okandan**, s. 191, 192; **Kozak**, s. 346-350.

³⁷ **Mahmud Esad Efendi**, s. 177, 178; **Kozak**, s. 349.

usûl ve kanunlarının, çağdaşı başka kanunların kabul etmedikleri insan haklarına dayalı hukuk kurallarını içerdiklerini ve bireylerin hukuki eşitliği esasını koyup kabul ettiği' ifadesi çok iddialıdır. İsmail Ratib Bey'in ifade ettiği gibi İbranilerin bireylerin hukuki eşitliği esasını tam olarak getirmiş olduğu hususu çok doğru görünmemektedir. Çünkü, İbrani hukukuna göre, kişiler arasında hukuki eşitlik kabul edilmemiş; kişiler önce hür ve köle olanlar şeklinde ikiye; hürler ve köleler de kendi içlerinde, Yahudi olanlar ve olmayanlar diye iki ayrı kategoriye ayrılmıştır³⁸. İbranilere göre, hukuk kuralları, insan haklarına dayalı dini hükümler, hukuki eşitlik sadece üstün toplum olarak kabul edilen İbraniler için geçerlidir; bu durum inanışları gereği, Yahova (Tanrı) ve İbraniler arasında gerçekleşen bir anlaşma sonucu elde edilmiştir³⁹. Ayrıca İbranilerde kadınların erkeğe tabi olduğu anlayışı hakimdi; kadın, kendi başına mahkemeye başvurup, hakkını talep edemezdi. Bu sebeplerle, hukuki anlamda bireylere eşitlik sağlandığı düşünülemez. Tanzimat sonrası dönem Osmanlı Devleti'nde herkesin eşit bir şekilde mahkemeye başvurarak hakkını arayabilme imkanı bulunmaktaydı. Aynı zamanda İbrani hukukunda şahsi öç alma (intikam) uygulamasının var olması, anneye, babaya hakaret etme gibi daha hafif yaptırımlara tabi olması gereken suçların ölümle cezalandırılması, verilen kararlara karşı itiraz edilememesi, sına/tecrübe uygulamasının ve işkencenin delil elde etmede kullanılması 'insan haklarına dayalı hukuk kuralları' kapsamında değerlendirilemez. Bu tür insani görülemeyecek hukuk uygulamalarının Tanzimat Dönemi'nde Osmanlı Devleti'nde fermanlar ve kanunlarla kesin bir şekilde yasaklanmış olduğunu; 1914 tarihinde Osmanlı'da bulunmadığı belirtilmelidir.

C. Eski Mısır Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler

İsmail Ratib, İbranilerden sonra yine milattan önce 3100 yıllardan itibaren varlık gösteren Mısırlıların usûl kurallarından olumlu bir şekilde bahsederek yazısına devam etmektedir. Yazar, Mısırlıların

³⁸ Okandan, s. 178; Kozak, s. 303.

³⁹ Okandan, s. 170.

Acemlerin istilasına kadar uygulanan kanunlarında ve muhakeme usûllerinde, zulüm ve haksızlığı kabul etmeyerek muhakeme ve savunmanın alenen ve yazılı olarak icrası ve müzakerenin gizli yapılması ve kararların yüze karşı okunması gibi usûllerin bulunduğunu belirterek, katl, hırsızlık ve zina gibi suçları yasakladıklarını, “...ilin ahkâm-ı kanuniyeleri Acemlerin istilasına değin meri olan, ...Mısırîlerin usûl-i muhakemeleri dahi zulüm ve itisafî (haksızlığı) kabul itmeyerek muhakeme ve müdafaanın alenen ve tahrîren icrâsını ve müzakerenin hafiyen (gizli) cereyanını ve kararların usûlleri vechle tefhimini ol zamana kadar nazar-ı dikkate alınmayan hamile kadınlar hakkında muamelat-ı istisnâiyeyi kabul itmişti. Ahkâm-ı cezaiyyeleri cerâimin mâhiyetleri her kavimde mütebeddildi (değişirdi). Mamafî Mısırîler katl, sirkat ve zinayı kanunen e’al-i memnûadan (yasak filler) ad eylemişlerdi” sözleriyle ifade etmiştir.

Yazarın söylediklerini değerlendirmeye geçmeden önce, Eski Mısır hukuku ile ilgili genel bilgilere burada yer vermek gerekmektedir. Ünlü Yunan tarihçi Heredotos, firavunların hükümdar oldukları Mısır’da mükemmel bir adalet dağıtımının gerçekleştirildiğinden bahsetmektedir. M.Ö. 1800’lere ait olduğu bilinen bir edebi metinde, Mısır’da en basit köylünün bile yüksek kademelerde ve bizzat kralın karşısında hak arayabildiğini anlatmaktadır. Mısır kanunlarının dayandığı anlayışa göre, köleler hariç herkesin serveti ve sosyal durumu ne olursa olsun, kanun karşısında eşit olarak görülmelidir. Hukuki ehliyet bakımından vatandaşlar birbirine eşit kabul edilmiştir. Kadim Mısır hukuk sisteminde kadınlar da oldukça önemli haklara sahipti; mahkemelerde şahitlik yapma, boşanma davası açma gibi haklar kadınlara tanınmıştı⁴⁰.

Mısır hukukunda cezalandırma, devlete ait bir yetkidir ve şahsi intikam yasaklanmıştır. Çağdaşı diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak Kadim Mısır’da suçlular devlet tarafından da takip edilmiştir. Kadim Mısır’da en eski zamanlarda bile intikam uygulaması görülmemektedir; suçlular devlet organları tarafından yargılanıp, cezalan-

⁴⁰ Kozak, s. 245, 246; Okandan, s. 86; Mahmud Esad Efendi, s. 58.

dırılırdı. Ancak Mısır hukukunda suçlu cezalandırılırken, sık sık, suçlunun tüm aile üyeleri de cezalandırılırdı. Örneğin, biri çalışma angaryasını ihmal ederse bütün ailesi hapsedilebilirdi. Adam öldürme⁴¹, hırsızlık, zina, bir hayvanı kasten öldürme, vergi kaçırma, iftira gibi suçların çok sert cezaları (genellikle idam) bulunmaktaydı. Ancak ilerleyen zamanlarda (M.Ö. 8. yüzyılın başında) suçlunun ıslah edilmesi amacıyla hareket edilerek, ölüm cezaları kaldırılmaya başlandı ve ölüm cezasının yerini angarya cezaları aldı⁴².

Yargı teşkilatının başında kral vardır ve doğrudan veya yargıçları aracılığıyla bu görevini icra ederdi. Son derece önemli suçlarda firavun ya bizzat karar verir ya da karar vermesi için özel hakimler heyetini görevlendirirdi. Önemli birçok konuda yargılama görevini firavun adına veziri yerine getirirdi. Vezirlerin her şeyin kanuna uygun yapılmasını sağlama, fertlerin hakkını koruma, adaletin sağlanması, kazai işlerde mutlak bir tarafsızlık göstermek gibi görevleri bulunmaktaydı. Merkezde yüksek bir mahkeme (Divan-ı Âlî) bulunur ve yargılama burada yazılı olarak yapılırdı. Taraflar iddialarını yazılı olarak bildirir, iddialara karşılık verilen cevaplarda yazılı olurdu. Mahkeme üyeleri dosya üzerinden gizli olarak müzakerede bulunurdu. Her eyalette, orasının ileri gelenlerinden oluşan ve valinin başkanlığında bir eyalet mahkemesi kral adına davaları görürdü. Eyalet mahkemelerinde de yazılı yargılama usûlü vardı; davacı dilekçe ile başvurur ve mahkeme, dava dosyası üzerinden inceleme yaparak karar verirdi. Merkezde bulunan yüksek mahkeme, temyiz mahkemesi olarak çalışırdı ve eyalet mahkemesi kararlarına karşı krala başvurulurdu. Yüksek mahkeme üyeleri hakimlik mesleğinden kimseler olurdu. Bu mahkeme üyelerinin her türlü müdahaleden uzak olarak, tarafsız bir şekilde görev yapmaları için her türlü tedbir alınır; kendi amirlerinden emir gelse bile dikkate almayacaklarına dair krala teminat verilerdi. Üyelerden bazıları tahkikat yapar; bazıları kararı hazırlardı.

⁴¹ Anasını veya babasını öldürenler dikenler içine atılarak veya yakılarak öldürülürdü (Mahmud Esad Efendi, s. 62; Kozak, s. 260).

⁴² Kozak, s. 245-247; Okandan, s. 95, 96; Ekinci, s. 41; Mahmud Esad Efendi, s. 57, 62.

Mahkeme duvarlarında tedvin edilmiş kanunlar sekiz levha halinde yazılı olarak bulunurdu⁴³.

Yüksek mahkemede de eyalet mahkemelerinde de yargılama benzer şekilde yapılırdı. Yargılamada hem davacı hem davalı kendi delillerini mahkemeye sunmak durumundaydı. Hakim genellikle eldeki delillere ve tarafların ifadelerine göre kararını verirdi. Başka delil bulunmazsa taraflara yemin teklif edilirdi. Ceza davalarında, davacının talep ettiği ceza ve tazminat miktarı mahkemeye yazılı olarak bildirilirdi. Bu dilekçe üzerine sorgu hakimi, tarafları çağırır; onların iddia ve savunmalarını, varsa şahitlerini dinlerdi. Sorgu hakimi, tüm bu beyanları kayda alarak, delillerle birlikte dosyasını tamamlayarak bunu mahkemeye intikal ettirirdi. Mahkeme üyeleri bu dosya üzerinden inceleme yapar ve gizli olarak verdikleri kararı, gerekçe göstermeksizin, dava dilekçesinin altına evet/hayır, olur/olmaz şeklinde bir ibare yazarak belirtirlerdi. Kadim Mısır hukukunda, suçun ortaya çıkarılması için sanığa işkence edilmesini uygun görmekteydi. Ancak buna rağmen, dönemine göre adalet mekanizmasının durumu çağdaş ülkelerden daha iyi haldeydi⁴⁴.

Eski Mısır’da, iki dereceli mahkeme sisteminin varlığı dava ile ilgili evrakların tebliğini sağlayan bir teşkilatın bulunması, aralarında derece ve mevki farkı bulunan personellerin yargı mercilerinde yer alması başarılı bir adli teşkilatlanmanın var olduğunu göstermektedir.

İsmail Ratib Bey, Mısırlıların muhakeme usûllerinde adalet ve hakikati açığa çıkarmak için gerekli olan kuralların yer almış olmasını, medenîleşme alanında üst dereceye ulaşmış bir toplum olmalarına bağlamaktadır. Yazarın Eski Mısır’la ilgili verdiği bilgiler ve değerlendirmelerin doğru olduğu ortadadır. Eski Mısır’da kişilerin hak ve özgürlüklere sahip birer hukuki varlık olarak kabul edilmesi, herkesin hakkını mahkeme önünde arayabilmesi bu uygarlığın gelişimiyle paralel hukukunun da gelişmiş ve ileri bir düzeyde olduğunu göstermek-

⁴³ **Okandan**, s. 85, 97, 99; **Ekinci**, s. 41, 42; **Kozak**, s. 263; **Mahmud Esad Efendi**, s. 63.

⁴⁴ **Okandan**, s. 97, 100; **Kozak**, s. 264; **Mahmud Esad Efendi**, s. 62-64.

tedir. Ayrıca kadınların, çağdaşı hukuk sistemlerinden farklı olarak kocadan bağımsız olarak haklarının var olması, hukuki özgürlüğe sahip olmaları oldukça dikkat çekicidir. Elde edilen bilgilere göre, Eski Mısır uygarlığının hukuk kuralları İbrani hukukundan daha insancıl ve adil görünmektedir.

Şüphesiz, 1914 tarihindeki Osmanlı hukukuna göre de modern sayılamayacak bazı uygulamalar Eski Mısır hukukunda bulunmaktaydı. Bazı hallerde suçlunun tüm aile üyelerinin cezalandırılması, suçların çok sert cezalarının olması, işkence uygulaması, kararların gerekçesiz olması gibi olumsuz uygulamaların bulunması var olduğu dönem bakımından olağan sayılmalıdır. Yazar, eserinde bu tür olumsuzluklardan bahsetmemiştir. Eski Mısır'ın dönemi içinde değerlendirildiğinde, bu istisnai uygulamalara rağmen, yazarın da belirttiği gibi, çağdaşı ülkelerden adalet fikri ve muhakeme usûlleri bakımından çok ileri gitmiş ve üst dereceye ulaşmış bir toplum olduğu sonucu çıkmaktadır.

Ç. Kadim İnan ve Hint Hukuklarına İlişkin Değerlendirmeler

Makalede, kadim İnan ve Hint hukuku için ise olumlu bir tablo çizilmemekte, bu iki milletin ceza yargılama usûllerinin adil olmadığından bahsedilmektedir. İsmail Ratib, "*Milletlerin kabiliyeti temeddiîniye ve ilmiyelerinin derecesini irâeden usûl-i muhakemat-ı cezaiyye, kadim İnanilerde de hukuk-ı ictimaiye siyanet (korunma) ve muhafaza olunmadığı cihetle hiçbir zaman pâyidar olamayan muâmelat-ı indiyeye keyfiyeye münkalib olmuş, ahkâm-ı adilane yerine hiç arzu edilmeyen zulüm ve işkencenin cereyanına bir zemin-i münbit ihzar eylemişdi*" sözleriyle kadim İnanlılarda hukukun sağlam ve sürekli olamayan, taraflı, şahsî ve keyfi işlemlere dönüştüğünü, kanunların ise, hiç istenilmeyen zulüm ve işkencenin oluşumuna uygun bir zemin hazırladığını anlatmaktadır.

Hintlilerin de tarihi süreçte hukuk teorisi ile çağdaşan ve adaletli bir usûl muhakemesi geliştirememiş olduklarından ise, şöyle bahsedilmiştir: "*İslamın bir aralık istilasına tarihine değin Hindilerde dahi tagallüb (zorbalık) ve zulüm ve itisafıyla (yolsuzluk, haksızlık) beraber*

yine hukuk ve ceza için bir usûl-i muhakeme meri ve bununla şuhûdün emir tahlifi (yemin etme) ve şehadete binaen (görgü tanıklığına dayalı) hüküm edilmesi cârî edilse de esas itibarıyla nazariyat-ı usûliyeden külliyyen beri olan bu usûlün ilm-i hukuk nokta-i nazarından şayan tedkik ve mütalaa bir cehti (çabası) mevcud değil idi. Ancak istilâ-yı İslâm zamanında şeriat-ı İslâmiye hakim olmuş ve fakat istilanın hüküm ve idaresi nihayet bulunduğu tarihten sonra şeriat-ı Ahmediye'nin kavâid ve usûl-i adilânesi unutulmuş ve İngilizlerin hakim ve idareleri ve hatta ondan sonra bile birçok hukuken gayrı makbul ve muteber usûller devam edegelmişti.” Burada Hintlilerde, sadece İslam'ın bir ara yayıldığı dönemde İslam Hukuku kurallarının uygulandığı zaman hariç olmak üzere, ceza yargılamalarında zorbalık, zulüm ve yolsuzluğun hakim olduğu; hukuken kabul edilebilir olmayan ve adalete aykırı birçok usûlün uygulandığı anlaşılmaktadır.

Değerlendirmeye geçmeden önce bu kadim uygarlıkların da ceza usûl hukuku hakkında bilgi edinmek uygun olacaktır. Kadim İnan ve Hint hukuku ile ilgili genel bilgiler şu şekildedir:

Kadim İnan hukukunda cezalar çok ağırdı ve isyan suçunda suçlunun ailesi de cezalandırılırdı. Burada cezaların şahsiliği ilkesine aykırı uygulamaların olduğu ve kollektif cezalandırmanın var olduğunu bize göstermektedir. Cinayet gibi suçlarda, kişinin çok yakınları için “intikam” uygulamasına izin verilmişti; ölüm cezasının infazında mağdurun yakınlarına öç alma imkanı tanınırdı. Hırsızlık, hainlik, tecavüz, kuyuları kirletme gibi birçok suçun cezası, idamdı. Merkezde en yüksek hakim hükümdardı ve yılda iki kez aleni yargılama yaparak halkın davalarını bizzat dinlerdi. Devlet düzenine karşı yapılan suçlar söz konusu ise, yargılamayı bizzat hükümdar yapardı. Her nahiyede bir hakim vardı ve hakimler, *môbed* denilen ruhanilerden atanırdı. Môbedler, halktan günahlarına karşılık, günahlarından onları arındırmak için nakdi ceza miktarları belirler ve toplarlardı. Yargılamada en önemli delil şahitti; eğer delil bulunmazsa suya atma, kızgın demir tutturma gibi adli yöntemlere başvurulurdu. İşkence, önemli bir delil elde etme yöntemi olarak görülmüştü. Mahkemede suçlunun sosyal durumu dikkate alınırdı. Yargılama bitince hiçbir gerekçe bildirmek-

sizin karar ilan olunurdu. Kadim İnan devletlerinde halk dört sınıfa ayrılmıştı; en alt sınıf olan köylülere hiçbir hak ve özgürlük tanınmamıştı. İnan hukukunda suçlara karşılık verilen cezalar oldukça ağırdı; hırsızlık suçu işleyen kişiler bile ölüm cezasına çarptırılırdı; idam cezalarının uygulanış şekilleri (taşlanarak öldürme, çarpmıha gerilme gibi) de pek insani değildi⁴⁵.

Kadim İnan hukukunda olumlu uygulamaların olduğu da bilinmektedir. Hükümdarın yargılama görevlerinin hak ve adaletle gerçekleşmesi konusuna büyük önem verdiği görülmektedir. Hükümdar, görevlendirilen hakimlerden adaletle hükmetmelerini ister, adalete aykırı, keyfi karar veren hakimler hakkında şiddetli cezalar verirdi. Rüşvet aldıkları anlaşılan hakimler idam ettirilerek, yüzülen derileri oturdukları koltuklara kaplatılırdı. Hükümdar, hakimlerin aceleyle şiddetli cezalar vermesini istemezdi. Suçluların, işledikleri ilk suçtan dolayı en ağır cezaya çarptırılması uygun görülmez; suçlanan kişinin iyilikleri kötülüklerinden fazla ise daha hafif cezalar verilmesi istenirdi. Suç işleyen kişinin hal ve davranışlarında hafifletici sebepler varsa bunu ortaya çıkarıp, suçlunun lehine bir faktör olarak değerlendirilmesine çalışılırdı. Ayrıca hukuki hayatta, İbranilerden farklı olarak, kadınlara daha çok hak tanınmıştır. Kadın-erkek arasında hukuki eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır. İnan'da kadın kocasının mutlak otoritesini tanımakla birlikte, aile kurumunda kadına şerefli bir mevki verilmiştir. Aynı zamanda yabancılara da adaletli yaklaşıldığı, kendi din ve kültürlerini yaşamalarına izin verildiği bilinmektedir⁴⁶.

Hint hukukunda da yargılama yetkisi krala aitti; mahkemelerde genellikle kast sistemindeki en üst sınıf olan Brahmanlar hakimlik yapardı. En önemli delil şahitlikti; ancak her sınıf kendi sınıfına karşı şahitlik yapabiliyordu. İnan hukukunda kadınlara verilen değere, Hint hukukunda rastlanmaz; kadınların şahitliği kabul edilmez. Kadın-erkek arasında hukuki eşitlikten söz edilemez; kadına mülkiyet, bo-

⁴⁵ **Arsal**, s. 71, 73,75; **Ekinci**, s. 78; **Okandan**, s. 214, 218-225; **Mahmud Esad Efendi**, s. 162, 168-170; **Kozak**, s. 392, 393, 401, 402.

⁴⁶ **Arsal**, s. 71; **Kozak**, s. 380, 404; **Okandan**, s. 218, 225.

şanma gibi hiçbir hak tanınmamıştır. Hakim yargılama yaparken sınıf farkına göre hareket eder üst sınıflara nazik; alt sınıflara daha zorba davranırdı. Şahit yoksa hakim taraflara yemin teklif edebilirdi. Delil yoksa adli tecrübeye (deneme uygulamasına) başvurulurdu; bu tür uygulamaların yapılması gereği Manu Mecellesi’nde de yer almıştı. Örneğin, şüphelinin eline kızgın demir verilir, tutabilirse masumdur; kaçırılan bir kadın iffetini koruduğunu ispat için şahitler huzurunda yakılan bir ateşe girer, yanmazsa masumdur; şüpheliye zehirli ot yedirilir, ölmezse masumdur gibi uygulamalara başvurulurdu. Manu Mecellesi’nde cezaların çeşitleri, kime nasıl uygulanacağı düzenlenmiştir. Suçluların mutlaka kanunda öngörülen yaptırıma uygun şekilde cezalandırılması gerektiği düzenlemelerde ısrarla belirtilmiştir. Belirlenmiş olan cezanın verilmesinde krala bile takdir yetkisi tanınmamıştır. Hint hukukunda cezalandırmada kanunilik ilkesine dikkat edilmiştir; üst sınıflara insani cezalar verilmiştir. Ceza miktarı sınıflara göre değişmekteydi ve alt sınıfların ağır cezalara (köpeklere yedirilme, etlerin parça parça kesilmesi, diri diri yakma gibi) çarptırıldığı bilinmektedir. Üst kasttan birini öldürmek idamla cezalandırılırken; alt kasttan birini öldürmenin cezası cüz’i bir miktar para cezası olmuştur. Alt sınıflardan biri Brahman sınıfındaki birine hakaret ederse cezası işkence edilerek öldürülmektir⁴⁷.

Veda’da yer alan bilgilere göre, mahkemelerde görülecek davalarda taraflar delilleri mahkemeye sunmalıdır. Hakim, savunmalarını yapabilmeleri için davalıya belli bir süre vermelidir. Mahkemede zabıt tutulup, iddia ve savunmalar bu zapta geçirilmelidir. İşkence, suçun itiraf etmek için başvurulmuş bir yol olmuştur. Muhakeme süreci, sözlü şekilde ve tarafların münazara yapmaları biçiminde olmuştur⁴⁸.

İsmail Ratib Bey, makalesinde Kadim İran ve Hint hukuku için ise olumlu bir tablo çizmemekte, bu iki milletin ceza yargılama usûllerinin adil olmadığından bahsetmektedir. Yazar, hem Hint hukuku hem

⁴⁷ **Arsal**, s. 41, 42; **Ekinci**, s. 88; **Okandan**, s. 60, 67-72; **Mahmud Esad Efendi**, s. 140-142; **Kozak**, s. 475, 478, 490, 493.

⁴⁸ **Okandan**, s. 72; **Mahmud Esad Efendi**, s. 150; **Kozak**, s. 487, 488.

İran hukukunda zulüm, zorbalık, adalete aykırı uygulamaların varlığından bahsederek, her iki hukuk sistemini bir tutmaktadır. Yazarın belirttiği hususlar doğru olmakla birlikte, her iki hukuk sisteminin aynı derecede adaletsiz ve zorba olduğu kısmına katılmak mümkün değildir. Kadim İran hukukunda ağır cezalar, işkence gibi delil elde etme yöntemleri, kollektif cezalandırma, intikam uygulaması, kişiler arasında hukuki eşitsizlikler söz konusu olsa da, adalete aykırı karar verilmesinin yasaklanması, yabancılara ve kadınlara haklar tanınması, cezada hafifletici sebepler gibi olumlu ve adil sayılabilecek yargılama usûllerinin de var olduğu görülmektedir. Kadim uygarlıkların hukuk uygulamalarını kendi dönemleri içinde, o dönemin koşullarına göre değerlendirmek gerekse de Hint hukukunun uygulamalarının İran hukukuna kıyasla daha garip ve rahatsız edici olduğunu söylemek mümkündür. En başta kast sisteminin olması her açıdan hukuki eşitliği ve adil yargılamayı zedeler niteliktedir. Kadim İran hukukunda kadına verilen değer de Hint hukukunda söz konusu değildir.

D. Eski Yunan Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler

1. Genel Olarak

Makalenin son bölümünde ayrıntılı olarak Kadim Yunanlıların ceza yargılama usûlleri ve kanunlarından bahsedilmiştir. Burada ilk olarak, Kadim Yunanlıların, insanlığa büyük eserler bırakmalarına, güzel sanatlar ve şiir ile felsefede gösterdikleri zekâ ve başarıyla dünyaya hizmet etmelerine rağmen, tabiatları gereği, hukuk ilmi gibi ciddi bir bilim dalıyla uğraşamamış ve ceza muhakemesi usûlüyle ilgili gelişmiş kurallar koyamamış olmalarından ve de Eski Yunan'da, Atina halkıyla yabancılara ve aynı sınıfa mensup olmayan kişilere farklı hukuk uygulandığından söz edilerek genel bir giriş yapılmıştır. Eserde daha sonra Eski Yunan'da hüküm sürmüş olan iki imparatorundan ve onların usûl kanunlarından örnekler verilerek bir kıyaslama yapılmıştır. Makalenin bu bölümünü değerlendirmeye geçmeden önce, ayrı bir başlık açarak, eserde sıkça adları geçen kanun koyuculardan (Likurgos, Drakon ve Solon) ve Sparta ile Atina Devletleri'nin hukuku hak-

kında bilgi vermenin konunun anlaşılması adına daha faydalı olacağı düşünülmektedir.

2. Likurgos, Drakon ve Solon Kanunları ile Sparta ve Atina Devleti Hukuku Hakkında Genel Bilgiler

Likurgos (M.Ö. 800-730), Sparta Devleti’nin ve toplumunun kurucusu olarak kabul edilen yönetici olup, kanun koyucu özelliği ile tarihe geçmiştir. Herodot ile Ksenofon’un kaynaklarında adı geçen bu hükümdar, şehirde ordunun egemen olduğu bir yönetim ilân etmiştir. Sparta, esas amacı savaş için hazırlanmak olan, düzen ve emniyet uğruna kişi hürriyetlerini yok sayan savaşçı bir sitedir. Likurgos’un, toplumsal çürümeye cevap aramak amacıyla medeniyetin beşiği Mısır’ı, Ortadoğu’yu ve Girit’i dolaşıp, oradaki toplumları inceledikten sonra dönüp, öğrendiklerini ülkesinde uyguladığı bilinmektedir. Likurgos Kanunları ve Sparta toplum yapısının bu şekilde ortaya çıktığı düşünülmektedir. Likurgos, kanunlarının hiçbirini yazıya döktürmemiş; çünkü kuralların uygulanması ve yerleşmesinin, halkın bu yönde eğitilip, bunların gelenek ve törelere işlemesine bağlı olduğunu savunmuştur. Bu kanunlar değişmez kabul edilmiştir. Kanunları ancak Likurgos’un ölümünden sonra yazılı hale getirilmiştir⁴⁹.

Drakon (M.Ö. 650-600), Atina’nın ilk kanun koyucusu olarak kabul edilmektedir. Drakon M.Ö. 621 yılında, Atina’da halk arasında yaygın olan teamül kurallarını tedvin etti; böylece halk kanunları öğrendi. Bu düzenlemeden sonra davalar elli hakimden oluşan meclislerde görülmeye başlandı. Drakon kanunları esas itibariyle ceza hukuku alanında etkili olmuş; kanunlarda sadece kasten cinayet için değil, düşük değerdeki hırsızlık suçları için bile idam cezası öngörülmüştür. Drakon kanunları çok şiddetli cezalar içermiş olmalarıyla meşhurdur. Plutarkhos, Yunanlıların “Drakon’un kanunlarını mürekkeple değil kanla yazdığını” söylediklerini nakletmektedir. Kanunda borcunu ödemeyen kişinin köleleştirilebileceği de öngörülmekteydi.

⁴⁹ Yavuz **Özdemir**, “İlk Cumhuriyet ya da Sparta’yı Anlamak”, KKEFD, Sayı:15, 2007, s. 382; Spartada Mükemmel Toplum Likurgos Yasaları, Derleyen ve Çeviren Sadık Usta, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2005, s. 11; **Arsal**, s. 88, 155; **Ekinci**, s. 140, 141.

Drakon kanunları, soylulardan yana olup, diğerleri için oldukça ağır hükümler içermekteydi⁵⁰.

Solon (M.Ö. 640-560) ise, yedi bilgilerden biri olarak kabul edilen Atinalı devlet adamı, kanunkoyucu, hakim, şair ve filozoftur. Her sınıftan halkı koruyan, hak aramasına yardımcı olan Solon M.Ö. 593 yılında adıyla anılan yenilikçi ve adaletli bir kanun hazırlamıştır. Solon kanunları, kadim zamanlar için hukuk alanında yapılan büyük bir ilerleme olarak görülmektedir. Solon kanunları, dönemi içinde diğer toplumlar arasında da önemli bir şöhret yakalamıştır. Adaleti ön planda tutan Solon, borçlunun borcunu ödeyememesi nedeniyle köle sayılacağı kuralını kaldırmış, yurttaşları gelirlerine göre dört sınıfa ayırmış, halk mahkemeleri kurmuş, para sisteminde ve geleneklerde reformlar yaptırmıştır. Ayrıca Solon kanunları ile babaların kızlarını satma hakkı da ortadan kaldırılmıştır. Solon, meydana getirdiği eserin yaşamasını istediği için, kanunları tahta levhalar üzerine yazdırtmıştır. Solon bu yeniliklerin ardından Atina halkının bu kanunlara uya- caklarına dair yeminini de aldıktan sonra, kolayca tiran olabilecekken aktif politikayı bırakarak, başka kültürleri ve halkları tanıma amacıyla Anadolu'ya, Mısır'a ve Kıbrıs'a gitmiştir. Solon, hukuk alanında fakir- leri gözetmiş, köylü-şehirli, zengin-fakir ayrımı olmaksızın istisnasız herkese hakkını koruyabilmesi için mahkemeye başvurma imkânı tanımıştır. Solon kanunlarıyla fakirler sınıfı dahi halk mahkemelerin- de oy kullanarak hakimlik yapma hakkına sahip olmuştur. Solon, sos- yal dengeyi kurmaya çalışarak, zengini korumadığını, halka haysiyeti- ne uygun bir hakimiyet bahsettiğini dile getirmiştir. Bütün yurttaşlara yöneticilerin kararlarına karşı, bir üst mahkemeye başvurma ve mah- kemelerde dava açma hakkını tanımış; acımasız *Drakon* kanunlarını büyük ölçüde değiştirerek insanî hale getirmiştir. Birtakım değişiklik-

⁵⁰ Ronald S. **Stroud**, "Drakon's Law on Homicide", <https://www.atticinscriptions.com/inscription/IGI3/104>, (E.T. 05.06.2022); **Ekinci**, s. 123; **Arsal**, s. 87.

lere uğramakla birlikte Solon kanunları, Atina’da M.S. 5’inci yüzyıl sonuna kadar uygulanmıştır⁵¹.

Antik Yunan hukukunu etkileyen bu üç önemli kanunkoyucudan bahsettikten sonra Sparta ve Atina devletlerinin hukuku hakkında da burada bilgi vermekte fayda vardır. Sparta’da vatandaşlık hakkı çok sınırlı bir zümrenin elindedir; yerli halk (*hilot*) esir derecesindedir. Bütün medeni haklar sadece vatandaşlara verilir. Likurgos zamanında halkın onda biri vatandaşlık hakkına sahipti. Yabancılar da hiçbir hakka sahip değildir ve mahkemeye başvuramazlar. Sparta teşkilatı, kişilere hiç değer vermemiştir; her alanda devlet müdahalesi söz konusudur. Sparta senatosu, hem kral divanı hem yüksek mahkeme olarak çalışmıştır. Sparta’da ilginç cezalar vardır. Örneğin, altın ve gümüş kullanmak, şişmanlık, açılık yapmak, evlenmemek suçken, zina, hırsızlık suç sayılmamıştır. Yerli halkın (*hilotların*) malını çalmak kahramanlık türü olarak görülmüştür. Yerli halktan birini öldürmek suç sayılmaz. İdam cezası ise nadiren uygulanmıştır. Sparta’da suçlar için belirlenmiş cezalardan biri, karısını başkasına takdim etmektir⁵².

Atina’da adli memurların görevi tahkikat yapmaktır; kararı halk mahkemeleri vermektedir. Bazı suçlar hariç tutulduktan sonra, bütün cezai işlere bakmak üzere halk mahkemeleri kurulmuştur; böylece dava işleri halk eline bırakılmıştır⁵³. Bu husus, hukuk bilgisi ve eğitimi olmayan kişilerce davaların karara bağlanması bakımından eleştirilmiştir. Davalar, mağdurun veya herhangi bir vatandaşın şikayeti üzerine başlardı; şikayet olmadıkça devlet kendiliğinden harekete geçmezdi. Adli teşkilatın en üstünde *areopagus* (aile reislerinden oluşan geniş yetkilere sahip bir meclis) bulunurdu. Bu meclis, öldürme, yaralama, kundakçılık gibi önemli suçlara bakardı. Suç mağduru, adli me-

⁵¹ **Türk ve Dünya Ünlüleri Ansiklopedisi**, Anadolu Yayıncılık, İstanbul, 1983, Cilt:10, s. 230; **Arsal**, s. 87, 92-97; **Ekinci**, s. 124, 127; **Okandan**, s. 254; **Mahmud Esad Efendi**, s. 251.

⁵² **Arsal**, s. 157-166; **Ekinci**, s. 141-144; **Okandan**, s. 271, 292.

⁵³ Hukuk tarihinde dava işlerinin doğrudan doğruya halkın eline bırakılması ilk defa Atina’da görülmüştür (**Arsal**, s. 116).

murlara (Arhont'a) başvurur⁵⁴, onlar üç ay içinde üç defa tahkikat yapar ve davayı meclise havale ederdi. Üç gün süren yargılamada davacı ve zanlının iki kere söz söyleme hakkı vardı. İsteyen herkesin katılımına açık olarak yapılan yargılamada mahkeme üyelerinin gizli oylaması sonucu karara varılır; karar, alenen ilan olunurdu. Hakaret veya hakları tecavüze uğramış olan bir vatandaşın herhangi bir diğer vatandaş tarafından savunulabilmesi Solon kanunlarıyla mümkün kılınmıştır. Solon tarafından kurulan *Heliaia* adı verilen beşyüz kişilik halk meclisi ise diğer mahkemelerden gelen davalara istinaf yoluyla bakardı. Vatandaşlar bu mahkemeye ilk derece mahkemesi olarak da başvurabilirdi. Üyeleri otuz yaşını geçmiş Atina vatandaşlarından oluşurdu; burada verilen kararlar kesindi. Atina'da terzili (tehsir, sürgün gibi cezalar), cismani ve nakdi cezalar olmak üzere üç çeşit ceza vardı. Atina'da en yaygın ceza Solon'un koyduğu nakdi cezalardı. Atina ceza kanunları oldukça orantılı, makul ve mantıki esaslara dayanmaktaydı⁵⁵.

Atina'da cezaların şahsiliği ilkesine uyulduğu bilinmektedir; bir şahsın işlediği suçtan dolayı (müsadere cezası hariç) akrabaları sorumlu tutulmazdı. Atina'da hukukun her alanında kanun hakimiyeti vardı. Atina'da bulunan yabancılar, birçok medeni hakka sahiptirler ve davaları yüksek devlet görevlileri nezdinde görülmekteydi. Atina'da kadınlar daimi bir velayet altındadır ve kadın, vasisinin yardımı olmadan hiçbir hukuki muamelede bulunamazdı. Halk mahkemelerinin kararları sözlüydü; bu mahkemelerde zabıt tutulmaz, kararlar yazılmaz, toplanmazdı. Logograf denilen hukuk alanında başvuranlara

⁵⁴ Davacı, başvuruda bulunurken, bunu iki şahit huzurunda ve yazılı olarak yapması gerekirdi. Davası kabul edildiği takdirde kendisine bir tahkikat günü belirlenirdi. Dava edilene de davacının isteği ve belirlenen tahkikat günü tebliği edilirdi. Tahkikat günü, davacıların delillerini, şahitlerini ve uygulanmasını istediği kanun hükmünü tahkikatı yapan organa ibraz etmesi gerekirdi. Bu aşamada ibraz etmezse, bunları yargılama safhasında bildiremezdi. Tahkikatı yapan görevli, tüm delilleri, iddia ve savunmaları içeren bir dosya hazırlar ve muhakeme gününe kadar bunu mühürlü bir kutuda saklardı. Daha sonra bir duruşma günü belirlenirdi (Okandan, s. 301).

⁵⁵ Arsal, s. 91, 95-113, 121; Okandan, s. 261, 263, 296-299; Ekinci, s. 131-133; Mahmud Esad Efendi, s. 251-253.

yardım eden, mahkeme dışında çalışan hukukçular bulunmaktaydı. Bunlar sanıklar mahkemeye çıkmadan önce, onların savunmasını hazırlamasına yardım ederlerdi. Mahkemede tarafları temsil eden avukat niteliğinde değildiler. Suçluların cezalandırılmasında, cezayı ağırlaştırın (kast gibi) veya hafifleten (suçlunun korkuya kapılması, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi) unsurlar da dikkate alınmıştır⁵⁶.

3. Makalede Likurgos, Drakon ve Solon Kanunlarının Değerlendirilme Biçimi

Makalede, M.Ö. 800-M.Ö. 600 yılları arasında Eski Yunan’da uygulanan ve hukukî eşitsizliğe dayanan kanunlardaki cezaların orantısız olduğundan; ceza yargılamalarının ise, hiç hakkaniyetli ve insanî olmadığından bahsedilmiştir. Yazar, Sparta hükümdarı Likurgos’un yayınlayıp uyguladığı kanunların ve yargılama usûllerinin adaletsiz, despot, insan doğasına ve mantığa aykırı olduğunu, Likurgos’un çıkardığı kanunlarda yer alan şu örnekleri aktararak ortaya koymuştur:

“Vâz eylediği kavaninde: vazife-i zevciyeti ifa edemiyen, akîm (kısır) bulunan zevceleri kuvvetli ve dinç bir adamı intihab ile zevcesini ona teslim mecburiyetini kabul eylemesi ve pek mâhîrâne icrâ kılınan sirkatlerle (hırsızlık) fuhşiyatı efal-i cürmiyeden addetmemesi, ...işbu kanun ve usûllerin ne derecelerde muhalif-i tabiat ve mantık olduğunu irâe eder.” Burada, kanunlarda, bir erkeğin kadınlık görevini yerine getiremeyen, kısır olan karısını, kuvvetli ve sağlıklı bir adamı seçip ona teslim etme mecburiyetinin yer almasının ve profesyonel hırsızlıklar ile ahlaka aykırı fiillerin suç sayılmamasının ne kadar mantıksız olduğu anlatılmaktadır.

Yazara göre, Likurgos gibi onunla aynı yüzyılda yaşayan Drakon’un da koyduğu kanunlarda şiddet o kadar aşırı bir dereceye ulaşmıştı ki, insanları dava açmaktan ve şahitleri şahitlik yapmaktan çekinmeye ve vazgeçmeye itmişti. Bu yüzden, hukuktan beklenen fayda da elde edilememiştir.

⁵⁶ **Arsal**, s. 122-126, 132, 145; **Okandan**, s. 276, 277, 291.

Yaptığı reformlarla Atina demokrasisinin temelini attığı kabul edilen Solon'un kanunları ise, Likurgos'un usûl kanunları gibi olmayıp, aksine daha insana değer veren ve eşitlikçi olmuştur. Sınıf farkını azaltan bu kanunlarla yabancılara da bazı haklar tanınmıştır. İlk kez Solon'un "cezalar kötülüğün önünü almak için koyulmalıdır" diyerek hukuk teorisini kabule yaklaşmış olduğunu belirten yazar, Solon'un kanunlarının özelliklerini de şu şekilde sıralamıştır:

"Vâz eylediği kanun-ı ceza ve usûl muhakemesinde dahi itidal fikriyle ceza-i nakdî ve cismâniyeyi ve tarafeynin (her iki tarafın) davet ve istimaiyle (dinlenmesi) şهادete binâ-yı hüküm edilmesini, itiraz ve müdafaat gibi esasları kabul ve fakat fazla olarak da tâlik ve tehir-i muhakeme ittihaz-ı karar cem ve ârâ (reyler) gibi hususatda da bî-faide, lüzumsuz bazı kuyûd (kayıtlar) ve şerâiti (şartları) derc eylemişdi." Bu ifadeye göre, Solon kanunlarının yargılamayla ilgili dikkat çeken oldukça olumlu hükümleri; tüm vatandaşlara mahkemelerde dava açma hakkı tanınması, yargılamalarda tarafların davet edilip dinlenerek ve şahitliğe dayanarak hüküm verilmesi, sanığa itiraz ve savunma gibi haklar tanınmasıdır. Ancak erteleme, yargılamayı sonraya bırakma ve karar alma, toplanma, oylar gibi bazı gereksiz görülebilecek konular da kanunlarda düzenlenmiştir.

Son olarak yazar, Solon devrinin hukuk tarihi itibarıyla Likurgos devrinden tamamen ayrı ve kanunlarının da onun kanunlarıyla hiçbir şekilde kıyaslanamaz olduğunu, aksine yaşadığı çağın (20'inci yüzyıl başları) hukuk âlimlerince de Solon kanunlarının ilerleme ve aydınlanma fikirlerine hizmet ettiğini dile getirerek yazısını bitirmiştir.

Diğer kaynaklardan da edinilen bilgiler ışığında, İsmail Ratib Bey'in Likurgos, Drakon ve Solon Kanunları ile ilgili görüş ve tespitlerinin doğru ve haklı olduğu görülmektedir. Yazarın makalede belirttiği Likurgos ve Drakon Kanunlarının ve yargılama usûllerinin adaletsiz, despot, insan doğasına ve mantığa aykırı olduğunu fikri, tüm zamanlar için geçerlidir. Gelişmiş bir medeniyetin bu kadar katı ve mantıksız cezalara sahip olması bulunduğu dönem değerlendirildiğinde bile adaletsiz ve hukuka aykırı görünmektedir. Ancak o dönemde bir

kanunlaştırma çabasına gidilmesi bile kanunilik ilkesinin sağlanması-na yönelik olarak kayda değer bir durumdur.

Solon Kanunları ise, diğerlerinin tam aksine, insana değer veren, oldukça orantılı, makul ve mantıki esaslara dayanmaktadır. Solon devrinin vatandaşların hukuk önünde eşitliği, kanun hakimiyeti gibi ilkelere sahip olduğu söylenebilir; ancak bu ilkelerin Tanzimat dönemi sonrası Osmanlı hukukundaki anlamlarından farklıdır. Aynı şartlara sahip olmayan vatandaşların kanun önünde eşit olmadığı bilinmektedir. Ayrıca kadın daimi velayet altındadır; her türlü medeni hakkını veli vasıtasıyla kullanır. Kadının hukuki statüsü, Roma’dan bile aşağıdadır. Yazar da makalede kanunların olumlu yönlerini saydıktan sonra bazı gereksiz gördüğü özelliklerine de yer vermiştir. Solon Kanunlarından sonra Yunan toplumunun bulunduğu devrin içinde değerlendirildiğinde çağdaşı sistemlerden ileri düzeyde hukukları olduğu, mükemmel sayılabilecek kanun ve kurumlarının olduğu da ortadadır; bu noktada İsmail Ratib Bey’in görüşlerine katılmak mümkündür. Solon Kanunları, kadim zamanlar için hukuk alanında yapılan büyük bir ilerleme olarak görülmelidir.

SONUÇ

Bir suçun işlenip işlenmediği; işlenmişse, kim tarafından işlendiği ve yaptırımının ne olacağı sorununa çözüm getirmek amacıyla girilen iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerinin bütününden oluşan ceza yargılaması usûllerinin bir milletin medeniyet seviyesini gösterdiği kabul edilmektedir. Bu esastan hareket eden İsmail Ratib, “Usûl-i Cezaiyye Tedkikatı” adlı makalesini kaleme almıştır.

Makalede, ilk çağların en önemli kadim medeniyetlerinden olan İbraniler, Mısırlılar, İranlılar, Hintliler ve Antik Yunanlıların ceza muhakeme usûlleri anlatılmakta ve bazılarında yer alan kuralların Tanzimat Dönemi’nde kabul edilen usûl hükümleriyle benzer olduğu ifade edilmektedir. Bahsi geçen bu milletlerin kanunlarında ceza yargılama usûlleri ile ilgili belli kural ve hükümler bulunmaktadır; ancak arala-

rındaki fark bazı milletlerin kanunlarının insan onuruna oldukça uygun ve çağdaş hükümler içerirken bazılarının adaletten ve insanlıktan uzak, ağır cezai hükümler içermesidir. Yazar, İbranilerin ve Mısırlıların usûl hükümlerinin oldukça adil ve insancıl olduğundan bahsederken, İranlılar ve Hintliler için aynı şeyin geçerli olmadığını belirtmiştir.

Antik Yunan'ın usûl hükümleri daha ayrıntılı olarak aktarılmış ve bazı kanunkoyucuların usûl hükümleri ve kanunları kıyaslanmıştır. Genel olarak kanunkoyucu Solon'a kadar güzel sanatlar, şiir, felsefe, idare gibi alanlarda gelişmiş olan Yunanlıların hukuk birikimi oluşturamadığından, hukuklarını geliştirememiş olduklarından söz edilmiştir. Yazar, Solon'un kanunlarını överken, Likurgos'un kanunlarından oldukça olumsuz bir şekilde bahsetmiş ve bu ikisinin kanunlarının birbirinin zıddı olduğunu öne sürmüştür. Solon'un usûl hükümlerinin ve kanunlarının çağdaş hukuk teorisinin kaynaklarından olduğu ifade edilmiştir.

İsmail Ratib Bey'in makalesinde yer verdiği bu görüş ve ifadelerine genellikle katılmakla birlikte; İbrani hukuku ve İran hukuku ile ilgili söylediklerinden bazı noktalarda ayrılmak gereklidir. Yazarın, İbranilerin usûl ve kanunlarının, çağdaşı başka kanunların kabul etmedikleri insan haklarına dayalı hukuk kurallarını içerdiklerini ve bireylerin hukuki eşitliği esasını koyup kabul ettiği' ifadesi çok iddialıdır. İsmail Ratib Bey'in ifade ettiği gibi İbranilerin bireylerin hukuki eşitliği esasını tam olarak getirmiş olduğu hususu çok doğru görünmemektedir. Çünkü, İbrani hukukuna göre, kişiler arasında hukuki eşitlik kabul edilmemiş; ayrıca kadınlara ve yabancılara Antik Mısır ya da İran hukukundaki kadar değer verilmemiştir. Yazar, İbrani hukukunu olduğundan daha görkemli göstermiştir.

Yazarın görüşlerinden ayrılan diğer bir konu, Kadim İran ve Hint hukuklarını aynı derecede adaletsiz, zorba, hukuka aykırı görmesidir. Kadim İran hukukunda ağır cezalar, işkence gibi delil elde etme yöntemleri, kolektif cezalandırma, intikam uygulaması, kişiler arasında hukuki eşitsizlikler söz konusu olsa da, adalete aykırı karar ve-

rilmesinin yasaklanması, yabancılara ve kadınlara haklar tanınması, cezada hafifletici sebepler gibi olumlu ve adil sayılabilecek yargılama usûllerinin de var olduğu bilinmektedir. Kadim Hint hukukunun uygulamalarının İran hukukuna kıyasla daha garip ve rahatsız edici olduğunu söylemek gerekir; en başta kast sisteminin olması her açıdan hukuki eşitliği ve adil yargılamayı zedeler niteliktedir. Kadim İran hukukunda kadına verilen değer de Hint hukukunda söz konusu değildir. Tüm bu sebeplerle iki hukuk sisteminin bir tutulması doğru değildir.

Gelişmiş bir uygarlık olan Kadim İran toplumunun Eski Mısır veya İbraniler kadar gelişmiş ve adil bir hukuku olmaması, her ileri medeniyetin aynı derecede ileri hukuku olmayabileceğini göstermektedir.

Makaleden genel olarak, bir medeniyet ne kadar gelişmişse hukuk kurallarının da o kadar gelişmiş olacağı ve adalete hizmet edeceği sonucu çıkarılmaktadır. Son olarak şunu belirtmek gerekir ki; bir devlet ne kadar özgürlükçüye ceza muhakemesi usûlleri de o kadar insancıl ve adaletli, ne kadar otoriter ise bu usûller o kadar katı olur.

| YAZAR BEYANI | |
|---|--|
| Mali Destek/Teşekkür Beyanı: | Bulunmamaktadır. |
| Yazarların Katkıları | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır. |
| Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| Etik Kurul Onayı: | Gerekmemektedir. |

KAYNAKÇA

- Akman**, Mehmet: “Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukukuna Hâkim Olan İlkeler”, Osmanlı, Cilt:6, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, s. 470-477.
- Arsal**, Sadri Maksudi: Umumi Hukuk Tarihi, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1948.
- Arslan**, Ali: “Darülfünun İlahiyat Fakültesi, Fakülte Meclisi’nin Kurulması ve İlk Meclis Zabıtları”, Değerler Eğitim Dergisi, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/302527>, (E.T. 10.06.2022), s. 9-36.
- Avcı**, Mustafa: “Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i Maruf) Uygulaması”, Türk Dünyası Araştırmaları, Sayı:147, Aralık 2003, s. 45-76.
- Bozkurt**, Gülnihal: Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996.
- Büyük Salname, 1925-1926, ikinci sene, birinci cilt, <https://www.archives.saltresearch.org/view/action>, (E.T. 04.06.2022).
- Centel**, Nur/ **Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.
- Cin**, Halil/ **Akgündüz**, Ahmed: Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku, Cilt:1, 3. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1995.
- Ekinci**, Ekrem Buğra: Hukukun Serüveni, 2. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2015.
- Ekinci**, Ekrem Buğra: Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası), 2. Baskı, İstanbul, 2010, <http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/osmmah.pdf>, (E. T. 16.03.2023), (Tanzimat).
- Foucault**, Michel: Hapishanenin Doğuşu, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000.
- Gözler**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2013.

- İhsanoğlu**, Ekmeleddin: “Dârülfünûn”, TDV İslam Ansiklopedisi, C. 8, 1993, s. 521-525.
- İsmail Ratib**: “Usûl-i Cezaiyye Tedkikatı”, Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:1, Sayı:4, İstanbul, 1332 (1914), <http://ktp.isam.org.tr/?url=makaleosm/findrecords.php>, (E.T. 04.12.2022), s. 399-403.
- Karakehya**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.
- Kılınç**, Ahmet/ **Yıldırım**, Davut: “Tanzimat Dönemi Dualist Hukuk Yapısının Şahsan Karşı İşlenen Suçlara Yansıması”, Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Kamu Hukuku, NEÜ Yayınları, Konya, 2021, s. 171-229.
- Koyuncu**, Nuran: “Hukuk Mektebinin Doğuşu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:3, 2012, s. 163-183.
- Kozak**, İbrahim Erol: Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Kunter**, Nurullah/ **Yenisey**, Feridun/ **Nuhoğlu**, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- Mahmud Esad Efendi**: Tarih-i İlm-i Hukuk, (Haz. Fethi Gedikli, Mahmud Esad Kalıpçı, Ebru Kayabaş, Sevtap Metin, Ayhan Ceylan, Abdullah Demir, İrem Karakoç, Ali Adem Yörük), Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Okandan**, Recai G.: Umumi Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1951.
- Özbek**, Veli Özer/ **Doğan**, Koray/ **Bacaksız**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2022.
- Özdemir**, Yavuz: “İlk Cumhuriyet ya da Sparta’yı Anlamak”, KKEFD, Sayı:15, 2007, s. 372-393.
- Öztürk**, Bahri/ **Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

- Rubin**, Avi: *Ottoman Nizamiye Courts: Law and Modernity*, Palgrave Macmillian, New York, 2011.
- Soyaslan**, Doğan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Spartada Mükemmel Toplum Likurgos Yasaları, Derleyen ve Çeviren Sadık Usta, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2005.
- Stroud**, Ronald S.: “Drakon’s Law on Homicide”, <https://www.atticinscriptions.com/inscription/IGI3/104>, (E.T. 05.06.2022).
- Taner**, Tahir: *Ceza Muhakemeleri Usûlü*, 2. Bası, Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1950.
- Taner**, Tahir: “Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku”, *Tanzimat I*, Ayrı Basım, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, (Tanzimat).
- Tanör**, Bülent: *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 17. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2008.
- Türk ve Dünya Ünlüleri Ansiklopedisi*, Anadolu Yayıncılık, İstanbul, 1983, Cilt:10.
- Üçok**, Coşkun/ **Mumcu**, Ahmet/ **Bozkurt**, Gülnihal: *Türk Hukuk Tarihi*, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Ünver**, Yener/ **Hakeri**, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

EKLER

1. Transkripsiyon

2. Orijinal Metin

TRANSKRİPSİYON

Usûl-i Cezaiyye Tedkikatı

Milletlerin kâbiliyet-i medeniyye ve teşkilât-ı ictimâî’leriyle mütenâsiben tagayyürata maruz kalan ve daha sahih bir tabirle tabi olan usûlü muhakemât-ı cezaiyye, edvarı salifeden beri bilcümle milel ve ekvam muhtelifede aynı esası irae ve takib bulunmasına nazaran tedkikatımızı bu dairede takib itmekden daha eşlem bir tarz mütalaa olamayacağı bedihidir. Filhakika ilm-i hukuk nokta-i nazarından ma-bitatbik ve şayan-ı dikkat esasat vâz’ına muvafık olan Romalılar zamanına değin milel saire kavanin-i esasiye ve usûliyesinde nazariyat-ı hukukiye cezaiyyeden pek az ve pek basit ahkâm müsadif nazarımız oluyorsa da herhalde bu babdaki tedkikat tarih-i usûliye bize her kavmin medeniyet-i ictimaisiyle usûlünün tenvi ve tevsî ve hatta yalnız bir kavim veya milletin dahi zamaen terkibat ve hatve-i tekmiyatıyla usûl-i muhakemesinin o nispetde tahavvül eylediğini ve derece derece kesb salah ettiğini pek celi bir surette irae eylemekdedir.

Ezcümle on sekizinci asra kadar Avrupa’da cari teaddi ve ezadan Filistin ahalisini muhafazaya kafil olan ve milatdan on yedi asır ol vâz olunan usûl ve kavanin-i İbraniye, ekvam saire kavaninin uzman kabul etmedikleri muamelat-ı müsaide kâranıyeyi, rıfk ve mülayemeti, hukukun kavaide-i esasiyesinden bazılarını ve işbu kavanin ve usûli mevzuanın mehazı bulunan Tevrat’a istinaden de en eşlem ahkâm-ı hukukiyeden olan efradın hukukca müsavat-ı esasını, vaz ve kabul eylemişdi.

Daha o zaman İbraniler, gerek tarafeyn ve samiiyn ve gerek hüküm ile hakimler nokta-i nazarından muhsenatı iştibah olan ve bugün umumiyetle kabul edilmiş bulunan muhakematın şifahî ve alenî cereyanını ve bu suretle muamelat-ı tahkiki ve hükmün her güne ilel ve şüpheden mâsun ve hukuk-ı müdafaa ile tesirat-ı hükmiyeyi hasen muhafaza eyledikleri gibi bir ay müdafaa tarafının celb ve ahzarıyla teşkilini tarzı cereyan muhakemenin zabtını dahi usûl-i muhakemelelerine vaz eylemişlerdi. Usûl-i muhakemeleri pek vâsi olan İbraniler bundan mâda cânîlerin müstakillen tesis edilmiş bulunan cinayet

mahkemesinde mevkûfen ve sûret-i kat'iyede olarak muhakeme olunmaları ve bilcümle muhakematda tarafeynin serbest-i hakk-ı müdafaasını ve şahid-i vahidle ita hüküm olunmamasını ve cinayetden mâda deâvinin bidayeten istinafen tedkikini ve ahkâm-ı kanuniyenin indelhace heyet-i mahsusasınca tefsirini ve hükkamın bitaraflığı esasını ve infaz-ı hükümde dahi muamelat-ı vâkıânın zabt ve tahririni asır-ı hazırda dahi mabitatbik olan hâkimlerin fahriyen ifayı hizmet idebilecek ashab-ı servetden ve bilhassa beynennas en ziyade şayan itimad ve riayet müstağni zevatdan intihab olunmalarını ve hitam-ı muhakeme ile bugün cari olduğu bir şekilde müzakerenin hafien cereyanını ve ancak hâkimlerin badel müzakere reylerini bir güne temmül ve aksi muteber olmamak üzere mahkûmun lehine tebdile ve mesela badel müzakere mücrimiyet hakkında rey ita idildikten sonra ertesi günü bundan nükül ile beraat kararı virebilmelerini ezcümle hususat sairede maznunların lehine olan ahkâmın kabulünü ve bilnetice kararların ekseriyetle ittihaz ve tefhimini ve beraat halinde derhal tahliye-i sebile esaslarını usûl-i muhakemelerine derc ve tatbik eylemişlerdi.

Nazariyat-ı usûliye mütehasıslarının bugün dahi kabul eyledikleri birçok ahkâm İbranilerin usûl muhakemelerinde mevkii bulmasını beşeriyet ve insanlık itibarıyla İbranilerin terakkilerinden mütevellid bir keyfiyet olduğu inkâr olunamaz. İşbu usûl-i muhakeme İbranilerin tarihi inkırazlarına kadar her gün bir hatve-i tekemmül ile payidar olmuşdu. İlin ahkâm-ı kanuniyeleri Acemlerin istilasına değin meri olan, âlemi beşeriyet ve insaniyete terk etdikleri asar-ı cesime ve medeniyeleriyle temeyyüz etmiş bulunan Mısrîlerin usûl-i muhakemeleri dahi zulüm ve itisafı kabul itmeyerek muhakeme ve müdafaanın alenen ve tahrîren icrâsını ve müzakerenin hafiyen cereyanını ve kararların usûlleri vechle tefhimini ol zamana kadar nazar-ı dikkate alınmayan hamile kadınlar hakkında muamelat-ı istisnâiyeyi kabul itmişti. Ahkâm-ı cezaiyyeleri cerâimin mâhiyetleri her kavimde mütebeddildi. Mamafi Mısrîler katl, sirkat ve zinayı kanunen e'âl-i memnûadan ad eylemişlerdi. Hülâsa medeniyetler sahası temeddünde mertebe-i kemale vasıl olan Mısrîyyelerin usûl muhakemeleri dahi

adalet ve hakikatin zahire ihracı zımında lazım gelen kavaidi, Mısırîlerin ahvali içtimaya ve tekemmülât-ı ruhiyelerine muvafık bir surette derc ve cem eylemişdi.

Milletlerin kabiliyeti temeddiîniye ve ilmiyelerinin derecesini iraededen usûl-i muhakemat-ı cezaiyye, kadim İranîlerde de hukuk-ı ictimaiye siyanet ve muhafaza olunmadığı cihetle hiçbir zaman pâyidar olamayan muâmelat-ı indiyeye ve keyfiyeye münkalib olmuş, ahkâm-ı adilane yerine hiç arzu edilmeyen zulüm ve işkencenin cereyanına bir zemin-i münbit ihzar eylemişdi. İslâmın bir aralık istilâsı tarihine değin Hindilerde dahi tagallüb ve zulüm ve itisafıyla beraber yine hukuk ve ceza için bir usûl-i muhakeme meri ve bununla şuhûdün emir tahlifi ve şehadete binaen hüküm edilmesi cârî edilse de esas itibarıyla nazariyat-ı usûliyyeden külliyyen beri olan bu usûlün ilm-i hukuk nokta-i nazarından şayan tedkik ve mütalaa bir cehti mevcut değil idi. Ancak istilâ-yı İslâm zamanında şeriat-ı İslâmiye hakim olmuş ve fakat istilanın hüküm ve idaresi nihayet bulunduğu tarihten sonra şeriat-ı Ahmediye’nin kavâid ve usûl-i adilânesi unutulmuş ve İngilizlerin hakim ve idareleri ve hatta ondan sonra bile birçok hukuken gayri makbul ve muteber usûller devam edegelmişdi. Hülâsa Hindilerin de tarihi hayatlarında nazariyat-ı hukukiye ile kabil te’lif değil hatta azıcık adilane olabilecek bir usûl-i muhakemeleri sebk etmemişdi denebilir. Asarını insaniyete terk eyledikleri sanayi-i nefise ve şiir ile felsefede gösterdikleri zekâ ve asar-ı kemal ile kâinata hizmetler ve ziya-ı hükümet ma’rifet neşr eylemiş bulunan kadim Yunanîler maalesef tabiatları muktezayâtı olarak ilm-i hukuk gibi ciddi bir fen ile iştigal idememişlerdir. Filhakika tarih itibarıyla pek kadim olan Minos vesair vâzı’ kanunları asar metrukelerinde mucib faide-i nikât bulunabilirse de kavaid-i hukukiye ve usûl-i muhakemede bugün için şayan istifade bir netice istihsali mefkuddur. Ahlak ve ahvâl-i içtimaiyenin o vakitler bir zemin müsaid bulamadığından mütevellid şu hal daha ziyade ta’mik edilirse görülür ki Yunan-ı kadimin muamelelat-ı hukukiye ve cezaiyyede eşkâl ve suver muhtelifede kabul ve cereyan itirdiği kavanin ve usûl-i muhakeme-i tahkikat ve muhakematda, karar ve tenfizi hükümde nazariyat-ı ilm-i hukuk ile gayri ka-

bul telif pek çok kavaidi ihtiva eylemiş ve zaman zaman tahvilata maruz kalmış fakat bu tağyirat ile dahi bir eser terakki ve tekamül irae edememiştir. Memleketlerinde Atina ahalisiyle sunuf saire ve ecnebi-lerle muhacirin hukuken ayrı yaşamışlar ve her biri haklarında tatbik edilen ahkâm-ı usûliye dahi yek diğerinden daima farklı bulunmuşdur. Taharri-i hakikat ve izhar muaddilet fikriye müteadid usûllerin aynı zamanda kabulü mümkün olamayacağından bunun aksine hareketinde ilm-i hukuk ile kardeş olamayacağı tabiatıyla zahir olmuş olur.

Ezcümle Isparta hanedanı hükümdariyesine mensup bulunan ve milattan mükaddem gelen, ricale Yunanîden vâzı kanun-ı Likurgos'un neşr ve tatbik eylediği kavanin ve usûl-i muhakeme elnuzların/elnevzlerin(?) usûl muhakemelerinin en celi bir şeklini arz eder. Likurgos pek müstebidane kavanin vaz eylemiş, kavanini beşeriyeden olan terakkiyat-ı insaniyeyi hiçbir suretle nazar-ı dikkate almamış ve en ziyade tabiatın makûs ve muhalifi olan ahkâm-ı ifa eylemek istemiştir. Vâz eylediği kavaninde: vazife-i zevciyeti ifa edemiyen, akîm bulunan zevceleri kuvvetli ve dinç bir adamı intihab ile zevcesini ona teslime mecburiyetini kabul eylemesi ve pek mâhirâne icrâ kılınan sirkatlerle fuhşiyatı efal-i cürmiyeden addetmemesi, herhangi bir nokta-i nazarda muhakeme edilirse edilsin Likurgos kanunlarının mahiyeti ve elnuzların/elnevzlerin(?) tarihi mezkuredeki ahvâl-i içtimaiye ve seviye-i insaniyelerinin dereceleri hakkında ayrıca izahata lüzum bırakmayacağı gibi işbu kanun ve usûllerin dahi ne derecelerde muhalif-i tabiat ve mantık olduğunu irâe eder.

Gerek bunun ve gerek muasırları olan “Drakon” gibi vâzı kanunların vaz eyledikleri kavaninde muaddiletten ziyade iltizam eyledikleri şiddet o kadar fahiş bir derkeyi bulmuşdu ki med’iler ve şahidleri dahi ikame-i davayı ve şahadetden tehaşi ve sarfı nazar itdirmişdi ve bu suretle muhafaza ve kafil hukuk-u beşeriyet olması lazım gelen kavanin aksi tesir icra ederdi. Yalnız ahkâm-ı kadim hükümeti Yunanîyenin inkırazına kadar baki olan vâzı kanun “Solon”un kavanini gerek ceza ve gerek usûl muhakemesinde Likurgos’un usûl-i kavanini gibi olmayıp bilakis bir derece beşeriyetin haiz olduğu hasâisi nazar-ı

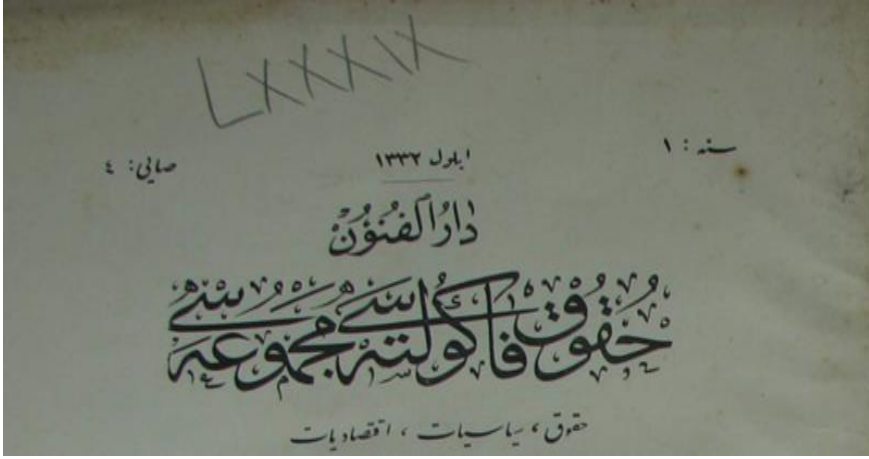
dikkate almış, ahalinin tebdil etmeğe başlayan ahvali içtimaiye ve kudreti medeniyeleriyle mütenasib bir şekilde vücud bulmuş ve hususiyile ecanib ile ihtilatı tercih ve ahkâm-ı hukukiyeyi onlara da teşmil ile kavanin mahsusasında da erbab-ı sanayi ve ulumu ve fünuni ve bilhassa askerliği tevkire hadim bulunmuşdur. İlk defa olarak “Solon” ‘ceza fenalığın önünü almak için vâz olunmalıdır’ diyerek nazariyat-ı hukukiyeyi kabule yaklaşmıştır. Vâz eylediği kanun-ı ceza ve usûl muhakemesinde dahi itidal fikriyle ceza-i nakdî ve cismâniyeyi ve tarafeynin davet ve istimaiyle şehadete binâ-yı hüküm edilmesini, itiraz ve müdafaat gibi esasları kabul ve fakat fazla olarak da tâlik ve tehir-i muhakeme ittihaz-ı karar cem ve ârâ gibi hususatda da bî-faide lüzumsuz bazı kuyûd ve şerâiti derc eylemişti. Derecat-ı muhakeme ile hâkimlerin, teşkilât ve salahiyetleri dahi pek muhtelif ve vasi idi. Hülâsa “Solon” devri tarih-i hukuk itibarıyla Likurgos devrinden tamamen ayrı ve kavanin dahi anın kavaniniyle hiçbir suretle kabil-i kıyas olmayub bilakis asrımız ulema-ı hukukunca bile Solon ahkâmı tevsi’ ve tenviri efkâra hadim görülmüşdür.

Hukuk Fakültesi Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye

Medrese Vekili

İsmail Ratib

ORJİNAL METİN



اصول جزایہ تدقیقائی

(۱)

ماترك قابليت مدنيه وتشكيلات اجتماعيه لربه متناسباً نحوولات وتعبيراته معروض قالان ودها صحيح برتعيرله تابع اولان اصول محاکات جزاییه، ادوار ساله دبری باطله ملل واقوام مختلفه دمه عینی اساسی ارانه وتعیب ایکنده بولنسه نظراً تدقیقاتی بو دایرهمه تعیب ایتمکدن دهاسلم برطرز مطالعه اولمه بجی بدیودر . قالحقیقه علم حقوق نقطه نظرندن مابه التطبيق وشایان دقت اساسات وضعته موفق اولان رومالیلر زمانه دکیین ملل سائره قوانین اساسیه واصولیه سنده نظریات حقوقیه وجزاییه دن یک آرزویک بسط احکام مصادف نظرمنز اولیورسده هر حالده بو باده کی تدقیقات تاریخیه اصولیه بزه هر قومک مدییت اجتماعیه سیله اصولک تنوع وتوسع وحقی بالکتر برقوم وإملاک دخی زماناً ترقیات وخطوة تکمالیله اصول محاکماتک اولنسته نحول ایله کیکی ودرجه درجه کسب صلاح ایتمکیکی یک جلی برصورتمده ارانه ایکنده در .

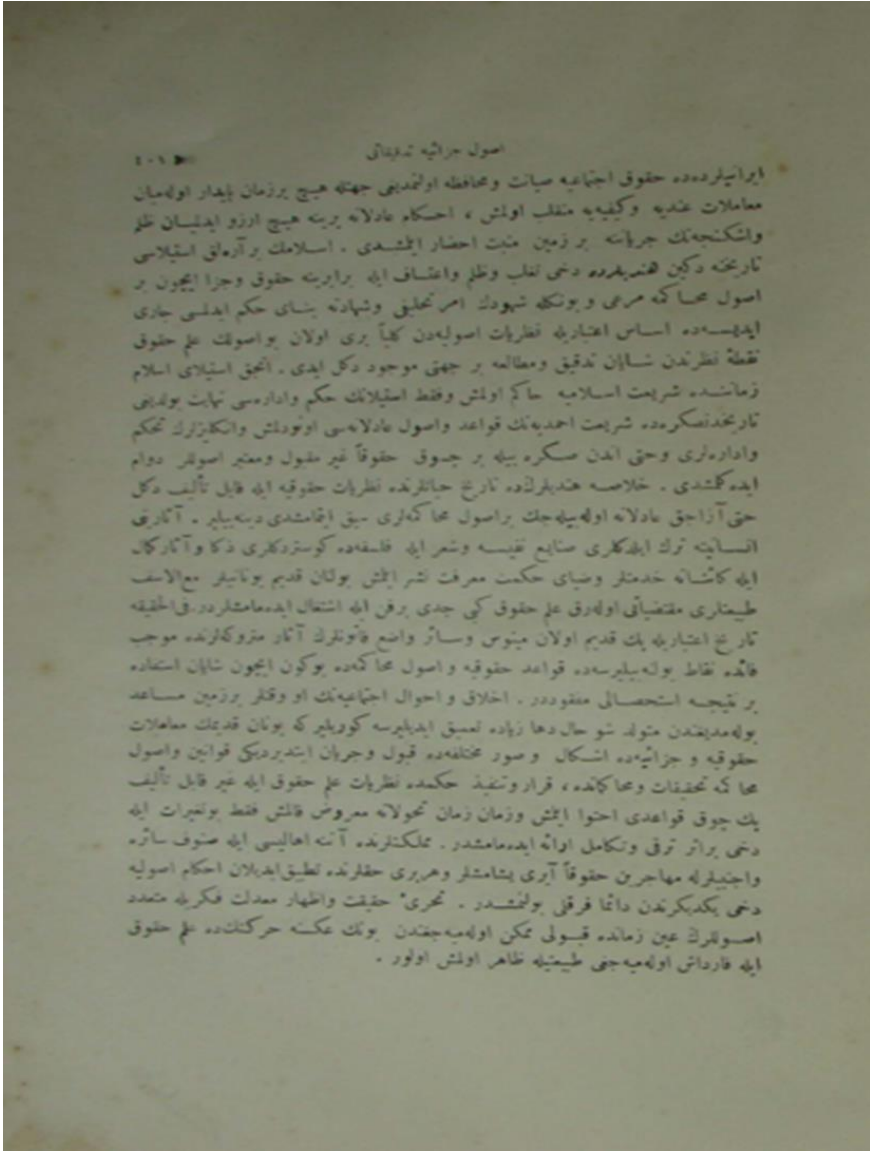
از جمله اون سکرنجی عصره قدر اورویاده جاری تعدی واذان فلسطین اهالیسی محافظه کافل اولان ومیلاددن اون بدی عصر اول وضع اولان اصول وقوانین عبرانیه، اقوام سائره قوانینک اوزمان قبول ایتمکلی معاملات مساعده کارانه، رفق وملازمتی و حقوق قواعد اساسیه سندن بمضرتی، واشبو قوانین واصول موضوعه تک مأخذی بولان تورانه استادآده انک اسلم احکام حقوقیه دن اولان افرادک حقوقه مساواتی اساسی وضع وقبول ایلمدی .

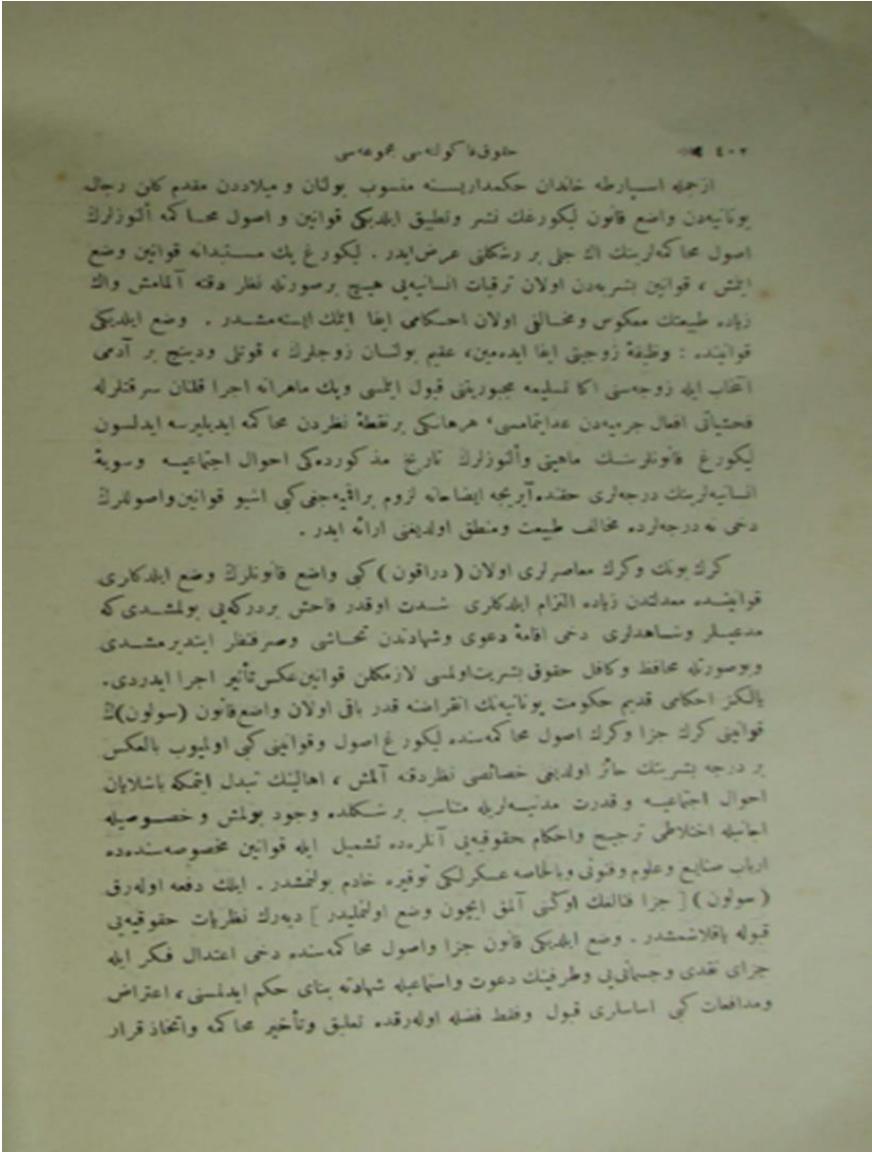
دها او زمان عبرانیله کرک طرفین وسامین وکرک حکم ایله حاکیر نقطه نظرندن عسائی قیاشتا، اولان و بوکون عمومیتله قبول ایلمش بولان محاکمات شفاهی وعلی جرایمی و بوسورتمه معاملات تحقیقه وحکمک هر کونا علل وشبهه دن مصون و حقوق مدافعه ایله تاثیرات حکمی حسن محافظه ایله کارلی کی برای مدافعه طرفینک جلب واحضار ایله تشکیلی و طرز جریان محاکماتک ضابطی دخی اصول محاکماتیه وضع

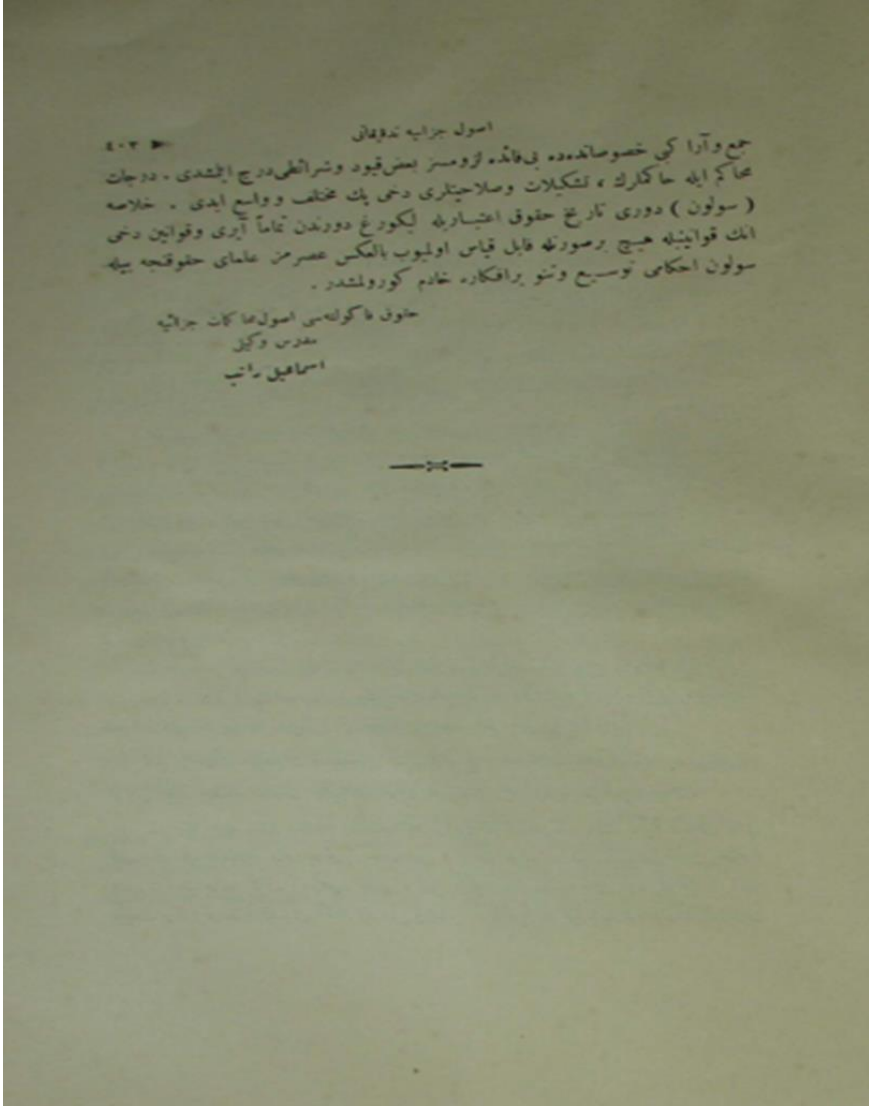
۱۰۰

حقوق ما كونه من مجموعی

ایشلردی اصول محاکمہ لری بک واسع اولان عبرانیلر بوندن اعدا جانیرک مستقلآ تأسیس
ایدیش بولان جنایت محکمه سنده موقوفآ وصورت قطعیده اوله رق محاکمه اولنلردی
وبالجه محاکمه طرفیک سربسین حق مدافعه سنی وشاهد واحده اعطای حکم اولنلردی
وجنایتدن ماعد دعوینک بدایه واستیناؤ تدقیق واحکام قانونیه تک عندالحاجه هیئت
مخصوصه سجه تصیری وحکامک بیطرفلی اساسنی واقعا حکمه دخی معاملات
واقعتک ضبط ونحریرنی عصر حاضرده دخی مابالتطبیق اولان حاکمک فقہریاً ایقای
خدمت ایدمه بجه جنک انحصار تروندن وبالخاصه بین الناس اک زیاده شاپان اعیان وریعت
مستغنی ذوالعدن اطفال اولنلردی وختام محاکمه ایله بوکون جاری اولدی بئرسکده مذاکرمه تک
خفیا جریانی وایق حاکمک بعدالذکره رأیبری برکونه تأمل وکسی معتبر اولماق
اوزره محکومتک لهنه تسدیقه ومثلاً بعدالذکره مجرمیت حقدنه رأی اعطا ایدلرکدن
سکره ابرقی کوی بوندن نکول ایله برات فراری وبره یلملردی ازجه خصوصات
سأزده معلولرک لهنه اولان احکامک قبولی وبالنتیجه فراررک اکثریتله اتخاؤتقهینی
وبرات حالدده درحال تحلیه سیل اساسلری اصول محاکمه لریه درج ونطبق ایشلردی .
نظریات اصولیه متخصصلرک بوکون دخی قبول ایدلرکی بر جوق احکامک عبرانیلرک
اصول محاکمه لرنده موقی بولسی بشریت وانسائق اعتباریه عبرانیلرک ترقیلرندن متولد
برکیت اولدی انکار اولمه ماز . اشبو اصول محاکمه عبرانیلرک تاریخ اقراضلریه
قدر هرکون برخطوه تکمل ایله بایدار اولمشدی . ایلك احکام قانونیه لری عجملرک
استیلاسه دکی مرهی اولان ، عالم بشریت وانسانیه ترک ایشلرکی آثار جسمیه
ومدنیه لریه تمیز ایش بولان مصریلرک اصول محاکمه لری دخی ظلم واعسافی قبول
ایتمه لریه محاکمه ومدافعه تک علساً ونحریرآ اجراسنی ومذاکرمه ک خفیا جریانی
وقرارلرک اصوللری وجهه تفهینی واوزمانه قدر نظرده آلمیان حامله قادیلر حقدنه
معاملات استثنایی قبول ایشدی . احکام جزاییه لری جرائمک ماهیتلری هر قومه
متبدلی . مع مافیه مصریلر قتل ، سرقت ، وزنای قانوناً افعال ممنوعه دن عد ایشلردی .
خلاصه ساحة تمدنه مرتبه کانه واصل اولان مصریلرک اصول محاکمه لری دخی عدالت
وحقیقتک ظاهره اخصی صمدنه لازمکلن قواعدی ، مصریلرک احوال اجنابیه وتکملات
روحیه لریه موافق برسوزنده درج وجمع ایشدی .
ملترک قابلیت تمدنیه وعلیه لریه درجه سنی ارأه ایدن اصول محاکمات جزاییه ، قدیم







6183 SAYILI AATUHK m. 110 KAPSAMINDA KAMU ALACAĞININ TAHSİLİNE ENGEL OLMA SUÇU

*The Crime of Preventing The Collection of Public Claims Within The
Scope of AATUHK No. 6183 Art. 110**

Arş. Gör. Seda Yağmur SÜMER**

ÖZ

Devlet kamu hizmetlerini kanuni düzenlemeler vasıtasıyla getirdiği birtakım mali yükümlölüklerle karşılar ve sürdürür. Amme alacağı da bu mali yükümlölüklerden doğmaktadır. Amme alacakları, özel alacakların tahsilinden farklı olarak kamu gücüne dayanarak cebren

* Bu çalışma Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında, Sayın Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım TAYLAR tarafından verilen “*Kamu İcra Hukuku*” dersi kapsamında hazırlanmış seminer çalışmasının gözden geçirilmiş, düzeltilmiş-düzenlenmiş halidir. Bu nedenle gerek ders süresince gerek yayın süresince değerli bilgi ve görüşlerini bizlerle paylaşarak desteğini esirgemediği için Saygıdeğer hocam Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım TAYLAR’a teşekkürü bir borç bilirim.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İzmir (sedayagmur.sumer@deu.edu.tr), ORCID: 0000-0001-8071-1889.

Makale Geliş Tarihi: 18.07.2022

Makale Kabul Tarihi: 29.11.2022

⇒ Atıf Şekli: Seda Yağmur Sümer, “6183 Sayılı AATUHK m. 110 Kapsamında Kamu Alacağıınin Tahsiline Engel Olma Suçu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, 18/1 (2023), 283-336.

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



tahsil edilebilmektedir. Amme alacaklarının tahsil usulü Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da (AATUHK) düzenlenmiş iken; özel alacakların ne şekilde tahsil edileceği İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK) düzenlenmiştir. Kamu alacağını tahsil sürecinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi ve kamu alacağının tehlikeye düşmemesi adına kanun koyucu AATUHK'da birtakım önleyici tedbirler düzenlenmiştir. Bu tedbirlere ek olarak bazen ek güvence niteliğinde suç tipi düzenlemelerine de yer verilmiştir. Çalışmamızın konusunu bu mak-sat ile AATUHK'da yer verilen düzenlemelerden olan "Amme Alacağı-nın Tahsiline Engel Olma Suçu" oluşturmaktadır. Çalışma suç tipini suç genel teorisi ışığında ele alarak suç düzenlemesinde ve uygulamada yaşanan sorunlara değinmeyi hedeflemektedir. Ayrıca yeri geldikçe özel alacakların tahsiline ilişkin kuralları düzenleyen İİK'da yer alan "Alacaklısını Zarara Sokmak Kastıyla Mevcudu Eksiltme Suçu" ile karşılaştırma yapılacaktır. Böylece kamu alacakları ile özel alacakların tahsil mekanizmaları da karşılaştırılmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Amme Alacağı, Tahsile Engel Olma, Kamu Alacağı, İhtiyati Haciz, İhtiyati Tahakkuk.

ABSTRACT

The state carries out public services, by means of a number of financial obligations that are regulated under legislative acts. Public claims arise from these financial obligations. Unlike the collection of private claims, the collection of public claims can be collected from citizens on by using public power. In order to ensure the collection of public claims can be carried out in a healthy way and that the public claims are not compromised, the legislator has organized a number of preventive measures under AATUHK. While the collection procedure of public receivables is regulated in AATUHK; collection procedure of private receivables is regulated under İİK. In addition to these measures, it has sometimes included some criminal regulations as additional assurance. The type of crime that is the focus of our study is the "Crime of Preventing Collection of Amme Receivables", which is one of the

regulations contained in the AATUHK for this purpose. The study aims to address the problems experienced in criminal legislation and practice by considering the type of crime in the light of the general theory of crime. In addition, when appropriate, a comparison will be made with the "Crime of Reducing Assets with the Intention of Harming the Creditor" in the İİK, which regulates the rules regarding the collection of private claims. Thus, the collection of public claims and private claims will also be compared.

Keywords: Public Claims, Non-Collection, Public Receivables, Lien Prudence, Precautionary Accrual.

GİRİŞ

Devlet kamu hizmetlerini sunarken kamu harcamalarını finanse edebilmek adına mali kaynaklara ihtiyaç duymaktadır. Bu mali kaynaklardan biri de kamu alacağıdır. Devlet kamu alacağını özel hukuk alacaklarından farklı olarak kamu gücünü kullanarak cebren ve bizzat tahsil edebilmektedir. Anayasa gereği temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale niteliği taşıyan devletin bu cebren tahsil yetkisinin kanuni düzenlemelerle ortaya konması gerekir. Özel hukuktaki İcra İflas Kanunu'nun (İİK)¹ işlevini Kamu İcra Hukukunda yerine getiren 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun (AATUHK);² kamu alacaklarının takip ve tahsil sürecinde kullanılacak kamu gücünün hukuki çerçevesini oluşturmaktadır. Bu kanun kamu alacağı'nın tahsil ve takibinde izlenecek usul ve esasları ortaya koymakta kamu alacağı'nın tahsilinin güvenliğinin sağlanması için ihtiyati haciz veya ihtiyati tahakkuk gibi birtakım önleyici tedbirler içermektedir.

Bu tedbirlere ek olarak güvencenin sağlanamadığı bazı hallerde kanun koyucu ceza hukukuna başvurarak bazı suç tipleri düzenlemiştir. Bu suç tipleri genel olarak 6183 sayılı Kanun m. 107 ve devamında

¹ (R.G: 19/6/1932 tarih ve 2128 sayı).

² (R.G: 28/7/1953 tarih ve 8469 sayı).

düzenleme alanı bulmuştur. Çalışmaya konu suç tipi 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un "Amme Alacağı'nın Tahsiline Engel Olanlar" başlıklı 110. maddesinde düzenlenen "Kamu Alacağı'nın Tahsiline Engel Olma Suçu" dur.

Bu bu çalışmada öncelikle suç tipiyle ilişkili temel kavramlara değinilecek genel olarak suç tipi tanıtılacaktır. Akabinde suç genel teorisi ışığında suçun unsurlarına değinilecek ve son olarak muhake-me süreci ele alınacaktır.

I. GENEL AÇIKLAMALAR ve TEMEL KAVRAMLAR

A. GENEL OLARAK

Hukuk sistemimizde bir alacağın tahsiline engel olunması alacak-lının kamu yahut özel kişi olmasına göre farklı şekillerde düzenlen-miştir. Kamu alacağı'nın tahsiline engel olma, kamu alacaklarının tah-sil usulünü düzenleyen 6183 sayılı AATUHK'da düzenlenmiş iken gerçek yahut tüzel kişilerin alacaklarının tahsiline engel olma İİK'da yer almaktadır.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan suç tipi 6183 sayılı Kanun'un "Amme Alacağı'nın Tahsiline Engel Olanlar" başlıklı 110. maddesinde: "Amme alacağı'nın tahsili için hakkında takip muamelelerine başlanan borçlu kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tahsili zorlaş-tırmak maksadiyle mallarından bir kısmını veya tamamını:

1. Mülkünden çıkararak, telef ederek yahut değerden düşürerek gerçek surette,

2. (Değişik: 23/1/2008-5728/162 m.) Gizleyerek, kaçırarak muva-zaa yolu ile başkasının uhdesine geçirerek veya aslı olmayan borçlar ikrar ederek yahut alındılar vererek gerçeğe aykırı surette, varlığını yok eder veya azaltır ve geri kalan mallar borcu karşılamaya yetmezse altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlen-miştir. Bu ve ilgili kanunda düzenlene diğer suç tiplerinin de amacı ceza hukuku kurumlarından yararlanarak kamu borçlusunun kötü

niyetli eylemlerine karşı kamu alacağı'nın tahsilini kolaylaştırmak ve bu konuda ortaya çıkabilecek engelleri ortadan kaldırmaktır.³

Kamusal olmayan özel alacaklar bakımından ise kanun koyucu İcra ve İflas Kanunu'nun 331. maddesinde yer alan "Alacaklısını Zarara Sokmak Kastıyla Mevcudu Eksiltme Suçu" başlıklı suçu düzenlemiştir.⁴ Gerek amme alacağı'nın tahsiline engel olma suçu gerekse alacaklısını zarara uğratmak kastıyla mevcudu eksiltme suçu başta düzenleme amaçları olmak üzere ortak noktalara sahiptir. Bu nedenle çalışmamızda bu iki suç tipi yer yer karşılaştırılacaktır.

B. TEMEL KAVRAMLAR

1. AMME (KAMU)ALACAĞI KAVRAMI

Devlet kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi ve finansmanının sağlanabilmesi için kamu gücüne dayanarak birtakım mali yükümlülükler getirmiştir. Bu yükümlülüklerle karşılık gelen kamu alacağı kavramı için doktrinde şu tanımlar söz konusudur: "Devletin yüküm ya da borç

³ Burak Pınar ve Pınar Bacaksız, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Sonrası Kamu İcra Suçlarının Durumu (III – Kamu Alacağı'nın Tahsiline Engel Olma Suçları)", Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi. 4/9, (2008): 112; Mustafa Balcı, Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanun Uygulaması (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 1210; Murat Duman, "Kamu Alacağı'nın Tahsiline Engel Olma Suçunun Takibati Nedeniyle İhtiyati Tahakkuk Uygulaması", Mali Çözüm Dergisi. 26/134 (Mart-Nisan 2016): 114.

⁴ "Alacaklısını zarara sokmak kasdiyle mevcudunu eksiltme borçluların cezası: Madde 331- (Değişik: 31/5/2005-5358/1 m.) Haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçlu; alacaklısını zarara sokmak maksadıyla, mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkararak, telef ederek veya kıymetten düşürerek hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirerek veya asıl olmayan borçlar ikrar ederek mevcudunu suni surette eksiltirse, aleyhine aciz belgesi aldığı veya alacaklı alacağını alamadığını ispat ettiği takdirde, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İflas takibinden veya doğrudan doğruya iflas hallerinde iflas talebinden önce birinci fıkradaki fiilleri işleyen borçlu hakkında da bu fiiller başka bir suç oluştursa dahi bu hükümler uygulanır. Konkordato mühleti veya iflasın ertelenmesi talebinden önceki iki yıl içinde ya da konkordato mühleti talebi veya iflasın ertelenmesi süresinden sonra birinci fıkradaki fiilleri işleyen borçlu hakkında da bu hükümler uygulanır. Taşınmaz rehini kapsamında bulunan eklentinin rehin alacaklısına zarar vermek kastı ile taşınmaz dışına çıkarılması halinde, eklentinin zilyedi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçlar alacaklı'nın şikâyeti üzerine takip olunur."

*ilişkisi sonucu idari işlemlerle sağladığı kamu geliri”;*⁵*“kamu hizmetlerinin finansmanı amacıyla, kamu gücüne dayanılarak konulan mali yükümlerden kaynaklanan, kamu idarelerinin bütçelerinde yer alan ve idari işlemler aracılığıyla tahsil edilebilen gelirler”;*⁶*“devletin kamu tüzel kişiliğinden ve egemenlik hakkından doğan, ayrıcalıklı ve özellik taşıyan alacaklar”.*⁷

Devlet kamu alacağını kamu gücünü kullanarak cebren ve bizzat tahsil edebilmektedir. Dolayısıyla temel haklara ciddi bir müdahale söz konusu olmaktadır. Bu durum karşısında devlet temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale niteliği taşıyan bu cebren tahsil yetkisine ilişkin usul ve esasları Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile ortaya koymuştur.⁸ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 3. maddesinde *“1 inci ve 2 nci maddeler şümulüne giren alacakları... ifade eder”* şeklinde gönderme yapılarak bir tanımlama yapılmamıştır. Hükmün göndermesi ile AATUHK m. 1⁹ ve m. 2’ye¹⁰ bakıldığında bir tanımlamadan ziyade amme alacağı kavramının kapsamının kamu hukukuna ilişkin vergi, resim, harç, vergi cezası,

⁵ Mualla Öncel vd., Vergi Hukuku, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 171-172.

⁶ Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 502-504; Yusuf Karakoç, Kamu İcra Hukuku Bilgisi, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 53-54; Yusuf Karakoç, Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 25.

⁷ Adnan Gerçek, Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım,2017), 3.

⁸ Cemal Başar, “Kamu İcra Hukukunun Anayasal Temelleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı/16, (2014):4573.

⁹ *“Kanunun şümulü”: “Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer’i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur. Türk Ceza Kanunu’nun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümleri mahfuzdur.”*

¹⁰ *“Tahsili, Tahsili Emval Kanununa atfedilen alacaklar”:*“Muhtelif kanunlarda Tahsili Emval Kanununa göre tahsil edileceği bildirilen her çeşit alacaklar hakkında da bu kanun hükümleri tatbik olunur.”

ceza yargılaması giderleri gibi asli ve gecikme zammı ve faiz gibi ferî olmak üzere bütün alacakları içerdği görülmektedir.¹¹

Bununla birlikte kamu idarelerinin sözleşmeden, haksız fiilden veyahut sebepsiz zenginleşmeden doğan alacakları kamu alacağı kapsamında değildir. Fakat idarenin tabi olduğu özel kanunlarda bir düzenleme bulunması halinde 6183 sayılı AATUHK'ya göre tahsilat yapılabilecektir.¹² Görüldüğü üzere amme alacağı genel olarak 6183 sayılı Kanun'da yer alan usule göre tahsil olanağı olan her türlü alacağı içermektedir.¹³ Fakat özel hukuk sözleşmeleri, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ile "*mülk gelirleri*" niteliğindeki alacaklar kamu alacağı kapsamında değildir. Çünkü devletin kamu hukukundan kaynaklı alacakları 6183 sayılı Kanun kapsamında kamu alacağı niteliğinde olup özel hukuktan doğan alacaklar "*genel icra*" hukuku konusunu oluşturmaktadır.¹⁴ Kamu hizmetinin mali kaynağı niteliğindeki kamu alacaklarının etkili ve kısa sürede tahsili bakımından bu şekilde bir ayırım gerekli olup bu durum kamu alacağı'nın tahsilinde kamu gücünün

¹¹ Karakoç, Genel Vergi, 629-632; Karakoç, Kamu İcra, 84-85; Karakoç, Vergi Yargısı, 30-36; S. Ateş Oktar, Vergi Hukuku, (İstanbul: Türkmen Kitapevi, 2013), 302; Selim Kaneti vd., Vergi Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 567; Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), (Bursa: Ekin Basım Yayın, 2022), 344-345; Turgut Candan, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 20; Yılmaz Özbacı, Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, (Ankara: Oluş Yayıncılık, 2012), 48-49; Gerçek, 3; Fatih Saraçoğlu ve Elif Pürsünlerli Çakar, Vergi Hukuku, (Ankara: Gazi Kitapevi, 2019), 127; Özgür Biyan, Vergi Hukuku (Lisans Öğrenimi İçin), (Bursa: Dora, 2018), 299; Binnur Çelik, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2002), 24-25; Barış Bahçeci, Kamu Alacağı'nı Takip Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 27 vd; Mahmut Coşkun, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 36-37; Mine Toktaş, Kamu Alacağı'nın Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları: Peçeleme ve Muvazaalı İşlemler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009); Mustafa Lütfi Tombaloğlu, Amme Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011), 21; Ahmet Erol, 6183 Sayılı AATUHK Kapsamında Taşınmaz Mal Hacı ve Satışı, (Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2010), 41, 66; Mine Uzun Çam, Kamu Alacağı'nın Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 16.

¹² Yusuf Ziya Taşkan, Vergi Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 306.

¹³ Edip Şimşek, Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi, (İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım, 1996), 33.

¹⁴ Karakoç, Genel Vergi, 629; Karakoç, Kamu İcra, 91.

kullanılarak yaptırım uygulanabilmesi ihtiyacından kaynaklanmaktadır.¹⁵

2. KAMU BORÇLUSU KAVRAMI

Kamu borçlusu kavramı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 3. maddesinde "Amme alacağını ödemek mecburiyetinde olan hakiki ve hükmi şahısları ve bunların kanuni temsilci veya mirasçılarını ve vergi mükelleflerini, vergi sorumlusunu, kefil ve yabancı şahıs ve kurumlar temsilcileri" şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere kamu borçlusu kavramı vergi yükümlüsü kavramından daha geniştir.¹⁶

II. AMME ALACAĞININ TAHSİLİNE ENGEL OLMA SUÇUNUN UNSURLARI

A. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bu suç tipi ile korunan hukuki değer genel olarak "kamu düzeni ve kamu yararı" şeklinde ifade edilmelidir. Zira bu suç tipi ile kanun koyucu kamu hizmetlerinin finansal kaynaklarına ulaşmasında ortaya çıkabilecek engelleri ortadan kaldırmayı ve ihtiyaç duyulan kamu hizmetlerinin finansmanının sağlanması amacıyla tahsili kolaylaştırmayı hedeflemektedir.¹⁷ Yine ayrı bir suç düzenlemesinde bu fiillere yer verilmesinin temel nedenlerinden bir diğeri de mükellef beyanına dayalı bir vergi sisteminde "defter, belge ve kayıtlara karşı toplumda duyulan güvenini" korumaktır.¹⁸

¹⁵ Yusuf Karakoç; "Kamu Alacaklarının Tahsili; Kamu İcra Hukuku", Vergi Sorunları Dergisi, 153 (Haziran 2001): 125.

¹⁶ Karakoç, Genel Vergi, 640; Karakoç, Kamu İcra, 96; Şenyüz, Yüce ve Gerçek, Vergi Hukuku, 349.

¹⁷ Pınar ve Bacaksız, "5237 Sayılı", 115; İsa Başbüyük, "Kamu İcra", "Kamu İcra Hukukunda Kamu Alacağının Tahsiline Etki Eden Suçlar (AATUHK m. 110-114)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16/Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı (2014): 4615.

¹⁸ Erdem Utku Çakır, "Amme Alacağının Tahsiline Engel Olma Suçu", (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi, 2021), 97.

B. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1. Suçun Konusu

Bu suç tipinin maddi konusu kamu borçlusunun mal varlığıdır. Burada sözü edilen kamu borçlusu, hakkında kamu alacağına ilişkin takip işlemlerine başlanmış kamu borçlusudur.¹⁹

2. Suçun Faili

Bu suçun faili “*kamu borçlusu*” olup bu suç herkes tarafından işlenemeyeceği için özgü suç niteliğindedir. Bu suç tipi bakımından kamu borçlusu kavramı geniş ve bir üst kavram olup içerisinde vergi yükümlüsü, vergi sorumlusu, vergi ceza muhatabı gibi kavramları da barındırmaktadır. Kamu borçlusunun bu suçun faili olarak kabul edilebilmesi için hakkında ***takip işlemlerine başlanmış olması*** aranmaktadır. Nitekim hükümde “*hakkında takip muamelelerine başlanan borçlu*” denilerek bu husus vurgulanmak istenmiştir.²⁰ Bir başka deyişle sadece ileride takip işleminin gerçekleşeceği varsayımının ortaya çıkması yahut ihtiyati haciz/tahakkuk kararının henüz kesinleşmemiş olması halinde bu suçun faili olunamayacaktır. Yargıtay bir kararında “*6183 Sayılı Kanun'un 110. maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için amme alacağı'nın tahsili için borçlu hakkında takibe başlanılmasının zorunlu olduğu, hakkında takip yapılan borçlunun kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tahsili zorlaştırmak amacıyla mallarından bir kısmını veya tamamını anılan maddede belirtilen seçimlik hareketlerden bir ya da birden fazlasını gerçekleştirmek suretiyle amme alacağı'nın tahsiline engel olması gerektiği, sanık ...'un vergi borcu tehditi altında bulunduğu ve bu sebeple üzerine kayıtlı mal bulundurmuyarak tüm malvarlığını eski eşi sanık ... adına kaydettir-*

¹⁹ Çakır, “Amme”, 102.

²⁰ Candan, Açıklamalı Amme, 613; Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), (Bursa: Ekin Basım Yayım, 2016), 430; Coşkun, Amme Alacakları, 1242; Kazım Yılmaz, Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa, (Ankara: Ce-Ka Yayınları, 2006), 1057; Çakır, “Amme”, 104; 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Tahsilat Grup Müdürlüğü, (İstanbul: Arıkan Basım Yayım, 2005), 475-476.

diğinin isnat edilmesi karşısında; Selçuk aleyhine amme alacağıının tahsili için yapılan herhangi bir takip olup olmadığı, yapılan takip var ise hangi malvarlığı değerlerinin Mecnun'a devredildiği hususunda ilgili kurumlardan gerekli evrakların aslı veya onaylı suretlerinin getirtilerek dosya içerisine alınıp tüm delillerle birlikte değerlendirilmesinden sonra hasil olacak sonuca göre sanıklar Selçuk ve Mecnun'un hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi..."ni bozma nedeni olarak kabul ederek takip işlemlerinin başlamış olmasının gerekli olduğunu ve somut olayda takip işleminin mevcut olup olmadığını dikkatle ele alınması gerektiğini vurgulamıştır.²¹

Takep muamelesi kavramı genel olarak AATUHK'nın 54. maddesi ve devamında yapılan işlemlerin bütünü olarak tanımlanabilir²². Fakat kanun koyucu burada takip muamelesi gibi üst bir kavram kullanarak taraf takip işlemini mi yoksa icra takip işlemini mi olduğu yönünde bir açıklık getirmemiştir. Bu nedenle bu husus doktrinde tartışmalara neden olmuştur:

Doktrinde bir görüşe göre;²³ 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 13. ve 17. maddelerinde düzenlenen ihtiyati haciz/tahakkuk gereğince kamu borçlusu hakkında haciz işlemine başlanmış (kesin haciz niteliği kazanmış) ise bu zaman dilimi içerisinde suç tipinde yer alan seçimlik fiillerden biri işlenirse artık failin kastı olduğu kabul edilerek bu suç uygulama alanı bulacaktır. Çünkü burada ödeme emri gönderilmese de tahakkuk etmiş alacaklara ilişkin borçlunun mal bildiriminde bulunması da takip işlemlerinin başladığını göstermektedir.²⁴

²¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2014/10154 E, 2018/196 K, 16.01.2018, www.kazanci.com, (23.11.2022).

²² Duman, "Kamu Alacağıının", 115.

²³ Pınar ve Bacaksız, "5237 Sayılı", 116; Özbalcı, Amme Alacakları, 892.

²⁴ Hakan Arslaner ve Demet Akdeniz, "6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Hükümlerinde Yer Alan Suçlarda Maddi Unsurun Varlığı", Sayıştay Dergisi. 95 (Ekim-Aralık 2014): 103.

Aksi yöndeki görüşe göre ise;²⁵ ödeme emrinin tebliği aşamasından önce ihtiyati haciz/tahakkuk kurumları gerekçe gösterilerek bu suç uygulama alanı bulamaz. Çünkü bu kurumlara kamu alacağı'nın ödenmesine ve tahsiline ilişkin güvence sağlamak amacıyla başvurulmaktadır. Nitekim bu kurumların bir takip işlemi olup olmadığı hususu da tartışmalıdır. Bu nedenle burada bir takip işlemi söz konusu olup bir icra takibi söz konusu olmadığından bu suç tipi uygulama alanı bulamayacaktır.

Nitekim aynı yöndeki bir başka görüşe göre;²⁶ teminatlı alacaklar bakımından kamu alacağı teminata bağlandığı için artık borç tahsil edilecek ve imkansızlık söz konusu olmayacaktır demek isabetsiz olacaktır. Çünkü kamu borçlusu teminatın kısmen veyahut tamamen değer kaybetmesine sebep olabileceği gibi borç miktarının artması durumunda ek teminat istenmemiş ise artık bu suçun uygulama alanı bulacağını kabul etmek gerekir.

Yine doktrinde bir başka görüşe göre ise;²⁷ takip yollarını tek tek ele alarak takibin başlayıp başlamadığının tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Kanaatimizce; kural olarak vadesinde ödenmeyen bir kamu alacağı'nın varlığı halinde kamu borçlusuna ödeme emri tebliğ edilerek takip işlemi başlamış olacaktır.²⁸ Ancak bazı hallerde bu kuralın dışında bir usul seyri olduğu görülmektedir. Örneğin; ihtiyati haciz kurumunda kural olarak kesinleşmiş bir amme alacağı'nın varlığı aranmaktadır. Çünkü gerek ihtiyati haciz gerek ihtiyati tahakkuk kurumla-

²⁵ Başbüyük, "Kamu İcra", 4617-4618; Duman, "Kamu Alacağı'nın", 115-116; Yılmaz, Kamu (Amme), 1057.

²⁶ Duman, Duman, "Kamu Alacağı'nın", 115.

²⁷ Yazar: "Teminatın paraya çevrilmesi veya kefilin takibinde fail sıfatının kazanılması, Haciz yoluyla takipte fail sıfatının kazanılması, İflas yolu ile takipte fail sıfatının kazanılması (bu süreci de Genel (adi) iflas yoluyla takip, Kambyo senetlerine dayanan iflas yoluyla takip ve Doğrudan doğruya iflas yoluyla takip" şeklinde temel bir ayırım yaparak ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuk bakımından ayrı bir değerlendirme yapmıştır. Detaylı açıklama için bakınız: Çakır, "Amme", 107-118.

²⁸ Muhsin Koçak, Vergi-İcra Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 229-230.

rı bir takip işlemi olmayıp kamu alacağının tahsilini güvence altına almayı sağlamakta ve kamu alacağının tahsilini kolaylaştırmaktadır²⁹. Fakat AATUHK m. 27, 29 ve 30 bakımından artık kesinleşmiş bir amme alacağı söz konusu olduğu için iptal davasına konu fiiller bakımından yapılacak ihtiyati haciz işleminde artık bir takip işleminden söz edilebilecektir³⁰. Çünkü ihtiyati haciz tedbiri yalnızca tahakkuk etmemiş borçlar bakımından değil tahakkuk etmiş fakat vadesi gelmemiş kamu alacakları veya tahakkuk etmiş ve ödeme vadesi gelmekle birlikte ödeme emirinin henüz gönderilmediği/gönderilemediği kamu alacakları bakımından da uygulama alanı bulmaktadır³¹. Hal böyle iken somut olayda yer alan takip yolunun usul süreci ayrıca ele alınmalıdır. Çünkü her bir takip yolunun borcun kesinleşmesi ve takip işlemlerinin başlaması noktasında kendine has usûl süreçleri olduğundan genel geçer kurallar ile çözümlenmek isabetsiz olacaktır.

3. Suçun Mağduru

Her ne kadar doktrinde bu suçun mağdurunun “*maliye hazinesi*” olduğu belirtilse de burada korunan hukuki değer kamu yararı olduğu için spesifik olarak bir kurum ya da kuruluşu mağdur olarak göstermek isabetli olmayıp burada genel olarak mağdurun kamu ya da toplum olduğunu söylemek gerekir. Çünkü suça konu alacak gerçek ya da tüzel kişiye ait olmayıp kamuya ait bir alacaktır. Maliye Hazinesi alacağına ulaşamamakta veyahut ulaşması tehlikeye düştüğü için bu suç bakımından ancak suçtan zarar gören konumunda olabilir³². Bununla birlikte doktrinde Maliye Hazinesi'nin bu suç tipinin kamu hizmetlerinin finansal kaynaklarını korumayı amaçlaması nedeniyle suçun

²⁹ Öncel vd., Vergi Hukuku, 181; Karakoç, Genel Vergi, 646; Karakoç, Kamu İcra, 118; Şenyüz, Yüce ve Gerçek, Vergi Hukuku, 370-372; Kaneti vd., Vergi Hukuku, 573,576; Sacit Önen, Genel Vergi Hukuku, (Ankara: Detay Yayıncılık, 2017), 160; Taşkan, 308; Saraçoğlu ve Çakar, Vergi Hukuku, 131; Biyan, Vergi Hukuku, 324.

³⁰ Ahmet Emrah Geçer, “Kamu İcra Hukukunda İhtiyati Haciz Sebepleri ve İhtiyati Haciz Karşısında Amme Borçlusunun Hukuki Durumu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 25/1 (2017):224.

³¹ Erdoğan Öner, Vergi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 197.

³² Başbüyük, “Kamu İcra”, 4619; Çakır, “Amme”, 104

mağdurlarından biri olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³³.

4. Fiil

Bu suç seçimlik hareketli bir suç olup kanunda suçun maddi unsurları arasında belirtilen hareketlerden birisinin yapılması suçun oluşması için yeterli olacaktır. Bu seçimlik hareketler şunlardır:

a) Mülkünden Çıkararak Gerçek Surette Varlığını Yok Etme veya Azaltma

Bu seçimlik hareketin oluşması için failin tüm malvarlığını tüketmesi gerekmez. Failin mülkünün bir kısmını malvarlığından çıkarması halinde de bu seçimlik hareket oluşacaktır.

Failin mülkiyetindeki malvarlığı taşınır veyahut taşınmaz olabileceği gibi bir hak da olabilir. Bu kapsamda üst ya da kaynak hakkı, fikri mülkiyete konu haklar da bu seçimlik harekete konu olabilecektir. İfade etmek gerekir ki bu fiil icrai hareketle olabileceği gibi³⁴ ihmali hareketle de gerçekleştirilebilecektir.

Doktrinde bir görüşe göre; “mülkünden çıkarma” deyiminin muğlak olması ve hukuki bir kavram olmaması nedeniyle ceza hukuku anlamında kanunilik ilkesini zedelemektedir. Yine aynı görüş mülkünden çıkarma fiiline ilişkin ihmali hareket örneği olarak; kamu borçlusunun bahçesindeki meyveleri toplamaması ve bunun netice-

³³ Pınar ve Bacaksız, “5237 Sayılı”, 117.

³⁴ “Somut olayda da, sanığın yetkilisi olduğu ... Gıda İşletmeciliği Ltd. Şti.'nin, Sakarya SGK İl Müdürlüğüne olan borcundan dolayı SGK tarafından 6183 Sayılı Kanuna göre yapılan takibat sonucu şirkete ait 2486 ada 46 parsel sayılı taşınmazın 24.11.2011 tarih 733 yevmiye ve 09.04.2012 tarih 2399 yevmiye numara ile haczolunduğu, sanık ...'un sahte haciz kaldırma yazısı ile taşınmaz üzerindeki haczi kaldırarak taşınmazı şirkete vekaleten sanık ...'e satmak sureti ile mülkünden çıkarttığı dikkate alınarak; sanığın eyleminin, 6183 Sayılı Kanun'un 110. maddesinde düzenlenen “Amme alacağı'nın tahsiline engel olma” suçunu oluşturup oluşturmayacağı'nın karar yerinde tartışılmasından sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine suç vasfında hatalı değerlendirme ile nitelikli dolandırıcılık suçundan mahkumiyet hükmü kurulması...”, Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2021/12712, K. 2021/7918, 06.10.2021, www.kazanci.com, (28.06.2022).

sinde çürüyüp düşmelerini ve “ekonomik bir değerinin kalmayışını” örnek göstermektedir.³⁵

Kanaatimizce yazarın burada verdiği ihmalî hareket örneği isabetli değildir. Bu ihmalî hareket “*telef etme/ya da değer düşürme*” fiillerine örnek olarak gösterilebilir. Çünkü örnekte ihmalî hareket neticesinde kamu borçlusunun mal varlığı değer kaybetmekte belki de telef olmaktadır. Nitekim yazar verdiği örnekte “*ekonomik bir değerinin kalmayışı*” gibi açık bir ibare kullanarak değer düşmeyi veyahut telef etmeyi işaret etmektedir.

b) Telef Ederek veya Değerden Düşürerek Gerçek Surette Varlığını Yok Etme veya Azaltma

Telef etme; malların değerinin tamamının kaybedilmesi veyahut bir daha kullanılmayacak hale getirilmesi iken değerden düşme kısmi bir değer kaybını ifade eder. Burada önem arz eden husus kaybın failin fiilinden kaynaklanması gerektiğidir. Örneğin kamu borçlusunun icra takibi sonucu satılacak arabasını yakarak kullanılmaz hale getirmesi telef etme iken; camlarını kırarak, iç aksamına zarar vermesi değer kaybıdır. Hayatın olağan akışında yıpranma, piyasa koşulları gibi faktörlerle değer kaybetmesi bu kapsamda kabul edilmemelidir. Yine belirtmek gerekir ki telef etmenin kapsamını kamu borçlusunun taşınır-taşınmaz her türlü malları oluşturmaktadır.³⁶ Değerden düşmenin tespiti; her somut olay bakımından hâkimin bilgi ve tecrübesi ile tespit edilebileceği gibi uzmanlık gerektiren bir durumun bulunması halinde bilirkişi vasıtasıyla da yapılabilecektir.³⁷

³⁵ Çakır, “Amme”, 133-134.

³⁶ Pınar ve Bacaksız, “5237 Sayılı”, 118; Arslaner ve Akdeniz, “6183 Sayılı”, 104; Çakır, “Amme”, 137-138.

³⁷ Çakır, “Amme”, 139-140.

c) Gizleyerek, Kaçırarak, Muvazaa Yolu ile Başkasının Uhdesine Geçirerek veya Aslı Olmayan Borçlar İkrar Ederek yahut Alındılar Vererek Gerçeğe Aykırı Surette Varlığını Yok Etme veya Azaltma

Kanun koyucu burada sayılan tüm fiiller bakımından “gerçeğe aykırı surette” kıstasını arayarak aslında kamu borçlusunun asıl niyetini gizli tutmasını ve alacaklı idareyi aldatma amacıyla hareket etmesini ifade etmeye çalışmıştır.³⁸

Gizlemek veya kaçırarak eylemi ile kastedilen kamu borcuna konu malların bulunmasını imkânsız hale getirmektir. Fakat bu gruptaki malların mal beyanında gösterilmemesi veyahut eksik gösterilmesi AATUHK m. 110 değil de eksik ya da gerçeğe aykırı mal beyanında bulunduğu için 111. maddede düzenlenen Gerçeğe Aykırı Mal Bildirimi Suçu'na vücut verecektir. Örneğin; kamu borçlusunun gerçekte olmayan borçlara ilişkin senet imzalaması gizlemek fiili olarak nitelendirilecektir.³⁹

İfade etmek gerekir ki failin malı vermemesi başlı başına gizlemek ya da kaçırarak fiili olarak kabul edilemeyeceği için bu suça vücut vermeyecektir. Fakat bu fiillere konu muameleler 6183 sayılı Kanun'un 30. maddesi⁴⁰ gereğince hükümsüz sayılarak 24. maddeye konu edilip iptal davası açılabilecektir.

Doktrinde bir görüşe göre; kamu borcu sebebiyle haczedilerek faille yediemin olarak bir malın bırakılması ve failin bunu teslim etmemesi halinde artık 6183 sayılı Kanun m. 110 değil Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 289'da düzenlenen “Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma

³⁸ Çakır, “Amme”, 140-141.

³⁹ Candan, Açıklamalı Amme, 614; Arslaner ve Akdeniz, “6183 Sayılı”, 104.

⁴⁰ “Amme alacağı'nın tahsiline imkân bırakmamak maksadıyla yapılan tasarruflar: Madde 30 - Borçlunun malı bulunmadığı veya borca yetmediği takdirde amme alacağı'nın bir kısmının veya tamamının tahsiline imkan bırakmamak maksadıyla borçlu tarafından yapılan bir taraflı muamelelerle borçlunun maksadını bilen veya bilmesi lazım gelen kimselerle yapılan bütün muameleler tarihleri ne olursa olsun hükümsüzdür.”

Suçu” vücut bulacaktır⁴¹. Yargıtay ise aksi görüşte olup yed-i emin olarak teslim edilen araçların tebligata rağmen vergi dairesine götürmemesinin teslim amacı dışında tasarrufta bulunma sayılamayacağı için Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu’nun unsurlarının oluşmadığını kabul etmektedir.⁴²

Yargıtay da fiili haczin gerçekleşmediği durumda kamu borçlusunun hacze konu malı sadece teslim etmemesi eylemini mal üzerinde bir tasarruf söz konusu olmadığı için AATUHK m. 110 kapsamında suç olarak nitelendirmemektedir.⁴³

⁴¹ Başbüyük, “Kamu İcra”, 4620.

⁴² “6183 sayılı Yasa’ya muhalefet suçu yönünden; amme alacağının tahsiline engel olanlar başlığını taşıyan anılan yasanın 110. maddesinde “amme alacağının tahsili için hakkında takip muamelelerine başlanan borçlu kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tahsili zorlaştırmak maksadıyla mallarından bir kısmını veya tamamını mülkünden çıkararak, telef ederek yahut değerden düşürerek gerçek surette gizleyerek, kaçırarak muvazaa yolu ile başkasının uhdesine geçirerek veya aslı olmayan borçlar ikrar ederek, yahut alındılar vererek gerçeğe aykırı surette varlığını yok eder veya azaltır ve geri kalan mallar borcu karşılamaya yetmezse” sanığın cezalandırılacağı öngörüldüğü, somut olayda sanığın kendisinde bulunan haczedilir araçları 15 günlük süre içerisinde teslim etmemesinin yasada tarifi yapılan eylemlere uymadığı; Muhafaza görevini kötüye kullanma suçu yönünden ise; failinin, kendisine yed-i emin olarak teslim edilen hacizli malları saklayarak koruma ve yetkili merci tarafından istenildiğinde kendisine teslim edilen yerde iade etmekle yükümlü olduğu, somut olayda yed-i emin olarak teslim edilen araçların tebligata rağmen vergi dairesine götürmemesinin teslim amacı dışında tasarrufta bulunma sayılamayacağı, hacze konu 5 adet aracın trafik kayıtlarına yakalamalı haciz şerhleri konulması üzerine yakalanarak vergi dairesine teslim edildiği, sanığın hacizli araçları vergi dairesi tarafından belirlenen günde vergi dairesine götürmemesi biçimindeki eyleminin, teslim amacı dışında bir tasarruf olarak değerlendirilemeyeceği; Bu nedenlerle, yüklenen her iki suçun da yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, sanığın her iki suçtan beraati yerine, delillerin takdirinde yanılığa düşmek suretiyle yazılı şekilde hükümler kurulması...”, Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 25.11.2014, E. 2014/21343, K.: 2014/19849, <https://legalbank.net>, (23.11.2022).

⁴³ “Somut olayda; Adalet Bakanlığınca yasa yararına bozma yasa yoluna başvurulurken gösterilen neden, “sanığın vergi borcu nedeniyle haczedilip kendisine yediemin olarak teslim edilen menkul malları yapılan uyarıya rağmen süresi içinde ilgili mercie teslim etmemekten ibaret eyleminin yasada tarifi yapılan suçta uymadığından bahisle 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasanın 110. Maddesinde yazılı suçun unsurlarının oluşmadığına” ilişkin olup; kesinleşen bir mahkûmiyet hükmünde “suçun unsurlarının oluşmadığı” hususu yasa yararına bozma konusu yapılabileceğinden, Özel Dairece “kesinleşen hükümlerde delil ve takdirde hataya düşüldüğünden bahisle kanun yararına bozma yoluna gidilemeyeceği” gerekçesiyle yasa yararına bozma isteminin reddine karar

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği bir kararda “Yargılamaya konu olan, vergi borcundan dolayı vergi dairesine veya icra memurluğuna teslimi istenen araçların uyarıya karşın teslim edilmemesi eyleminin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa'nın 110. maddesinde yazılı seçimlik hareketli suçu oluşturabilmesi

verilmesinde isabet bulunmamaktadır.”, Yrg. CGK, 23.6.2009, E. 2009/7-69, K. 2009/176, www.kazanci.com, (15.12.2021).

“6183 sayılı yasanın “Amme Alacağı'nın Tahsiline Engel Olanlar” başlığını taşıyan 110. maddesinde; “Amme alacağı'nın tahsili için hakkında takip muamelelerine başlanan borçlu kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tahsili zorlaştırmak maksadıyla mallarından bir kısmını veya tamamını, mülkünden çıkararak, telef ederek yahut değerden düşürerek gerçek suretle; gizleyerek, kaçırarak muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirerek veya aslı olmayan borçlar ikrar ederek, yahut alındılar vererek gerçeğe aykırı surette varlığını yok eder veya azaltır ve geri kalan mallar borcu karşılamaya yetmezse...” sanığın cezalandırılacağı öngördüğü cihetle, sanığın kayden haczedilen aracını 15 günlük sürede teslim etmemesinin kanunda tarif edilen eylemlere uymadığı gözetilerek beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi...”, Yargıtay 7. Ceza Dairesi., 22.9.2004, E. 2003/9934, K. 2004/10052, www.kazanci.com, (15.12.2021); Aynı yönde: Yrg. CGK, 5.5.2009, E. 2009/7-74, K. 2009/119, www.kazanci.com, (15.12.2021).

“sanığın cezalandırılacağı öngördüğü cihetle, sanığın üç günlük sürede kayden haczedilen aracını temsil etmemesinin kanunda tarif edilen eylemlere uymadığı gözetilerek sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi...”, Yargıtay 7. Ceza Dairesi, , 03.03.2004, E.2003/005849, K. 2004/2904, Aynı yönde: Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 22.05.2003, E. 2002/22873, K.2003/3178, Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 19.06.2017, E. 2016/9523, K. 2017/5925, <https://legalbank.net>, (23.11.2022).

“6183 sayılı yasanın Amme alacağı'nın tahsiline engel olanlar başlığını taşıyan 110. maddesi “Amme alacağı'nın tahsili için hakkında takip muamelelerine başlanan borçlu kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tahsili zorlaştırmak maksadıyla mallarından bir kısmını veya tamamını, mülkünden çıkararak, telef ederek yahut değerden düşürerek gerçek suretle; gizleyerek, kaçırarak muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirerek veya aslı olmayan borçlar ikrar ederek, yahut alındılar vererek gerçeğe aykırı surette varlığını yok eder veya azaltır ve geri kalan mallar borcu karşılamaya yetmezse...” sanığın cezalandırılacağı öngördüğü cihetle, sanığın haczedilen aracını 15 günlük sürede teslim etmemesinin kanunda tarifi yapılan eylemlere uymadığı gibi bildirim tarihinden sonra borçlarını taksitle ödeyen sanığın karar tarihi itibarıyla de vergi borcunun da kalmadığı gözetilmeden yazılı şekilde sanığın mahkumiyetine karar verilmesi...”, Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 2002/4134 E., 2002/3767 K. 25.03.2002 T., Timuçin Muşul, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004), 275; Yargıtay 7. Ceza Dairesi 22.02.2007, 2004/6412; 1052, Yargıtay 7. Ceza Dairesi 22.9.2004, 2003/9934; 10052, Yargıtay 7. Ceza Dairesi 20.2.2002, 1646/1981, Yargıtay 7. Ceza Dairesi 25.03.2002, 4134/3767 Benzer kararlar için bakınız: Coşkun, 1245-1248.

için, araçlara fiili haciz işleminin gerçekleştirilmiş olması zorunludur. Oysa somut olayda fiili haciz yapılmadığı için atılı suçun unsurları oluşmamıştır. Nitekim yerel mahkeme de beraat kararının gerekçesinde, 6183 Sayılı Yasanın 110. maddesinde yazılı suçun unsurlarını etraflıca tartışmak suretiyle, olayda unsurların gerçekleşmediğini açıkça belirtmiştir. Kararda bu nedenin yanı sıra ayrıca delil yetersizliğinden de söz edilmiş olması, isabetli bulunan ilk gerekçeyi geçersiz kılan bir husus olarak değerlendirilmemelidir.” demek suretiyle bu hususa dikkat çekmiştir⁴⁴. Bununla birlikte Yargıtay, failin hacizli malın yerini idareye bildirmeyerek kamu alacağının tahsilini zorlaştırması nedeniyle 6183 sayılı Kanun m. 110’un uygulama alanı bulacağı yönünde karar verdiği de görülmektedir.⁴⁵

Doktrinde Yargıtay’ın bu şekilde bir fiili haciz kıstası aramasının altında yatan temel nedenin haczedilen menkul malın değerinin fiili haciz esnasında belirlenmesi olduğu ifade edilmektedir.⁴⁶ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu yakın tarihli bir kararında malı teslim etmeyen bir yediemine verilen muhafaza görevini kötüye kullanma suçuna ilişkin hükmü, suçun maddi unsurunda tasarrufunun bulunmaması nedeniyle bozmuştur⁴⁷.

⁴⁴ YCGK, 27.11.2007, E. 2007/7-248, K. 2007/251, www.kazanci.com, (15.12.2021).

⁴⁵ Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 10.05.2018, E. 2018/1617 K. 2018/5899, <https://legalbank.net>, (23.11.2022).

⁴⁶ Çakır, “Amme”, 149-150.

⁴⁷ “...söz konusu suça dair düzenlemede yediemine açıkça mahcuz malı başka yere götürmek suretiyle teslim etme görevinin yüklenmediği, ancak teslim edenin, mahcuz malı muhafaza edenin adresine başvurarak iadesini istemesine karşın, yedieminin iade etmemesi durumunda yükümlülüğüne aykırı davrandığı söylenebileceğinden, faile kanuna dayanmayan bir görev yüklenmesi, diğer bir ifadeyle, bu suçun maddi unsurunu oluşturan ve “mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunma” şeklinde tanımlanan failin kapsamını, mahcuz malı icra dairesi tarafından belirlenen satış yerine götürmemek biçiminde genişletmek; suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olup bu eylemden ibaret ihmali davranışın teslim amacı dışında bir tasarruf olarak değerlendirilmesi de olanaklı değildir. Eşinin borcu sebebiyle yapılan icra takibi kapsamında ikâmetinde gerçekleştirilen haciz işlemi sonrasında haczedilen eşyanın kendisine yediemin sıfatıyla teslim edilen sanığın, söz konusu eşyayı icra dairesince bildirilen satış yerine getirmedeği gerekçesiyle muhafaza görevini kötüye kullanma suçundan mahkûmiyetine karar verilen olayda; sanığın kendisine teslim edilen mahcuz eşyayı kırma veya bir başkasına satma gibi teslim amacı dışında herhangi bir tasarrufta bulunmadığı,

Gerçeğe aykırı şekilde malı yok etmekten kasıt bu malın hukuken varlığına son verilmesidir.⁴⁸

Muvazaa yolu ile başkasının uhdesine geçirmek ile mülkünden çıkarma seçimlik hareketleri birbirine benzese de ifade etmek gerekir ki farklı eylemlerdir. Burada sıklıkla kamu borçlularının yaptıkları savunmalarda mülkünden çıkarma fiillerine gerekçe olarak bir başka borcun ödenmesi gösterilmektedir. Mahkeme burada bu savunmanın gerçekliğini tespit edebilmek adına bu işlem ardından elde edilen kazançla ne yapıldığı, işlemin muvazaalı olup olmadığını, söz konusu borç bir icra takibine konu ise ilgili takipte bir ödemenin yapılıp yapılmadığı gibi hususları ele alarak bütüncül bir değerlendirme yapmalıdır.⁴⁹

yedieminin mahcuz eşyayı satış yerine götürme hususunda kanundan doğan bir yükümlülüğünün bulunmadığı mahcuz malın satış yerine götürülmemesinin TCK'nın 289. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan suçun maddi unsuru kapsamında tasarruf olarak değerlendirilemeyeceği anlaşıldığından; saniğa atılı muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluşmadığı kabul edilmelidir. Yargıtay, 02.10.2018, E. 2018/9-299, K. 2018/394, www.kazanci.com, (15.12.2021).

⁴⁸ Başbüyük, "Kamu İcra", 4620.

⁴⁹ Çakır, "Amme", 132-133.

"Saniğin ... plakalı aracını alacaklıyı zarara uğratma kasdıyla devrettiğinin iddia edilmesi karşısında, suça konu aracın devrine ilişkin Çorlu Noterliği'nin ... tarih ve ... yevmiye numaralı araç sözleşmesi örneği getirtilip, elde edilen paranın nereye ödendiğine ilişkin deliller toplanıp sonucuna göre hukuki durumunun takdir edilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi hukuka aykırı olup hükmün bozulmasına." Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 31.10.2013, E. 2012/24111, K. 2013/15751, www.kazanci.com, (15.12.2021).

"... saniğin savunmasında ise başka borçlarını ödemek amacıyla... üyeliğindeki hak hissesini devrettiğini iddia etmesi karşısında, gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle kooperatif hissesinin değeri tespit edilip, devredilen hisseden elde edilmiş olan meblağın hangi borçların ödenmesi amacıyla kullanıldığı hususları araştırılarak..." Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 21.03.2013, E. 2012/10664, K. 2013/4690, www.kazanci.com, (15.12.2021).

"... taraflar arasındaki devir sözleşmesi getirtilip devre konu taşınmazların tasarruf tarihindeki gerçek değeri ile satış değeri arasında fahiş fark olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılıp, sanık ile taşınmazları devralanlar arasında yakın akrabalık ya da yakın arkadaşlık ilişkilerinin bulunup bulunmadığı, taşınmazların halen kimin kullanımında olduğu, satış bedelinin ödenip ödenmediği belirlenerek, saniğa isnat edilen suç kastının oluşup oluşmadığının tespiti açısından satışı yapılan taşınmazlardan elde edilen paranın akabetinin ne olduğu, borç ödenmesinde kullanılıp kullanılmadığı, borç ödenmişse ilgili takip dosyaları

getirilerek borcun muvazaalı ya da hayali borç ikrarına dayalı olup olmadığı, banka veya sosyal güvenlik kurumlarına olan borcun ödenmesine sarf edilmişse, bu durumun ilgili kurumlara sorularak, sonucuna göre şikayete konu taşınmazların devrinin alacaklıya zarara sokmak kastıyla yapıp yapılmadığı hususunda sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken eksik kovuşturma ile karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 11.07.2018, E. 2018/202, K. 2018/8447, www.kazanci.com, (15.12.2021).

“Alacaklı bankadan kullanılan icra takibine konu olmayan yüksek miktartlı konut kredisine dair borcu ödemek için suçta konu taşınmazı satarak kredi borcunu ödeyen sanığın yapmış olduğu taşınmaz satışının gerçek bir satış olduğu, alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla yapılan suni bir satış olmayıp, alacaklı bankaya olan borcunu ödemek amacıyla yapılan bir satış işlemi olduğu, sanık ve eşinin maaşlarına da ayrıca haciz konulması sebebiyle alacaklının alacağını tahsil etme imkânının bulunduğu, taşınmaz üzerindeki ipoteğin kaldırılması için alacaklı bankanın rıza gösterdiği, sanığın savunmasının inandırıcı olduğu ve dosyada mevcut delillerle desteklediği, alacaklı vekilinin yazısıyla icra dosya bakiye alacağının haricen tahsil edilmesi sebebiyle dosyanın infaz edilmesini, konulan hacizlerin kaldırılmasını talep ettiği anlaşıldığından, sanığın üzerine atılı alacaklıya zarara uğratmak için mevcudunu eksiltmek suçunun manevi unsurunun, taşınmaz satışının alacaklıya zarara sokmak maksadıyla yapılmaması ve satış işleminin alacaklı bankaya olan diğer borçlarını ödemek amacıyla yapılan gerçek bir satış işlemi olması sebebiyle, maddi unsurunun ise alacaklının alacağını alamadığını ispat edememesi sebebiyle gerçekleşmediğinden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, hatalıdır.” Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 25.04.2018, E. 2016/8772, K. 2018/5120, www.kazanci.com, (15.12.2021).

“sanığın anlaşmalı olarak boşandığı, boşanma ilamına göre, suçta konu taşınmazın devredileceği, taşınmazın 24.10.2014 tarihinde sanığa tapuda devrinin yapıldığı, anılan sanık tarafından da taşınmazın 17.03.2015 tarihinde diğer sanığa satıldığı, boşanma tarihinden sonra tarafların birlikte zaman geçirdikleri tanık beyanıyla sabit olduğu gibi UYAP veri tabanından alınan nüfus kayıt örneğine göre sanıkların yeniden evlendikleri, devir işleminin alacaklılardan mal kaçırmaya yönelik muvazaalı bir işlem olduğu dikkate alınarak..” Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 06.06.2018, E. 2016/14717, K. 2018/6947, www.kazanci.com, (15.12.2021).

“Taşınmaz satış senedi getirtilip, sanığın... payını eski eşine devredip devretmediği, satışa konu taşınmazla mahkeme ilamına konu taşınmaz aynı olup olmadığı, tarafların anlaşmalı boşanmaya rağmen aynı evde yaşamaya devam edip etmedikleri ve borcu karşılamaya yeterli malvarlığının olup olmadığı hususları araştırılarak... sonucuna göre hukuki durumun takdirine gerekir.” Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 21.03.2013, E. 2012/10688, K. 2013/4691, www.kazanci.com, (15.12.2021).

“Ticari işletmenin tamamını veya önemli bir bölümünü satın alan kişi gerekli ilanları yapmamış ve satın alırken alacaklılara haber verilmemiş ise borçlunun mal kaçırmaya kastını bildiği karine olarak kabul edilmektedir. AATUHK’da da borçlunun mal kaçırmaya kastını bilen veya bilmesi lazım gelen kişilerle yaptığı işlemlerin tarihi ne olursa olsun geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır. Açıklanan ilkeler dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 18.07.2006, E. 2006/2879, K. 2006/4561, www.kazanci.com, (15.12.2021).

Ayrıca doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre;⁵⁰ muvazaaya konu işleme ilişkin açılmış bir iptal davası söz konusu ise mahkemenin takdirine bağlı olmakla birlikte bu durumun AATUHK m.110 gereği yapılacak yargılamada bekletici mesele yapılması daha isabetli olacaktır. Çünkü burada muvazaa olarak nitelendirilen husus daha çok bir özel hukuk uyuşmazlığını barındırmakta olup failin kastını belirleyebilmek adına yol gösterici niteliktedir. Aksi halde açılan iptal davasında muvazaa olmadığının tespit edilmesi karşısında failin halen kastının olduğunu ortaya koymak güçleşecektir.⁵¹

Aslı olmayan bir borcu ikrar etmek seçimlik hareketinden anlamamız gereken ise Türk Borçlar Kanunu'nun⁵² "*Borç Tanıması*" başlığı altında düzenlenen m. 18'de "*Borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanınması geçerlidir.*" hükmünde ifade edilen soyut borç ikrarıdır. Fail burada herhangi bir sebep göstermeksizin bir borcu olduğu yönünde ikrar veya beyanda bulunmaktadır.⁵³

Doktrinde bir görüşe göre;⁵⁴ fail kambiyo senedi keşide ederek icrai hareketle aslı olmayan borcu ikrar etmiş olacaktır. Ayrıca kamu borçlusu aleyhine gerçekte var olmayan ve herhangi bir gerçek borca dayanmayan ilamsız icra takibinde ödeme emrine itiraz etmeyerek takibin kesinleşmesine neden olursa da ihmali hareketle aslı olmayan borcu ikrar etmiş olacaktır.

⁵⁰ Çakır, "Amme", 164.

⁵¹ "Suça konu tasarrufların iptaline ilişkin olarak açılan Muş Asliye Hukuk Mahkemesi'nin .. esas sayılı dosyanın kesinleşmesi beklenerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdiri gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi..." Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 11.4.2013, E. 2012/10779, K. 2013/614, www.kazanci.com, (15.12.2021).

"Sanığın alacaklısını zarara uğratmak kastıyla... taşınmazdaki hissesini kızı olan Ö.Ç. ye devrettiğinin iddia edilmesi karşısında, taşınmaz satış sözleşmesi de getirtilerek, bu devrin alacaklıyı zarara sokmak amacıyla yapıp yapılmadığı tartışılıp, taşınmazın satışıyla ilgili tasarrufun iptaline ilişkin Ankara 19. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin... esas sayılı dava dosyasının kesinleşmesi beklenerek, sonucuna göre hukuki durumunun takdir edilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi..." Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 18.04.2013, E. 2012/14802, K. 2013/6588, www.kazanci.com, (15.12.2021).

⁵² (R.G: 4/2/2011 tarih ve 27836 sayı).

⁵³ Çakır, "Amme", 165.

⁵⁴ Çakır, "Amme", 166.

Kanaatimizce yazarın burada ihmali harekete verdiği örnek isabetsizdir. Kamu borçlusunun hakkında yapılan ilamsız takibin gerçekte var olmaması, bir borca dayanmaması noktasında **bir kastının bulunup bulunmadığını** somut olayda tespit etmek güçtür. Ayrıca kamu borçlusunun ödeme emrine süresi içerisinde itiraz etmemesi kanunda bir suç olarak düzenlenmediğinden sırf itiraz etmemesini ihmali hareket olarak yorumlamak ceza hukuku anlamında isabetsizdir. Kaldı ki yazarın ihmali harekete ilişkin verdiği örneklerle genel olarak baktığımızda bu örneklerin gerçek olmayan ihmali suçlara ilişkin olduğu görülmektedir. Gerçek olmayan ihmali suçlardan söz edebilmek için de failin kendisine yüklenmiş olan neticeyi önlemek yükümlülüğünü hareketsiz kalarak yerine getirmemesi gerekmektedir. Hal böyle iken bu örneklerde failin ihmali hareket nedeniyle cezai sorumluluğunun doğabilmesi için kanunda açık bir şekilde düzenleme bulunması gerekmektedir. Bir başka deyişle kanun koyucunun o suçun icrai hareketlere ek olarak ihmali hareket ile de işlenebileceğini belirtmesi gerekmektedir.⁵⁵ Ayrıca failin gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından ihmali hareketinin cezalandırılabilmesi için kendisinin kanundan, sözleşmeden ya da önde gelen tehlikeden kaynaklı bir yükümlülüğünün bulunması ve bu yükümlülüklerle aykırı hareket etmesi gerekmektedir.⁵⁶ Böyle bir durum söz konusu değilken failin ihmali hareketten kaynaklanan cezai sorumluluğu olduğunu söylemek hukuka uygun düşmeyecektir. Nitekim ödeme emrine itiraz etmemek gerçek olmayan ihmali bir suçta örnek teşkil etmemektedir.

⁵⁵ Eserde savunulan görüş için bakınız: Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 227, 501-502; Koca ve Üzülmüş, 399-400; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2019), 265-270; Fatih Yurtlu, İhmali Suçlar, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 107, 282. Aksi yöndeki görüş için bakınız: İzzet Özgenç, "İhmali Suç Teorisi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 25/4 (2021): 307.

⁵⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız, 502-503. Özgenç, İhmali Suç Teorisi, 310. Daha geniş bilgi için bakınız: Hakan Hakeri, İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003), 29 vd.; Rahime Erbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, (İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2019), 318-321; Fatih Yurtlu, "Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 25/3 (2021): 579-636.

Doktrinde bu seçimlik hareketler bakımından; eğer fail hakkında 6183 sayılı Kanun'un 27, 28, 29 ve 30. maddeleri gereğince hükümsüz sayılan tasarruflardan birinin varlığı tespit edilirse ayrıca nedensellik bağı aranmaksızın 110. madde kapsamında belirtilen seçimlik hareketin varlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁷ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir kararda "*Dosya içeriğine, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirdinde bir isabetsizlik bulunmamasına, davalılar 3. kişi... ve... 'in borçlu ... 'in çocukları olmasına, 6183 sayılı Yasanın 28/1-1 bendinde bu derece akrabalar arasında yapılan tasarrufların bağışlama hükmünde sayıldığı ve iptale tabi olduğunun öngörülmesine buna ilaveten davalılar... ve... 'in annesi olan borçlu ... 'in amme alacağı'nın tahsiline engel olmak kastı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olması nedeniyle de tasarrufun iptali gerekeceğine (6183 m.30)*" demek suretiyle bu görüşü destekler nitelikte tasarrufun iptali ile amme alacağı'nın tahsiline engel olmak kastının birbiri ile doğrudan ilişkili olduğu ifade edilmiştir.⁵⁸

Son olarak ***alındılar vererek gerçeğe aykırı surette varlığını yok etme veya azaltma*** fiili bakımından bir değerlendirme yapacak olursak: Soyut borç ikrarı ile benzer şekilde temelinde muvazaalı bir işleme dayanmaktadır. Uygulamada genellikle mükellef gerçekte var olmayan bir borca ilişkin bono, poliçe, kambiyo senedi keşide ederek bir başka deyişle alındılar vererek alacaklıdan mal kaçırılmaktadır.⁵⁹

5. Netice

Kanun koyucu bu suç tipinin neticesi bakımından özellikle bir zarar arayarak bu suçu bir zarar suçu olarak düzenlemiştir. Zira kanun koyucu seçimlik hareketler neticesinde kalan malların borcu karşılama yetmemesini aramaktadır.⁶⁰

⁵⁷ Pınar ve Bacaksız, "5237 Sayılı", 119.

⁵⁸ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi., 19.12.2016, E. 2014/24807 K. 2016/11691, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (23.11.2022).

⁵⁹ Çakır, "Amme", 167.

⁶⁰ Başbüyük, "Kamu İcra", 4620; Coşkun, Amme Alacakları, 243.

Doktrinde bir görüşe göre;⁶¹ bu zarar neticesinin gerçekleşmediği durumda fail artık bu suçtan cezalandırılmayacaktır. Bu zarar neticesinin tespiti için kamu borçlusu hakkında başlatılan takip işlemlerinin tamamlanması gerektiği ifade edilmektedir. Failin 110. maddede sayılan seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmesi halinde bu fiillere konu olan tasarrufa ilişkin 6183 sayılı Kanun'un 24. maddesi gereğince iptal davası açılacaktır. Bu fiiller nedeniyle ve fiillere konu işlemlere ilişkin açılan iptal davası neticesinde verilecek tasarrufun iptali kararı suçun oluşmasına engel teşkil etmeyecektir. Nitekim benzer bir suç düzenlemesi olan İcra ve İflas Kanunu'nun 331. maddesinde yer alan alacaklısını zarara sokmak kastıyla mevcudu eksiltme suçunda failin cezalandırılabilmesi için borçlu hakkında aciz belgesi alınması şartı bulunmaktadır. Bu suç tipi bakımından böyle bir şart bulunmamakla birlikte bu şekilde bir yorumlamanın isabetli olacağı ifade edilmektedir.⁶²

Fakat bu görüşün benzerlik gösterdiğini ifade ettiği suç tipinde aciz belgesi şartı tek olasılık olmayıp hükümde "*aleyhine aciz belgesi aldığı veya alacaklı alacağını alamadığını ispat ettiği takdirde*" denecek bir başka olasılığın sunulduğu görülmektedir. Bir başka deyişle borçlunun sayılan fiillerden biri nedeniyle zarara uğrayan alacaklı; burada ya "*kesin aciz belgesi*" ne dayanacak ya da elinde "*borç ödemedi aciz belgesi hükmündeki haciz tutanağı* (İİK. mad. 105/I)" veya "*borç ödemedi aciz belgesi* (İİK. m. 143)" bulunmasa da "*alacağının kendisine ödenmediğini*" herhangi bir şekilde ispatlayarak yine borçlunun cezai sorumluluğunu doğuracaktır.⁶³

Nitekim doktrinde benzer bir görüşe göre;⁶⁴ burada zarar neticesi olarak adlandırılan husus aslında AATUHK m. 110'nun objektif ceza-

⁶¹ Duman, "Kamu Alacağının", 117.

⁶² Candan, Açıklamalı Amme, 613; Pınar ve Bacaksız, "5237 Sayılı", 118; Arslaner ve Akdeniz, "6183 Sayılı", 105; Servet Şamlıoğlu ve Yılmaz Özbacı, Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, (Ankara: Özbacı Vergi Hukuku Bürosu, 1988), 677.

⁶³ Talih Uyar, "Takip Hukukunda "Alacaklısını Zarara Sokmak Kasdiyle Mevcudunu Eksiltme Suçu" (İİK. Mad. 331)", Ankara Barosu Dergisi. 68 82010/1):176.

⁶⁴ Çakır, "Amme", 203-205.

landırılabilme şartıdır. Bu suç tipi bakımından ise “geri kalan malların borcu karşılama yetmemesi” deyiminden ne anlaşacağının muğlak olması, borcun tamamı mı yoksa bir kısmını mı ödeyememesi olarak değerlendirileceği noktasında bir açıklamama bulunmaması nedeniyle kanunilik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle burada İİK m. 331’e benzer bir şekilde bu suç tipi bakımından da AATUHK m. 75 gereği aciz halini ortaya koyacak bir belgenin aranmasının açık bir şekilde düzenlenmesi isabetli olacaktır.⁶⁵

Bu konuya ilişkin detaylı açıklamalara ve kanaatimize teşebbüs bölümünde ayrıca yer verilecektir.

⁶⁵ “...sanığın elden çıkardığı mal varlığına rağmen kalan mevcudunun borcu karşılama yetmesi halinde, alacaklıya zarar verme kastı bulunmadığından atılı suç oluşmayacaktır.” Yargıtay 16. Hukuk Dairesi, 21.04.2014, E. 2014/1136, K. 2014/4787, www.kazanci.com, (15.12.2021).

“Somut olayımızda; şikâyetçi tarafın sanığın taşınmazlarını alacaklılarını zarara uğratmak amacıyla devrettiğini, sanığın ise diğer borçlarını ödemek amacıyla taşınmazı sattığını savunması karşısında, sanığa isnat edilen suça yönelik kastın ve suçun unsurlarının oluşup oluşmadığının tespiti açısından, öncelikle sanığa ait olup şikâyete esas olan takip dosyasında haciz konulan ve üzerinde başkaca rehin ve hacizler bulunan araçların satışının yapılması halinde şikâyetçiye tatmin edecek bir miktar kalıp kalmayacağı... sonucuna göre şikâyete konu taşınmazların satışının alacaklıyı zarara sokmak kastıyla yapıp yapılmadığının ve sanığın hukuki durumunun tayini gerekir.” Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 05.03.2018, E. 2016/13529, K. 2018/2313; www.kazanci.com, (15.12.2021).

“Borçlu sanığın kendisine ait bağımsız bölümü sattığı anlaşılması karşısında; müştekinin şikâyet dilekçesinde sanığa ait araçların varlığını ve bu araçların üzerinde pek çok hacizler olduğunu iddia etmesine rağmen, araçların değerleri ile üzerindeki hacizli dosyaların alacak miktarları saptanarak, araçların değerinin hacizli dosya alacaklarını karşıladıktan sonra bu dosya borcu yönünden alacaklıyı tatmin edebilecek bir miktarda para kalıp kalmayacağı yönünde araştırma yapılarak, sonucuna göre borçlu sanığın taşınmazını alacaklıyı zarar sokmak kastıyla satıp satmadığı hususunda varılacak sonuca göre sanığın hukuki durumunun takdiri gerekir.”, Yargıtay 16. Hukuk Dairesi, 11.10.2010, E. 2010/4416, K. 2010/5835, www.kazanci.com, (15.12.2021).

“Taşınmazın satım tarihindeki değeri, sanığın borcu karşılama yetecek miktarda başkaca mal varlığının olup olmadığı ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ne olduğu konusunda tarafların göstereceği tüm deliller toplandıktan sonra sanığın hukuki durumunun takdir edilmesi gerekirken; Eksik araştırma ve yasal olmayan gerekçe ile beraatine karar verilmesi isabetsiz olduğundan hükmün istem gibi BOZULMASINA...” Yargıtay 16. Hukuk Dairesi, 28.06.2010, E. 2010/3555, K. 2010/4552, www.kazanci.com, (15.12.2021).

C. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bu kısımda TCK'da yer alan hukuka uygunluk sebepleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır.

Kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebi bakımından şu sonuca ulaşılabilir: Kamu borçlusunun bir kanun hükmünü yerine getirmesi (kanun hükmünü icra) halinde artık fiilin hukuka aykırı olduğu kabul edilemeyecektir. Burada verilebilecek en temel örnek “Şap Hastalığının Kontrolüne İlişkin Yönetmelik” madde 5-b ve 12 uyarınca şap hastalığına maruz kalan hayvanın itlafı için teslimini gerektiren düzenlemelerdir. Bu durumda kamu borçlusunun hayvanlarının şap hastalığına maruz kalması ve yönetmelik kapsamında itlaf için teslim etmesi halinde artık bu bir mülkünden çıkarma fiili olmayıp hukuka uygun kabul edilecektir.⁶⁶ Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki bu suç tipi bakımından manevi unsurun varlığı için özel kast gerekli olup zaten bu olasılık bakımından failin kasten hareket ettiğini söylemek güçtür. Hal böyle iken hukuka uygunluk sebebinin varlığını ayrıca değerlendirmeye gerek kalmayacaktır.

Meşru savunma bakımından bir değerlendirme yapılacak olursa; Meşru savunma bakımından bir tartışmayı ele almak gerekecektir. Şöyle ki: Doktrinde bir görüşe göre; kural olarak idarenin tahsil yetkisi haksız bir saldırı olarak nitelendirilemese de idarenin sahte bir takip işlemine istinaden yaptığı haciz işlemi esnasında kamu borçlusunun mallarını gizlemesi veyahut AATUHK m. 70'te belirtilen haczi yasak mallardan birine ilişkin yapılan haciz işlemi sırasında kamu borçlusunun malı teslim etmemesi durumlarında meşru savunma söz konusu olacaktır. Burada başvurulabilecek başka hukuki yollar olsa da kamu borçlusunun bu süreç içerisinde kaybedeceği süre ve uğradığı ekonomik zarar savunmanın mecburi olduğunu ortaya koymaktadır.⁶⁷

⁶⁶ Çakır, “Amme”, 187-188.

⁶⁷ Çakır, “Amme”, 189-190.

Kanaatimizce bu görüş isabetsiz olup gerekçeleri bakımından hatalıdır. Ceza hukuku anlamında meşru savunmadan bahsedilebilmesi için saldırıya ve savunmaya ilişkin olmak üzere birtakım koşulların somut olayda mevcut olması gerekmektedir.⁶⁸

Öncelikle; idarenin hukuka aykırı işlemlerinin bir haksız saldırı olarak kabul edilmemelidir. Burada ceza hukuku anlamında bir gerçek kişi değil bir tüzel kişilik söz konusu olup tüzel kişinin eylemlerinin bir haksız saldırı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Çünkü meşru müdafaa kastedilen saldırının bir insandan/gerçek kişiden gelmiş olması gerekmektedir. Tüzel kişi adına görevini icra eden kamu görevlilerini tüzel kişilikten bağımsız bir gerçek kişi saldırısı olarak yorumlamak isabetsiz olacaktır.⁶⁹ Yine bu verilen örneklerde savunmanın zorunluluğu koşulu gerçekleşmemiştir. Çünkü burada zorunluluk ile kastedilen saldırının başka surette önlenememesidir. Nitekim yazar gerekçesinde saldırının başka yollarla engellenebileceğini açıkça kabul etmekte fakat bu yolları zaman ve ekonomik zarar gerekçeleriyle kabul etmemektedir. İfade etmek gerekir ki ceza hukuku anlamında bu şekilde bir ayırım söz konusu olmayıp saldırının başka bir yolla engellenme imkanının bulunmaması gerekmektedir. Hal böyle iken kamu borçlusunu idareye karşı açacağı dava ile işlemin iptalini sağlayabileceği gibi zararın tazminini de isteyebilir. Elbette burada zaman ve ekonomik zarar önemli neticelerdir. Fakat ceza hukuku kurumları en son başvurulması gereken kurumlardır.

Hakkın kullanılması bakımından ise: Kamu borçlusunun Türk Medeni Kanunu⁷⁰ m. 950 gereğince hapis hakkının kullanılması⁷¹ veyahut

⁶⁸ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Genel Hükümler, 298-309.

⁶⁹ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Genel Hükümler, 400.

⁷⁰ (R.G: 8/12/2001 tarih ve 24607 Sayı).

⁷¹ "B. Hapis hakkı I. Koşulları Madde 950- Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir. Zilyetlik ve alacak ticarî ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır. Alacaklı, borçluya ait olmayan taşınırlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur."

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un⁷² "Tüketicinin Seçimlik Hakları" başlıklı 11. maddesinin birinci fıkrası gereğince⁷³ somut olayda idarece teslimi istenen hacze konu malın hazır edilme-
mesi hakkın kullanılması kapsamında kabul edilerek hukuka uygun
olacaktır.⁷⁴ Fakat kanun hükmünü icra bakımından da ifade ettiğimiz
üzere bu suç tipi bakımından manevi unsurun varlığı için özel kast
gerekli olup failin "kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tah-
sili zorlaştırmak" özel kastıyla hareket ettiğini söylemek güçtür. Bu
olasılık bakımından suçun manevi unsuru bulunmadığını kabul ede-
rek hukuka uygunluk sebebinin varlığını ayrıca aramaya gerek kal-
mayacaktır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki yukarda zikredildiği üzere bu
suçun mağduru toplum olduğu için ilgilinin rızası hukuka uygunluk
sebebi olarak kabul edilemeyecektir.

D. SUÇUN MANEVİ UNSURU

1. Genel Olarak

Bu suç tipi bakımından kanunda ayrıca bir düzenleme bulunma-
dığı için taksirle işlenmesi mümkün olmayıp kasten işlenmesi gereken
bir suçtur. Fakat burada aranan kast genel kast olmayıp bir başka
deyişle bu suçun manevi unsuru bakımından genel kast yeterli olma-
yıp kanunda açıkça "kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya
tahsili zorlaştırmak maksadıyla" denerek özel kastın gerekliliği işaret
edilmiştir. Bu nedenle bu suçun olası kast ile işlenmesi mümkün de-

⁷² (R.G: 28/11/2013 tarih ve 28835 Sayı).

⁷³ "Tüketicinin seçimlik hakları Madde 11- (1) Malın ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda tüketici; a) Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme, b) Satılanı alıkoymuş ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme, c) Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme, ç) İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme, seçimlik haklarından birini kullanabilir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür."

⁷⁴ Çakır, "Amme", 191-192.

ğildir.⁷⁵ Hemen ifade etmek gerekir ki failin “kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tahsili zorlaştırmak” kastının somut olayda kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde tespiti gereklidir.⁷⁶

Nitekim Yargıtay bir kararında “Sanığın mal beyanında bulunduğu 3 adet aracın kardeşinin genel müdürü olduğu B.. Elek. Tartı Sis. Mak. San. ve Tic. Ltd. şirketine ait olduğu ve bu nedenle haciz konulamaması gerekçesiyle gerçeğe aykırı mal beyanında bulunduğuunun iddiasıyla açılan kumu davasının yargılaması sonucunda sanığın mahkumiyetine karar verilmiş ise de; sanığın soruşturma aşamasındaki savunmasında mal beyanına konu araçların vergi borcuna karşılık teminat olarak verildiğini ve anılan araçlara haciz konulup borca karşılık satıldığını beyan ettiği de gözetilerek mal beyanına konu araçların borca karşılık icra yoluyla satılıp satılmadığının ve sanığın mal beyanında bulunan mallardan başka borcunu karşılamaya yetecek malının olup olmadığınin araştırılmasından sonra sanığın kamu alacağıının tahsiline engel olmak kastıyla hareket edip etmediği de değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi”ni bozma gerekçesi olarak kabul etmiş ve failin

⁷⁵ Pınar ve Bacaksız, “5237 Sayılı”, 122; Başbüyük, “Kamu İcra”, 4624; Duman, “Kamu Alacağıının”, 116; Coşkun, Amme Alacakları, 1243; Arslaner ve Akdeniz, “6183 Sayılı”, 105; Çakır, “Amme”, 185-186; Yılmaz, Amme Alacakları, 1059.

⁷⁶ Yukarıda değinildiği üzere İİK m. 331’de düzenlenen benzer suç bakımından failin zarara sokma özel kastının tespitine ilişkin Yargıtay’ın verdiği bir kararda: “Şikâyetçi vekilinin, borçlu aleyhine icra takibine konu ettiği çekten kaynaklı borcu ödemekten kaçınmak amacıyla sahip olduğu taşınır araçlarını üçüncü kişilere muvazaalı şekilde sattığını veya satış bedelini alacaklıyı zarara uğratmak amacıyla mülkünden çıkartarak borcunu ödemediğini iddia etmesine rağmen, satışların şirket kayıtlarında gösterilip gösterilmediği, muvazaalı olup olmadığı, araçların gerçek ve kağıt üzerindeki değeri, fiilen kimin kullanımında olduğu, ödemenin ne şekilde yapıldığı, alıcının borçlu şirket ile arasındaki ticari iş ilişkisi, borçlunun satış karşılığında elde edilen satış bedelini nerede veya diğer hangi araçların ödenmesinde kullanıldığının diğer delillerle birlikte değerlendirilip ispatlanması gerekmesi, dolayısıyla mahkemece buna göre İİK 331. maddesinde belirtilen suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı ile sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik inceleme sonucu sanıklar hakkında yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi, hatalıdır.” Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 12.04.2018, E. 2016/14558, K. 2018/4498, www.hukukturk.com, (15.12.2021).

kastını tespit ederek somut olayda şüpheye yer bırakmayacak şekilde bir araştırma yapılması gerekliliğini vurgulamıştır.⁷⁷

2. Kusurluluğu Etkileyen veya Ortadan Kaldıran Haller

a. Mazeret Sebepleri

Mazeret sebepleri mevcut olduğu hallerde; fail tipe uygun hukuka aykırı bir fiili işlemesine rağmen failin hareketinin yöneldiği amaç ile haksızlığın içeriği azaldığı için ve fail istisnai kabul edilecek hallerin psikolojisi üzerinde yarattığı etki neticesinde eylemi icra ettiği için mazur görülmekte ve ceza almamaktadır.⁷⁸ Burada failin eyleminin haksızlık içeriğinin azalmasına neden olan husus faili harekete geçiren dürtüdür. Bu dürtü neticesinde failin kusurunun tamamen ortadan kalkması aranmaz. Failin kusurunun önemli sayılabilecek derecede azalmış olması halinde kusur mevcut olmasına rağmen fail ceza-

⁷⁷ Yargıtay 7. Ceza Dairesi., 05.06.2014, E. 2013/4259 K. 2014/11265, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (23.11.2022).

Benzer yönde “ İncelenen dosya içeriğinden; Vergi mükellefi bir şirketin yöneticisi olan sanıklar hakkında kesinleşmiş vergi borcunu ödemediklerinden bahisle icra takibi yapıldığı ve yöneticisi oldukları şirkete ait bir otomobilin üzerine haciz konularak, söz konusu aracın teslimi yönünde kendilerine uyarıda bulunulduğu, buna karşın borcu ödemedikleri gibi hacizli aracı teslim de etmedikleri gerekçesiyle haklarında amme alacağının tahsiline engel olma suçundan kamu davası açıldığı, Yerel mahkemece sorgusu yapılmayan sanıklar hakkında “suça konu aracın halen borçlu şirket üzerine kayıtlı bulunduğu, atılı suçun unsurlarının oluşmasının mümkün görülmediği ve sanıkların vergi borcunun tahsiline engel olma ve zorlaştırma gayesi ile hareket ettiklerini gösterir mahkûmiyetlerine yeterli delil elde edilemediği” gerekçesiyle beraat hükmü kurulduğu, Katılan vekili tarafından temyiz edilen hükümün, Özel Dairece; “mahkemeye gelmemiş olan sanık hakkında duruşma yapılamayacağına ilişkin temel kuralın istisnalarından biri olarak görülen CYUY’nın 223. maddesinin uygulanması ilk bakışta eylemin suç oluşturmayacağına anlaşılması hali ile sınırlı olup, sanığın sorgusu yapılmadan mevcut kanıtlar tartışılarak beraat kararı verilmesinin mümkün bulunmadığı gözetilmeden savunması alınmayan sanık hakkında delil takdirine girilmek suretiyle beraat kararı verilmesi” isabetsizliğinden bozulmasına karar verildiği, Yerel mahkemece ise önceki hükümde direnilmediği anlaşılmaktadır. Somut olay bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde; **Sanıkların eyleminin suç oluşturmaması veya yeni bir yasal düzenleme ile suç olmaktan çıkarılması gibi herhangi bir araştırmayı gerektirmeyen bir halin, başka bir deyişle derhal beraat kararı verilmesini gerektiren bir durum bulunmadığı da sabittir.**”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 28.2.2012, E. 2011/400, K. 2012/65, www.kazanci.com, (23.11.2022).

⁷⁸ Serkan Meraklı, “Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi. 12 (Nisan 2010): 270.

landırılmayacaktır.⁷⁹ Kanunda açık bir şekilde belirtilen zorunluluk hali, amirin emri, meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ötürü aşılması, cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit halleri mazeret sebebi olarak kabul edilmektedir.

(1) Zorunluluk hali

TCK m. 25/2'de "*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*" şeklinde zorunluluk hali ve neticesi açıklanmıştır.

Çalışmaya konu suç tipi bakımından ele alınması gereken zorunluluk hali ihtimali kamu borçlusunun iflas tehlikesinin bulunmasıdır.

Çakır'a göre; bu konu ele alınırken yalnızca iflas olgusu ile ilgili bir değerlendirme yapılmaması gerektiği, kamu borçlusunun iflas tehlikesinin yaratmak konusunda kastının olup olmaması, tehlikeye konu yarar ile zarar arasındaki orantı gibi bütün hususların bütüncül ve detaylı bir şekilde ele alınarak bir kanaate ulaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Yine tehlikenin kaynağı yalnızca iflasa ilişkin olmayıp bazen kamu borçlusunun çocuğunu acilen ameliyat ettirmek için paraya ihtiyacı olması gibi daha somut bir tehlike de söz konusu olabilecektir. Bu gibi haller artık zorunluluk hali kapsamında değerlendirilecektir.⁸⁰

⁷⁹ Veli Özer Özbek ve Koray Doğan, "Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 9/2 (2007): 196-197.

⁸⁰ Çakır, "Amme", 185-186.

"Dava nitelikli dolandırıcılık suçuna ilişkindir. Sanığın sosyal güvencesi olmayıp kasık fitiği rahatsızlığı bulunan çocuğunun ameliyat edilmesinin acil nitelikte olup olmadığının belirlenmesi ve TCK'nın 25/2 maddesinin uygulama imkânının bulunup bulunmadığının tartışılması, suç tarihi itibarıyla ekonomik ve sosyal durumunun araştırılarak yeşil kart alma şartlarını taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi ve sonucuna göre hukuki durumunun takdir ve tayin edilmesi gerektiği gözetilmelidir." Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 12.09.2012, E. 2011/15579, K. 2012/41142, www.kazanci.com, (15.12.2021).

(2) Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit

TCK m. 28’de “Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit” düzenlenmiştir.⁸¹

Çalışmaya konu suç tipi bakımından hükümde sayılan seçimlik hareketlerin kamu borçlusu tarafından cebir, şiddet veya tehdit altında işlenmesi halinde artık kusuru olmadığı kabul edilecek ve hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Örneğin; kamu borçlusunun cebir ve tehdit altında kamu alacağına konu malı telef etmesi gibi.

b. Hata

Hata kurumu TCK m. 30’da dört farklı şekilde düzenlenmiştir. Çalışmamıza konu olan suçun nitelikli hali bulunmadığı için hükümdeki üç hata türü aşağıda ele alınacaktır.

Suçun maddi unsurlarında hata TCK m. 30/1’de “Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu fıkranın uygulanabilmesi için suçun unsurları olan fail, mağdur, suçun maddi konusu, fiil veya nedensellik bağında hataya düşülmüş olması gerekmektedir. Suçun maddi konusunda düşülebilecek hata kişi ya da eşya üzerinde olabilecektir. Fakat ifade etmek gerekir ki eşit değere sahip olan nesnelere arasında hataya düşülmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü bu fıkra kapsamına nitelendirilmede düşülen hatalar girmez. Bu fıkra bakımından önemli olan netice failin kastını ortadan kaldırmakla birlikte kanunda açıkça o suç bakımından taksirli sorumluluk düzenlenmiş ise failin taksirli sorumluluğu devam edecektir.

⁸¹ “Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.” Adem Sözüer, “Türk Ceza Kanunu’nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 18/2 (2014): 232-233.

Çalışmaya konu suç tipi bakımından doktrinde;⁸² kamu borçlusunun gece yabani hayvanların geldiğini zannederek bahçesinde ateş açması ve kendi hayvanlarından bir kısmının telef olmasına neden olması örnek gösterilmektedir.

Kanaatimizce bu örnek hata kurumu ile açıklanmamalıdır. Ceza hukuku anlamında failin suç işlemek için icra hareketlerine girişmesi bir başka deyişle kasten hareket etmesi fakat suçun maddi unsurlarında hataya düşmesidir. Bu nedenle örnek olayda kamu borçlusunun mal kaçırma, telef etme veya değer düşürme yönünde bir kasitle hareketi söz konusu olmayıp tam tersi mevcut malvarlığını tehlikeden korumak saikiyle hareketi söz konusudur. Burada verilebilecek örnek; kamu borçlusunun malını telef etmek kastıyla kendi keçilerine ateş etmesi fakat kendi keçilerinin değil de komşusunun keçilerinin ölmesine neden olması olabilirdi. Fakat burada da taksirli sorumluluk tartışması gündeme gelecek olup bu suç tipi bakımından kanunda taksirli sorumluluk düzenlenmediği için AATUHK m. 110 kapsamında cezai sorumluluk doğmayacaktır.

Ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlerin koşullarında hata ise TCK m. 30/3 *“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”* demek suretiyle ifade edilmektedir.

Burada öncelikle hukuka uygunluk bakımından; hukuka uygunluğun sebebinde veyahut koşullarında hataya düşme durumu gündeme gelecektir. Fail ya mevcut bir hukuka uygunluk sebebinin varlığından haberdar değildir ya da hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır fakat sebepleri konusunda hataya düşülebilecektir. İlk durum 3. fıkra kapsamında değerlendirilecektir.⁸³

⁸² Çakır, “Amme”, 184-185.

⁸³ Özбек, Doğan ve Bacaksız, Genel Hükümler, 425-426.

Örneğin; kamu borçlusunun kendisine yönelik bir tehdit var olmadığı halde var sanarak hataya düşmesi ve bunun neticesinde malvarlığını mülkünden çıkarması veyahut zarar vererek telef etmesi neticesinde eğer hata kaçınılmaz denebiliyorsa cezalandırılmayacaktır.⁸⁴

Son olarak TCK m.30'un 4. fıkrasında ise *"İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz."* denerek işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda düşülen hata ifade edilmektedir. **"Emir Hatası/Yasak Hatası"** olarak da ifade edilen bu hata halinde; fail işlediği fiili bilerek ve isteyerek işlemekte fakat işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunun bilincinde olmayıp hukuki normun varlığında veyahut yorumunda hataya düşmektedir.⁸⁵

Burada önem arz eden ilk husus TCK m.4 *"Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz."* hükmü ile haksızlık yanılığı arasındaki ilişkidir. *"Olumsuz hukuki hata"* olarak da nitelendirilen; failin kanunda suç olarak tanımlanmış bir fiili suç olmadığı inancıyla işlemesi söz konusudur. TCK m.4 gereğince failin kanunu bilmemesi ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Kanun koyucu bu hükmün uygulamadaki olumsuz etkilerini yumuşatmak amacıyla TCK m. 30/4'te haksızlık yanılığında yer vermiş ve *"bilmeme"* unsurunun kusur ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesini sağlamıştır.⁸⁶

TCK m.4 karşısında TCK m. 30/4'ün uygulanabilmesi için öncelikle failin haksızlık bilincinin bulunmaması gerekmektedir. Burada failin davranışının haksız olduğunu bilmesi yeterlidir. Ayrıca fiile ilişkin hukuk normunun bağlayıcı olup olmadığından şüphe etmesi bir önem arz etmemektedir. Bu nedenle failin inancı veyahut vicdani kanaatiyle hareket edip fiili kendince hukuka uygun kabul etmesi halinde m. 30/4 uygulama alanı bulamayacaktır.⁸⁷ Bir diğer koşul hatanın kaçı-

⁸⁴ Çakır, "Amme", 199-200.

⁸⁵ Sesim Soyer Güleç, "Türk Ceza Kanunu'nda Haksızlık Yanılığı (m. 30/4)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 10/1 (2008): 61.

⁸⁶ Yazar ayrıca TCK m. 30/4 hükmünün getirilişinin ardından TCK m. 4'ün varlığının anlamsızlaştığını ifade etmektedir. Güleç, "Haksızlık Yanılığı", 64-66, 71.

⁸⁷ Güleç, "Haksızlık Yanılığı", 74-75.

nılmaz olması gerekmektedir. Burada kaçınılabilirliği tespit ederken failin sosyal konumunu, kişisel yeteneklerini, mevcut bilgisini kullanmasının ondan ne kadar beklenebileceğini, hukuksal ve ahlaki değerlerini dikkate almamız gerekecektir.⁸⁸ Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki bu koşulların bulunması halinde failin fiili birinci fıkradan farklı olarak failin kastını ortadan kaldırmayacak olup yalnızca kusurluluğunu ortadan kaldıracaktır.

Bu açıklamalar doğrultusunda çalışma konumuz suç bakımından; haksızlık yanılığına örnek olarak yurt dışında yaşayan ve orada ticaret yapan bir kamu borçlusunun Türkiye'ye gelerek ticarete atılması ve AATUHK m.110 anlamında sayılan fiillerin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi olasılığı tartışılabilir.⁸⁹ Fakat bir ülkeye giderek orada ticaretle uzun süre uğraşan bir tacirin kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini veyahut tabi olduğu mevzuatı bilmediğini iddia etmek hayatın olağan akışında güç olacağından ve önemlisi bu suç tipi bakımından özel kast arandığından burada kanunu bilmemek mazeret olarak kabul edilmemeli ve kamu borçlusu AATUHK m. 110 anlamında sorumlu tutulmalıdır.

E. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Genel Olarak

Ceza kanunlarında yer alan suç düzenlemeleri genel olarak; tek bir fail tarafından hukuka aykırı fiilin icra edilmesi ve suçun tamamlanması olasılığı üzerine kurulmuştur. Oysa bazı hallerde fiilin icrası tamamlanmayabilir veyahut fiilin icrası tamamlanmış olsa bile netice gerçekleşmemiş olabilir. Yine bir suç birden fazla failin katılımıyla işlenebileceği gibi fail bir veya birden fazla fiil ile farklı suç tiplerini ihlal edebileceği gibi aynı suç tipini de birden fazla kez ihlal edebilir.

⁸⁸ Hakeri, Genel Hükümler, 467-468; Güleç, "Haksızlık Yanılığı", 80-81.

⁸⁹ Çakır, "Amme", 199-200.

Bu sayılan olasılıklar suçun özel görünüş biçimleri olan teşebbüs, iştirak ve içtima kurumlarına vücut vermektedir.⁹⁰

2. Teşebbüs

Bu suç tipinin teşebbüse elverişliliği doktrinde tartışmalı bir husustur.

Doktrinde **Pınar/Bacaksız'a göre**; seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesine karşın “*geri kalan malların borcu karşılamaya yeter*” ise fiil suç oluşturmayacak olup fail bu suça teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.⁹¹

Doktrinde **Başbüyük'e** göre ise; failin kamu borcunun tahsili için gerekli malvarlığını yurtdışına çıkarmak üzere iken yakalanması halinde artık teşebbüs mümkün olacaktır. Bu görüş **Pınar/Bacaksız'ın** teşebbüs örneğini konunun elverişsizliği nedeniyle neticenin meydana gelmemesi şeklinde yorumlamış ve kişinin kaçırıldığı meblağın kamu borcunun tahsiline engel miktarda olmaması halinde teşebbüsün mümkün olmayacağını belirtmiştir.⁹²

Kanaatimizce **Pınar/Bacaksız'ın** görüşü kendi içerisinde çelişmektedir. Yazarlar failin mallarının borcunu karşılamaya yetmesi halinde artık suçun oluşmayacağını belirtirken bir yandan da bu halde teşebbüsün söz konusu olacağını ifade etmektedir.⁹³ Yazarlar fiil ve teşebbüse ilişkin değerlendirmelerinde “*geri kalan malların borcu karşılamaya yetmeme*”sini hem objektif cezalandırılabilme şartı hem de zarar neticesi gibi yorumlamaktadır. **Başbüyük'ün** yazarların teşebbüs örneğini konunun elverişsizliği nedeniyle neticenin meydana gelmemesi şeklinde yorumlaması ise isabetsizdir. Çünkü burada maddi konunun elverişsizliği söz konusu olmayıp buna ilişkin bir değerlendirme de yapılmamıştır. İcra hareketinin üzerinde gerçekleştiği konunun veyahut hareketin elverişsiz olması halinde zaten teşebbüs-

⁹⁰ Neslihan Göktürk, İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmüş; Ceza Hukukuna Giriş, (Anadolu Üniversitesi Yayını:2476, 2012), 69.

⁹¹ Pınar ve Bacaksız, “5237 Sayılı”, 122.

⁹² Başbüyük, “Kamu İcra”, 4625-4626.

⁹³ Pınar ve Bacaksız, “5237 Sayılı”, 118, 122.

ten söz edilemeyecektir. Yazarların burada kastettiği husus icra hareketleri gerçekleşmesine rağmen zarar neticesinin meydana gelmediği ve uygulamada güç karşılaşılabilecek bir olasılıktır. Kaldı ki Başbüyük'ün verdiği bir örnekte miktarın azlığını gerekçe göstererek teşebbüsün mümkün olmayacağını söylemesi zarar suçlarına teşebbüs bakımından çelişkilidir.⁹⁴

Doktrinde **Yılmaz'a** göre;⁹⁵ kamu borçlusunun isteyerek kaçırmadığı veyahut herhangi bir nedenle kaçırmadığı malların borcunu karşılaması halinde teşebbüs söz konusu olmayıp fail cezalandırılmayacaktır.

Doktrinde **Çakır'a** göre;⁹⁶ bu suçun objektif cezalandırılabilme şartına sahip olması teşebbüse engel değildir. Önemli olan somut olayda "geri kalan malların borcu karşılamaya yetmemesi" şartının gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Ancak geri kalan malları borcunu karşılamaya yetiyor ise fail cezalandırılmayacaktır. Örneğin; kamu borçlusu malı gizlemeye çalışırken yakalanırsa AATUHK m. 110'a teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.

Kanaatimizce burada en temel sorun kanun koyucunun bu suçu açık bir şekilde zarar suçu olarak düzenlemesidir. Nitekim kanun koyucu burada özellikle "ve" bağlacı kullanarak zarar neticesi aramış ve bu suç tipiyle kamu alacağı'nın tahsiline engel olabilecek durumları ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Zarar suçlarına teorik olarak teşebbüs mümkündür. Fakat bu durum söz konusu suç bakımından uygulamada şöyle bir sorunu beraberinde getirmektedir: Failin seçimlik hareketlerden birini işlemesi ve geri kalan malların borcu karşılamaya yetmesi halinde suça teşebbüs gündeme geleceği için fail yine bu suçtan sorumlu tutulacaktır. Çünkü burada fail malvarlığının bir kısmını dahi elden çıkardığında veyahut malvarlığına yönelik diğer seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirdiğinde suçun manevi unsuru

⁹⁴ Başbüyük, "Kamu İcra", 4625.

⁹⁵ Yılmaz, 1060; Mustafa Gülseven, Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Usulü Hakkında Kanunu, (Ankara: Seçkin Yayınevi,1999), 663.

⁹⁶ Çakır, "Amme", 207-208.

vücut bulmaktadır. Failin bu hareketi neticesinde kalan malvarlığının borcunu karşılamaya yetmesi hususu netice ve teşebbüs bakımından ele alınması gereken hususlardır. Hal böyle iken failin malvarlığının çok az bir kısmını elden çıkardığı veya telef ettiği durumlarda kastının neye yönelik olduğunun tespiti ziyadesiyle güç olmaktadır. Bu durum hükmün getirilişi ile hedeflenen amacı aşacak derecede orantısız bir yaptırım olup ceza hukukunun son çare olma ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bununla birlikte bu suç tipi bakımından kamu alacağının tahsilini de tehlikeye düşürmeyecek aynı zamanda kamu borçlusunun gerek sözleşme hürriyetini gerek mülkiyet hakkını da orantısız bir şekilde sınırlandırmadan bir denge kurulması ve bu şekilde bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu durumun çözümlenebilmesi adına kanun koyucunun izleyebileceği iki yol bulunmaktadır:

Bu durum hükmün getirilişi ile hedeflenen amacını aşacak derecede orantısız bir yaptırım olup ceza hukukunun son çare olma ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bu durumun düzeltilebilmesi ve teşebbüse ilişkin tartışmalara son verilebilmesi için kanun koyucunun izleyebileceği iki yol bulunmaktadır:

Bunlardan ilki seçimlik hareketlerin ardından geri kalan malların borcu karşılamaya yetmemesini bir zarar neticesi olarak değil objektif cezalandırılabilme şartı olarak düzenleyerek bu şartın yerine getirilememesi halinde artık failin cezai sorumluluğu olmadığı kabul edilecektir. Bu durumda; fail seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirerek birlikte mevcut malvarlığı kamu borcunu ödemeye yetiyor ise artık teşebbüs mümkün olamayacak ve fail objektif cezalandırılabilme koşulunu sağlayamadığı için cezalandırılmayacaktır. Nitekim gerek TCK m. 161’de düzenlenen Hileli İflas ve m. 162’de düzenlenen Takirli İflas Suçlarında olduğu üzere iflasa karar verilmiş olması yine İİK m. 331’de aciz belgesinin aranması gibi açık bir şekilde düzenleme yapılarak bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak hükümde yer verilmesi daha isabetli olacaktır. Kamu borçlusunun ödeme konusun-

daki aciziyetini ortaya koymak adına da AATUHK m. 75⁹⁷ dikkate alınmalıdır. Çünkü bu suç tipi bakımından bu muğlaklık ve karmaşanın doğmasındaki en temel etken hükmün düzenleniş şekli ve lafzıdır. Nitekim doktrinde benzer bir şekilde objektif cezalandırılabilme şartının neticeye benzer bir işlev görmesi⁹⁸ nedeniyle her daim net bir ayırım yapmanın güç olduğu, bu nedenle hükümde veyahut hükmün gerekçesinde neticeli suçlar bakımından açıklık getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁹⁹

Bir diğer izlenebilecek yol; kanun koyucunun hükümde yer alan seçimlik hareketlerden herhangi birinin gerçekleşmesini kamu alacağı için bir tehlike olarak görüyor ise o zaman bu suçu bir zarar suçu olmaktan çıkararak geri kalan malların borcu karşılamaya yetmemesini aramamalı ve bu hareketlerden herhangi birinin varlığını yeterli görerek bu suçu bir tehlike suçu haline getirmelidir.

Kanımızca kanun koyucu seçimlik hareketlerin gerçekleşmesine karşın borçlunun mallarının borcunu karşılamaya yetmesi halini cezalandırılabilir olmaktan çıkarmalıdır. Aksi halde ceza hukukunun son çare olması ilkesine aykırı bir durum söz konusu olacaktır. Kaldı ki mevcut durum hükmün konuluş amacıyla da bağdaşmayacaktır. Bu açıklamalarla birlikte Yargıtay bir kararında *“Sanığın ortağı ve kanuni temsilcisi olduğu ...'nin envanterinde kayıtlı model iş makinesi, ... iş makinesi, ...tekerlekli yükleyici, kepçeden oluşan araçların değer tespitlerinin yapılabilmesi için yerlerinin gösterilmesine dair ... tarafından yapılan tebligat gereğini yerine getirmemesine istinaden 6183 sayılı Kanun'un 110. maddesine aykırılık nedeniyle sanık hakkında dava açıldığının anlaşılmasına göre, sanığın iddianame konusu araçlardan*

⁹⁷ “Aciz hali: Madde 75 – Yapılan takip sonunda, borçlunun haczi caiz malı olmadığı veya bulunan malların satış bedeli borcunu karşılamadığı takdirde borçlu aciz halinde sayılır. Yapılan takip safhalarıyla bakiye borç miktarı bir aciz fişinde gösterilerek aciz hali tesbit olunur.”

⁹⁸ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 374.

⁹⁹ Mehmet Emin Artuk, Mehmet Emin Alşahin, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 2 (Özel Sayı), 2013, s. 20-22.

başka borcunu karşılamaya yetecek mal, hak ve alacakları olup olmadığının ... haricindeki kurumlardan da sorulması ve kolluk marifetiyle araştırılması ile vergi borcunu yapılandırarak taksitler halinde ödemeye başladığı göz önüne alınarak kamu alacağının tahsiline engel olmak kastıyla hareket edip etmediğinin değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi..." demek suretiyle isabetsiz bir şekilde geriye kalan malların borcu karşılamaya yetmemesi hususunu hareket ve neticeden ziyade suçun manevi unsuru bağlamında değerlendirmiş ve bu bakış açısıyla benzer kararlar vermiştir.¹⁰⁰

3. İştirak

İştirakin çeşitli görünüş biçimleri bakımından bir değerlendirme yapılır ise şu sonuçlara ulaşmak mümkündür:

Bu suç tipi bakımından azmettirme uygulamada karşılaşılmaması zor bir ihtimaldir. Örneğin; kamu borçlusunu ile bilerek kamu alacağının tahsilini engellemek amacı ile muvazaalı sözleşme yapan kişi yardım eden olarak sorumlu olacaktır.¹⁰¹ Bununla birlikte sözleşmeyi imzalayanın da aynı kamu borcuna ilişkin kamu borçlusunu olması halinde artık müşterek faillik söz konusu olacaktır.

Aksi yöndeki görüşe göre ise;¹⁰² bu suç tipi yalnızca kamu borçlusunu tarafından işlenebilecek olup malı değerinin altında bilerek satın alan kişi artık 110. madde gereğince cezalandırılmayacaktır.

Kanaatimizce bu görüş isabetsiz olup bu suç tipinin özgü suç olduğu gerekçesi yardım eden olarak iştirakin mümkün olmadığı söyle-

¹⁰⁰ Yargıtay 19. Ceza Dairesi., 22.2.2016, E. 2015/11291 K. 2016/2292, Benzer yönde: "Sanık hakkında vergi borcundan dolayı haciz konularak işçisi H. A.a yediemin olarak teslim edilen 3 parça menkul eşyayı borcun tahsilini engellemek için satmak suretiyle 6183 sayılı Yasa'nın 110/2.maddesine muhalefetten dava açıldığına göre; sanığın haczedilen eşyadan başka borcunu karşılamaya yetecek mallarının olup olmadığı, araştırılıp, kamu alacağının tahsiline engel olmak kastıyla hareket edip etmediğinin değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi...", Yargıtay 7. Ceza Dairesi., 28.5.2014, E. 2013/9711 K. 2014/10305, <https://legalbank.net>, (23.11.2022).

¹⁰¹ Pınar ve Bacaksız, "5237 Sayılı", 123; Coşkun, 1243.

¹⁰² Balcı, Kamu İcra, 1210.

nemez. TCK m. 40/2'de yer alan "Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur." hükmü gereğince bu suç tipi bakımından yardım eden veyahut azmettiren olarak cezai sorumluluk mümkündür. Örneğin; vergi borcu çok fazla olan failin borcunu ödemekten kaçınması için muhasebecisi tarafından mal varlığını gizlemesi hususunda ikna edilmesi halinde azmettirme söz konusu olabileceken kamu alacağını ödememek için failin evini kundaklamasına benzin getirerek veya gözcülük yaparak katkıda bulunulması yardım etme kapsamında değerlendirilebilecektir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki İİK. 331'de düzenlenen benzer suç tipi bakımından Yargıtay karşı yönde görüşe sahip olup failin kamu borçlusu olup olmamasının önem arz etmediğini belirterek müşterek failliğin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir.¹⁰³

4. İçtima

Bu suç içtima bakımından özellikli bir hal göstermemektedir.¹⁰⁴ İlgili düzenlemede de özel bir içtima düzenlemesi yer almamaktadır.

¹⁰³ "İİK'nın 331/1. maddesinde düzenlenen suç bakımından TCK'nın iştirake dair hükümlerinin uygulanabilecek olması nedeniyle, sanığın mutlaka borçlu olmasının gerekmemesi, icra ödeme emrinin borçluya tebliğini izleyen gün noterde yapılan araç satış sözleşmesinin alıcısı konumunda bulunması, dolayısıyla fiile iradi bir şekilde müştereken yaptığı eylemle olumlu bir katkıda bulunması, borçludan olan alacağı'nın tahsili amacıyla bu satış ilişkisinin gerçekleştiğini ayrıca borçluya elden bir para ödemediğini ikrar etmesi, ancak buna rağmen takas veya mahsup şeklinde değil, satış sözleşmesi şeklinde bir devir gerçekleştirilmesi sebebiyle icra dosyası alacaklısının aleyhine gerçekleşen satış işlemini muvazaalı şekilde yapmış olduğunun dosya kapsamında anlaşılması karşısında sanık ...'in mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde borçlu olmadığından bahisle beraatine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.", Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 12.04.2018, E. 2016/13502, K. 2018/4494, www.kazanci.com, (15.12.2021).

"devir işleminin alacaklılardan mal kaçırmaya yönelik muvazaalı bir işlem olduğu dikkate alınarak İİK'nın 331. maddesinde tanımlanan alacaklısını zarara uğratmak maksadıyla mevcudunu eksiltmek suçuna ilişkin TCK'nın 37-41. maddeleri kapsamında iştirak mümkün olduğundan sanığın atılı suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde sanığın takip borçlusu olmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.", Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 06.06.2018, E. 2016/14717, K. 2018/6947, www.kazanci.com, (15.12.2021).

¹⁰⁴ Pınar ve Bacaksız, "5237 Sayılı", 123.

İçtima hususunu Türk Ceza Kanunu genel hükümleri çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

Zincirleme suç bakımından genel hükümler doğrultusunda bir değerlendirme yapılacak olursa; bu suç tipinde sayılan seçimlik hareketlerden birkaçının aynı kamu alacağına karşı işlenmesi halinde zincirleme suç tartışması gerekli olmayıp tek bir suçtan söz edilecektir.

Örneğin; kamu borçlusunun birden fazla farklı kamu alacağının tahsiline engel olmak için, farklı zamanlarda aynı suç işleme kararı ile kamu alacağının tahsiline engel olması halinde TCK m. 43/1 uygulama alanı bulacaktır. Böylece tek bir cezaya hükmedilecek fakat bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılacaktır.¹⁰⁵

Bu suç bakımından TCK m. 43/2'de¹⁰⁶ yer alan aynı neviden fikri içtima hükmü bu suçun mağduru toplum olduğu için uygulama alanı bulamaz.

Bununla birlikte TCK m. 44'te¹⁰⁷ yer alan farklı neviden fikri içtima hükmü bu suç bakımından uygulanabilecektir.

Doktrinde bir görüşe göre¹⁰⁸; failin kaçak bir malı kamu alacağının tahsiline konu bir haciz işlemi sırasında gizlemesi halinde failin fiili hem Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 3/5'e hem de AATUHK m. 110'a vücut verecektir. Burada TCK m. 44 gereğince ağır olandan ceza verilmesi gerektiği için Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (KMK)¹⁰⁹ m. 3/5'ten sorumlu olacaktır.

Yine benzer bir şekilde kamu borçlusunun kamu alacağına konu kambiyo senedini yırtarak telef etmesi halinde tek bir fiil ile; eğer kambiyo senedinin zorunlu unsurları varsa (Kambiyo senedi resmi

¹⁰⁵ Çakır, "Amme", 216-217.

¹⁰⁶ "Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da birinci fıkra hükmü uygulanır."

¹⁰⁷ "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır."

¹⁰⁸ Çakır, "Amme", 220-221.

¹⁰⁹ (R.G: 31/3/2007 tarih ve 26479 sayı)

belge hükmüne bir belge niteliğinde olduğu için) TCK m. 205'te düzenlenen "Resmi Belgeyi Bozmak, Yok Etmek veya Gizlemek" suçu;¹¹⁰ zorunlu unsurlar yok ise TCK m. 208'de düzenlenen "Özel Belgeyi Bozmak, Yok Etmek veya Gizlemek Suçu" ile AATUHK m. 110'a birlikte vücut verecektir.

Kanaatimizce bu görüşte verilen ilk örnek isabetsizdir. TCK m. 44 anlamında farklı neviden fikri içtimadan söz edebilmek için iki farklı suçun "aynı fiil" ile işlenmesi gerekmektedir. Verilen örnekte harekette bir birlik söz konusu olmayıp kaçakçılık fiili ayrı kamu borçlusunun mal gizleme fiili ayrıdır. Kaldı ki bu hareketler arasında zamansal birlik de bulunmayıp kaçakçılık suçuna konu fiil tamamlanmış ardından kamu alacağına konu mal gizlenmiştir.

F. MUHAKEME

Kamu alacağı'nın tahsiline engel olma suçunda 6183 sayılı Kanun'un 115. maddesi gereğince alacaklı kamu idaresinin o yerdeki en büyük memurunun ihbarı üzerine Cumhuriyet Savcılığı tarafından soruşturmaya başlanır. Ceza Muhakemesi anlamında soruşturmaya başlanabilmesi için suç haberinin alınması gerekli olup CMK m. 160/1 suç haberinin "ihbar veya başka bir suretle" olabileceğini ifade etmektedir. Bu suç tipi bakımından bildirim yapılacağı mercii ve bu bildirim neticesinde soruşturmanın başlayacağını söylemesi "ihbar" kavramına bizleri yönlendirmektedir.¹¹¹ Bununla birlikte Ceza Muhakemesi anlamında herkes bir suça ilişkin ihbarda bulunabilirken bu suç bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) yer alan genel ihbar düzenlemelerinden farklı olarak kanun koyucunun kamu alacağı'nın tahsilini korumak amacıyla ihbarda bulunacak kişiler bakımından bir sınırlama getirdiği görülmektedir.¹¹²

¹¹⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 850-851.

¹¹¹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 155-156.

¹¹² Kaneti vd., vergi Hukuku, 611-612.

AATUHK'da özel bir düzenleme bulunmadığı için 5235 Sayılı Kanun gereğince görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi'dir. Burada tartışmalı olan husus "o yerdeki en büyük memur" kavramından ne anlaşılması gerektiğidir.

Doktrinde **Balcı'ya** göre;¹¹³ **213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na tabi alacaklar bakımından**; 6183 sayılı Kanun'un, 3 ve 13'üncü maddeleri uyarınca mahalli en büyük mülki memur olarak **vali veya kaymakamın**; 5345 sayılı Kanun'un 33'üncü maddesi gereğince **vergi dairesi başkanının, vergi dairesi başkanlığı bulunmayan yerlerde vergi dairesi müdürünün**; 6183 sayılı Kanun uygulamasında mahallin en büyük memuru olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na tabi olmayan diğer kamu alacakları yönünden ise; 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 33'üncü maddesinde bir düzenleme bulunmadığından, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 4'üncü ve 5329 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 29'uncu maddeleri uyarınca il genel idaresi ve il özel idaresinin başkanı **vali**; 5442 sayılı Kanun'un 27'nci maddesi uyarınca ilçe idaresinin başkanı **kaymakam**; 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 37'nci maddesi uyarınca da belediyeler yönünden **belediye başkanı** o yerin en büyük memuru konumundadır.

G. YAPTIRIM

6183 sayılı Kanun'un "Amme Alacağı'nın Tahsiline Engel Olanlar" başlıklı 110. maddesi gereğince bu suçun yaptırımını **altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıdır**.

Bu suçun tüzel kişilerin yönetimi süresince işlenmesi halinde verilecek cezaya suçu işleyen; tüzel kişinin ortakları, mümessil ve vekilleri, tasfiye memurları, yönetim kurulu başkan ve üyeleri, murakıp ve müfettişleri veya müstahdemleri hakkında hükmolunacaktır. Önem arz eden husus tüzel kişiler bakımından suça konu işlemleri yapabilmek konusunda yetkili olunmasıdır. Örneğin; limited ortaklıkta ortak-

¹¹³ Balcı, Kamu İcra, 1210; Çakır, "Amme", 284.

ların muvazaalı bir şekilde şirket mallarını satması halinde yetki bulunmadığı için bu suç uygulama alanı bulamayacaktır.¹¹⁴ Bununla birlikte 6183 sayılı Kanunda tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabileceğine dair hüküm bulunmadığı için Kamu Alacağı'nın Tahsiline Engel Olma Suçu bakımından tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmedilemeyecektir. Keza yine TCK m. 60 gereği tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunabilmesi için bu suç tipi bakımından kanunda açık düzenleme yer alması gerekir. Bu şekilde bir düzenleme bulunmadığı için TCK m. 60'ta yer alan genel düzenlemeye de gidilemeyecektir.¹¹⁵

SONUÇ

Devlet kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için mali kaynaklara ihtiyaç duymaktadır. Kamu alacakları bu noktada büyük bir önem taşımaktadır. Bu nedenle kamu alacaklarının tahsiline engel olunması adına kanunda birtakım güvenceler öngörülmüştür. Bu güvencele ek olarak kanun koyucu bazı fiilleri suç olarak kabul ederek kamu alacağı'nın tahsiline engel olunmasının önüne geçmek istemiştir. Bu suç tiplerinden biri de çalışmaya konu AATUHK m. 110'da düzenlenen Kamu Alacağı'nın Tahsiline Engel Olma Suçu'dur.

Bu suç tipi ile korunan hukuki değer; suçla hedeflenen amaçtan hareketle kamu düzeni ve kamu yararadır. Suçun maddi unsurlarını kısaca ifade edecek olursak; bu suçun konusu kamu alacağına ilişkin hakkında takip işlemlerine başlanmış kamu borçlusunun mal varlığıdır.

Bu suçun faili ise kamu borçlusudur. Fakat burada her türlü kamu borçlusu bu suçun faili olamamakta *hakkında takip muamelelerine başlanan* kamu borçlusu fail olabilmektedir. Burada takip muamelelerinden ne anlaşılması gerektiği hususu tartışmalıdır. Kural olarak

¹¹⁴ Şenyüz, Vergi Ceza, 354-355; Nihal Saban, Vergi Hukuku, (İstanbul: Beta Beta Basım Yayım, 2020), 411; Duman, "Kamu Alacağı'nın", 117.

¹¹⁵ Özбек, Doğan ve Bacaksız, Genel Hükümler, 671-672.

vadesinde ödenmeyen bir kamu alacağıının varlığı halinde kamu borçlusuna ödeme emri tebliğ edilerek takip işlemi başlamış olacaktır. Fakat bazı hallerde bu kuralın dışında bir usul seyri olduğu görülmektedir. Her bir takip yolunun borcun kesinleşmesi ve takip işlemlerinin başlaması noktasında kendine has usûl süreçleri olduğundan genel geçer kurallar ile çözümlenmeye çalışmamalı, ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Bu suçun mağduru suçla korunan hukuki değerden hareketle kamu ya da toplumdur. Bu suç seçimlik hareketli bir suç olup kanunda birden fazla seçimlik hareket düzenlenmiştir. Bunlar:

- *Mülkünden çıkararak gerçek surette varlığını yok etme veya azaltma*
- *Telef ederek veya Değerden düşürerek gerçek surette varlığını yok etme veya azaltma*
- *Gizleyerek, kaçırarak muvazaa yolu ile başkasının uhdesine geçirerek veya aslı olmayan borçlar ikrar ederek yahut alındılar vererek gerçeğe aykırı surette varlığını yok etme veya azaltmadır.*

Bu seçimlik hareketlerin hepsi bakımından ortak nokta seçimlik hareketlerin ardından geri kalan malların borcu karşılamaya yetmemesidir. Yani kanun koyucu bu suç tipi bakımından bir zarar neticesi arayarak bu suçu bir zarar suçu olarak düzenlemiştir. Doktrinde bu unsuru objektif cezalandırılabilme şartı olarak da yorumlayanlar bulunmakta olup bu husus tartışmalıdır.

Kanunda bu suç bakımından kanunda herhangi bir hukuka uygunluk nedeni düzenlenmemiştir. Fakat Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hukuka uygunluk nedenleri bakımından bir değerlendirme yapılabilir.

Bu suç tipi bakımından kanunda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı için suçun taksirle işlenmesi mümkün olmayıp kasten işlenmesi gereken bir suçtur. Fakat burada aranan kast genel kast olmayıp kanunda açıkça *"kısmen veya tamamen tahsile engel olmak veya tahsili*

zorlaştırmak maksadiyle” demek suretiyle özel kast gerekliliği vurgulanmıştır.

Kusurluluğu Etkileyen veya Ortadan Kaldıran Hallerden mazeret sebepleri bakımından bu suç değerlendirildiğinde; çalışmaya konu suç tipi bakımından zorunluluk hali örneği kamu borçlusunun iflas tehlikesinin bulunması halidir. Doktrinde; bu konu ele alınırken yalnızca iflas olgusu ile ilgili bir değerlendirme yapılmaması gerektiği, kamu borçlusunun iflas tehlikesinin yaratmak konusunda kastının olup olmaması, tehlikeye konu yarar ile zarar arasındaki orantı gibi bütün hususların bütüncül ve detaylı bir şekilde ele alınarak bir kanate ulaşılması gerektiği ifade edilmektedir.

Yine çalışmaya konu suç tipi bakımından hükümde sayılan seçimlik hareketlerin kamu borçlusu tarafından cebir, şiddet veya tehdit altında işlenmesi halinde artık kusuru olmadığı kabul edilecek ve hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Örneğin; kamu borçlusunun cebir ve tehdit altında kamu alacağına konu malı telef etmesi hali gibi.

Kamu borçlusunun hataya düşme halleri bakımından bir değerlendirme yapıldığında ise; daha çok TCK m. 30/3 ve m. 30/4'ün uygulanma ihtimali olduğunu ifade etmek gerekir. *Örneğin*; kamu borçlusunun kendisine yönelik bir tehdit var olmadığı halde var sanarak hataya düşmesi ve bunun neticesinde malvarlığını mülkünden çıkarması veyahut zarar vererek telef etmesi neticesinde eğer hata kaçınılmaz denebiliyorsa cezalandırılmayacaktır. Haksızlık yanılığısına örnek olarak ise; yurt dışında yaşayan ve orada ticaret yapan bir kamu borçlusunun Türkiye'ye gelerek ticari hataya atılması ve AATUHK m.110 anlamında sayılan fiillerin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi olasılığı tartışılabilir. Fakat bir ülkeye giderek orada ticaretle uzun süre uğraşan bir tacirin kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini veyahut tabi olduğu mevzuatı bilmediğini iddia etmek hayatın olağan akışında güç olacağından burada kanunu bilmemek mazeret olarak kabul edilmemeli ve kamu borçlusu AATUHK m. 110 anlamında sorumlu tutulmalıdır.

Suçun özel görünüş şekilleri bakımından bir değerlendirme yaptığımızda öncelikle bu suç tipinin teşebbüse elverişliliği doktrinde tartışmalıdır. Çalışmada yer verildiği üzere zarar neticesinin gerçekleşmediği hallerde artık suçun oluşmayacağını belirten görüşler olmakla birlikte teşebbüsün mümkün olduğunu ifade eden görüşler de bulunmaktadır.

Kanaatimizce burada en temel sorun kanun koyucunun bu suçu açık bir şekilde zarar suçu olarak düzenlemesidir. Nitekim kanun koyucu burada özellikle “ve” bağlacı kullanarak zarar neticesi aramış ve bu suç tipiyle kamu alacağının tahsiline engel olabilecek durumları ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Kişinin seçimlik hareketlerden birini işlemesi ve geri kalan malların borcu karşılamaya yetmesi halinde suça teşebbüs gündeme geleceği için fail yine bu suçtan sorumlu tutulacak olup bu uygulamada tartışmalara neden olmaktadır. Çünkü burada fail malvarlığının bir kısmını dahi elden çıkardığında veyahut malvarlığına yönelik diğer seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirdiğinde suçun manevi unsuru vücut bulmaktadır. Failin bu hareketi neticesinde kalan malvarlığının borcunu karşılamaya yetmesi hususu netice ve teşebbüs bakımından ele alınması gereken hususlardır. Hal böyle iken failin malvarlığının çok az bir kısmını elden çıkardığı veya telef ettiği durumlarda kastının neye yönelik olduğunun tespiti ziyadesiyle güç olmaktadır. Bu durum hükmün getirilişi ile hedeflenen amacı aşacak derecede orantısız bir yaptırım olup ceza hukukunun son çare olma ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bununla birlikte bu suç tipi bakımından kamu alacağının tahsilini de tehlikeye düşürmeyecek aynı zamanda kamu borçlusunun gerek sözleşme hürriyetini gerek mülkiyet hakkını da orantısız bir şekilde sınırlandırmadan bir denge kurulması ve bu şekilde bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu durumun çözümlenebilmesi adına kanun koyucunun izleyebileceği iki yol bulunmaktadır:

Bunlardan ilki seçimlik hareketlerin ardından geri kalan malların borcu karşılamaya yetmemesini bir objektif cezalandırabilme şartı olarak düzenleyerek bu şartın yerine getirilememesi halinde artık failin cezai sorumluluğu olmadığı kabul edilecektir. Bu durumda; fail

seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmekle birlikte mevcut malvarlığı kamu borcunu ödemeye yetiyor ise artık teşebbüs mümkün olmayacak ve fail objektif cezalandırılabilme koşulunu sağlayamadığı için cezalandırılmayacaktır.

Bir diğer izlenebilecek yol ise; kanun koyucu mezkûr maddede yer alan seçimlik hareketlerden herhangi birinin gerçekleşmesini dahi kamu alacağı için bir tehlike olarak görüyor ise o zaman bu suç bir zarar suçu olmaktan çıkarak geri kalan malların borcu karşılamaya yetmemesini aramamalı ve bu hareketlerden herhangi birinin varlığını yeterli görerek bu suç bir tehlike suçu haline getirmelidir.

Bu suç tipi bakımından iştirak hususunda Türk Ceza Kanunu'nun 37, 38 ve 39. maddesindeki hükümler geçerli olacaktır. İfade etmek gerekir ki bu suç tipi bakımından azmettirme uygulamada karşılaşılmaması zor bir ihtimaldir. Fakat teorik olarak TCK m. 40/2'de yer alan "*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.*" hükmü gereğince bu suç tipi bakımından yardım eden veyahut azmettiren olarak cezai sorumluluk mümkündür.

Son olarak Kamu Alacağı'nın Tahsiline Engel Olma Suçu'nda 6183 sayılı Kanun'un 115. maddesi gereğince alacaklı kamu idaresinin o yerdeki en büyük memurunun ihbarı üzerine Cumhuriyet Savcılığı tarafından soruşturmaya başlanacaktır. AATUHK'da özel bir düzenleme bulunmadığı için 5235 Sayılı Kanun gereğince görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi'dir.

| YAZAR BEYANI | |
|---|---|
| Mali Destek/Teşekkür Beyanı: | Mali destek beyanı bulunmamaktadır. Teşekkür Beyanı: Bu çalışma Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında, Sayın Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım TAYLAR tarafından verilen “Kamu İcra Hukuku” dersi kapsamında hazırlanmış seminer çalışmasının gözden geçirilmiş, düzeltilmiş-düzenlenmiş halidir. Bu nedenle gerek ders süresince gerek yayın süresince değerli bilgi ve görüşlerini bizlerle paylaşarak desteğini esirgemediği için Saygıdeğer hocam Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım TAYLAR’a teşekkürü bir borç bilirim. |
| Yazarların Katkıları | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır. |
| Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| Etik Kurul Onayı: | Gerekmemektedir. |

KAYNAKÇA

6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun. İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Tahsilat Grup Müdürlüğü, İstanbul: Arıkan Basım Yayım, 2005.

Arslaner Hakan, Demet Akdeniz. “6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Hükümlerinde Yer Alan Suçlarda Maddi Unsurun Varlığı”, Sayıştay Dergisi. 95 (2014): 91-113.

Artuk, Mehmet Emin, Mehmet Emin Alşahin. “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 19/2 (Özel Sayı) (2013): 17-44.

Bahçeci, Barış. Kamu Alacağını Takip Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

- Balcı, Mustafa. Kamu İcra Hukuku ve 6183 Sayılı Kanun Uygulaması. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Başar, Cemal. "Kamu İcra Hukukunun Anayasal Temelleri". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı. 16 (2014): 4567-4611.
- Başbüyük, İsa. "Kamu İcra Hukukunda Kamu Alacağı'nın Tahsiline Etki Eden Suçlar (AATUHK m.110-114)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı. 16 (2014): 4613-4631.
- Bıyan, Özgür. Vergi Hukuku (Lisans Öğrenimi İçin). Bursa: Dora, 2018.
- Candan, Turgut. Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Canpolat, Can. Kusur İlkesi ışığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Coşkun, Mahmut. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Çakır, Erdem Utku. "Amme Alacağı'nın Tahsiline Engel Olma Suçu". Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi, 2021.
- Çam, Uzun Mine. Kamu Alacağı'nın Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Çelik, Binnur. Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2002.
- Duman, Murat. "Kamu Alacağı'nın Tahsiline Engel Olma Suçunun Takibatı Nedeniyle İhtiyati Tahakkuk Uygulaması". Mali Çözüm Dergisi. 26/134 (Mart-Nisan 2016):111-126.
- Erbaş, Rahime. Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük. İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2019.
- Erol, Ahmet. 6183 Sayılı AATUHK Kapsamında Taşınmaz Mal Haczi ve Satışı. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2010.
- Geçer, Ahmet Emrah. "Kamu İcra Hukukunda İhtiyati Haciz Sebepleri ve İhtiyati Haciz Karşısında Amme Borçlusunun Hukuki Duru-

- mu”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25/1 (2017): 205-235.
- Gerçek, Adnan. Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.
- Göktürk, Neslihan, Özgeç, İzzet ve İlhan Üzülmez. Ceza Hukukuna Giriş. Anadolu Üniversitesi Yayını: 2476, 2012.
- Güleç, Sesim Soyer. “Türk Ceza Kanunu’nda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1 (2008): 59-91.
- Gülseven, Mustafa. Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Usulü Hakkında Kanunu. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.
- Hakeri, Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Hakeri, Hakan. İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003.
- Kaneti, Selim vd. Vergi Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Karakoç, Yusuf. “Kamu Alacaklarının Tahsili; Kamu İcra Hukuku”. Vergi Sorunları Dergisi. 153(Haziran 2001): 116-135.
- Karakoç, Yusuf. Genel Vergi Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019 (Genel Vergi).
- Karakoç, Yusuf. Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözömlenen Uyuşmazlıklar. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000 (Vergi Yargısı).
- Karakoç, Yusuf. Kamu İcra Hukuku Bilgisi. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020 (Kamu İcra).
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Koçak, Muhsin. Vergi-İcra Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Meraklı, Serkan. “Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”. Ceza Hukuku Dergisi. 12 (Nisan 2010): 261-302.

- Muşul, Timuçin. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004.
- Oktar, S. Ateş. Vergi Hukuku. İstanbul: Türkmen Kitapevi, 2013.
- Öncel, Mualla vd. Vergi Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Önen, Sacit. Genel Vergi Hukuku. Ankara: Detay Yayıncılık, 2017.
- Öner, Erdoğan. Vergi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Özbalcı, Yılmaz. Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun. Ankara: Oluş Yayıncılık, 2012.
- Özbek, Veli Özer ve Koray Doğan. "Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 9/2 (2007): 195-222.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Pınar Bacaksız. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Pınar Bacaksız. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özgenç, İzzet. "İhmalî Suç Teorisi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 25/4 (2021): 303-378.
- Pınar, Burak ve Pınar Bacaksız. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Sonrası Kamu İcra Suçlarının Durumu (III - Kamu Alacağı'nın Tahsiline Engel Olma Suçları)", Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 4/9 (2008): 111-128.
- Saban, Nihal. Vergi Hukuku. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2020.
- Saraçoğlu, Fatih ve Elif Pürsünlerli Çakar. Vergi Hukuku. Ankara: Gazi Kitapevi, 2019.
- Sözüer, Adem. "Türk Ceza Kanunu'nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 18/ 2 (2014): 230-233.
- Şamlıoğlu, Servet ve Yılmaz Özbalcı. Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları. Ankara: Özbalcı Vergi Hukuku Bürosu, 1988.

- Şenyüz, Doğan, Yüce, Mehmet ve Adnan Gerçek. Vergi Hukuku (Genel Hükümler). Bursa: Ekin Basım Yayın, 2022.
- Şenyüz, Doğan. Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları). Bursa: Ekin Basım Yayım, 2016.
- Şimşek, Edip. Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996.
- Taşkan, Yusuf Ziya. Vergi Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Toktaş, Mine. Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları: Peçeleme ve Muvazaalı İşlemler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Tombaloğlu, Mustafa Lütfi. Amme Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011.
- Uyar, Talih. "Takip Hukukunda "Alacaklısını Zarara Sokmak Kasdiyle Mevcudunu Eksiltme Suçu" (İİK. Mad. 331)". Ankara Barosu Dergisi. 68/1 (2010): 175-186.
- Yılmaz, Kazım. Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa. Ankara: Ce- Ka Yayınları, 2006.
- Yurtlu Fatih. "Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı". Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 25/3(2021): 579-636.
- Yurtlu, Fatih. İhmali Suçlar. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Zafer, Hamide. Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75). İstanbul: Beta Basım Yayım, 2019.

DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİ İLE LAİKLİK ÇERÇEVESİNDE DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI'NIN HUKUKİ STATÜŐÜ

*The Legal Status of The Presidency of Religious Affairs Within The
Framework of Freedom of Religion and Conscience and Secularism*

Ars. Gör. Sümeyye ULUSOY*

ÖZET

Din ve vicdan hürriyeti bireylere, istedikleri din ve inancı benimseyebilme, bir dini inanca sahip olup olmama, inanç, mezhep ve kanaat değiştirme, inandıkları din, inanç ve kanaatin gerekleri olan ibadet ve ayin yapma ve sahip olduğu inancı uygun araçlar kullanarak açıklama, anlatma ve öğretme hakkını tanımaktadır. Bununla birlikte devlete de insanlar üzerinde kanaat baskısı oluşturmama, bireylerin vicdani kanaatlerini etkilememe, onların vicdani kararlarının sonucu-

* KTO Karatay Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, E-posta: sumeyye.ulusoym@karatay.edu.tr, Orcid ID: 0000-0002-9510-5213.

Makale Geliş Tarihi: 28.07.2022

Makale Kabul Tarihi: 14.12.2022

⇒ Atıf Şekli: Sümeyye Ulusoy, "Din ve Vicdan Hürriyeti ile Laiklik Çerçevesinde Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Hukuki Statüsü", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18/1 (2023): 337-372.

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



na bağı olarak onlara zarar vermeme ve yine buna bağı olarak bireylere yarar sağlamama yükümlülüğü yüklenmektedir. Laiklik ise kurumsal yapıda din ve devlet işlerinin ayrılığını ve birbirlerine karşı bağımsız olduklarını ifade etmek amacıyla modern devlet anlayışı ile birlikte hayatımıza girmiş bir kavramdır. Laikliğin bir ülkede benimsenip benimsenmediği doğrudan Anayasada bir laiklik ilkesinin varlığından anlaşılmamaktadır. Laiklik ilkesinin varlığı birtakım unsurların ilgili ülkede benimsenip benimsenmemesinden anlaşılmalıdır. Buna göre bu unsurlar; din ve vicdan hürriyetinin temel hak ve hürriyet olarak tanınmış olması, hukuk düzeninin dine dayanmamasından ve din ve devlet kurumlarının ayrılığının sağlanmış olması anlaşılmaktadır. Diyanet İşleri Başkanlığı ise Anayasa'nın 136. maddesinde bütün siyasi görüş ve düşüncülerin uzağında, laiklik ilkesi doğrultusunda, özel kanunlarda kendisine gösterilen görevleri yerine getirmesi beklenen bir kurum olarak genel idare içerisinde kabul edilmiştir. Diyanet İşleri Başkanlığının teşkilat kanunu olarak kabul edilen 633 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre Başkanlığın görevi, İslam dininin inanç, ibadet, ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek olarak belirtilmiştir. Bu açıklamalar ışığında Diyanet İşleri Başkanlığı'nın statüsü, din ve vicdan hürriyeti bağlamında bireylerin inanç ve kanaatlerine bağı olarak onlara yarar sağlamama gerekliliği açısından; laiklik ilkesi bağlamında ise devlet ve din kurumlarının birbirinden ayrı ve bağımsız olması gerekliliği açısından tartışmalı bir konumda bulunmaktadır. Söz konusu bu çalışmada ise din ve vicdan hürriyeti, laiklik ilkesi kısaca açıklanıp, söz konusu dini kurum ile arasındaki ilişki, kurumun hukuki statüsü dikkate alınmak suretiyle ifade edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Temel hak ve hürriyetler, Din ve Vicdan Hürriyeti, Laiklik, Diyanet İşleri Başkanlığı, Din-Devlet İlişkisi.

ABSTRACT

Freedom of religion and conscience bestows individuals the right to adopt the religion and belief they want, to have or not to have a religious belief, to change their belief, sect, and opinion, and to per-

form worship and ritual which are the requirements of the religion, belief, and opinion they believe in, and to explain, tell and teach their belief by using proper means. Besides, it lays the burden on the state not to cause pressure on people, not to influence the conscience of individuals, and not to harm or gain advantage from them depending on the result of their conscientious decisions. As for secularism, it is a concept that came into our lives with the modern state understanding to express the separation of state affairs from religious institutions in the organizational structure and their independence from each other. Whether secularism is adopted in a country or not is not directly understood from the existence of a secularism principle in the Constitution. Accordingly, these elements are understood in the fact that freedom of religion and conscience is recognized as fundamental rights and freedoms, that the legal system is not based on religion, and that the separation of religion and state institutions is ensured. As for the Presidency of Religious Affairs, it has been accepted within the scope of the general administration as an institution that is expected to fulfil the missions assigned to it in special laws, in the direction of the principle of secularism, being far from all political views and thoughts in Article 136 of the Constitution. Accordingly, these elements are understood in the fact that freedom of religion and conscience is recognized as fundamental rights and freedoms, that the legal system is not based on religion, and that the separation of religion and state institutions is ensured. As for the Presidency of Religious Affairs, it has been accepted within the scope of the general administration as an institution that is expected to fulfil the missions assigned to it in special laws, in the direction of the principle of secularism, being far from all political views and thoughts in Article 136 of the Constitution. Under article 1 of Law No. 633, which is considered the organic law of the Presidency of Religious Affairs, the mission of the Presidency is specified as conducting the works related to the belief, worship, and moral principles of the religion of Islam. In the light of these explanations, the status of the Presidency of Religious Affairs is among the controversial topics in terms of the necessity of not providing benefits to

individuals depending on their beliefs and convictions in the context of freedom of religion and conscience, and in terms of the necessity of the state and religious institutions to be separate and independent from each other in the context of the principle of secularism. In this study, freedom of religion and conscience and the principle of secularism are briefly explained, and their relationship with the religious institution is tried to be expressed by considering the legal status of the institution.

Keywords: Basic Rights and Liberties, Freedom of Religion and Conscience, Secularism, Presidency of Religious Affairs, Relationship between Religion and State.

GİRİŞ

Bireyin kişiliğine bağlı, dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez hak ve hürriyetlerinden olan din ve vicdan hürriyeti, demokratik toplumun vazgeçilmez unsurlarından biridir. Din ve vicdan hürriyetinin demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından olmasının sebebi, dinin bireyin hayatını anlamlandırmasında ve toplumun şekillenmesinde belirleyici rolünün olmasıdır. Bu sebeple din ve vicdan hürriyeti, ulusal ve uluslararası insan hakları belgelerinde temel hak ve hürriyetlerden biri olarak düzenlenmektedir. Bununla birlikte din ve vicdan hürriyetinin ihlali ile ilgili iddiaların büyük bir çoğunluğunu din-devlet ilişkilerinin düzenleniş biçimi ve bunun gerekleri oluşturmaktadır. Bu durum ise din ve vicdan hürriyetinin ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinin yapılmasında laiklik ilkesinin de göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Türkiye’de DİB’in konumu ise tartışmalıdır. Çünkü Anayasada din ve vicdan hürriyetinin güvencesini teşkil eden ve din-devlet kurumlarının ayrılığını temel alan laiklik ilkesinin yer almasına rağmen DİB’in sunduğu hizmetler, kamu hizmeti statüsünde değerlendirilmektedir ve dini konulara, DİB eliyle yani genel idare içinde yer alan bir kamu kurumu aracılığıyla devlet müdahalesi söz konusu olmaktadır.

Bu çalışmada ilk olarak makalenin yapıtaşı niteliğindeki konusunu teşkil eden; din, vicdan ve kanaat kavramlarına AİHM ve AYM bağlamında değinilmek suretiyle din ve vicdan hürriyetine kısa bir şekilde yer verilmiştir. Bununla birlikte DİB bu hürriyet açısından kısaca değerlendirilmiştir. Daha sonra laiklik kavramına kısaca değinilmiş ve bu bağlamda DİB'in tarihten günümüze üstlendiği misyon ve hukuki statüsü açıklanmıştır. Bu çalışmanın sonunda din ve vicdan hürriyeti ve laikliğin kapsamı öğrenilmiş olmakla birlikte ülkemizde Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren kurum hayatına devam eden DİB'in, hukuki statüsü ve din ve vicdan hürriyeti ve laiklik kavramları arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgiler edinilmiş olacaktır.

I. GENEL OLARAK DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİ VE DİB İLE İLİŞKİSİ

Din ve vicdan hürriyeti, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'de "*Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü*" başlığı altında 9. maddede koruma altına alınmıştır¹. Bu korumanın kapsamı, AİHS'in 9. maddesinin 1. fıkrasına göre "düşünce, din ve vicdan" kavramlarıyla açıklanır iken; aynı maddenin 2. fıkrasına göre bu korumanın kapsamı, doğrudan "din ve inanç" kavramları ile açıklanmıştır. Düşünce, din, vicdan ve inanç kavramları sınırları belirsiz, muğlak kavramlar olmakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından belirli bir hukuki zemine oturtulmaya çalışılmıştır. Buna göre AİHM, bir dini inancın ya da vicdani bir kanaatin AİHS'in 9. maddesi kapsamında korunabilmesi için söz konusu inanç ve kanaatin bünyesinde iki özelliği taşımasını şart koşmuştur. Bu şartlardan ilkinde göre; inanç ve kanaat, belirli bir seviyede ikna edicilik, ciddiyet, uyum ve önem düzeyini sağlamalıdır. İkinci şarta göre ise inanç ve kanaat, insan ya-

¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi: "*Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.*"

şamının ve davranışlarının önemli bir boyutuyla ilgili olmalıdır ve Avrupa demokratik toplumu bakımından korunmaya değer nitelikte olmalıdır. Bu kapsamda AİHM tarafından ateizm, agnostisizm inanç olarak kabul edilir iken; ötanazi inanç olarak kabul edilmemektedir².

AİHM, düşünce kavramını, düşünce, din ve vicdan hürriyetinin düzenlendiği 9. madde kapsamında değil; ifade hürriyetinin düzenlendiği 10. madde kapsamında değerlendirmektedir³. AİHM, din kavramını tanımlamakta ise genellikle geri durmaktadır ve bu kavramın tanımlanmasının zorluğunu kararlarında özellikle belirtmektedir⁴. Yani AİHM, inanç kavramını belirli şartlara bağlayarak açıklamış iken; din kavramını açıklamada kendini görevli görmemiştir⁵. Ayrıca AİHM'in inanç kavramını açıklamada kullandığı yukarıdaki şartlar değerlendirildiğinde inanç kavramı din kavramına göre üst bir kavram olarak kabul edilebilmektedir. Yani inanç kavramı, din kavramını da içine alarak din kavramına göre daha geniş bir koruma alanı sağlamaktadır. Buna göre bir uygulama, yukarıda AİHM'in inanç açısın-

² AİHM. Campbell ve Cosans/ Birleşik Krallık Başvurusu. K.T. 25.02.1982. Başvuru No: 7511/76; Lami Bertan Tokuzlu, "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü" içinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), ed. Sibel İnceoğlu, (İstanbul: Beta Yayınları, 2013), 333; Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt (Ankara: Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Konseyi Ortak Yayını, 2013), 122-123; Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölçüklü ve Abdurrahman Saygılı, Avrupa İnsan Hakları ve Sözleşmesi Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 336; Hande Seher Demir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 61; AİHM tarafından din, inanç ya da kanaat kapsamında değerlendirilip Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında koruma altına alınan inanç örnekleri için ayrıca Bkz. Durmuş Tezcan vd. İnsan Hakları El Kitabı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 458-459.

³ Doğru ve Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt, 123; Bununla birlikte AİHM, din ve vicdan hürriyeti bağlamındaki düşünce kavramı ile ifade hürriyeti kapsamındaki düşünce kavramının birbirinden farklı olduğunu belirtmiştir. Bkz. AİHM. Case Of Cambell and Cosans/ Birleşik Krallık Başvurusu. K.T. 25.02.1982. Başvuru No: 7511/76.

⁴ AİHM. Sinan Işık/ Türkiye Başvurusu. K.T. 02.02.2010. Başvuru No: 21924/05; AİHM. Kimlya/Rusya Başvurusu. K.T. 01.10.2009. Başvuru No: 76836/01.

⁵ Tokuzlu, "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", 334.

dan kabul ettiği şartları taşıyor ise zaten AİHS'in 9. maddesi kapsamında değerlendirilme imkanına sahip olmaktadır⁶.

AİHM, bir uygulamanın inanç ya da kanaat kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesini iki dereceli bir sisteme bağlamıştır. Buna göre AİHM, bir uygulamanın inanç olduğu hakkında ortak bir Avrupa standardı oluşmuşsa bu uygulamayı inanç olarak kabul etmektedir. Ancak bu uygulama hakkında ortak bir Avrupa standardı oluşmamışsa; AİHM, bu defa bir inanç olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında tartışmaların bulunduğu söz konusu uygulamanın davalı ulusal makamlarca nasıl değerlendirildiğini göz önünde bulundurmaktadır. Buna göre eğer ki ulusal makamlar, söz konusu uygulamayı inanç ya da kanaat olarak kabul etmişlerse ya da söz konusu inanç, belirli bir insan sayısına ve geçmişe sahipse, insan yaşamının temel alanlarına ilişkin davranışları şekillendirmişse AİHM'de bu uygulamayı inanç ya da kanaat olarak kabul etmektedir ve kendisine yapılmış olan başvuruyu AİHS'in 9. maddesi kapsamında değerlendirmektedir⁷. Vicdan kavramı ise AİHS'in 9. maddesi kapsamındaki içtihatlarında yeterince yer almamıştır⁸. Ancak bununla birlikte AİHM, bir yükümlülükten ya da bir hizmetten vicdani sebeplerle kaçınmayı yani vicdani ret hakkını AİHS'in 9. maddesi kapsamında değerlendirmiş⁹.

Din ve vicdan hürriyeti, 1982 Anayasası'nda "*Din ve Vicdan Hürriyeti*" başlığı altında 24. madde kapsamında koruma altına alınmış-

⁶ Tezcan vd., İnsan Hakları El Kitabı, 458.

⁷ AİHM. Kimlya/Rusya Başvurusu. K.T. 01.10.2009. Başvuru No: 76836/01; AİHM. X/Birleşik Krallık Başvurusu. K.T. 04.10.1977. Başvuru No: 7291/75; AİHM, bir uygulamanın bir din, inanç ya da kanaat olup olmadığını değerlendirir iken yalnızca egemen unsurların yorumunu dikkate almamaktadır. Azınlık durumunda bulunanların da yorumunu dikkate almaktadır. Buna göre Sünni İslam'dan farklı olan Alevilik inancı Türk toplumunda önemli bir yer işgal ettiği için AİHM tarafından inanç ve kanaat olarak değerlendirilmiştir. Bkz. AİHM. Hasan ve Eylem Zengin/ Türkiye Başvurusu. K.T. 09.10.2007. Başvuru No: 1148/04.

⁸ Doğru ve Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt, 124.

⁹ AİHM. Ercep/ Türkiye Başvurusu. K.T. 22.11.2011. Başvuru No: 43965/04; AİHM. Feti Demirtaş/ Türkiye Başvurusu. K.T. 17.01.2012. Başvuru No: 5260/07; AİHM. Bayatyan/ Ermenistan Başvurusu. K.T. 07.07.2011. Başvuru No: 23459/03.

tır¹⁰. AİHS'den farklı olarak bu hürriyet kapsamında düşünce kavramına yer verilmemiştir. Düşünce hürriyeti Anayasa'da "Düşünce ve Kanaat Hürriyeti" başlığı altında 25. maddede mutlak olarak korunan haklar kategorisinde düzenlenmiştir. Daha önce belirtildiği üzere AİHM, düşünce kavramını genellikle Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. Bu sebeple Anayasa'nın düşünce kavramını din ve vicdan hürriyeti kapsamından ziyade; düşünce ve kanaat hürriyeti kapsamında değerlendirmesi yerinde bir düzenleme olmuştur¹¹.

Bu bağlamda Anayasa'nın 24. maddesi kapsamında açıklanması gereken kavramlar ise "din, vicdan, ibadet ve dini ayin yapma" kavramlarıdır. Buna göre Anayasa Mahkemesi, 1986 yılında vermiş olduğu bir kararında din kavramını; bir topluluğun sahip olduğu kutsal kitap, peygamber ya da kurucu ve tanrı kavramlarının da içinde bulunduğu bir inanç sistemi olarak, ibadeti ise; söz konusu inanç sistemine bağlı olarak yerine getirilmeye çalışılan ahlaki kurallar bütünü olarak tanımlamıştır¹². Tüm bu bilgiler ışığında söylenebilir ki ne AİHM kanadında ne de AYM kanadında hukuken din ve inanç kavramlarının net bir tanımı yapılmıştır. İlgili kavramların yalnızca genel hatları ile ne oldukları belirtilmeye çalışılmıştır. Bunun sebebi söz konusu kavramlar hakkında hem her somut olaya uygulanabilecek

¹⁰ 1982 Anayasası'nın 24. Maddesi: "Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz"

¹¹ Bkz. Dipnot 3.

¹² AYM. K.T. 04.11.1986. E. 1986/11. K. 1986/26 (08.12.2021). <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

kadar içeriği net olan hem de dünyadaki tüm inançları kapsayacak kadar esnek bir tanımın yapılmasının çok zor olmasıdır¹³.

Din ve vicdan hürriyetinin kapsamını, diğer tüm hak ve hürriyetlerde olduğu gibi devlet, birey ve topluma yönelik olarak ileri sürüle-bilen hak ve yükümlülükler oluşturmaktadır. Buna göre bu hürriyetin devlete yüklediği yükümlülükler şunlardır¹⁴: Devlet, insanlar üzerinde dini inanç ve kanaatlerini değiştirmek için baskı yapamaz. Ayrıca devlet, bir bireyin vicdani kanaatinden dolayı ona zarar veremeyeceği gibi bunlardan dolayı bireye yarar da sağlayamaz. Bir devlet, yeniden bir din oluşturamaz ya da var olan bir dini yok edemez¹⁵. Bu yükümlülüklerin AİHS'in 9. maddesinin 1. fıkrası kapsamında, Anayasa'nın ise 24. maddesinin 1 ve 3. fıkraları kapsamında devlete yüklendiğini söylemek mümkündür.

Din ve vicdan hürriyeti bağlamında bireylere tanımış olan haklar, bu hürriyetin asıl kapsamını oluşturmaktadır. Buna göre din ve vicdan hürriyetinin bireylere tanımış olduğu haklar şu şekildedir¹⁶: İlk olarak bu hürriyet kapsamında bireyler, istedikleri din ve inancı benimseyebilirler ve bir dini inanca sahip olup olmama yani inanıp

¹³ Tezcan vd., İnsan Hakları El Kitabı, 458; Demir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü, 55.

¹⁴ Sulhi Dönmezer, "Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü", Erdem Dergisi, 14/42 (2005): 4-5, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/683097>.

¹⁵ Amerikan Anayasası'nda yapılan ilk değişiklik (ilk amendment) din, söz ve basın özgürlüğü; toplanma ve başvuru hakkının eklenmesi şeklindedir ve bu değişiklik ile din ve vicdan hürriyeti bağlamında Kongre'nin herhangi bir kilise tesis etmesi ya da tesis edilmiş bir kiliseye yardım edilmesini yasaklamaktadır. Amerikan Anayasası ve ilgili maddenin açıklaması için bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021), 196.

¹⁶ Dönmezer, "Din, Vicdan ve Kanaat Özgürlüğü", 6; Tezcan vd., İnsan Hakları El Kitabı, 455; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2004), 247; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu (Ankara: Seçkin Yayınları, 2002), 299; Bilal Samur, "Yeni Anayasada Din ve Vicdan Özgürlüğü'nün Düzenlenmesi", Liberal Düşünce Dergisi, 17/ 66 (2012): 94-95; Demir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü, 71-101.

inanmama hakkına sahiptirler¹⁷. İkinci olarak bireyler din, inanç, mezhep ve kanaat değiştirme hakkına sahiptirler. Üçüncü olarak bireyler inandıkları din, inanç ve kanaatin gerekleri olan ibadet ve ayin yapma hakkına sahiptirler. Dördüncü olarak bireyler sahip olduğu inancı uygun araçlar kullanarak açıklama hakkına sahiptirler. Beşinci olarak bireyler bu hürriyet kapsamında dinini başkalarına anlatma ve öğretme hakkına da sahiptirler. Bu hakların devreye girebilmesi için dini kanaat ve inançların, belirli bir ikna edicilik, ciddiyet ve önem düzeyine ulaşması gerekmektedir. Örneğin güneşe tapanların bu hak kapsamında inançları belirli bir ikna edicilik, ciddiyet ve önem düzeyine ulaşmadığı için bu haktan yararlanması mümkün değildir¹⁸.

Konunun kapsamı gereği bu çalışmada, din ve vicdan hürriyetinin devlete yüklemiş olduğu yükümlülüklerin ya da bireye tanımış olduğu hakların tamamının kapsamının açıklanması yerine; DİB ile ilişkinin açıklanmasında gereklilik arz edecek olan yükümlülük ve haklara değinilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda da açıklanması gereken kapsam aslında din ve vicdan hürriyeti sayesinde bireyin sahip olduğu haklar değil; devletin, din ve vicdan hürriyetinin tanınması dolayısıyla uyması gereken yükümlülüklerdir. Bu yükümlülükler ise “devletin din ve vicdan hürriyetine müdahale etmemesi” yükümlülüğü başlığı altında “devletin herhangi bir din belirlemesi yapamayacağı” ve “devletin bir bireye dini ve vicdani kanaati gereği bir zarar veremeyeceği gibi bireye bir yarar da sağlayamaması gereken” yükümlülüklerdir.

Devletin din ve vicdan hürriyetine müdahale etmemesi yükümlülüğü, devletin negatif yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir. Din ve vicdan hürriyetinde içsel alanı ifade eden forum internum¹⁹, mutlak

¹⁷ İnanmama halini din ve vicdan hürriyeti kapsamında değerlendirmeyen ve bu inanmama hakkını, din ve vicdan hürriyeti kapsamında değerlendirmeye çalışanları vahşi hürriyet telakkisinden hareket edenler olarak niteleyen görüş için Bkz. Walter Hamel, *Din ve Vicdan Hürriyeti*, Çev. Servet Armağan, (İstanbul: Yeni Asya Yayınları, 1973), 63-64.

¹⁸ Tezcan vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, 457-458.

¹⁹ Forum internum, bireyin dış dünyaya aktarmadığı kanaat ve inançlarını ifade etmek için kullanılır. Forum externum, bir din ya da inancın uygulama, ibadet, eğitim, özel dini günleri ifade etmek için kullanılır. Forum externum, din kaynaklı

niteliktedir. Bununla birlikte bu hürriyetin görünüm alanları ile ilgili olarak da devletin müdahil olmaması esastır²⁰. AYM'nin 2014/3977 başvuru no'lu kararındaki *“Bireylerin kendi dinleri ile ilgili yorumlarını ve ‘alışıldık dinî uygulamaların’ neler olduğunu sorgulamak yargı organlarının ilgisi dışındadır. Aksine bir yaklaşım mahkemelerin veya kamu gücünü kullanan organların kendi değer yargılarını fiilen başvuruların vicdani değerlendirmesinin yerine koyarak onların din veya inancın uygulamaları konusunda neye inanmalarının ‘yerinde’ olduğunu belirlemeleri anlamına gelecektir.”* ifadeleri devletin herhangi bir din belirlemesi yapamayacağına ilişkin yükümlüğün açıklanmasını içermektedir.

Devletin bu yükümlülüğü göz önünde bulundurulduğunda, din ve vicdan hürriyetinin DİB'in varlığı ile çeliştiği nokta, DİB aracılığıyla devletin resmi bir dini dayatıp dayatmadığı eğer dayatıyorsa bunun din ve vicdan hürriyetini ihlal edip etmediğidir. Bu tartışma noktası, din ve vicdan hürriyetinin bir dine ve inanca sahip olmayı ya da olmamayı koruma altına aldığı içsel alan (forum internum) ve bir dine ya da inanca sahip bir kimsenin bunu açıklaması ve bu inancın gereklerini yerine getirmesini ya da herhangi bir inanca sahip olmayanların bunu açıkça dile getirmesini koruma altına alan dışsal alan (forum externum) boyutuyla incelenmelidir.

Buna göre DİB, aşağıda ayrıntılı açıklanacağı üzere kurulduğu itibari ile din ve vicdan hürriyetinin içsel alanına hiçbir şekilde müdahale etmemiştir. Ancak dışsal alan ile ilgili olarak aynı şeyleri söylemek pek mümkün değildir. 429 sayılı Kanunla kurulan DİB'in görevi, itikat, ibadet ve ibadet yerlerinin düzenlenmesi ile sınırlı tutulmuştur²¹. Ayrıca muamelatı nassa ait düzenlemelerden hüküm çıkarma

olmayan inançların tezahürünü de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Bkz. Abdülkadir Yıldız, *Din ve Vicdan Özgürlüğü*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 33.

²⁰ Yıldız, *Din ve Vicdan Özgürlüğü*, 89.

²¹ Bahri Savcı, “Diyanet İşleri Teşkilatının Gelişmeleri”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 3/22 (1967): 91; Ömür Aydın, “Diyanet İşleri Başkanlığının Hukuki Statüsü Üzerine Tartışmalar”, *Akademik İncelemeler Dergisi*, 14/2 (2019): 244; Hicret Toprak, “Türkiye Cumhuriyeti’nde Dini Kurumsallaşma: Di-

yetkisi meclis ve hükümete bırakılmıştır²². Anayasa Mahkemesi'nin 1970/53 Esas sayılı kararında da açıkça belirtildiği üzere DİB'in Anayasa'da özellikle düzenlenmesinin sebebi, dinin devletçe denetiminin yürütülmesi ve din işlerinde çalışacak kimselerin yetiştirilmesidir. Devletin, dini ve dindar kesimi kontrol altına alıp sınırlaması anlamına gelen bu durum ise din ve vicdan hürriyetinin koruma altına aldığı dışsal alanı ihlal etmekteydi²³. Ancak günümüzde gelinen noktada bu ihlal durumu aşılmıştır ve DİB büyük ölçüde aslına dönmüştür. DİB, toplumun dini yöndeki ihtiyaçlarını özellikle doğru kaynaklara ulaşım noktasındaki ihtiyaçlarını büyük ölçüde karşılamaktadır. Bu noktada özellikle belirtmek gerekir ki devletin doğru bilgiye ulaşması noktasında DİB'in buna aracı kılınması din ve vicdan hürriyetini ihlal etmeyecektir. Aksi halde yanlış din anlayışları, akım ve yönlendirmeler meşru din algısı altında topluma sunulacaktır²⁴. Ayrıca Devletin herhangi bir dini inanç ya da din hakkında doğru bilgi ve kaynaklara ulaşımında kolaylık sağlaması ilgili dine karşı yapılmış pozitif bir ayrımcılık değil; kamu düzeninin sağlaması için alınan bir önlem niteliğindedir.

Devletin, din ve vicdan hürriyeti bağlamında uyması gereken ve DİB'in varlığı ile çelişir şekilde görünen bir başka yükümlülüğü ise devletin dini kanaatleri sonucu bir bireye yarar sağlamaması gibi zarar da vermemesi gerekliliğidir. Bu yükümlülük, inançlar ve inanç sahipleri arasında ayrımcılık yapılmaması olarak da ifade edilebilir. AYM ise bu yükümlülüğü "*Laiklik, devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan, devletin din ve inançlar karşısındaki hukuki*

yanet İşleri Başkanlığının Kuruluşu", Muhafazakâr Düşünce Dergisi, 14/51 (2017): 221; Ömür Aydın, "Diyanet İşleri Başkanlığı Üzerine Bir Tartışma: Temsil Meselesi", İktisadi İdari Bilimler Dergisi, 33/3 (2019): 892.

²² Aydın, "Diyanet İşleri Başkanlığının Hukuki Statüsü Üzerine Tartışmalar", 244; Toprak, "Türkiye Cumhuriyeti'nde Dini Kurumsallaşma: Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluşu", 221.

²³ Abdülkadir Yıldız, "İnanç Özgürlüğü Açısından Dini Gruplar ve Diyanet İşleri Başkanlığı", içinde Dini Gruplar Siyaset ve Bürokrasi, ed. Kemal Ataman, İsmail Güler, Vejdi Bilgin, (Bursa: Emin Yayınları, 2017), 512.

²⁴ Yıldız, "İnanç Özgürlüğü Açısından Dini Gruplar ve Diyanet İşleri Başkanlığı", 512-514.

konumunu, görev ve yetkileri ile sınırlarını belirleyen anayasal bir ilkedir. Laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir. Devletle dinin ayrılığı, din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olmanın yanında, dinin siyasi müdahalelerden korunması ve bağımsızlığını sürdürmesi için de gereklidir.” şeklinde ifade etmiştir.

DİB'in varlığı ile bu yükümlülüğün aykırılık ilişkisi ilk önce DİB'in görev ve yetkilerini açıklamaktan geçmektedir. Buna göre 1965 tarihli 633 sayılı “Diyabet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun” un 7. maddesinde DİB'in hizmet birimleri, görevleri ve yetkileri düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin a, b ve c fıkralarına göre İslam dini inancına uygun davranışların devlet tarafından özellikle desteklendiği açıkça görülmektedir²⁵. Buna göre din ve vicdan hürri-

²⁵ 633 sayılı “Diyabet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun” un 7. maddesi: “Başkanlığın hizmet birimleri, görevleri ve yetkileri şunlardır:

a) Din Hizmetleri Genel Müdürlüğü

1) Cami ve mescitleri ibadete açmak, yönetmek, ibadet ve irşat hizmetlerini yürütmek. 2) Cami ve mescit dışındaki yerlerde panel, konferans, seminer, sempozyum ve benzeri dinî programlar ile ilmi toplantılar düzenlemek. 3) (Değişik: 2/7/2018 – KHK/703/141 md.) Öğrenci yurtları, eğitim kurumları, gençlik merkezleri ve kamp-ları, ceza infaz kurumları, sağlık kuruluşları, sosyal hizmet kurumları ve benzeri yerlerde işbirliği esasına göre manevi danışmanlık ve din hizmeti sunmak. 4) (Değişik: 2/7/2018 – KHK/703/141 md.) Yazılı, görsel, işitsel ve dijital medya vasıtasıyla toplumu din konusunda aydınlatmak. 5) Dinî gün ve gecelerde programlar düzenlemek. 6) (Değişik: 2/7/2018 – KHK/703/141 md.) Göçmen, engelli, bağımlı gibi desteğe muhtaç kesimlere yönelik manevi danışmanlık hizmetleri yürütmek. 7) Aile, kadın, gençlik ve toplumun diğer kesimlerine yönelik dinî konularda aydınlatma ve rehberlik yapmak. 8) (Değişik: 2/7/2018 – KHK/703/141 md.) Kurban ibadetinin usulüne uygun şekilde yerine getirilmesi amacıyla gerekli tedbirleri almak, vekâletle kurban organizasyonu gerçekleştiren kurum ve kuruluşların bu kapsamdaki hizmet ve faaliyetlerini denetlemek. 9) (Değişik: 2/7/2018 – KHK/703/141 md.) İhtiyaç duyulan yerlerde okuma salonu, aile ve dinî rehberlik merkezi, gençlik çalışmaları merkezi ve benzeri yerler açmak ve bunlarla ilgili işleri yürütmek. 10) İslam dinine mensup farklı dinî yorum çevreleri, dinî-sosyal teşekküller ve geleneksel dinî-kültürel oluşumlarla ilgili çalışmalar yapmak.

b) Eğitim Hizmetleri Genel Müdürlüğü

1) Kur'an-ı Kerim okumak, anlamını öğrenmek, hafızlık yapmak, din eğitimi almak isteyenler için kurslar düzenlemek ve Kur'an kursları açmak. 2) (Değişik: 24/5/2013 - 6487/12 md.) Bu kurslarda okuyan öğrenciler için yurt ve pansiyonlar açmak ve

yeti açısından DİB, dini inanış, kanaat ya da düşüncenin açığa çıkarılması, bunlara uygun davranışlarda bulunulması ve devlet tarafından bu davranışların desteklenmesi bağlamında gündeme gelmektedir. Bu durum, din ve vicdan hürriyetinin devlete yüklediği yükümlülüklerden “bireyin vicdani kanaatine göre devlet tarafından yarar sağlanamayacağı” yükümlülüğü ile çeliştiği izlenimi uyandırmaktadır. Bu izlenime bir dinin devlet tarafından desteklenmesinin, diğer dinler açısından aleyhe bir durumun ortaya çıkaracağı algısı sebep olmaktadır. Ancak devlet tarafından desteklenen din ya da inanç, diğer inançların örgütlenme, ibadet ya da tezahür alanı ile ilgili bir sınırlama içermiyorsa; bir dinin devlet tarafından desteklenmesi ilgili devletin tarafsız olmadığı anlamına gelmeyecektir²⁶. Ayrıca din ve vicdan hürriyeti bağlamında bir devlette dini inanç ve kanaate dayalı olarak yapılan her türlü ayrımcılık yasaklanmakla birlikte toplumda yaygın olan inanca “eşitler arasında birinci” muamelesi yapmak ayrımcılık olarak yorumlanmamaktadır²⁷. Tüm bunları DİB açısından değerlendir-

yönetmek; Kur'an kursu, yurt ve pansiyonların iâşe ve ibate ihtiyaçları ile diğer harcamalarına ilişkin bütçelerini, mali yıl itibarıyla düzenlemek; yurt ve pansiyonların her türlü alım-satım işlemlerini yürütmek. 3) Kur'an-ı Kerimin usulüne uygun olarak okunması konusunda çalışmalar yapmak. 4) İlgili birim, kurum ve kuruluşlarla işbirliği yaparak eğitim programları geliştirmek, planlamak ve uygulamak, bu amaçla eğitim merkezleri açmak ve bu merkezlerle ilgili iş ve hizmetleri yürütmek. 5) En az lisans düzeyinde dinî yüksek öğrenim görmüş olan personelin, Başkanlığın görev alanı ile ilgili konularda hizmet içinde bilgisini artırması ve uzmanlaşması amacıyla dinî yüksek ihtisas merkezleri açmak ve bu merkezlerle ilgili iş ve işlemleri yürütmek.

c) Hac ve Umre Hizmetleri Genel Müdürlüğü

1) Hac ve umre ibadetlerinin usulüne uygun, sağlık ve güvenlik içinde, hizmet talep edenlerin hakları korunacak şekilde yerine getirilmesi amacıyla yurt içinde ve yurt dışında gerekli tedbirleri almak, ilgili ülke, kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapmak, bu konulardaki hizmet ve faaliyetleri düzenlemek, yürütmek ve denetlemek. 2) Hacda kurban ibadetinin usulüne uygun şekilde yerine getirilmesi için gerekli çalışmaları yapmak. 3) İlgili birim, kurum ve kuruluşlarla işbirliği yaparak hac ve umreye gideceklerle görevlilerin eğitimini sağlamak. 4) Görev alanına giren konularda hizmet satın almak.” DİB'n görev ve yetki alanlarını ayrıntılı olarak incelemek için ayrıca Bkz. İrfan Bozan, Devlet İle Toplum Arasında Bir Okul: İmam Hatip Liseleri, Bir Kurum: Diyanet İşleri Başkanlığı, (İstanbul: Tesev Yayınları, 2007), 60-68.

²⁶ Yıldız, Din ve Vicdan Özgürlüğü, 90.

²⁷ Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 347; Bu yöndeki AİHM kararı için Bkz. AİHM. Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye Başvurusu. KT. 09.10.2007. Başvuru No:

direcek olursak; devlet, DİB'i devlet teşkilatı içinde değerlendirmekle, İslam dini dışında, herhangi bir din açısından aleyhe bir durum ortaya çıkarmamaktadır. Devlet burada yalnızca din ve vicdan hürriyetinin sağlanması için pozitif bir edim yüklenmiş olmaktadır. Kaldı ki ülkenin gerçekleri göz önünde bulundurulacak olursa her ne kadar din devlet ilişkisi laiklik ilkesi²⁸ ile ifade edilse de din ve devlet ilişkisi belirli bir düzeyde devam etmektedir²⁹.

III. TÜRKİYE'DE DİN VE DEVLET İŞLERİ BAĞLAMINDA LAİK- LİK VE LAİKLİĞİN DİYANET İŞLERİ BAŞKANLIĞI İLE İLGİSİ

A. Genel Olarak Laiklik

Laik, Latince aslından alınmış, Fransızca bir kelimedir. Sözlük anlamı olarak ruhani olmayan kimse, dini olmayan şey, fikir, kurum, sistem demektir. Laikliğin kelime anlamı aslında Katolik dünyasındaki din adamları ve ruhanilerin sınıflandırılmasından ve bunların yaşam tarzlarına göre ayrıca isimlendirilmesinden gelmektedir. Buna göre Katoliklerde din adamları kendi içinde regulier ve seculier şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, ruhaniler olarak bilinmektedirler ve dünya hayatından uzak yaşayarak manastırda bir ömür ibadetleriyle meşgul olmaktadır. İkincisi ise papaz ya da piskopos gibi isimlerle halk içinde ve herkesle birlikte yaşayan kilise görevlisi ve bizzat dini vazifeleri yerine getiren din görevlileridir. Laik kavramı da ilk zamanlar, bu ruhaniler sınıfından iki grupta da hiçbir ilgisi bulunmayan grubu temsil eden Hristiyanlar için kullanılmıştır. Ancak zamanla laik kavramının bu ilk anlamı genişletilerek dini olmayan, ruhani olmayan şey, kurum, prensip, hukuk ve ahlak da laik olarak ifade edil-

1448/04; Yakın zamanda AYM eşitler arasında birinci kavramında vazgeçmemekle birlikte özellikle din eğitiminde seçenekler sunan, toplumu oluşturan bireylerin eğitim ve öğretim alanındaki yaygın ve ortak ihtiyaçlarının karşılanmasını kolaylaştıran tedbir ve uygulamaların var olması gerektiğine değinmiştir. Bkz. AYM. Hüseyin El ve Nazlı Şirin El Başvurusu. K.T. 07.04.2022. Başvuru No: 2014/5345 (09.12.2021). <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

²⁸ Ülkemizdeki Laiklik anlayışı, ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanacak olan "Türk tipi laik anlayışı" şeklinde ifade edilmektedir ve bu anlayışa göre DİB'in devlet teşkilatı içinde yer alması laiklik anlayışı ile çelişmemektedir.

²⁹ Yıldız, "İnanç Özgürlüğü Açısından Dini Gruplar ve Diyanet İşleri Başkanlığı", 512.

meye başlanmıştır. Bu durum ise laik hukuk denildiği zaman dini esas almayan hukuk, laik devlet denildiği zaman dini akide ve esaslara dayanmayan devlet olarak anlaşılmasına sebep olmuştur³⁰. İlerleyen dönemlerde ise laiklik, devletin mutlak tarafsızlığı, devletin siyasi varlığı üzerinde dini inançların etkisinin olmaması ve din ve vicdan hürriyetine saygı gösterilmesi anlamlarına kadar bir anlam genişlemesine uğrayacaktır³¹. Günümüzde Batı hukukunda laiklik ise tam olarak şu şekilde ifade edilmektedir: *“din ve devletin ayrılması ve devletin din, dinin de devlet işlerine karışmaması; memlekette mevcut ve maruf din ve mezheplere karşı devletin tarafsız bir vaziyet alması, bunlardan hiçbirini, diğeri aleyhine olarak, hususi surette imtiyazlandırmaması; buna mukabil, dinin de devlete karşı nisbi de olsa, bir muhtariyet içinde ahlaki ve manevi hayatın nizamı olarak hüküm sürmesidir.”*³²

B. Türk Hukukunda Laikliğin Gelişimi

Türk hukukunda laikliğin ilk izleri 1839 Tanzimat Fermanı ile gözlemlenmektedir. Bu ferman ile Osmanlı halkına can, mal, mülk, ırz ve namus güvenliği sağlanacağı taahhüt edilmekle birlikte din ve mezhep farkı gözetmeksizin Osmanlı halkının bu haklardan yararlanacağı belirtilmiştir ve bu durum dinin devlet işlerinden ayrı tutulacağı anlamına gelmemektedir. Ancak Tanzimat devrinde yeni yapılan kanun ve nizamlarda dini esaslardan ziyade gündelik hayatın ihtiyaçları göz önünde tutulmuştur. Müslümanların dine dayalı imtiyazları ortadan kaldırılmış ancak gayrimüslimlere tanınan imtiyazların varlığı aynen kabul edilmiştir. Kısacası Tanzimat devri ile birlikte yönetim ve gündelik hayatta eski dini sistemden uzaklaşma görülmüştür³³.

³⁰ Ali Fuat Başgil, *Din ve Laiklik*, (İstanbul: Yağmur Yayınları, 1991), 163-164; Batıda laikliğin gelişimi ve laiklik ve din ve vicdan hürriyetine farklı bir bakış açısı için bkz. Osman Turan, *Türkiye’de Manevi Buhran Din ve Laiklik*, (İstanbul: Boğaziçi Yayınları, 1993), 41-43.

³¹ Kenan Gürsoy, “Laiklik”, içinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* 27. Cilt (Ankara: İslam Araştırmaları Merkezi, 2003), 61.

³² Başgil, *Din ve Laiklik*, 173.

³³ Başgil, *Din ve Laiklik*, 195-196; Türk hukukunda laikliğin ilk izlerinin Tanzimat Fermanı ile görülmüş olsa da bu konudaki asıl dönüm noktasını, içerdiği hükümler gereğince İslahat Fermanı oluşturmaktadır. Çünkü İslahat Fermanı ile laikliğin

Türkiye'nin ilk Anayasası olan 1876 tarihli Kanunu Esasi'de devletin dine dayalı yapısı değiştirilmemiştir. Buna göre 1876 tarihli Kanunu Esasi'de Padişah'a "ahkamı şer'iyenin icrası" görev ve yetkisi verilmiştir. Heyeti Ayanın ise Heyeti Mebusanca kabul edilen kanun tasarısı ve tekliflerini İslam hukukuna uygunluğu yönünden denetlenmesi ile görevli olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca Kanun-u Esasi'de 11. madde ile din ve vicdan hürriyeti açıkça tanınmıştır. Tüm bunlarla birlikte Kanun-u Esasi, tam dini olmadığı gibi tam laik olarak da kabul edilebilecek bir Anayasa değildir. Çünkü devlet hayatı eskiden olduğu gibi doğrudan dini esaslara bağlanmamıştır ve bir beşerî esasa bağlanmıştır ancak bir taraftan da devletin dini İslam olarak kabul edilmiştir ve devlet reisi aynı zamanda halifelik makamını temsil etmektedir. 1909 Anayasa değişikliklerinde de yarı dini yarı laik bu sistem aynen korunagelmıştır³⁴. 1921 Anayasası'nda Millet Meclisi'nin ilk Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun kabul edilmesi ve egemenliğin millete verilmesiyle devlet yönetiminin ana ilkesi belirlenmiş oldu ve bu ilkenin ilerisi için saltanat ve hilafet sistemi ile bağdaşmayacağına sinyalleri verilmiş oldu. 1922'de Saltanat kaldırıldı ve 1924'te hilafetin de kaldırılmasıyla laiklik yolunda büyük bir adım atılmış oldu. Devamında ise Şer'iyeye Vekaleti, şer'i mahkemeler kaldırıldı ve "Tevhidi Tedrisat Kanunu" ile medreseler, tekke ve zaviyeler kaldırılarak laik düzene hızlı bir geçiş sağlandı³⁵. Aslında 1924 Anayasası'nın ilk halininin 26. maddesinde ise Büyük Millet Meclisi'ne, İslam hukukunun uygulan-

unsurlarından olan din ve vicdan hürriyetinin gereklilikleri yerine getirilmeye çalışılmıştır. Buna göre Müslümanlar ile Gayrimüslimler arasında her yönden tam bir eşitlik hali sağlanmıştır. Islahat Fermanı gereğince din, vergi, askerlik, yargılama, eğitim, devlet memurluğu ve temsil alanında o zamana kadar olan farklar kaldırılmıştır. Laiklik anlamında en önemli hükümleri ise din ve mezhep değiştirmek için kimsenin zorlanmaması, devlet memurluğuna girişte din farkının gözetilmemesi, dini dolayısıyla kimsenin aşağılanmaması, din değiştirme hakkının kabul edilmesi ve İslamiyet'ten çıkan kimse için ölüm cezasının uygulanmaması ilkelerinin benimsenmesi oluşturmaktadır. Islahat Fermanı hükümlerinin yorumu için Bkz. Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 39-41.

³⁴ Başgil, Din ve Laiklik, 199-201.

³⁵ Niyazi Berkes, Teokrasi ve Laiklik, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2021), 114; Laikleşme yolunda hazırlanmış olan kanun ve düzenlemeler için ayrıca bkz. Şerif Mardin, Türkiye'de Din ve Siyaset Makaleler 3, (İstanbul: İletişim Yayınları, 1995), 128-132.

ması görevi verilmişti ancak 1928 yılında 122 sayılı Kanunla Anayasa'nın resmi din anlayışı kaldırılmıştır ve 1937 yılında laiklik ilkesi Anayasa'da temel ilke olarak kabul edilmiştir. 1924 Anayasası'nın temel ilkelerinden olan laiklik ilkesi, 1961 Anayasası'nda da aynen korunmuştur. 1982 Anayasası'nın 2. maddesi ile de laiklik, Cumhuriyet'in değiştirilemez nitelikleri arasında kabul edilmiştir³⁶. Bu maddenin gerekçesinde laiklik, *"Hiçbir zaman dinsizlik anlamına gelmeyen laiklik ise her ferdin istediği inanca, mezhebe sahip olabilmesi, ibadetini yapabilmesi ve dini inançlarından dolayı diğer vatandaşlardan farklı bir muameleye tabii kılınmaması anlamına gelir."* şeklinde açıklanmıştır³⁷.

C. Türk Anayasa Hukukunda Laiklik ve Gereklere

Anayasamızın 2. maddesinde Cumhuriyetin değiştirilemez nitelikleri arasında sayılan laikliğin din ve vicdan hürriyeti ve din ve devlet işlerinin ayrılığı olmak üzere iki cephesinin var olduğu kabul edilmiştir³⁸. Anayasa Mahkemesi, laikliğin tanımı noktasında genel geçer bir tanımının yapılmasının zor olduğunu belirtmekle birlikte bu iki cepheyi laikliğin unsurları kabul ederek Türk tipi laikliğin tanımını yapmaya çalışmıştır³⁹. Buna göre: *"Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında kabul edilen lâiklik ilkesi: Özellikle; a) Dinin Devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme b) Dinin, bireylerin manevî hayatına ilişkin olan dinî inanç bölümünde aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dinî Anayasa inancası altına alma*

³⁶ Eren, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku, 336; Din devlet ilişkilerinin Osmanlı'nın son dönemlerinden Cumhuriyet tarihinin ilk dönemlerine kadar hangi düzenlemelerle nasıl bir aşamadan geçtiğinin ayrıntılı bilgisi için Bkz. İsmail Kara, "Din ile Devlet Arasına Sıkışmış Bir Kurum: Diyanet İşleri Başkanlığı", M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, 18/18 (2000): 30-34.

³⁷ Burhan Kuzu, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1995), 23.

³⁸ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 77; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 187.

³⁹ AYM. K.T. 04.11.1986. E. 1986/11. K. 1986/26; AYM. K.T. 21.10.1971. E. 1973/53. K. 1971/76; AYM'nin laikliğin tanımını yaptığı başkaca kararları için ayrıca Bkz. AYM. K.T. 03.07.1980. E.1980/19. K.1980/48; AYM. K.T. 25.10.1983. E.1982/3. K.1983/1; AYM. K.T. 07.03.1989. E.1989/1. K.1989/12 (09.12.2021) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

c) Dinin, bireyin manevî hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama ç) Devlete, kamu düzenini ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dinî hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma niteliklerinden oluşmuş bir ilkedir.”

Türkiye, laik devlet ilkesini Anayasası'nda değişmez ilke olarak kabul etmiştir. Ancak bir ülkenin laik olup olmadığı laiklik ilkesinin açıkça mevzuatta yer alıp almaması ile ilgili değildir. Bir ülkenin laikliği, onun gereklerinin ne kadarına uyulduğu ile ilgilidir⁴⁰. Laikliğin gerekleri ise bireylere din ve vicdan hürriyetinin tanınması, din ve devlet kurumlarının ayrılması ve hukuk düzeninin dine dayanmaması şeklinde ifade edilmektedir⁴¹. Laikliğin en önemli unsurlarından biri olarak kabul edilen din ve vicdan hürriyeti, 1982 Anayasası'nın 24. maddesinde düzenlenmiştir. Laikliğin ikinci önemli unsuru olan hukukun dine dayanmaması şartı ise egemenliğin ve yasamanın kaynağının dine dayandırılmaması anlamına gelmektedir⁴². Buna göre Türkiye Cumhuriyeti'nde egemenliğin ve yasamanın kaynağı, Anayasa'nın 6. ve 7. maddesi gereğince Türk Milleti'tir⁴³. Ayrıca Anayasa Mahkemesi uzun yıllar kararlarında dinsel kaynaklı düzenlemelerin hiçbir şekilde laiklik ile bağdaşmayacağını dile getirmiştir⁴⁴. Laik devlet ol-

⁴⁰ M. Nuri Kodamanoğlu, “Laik Devlet Düzenimizin İlk Yasal Dayanağı”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, 8 (1991): 643; Ebru Karaman, “Türk ve Fransız Anayasalarında Laiklik İlkesi”, Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı Tam metin Bildirisi, (2019), 343, (Erişim Tarihi: 10.12.2021) <https://www.avekon.org/papers/2275.pdf>.

⁴¹ Eren, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku, 344; Karaman, “Türk ve Fransız Anayasalarında Laiklik İlkesi”, s. 343-345.

⁴² Eren, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku, 353.

⁴³ Anayasa'nın 6. ve 7. maddeleri: “*Madde 6 – Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılmaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*

Madde 7 – Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.”

⁴⁴ AYM. K.T. 07.03.1989. E. 1989/1. K. 1989/12; ancak son yıllarda Anayasa Mahkemesi, pozitif hukukta düzenlemelerin dinden esinlenilerek hazırlanmasını laik

manın üçüncü gerekliliği ise din ve devlet kurumlarının ayrı kurumlar olarak toplumda yer almasıdır. Bu şartları, Türkiye'nin katı laiklik anlayışı ile ne kadar sağladığı ise tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi, laikliğin bu gereklilikleri ile ilgili tartışmayı, 1970'li yıllardan itibaren benimsemiş olduğu laiklik tanımının kapsamını 2012 yılından itibaren kabul ettiği esnek laiklik anlayışı ile çözmeye çalışmıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesi, laikliğin iki farklı yönü olduğunu, bunlardan ilkinin katı laiklik anlayışı olduğunu ve bu anlayışın, dini yalnızca bireylerin vicdanına hapsedtiğini ikincisinin ise daha esnek bir laiklik anlayışı olduğunu ve bu anlayışın dinin bireysel yönü ile birlikte toplumsal yönünün varlığını da kabul ettiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre laiklik devlete hem pozitif hem de negatif yükümlülükler yüklemektedir. Mahkeme'ye göre Negatif yükümlülük, devletin bir dini ya da inancı resmî olarak benimsememesi ve bireylerin din ve vicdan hürriyetine zorunlu nedenler olmadıkça müdahale etmemesi anlamına gelir iken; pozitif yükümlülük, devletin, din ve vicdan hürriyetinin önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevi anlamına gelmektedir⁴⁵. Ancak laiklik anlayışının değişmiş olması, DİB bağlamında, Türkiye'de genel idare içinde bir din kurumu bulunduğu ve bunun laiklik ilkesinin gereği olan "din kurumlarının devletten

ilkesinin ihlali olarak değerlendirmemektedir. Din kurallarının toplumsal ihtiyacı karşılamak amacıyla hukuki düzenlemelerde kaynaklık etmesinin laik ilkesini ihlal etmediğine yönelik Anayasa Mahkemesi kararı için Bkz. AYM. K.T. 20.09.2012. E. 2012/65. K. 2012/128 (09.12.2021). <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, 2012/65 Esas sayılı kararında laiklik ilkesinin yorumunu şu şekilde belirtmiştir: "Laikliğin tarihsel gelişimi incelendiğinde, din olgusuna yönelik yaklaşım farklılıklarına bağlı olarak, kavramın iki farklı yorumu ve uygulamasının bulunduğu görülmektedir. Bunlardan, katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur. Laikliğin daha esnek ya da özgürlükçü yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsedmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir."

bağımsız olması gerektiği” ilkesi ile çeliştiği gerçeğini değiştirmemektedir⁴⁶. Bu çelişmenin çözümü için Anayasa Mahkemesi'nin özellikle 2012/65 Esas sayılı kararı büyük önem taşısa da teorik olarak bir çelişmenin olduğu açıktır⁴⁷. Bu çelişmenin içeriğini daha iyi öğrenmek ve DİB'in laiklik ilkesini ihlal edip etmediğinin değerlendirmesini yapmak için DİB'in yetkisi, hukuki statüsü ve tarihsel süreçteki sahip olduğu misyonun belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Buna göre:

D. Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Kuruluşu, Kuruluş Yıllarındaki Görev Alanı, Yetkisi ve Hukuki Statüsü

Büyük Millet Meclisi, 3 Mayıs 1920 tarihinde Osmanlı Devleti'ndeki Şeyhülislamlık ve Evkaf Nezareti'nin görevlerini üstlenmek üzere Şer'îye ve Evkaf Vekaleti adlı bir bakanlık kurmuştur. Bu bakanlık, 3 Mart 1924 tarihinde 429 sayılı “Şer'îye ve Evkaf ve Erkanı Harbiye-i Umumiye Vekaletlerinin İlgasına Dair Kanun” ile “Diyanet İşleri

⁴⁶ Eren, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku, 358; Cemal Anadol, Türkiye'de Din ve Vicdan Hürriyeti (İstanbul: Burak Yayınevi, 1998), 79-80; Olkan Senemoğlu ve Ayşe Küçük, “Amerika ve Türkiye'de Din-Devlet İlişkisi: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 6/1 (2018): 108; Hakan Mertcan, “Karşılaştırmalı Olarak Türkiye'de Laiklik”, 321, (Erişim Tarihi: 13.12.2021) <https://www.avk.gov.tr/wp-content/uploads/2015/01/MERTCAN-HAKAN-KAR%C5%9EILA%C5%9ETIRMALI-OLARAK-T%C3%9CRK%C4%B0YE%E2%80%99DE-LA%C4%B0KL%C4%B0K.pdf>

Rıdvan Akın, “Geçmişten Günümüze Diyanet İşleri Başkanlığının Tarihsel İşlevi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19/2 (2020): 580.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, 2012/65 Esas sayılı kararında laiklik ilkesinin devlet ve din kurumları arasındaki ilişkiyi mutlak olarak yasaklamadığını açıklamak üzere söz konusu kararda şu ifadelere yer vermiştir: “Türkiye’de baştan beri laiklik ilkesinin anayasal düzeyde ve uygulamada Devlet ile İslam dini arasındaki kurumsal ilişkiyi mutlak surette dışladığı da söylenemez. Anayasa, resmî bir dine yer vermemekle birlikte, çoğunluk dininin mensuplarının inanç, ibadet ve eğitim gibi ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik resmî mekanizmalar öngörmüştür. Anayasa'nın 136. maddesi, Diyanet İşleri Başkanlığını 'laiklik ilkesi doğrultusunda' özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirmek üzere, genel idare içinde yer alan bir anayasal kurum olarak tanımlamıştır. 1965 tarihli 633 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca, bu anayasal kurumun amacı, 'İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek' olarak belirlenmiştir.”

Reisliği⁴⁸ kurulana kadar görevini devam ettirmiştir. 429 sayılı Kanun ile Diyanet İşleri Reisliği kurulmuş ve görev alanı belirtilmiştir. Buna göre vatandaşın eylem ve işlemleri yani muameleleri nassa ait düzenlemeleri hakkında hüküm meydana getirmek ve tasarrufta bulunmak yetkisi, meclis ve hükümete ait yetkiler olarak belirtilir iken; Diyanet İşleri Reisliğinin görevleri, itikat, ibadet işleri ve dini ibadet yerlerinin düzenlenmesi şeklinde “teknik idari hizmet kimliği” olarak belirtilmiştir⁴⁹. 429 sayılı Kanun, din işlerini idari ve teknik bir fonksiyona indirgelediği için laik devlet düzeninin ilk yasal dayanağı olarak değerlendirilmiştir⁵⁰. 1924 Anayasası’nda DİB, idari ve teknik bir hizmeti ifa eden bir kurum gibi düzenlenmesine rağmen devlet dini İslam olarak düzenlenmekteydi. Bu çelişkili durum, 10 Nisan 1928 yılında devletin dininin İslam olduğu ibaresi kaldırılarak giderilmiştir ve 1937 yılında laiklik ilkesi 1924 Anayasası’na eklenmiştir.

⁴⁸ “Diyanet İşleri Başkanlığı”nın ismi verilir iken Meclis’te uzun uzadıya tartışmalar ortaya çıkmıştır. Başlangıçta Başkanlığın ismi “Din İşleri” olarak öngörülmüştür. Ancak sonrasında Zonguldak Milletvekili Hilmi Tunali’nin önerisi ile “diyanet işleri” olarak değiştirilmiştir. Bu değişimin sebebi, doğrudan yeni kurulan başkanlığa verilecek görev tanımı ile ilgilidir. Çünkü “din işleri” kelimesi yargısal ve fetva ile ilgili tüm işleri kapsayan bir anlama sahip iken; “diyanet” kelimesi yalnızca ibadet ve itikat alanını kapsayan bir anlama sahiptir. Özellikle diyanet kelimesinin seçilmesinden de anlaşılacağı üzere Başkanlığın görev alanı ibadet ve itikat alanlarıyla sınırlandırılmış ve dini muamele konuları bu kurumun yetkisi dışında bırakılmıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Mehmet Bulut, “Teşkilatımıza ‘Diyanet’ Adı Nasıl Verildi?”, Diyanet Dergi (Erişim Tarihi: 28.12.2021), <https://dergi.diyanet.gov.tr/makaledetay.php?ID=30663>; Toprak, “Türkiye Cumhuriyeti’nde Dini Kurumsallaşma: Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluşu”, 222; Kara, “Din ile Devlet Arasına Sıkışmış Bir Kurum: Diyanet İşleri Başkanlığı”, 38; Aydın, “Diyanet İşleri Başkanlığının Hukuki Statüsü Üzerine Tartışmalar”, 242-244; İstar Gözaydın, Diyanet: Türkiye Cumhuriyeti’nde Dinin Tanzimi, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2009), 59-62; Bozan, Devlet İle Toplum Arasında Bir Okul: İmam Hatip Liseleri, Bir Kurum: Diyanet İşleri Başkanlığı, 50-52.

⁴⁹ Bahri Savcı, “Diyanet İşleri Teşkilatının Gelişmeleri”, 91; Aydın, “Diyanet İşleri Başkanlığının Hukuki Statüsü Üzerine Tartışmalar”, 244; Toprak, “Türkiye Cumhuriyeti’nde Dini Kurumsallaşma: Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluşu”, 221; Aydın, “Diyanet İşleri Başkanlığı Üzerine Bir Tartışma: Temsil Meselesi”, 892; Cumhuriyet döneminde DİB’in kuruluş amaçlarının toplu ifadesi için ayrıca bkz. Kutlu Sönmez, “Diyanet İşleri Başkanlığı ve İslamiçi Dini Gruplarla (Mezhep ve Tarikatlar) İlişkileri”, Dini Araştırmalar Dergisi, 12/33 (2009): 107-108.

⁵⁰ Savcı, “Diyanet İşleri Teşkilatının Gelişmeleri”, 90; Kodamanoğlu, “Laik Devlet Düzenimizin İlk Yasal Dayanağı”, 644.

DİB'e kuruluş yıllarında sınırlı bir alanda hareket kabiliyeti sağlanmıştır ve din işleri devlet eliyle kontrol altına alınmıştır⁵¹. DİB'in kuruluş yıllarında gerçekten de 1970/53 Esas sayılı Anayasa Mahkemesi kararında olduğu gibi laiklik ilkesini koruyucu bir misyon üstlenmiştir. Çünkü daha önce kendisine bağlı olan vakıfların başbakanlığa bağlanması⁵² ve yetkili olduğu alanların daraltılması⁵³ ile bağımsız bir dini kurum gibi değil; devlete bağlı herhangi bir devlet kurumu şeklinde hizmet vermiştir⁵⁴.

Diyanet İşleri Reisliği hakkında ilk olarak 22 Haziran 1935 tarihinde 2800 sayılı bir teşkilat kanunu düzenlenmiştir. 2800 sayılı Kanunla Reisliğin yapısı, teşkilatı ve kadroları belirlenmiştir. 2800 sayılı Kanun, laikliğin dinin devletten ayrılması yönünü destekleyici düzenlemeler içermektedir. Buna göre bu Kanun ile Diyanet İşlerinin görev alanının muamelat değil; yalnızca itikat ve ibadet ile sınırlandırıldığı tekrar belirtilmiş ve bu alanın dışına çıkılması engellenmiştir. Reislik, Başbakanlığa tabi kılınmıştır ve teşkilatın temel unsuru olarak kabul

-
- ⁵¹ Senemoğlu ve Küçük, "Amerika ve Türkiye'de Din-Devlet İlişkisi: Karşılaştırmalı Bir Analiz", 108-109; Mehmet Kahraman, "Avrupa Birliği Ülkelerinde ve Türkiye'de Laiklik", Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 5/9 (2014): 71; Samur, "Yeni Anayasada Din ve Vicdan Özgürlüğünün Düzenlenmesi", 99-100; Toprak, "Türkiye Cumhuriyeti'nde Dini Kurumsallaşma: Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluşu", 223; Mertcan, "Karşılaştırmalı Olarak Türkiye'de Laiklik", 320; DİB'in kuruluş yıllarında geçirmiş olduğu aşamaların ayrıntıları için ayrıca Bkz. Gözaydın, Diyanet: Türkiye Cumhuriyeti'nde Dinin Tanzimi, 62-88.
- ⁵² 3 Mart 1924 tarihinde 429 sayılı "Şer'îye ve Evkaf ve Erkanı Harbiye-i Umumiye Vekaletlerinin İlgasına Dair Kanun" ile DİB kurulur iken aynı zamanda Şer'îye ve Evkaf Vekaletine bağlı vakıflar başbakanlığa bağlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için ayrıca Bkz. Toprak, "Türkiye Cumhuriyeti'nde Dini Kurumsallaşma: Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluşu", 222; 228; Kara, "Din ile Devlet Arasına Sıkışmış Bir Kurum: Diyanet İşleri Başkanlığı", 36-37.
- ⁵³ 08.06.1931 tarihli 1927 sayılı "Evkaf Umum Müdürlüğü 1931 Mali Yılı Bütçe Kanunu" ile Diyanet İşleri Bünyesinde yer alan Dini Müesseseler Müdürlüğü ve Levazım Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğüne aktarılmıştır ve Diyanet İşleri Reisliğinin yetki ve görev alanı daha da daraltılmıştır. Bkz. Toprak, "Türkiye Cumhuriyeti'nde Dini Kurumsallaşma: Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluşu", 224.
- ⁵⁴ DİB'in kuruluş sebebini dinin bir ölçüde devletin denetimi altına alınmış olması için olduğunu kabul etmekle birlikte DİB'in devlet içinde bir teşkilata sahip olmasının fiilen devlet içinde dinin etkisinin zaman zaman artması şeklinde sonuçlar doğurduğunu da iddia eden görüş için ayrıca bkz. Mustafa Erdoğan, Demokrasi Laiklik Resmî İdeoloji, (Ankara: Liberte Yayınları, 2000), 270-271.

edilen din görevlileri memur statüsünde kabul edilip maaşa bağlanıken; diğer unsurlara devlet maaşı bağlanmamıştır. Diyanet teşkilatına mensup tüm çalışanların özlük işlerinin merkezi hükümetçe belirlenmesi kararlaştırılmıştır ve itikat ve ibadet alanı dışında vaaz verenlerin vaizlik görevinin ellerinden alınacağı kararlaştırılmıştır⁵⁵.

1940'lı yıllarda DİB'in hukuki genel olarak görev alanında bir değişiklik olmamakla birlikte hukuki statüsü noktasındaki tartışmalar ortaya atılmaya başlanmıştır⁵⁶. Bu tartışmaların esasını, 1949 yılı Bütçe Görüşmelerinde Seyhan Milletvekili Sinan Tekelioğlu özetlemiştir. Tekelioğlu'na göre laiklik din ve devlet işlerinin ayrılması kadar; ülkede halihazırda var olan dinlerden birine ayrıcalık tanınmaması anlamına da gelmektedir. O halde ülkedeki Musevi ve Hıristiyan dinine mensup din adamlarına maaş bağlanmaz iken; Diyanet İşleri'nde çalışan din görevlilerine maaş bağlanması laiklik ilkesinin ihlali değil midir? Ayrıca Tekelioğlu'na göre nüfusunun yüzde doksan sekizi Müslüman olan bir ülkede, İslam dinine hizmet etme amacı olan Diyanet İşleri Reisliği'ne Türk ulusunun şerefine yakışır bir makam vermek gerekmez midir⁵⁷? Tekelioğlu'nun özetlemiş olduğu tartışmanın odak noktası, genellikle ülke nüfusunun çoğunluğunun Müslüman olduğu bir ülkede Müslüman olmayanların cemaat kurma hakkı var iken; Müslümanların DİB'in devlet denetimine tabi olduğu için cemaat kurma hakkının olmamasıdır⁵⁸.

1950'li yılların başından itibaren DİB'in statüsünde iyileşmeler ve yetki alanında genişlemeler görülmüştür⁵⁹. Örneğin 29.04.1950 tarihinde 5634 sayılı Kanun ile DİB'in konumu ve kadrosu güçlenmiştir. Bu Kanun ile Diyanet İşleri Reisliği'nin adı, Diyanet İşleri Başkanlığı

⁵⁵ Savcı, "Diyanet İşleri Teşkilatının Gelişmeleri", 91-94; Aydın, "Diyanet İşleri Başkanlığının Hukuki Statüsü Üzerine Tartışmalar", 248.

⁵⁶ Meclis çalışmaları sırasında DİB özelinde yapılan tartışmalar için ayrıca Bkz. Çiğdem Ataş, "Türkiye'de Din-Siyaset ve Laiklik", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2003), 42; Aydın, "Diyanet İşleri Başkanlığının Hukuki Statüsü Üzerine Tartışmalar", 249-253.

⁵⁷ ATAŞ, "Türkiye'de Din-Siyaset ve Laiklik", 42.

⁵⁸ ATAŞ, "Türkiye'de Din-Siyaset ve Laiklik", 43; 126.

⁵⁹ Aydın, "Diyanet İşleri Başkanlığının Hukuki Statüsü Üzerine Tartışmalar", 253.

ğı olarak değiştirilmiştir ve 1931 yılında Evkaf Umum Müdürlüğüne bırakılan cami ve mescitlerin idaresi tekrar DİB'e bağlanmıştır. DİB, 1961 Anayasası'nın 154. maddesi ile anayasal statüde bir kurum olarak kabul edilmiştir. Anayasa'nın 154. maddesine göre: *"Genel İdare içinde yer alan DİB, özel kanunda gösterilen görevleri yerine getirir."* DİB'e Anayasa'da yer verilmesi, laiklik ilkesi ile çeliştiği gerekçesiyle yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Ancak bu eleştirilere, DİB'in misyonunun fazla teknik ve idari bir boyutta olduğu, yalnızca toplumsal alandaki birtakım dağınkılıkların toparlanması için kurulduğundan laiklik ilkesini zedelediği yönünde cevaplar verilmiştir⁶⁰.

1961 Anayasası'nın 154. maddesi, DİB'in görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmesini düzenlemiştir ve bu doğrultuda 22.06.1965 tarihinde 633 sayılı Kanun çıkarılmıştır. Bu kanun ile DİB'e ilişkin mevzuat tek elde toplanmıştır⁶¹. Bu kanun 01.07.2010 tarihli 6002 sayılı Kanunu ile geçirdiği köklü değişikliklere rağmen yıllardır yürürlükte kalmaya devam etmektedir. Bu Kanun'un 1. maddesine göre DİB, başbakanlığa bağlı İslam dininin inanç, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda insanları bilgilendirmek ve ibadet yerlerini yönetmek üzere kurulmuştur. Ayrıca bu Kanun'un yukarıda sayılan; İslam dininin itikat ve ibadet ile ilgili işlerini yürütmek, din konusunda insanları bilgilendirmek ve ibadet yerlerinin idaresi şeklindeki üçlü göreve ilave olarak dini konularda araştırmalar ve yayınlar yapmak, din derslerinin müfredatının belirlenmesine yar-

⁶⁰ *"Gerek Diyanet İşleri Reisliğinin teşkilâtta yer alması gerekse dinî eğitim, basit bir zabıttan ibarettir. Çünkü, Diyanet İşleri Reisliği bir Devlet dininin teşkilâtı veya bir siyasi teşkilâtın içinde bu dinin teşkilâtı mahiyetinde değildir... Diyanet İşleri Reisliği Teşkilâtı; ancak ve ancak, toplumun dinî vasfındaki bâzı işlerini, dağınkılıktan ve düzensizlikten kurtarmak için bu işleri bir merkeze bağlayarak kanalize etmekten ibarettir. Diyanet İşleri Başkanlığının mânası, hikmeti vücudu ancak ve ancak bundan ibarettir. Yani bu iş bir âmme hizmeti tesisi değil, ancak bir düzenin temin edilmesi işidir."* Bkz. T.C. Temsilciler Meclisi, 43/3 (1961), 114; Tartışmaların ayrıntıları için Bkz. Aydın, "Diyanet İşleri Başkanlığının Hukuki Statüsü Üzerine Tartışmalar", 254-256.

⁶¹ 633 sayılı Kanunu, laikliğin gereklerine aykırı olarak kabul eden ve ahlak, kültür gibi sınırları çizilemeyen ve toplumu yakından ilgilendiren kavramların dinsel bir açıdan yorumlanmasına sebep olacak yetkileri DİB'e tanıdığı için eleştiren görüşler için ayrıca bkz. Savcı, "Diyanet İşleri Teşkilatının Gelişmeleri" 101-102; İhtar B. Tarhanlı, Müslüman Toplum Laik Devlet, (İstanbul: Afa Yayınları, 1993), 159.

dımcı olmak gibi başkaca görevleri de DİB'e vermiştir⁶². Bu esnada bünyesine farklı görev ve sorumlulukları alarak teşkilatlanmasını ve görevini sürdüren DİB'in görev alanı ve hukuki statüsünün belirlenmesine yönelik olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurular yapılmıştır⁶³. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesine yapılan ilk başvuru, din görevlilerinin devlet memuru olarak değerlendirilmesini öngören değişikliğin din hizmetlerinin kamu hizmeti olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle iptali istemlidir⁶⁴. Anayasa Mahkemesi'nin bu başvuruya ilişkin kararında, Türkiye özelinde olmak üzere hem laikliğin hem DİB'in hem de görevlilerinin hukuki statüsü ile ilgili belirlemelelere yer vermiştir⁶⁵. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, 2012 yılına kadar birçok kararına emsal teşkil etmiştir.

⁶² Aydın, "Diyanet İşleri Başkanlığının Hukuki Statüsü Üzerine Tartışmalar", 257.

⁶³ AYM. K.T. 12.12.1979. E. 1979/25. K. 1979/46; AYM. K.T. 21.10.1971. E. 1970/53, K. 1971/76 (10.12.2021). <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

⁶⁴ AYM. K.T. 21.10.1971. E. 1970/53. K. 1971/76 (10.12.2021). <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

⁶⁵ Anayasa Mahkemesinin 1970/53 Esas sayılı kararında laiklik Türkiye özelinde bir laiklik olarak şu şekilde açıklanmıştır: "*Lâiklik ilkesinin anlamını tayin ederken mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerk veya bağımsız oldukları biçiminde bir anlam kasdetmiş değildir. Daha önce de değinildiği üzere, Hıristiyan dininin taşıdığı özelliğe göre din ve devlet işlerinin birbirine karışmaması esasının, kilisenin bağımsızlığı biçiminde mânalandırılmasında bir sakınca görülmemiştir. Çünkü Batı devletlerinde dinin kötüye kullanılması ve sömürülmesi bizdeki şekilde bir sonuç doğurmadığından din ve devlet işlerinin birbirine karışmaması yönünden kabul edilen, kilisenin bağımsızlığı durumu devlet düzeni bakımından bir tehlike göstermemektedir. Oysa İslâmlık bireylerin yalnız vicdanlarına ilişkin olan dinî inanç bölümünü düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda bütün toplum ilişkilerini, devlet faaliyetlerini ve hukuku da tanzim etmiştir. Bu durumda ülkemizde din hürriyetinin Anayasa ile çizilen sınırlarının ihlâli dinin sömürülmesi ve kötüye kullanılması, Devletin lâiklik esasına dayanan düzenine karşı gelinmesi anlamını taşımakta; Anayasanın temel ereklere engellemenin sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir tutumun ve sınırsız, denetimsiz bir din hürriyeti ve bağımsız bir dinî örgütlenme anlayışının ülkemiz için pek ağır tehlikelerle yüklü olduğu uzak ve yakın tarihi tecrübelerle anlaşılmıştır. Bu nedenlerle Anayasa Koyucu, mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerkliği veya bağımsızlığı biçiminde sınırsız ve Devlet denetimi dışında kalan bir din hürriyeti anlayışının Anayasa'da kabul edilen lâiklik düzeni ve ilkelerine uygun görmemiştir.*" Aynı kararda Türkiye özelinde laikliğin güvencesi olarak kabul edilen DİB'in kurum olarak hukuki statüsü ise şu şekilde belirtilmiştir: "*Diyanet İşleri Başkanlığı, dinî bir teşkilât değil Anayasa'nın 154. maddesinde saptandığı üzere genel idare içinde yer almış idarî bir teşkilât durumundadır ve bu teşkilâta mensup kişiler de 154. maddede sözü geçen özel kanun ve dolayısıyla 154. madde hükmünce memur*

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi DİB'e anayasal bir statü vermiştir⁶⁶. 1982 Anayasası 136. maddesinde Anayasa koyucuları tarafından DİB'e 1961 Anayasası'ndan farklı olarak *"laiklik ilkesi doğrultusunda bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak"* ifadesiyle nasıl düşünmesi gerektiğini, iş ve işlemlerinde misyonunun ne olması gerektiğini de açıkça belirtilmiştir. Ayrıca aynı maddenin devamında DİB'e *"milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek"* görevlerini nasıl ve hangi amaçla yerine getirmesi gerektiği belirtilmiştir. Mustafa Erdoğan'a göre bu açıklamaların amacı, Devletin İslam'ı bir din olmaktan öte ulusal bütünleşmenin bir aracı haline getirmektir⁶⁷. Anayasa Mahkemesi ise 1982 Anayasası döneminde de 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi katı laiklik anlayışını değiştirmemiştir ve DİB'i laiklik ilkesinin bir güvencesi olarak devletin genel idaresi içerisinde değerlendirmeye devam etmiştir⁶⁸. Tüm bunlarla

niteliğinde sayılmışlardır. Bu durumun bir Anayasa hükmü gereği olması dolayısıyla da, Anayasa'nın 117. maddesine aykırılıktan söz edilemez."

Aynı kararda Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı görevlilerin devlet memuru olarak kabul edilmesini ise laik ilkesi yönünden şu şekilde değerlendirmiştir: *"Dinin Devletçe denetiminin yürütülmesi, din işlerinde çalışacak kimselerin yetenekli olarak yetiştirilmesi yoluyla dinî taassubun önlenmesi ve dinin toplum için manevî bir disiplin olmasının sağlanması ve böylece Türk Milletinin çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi, yücelmesi ona ereğinin gerçekleştirilmesi gibi nedenlere dayandığı gibi aynı zamanda toplumun çoğunluğunun müslüman bulunduğu ülkemizde, dinî ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için din işleri görececek kişiler, mabet ve başka maddî ihtiyaçların sağlanması ve bunların bakımı gibi konulara yardım etmek nedenlerine de dayanmaktadır. Devletin her içtimaî müessesede olduğu gibi, içtimaî bir müessese olan toplumun dinî gereksinmelerine yardım etmesinin Anayasa'da yer alan ve nitelikleri açıklanan lâiklik esaslarına aykırı bir yanı bulunmadığı gibi Diyanet İşleri Bakanlığının Anayasa'da yer almasının da yukarıda açıklanan nedenlere dayanması karşısında, lâiklik ilkesine aykırı düştüğü kabul edilemez. Yine bu nedenlerle Devletin bu alandaki yardımı ve Diyanet İşleri Kuruluşu görevlilerinin memur sayılması Devletin din işlerini yürüttüğü anlamına gelmeyip ülke koşullarının zorunlu kıldığı ihtiyaca uygun bir çözüm yolu bulmak gerek ve anlamını taşımaktadır."*

⁶⁶ 1982 Anayasası'nın 136. maddesi: *"Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir."*

⁶⁷ Mustafa Erdoğan, "1982 Anayasasında Din Özgürlüğü", Liberal Düşünce Dergisi, 18 (2000): 230.

⁶⁸ 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin 2012 yılına kadar yerleşmiş laiklik bağlamında diyanetin amacı ve misyonu: *"Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Anayasa'da yer alması hususu din hizmetleri denetiminin Devletçe yürütülmesi, din işle-*

birlikte 01.07.2010 tarihinde 6002 sayılı “Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun, Başkanlığın bir önceki tabi olduğu 633 sayılı teşkilat Kanununda önemli değişiklikler meydana getirmiştir. 6002 sayılı Kanunla DİB, genel idare içerisinde, genel müdürlük seviyesinden müsteşarlık seviyesine çıkarılmıştır. Hizmet birimi sayısı 12’den 14’e çıkarılmıştır. Başkanlığa cami dışında da dini hizmet sunabilmesi için kendisine ait radyo ve televizyon yayını ve uluslararası alanda din hizmeti sağlayabilme imkânı getirilmiştir⁶⁹. Söz konusu bu Kanunla Başkanlığın yetki alanı önemli düzeyde genişlemiştir.

Sonuç olarak DİB, kuruluştan itibaren yetkilerini genişleten, genel idare içerisinde değerlendirilen ve devlet tarafından desteklenen bir idari kurumdur. Zaman içerisinde DİB’in yetkisinin genişlemesi bu kurumu bağımsız, özerk bir kurum haline getirmemiştir. DİB kurumu,

rinde çalışacak kimselerin yetenekli olarak yetiştirilmesi yoluyla dinî taassubun önlenmesi, ahlâkın ve dinin toplum için manevî bir disiplin durumuna gelmesi ve böylece değişik dinlerdeki tüm inananları ve inanmayanlarıyla Türk Ulusu'nun çağdaş uygarlık düzeyine erişmesi ana ereğinin gerçekleştirilmesi nedenleri yanında, çoğunluğun müslüman olduğu ülkemizde, dinî gereksinimlerin karşılanabilmesi için din hizmetleri görececek kişilerin, mabetlerin ve başka maddî gereksinimlerinin sağlanması, onarım ve bakımları gibi konulara da katkısı olması nedenlerine dayanmaktadır. Devletin her toplumsal kurumda olduğu gibi, toplumun dinî gereksinmelerine yardım etmesinin Anayasa'da yer alan ve nitelikleri açıklanan lâiklik esaslarına aykırı bir yanı bulunmadığı gibi Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Anayasa'da yer almasının da yukarıda açıklanan nedenlere dayanması karşısında, lâiklik ilkesine aykırı düştüğü kabul edilemez. Yine bu nedenlerle Devletin bu alandaki yardımı ve Diyanet İşleri Kuruluşu görevlilerinin memur sayılması, Devletin din işlerini yürüttüğü anlamına gelmeyip, ülke koşullarının zorunlu kıldığı durumlara uygun bir çözüm yolu bulmak amaç ve anlamını taşımaktadır. Kaldığı Anayasa'nın 136. maddesinde Başkanlığın işleri, "lâiklik ilkesi doğrultusunda..." belirlemesiyle uygunluk temelde vurgulanmıştır." Bkz. AYM. K.T. 23.11.1993. E. 1993/1. K. 1993/2; benzer yöndeki kararlar için ayrıca Bkz. AYM. K.T. 07.03.1989. E. 1989/1. K. 1989/12; AYM. K.T. 11.02.1987. E. 1986/12. K. 1987/4 (08.12.2021). <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, sayılı kararının Mahmut Cuhruk, Mehmet Turan, Yekta Göngör Özden, Muammer Turan'ın karşı oy yazıları, 1691 Anayasası laiklik düşüncesi kapsamında DİB'in statüsünü değişmediğini göstermektedir.

⁶⁹ Aydın, “Diyanet İşleri Başkanlığının Hukuki Statüsü Üzerine Tartışmalar”, 267-268.

Türkiye'deki çoğunluk dinine ait hizmetlerin yerine getirilmesi adına kurulmuş idari, anayasal bir kurum olarak kabul edilebilir.

F. Laiklik ile Diyanet İşleri Başkanlığı'nın İlgisi

Bir ülkede laiklik ve devlete bağlı bir din kurumunun bir arada bulunması, teoride birbiri ile çelişen durumlar gibi görünmektedir. Buna ilişkin olarak teoride birtakım görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler içerisinde laikliğin temel ilke olarak kabul edildiği bir ülkede, devlete bağlı bir din kurumunun varlığını laik bir devlet anlayışı ile hiçbir şekilde bağdaştıramayan görüşlerle⁷⁰ birlikte laiklik ilkesi ile devlete bağlı bir din kurumunun varlığının çelişmesinin yalnızca teorik bir çelişme olduğu ve pratikte bunun bir sonucunun bulunmadığı ile ilgili görüşte⁷¹ bulunmaktadır. Laik ilkesi ile DİB'in varlığının çelişme hali içinde olduğunu savunan görüşe göre; laik devlet anlayışının geçerli olduğu demokratik ülkelerin çoğunda din ve devlet kurumlarının ayrılığı ve din kurumlarının özerk ve bağımsız olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca dinin siyasi müdahalelerden korunması ve bağımsızlığı ancak DİB'in bağımsız ve özerk bir kurum olmasından geçmektedir⁷². Laiklik ile DİB'in varlığının çelişmesinin pratikte bir sonucunun olmadığını savunan görüşe göre hem laiklik hem DİB anayasal bir kurumdur ve Anayasa'nın hükümleri arasında herhangi bir hiyerarşi bulunmamaktadır. Bu sebeple teorik olarak bir çelişmenin varlığından söz edilse bile bunun pratikte bir sonucu olmayacaktır. Bu durum, devletin din ve vicdan hürriyetinin sağlanması açısından üst-

⁷⁰ Eren, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku, 358; Anadol, Türkiye'de Din ve Vicdan Hürriyeti, 79-80; Senemoğlu ve Küçük, "Amerika ve Türkiye'de Din-Devlet İlişkisi: Karşılaştırmalı Bir Analiz", 108; Mertcan, "Karşılaştırmalı Olarak Türkiye'de Laiklik", 321; Akın, "Geçmişten Günümüze Diyanet İşleri Başkanlığının Tarihsel İşlevi", 580; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 199; DİB'in devlet teşkilatı içinde yer almasının, batı tarzı laiklik anlayışı ile uyuşmadığını belirten görüş için bkz. Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar) (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 370 .

⁷¹ Yıldız, "İnanç Özgürlüğü Açısından Dini Gruplar ve Diyanet İşleri Başkanlığı", 516.

⁷² Eren, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku, 358-360; Laik devlette devlet bütçesinden yararlanan bir kurumunun varlığının laiklik ile bağdaşmayacağı görüşü için Bkz. Ali Fuat Başgil, "İlmin Işığında Günün Meseleleri", (Yağmur Yayınları, 1960), 155'ten aktaran Gözaydın, Diyanet: Türkiye Cumhuriyeti'nde Dinin Tanzimi, 280.

lendiği pozitif bir edimdir⁷³. Bu kadar kesin görüşlerin aksine farklı bir görüşü savunan Ali Ulusoy'a göre toplumda demokratik laik düzen anlayışı iyice yerli yerine oturuncaya kadar DİB, devlet teşkilatı içinde yerini korumalıdır. Çünkü din ve diyanet konusunda toplumsal barışın, kamu düzeninin sağlanabilmesi ve devam edebilmesi, Sünni İslam'ın evrensel demokrasi ile bağdaşabilen bir yorumunun yapılmasına bağlıdır. Ancak henüz günümüzde böyle bir evrensel yorum yapılmış değildir ve devletin bu konuda müdahil olması gerekmektedir⁷⁴. Kanaatimizce Türkiye'de benimsenen laiklik zaman içerisinde katı laiklikten esnek laikliğe doğru geçmiş olsa bile devlet kontrolü altında bir din kurumunun bulunması ile laiklik ilkesinin bir çelişme hali içinde bulunduğu açıktır. Ancak ülkemizde, günümüz şartları değerlendirildiğinde ve DİB'in yetki alanının genişlediği göz önünde bulundurulduğunda ve sahih din anlayışının bozulmaması, dinin kötüye kullanılmaması ve sömürülmemesi için DİB'in önemi ve gerekliliği de ortadadır.

SONUÇ

DİB'in varlığı, din ve vicdan hürriyeti ve laiklik ilkesi ile çeliştiği yönde izlenimi uyandırmaktadır. DİB'in varlığının din ve vicdan hürriyeti ile çeliştiği nokta devletin yükümlülükleri bağlamındadır. Buna göre devletin, yeni bir din anlayışı ortaya çıkarmama, belirli bir inancın benimsenmesini ya da benimsenmemesini zorlamama ve bireylerle dini inanç ve kanaatleri dolayısıyla yarar sağlamama yükümlülüğü bulunmaktadır. DİB'in kuruluş yıllarındaki yetki alanı, kısmen halefliliğini yaptığı Şer'iyeye ve Evkaf Vekaletine ait vakıfların devlete bağlanması ve daha öncesinde bu Vekaletine ait olan vatandaşın eylem ve işlemleri düzenleme yetkisi yani muamelatı nassa ait olan düzenlemeler hakkında hüküm meydana getirmek ve tasarrufta bulunmak yetkisinin, meclis ve hükümete ait yetkiler olarak kabul edilmesi, göz

⁷³ Yıldız, "İnanç Özgürlüğü Açısından Dini Gruplar ve Diyanet İşleri Başkanlığı", 516.

⁷⁴ Ali Ulusoy, "Laik Devlette Diyanetin Yeri", (Erişim Tarihi: 20.12.2021), <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/laik-devlette-diyamet-in-yeri,27518>.

önünde bulundurulduğunda; devletin, dini DİB aracılığıyla sınırlandırıldığı yorumu yapılabilecektir. Ancak günümüzde DİB'in yetkileri genişletilmiştir ve DİB'in faaliyetlerini sınırlandırıcı tutum değişmiştir. Bu durumda devletin, toplum ihtiyaçlarına binaen, DİB'in hizmet ettiği dine müdahale etmediği şeklinde yorumlanmalıdır ki bu durum, devletin DİB'i yeniden resmi bir din oluşturmak amacıyla araç edinmediği anlamına gelmektedir. Devlet, din ve vicdan hürriyeti bağlamında yeni bir din anlayışı oluşturmayacağı gibi bir dinin mensuplarına ayrıca bir yarar sağlayamayacaktır. Ancak bu yarar sağlama, ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarına göre mutlak nitelikte bir yasak içermemektedir. Buna göre devletin desteklediği inanç ya da kanaat, bir başka inanç ya da kanaatin sınırlandırılmasına dair bir anlayış ya da hüküm içermiyorsa devletin "eşitler arasında birinci" inanç ya da kanaati desteklemesi din ve vicdan hürriyetini ihlal etmeyecektir. Bu durumda Türkiye'nin toplum yapısı dikkate alındığında devlet teşkilatı içinde İslam dinine hizmet eden bir kurumun bulunması din ve vicdan hürriyetinin ihlali olarak değerlendirilmeyecektir.

Laiklik yönünden DİB değerlendirildiğinde; bu ilke ve kurumun çeliştiği nokta, laikliğin gereklerinden biri olan din ve devlet kurumlarının birbirinden bağımsız ve özerk olması zorunluluğudur. Bu bağlamda laikliğin teorik boyutu ile hiçbir şekilde DİB'in varlığının uyum içerisinde olduğu savunulamayacaktır. Ancak hem laiklik ilkesinin hem de DİB'in anayasal bir dayanağa sahip olduğu ve anayasa normları arasında herhangi bir hiyerarşi bulunmadığı göz önünde bulundurulursa teorideki bu çelişme pratikte herhangi bir sonuç doğurmamaktadır. Türkiye'deki toplum yapısı, dini konularda doğru kaynaklara ulaşımın önemi, sahih din anlayışının devamının sağlanması açısından DİB gerekliliği göz önünde bulundurulmuş ve teorideki bu çelişmeye göz yumulmuştur. Ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından bu çelişmenin giderilmesi için katı laiklik anlayışından esnek laiklik anlayışına bir geçiş gerçekleştirmiştir. Ancak laiklik anlayışının değişmiş olması DİB'in varlığının laiklik ilkesinin gereklerine uygun olduğu sonucunu doğurmayacaktır.

Sonuç olarak Türkiye’de doğru dini kaynaklara ulaşmak açısından DİB ya da benzeri hizmeti yerine getiren bir kuruma ihtiyaç bulunmaktadır. Böyle bir kurum, devletin resmi bir din anlayışının bireylere benimsetilmesi gibi bir politika izlemediği ve devletin belirli bir dine hizmet etmek için bünyesinde teşkilatlandığı DİB ya da benzeri bir kurum, başkaca dini inanışların açıklanmasında, ibadetlerinin yerine getirilmesinde aleyhe bir durum oluşturmadığı sürece din ve vicdan hürriyeti ile uyum içinde olacaktır, ancak bunlarla birlikte böyle bir kurumun devlet teşkilatı içinde yer alması laiklik ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

| YAZAR BEYANI | |
|---|--|
| Mali Destek/Teşekkür Beyanı: | Bulunmamaktadır. |
| Yazarların Katkıları | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır. |
| Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| Etik Kurul Onayı: | Gerekmemektedir. |

KAYNAKLAR

Akın, Rıdvan. “Geçmişten Günümüze Diyanet İşleri Başkanlığının Tarihsel İşlevi”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 19/2, (2020): 559-589.

Anadol, Cemal. Türkiye’de Din ve Vicdan Hürriyeti. İstanbul: Burak Yayınevi, 1998.

Anayurt, Ömer. Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar). Ankara: Seçkin Yayınları, 2022.

Ataş, Çiğdem. “Türkiye’de Din-Siyaset ve Laiklik”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, 2003.

- Aydın, Ömür. "Diyanet İşleri Başkanlığı Üzerine Bir Tartışma: Temsil Meselesi". İktisadi İdari Bilimler Dergisi. 33/3, (2019): 891-918.
- Aydın, Ömür. "Diyanet İşleri Başkanlığının Hukuki Statüsü Üzerine Tartışmalar". Akademik İncelemeler Dergisi. 14/2, (2019): 239-276.
- Başgil, Ali Fuat. Din ve Laiklik. İstanbul: Yağmur Yayınları, 1991.
- Başgil, Ali Fuat. İlimin Işığında Günün Meseleleri. Yağmur Yayınları, 1960, 155'ten Aktaran Gözaydın, İhtar. Diyanet: Türkiye Cumhuriyeti'nde Dinin Tanzimi. İstanbul: İletişim Yayınları, 2009.
- Berkes, Niyazi. Teokrasi ve Laiklik. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2021.
- Bozan, İrfan. Devlet İle Toplum Arasında Bir Okul: İmam Hatip Liseleri, Bir Kurum: Diyanet İşleri Başkanlığı. İstanbul: Tesev Yayınları, 2007.
- Bulut, "Mehmet. Teşkilatımıza 'Diyanet' Adı Nasıl Verildi?". Diyanet Dergi. (Erişim Tarihi: 28.12.2021) <https://dergi.diyamet.gov.tr/makaledetay.php?ID=30663>.
- Demir, Hande Seher. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Doğru, Osman ve Nalbant, Atilla. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt. Ankara: Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa Konseyi Ortak Yayını, 2013.
- Dönmezer, Sulhi. "Din, Vicdan Ve Kanaat Özgürlüğü". Erdem Dergisi. 14/42 (2005): 4-5, (Erişim Tarihi: 08.12.2021), <https://Dergipark.Org.Tr/Tr/Download/Article-File/683097>.
- Erdoğan, Mustafa. "1982 Anayasasında Din Özgürlüğü". Liberal Düşünce Dergisi. 18 (2000): 226-237.
- Erdoğan, Mustafa. Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji. Ankara: Liberte Yayınları, 2000.
- Eren, Abdurrahman. Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.

- Gözaydın, İftar. *Diyanet: Türkiye Cumhuriyeti'nde Dinin Tanzimi*. İstanbul: İletişim Yayınları, 2009.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021.
- Gözübüyük, Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz ve Saygılı, Abdurrahman, Avrupa İnsan Hakları ve Sözleşmesi Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme Ve Yargılama Yöntemi. Ankara: Turhan Kitapevi, 2019.
- Gürsoy, Kenan. "Laiklik" içinde Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi 27. Cilt, 60-62. Ankara: İslam Araştırmaları Merkezi, 2003.
- Hamel, Walter. *Din Ve Vicdan Hürriyeti, Çeviren: Servet Armağan*, Yeni İstanbul: Asya Yayınları,1973.
- <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.
- Kahraman, Mehmet. "Avrupa Birliği Ülkelerinde ve Türkiye'de Laiklik". *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. 5/9 (2014): 57-77.
- Kara, İsmail "Din ile Devlet Arasına Sıkışmış Bir Kurum: Diyanet İşleri Başkanlığı". *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*. 18/18 (2000): 29-55.
- Karaman, Ebru. "Türk ve Fransız Anayasalarında Laiklik İlkesi". *Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı Tam Metin Bildirisi*. (2019): 343-351.
- Kodamanoğlu, M. Nuri. "Laik Devlet Düzenimizin İlk Yasal Dayanağı". *Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*. 8 (1991): 643-646.
- Kuzu, Burhan. "Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat". İstanbul: Filiz Kitapevi, 1995.
- Makrides, Vasilios N., "Yunanistan'da Gelenek ile Modernite Arasında Gerilim". *İçinde Avrupa Birliği Ülkelerinde Dinler ve Laiklik*, Ed. Jean Bauberot, Çeviren: Fazlı Arabacı, 113-122. İstanbul: Ufuk Kitapları, 2003.
- Mertcan, Hakan "Karşılaştırmalı Olarak Türkiye'de Laiklik". (Erişim Tarihi: 13.12.2021). 305-327, <https://www.ayk.gov.tr/wp->

content/uploads/2015/01/MERTCAN-Hakan-KAR%C5%9EILA%C5%9ETIRMALI-OLARAK-T%C3%9CRK%C4%B0YE%E2%80%99DE-LA%C4%B0KL%C4%B0K.pdf

Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Perçin, Deniz. “Yunanistan ve Avrupa Birliği Ülkelerindeki Laiklik Algısının Karşılaştırmalı Tahlili”, (Erişim Tarihi: 13.12.2021) <http://jusgentiumint.org/wp-content/uploads/2017/05/Yunanistan-ve-Avrupa-Birli%C4%9Fi-%C3%9Clkelerindeki-Laiklik-Alg%C4%B1s%C4%B1n%C4%B1n-Kar%C5%9F%C4%B1a%C5%9Ft%C4%B1rmal%C4%B1-Tahlili.pdf>.

Robbers, Gerhard. “Orta Avrupa Devletleri’nde, Almanya’da ve Protestan Devletlerde Din-Devlet İlişkileri” İçinde Dünyada Din-Devlet İlişkileri Ülkeler Arası Karşılaştırmalar, Ed. Uşşak, Cemal. İstanbul: Gazeteciler ve Yazarlar Birliği Vakfı Yayınları, 2002.

Samur, Bilal. “Yeni Anayasada Din ve Vicdan Özgürlüğünün Düzenlenmesi”, Liberal Düşünce Dergisi. 17/66 (2012): 93-102.

Savcı, Bahri. “Diyamet İşleri Teşkilatının Gelişmeleri”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 3/22 (1967): 85-102.

Senemoğlu, Olkan ve Küçük, Ayşe. “Amerika ve Türkiye’de Din-Devlet İlişkisi: Karşılaştırmalı Bir Analiz”. Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. 6/1 (2018): 103-125.

Sönmez, Kutlu. “Diyamet İşleri Başkanlığı ve İslamiçi Dini Gruplarla (Mezhep Ve Tarikatlar) İlişkileri”. Dini Araştırmalar Dergisi. 12/33 (2009): 107-127.

Tarhanlı, İhtar B.. Müslüman Toplum Laik Devlet. İstanbul: Afa Yayınları, 1993.

Tezcan, Durmuş vd. İnsan Hakları El Kitabı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

- Tezcan, Durmuş ve Erdem, Mustafa Ruhan ve Sancakdar, Oğuz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2004.
- Tezcan, Durmuş ve Erdem, Mustafa Ruhan ve Sancakdar, Oğuz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. Ankara: Seçkin Yayınları, 2002.
- Tokuzlu, Lami Bertan. "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü" İçinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), Ed. Sibel İnceoğlu, 333-354. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.
- Toprak, Hicret. "Türkiye Cumhuriyeti'nde Dini Kurumsallaşma, Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluşu". Muhafazakâr Düşünce Dergisi. 14/51, (2017): 217-233.
- Turan, Osman. Türkiye'de Manevi Buhran Din ve Laiklik. İstanbul: Boğaziçi Yayınları, 1993.
- Ulusoy, Ali. "Laik Devlette Diyanetin Yeri". (Erişim Tarihi: 20.12.2021) <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/laik-devlette-diyane-tin-yeri,27518>.
- Yıldız, Abdülkadir, "İnanç Özgürlüğü Açısından Dini Gruplar ve Diyanet İşleri Başkanlığı". içinde Dini Gruplar Siyaset ve Bürokrasi, Ed. Kemal Ataman, İsmail Güler, Vejdi Bilgin, Bursa: Emin Yayınları, 2017.
- Yıldız, Abdülkadir. Din ve Vicdan Özgürlüğü. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.

ÇEVRESEL ETKİ DEĞERLENDİRME SÜRECİNE KATILIMDA HUKUKİ ESASLAR VE ALMANYA UYGULAMASI

*Legal Principles For Participation In The Environmental Impact
Assessment Process And German Practice*

Av. Giray AKPINAR*

ÖZ

Bu çalışma, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Birliğinde Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) süreçlerine katılımı incelemek amacıyla yapılmıştır. Bu bağlamda Çevresel Etki Değerlendirme mekanizmasının geliştirilmesi yolunda düzenlenen uluslararası konferanslar ve uluslararası sözleşmeler incelenmiştir. Çalışmanın devamında Anayasa, Çevre Kanunu ve ÇED Yönetmeliği ile getirilen ulusal düzenlemeler ele alınmıştır. Katılımcılık ilkesinin ortaya çıkışı, aktif yurttaşlık kav-

* ORCID ID- 0000-0001-9671-5411, girayakpınar@gmail.com, Özyeğin Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi

Makale Geliş Tarihi: 30.01.2023

Makale Kabul Tarihi: 31.03.2023

⇒ Atıf Şekli: Giray Akpınar, "Çevresel Etki Değerlendirme Sürecine Katılımda Hukuki Esaslar ve Almanya Uygulaması", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18/1 (2023): 373-424.

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



ramları tartışılmıştır. Çevre hukuku alanında en önemli sözleşme olarak kabul edilen Aarhus Sözleşmesi, katılımcı demokrasi çerçevesinde incelenmiştir. Katılımcı demokrasinin sağlanmasında büyük rol oynayan çevresel bilgi ve belgelere erişim hakkı ulusal hukukun yanı sıra uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirilmiştir. Makalenin devamında çevre demokrasisinin temelini oluşturan Aarhus Sözleşmesi, çevresel bilgiye erişim, yargıya başvuru ve halkın katılımı açısından incelenmiştir. E-ÇED sistemine ilişkin güncel bilgiler paylaşılmış ve ÇED düzenlemesi ve Stratejik ÇED düzenlemesinin karşılaştırılmalı analizi yapılmıştır. Avrupa Birliği hukukunda taraf olunan uluslararası sözleşmeler ve Alman müktesebatı irdelenmiş, Türk ve Alman hukukunda ÇED süreçlerine katılım uygulaması karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çevre Hukuku, Çevre Etki Değerlendirme, Katılımcılık İlkesi, ÇED Uygulamalı Katılım, Alman ÇED Uygulaması

ABSTRACT

This study was conducted to examine the participation in Environmental Impact Assessment (EIA) processes in the Republic of Turkey and the European Union. In this context, international conferences and international conventions organized for the development of the Environmental Impact Assessment mechanism were examined. In the continuation of the study, the national regulations introduced by the Constitution, Environmental Law and EIA Regulation were discussed. The emergence of the principle of participation, the concepts of active citizenship were discussed. The Aarhus Convention, which is considered to be the most important convention in the field of environmental law, has been examined within the framework of participatory democracy. The right to access environmental information and documents, which play a major role in ensuring participatory democracy, has been evaluated within the framework of international law as well as national law. In the continuation of the article, the Aarhus Convention, which forms the basis of environmental democracy, is

examined in terms of access to environmental information, application to the judiciary and public participation. Current information on the e-EIA system was shared and comparative analysis of EIA regulation and Strategic EIA regulation was conducted. The international conventions to which the parties are parties in European Union law and the German *acquis* were examined, and the application of participation in EIA processes in Turkish and German law was examined comparatively.

Keywords: Environmental Law, Environmental Impact Assessment, Participation Policy, EIA Applied Participation, German EIA Practice

GİRİŞ

Demokrasi kültürüyle yönetilen ülkelerde karar alma süreçlerine halkın katılımı esastır. Vatandaşların bu sürece aktif katılımı demokrasilere tam anlamıyla işlevsellik kazandırır. Çevre hukukunda da halkın karar alma süreçlerine katılımı esastır. Bu katılım, ÇED sürecine katılım ile gerçekleşir. Çevresel etki değerlendirmesi, yani kısaca ÇED olarak ifade edilen süreç, çevre hukukunda uluslararası ölçekte uygulanarak sayısız ülkenin yerel mevzuatında yer edinen ve çevre hukukunun düzenleyici araçları arasında yer alan sürecin tümünü kapsayan değerlendirme yöntemidir.¹ ÇED sürecinde faaliyetten kaynaklı olası çevresel etkiler karar aşamasından önce kararı verecek olan makama bildirerek daha sağlıklı bir karar alım sürecinin izlenmesine katkıda bulunur.² ÇED sürecine katılım konusunda Türkiye ve Avrupa Birliği farklı yöntemler izleyerek farklı usul ve esaslar benimsemişlerdir. Türkiye, AB ÇED Direktifine uyum sağlama yoluna gitmiş, Avrupa Birliği ise kendi müktesebatını yaratıp onun dışında farklı sözleşmelere taraf olma yolunu seçmiştir.

¹ Ahmet M. Güneş, *Çevre Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 175.

² Güneş, *Çevre Hukuku*, 175.

Makalenin ilk bölümünde, Çevre hukukunda katılıma ilişkin uluslararası ve ulusal düzenlemelerin incelemesi yapılacaktır ve bu alandaki temel metinleri ve konferansları detaylı bir şekilde analiz edilecektir. Makalenin devamında Avrupa Birliği'nin benimsediği yönetim ilkelerinden olan katılımcılık ilkesi ve aktif yurttaşlık kavramından bahsedilecektir.³ Katılımcılık ilkesinin ortaya çıkışına, aktif yurttaşlık kavramına ve katılımcılık ilkesinin temel esaslarına değinilecektir.

Makalenin üçüncü bölümünde Çevre Hukuku alanında en önemli sözleşme olarak kabul edilen Aarhus Sözleşmesi'ni katılımcı demokrasi çerçevesinde değerlendirecektir ve sözleşme içeriğindeki ilgili maddeleri incelenecektir.⁴ Sonrasında, katılımcı demokrasinin sağlanmasında büyük rol oynayan çevresel bilgi ve belgelere erişim hakkını hem ulusal hukuk hem de uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirecek ve Aarhus Sözleşmesinin çevresel bilgiye erişimle ilgili olan maddelerine değinilecektir.⁵

Makalenin son bölümünde Türkiye ve Avrupa Birliği hukukunda ÇED süreçlerine katılımın Türk Hukukunda uygulaması karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Türk hukukunda ulusal mevzuatı, ÇED sürecine katılıma dair somut olay örneği ile destekleyip, AB müktesebatına uyum sürecini değerlendirecektir. Ardından kısaca E-ÇED Sistemi ve Stratejik ÇED ile ilgili bilgilendirmede bulunulacaktır. AB hukukunda taraf olunan uluslararası sözleşmeleri ve AB'nin kendi müktesebatı, Alman hukukundaki uygulamasıyla karşılaştırmalı olarak değerlendirilecek ve sonuç kısmında eleştirel bir bakış açısıyla Türkiye'nin ÇED mekanizmasına katılımının nasıl daha aktif bir hale getirebileceği

³ Murşit Işık, "Avrupa Birliği'nin Yönetişim Anlayışı Çerçevesinde Bilgi Edinme Kanunu'nun Değerlendirilmesi", *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 12/19 (2010): 40-42, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/107348>.

⁴ Ahmet M. Güneş, "Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/1 (2010): 310-313, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789557>.

⁵ Ahmet M. Güneş, "Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17-18/26-27-28-29 (2012-2013), 26-28, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/214030>.

Avrupa Birliği İlerleme Raporları ışığında bir değerlendirme yaparak tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. ÇED Sürecine Katılımda Hukuki Düzenlemeler

A. Uluslararası Düzenlemeler

1. ABD NEPA Yasası

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1 Ocak 1970 tarihinde yürürlüğe giren Ulusal Çevre Politikası Yasası (National Environmental Policy Act), çevre hukuku alanında yapılan ilk düzenlemedir. “NEPA, federal kurumların eylemlerinin ve kararlarının çevresel etkilerini göz önünde bulundurmalarını sağlamak için oluşturulmuştur. Federal kurumların, önerilen eylemlerinin çevresel etkilerini sistematik olarak değerlendirmeleri ve çevreye daha az zarar veren ve çevreyi koruma olan görevlerini yerine getirmenin alternatif yollarını düşünmeleri gerekmektedir.”⁶ şeklinde kuruluş felsefesini açıklar. Dünyada yüzü aşkın ülke NEPA'dan hareketle çevre düzenlemesini yapmıştır.

2. Stockholm Konferansı ve UNEP'in Kurulması

1972 yılında düzenlenen ve İnsan Çevresi Konferansı olarak da bilinen Stockholm Konferansı, birbirlerinden farklı gelişmişlik ve sosyo-ekonomik yapılarına sahip ülkeleri ilk defa çevre konulu bir konferansta bir araya getirdi.⁷ Konferansın sonuç bildirisi “İnsan Çevre Bildirisi” olarak nitelendirildi ve sonrasında merkezi Nairobi'de bulunan Birleşmiş Milletler Çevre Programı (The United Nations Environmental Programme) kuruldu.⁸

⁶ General Services Administration, “ABD Ulusal Çevre Politikası Yasası”, (Erişim Tarihi 10.10.2022), <https://www.gsa.gov/real-estate/environmental-programs/national-environmental-policy-act>.

⁷ T.C. Dışişleri Bakanlığı, “Sürdürülebilir Kalkınma”, (Erişim Tarihi 10.10.2022), <https://www.mfa.gov.tr/surdurulebilir-kalkinma.tr.mfa>.

⁸ Ankara Üniversitesi Açıköğretim, “Çevresel Etki Değerlendirmesinin Kökeni ve Gelişimi”, (Erişim tarihi 10.10.2022), https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/149200/mod_resource/content/0/3%20%C3%87EDin%20geli%C5%9Fimi%20ve%20k%C3%B6keni.pdf.

3. Avrupa Birliği ÇED Direktifi

Avrupa Birliği ÇED Yönergesi (85/337/EEC), 1985 yılından beri yürürlüktedir ve Ek 1 ve Ek 2’de tanımlanmış olan çeşitli kamu ve özel projeler için geçerlidir. ⁹ Zorunlu ÇED ve takdir yetkisine haiz ÇED kararları olarak iki kategoriye ayrılır; Ek 1 zorunlu, Ek 2 takdir yetkisine bağlı olan ÇED’lerdir. Proje Geliştirme Uzmanı tarafından çevresel etki hakkında bilgi verilmelidir. Çevre otoriteleri ve halk (ve etkilenen üye devletler) bilgilendirilmeli ve proje geliştirme aşamasında merkez otorite olan halka danışılmalıdır. Yetkili makam, istişarelerin sonuçlarını dikkate alarak karar verir. Halk daha sonra karardan haberdar edilir ve karara mahkemeler önünde itiraz edebilir.

4. Bergen Konferansı

Birleşmiş Milletler ve Avrupa Ekonomik Komisyonu, 1990 senesinde Norveç’te “Sürdürülebilir Bir Çevre” konulu bir konferans düzenlemiş ve geleceğe yönelik bir eylem programı hazırlamıştır.¹⁰ Bergen Konferansı sonuç bildirisinde halkın katılımı ile ilgili ilkeler belirlenmiştir:¹¹

- > *Yatırım yapılırken yöre halkına danışma zorunluluğu,* ¹²
- > *Halk istemediğinde yatırımın yapılmaması,* ¹³
- > *Halkın tercihlerine saygı duyulması,* ¹⁴

⁹ Avrupa Komisyonu, “Avrupa Birliği ÇED Direktifi”, (Erişim Tarihi 10.10.2022), <https://ec.europa.eu/environment/eia/eia-legalcontext>.

¹⁰ Damla Kocatepe, “Güvenlik Çalışmalarında Çevre Güvenliği Sorunsalı”, *KAÜİİBFD*, 9/17 (2018): 335, 352.

¹¹ Türkiye Barolar Birliği, “Çevreyi Dolayısıyla İnsan Sağlığını İlgilendiren Hukuk Belgeleri-Kısa Tarihçe”, (Erişim Tarihi 11.10.2022), <https://www.ttb.org.tr/eweb/bergama/3.html>.

¹² Türkiye Barolar Birliği, “Çevreyi Dolayısıyla İnsan Sağlığını İlgilendiren Hukuk Belgeleri-Kısa Tarihçe”, (Erişim Tarihi 11.10.2022), <https://www.ttb.org.tr/eweb/bergama/3.html>.

¹³ Mesut Kayaer, “Çevre ile ilgili Karar Süreçlerine Katılım” içinde *Yönetim ve Siyaset Biliminde Güncel Sorunlar*, Araştırma Yaklaşımları ve Teknikleri ed Damla Tahtasakal, Aslı Okay Toprak (Ankara: Astana Yayınları), 79.

¹⁴ Türkiye Barolar Birliği, “Çevreyi Dolayısıyla İnsan Sağlığını İlgilendiren Hukuk Belgeleri-Kısa Tarihçe”, (Erişim Tarihi 11.10.2022), <https://www.ttb.org.tr/eweb/bergama/3.html>.

- > *Gelecekte oluşabilecek risklerin yapılacak yatırımlar için engel sebebi sayılması,*¹⁵

gibi 1992’de Rio Konferansı’na ışık tutacak çerçeve niteliğinde temel ilkeler benimsemiştir.

Hatta Bergen Konferansı ilkeleri, aşağıdaki mevzubahis kararın alınmasında büyük pay sahibi olmuştur.¹⁶

Anayasa Mahkemesi 2009 yılında açılan bir iptal davasında, “1990 Bergen – BM Avrupa Ekonomik Komisyonu Çevre ve Kalkınma Konferansı sonuç bildirgesi çevre hakkı kavramında önemli bir gelişmeyi beraberinde getirmiştir. Artık bu gibi konularda yöre halkına danışma gereği ve eğer yöre halkı istemiyorsa işletmelerin açılmaması konusu gündeme gelmiştir. Ayrıca gelecekte oluşabilecek “risk” kavramı üzerinde durularak olası risklerin bile bir işletmenin açılmaması için yeterli neden sayılabileceği ilk defa ifade edilmiştir.”¹⁷ ifadesini kullanarak kararın değerlendirilmesinde Bergen Konferansı’na atıfta bulunmuştur.

5. ESPOO Sözleşmesi

Eylül 1991’de kabul edilen Sınırşan Çevresel Etki Değerlendirmesi Sözleşmesi, ÇED’in uluslararası düzeyde gelişimi için önemli bir sözleşmedir.¹⁸ Sınırşan ÇED projelerinin uygulamalarına hukuki altyapı oluşturan bu sözleşme 1997 senesinde yürürlüğe girmiştir.¹⁹ Sınırşan Çevresel Etki Değerlendirmesi Sözleşmesi’nde amaç ÇED’in

¹⁵ Türkiye Barolar Birliği, “Çevreyi Dolayısıyla İnsan Sağlığını İlgilendiren Hukuk Belgeleri-Kısa Tarihçe”, (Erişim Tarihi 11.10.2022), <https://www.ttb.org.tr/eweb/bergama/3.html>.

¹⁶ Kayaer, “Çevre ile ilgili Karar Süreçlerine Katılım”, 79.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, 08.07.2009, E. 2006/99, K. 2009/9, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/07/20090708-9.htm>, 11.10.2022.

¹⁸ Güneş, Çevre Hukuku, 179.

¹⁹ “Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context”, (Erişim Tarihi 11.10.2022), https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-4&chapter=27&clang=en.

sınıraşan uluslararası projeler bazında uygulanmasını sağlamaktır.²⁰ Katılım hakkı açısından da önemli düzenlemeler içeren bir sözleşmedir. ESPOO Sözleşmesi 2. maddesinde, ilgili faaliyetin gerçekleştirileceği taraf devletin ÇED sürecine katılımda vatandaşlarına tanıdığı karar alma ve bilgi edinme hakkını, ayrımcılığa cevaz vermeden, yapılacak projeden etkilenme olasılığı mevcut olan devletin vatandaşlarına da aynı şekilde tanınmasını öngörür.²¹ Faaliyetten etkilenme olasılığı bulunan vatandaşlar, katılım ve bilgi edinme haklarını sözleşmede öngörülen şekilde kullanabileceklerdir.²² Taraf devletler vatandaşlar arasında ayırım yapamaz, sözleşme bunu yasaklamıştır.²³

6. Rio Konferansı

Birleşmiş Milletler, Haziran 1992’de Rio da toplanarak bir dünya çevre konferansı düzenlemiştir.²⁴ Bu konferansa katılım üst düzeyde olmuş, çeşitli ülkelerden devlet başkanları, temsilciler, çeşitli uluslararası kuruluşlar, sivil toplum kuruluşları ve çeşitli hükümet dışı kuruluşlar katılmıştır.²⁵ BM, düzenlediği ilk konferans olan Stockholm Konferansı’ndan itibaren ne kadar yol kat edildiğinin muhasebesini yapmış, geleceğe yönelik olarak Rio Bildirgesi’ni yayınlamıştır.²⁶ Sürdürülebilir Kalkınma konferansın temel ekseninde yer alan kavram-

²⁰ “Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context”, (Erişim Tarihi 11.10.2022), https://unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/Espoo_Convention_authentic_ENG.pdf.

²¹ “Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context”, (Erişim Tarihi 11.10.2022), <https://unece.org/environment-policy/environmental-assessment/text-convention#article2>.

²² “Espoo Convention”, (Erişim Tarihi 13.10.2022), <https://unece.org/environment-policy/environmental-assessment/text-convention#article2>.

²³ Güneş, Çevre Hukuku, 179,180.

²⁴ Birleşmiş Milletler, “United Nations Conference on Environment and Development”, (Erişim Tarihi 11.10.2022), <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>.

²⁵ Birleşmiş Milletler, “United Nations Conference on Environment and Development”, (Erişim Tarihi 11.10.2022), <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>.

²⁶ Birleşmiş Milletler, “United Nations Conference on Environment and Development”, (Erişim Tarihi 11.10.2022), <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>.

dır. Sürdürülebilir Kalkınma Komisyonu'nun kurulmasına, Rio Konferansından sonra karar verilmiştir.²⁷

B. Ulusal Düzenlemeler

1. Anayasa

1982 Anayasası'nın 56. maddesi; *"Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir."* cümlesi ile çevreye ve sağladığı yan haklara ilişkin ilk düzenlemeyi yapan ulusal hukuki metin olmuştur. 1983 senesinde çıkan çevre kanununa temel olan madde olması sebebiyle önemlidir. Çevrenin geliştirilmesi ve çevre etki değerlendirmesi ile bağlantılı bir kavramdır.

2. Çevre Kanunu

Türkiye'de hazırlanan ilk çevre mevzuatı olan 2872 sayılı Çevre Kanunu, 11 Ağustos 1983'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 1972 de gerçekleştirilen Stockholm Konferansı'ndan 10 sene sonra yapılan yeni anayasasına çevre ile ilgili madde eklemiş, ertesi sene de çevre ile ilgili kanun çıkartarak çevre hukuku düzenlemeleri gerçekleştirmiştir. Çevre Kanunu'nun ÇED ile ilgili olan maddesi 10. maddedir. Çevre Kanunu Madde 10, çevresel etki değerlendirilmesi ile ilgili olan madde olarak karşımıza çıkar ve içeriğinde ÇED raporunun kimler tarafından hazırlanması gerektiği basit bir şekilde tanımlanmıştır. Maddenin devamında ise ÇED olumlu kararı veya ÇED gerekli değildir kararı alınmamasının sonuçlarının yer aldığını görüyoruz. Çevresel etki değerlendirmesi ile ilgili olarak madde metni, ÇED gerekli değildir veya çevresel etki değerlendirmesi için olumlu kararı çıkmadıkça projelerle ilgili tasarrufta bulunulamayacağını belirtir.

²⁷ Birleşmiş Milletler, "United Nations Conference on Environment and Development", (Erişim Tarihi 11.10.2022), https://www.sd-commission.org.uk/pages/history_sd.html.

3. ÇED Yönetmeliği

Türkiye’de hazırlanan ilk ÇED yönetmeliği 7 Şubat 1993’te yürürlüğe girmiştir. Mülga yönetmeliğin 1. maddesi, yönetmeliğin hazırlanma amacıyla net bir şekilde ortaya koyar:

“Madde 1- Bu yönetmeliğin amacı; gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kamu veya özel sektöre ait kurum, kuruluş ve işletmelerin yatırım kararlarının çevre üzerinde yapabilecekleri tüm etkilerin belirlenerek değerlendirilmesi, tespit edilen olumsuz etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi ve alternatiflerin değerlendirilmesi amacıyla gerçekleştirilecek Çevresel Etki Değerlendirmesi sürecinde uyulacak idari ve teknik esasların düzenlemesidir.”

1993 ÇED Yönetmeliği, en sonucusu 2014 yılında yürürlüğe girmiş olan 7 yönetmelikle karşılaştırıldığında çok daha basit bir taslak metin olarak karşımıza çıkar. Kapsamının dar olması ve ÇED-ÖN-ÇED mekanizmalarının artık başka yöntemlere evrilmiş olması dikkat çeken başka önemli hususlardır.²⁸ Yapılacak projelerde sektör bazında ayırım esası vardır. Bu sebepten dolayı proje kapasitesi önemli değildir. Hassas yöre ayırımı gözetilerek değerlendirme yapılır. Kirletme oranı esas alınmadan hareket edilir.²⁹ 2003 ÇED Yönetmeliği, AB ÇED Direktifine uyum sağlama açısından önemlidir. 2014 yılına gelindiğinde ise, AB ÇED Direktifi büyük oranda iç mevzuata aktarılmıştır.

II. KATILIMCILIK İLKESİ

Avrupa Birliği, 2001 senesinde komisyon tarafından hazırlanan Beyaz Kitap’ta kendi yönetim ilkelerini oluşturmuştur.³⁰ Katılımcılık ilkesi bu yönetim ilkelerinden biridir. Karar alma sürecinde vatan-

²⁸ Gencay Serter, “Türkiye’de Çevresel Etki Değerlendirmesinin Tarihsel Süreçteki Gelişimi”, (Erişim Tarihi 12.10.2022), https://www.spo.org.tr/resimler/ekler/d8eb9f23fbd362d_ek.pdf.

²⁹ Gencay Serter, “Türkiye’de Çevresel Etki Değerlendirmesinin Tarihsel Süreçteki Gelişimi”, (Erişim Tarihi 12.10.2022), https://www.spo.org.tr/resimler/ekler/d8eb9f23fbd362d_ek.pdf.

³⁰ “White Paper on governance”, (Erişim Tarihi 12.10.2022), <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/white-paper-on-governance.html>.

daşın bulunup bulunmadığı ile ilgilidir. Etki alanında bulunan bütün vatandaşların karar alım sürecinde hakkı bulunmaktadır.³¹ Yönetime katılım iki taraflı etkileşim sonucu oluşur. Yönetim otoriteleri çeşitli düzenlemeler ve mekanizmalar vasıtasıyla vatandaşların kararlara katılmalarını sağlayacak, vatandaşlar ise “aktif vatandaş” olarak hareket ederek etkili mekanizmalar yoluyla görüşlerini yönetime iletebilecek veya bu konuda talepte bulunacak yetkinlikte olabileceklerdir.³² Her iki tarafın sürekli etkileşim halinde olması katılımcılık ilkesinde temel unsurdur.

A. Katılımcılık İlkesinin Temel Unsurları

1. Yurttaşlık Kültüründe Katılımcı Değişim

Demokratik toplumun temelini vatandaşlar oluşturur. Siyasetin merkezinde yer alan vatandaşlar katılımcı demokrasinin temelini oluşturur. Katılımcı demokrasi aktif vatandaşlık prensibine bağlı olarak toplumda gelişim gösterir. Toplumun oluşturulan bireyler aktif katılım sağlama yönünde ne kadar rol oynarsa katılımcı demokrasi o kadar gelişir. Katılımcı demokrasinin gelişimi için toplumda belirli bir düzeyde bilinç değişimi gerekmektedir. Bilinç değişimi, vatandaşların mensubu oldukları topluluğun siyasal kültürünü biçimlendirir. Bunun sonucunda karşılıklı bir etkileşim ortaya çıkar ve artan oranda kapasite gelişimi mümkün olmaktadır. Vatandaşların kendini geliştirmesi güçlü bir demokrasinin oluşumu bağlamında büyük önem arz eder. Vatandaşların siyaset kültüründe meydana gelecek gelişimi teşvik edecek ve onu katılımcı hale getirecek olan bilinç değişiminin ortaya çıkması problemiyle karşılaştığımız zaman bunun bir eğitim olduğu görülür. Ancak, katılımcı demokrasinin kabul edebileceği vatandaşlık eğitimi sıradan bir demokratik vatandaş eğitiminin ötesine geçmeyi

³¹ Emanuel Bertrand, “The European Commission’s White Paper on European Governance (2001)”, (Erişim Tarihi 12.10.2022), <https://ehne.fr/en/encyclopedia/themes/material-civilization/expertise-and-knowledge/european-commission%E2%80%99s-white-paper-european-governance-2001>.

³² “Active Citizenship Policy”, (Erişim Tarihi 12.10.2022), <https://www.aarhus.dk/media/6603/policy-for-active-citizenship.pdf>.

gerektirir. Bu sebepten dolayı vatandaşların eğitimin yanı sıra vatandaşlık bilincini kazanarak pasif vatandaşlıktan aktif vatandaşlığa geçişi sağlanmalıdır.³³ Aktif vatandaşlığın tesis edilebilmesi, topluma yabancılaşma ve katılıma ilgisizlik gibi siyasal sorunların giderilmesi doğrultusunda toplumun dönüştürülmesine katkı sağlayacak etkin bir yurttaşlık eğitimi toplumun bütün paydaşlarına sunulmalıdır.³⁴

2. Katılımda Eşitlik ve Güçlü Eşitlik Prensibi

Demokrasinin temelini oluşturan katılımda eşitlik prensibi, bütün yurttaşların insan olmak bakımından siyasal olarak eşit görülmesini, bireyler arasında ayrımcılık yapılmamasını, herkese eşit davranılmasını ve siyasal yönetim sürecine katılım konusunda toplumu oluşturan bütün yurttaşların eşit derecede hak sahibi oldukları anlamına gelir.³⁵ Katılımda güçlü eşitlik prensibi;

Bir toplumun, topluluğun veya organizasyonda yer alan her yetişkin vatandaş, kendi iyiliğini ve çıkarlarını etkileyen bağlayıcı kolektif kararların alınmasına katılmak için gerekli niteliklere yeterince sahip olmalıdır. Her vatandaşın argümanı gerekli ve eşit ölçüde geçerli kabul edilmeli ve ayrıca hiçbir vatandaşın argümanı diğer bir vatandaşın argümanlarından üstün olarak görülmemelidir.

3. Yerinden Yönetimin Güçlendirilmesi

Halkın katılımının gerçekleştirilmesini sağlayacak bir yönetim anlayışı ancak karar alma hakkını ve bu yöndeki yetkilerin vatandaşlara en yakın makamlarca kullanılmasına imkan veren yerinden yönetim ilkesinin benimsenmesi ile mümkün olacaktır.³⁶ Kamu hizmetinde halka yakınlık ve yetki ikamesi kavramlarıyla ifade edilen ulus-devlet, bölgesel hükümetler, yerel yönetimler gibi siyasi yapıların ortak yara-

³³ "Active Citizenship Policy", (Erişim Tarihi 12.10.2022), <https://www.aarhus.dk/media/6603/policy-for-active-citizenship.pdf>.

³⁴ Manfred G. Schmidt, *Demokrasi Kuramlarına Giriş*, çev. M. Emin Köktaş, (Ankara: Vadi Yayınları, 2002), 168.

³⁵ Davut Dursun, *Siyaset Bilimi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2002), 161.

³⁶ Fatih Turan Yaman, "Katılımcı Demokrasi: Kapsam ve Unsurlar", *TÜİİBF E- Dergi*, (Erişim Tarihi 12.10.2022), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/trakyaibf/issue/33986/330573>, 144.

rı gözetmek için gerekli durumlarda müdahale etmesi, yerine getirelemeyen görevleri daha hızlı ve etkin bir şekilde yerine getirmesi gerektiği anlamına gelen subsidiarite ilkesi³⁷, vatandaşlara ihtiyaç duydukları hizmetleri geliştirme ve sunma imkânı için gerekli kaynakları vermenin önemini vurgulamaktadır. İlke, yerel yapıları, bireyleri güçlendiren ve çıkarlarını temsil eden, merkezi yönetim ile yurttaşlar arasında arabuluculuk rolünü üstlenmektedir. Vatandaşlara öncelik tanıyan subsidiarite ilkesine göre kamusal hizmetler halka en yakın yönetim birimlerince yerine getirilmelidir.

4. Doğru Bilgiye Erişim İmkânı

Katılım sürecinde aktif bir rol oynaması istenen vatandaşların yönetimin yapısı ve işleyişi hakkında doğru bilgiye erişebilmesi, idari faaliyetlerden haberdar olması ve yapılanların doğruluğunu ya da yanlışlığı konusunda muhakeme yapacak ve bir sonuca ulaşabilecek bilgi seviyesinde olabilmeleri beklenmektedir. Bu doğrultuda, katılımın etkinleştirilmesi ve ondan beklenen faydanın sağlanması noktasında bilgi, bilgilenme ve özellikle bilginin doğruluğu ön koşul olmaktadır. Bilgisiz bir katılım sonuç olarak fonksiyonel bir anlam ifade etmeyecektir. ÇED sürecine katılım bağlamında çevresel bilgiye erişim hakkı Aarhus Sözleşmesinin temel alt başlıklarından birini oluşturur.

5. Etkin Sivil Toplum Kuruluşlarının Varlığı

Günümüzde sivil toplum, demokrasiden bağımsız düşünülemez ve demokrasinin merkezinde yer alan bir kavram haline dönüşmüştür. Bu bağlamda demokratik toplumun, sivil toplum örgütlerinin rahatça faaliyet gösterebildiği, devlet ve özel sektörün dışında oluşan bir başka sektörün de boy gösterebildiği toplum olarak tanımlanmaya başlandığını söyleyebiliriz.³⁸ Çevresel sivil toplum kuruluşları (ENGO'lar) genellikle finansman desteği almadan özerk çalışan kuruluş-

³⁷ Sezgi Demirkale, Ökkeş Karaburç, Lamiha Öztürk, "Yerel Yönetimlerde Subsidiarite İlkesinin Etkileri ve Uygulanabilirliği", *HUKUK ve İKTİSAT ARAŞTIRMALARI DERGİSİ*, 14/1 (2022): 61.

³⁸ Yaman, "Katılımcı Demokrasi: Kapsam ve Unsurlar", 147.

lardır. Hükümetten bağımsız olarak faaliyet gösterirler ve tipik olarak çevrenin korunması için kamu yararı lehine çalışırlar. STK'lar tüm dünyada ÇED süreçlerinde önemli rol oynamaktadırlar.³⁹

6. Parti-içi Demokrasi

Halk desteği aracılığıyla devletin kontrolünü devralmaya ya da sahip olduğu kontrolü devam ettirmeye çalışan istikrarlı bir örgüte sahip siyasal topluluklar⁴⁰ olarak tanımlanan siyasal partiler demokrasilerin vazgeçilmez örgütlenme biçimleridir. Fakat siyasi biçimde örgütlenmelerin kurumlar olarak tek başlarına var olmaları demokrasi için yeterli değildir. Ülkemizde merkezîyetçi yönetim anlayışının mevcudiyeti siyasal partilerin örgütsel yapılanmasına doğrudan sirayet etmekte ve yönetim anlayışında doğrudan etkili olmakta, il ve ilçe örgütlerini parti genel merkezine bağımlı kılmaktadır. Dolayısıyla parti içindeki hiyerarşik yapılanma ve yozlaşmış delegasyon sistemi yapılanması ortaya çıkmakta ve parti üyeliği sadece kâğıt üstünde kalmaktadır.

7. Yaşam Alanlarında Katılım

Yaşadığımız toplumda değer yargılarını sahiplenmemiz, toplumun örf ve adetlerini edinmemiz ve davranış normlarını öğrenmemiz ve içselleştirmemiz toplumsallaşma olarak nitelendirilir. Toplumlarda davranış normları çoğunlukla gelenek gibi yıllar içerisinde oturmuş davranış normlarıdır. Bu davranış normları ilk etapta toplumun çekirdeğini oluşturan aileden bireye aktarılır. Bu aktarımda bireyin seçeneği bulunmamaktadır çünkü ailenin bireye aktardığı davranış normu hazır bir davranış normudur. Kişi, küçük yaştan itibaren hangi toplumun üyesi ise o toplumun davranış normunu edinir. Özetle top-

³⁹ Anne Seidler, "The role of NGOs in Environmental Impact Assessment processes in the North Sea", Environmental and Infrastructure Planning Faculty of Spatial Sciences University of Groningen & Water and Coastal Management Faculty of Computer Science, Economics and Law University of Oldenburg, (Erişim Tarihi 12.10.2022), [https://frw.studenttheses.ub.rug.nl/3789/1/Anne Seidler Final Master Thesis.pdf](https://frw.studenttheses.ub.rug.nl/3789/1/Anne%20Seidler%20Final%20Master%20Thesis.pdf).

⁴⁰ Ergun Özbudun, Siyasal Partiler (Ankara: Ankara Üniversitesi, 1979), 4.

lumsallaşmaya konu olan kurumlar başında genel olarak aile, okul, çalışma yerleri, vb. sayılmaktadır.⁴¹

B. Katılımcılık İlkesinin İşlevleri

Demokratik toplumlarda katılımcılık ilkesi halkın temsil kabiliyetinde büyük rol oynar. Toplumda herkes aynı görüşü paylaşamayacağına göre çoğunluğun seçimi belirleyici olur. Aynı siyasal görüş etrafında toplanan vatandaşların yönetimden beklentileri benzer olsa da muhalif kesimin farklı beklentileri olacaktır.⁴²Bu beklentileri karşılamak için azınlık ve muhalif kesimlerin siyasete katılımını sağlamak gerekir. Azınlık ve muhalif kesimler temsil edildikçe onların beklentileri tamamen karşılanmasa bile en azından isteklerini dile getirmiş olurlar. Bu sayede iktidarı elinde bulunduran erk onların isteklerinin karşılanabilir olup olmadığını belirleme fırsatı elde eder.

Katılımcılık ilkesinin 3 temel işlevi bulunmaktadır;⁴³

- > Politika ve uygulamaların etkinliğini sağlamak
- > Kararların meşruiyetini azami seviyede tutmak
- > Aktif vatandaş ve güçlü demokrasiyi savunmak

Katılım, üzerinde çalışılan konuda daha çok bilgi ve veri toplama olanağı sağlamaktadır. Katılım ve temsil oranı arttıkça politika üretme veya karar alma sürecinde çeşitlilik sağlanacağından, en doğru şekilde seçim yapma imkânı ortaya çıkacaktır. Yönetim faaliyetlerinde toplumun her kesiminden yurttaşın söz hakkı verilmesi, çoğunluğun kararına azami oranda meşruiyet kazandıracağı gibi azınlıkta kalan kesim için de alınan kararın gerekçesini öğrenmek, çözmeyi hedeflediği sorunları anlamak bakımından yararlı olacaktır. Yurttaşların katılımı ile

⁴¹ Ahmet T. Kışlalı, *Siyaset Bilimi* (Ankara: İmge Kitapevi, 1997), 114-116.

⁴² Özlem Kara Yıldırım, "Türkiye'de İyi Yönetişim", *Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi*, 6/2 (2018): 275-276, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/508310>.

⁴³ TEPAV "Stratejik Yerel Yönetim", (Erişim Tarihi 12.10.2022), https://www.tepav.org.tr/upload/files/1408538775-7.Yonetisim_ve_Katilim.pdf.

alınan kararlar aktif vatandaşlık ve güven ortamının tesis edilmesini sağlayacaktır.⁴⁴

III. ÇEVRE DEMOKRASİSİ: AARHUS SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu tarafından Haziran 1998’de Danimarka’nın Aarhus şehrinde müzakereleri sonuçlanan ve 26 Devlet tarafından imzalanma safhasına gelen çevre hukuku alanındaki en önemli ve en kapsamlı sözleşme olan Aarhus Sözleşmesi Ekim 2001’de yürürlüğe girmiştir.⁴⁵

1. madde amacı açıklar; *“Şimdiki ve gelecek kuşakların sağlıklı ve güvenli bir çevrede yaşam hakkına sahip olduğunu kabul ederek sözleşmenin incelendiği üç temel alt başlığı çevresel haklar kapsamında koruma altına almayı hedefler.”*⁴⁶

Aarhus Sözleşmesinin üç ana alt başlığı bulunur;

- > Çevresel Bilgiye Erişim⁴⁷
- > Çevresel Sürece Halkın Katılımı⁴⁸
- > Yargıya Başvuru⁴⁹

⁴⁴ Hamza Ateş ve Gökçe Ceren Buyruk, “Bir İyi Yönetişim İlkesi Olarak Katılımcılık ve Türk Kamu Yönetiminde Katılımcılığın Konumu”, Ombudsman Akademik- Özel Sayı 1 (2018): 85-87, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/645118>.

⁴⁵ “13. Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters”, (Erişim Tarihi 12.10.2022), https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27.

⁴⁶ “Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters”, (Erişim Tarihi 12.10.2022), <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

⁴⁷ “Court of Justice of the European Union Public Access to Environmental Information”, (Erişim Tarihi 12.10.2022), https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-05/fiche_thematique_-_environnement_-_en.pdf.

⁴⁸ “Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters”, (Erişim Tarihi 12.10.2022), <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

Çevresel bilgiye erişim hakkına yönelik düzenlemelerin temelini 4. madde oluşturur; resmi makamların taraflardan gelecek talep üzerine çevresel bilgileri karşılıksız olarak halkın erişimine açması gerekir. Halk çevresel bilgilere koşulsuz erişim hakkına sahiptir. Madde 5'in üst başlığı çevresel bilgilerin toplanması ve yayımıdır. Halkın çevresel bilgileri kullanabilmesi bilgi birikiminin varlığına bağlıdır. Sözleşmenin 5. maddesi bu doğrultuda bilgi toplanmasına ve yayımına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler de içerir. Altıncı maddede halkın karar alım sürecine kesin olarak katılacağı faaliyetler düzenlenmektedir. Maddenin devamında halkın toplantılara katılım usulleri düzenlenmektedir. 7. madde temel olarak çevre ile ilgili plan programlarda halkın aktif katılımının sağlanması için tasarlanmıştır. 8. Madde halkın normatif (bağlayıcı) hukuki süreçlere katılımını düzenler. 9. Maddeye göre taraf devletler çevresel bilgiye erişim hakkı kısıtlanan kişiye mahkeme karşısında veya bağımsız başka bir karar mekanizması önünde denetim güvencesi vermek zorundadır.

Aarhus Sözleşmesi'nin son bölümünde sözleşmeyle ilgili düzenleyici hükümler yer alır. Sözleşmenin 10. maddesi tarafların toplantıları başlığıyla taraf devletlerin toplantılarında usule ilişkin kurallar belirlenirken, 11. madde her taraf devletin tek oy hakkı olduğunu düzenlemektedir.⁵⁰ 12-18. maddeler ise sırasıyla, sekreteryaya, ekler, sözleşmede değişiklikler, sözleşmeye uyumluluğun incelenmesi, ihtilafların çözümü, imza ve teminat başlıklarını taşımaktadır.⁵¹ Sözleşmesinin 19. maddesi onaylama, kabul, tasdik ve katılım; 20. maddede sözleşmenin yürürlüğe girmesi; 21. maddede taraf ülkelerin sözleşmeden çekilme şekli ortaya konmuş iken, 22. maddede bağlayıcı me-

⁴⁹ "Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters", [Erişim Tarihi 12.10.2022], <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

⁵⁰ Birleşmiş Milletler, "Aarhus Sözleşmesi Madde 10-11", [Erişim Tarihi 12.10.2022], <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

⁵¹ Birleşmiş Milletler, "Aarhus Sözleşmesi Madde 12-18", [Erişim Tarihi 12.10.2022], <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

tinler düzenlenmektedir.⁵² Sözleşme bitiminde yer alan EK-I'de ise, çeşitli sektörlerde izin verilmiş sürecinde halkın katılımının zorunlu olduğu faaliyetlere yer verilmiştir. Son olarak EK-II'de, tahkime ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.⁵³

B. Halkın Katılımı

Aarhus Sözleşmesi, Çevresel sürece halkın katılımını üç temel alt başlıkta değerlendirir;

- > Halkın Belirli Faaliyetlere Yönelik Kararlara Katılımı
- > Halkın Çevreye İlişkin Plan, Program ve Politikalara Katılımı
- > Halkın Yürütmeye İlişkin ve/veya Genel Hukukten Bağlayıcı Normatif Düzenlemelere Katılımı

Halkın karar alma süreçlerine katılımı hem sözleşme maddelerinde hem de Aarhus Sözleşmesine giriş kısmında yer almıştır. Aarhus Sözleşmesi'nin giriş bölümünde; çevresel karar alma süreçlerine halkın katılımının kararların şeffaf olması ile alınan çevresel kararlara halkın desteğinin artmasını sağladığı ve karar alma süreçlerine katılımın usulüne ilişkin de halkın bilgilendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Sözleşme halkın karar alma süreçlerine katılımını kararın niteliğine göre üç kısımda düzenlemiştir. Sözleşme madde 6; halkın belirli faaliyetler hakkındaki kararlara katılımını⁵⁴, madde 7 ise; halkın çevre ile ilgili plan, program ve projelere katılımını⁵⁵, madde 8'de ise; yürütmeye ilişkin düzenlemelerin ve/veya genel uygulanabilir bağlayıcı normatif araçlara yönelik kararların hazırlanması sırasında halkın katılımını düzenlemiştir. Maddede belirtilen düzenlemeler halka da-

⁵² Birleşmiş Milletler, "Aarhus Sözleşmesi Madde18-22", (Erişim Tarihi 12.10.2022), <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

⁵³ Birleşmiş Milletler, "Aarhus Sözleşmesi Ek Maddeler", (Erişim Tarihi 12.10.2022), <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

⁵⁴ Milan Počuča, Marijana Mladenov, Predrag Mirković, "The Analysis of the Aarhus Convention in the Context of Good Environmental Governance", *Ekonomika Poljoprivrede*, 65/4 (2018): 1619,1620, DOI: 10.5937/ekoPolj1804615P.

⁵⁵ Počuča, Mladenov, Mirković, "The Analysis of the Aarhus Convention in the Context of Good Environmental Governance", 1619,1620.

nışmanın, halkın karar alma süreçlerine katılmasının anlamlı olmasını sağlamıştır.⁵⁶

Halkın belirli faaliyetler hakkındaki kararlara katılımını düzenleyen madde kapsamında Aarhus Sözleşmesinde halkın faaliyetlere katılım esasları düzenlenmektedir. Halkın katılımı prosedürleri, halk katılımının gerçekleştirilebileceği faaliyetler ve endüstriler, tarafların kendi ulusal hukuku çerçevesinde bu maddenin hükümlerini uygulaması, başvuru sahibi ile kamu otoritesi arasındaki ilişkileri, kamu otoritesi, proje sahibi ve halk arasındaki ilişkiler, mümkün ve uygun olduğu ölçüde tarafların sözleşme maddelerini benimsemesi gerekliliği, çevresel karar alma sürecinde etkin bir şekilde katılımını sağlayan, halkın sözleşmeye aktif katılımını düzenleyen bir rehber niteliğindedir. Aarhus Sözleşmesinin 6. maddesi, bir uluslararası sözleşmede halkın katılımını düzenleyen en kapsamlı maddedir.

Taraflardan her biri, kamuoyuna gerekli bilgileri sağlayarak, şeffaf ve adil bir çerçevede, çevre ile ilgili plan ve programların hazırlanması sırasında halkın katılması için uygun pratik ve/veya diğer hükümleri koyacaktır. Bu çerçevede 6. maddenin 3, 4 ve 8 inci paragrafları uygulanır. Katılabilecek halk, bu Sözleşmenin amaçları dikkate alınarak, ilgili kamu otoritesi tarafından belirlenecektir. Uygun olduğu ölçüde, Taraflardan her biri, çevre ile ilgili politikaların hazırlanmasında halkın katılımı için fırsatlar sağlamaya çalışacaktır.

Her bir Taraf, uygun bir aşamada ve seçenekler hala açıkken, kamu otoriteleri tarafından yürütme düzenlemeleri ve çevre üzerinde önemli bir etkisi olabilecek diğer genel olarak geçerli yasal olarak bağlayıcı kuralların hazırlanması sırasında halkın etkin katılımını teşvik etmeye çalışacaktır.

C. Adalete Erişim

Madde 9/1 doğrultusunda madde 4 düzenlenen bilgi edinme talebinin kısmen veya tamamen göz ardı edilmesi, haksız bir şekilde

⁵⁶ Počuča, Mladenov, Mirković, "The Analysis of the Aarhus Convention in the Context of Good Environmental Governance", 1619,1620.

reddedilmesi ya da bilgi edinme talebine yetersiz yanıt verilmesi veya bu maddeye uygun olmayacak şekilde bilgi edinme talebinin yanıtlanması durumunda herkes, mahkemeye veya ulusal mevzuatlar gereğince kurulan bağımsız ve tarafsız kuruluşlara bu işlemin gözden geçirilmesi talebinde bulunabilir. Madde 9/1'e göre; taraf devletlerin ulusal mevzuatı kapsamında çevresel bilgi edinme hakkına ilişkin uyuşmazlıkların mahkeme önüne götürüldüğü durumlarda; yargıya erişim talebine konu olan işlemin ücretsiz veya düşük bir ücret karşılığında, ulusal hukuka göre kurulan bağımsız ve tarafsız organlarca incelenmesi veya kamu otoriteleri tarafından yeniden gözden geçirilmesi imkânı sunulması gerekir.⁵⁷

Madde 9/2 kapsamında halkın karar alma süreçleri ile ilgili herhangi bir karar, eylem veya ihmal ile ilgili olarak yargıya erişim hakkı düzenlemektedir. Bu fıkra kapsamında yargıya erişim hakkının sahipleri; yeterli menfaat sahibi kişiler ve hak ihlaline uğrayan ilgili halktır. Yeterli menfaat veya hak kaybının ne kapsamda değerlendirileceği ulusal hukuk gereklerine göre fakat Aarhus Sözleşmesi'nin adalete geniş çaplı erişim sağlama hedefi ile bağdaşacak şekilde belirlenecektir. Aarhus Sözleşmesi madde 9/2 kapsamında yargıya başvuru için ya bir hakkın ihlalini ya da yeterli menfaat şartı aramaktadır. Sivil toplum örgütleri çevrenin korunmasına hizmet ediyorsa yeterli menfaat şartını gerçekleştirmektedir. Ayrıca madde 9/2- b'ye göre, hak ihlalinin mağduru kabul edilir.⁵⁸

Yargıya başvuru hakkı kapsamında bir diğer düzenleme ise madde 9/3'te yer almaktadır. Aarhus Sözleşmesine taraf devletler, ulusal çevre mevzuatına ilişkin hükümlerin kamu otoriteleri veya özel hukuk kişileri tarafından karar, eylem veya ihmalle ihlal edilmesi durumunda, ulusal mevzuattaki hükümlere uygun olması şartıyla, halkın,

⁵⁷ Luc Lavrysen, "The Aarhus Convention: Between Environmental Protection and Human Rights", *Judge at the Belgian Constitutional Court Director of the Centre of Environmental & Energy Law of Ghent University*, (2010): 663-670.

⁵⁸ Lavrysen, "The Aarhus Convention: Between Environmental Protection and Human Rights" 663-670

bu ihlallere karşı yargı yollarına başvurmasını sağlamakla yükümlüdür.⁵⁹

D. Aarhus Sözleşmesi Işığında AİHM Kararları

AİHS’de çevrenin korunmasına ilişkin halihazırda bir düzenleme mevcut değildir fakat bu durum, AİHS’nin çevrenin korunmasında başvurulabilecek bir uluslararası sözleşme olmasına engel teşkil etmemektedir.⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, verdiği kararlarla başta yaşam hakkı⁶¹ olmak üzere adil yargılanma,⁶² özel yaşama saygı⁶³, etkin başvuru⁶⁴ ve mülkiyet hakkı⁶⁵ gibi sözleşmede yer alan temel hakları yorumlamak suretiyle çevrenin korunması doğrultusunda AİHM yargılamaları safhasında ciddi bir katkı sunmuştur.

1. ÖNERİYILDIZ- TÜRKİYE (2004)

Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesinde düzenlenmektedir ve diğer tüm hak ve yükümlülüklerin temelini oluşturmaktadır. ÇED Sürecine katılım hakkının kullanılabilmesi için kişinin yaşam hakkı güvence altında olması; en temel haktan mahrum bırakılmamış olması gerekir. Sözleşme’nin 2. maddesinden doğan

⁵⁹ Lavrysen, “The Aarhus Convention: Between Environmental Protection and Human Rights”, 663-670.

⁶⁰ Erkan Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Çevrenin Korunmasına Katkısı”, *L.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 0/47 (2012): 125-126, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/5694>.

⁶¹ AİHS m.2: Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

⁶² AİHS m.6: Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

⁶³ AİHS m.8: Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

⁶⁴ AİHS m.13: Bu Sözleşme ‘de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.

⁶⁵ AİHS Ek Protokol m.1: Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

pozitif yükümlülük kapsamında devletin, kendi yetki alanında bulunan kişilerin yaşamını korumak amacıyla vatandaşların yaşam hakkını tehlikeye atabilecek her türlü faaliyet kapsamında uygulanan gerekli tedbirleri alma zorunluluğu bulunmaktadır. Öner yıldız/Türkiye kararı kapsamında, özellikle endüstriyel veya ekolojik felaketlerle ilgili tehlikeli faaliyetler alanında devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Öner yıldız/Türkiye kararı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan ülkelerin çevresel tehlikelere karşı vatandaşlarını koruması açısından önemli bir örnek teşkil etmektedir. AIHM kararları incelendiğinde Aarhus Sözleşmesinin özellikle *çevresel bilgilendirme hakkına* ilişkin maddesi ile bağdaştırıldığı ve taraf devletlerin toplumu maruz kalınan riskler hakkında açık ve eksiksiz bir biçimde bilgilendirmemesi üzerinden Aarhus sözleşmesine atıf yapıldığı gözlemlenmektedir. Çevresel bilgilendirme hakkının söz konusu olduğu davalarda başvurucular, devletin veya özel kişilerin tehlikeli faaliyetlerinden dolayı yaşam haklarının tehdit altında olduğunu öne sürerek AIHM'ne başvuru yapmaktadırlar.⁶⁶30 Nisan 1993'te Ümraniye'de bir çöplükte meydana gelen metan gazı patlaması sonucunda ailesinden ve yakın çevresinden 9 kişiyi ve evini kaybeden bir kişinin yaptığı bu başvuruda, davalı tarafın yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁶⁷ Bu olayda, savunmacı konumunda olan devlet, patlama tehlikesine ilişkin raporları göz ardı ederek patlamayı önlemek için gerekli tedbirleri almaması, ilgili bölgede ikamet eden kişileri patlama riski konusunda bilgilendirmemesi ve patlama sonrası üzerine düşen tazmin yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle yaşam hakkını ihlalden sorumlu tutulmuştur.⁶⁸

2. TAŞKIN VE DİĞERLERİ- TÜRKİYE (2004)

Taşkın/Türkiye davasında ise sözleşmenin 6/1 ve 8. maddeleri olan adil yargılanma hakkı ve özel ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin ihlal tespit edilmiştir. AIHM, çevre kirliliğinin çevresel genel bir

⁶⁶ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İHAS Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013), 738.

⁶⁷ Doğru ve Nalbant, İHAS Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt, 738.

⁶⁸ Doğru ve Nalbant, İHAS Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt, 740.

bozulmaya değil; kişinin özel ve aile hayatı üzerinde zararlı bir etkiye yol açıp açmadığını incelemektedir.

AİHS'nin 6. maddesinin 1. Fıkrasında, "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir."⁶⁹ demektedir. Adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. madde kapsamında çeşitli çevresel davalar gündeme gelmiştir. Adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. madde, kişiye esasa ilişkin bir hak tanımamakta, sahip olduğu hakları etkili bir şekilde kullanabilmesi için usulü güvenceler sağlamaktadır.⁷⁰

Taşkın/Türkiye davasında başvuranlar Anayasa 56. Madde tarafından güvence altına alınmış olan "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarını" öne sürerek AİHS m.6/1'in ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Bergama, Ovacıkta bulunan altın madeninin, Anayasa'nın 56. Maddesini ihlal edecek şekilde çalıştırıldığı gerekçesiyle yerel mahkemelere başvurmuşlardır. İlgili idare ulusal mahkemelerin faaliyetini durdurma kararını uygulamamış ve altın madeni yerel halkın sağlığını tehdit edecek şekilde faaliyetine devam etmiştir. Bunun üze-

⁶⁹ AİHS m.6: Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

⁷⁰ Duymaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", 140.

rine yerel halk adil yargılanma haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ye başvurmuşlardır.⁷¹

AİHM, daha önceki kararlarda belirttiği üzere, AİHS m.6/1'e gidilebilmesi için tartışmanın "gerçek ve ciddi" olması gerektiğini, güncel bir hakkın varlığı, uygulama alanı veya amacıyla ilgili olması gerektiğini söylemiş ve de yargılama sonucunun söz konusu hak için doğrudan kesinlik taşımak zorunda olduğunu dile getirmiştir. Buradan hareketle, Türk hukukunda "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını" tanıdığı, başvuruların da bu hak için mücadele ettiği ve yerel mahkemeler önünde söz konusu altın çıkarılma faaliyetinin bu hakkı ihlal ettiğinin tespitinde bulunulmuştur.⁷²

AİHM "sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkının" Türk mevzuatında yer almasından bahisle m.6/1'in uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. M. 6/1'in ihlal edilip edilmediği incelemesinde ise siyanürle altın çıkarılmasının bölge halkının sağlığı için ciddi bir tehdit oluşturduğu ve yerel mahkemelerin de faaliyetin durdurulması yönünde karar verdiği tespiti yapılmıştır. Dolayısıyla Mahkeme yargı kararının yerine getirilmemiş olmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir.

AİHM'nin de orta koyduğu üzere başvurular "çevre hakkı" iç hukukta tanındığı için "siyanürle altın çıkarma faaliyeti nedeniyle spesifik ve yakın bir riske maruz kalmayacak olsalar da fiziksel bütünlüklerini korumak için harekete geçme hakkına" sahip olmaktadır. Yani artık burada AİHS m.6/1'in uygulanabilirliği için yaşam hakkında arandığı kadar "katı" bir riskin varlığı aranmamaktadır. Ancak, davanın başvurular lehine sonuçlanmış olması sadece Anayasa'nın 56. maddesine dayanılmış olmasına bağlı değildir. Yerel mahkemeler önünde lehe karar elde edilmiş olması da çok önemli bir noktadır. Çünkü AİHM'nin yerleşik içtihadına göre kesinleşmiş mahkeme karar-

⁷¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi", (Erişim Tarihi 13.10.2022), https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_tur.pdf.

⁷² "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesine İlişkin Rehber", (Erişim Tarihi 13.10.2022), https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf.

larının uygulanmaması somut olaya göre AİHS m.6/1'in ihlalini sonucunu doğurmaktadır.⁷³

AİHS 8. maddenin sistematüğinden de anlaşılacağı üzere madde, geniş yorumlamaya açık bir maddedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde çevre hakkının doğrudan düzenlenmemesi nedeniyle AİHS madde 8/1 geniş yorumlanarak çevre hakkıyla bağdaştırılır. Madde 8/1'de yer alan dört unsur birbiriyle ilişkili olduğu kadar ayrı olarak değerlendirilebilecek haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk fıkrada; özel hayatın gizliliği, aile hayatı hakkına saygı, konut dokunulmazlığına saygı ve haberleşmenin gizliliği ön plana çıkmaktadır.⁷⁴ AİHM, çevrenin kirletilmesini geniş yorumlayarak, kişiler üzerinde yol açtığı etkileri özel hayatın korunması kapsamında yer alan hukuki çıkarlarla bağlantı kurarak incelemektedir. Çevre kirliliğinin çevresel bir tahribata değil; kişinin özel hayatı aile hayatı, konut hakkı ve kişilerin haberleşmesi üzerinde zararlı bir etkiye yol açıp açmadığını incelemektedir. Maddede yer alan özel hayat kavramı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü kapsayacak şekilde değerlendirilmelidir. Özel hayat kavramının alt başlıkları olan aile hayatı ve konut hakkı kararlarda geniş yorumlanmıştır. İddianın bu madde kapsamında incelenebilmesi için çevresel kirlilik sebebiyle kişinin özel hayatına yapılan müdahale doğrudan ve ciddi boyutlarda olmalıdır. Devlet bu hakkı korumak için gerekli önlemleri almalı ve ayrıca kamuyu çevresel risklere karşı bilgilendirerek kişilere Aarhus Sözleşmesi'nde yer alan katılım haklarını sağlamalıdır. Çevresel etkinin ortaya çıkardığı zararların ve gerekirse illiyet bağının kesin incelemelere ve uzman raporlarına dayandırılması beklenmektedir.⁷⁵ AİHM, 8. maddenin uygulanabilmesi için başvuru-cuların yaşamları bakımından ağır bir tehlike halinin varlığını gerekli görmemekte; başvuranların sağlığını, özel ve aile yaşamlarını tehlikeye atabilecek ağır çevre ihlallerinin varlığını madde uygulama-

⁷³ Güney Dinç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre ve İnsan (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2008) 296,297.

⁷⁴ M. Balkan Demirdal, "Adil Yargılanma Hakkı", içinde İnsan Hakları Hukuku ed. İlyas Doğan, (Ankara: Astana Yayınları, 2015), 546-548.

⁷⁵ "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi", (Erişim Tarihi 13.10.2022), https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf.

sı bakımından yeterli saymaktadır. Somut olayda siyanür yoluyla altın çıkarılması yerel halkın sağlığını tehlikeye atabilecek ağır bir çevre ihlali ve ihmaldir. AİHS madde 8 ihlal edilmiştir.⁷⁶

3. GUERRA VE DİĞERLERİ- İTALYA (1996)

Guerra/İtalya davasında verdiği kararda sözleşmenin 8. maddesi uyarınca kişilerin çevresel konularda bilgilenme hakkına sahip olduğunu belirterek taraf devletlerin kişilerin maruz kalacakları riskler konusunda halkı açık bir biçimde bilgilendirmesi gerektiği belirtilmiştir. Başvuranların hepsi Manfredonia (Foggia) kasabasında yaşamaktadır. Monte Sant'angelo belediyesi bünyesinde yer alan Enichem agricultura şirketinin kimya fabrikası yaklaşık bir kilometre uzaklıktadır. Fabrika, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde belirtilen kriterlere göre "yüksek riskli" olarak sınıflandırılmıştır.⁷⁷

Başvuranlar özellikle, fabrikanın çalışmalarından kaynaklanan kirliliğin düzeyini ve büyük kaza riskini azaltıcı, uygulamaya dönük tedbirlerin alınmamasının, yaşamlarına ve vücut bütünlüklerine saygı gösterilmesi haklarını ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuşlardır. Bunlara ilaveten, ilgili mercilerin, olası tehlikeler ve büyük bir kaza anında izlenmesi gereken usuller hakkında kamuyu bilgilendirmediği gerekçesiyle, bilgi edinme özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

Bu olayda, çevresel bilgiye erişim hakkının kısıtlanması söz konusudur. Çevresel bilgiye erişim, ÇED Sürecine halkın katılımının temel unsurunu oluşturmaktadır. Manfredonia halkının çevresel bilgiye erişim özgürlüğü kısıtlanmıştır, halk tehlikeli bir durumla karşılaşması halinde maruz kalacağı risklerden habersiz bir şekilde yaşamaya

⁷⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi", (Erişim Tarihi 13.10.2022), https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_tur.pdf.

⁷⁷ 74 AİHM Büyük Daire, 19.02.1998, A. 116/1996/735/932, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22docname%22:\[%22guerra%22\],%22documentcollectio- n%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-58135%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22docname%22:[%22guerra%22],%22documentcollectio- n%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58135%22]), 13.10.2022.

mecbur kalmıştır. Aarhus Sözleşmesinde çevresel bilgiye erişimin ihlali ve AİHS madde 8'in ihlali söz konusudur.

Çevre kirliliğinin bireylerin refahını etkileyebileceğini ve özel ve aile hayatlarını olumsuz etkileyecek şekilde kaliteli bir hayat yaşamalarını engelleyebileceği belirtilmektedir. Bu davada başvuranlar, gübre üretimi 1994 yılında sona erene kadar, fabrikada bir kaza durumunda özellikle tehlikeye maruz kalacak bir kasaba olan Manfredonia'da yaşamaya devam etmeleri durumunda kendilerinin ve ailelerinin karşılaşabilecekleri riskleri değerlendirmelerini sağlayacak temel bilgilere erişim sağlanamamıştır. Bu nedenle, davalı Devletin, Sözleşmenin 8. Maddesini ihlal ederek, başvuranların özel ve aile hayatlarına saygı hakkını güvence altına alma yükümlülüğünü yerine getirmediği sonucu ortaya çıkmaktadır.⁷⁸

E. KATILIMCILIK İLKESİNİN ÖN KOŞULU- BELGELERE ERİŞİM HAKKI

Çevresel süreçlere katılımın gerçekleşebilmesi için sürecin sonunda muhtemel bir zarara uğrayacak veya olumsuz yönde etkilenmesi beklenen vatandaşların ilgili faaliyetlerden haberdar olması gerekir.⁷⁹ Sözün özü, bilgili vatandaşların varlığına ihtiyaç vardır ki katılım gerçekleşebilsin. *Çevresel katılımı düzenleyen birçok sözleşmede bilgi ve belgelere erişim hakkına ilişkin hükümlere yer verilir.*⁸⁰

1. Aarhus Sözleşmesi

Çevresel bilginin niteliği, Madde 2/3'te çok geniş kapsamlı bir şekilde tanımlamıştır. Atmosferden toprağa, radyasyondan enerjiye, kültürden insan sağlığına kadar kapsamlı ve şüpheye yer bırakmayacak geniş bir tanım yapılmıştır.⁸¹ Aarhus Sözleşmesi'ne göre neredey-

⁷⁸ AİHM B.D., A. 116/1996/735/93.

⁷⁹ Güneş, "Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı", 26.

⁸⁰ "Aarhus Convention- your right to enviromental information", (Erişim Tarihi 13.10.2022), <https://www.naturvardsverket.se/en/environmental-work/international-cooperation/conventions/aarhus-convention/>.

⁸¹ "Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Enviromental Matter", [Erişim Tarihi 13.10.2022], <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

se her bilgi çevresel bilgi niteliği taşıma kapasitesine sahiptir. Sözleşmenin 4. maddesinin 1. fıkrasında, tarafların kamu otoritelerine gerçekleştirileceği talep doğrultusunda çevresel bilgilerin belirli istisnai durumlar dışında kopyaları ile halkın kullanımına çıkarsız bir şekilde açılmakla yükümlü olduğu vurgulanmıştır.⁸² Sözleşmenin 4. maddesinin 2. fıkrasında, halka verilecek bilgilerin mümkün mertebe erken bir şekilde verilmesi tariflenir; talep anından 1 ay içerisinde bilgilerin verilmiş olması gerekir, kapsamlı bilgi istemi durumunda gerekçeli olarak 1 ay ek süre uzatımı istenebilir.⁸³

2. Anayasa

Ulusal mevzuatta bilgi edinme hakkının ilk düzenlemesi, temel mevzuat olan Anayasa ile yapılmıştır. Düzenlemenin dayanağı Anayasa'nın 74. maddesidir. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı olarak tanımlanmaktadır. Bilgi edinme hakkının temelini oluşturan bu düzenleme, bu hakkın kullanılmasında temel araç niteliğindedir. İlgili madde; *"Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu gecikmeksizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir."* şeklinde düzenlenmiştir.

3. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu

Bilgi Edinme Hakkı Kanununun amaç başlıklı birinci maddesi ise, *"Bu kanunun amacı; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir."* şeklindedir. Bilgi Edinme Hakkı bağlamında gerçekleştirilmiş mevcut en önemli ulusal düzenleme Ekim 2003'te kabul edilen Bilgi Edinme Hakkı Ka-

⁸² "Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters", (Erişim Tarihi 13.10.2022), <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

⁸³ "Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters", (Erişim Tarihi 13.10.2022), <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

nunudur. Kanunla kabul edilen ilkeler eşitlik, tarafsızlık ve açıklıktır.⁸⁴ Kişiler bu ilkelere uygun olarak bilgi edinme haklarını kullanır. Kamu kurumlarının ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanan bir kanundur.⁸⁵ Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir, yabancılar ve tüzel kişiler için karşılıklı esasına dayalı istisnai bir durum vardır.⁸⁶ Kanunda süreler net bir şekilde yazar, 15 gün geri bildirim süresidir, uzatma halinde 30 güne kadar çıkar, reddedilmesi halinde ise gerekçeli bir karar açıklanması zorunludur.⁸⁷

4. Çevre Kanunu

Çevre Kanunu, ilkeleri arasında halkın katılımı esasını benimsemiştir ve bilgi edinme ve başvuru hakkı çerçevesinde Aarhus ile uyumlu bir mevzuata sahiptir.⁸⁸ Fakat Aarhus Sözleşmesi çevresel bilgi kavramını o kadar detaylı yapmıştır ki bizim çevre mevzuatımız buna kıyasla çok ilkel ve sınırlı bir kapsamda değerlendirme yapmaktadır.

Çevre Kanunu Madde 3/E bendi, çevre hukukuna dair katılım ilkesinden bahseder. Devletin yetkili mercilerinin, sivil toplum kuruluşlarının, politik kesimin ve vatandaşların ortak işbirliği çerçevesinde halkın katılımını sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenir. Aarhus Sözleşmesi, AB ÇED Direktifi ve AB Beyaz Kitap Yönetişim İlkesi olan katılımçılık ilkesi ile paralellik gösteren bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çevre Kanunu'nun 30. maddesi, Aarhus Sözleşmesi'nin çevresel bilgiye erişim hakkına ilişkin maddelerine uyumlu bir biçimde düzenlenmiştir.⁸⁹ Aarhus Sözleşmesi çevresel bilgiye erişimi kısıtlamazken,

⁸⁴ Güneş, "Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı", 29.

⁸⁵ Güneş, "Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı", 34.

⁸⁶ Güneş, "Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı", 34.

⁸⁷ Güneş, "Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı", 35.

⁸⁸ Ilgın Özkaya Özlüer, "Çevresel Konularda Bilgiye Erişim Rehberi ve Aarhus Sözleşmesi", (Erişim Tarihi 14.10.2022), <https://ekolojikolektifi.org/wp-content/uploads/2018/08/c%CC%A7evresel-konularda-bilgiye-eris%CC%A7im.pdf>.

⁸⁹ Ilgın Özkaya Özlüer, "Çevresel Konularda Bilgiye Erişim Rehberi ve Aarhus Sözleşmesi", (Erişim Tarihi 14.10.2022), <https://ekolojikolektifi.org/wp->

çevre kanunu belirli sınırlamalar getirme gereksinimi duymuştur.⁹⁰ Çevresel bilgi tanımı Aarhus Sözleşmesi'nde çok geniş yapılmışken, Türk Çevre Mevzuatında daha dar bir tanım yapılmıştır.⁹¹

IV. TÜRK HUKUKUNDA ÇED SÜRECİNE KATILIM

A. Genel Olarak

Türk Hukuku'nda; halkın ÇED Sürecine katılımında esas alınan düzenleme 29 Temmuz 2022 tarihinde yayımlanan 31907 sayılı güncel ÇED Yönetmeliğidir. Yönetmeliğin tanımlar maddesinde bazı kavramlara açıklık getirilmiştir. Madde 9'da ÇED için toplantı süreci detaylıca anlatılmıştır. Hangi projeler için halkın katılımı toplantısı yapılmasının zorunlu olduğu Madde 7'de, "Çevresel etki değerlendirme sine tabi projeler" maddesinde belirtilmiştir.⁹² Ek-1 listesinde yer alan projeler, ÇED Raporu hazırlanması gerekir kararı verilen projeler ve Ek-1 listesinin üzerinde değer eşğine sahip projeler için ÇED Raporu hazırlanması zorunludur. Bu nedenle belirli ölçekteki projeler için halkın katılımı toplantısı yapılması mecburidir. Tanımlar başlıklı 4. madde hükmü, "halk", "halkın bilgilendirmesi ve sürece katılımı" ve "ilgili halk" kavramlarının tanımlarını aşağıdaki şekilde yapmış;

ş) *Halk: Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları ile Türkiye'de ikamet eden yabancıları,*

t) *Halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı: ÇED sürecinin başlangıcından sonuna kadar, halkı proje hakkında bilgilendirmek, projeye*

[content/uploads/2018/08/c%CC%A7evresel-konularda-bilgiye-eris%CC%A7im.pdf](https://www.ekoloji.org/wp-content/uploads/2018/08/c%CC%A7evresel-konularda-bilgiye-eris%CC%A7im.pdf).

⁹⁰ Ilgın Özkaya Özlüer, "Çevresel Konularda Bilgiye Erişim Rehberi ve Aarhus Sözleşmesi", (Erişim Tarihi 14.10.2022), <https://ekoloji.org/wp-content/uploads/2018/08/c%CC%A7evresel-konularda-bilgiye-eris%CC%A7im.pdf>.

⁹¹ Ilgın Özkaya Özlüer, "Çevresel Konularda Bilgiye Erişim Rehberi ve Aarhus Sözleşmesi", (Erişim Tarihi 14.10.2022), <https://ekoloji.org/wp-content/uploads/2018/08/c%CC%A7evresel-konularda-bilgiye-eris%CC%A7im.pdf>.

⁹² Rukiye Alan, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Sürecinde Halkın Katılımı Toplantıları: Yapılması Gerekenler ve Yaşanan Sorunlar", (Erişim Tarihi 14.10.2022), https://www.jmo.org.tr/resimler/ekler/030b84c2894bd6e_ek.pdf.

ilişkin görüş ve önerilerini almak üzere paydaş katılım planında detayları belirlenen her türlü etkinliği, (broşür, tanıtıcı film, resmi duyuru, toplantı, bilgilendirme ofisi ve benzeri),

u) İlgili halk: Gerçekleştirilmesi planlanan projeden etkilenen veya etkilenmesi muhtemel olan halkı,

Halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısı başlıklı 9. madde ise;

Halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısı

MADDE 9- (1) *Halkı yatırım hakkında bilgilendirmek, projeye ilişkin görüş ve önerilerini almak üzere; Bakanlıkça yeterlik verilmiş kurum/kuruluşlar ve proje sahibinin katılımı ile Bakanlıkça belirlenen tarihte, projeden en çok etkilenmesi beklenen ilgili halkın kolaylıkla ulaşabileceği il müdürlüğü tarafından belirlenen merkezi bir yer ve saatte halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısı düzenlenir.*

(2) *Bakanlıkça yeterlik verilmiş kurum/kuruluşlar toplantı tarihini, saatini, yerini ve konusunu belirten bir ilanı; projenin gerçekleştirileceği yörede yayımlanan yerel süreli yayın ile birlikte yaygın süreli yayın olarak tanımlanan bir gazetede toplantı tarihinden en az 10 takvim günü önce yayımlatır.*

(3) *Halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısı, il müdürünün veya görevlendireceği bir yetkilinin başkanlığında yapılır. Toplantıda halkın; proje hakkında bilgilendirilmesi, görüş, öneri ve sorularının alınması sağlanır. Halk tarafından dile getirilen görüş, öneri ve itirazlar toplantı hakkında düzenlenecek tutanakta belirtilir. Toplantı başkanı, katılımcılardan görüşlerini yazılı olarak vermelerini isteyebilir. Toplantı tutanağı, bir sureti il müdürlüğünde kalmak üzere Bakanlığa gönderilir.*

(4) *Komisyon üyeleri, özel format belirleme öncesinde, projenin planlandığı alanı inceleyebilir, bildirilen tarihte düzenlenecek halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısına katılabilirler.*

(5) Halkı, proje ve etkileri hakkında bilgilendirmek, halkın projeye ilişkin görüş ve önerilerini almak üzere, Bakanlıkça yeterlik verilmiş kurum/kuruluşlar tarafından paydaş katılım planı (PKP) hazırlanır. Hazırlanan paydaş katılım planı ÇED başvuru dosyası ekinde sunulur. Bakanlık gerekli gördüğü durumlarda, yeterlik verilmiş kurum/kuruluşlardan halkın bilgilendirilmesine yönelik olarak ÇED süreci boyunca; bilgilendirici broşür dağıtılması, anket, seminer gibi çalışmalar yapılması veya proje ile ilgili internet sitesi hazırlanarak bilgi paylaşılması gibi ilave çalışmalar yapmasını da isteyebilir. Ayrıca Bakanlık tarafından talep edilmesi halinde ÇED süreci içerisinde bu plan güncellenir.

şeklinde düzenlenmiştir.

Halkın Katılımı Toplantısı maddesi, özenli ve detaylı şekilde düzenlenmiş bir maddedir fakat bağlayıcılığı olmaması sebebiyle usulen toplantı yapılmaktadır, hatta uygulama aşamasında bile çoğu zaman sıkıntılar yaşandığına şahit olmaktadır. Avrupa Birliği ülkelerindeki gibi etkin bir uygulaması ve bağlayıcılığı olursa, düzenlendiği gibi özenle uygulanırsa aktif katılımın sağlanmasında büyük pay sahibi olacaktır.

Katılımın kendinden beklenen işlevleri yerine getirebilmesi katılım kişilerin çevre ile ilgili faaliyet veya konulardan haberdar olması gerekir. Katılımın tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için katılacak kişilerin ilgili faaliyet veya konu hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Nitekim katılıma yer veren birçok düzenlemede çevresel bilgiye erişime ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Çevresel bilgi edinme hakkı, kişilere çevresel bilgileri edinmenin yanı sıra bu bilgilerin yer aldığı belgelere erişilmesi hakkını da sağlar.⁹³

Anayasası'nın 56. maddesinde, çevrenin korunmasının devletin ve vatandaşların ortak ödevi olduğu belirtilmiştir. Devlet sahip olduğu

⁹³ Ilgın Özkaya Özlüer, "Çevresel Konularda Bilgiye Erişim Rehberi ve Aarhus Sözleşmesi", (Erişim Tarihi 14.10.2022), <https://ekolojikolektifi.org/wp-content/uploads/2018/08/c%CC%A7evresel-konularda-bilgiye-eris%CC%A7im.pdf>.

kamu gücü ile çevre koruma ödevini yerine getirebilecekken, vatandaşların bu ödevi yerine getirebilmesi ancak kendilerine katılım olanaklarının tanınması ile mümkündür. Dolayısıyla, yurttaşlar için etkili katılım imkânlarının oluşturulması Anayasanın 56. maddesinin bir gereğidir. Etkili bir katılımın önkoşulu olan çevresel bilgilere erişim bağlamında ise, Anayasanın 74. maddesinin 3. fıkrasının önem taşıdığını belirtmek gerekir. Burada, herkesin bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Çevre Kanunu'nda da katılım konusunda bazı düzenlemeler yer almaktadır. Kanunun İlkeler başlıklı 3. maddesinin e) bendinde, çevre politikalarının oluşmasında katılım hakkının esas olduğu öngörülmüştür. Bunun devamında, ilgili bakanlık ve yerel yönetimlerin meslek odaları, birlikler, sivil toplum kuruluşları ve vatandaşlarının çevre hakkını kullanacakları katılım ortamını yaratmakla yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır.

Çevre Kanunu'nun 30. maddesi, katılım konusunda önem taşıyan diğer bir düzenlemedir. Maddenin 1. fıkrasında, çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkesin ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını isteyebileceği öngörülmüştür. 2. fıkrada ise, herkesin Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında çevreye ilişkin bilgilere ulaşma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. 30. Madde bağlamında dikkat çekilmesi gereken önemli bir nokta, zarar gören veya haberdar olan herkese ilgili mercilere başvurma olanağı tanımasından ötürü 1. fıkranın çevresel kirlilik veya çevresel bozulmaların söz konusu olduğu hallerde herhangi bir hak veya menfaat ihlaline gerek kalmadan herkese idari ve yargısal başvuru hakkı tanıdığıdır.

B. Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı

Vatandaşlar çevresel bilgiye erişim hakkı vasıtasıyla öğrenmek istedikleri çevresel bilgiye ulaşabilirler ve bu şekilde yönetime dahil olurlar. Çevresel bilgiye erişim hakkı, halkın çevresel karar alma sürecine katılmasına ve dolaylı olarak yerel demokrasi anlayışının gelişmesine katkı sağlamaktadır. Halkın bu bilgilere ulaşarak karar alma

süreçlerine dahil olması çevre demokrasisi anlayışını güçlendirmektedir. Nitekim Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun gerekçesinde bilgi edinme hakkının kullanılmasıyla halkın devleti denetlemesinin kamu kurum ve kuruluşlarını şeffaf olmaya teşvik ettiği belirtilmiştir.

1. Hakkın Kapsamı

Çevre Kanunu'nda çevresel bilgiye erişim hakkının kapsamına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığı için, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu doğrultusunda yorum yapılması gerekmektedir. *BEHK madde 2'ye göre kapsam; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetleri ile sınırlıdır. Çevresel bilgi tanımı Çevre Kanunu madde 2'ye göre; "Su, hava, toprak, bitki ve hayvan varlığı ile bunları olumsuz olarak etkileyen veya etkileme ihtimali bulunan faaliyetler ve alınan idari ve teknik önlemlere ilişkin olarak mevcut bulunan her türlü yazılı, sözlü veya görüntülü bilgi veya veri" dir.*⁹⁴

2. Katılım Hakkının Sınırları

Çevre Kanunu madde 30/2, çevresel bilgiye erişim hakkı bakımından bazı istisnai hallerde çevresel bilgiye erişim hakkının sınırlandırılmasını öngörmektedir. Üreme alanları, nadir türler gibi çevresel değerlere zarar verecek bilgilere ilişkin taleplerin reddedilmesi, Çevre Kanunu madde 30/2-2 de düzenlenmektedir.⁹⁵ Çevresel bilginin erişimine ilişkin açık bir düzenleme BEHK'da yer alan istisna hükümler arasında yer almamaktadır. BEHK madde 15-27 kapsamında düzenlenen hükümler, istisnai hükümleri düzenlemektedir. Bu istisnalar sırasıyla; yargı denetimi dışında kalan işlemler, devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler, ülkenin ekonomik çıkarına ilişkin bilgi veya belgeler, istihbarata ilişkin bilgi veya belgeler, idari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler, adli soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler, özel hayatın gizliliği, haberleşmenin gizliliği, ticari sır, fikir ve sanat eserle-

⁹⁴ Çevre Kanunu madde 2, (Erişim Tarihi 14.10.2022), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2872.pdf>.

⁹⁵ Çevre Kanunu madde 30/1-2, (Erişim Tarihi 14.10.2022), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2872.pdf>.

ri, kurum içi düzenlemeler, kurum içi görüş ve bilgi notu ve tavsiyeler, tavsiye ve mütalaa talepleri şeklindedir.⁹⁶

3. Doğa Derneği- Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Davası⁹⁷

Aşağıda detayları ile açıklanacağı üzere, 29 Temmuz 2022 tarih ve 31907 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan, Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği’nin bir kısım maddelerinin iptali ve yürütmesinin durdurulması talebidir;

İptal Gerekçeleri ve Hukuki Dayanaklar: Çevre Kanunu’nun ve dayanağını bu kanundan alan Çevresel Etki Değerlendirme Yönetmeliği’nin temel hukuki paradigması, ÇED süreçlerinde halkın katılımının önündeki her türlü engelin ortadan kaldırılması, doğru bilgiye erişim ve bu süreçlerin sonucunda halkın proje konusundaki kaygılarının ortadan kalkmaması halinde yargıya başvurmasının olanaklı hale getirilmesidir. Nitekim Çevre Kanunu’nun İlkeler kenar başlıklı 3. maddesinin (e) bendi, “Çevre politikalarının oluşmasında katılım hakkı esastır. Bakanlık ve yerel yönetimler; meslek odaları, birlikler, sivil toplum kuruluşları ve vatandaşların çevre hakkını kullanacakları katılım ortamını yaratmakla yükümlüdür.” demektedir. Yine Çevre Kanunu’nun “Bilgi Edinme ve Başvuru Hakkı” başlıklı 30. maddesinde de “Çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkes ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını isteyebilir...” denilerek, çevresel konularda bilgi edinme ve başvuru hakkını bir hükümle koruma altına almıştır.⁹⁸

⁹⁶ Bilgi Edinme Hakkında Kanun madde 15-27, (Erişim Tarihi 14.10.2022), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4982.pdf>.

⁹⁷ “Halkın Kararlara Katılımını Savunmak, Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği İptal Davası”, <https://www.dogadernegi.org/wp-content/uploads/2022/10/ced-yonetmeli-iptal-davasi.pdf>

⁹⁸ Danıştay 6. Daire, 13.06.1994, E. 1994/2816, K. 1994/4393, <https://www.dogadernegi.org/wp-content/uploads/2022/10/ced-yonetmeli-iptal-davasi.pdf>.

Bu Kanuna göre hazırlanacak olan yönetmeliklerin de katılım, bilgiye erişim ve yargıya başvuru mekanizmalarını, bu üçlü saç ayağını hukuken garanti etmesi şarttır. Halkın süreçlere katılım hakkını kısıtlayan, zorlaştıran, bilgiye erişim mekanizmalarını muğlaklaştıran ve nihayetine yargıya başvuru hakkını zedeleyen düzenlemelerin bu amaca hizmet etmeyeceği açıktır. Ancak 2022 yılı ÇED yönetmeliğinde, özellikle ÇED süreçlerine halkın katılımına ve bilgiye erişmesine dair düzenlemelerin, eski yönetmelik hükümlerinden bile daha geri düzenlemeler içerdiği, halkın karar alma süreçlerine katılma, bilgiye erişme ve bunun neticesinde yargıya başvuru haklarını zedelediği tespit edilmiştir.⁹⁹

C. ÇED Sürecine Katılımın Kapsamı

Yaşadığı çevreyi en iyi gözlemleyebilen ve değerlendirebilme potansiyeline sahip topluluk, bölgede yaşamını sürdüren yerel halktır.¹⁰⁰ Önerilen projenin çevresel etkilerini yabancıların farkında olamayacağı açılardan değerlendirerek çevre için önemli olan fakat önemsiz sayılan konuların dikkate alınmasını sağlamaktadır.¹⁰¹ Bu sebepten dolayı ÇED Sürecine katılımın uygulama aşaması ÇED sürecine katılımında büyük rol oynamaktadır.

ÇED sürecine halkın katılımı ÇED Yönetmeliği kapsamında gerçekleşmektedir. ÇED Yönetmeliğine göre ÇED sürecine halkın katılımı yazılı ve sözlü şekilde gerçekleşmekle beraber katılım, düzenlenmesinden valiliklerin sorumlu olduğu halkın katılım toplantıları aracılığıyla olmaktadır. ÇED Yönetmeliği madde 9/2 kapsamında halkın katılım toplantısına yönelik zamanlama takvimi, iletişim bilgilendirmesi ve öneri bildirim süreci valilik vasıtasıyla yapılmaktadır.¹⁰²

⁹⁹ Danıştay 6.D., E. 1994/2816.

¹⁰⁰ Rukiye Mehtap Özlü, "Türkiye'de Uygulanan Çevresel Etki Değerlendirme Sürecine Halkın Katılımının Fransa'daki Uygulamayla Karşılaştırılması". Alanya Akademik Bakış Dergisi. 5/2 (2021): 733,734.

¹⁰¹ Özlü, "Türkiye'de Uygulanan Çevresel Etki Değerlendirme Sürecine Halkın Katılımının Fransa'daki Uygulamayla Karşılaştırılması", 733,734.

¹⁰² ÇED Yönetmeliği m.9/2, (Erişim Tarihi 15.10.2022), <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/yonetmelik/7.5.39647.pdf>.

Yukarıda mevzubahis ÇED Yönetmeliği madde 9 doğrultusunda halkın katılım toplantısı usulleri ve uygulama esasları düzenlenmiştir. ÇED Yönetmeliği 9/1 doğrultusunda halkın katılım toplantısı kararı alındıktan sonra bu kararın duyurulmasından Bakanlıkça yeterlik verilmiş kurum/kuruluşlar sorumludur. Valilikler, bu kurum/kuruluşları denetleyerek halkın katılım toplantısı duyurularının gereği gibi yapılmasını takip etmektedirler. ÇED Yönetmeliği madde 9/2 doğrultusunda projenin gerçekleştirileceği yörede yayımlanan yerel süreli yayın ile birlikte yaygın süreli yayın olarak tanımlanan bir gazetede toplantı tarihi, saati, yeri ve konusu mutlaka belirtilerek; toplantı tarihinden en az on takvim günü önce bir ilan verilmelidir.¹⁰³

ÇED Yönetmeliği 9/5 uyarınca bakanlıkça yeterlik verilmiş kurum/kuruluşlar tarafından paydaş katılım planı hazırlanarak halkı bilgilendirmek amacıyla broşür dağıtılabilir, anket, seminer gibi çalışmalar, halkın katılım toplantısından önce yapılabilir veya konuyla ilgili her türlü bilgi, internet aracılığıyla yayımlanabilir. Halkın katılım toplantısı, ayrıca anons ve ilan yöntemiyle duyurulmaktadır. Maddede belirtilmiş olmamakla beraber faaliyete geçirilmesi öngörülen projenin ÇED süreci hakkında, projeden zarar göreceği veya zarar görmesi muhtemel halkın yaşadığı yerlerde, belediyeler ve muhtarlıklar aracılığıyla halkın katılım toplantısı anons edilerek veya yazılı ilan şeklinde duyurulabilir.¹⁰⁴

ÇED Yönetmeliği madde 9/1 uyarınca halkın katılım toplantısı Bakanlıkça yeterlik verilmiş kurum/kuruluşlar ve proje sahibinin katılımı ile Bakanlıkça belirlenen tarihte, projeden en çok etkilenmesi beklenen ilgili halkın kolaylıkla ulaşabileceği valilikçe belirlenen merkezi bir yer ve saatte düzenlenmektedir. Aynı yönetmeliğin 9.maddesinin 3. fıkrası uyarınca halkın katılım toplantısı, çevre ve şehircilik il müdürünün veya görevlendireceği bir yetkilinin başkanlığında yapılmaktadır. Toplantıda; halkın, proje hakkında bilgilendiril-

¹⁰³ ÇED Yönetmeliği m.9/2, (Erişim Tarihi 15.10.2022)
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/yonetmelik/7.5.39647.pdf>

¹⁰⁴ ÇED Yönetmeliği m.9/5, (Erişim Tarihi 15.10.2022),
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/yonetmelik/7.5.39647.pdf>

mesi sağlanarak halktan görüş, soru, talep ve önerilerini sunmaları beklenmektedir. Halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı toplantısı, il müdürünün veya görevlendireceği bir yetkilinin başkanlığında gerçekleştirilir. Toplantıda halkın; proje hakkında bilgilendirilmesi, görüş, öneri ve sorularının alınması sağlanır. ÇED sürecine halkın katılımı, idare tarafından ÇED'e konu proje hakkında nihai karar verilmeye kadar devam etmektedir.¹⁰⁵

1. Stratejik ÇED Değerlendirme Yönetmeliği

2010 senesinden önce mevzuatımızda yer alması planlanan Stratejik ÇED Değerlendirme Yönetmeliği, 2017 yılında Avrupa Birliği mevzuatına uyum çalışmaları çerçevesinde, sürdürülebilir kalkınmayı sağlamak amacıyla uygulamaya geçirilen bir çevresel değerlendirme mekanizmasıdır. Bu değerlendirme süreci sonunda uygulanacak olan plan, program ve politikaların çevre üzerindeki olumsuz etkileri tespit edilir. Proje onayı, sürdürülebilir kalkınma ve çevrenin korunması ilkesi doğrultusunda çevresel unsurların entegre edilmesiyle verilir.¹⁰⁶

2. E-ÇED- Dünyada Bir İlk

ÇED sürecinin ilgililer tarafından tamamen internet ortamından takip edilmesine olanak tanıyan sistem, Türkiye Cumhuriyeti Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından 2013 senesinde kullanılmaya başlandı. Ciddi miktarda kaynak israfına engel olan E-ÇED Projesi, dünyada ilk olma özelliğini taşımaktadır.¹⁰⁷ Ülkemizde işlemler artık E-ÇED sistemi üzerinden yürütüldüğü için Halkın Katılımı Toplantısı tutanakları da sisteme yüklenmektedir.¹⁰⁸

¹⁰⁵ ÇED Yönetmeliği m.9/5, (Erişim Tarihi 15.10.2022), <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/yonetmelik/7.5.39647.pdf>.

¹⁰⁶ CSB "Stratejik Çevresel Değerlendirme", (T.C. Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı), (Erişim Tarihi 15.10.2022), <https://scd.csb.gov.tr>.

¹⁰⁷ CSB, "E-ÇED Uygulaması Dünyada İlk Olma Özelliği Taşıyor", (T.C. Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı), (Erişim Tarihi 15.10.2022), <https://csb.gov.tr/e-ced-uygulamasi-dunyada-ilk-olma-ozelligi-tasiyor-bakanlik-faaliyetleri-1037>.

¹⁰⁸ CSB, "E-ÇED Uygulaması Dünyada İlk Olma Özelliği Taşıyor", (Erişim Tarihi 15.10.2022) <https://csb.gov.tr/e-ced-uygulamasi-dunyada-ilk-olma-ozelligi-tasiyor-bakanlik-faaliyetleri-1037>.

3. Halkın Katılımı- ÇED Sürecinin Durdurulması

Halkın Katılımı Toplantıları, ÇED süreçleri hakkında ülkemizde halkı yatırım hakkında bilgilendirmek, halkın projeye ilişkin görüş ve önerilerini almak üzere yapılan ve herhangi bir bağlayıcı niteliği olmayan toplantılar olsalar dahi, nadir de olsa özenli bir şekilde yapıldığında, bazı projelerin engellenmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu toplantılardan bir tanesi ODTÜ sınırları içerisindeki göle yakın mesafede yapılması planlanan bir otel hakkındadır. Şöyle ki;

“Eymir Gölü’ne 150 metre mesafede bir otelin inşaa edilmesi planlanmıştı. Orta Doğu Teknik Üniversitesi sınırları içinde bulunan göl çevresindeki ormanlık alan, çevre koruma alanı olarak tanımlanmıştır. ÇED Süreci, Halkın Katılımı Toplantısı sonucunda projeye yapılan itirazlar neticesinde durduruldu. Halkın Katılımı Toplantısına yüksek katılım sağlandı fakat asıl önemli nokta halkın, proje ve projenin yapılacağı alan üzerindeki etkileri hakkında detaylı bilgilendirilmiş olmasındı. Eymir Gölü çevresinde arıtma tesislerinin olmaması, bölgede çeşitli canlı türlerine yönelik hayati tehditlerin olması, ODTÜ’de yer alan gölün halka açık olmasına karşılık üniversiteye mahsus kullanım alanında yer almasına ilişkin hatalı bilgiler giderilmiş, inşaati gerçekleştiren firma tartışmada yetersiz kalmıştır.

Otel inşaatını gerçekleştiren şirket, toplantıya katılım gösteren halkı memnun edecek cevaplar veremedi. Halkın katılımı toplantısı sonrasında projeye yönelik itirazlar olması sebebiyle ÇED süreci durduruldu.”¹⁰⁹

V. ÇED Sürecine Katılımda Almanya Uygulaması ¹¹⁰

Avrupa Birliği, ÇED sürecine katılımı farklı mevzuatlar aracılığıyla uygulamaya devam etmektedir. İlk olarak 85/337/AET sayılı AB

¹⁰⁹ WWF-COSEED, “Halkın Katılımı Çevresel Karar Alma Süreçlerini Nasıl Etkiler: Dünyadan iyi Örnekler”, (Erişim Tarihi 17.10.2022), <http://co-seed.eu/assets/files/fvmVYcGTq6-halkin-katilimi-cevresel-karar-alma-sureclerini-nasil-etkiler-dunyadan-iyi-orneklerpdf.pdf>.

¹¹⁰ Umweltprüfungen UVP/SUP, (Erişim Tarihi 17.10.2022), <https://www.bmu.de/themen/bildung-beteiligung/beteiligung/umweltpruefungen-uvp-sup>.

ÇED Direktifi, 1991’de kabul edilen ESPOO Sözleşmesi, sürdürülebilir kalkınmanın uygulamaya geçişi ile ilgili 2001/42/EC sayılı Stratejik ÇED Direktifi ve son olarak çevre hukuku alanında en önemli sözleşme olarak görülen 2001 Aarhus Sözleşmesi Avrupa Birliği vatandaşlarının karar alım süreçlerinde katılımcılık ilkesi çerçevesinde önemli rol oynamalarını sağlamıştır. Avrupa Birliğinde bazı ülkeler AB ÇED Direktifine uyumlu olmak şartıyla kendi iç hukuklarında uygulamaya yönelik farklı düzenlemeler yapmıştır.¹¹¹ Alman hukukunda ise halkın ÇED Sürecine katılımı, Federal Çevre Etki Değerlendirme Kanunu (UGVP) ile düzenlenmektedir. Halkın katılımına ilişkin düzenlenmeler madde 18/1, 19, 21/1, 22 ve 42 ile yapılmıştır.¹¹²

*İlgili halk kavramı, Federal Çevre Etki Değerlendirme Kanunu 2. maddesinin 8. Fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre ilgili halk kavramının kapsamına bir projenin gerçekleştirilmesinden dolayı herhangi bir menfaatleri etkilenen gerçek veya tüzel kişiler girer.*¹¹³

*Madde 18 Halkın Katılımı*¹¹⁴

Yetkili makam, kamuoyunu projenin çevresel etkisine dahil eder. Katılım kapsamında ilgili kamuya yorum yapma fırsatı verilecektir. Aynı zamanda Çevresel Temyiz Yasası tarafından tanınan dernekler, çevre koruma konusunda yetkili makamdır. Katılım süreci, Bölüm 73 (3) cümle 1’in ve İdari Usul Kanunu’nun 5 ila 7. paragraflarının gerekliliklerini karşılamalıdır.

*Madde 19 Halkın Bilgilendirilmesi*¹¹⁵

¹¹¹ “UVP -Verfahren”, (Erişim Tarihi 17.10.2022), <https://www.usp.gv.at/umwelt-verkehr/umweltvertraeglichkeitspruefung/uvp-verfahren.html>.

¹¹² “Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)”, (Erişim Tarihi 17.10.2022), <https://www.gesetze-im-internet.de/uvpg/BjNR102050990.html>.

¹¹³ “Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)”, (Erişim Tarihi 17.10.2022), <https://www.gesetze-im-internet.de/uvpg/UVPG.pdf>.

¹¹⁴ “Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)”, (Erişim Tarihi 17.10.2022), <https://www.gesetze-im-internet.de/uvpg/UVPG.pdf>.

¹¹⁵ “Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)”, (Erişim Tarihi 17.10.2022), <https://www.gesetze-im-internet.de/uvpg/UVPG.pdf>.

(1) Katılım sürecinin başında yer alan duyuruda, yetkili makam tarafından kamuoyuna duyurulur.

1. onay kararı başvurusu veya proje geliştiricisinin çevresel uyumluluğunun incelendiği bir prosedürü başlatmak için yaptığı diğer işlemler hakkında,

2. § 5'e göre projenin ÇED yükümlülüğünün belirlenmesi ve gerekirse §§ 54 ila 56'ya göre sınır ötesi katılımın uygulanması hakkında,

3. Prosedürden ve onay kararından sorumlu makamlar hakkında, daha fazla ilgili bilginin elde edilebileceği ve hangi yorumların veya soruların sunulabileceği ve ayrıca bu yorumların veya soruların iletilmesi için belirlenen son tarihler hakkında,

4. olası bir kabul kararının niteliği hakkında,

5. ÇED raporunun sunulduğunu,

6. kararla ilgili olan ve katılım prosedürünün başladığı tarihte yetkili makamın elinde bulunan, projeye ilgili raporların ve tavsiyelerin adları hakkında,

7. 5 ve 6 numaralı belgelere göre belgelerin nerede ve ne kadar süreyle incelemeye hazır bulundurulacağı ve

8. halkın katılım prosedürünün daha fazla ayrıntısı hakkında.

(2) Yetkili makam, katılım sürecinde en az aşağıdaki belgeleri sunar:

1. ÇED raporu,

2. sorumluların projeye ilgili raporları ve tavsiyeleri

katılım sürecinin başladığı tarihte yetkilidir.

Nükleer Lisanslama Usulü Yönetmeliğinin 18. Bölüm 2. Paragrafı ve 1. Bölümüne göre prosedürlerde, belgeler, 18. Bölüm 1. Paragraf 1. Fıkra 4'ten farklı olarak, lisans veren makamda veya proje sahasına yakın uygun bir yerde düzenlenebilir.

(3) Onay kararı için önemli olabilecek ve yalnızca katılım sürecinin başlamasından sonra yetkili makamın erişebileceği diğer bilgiler, çevresel bilgilere erişime ilişkin federal ve eyalet düzenlemelerine uygun olarak halkın erişimine açılmalıdır.

*Madde 21 Halkın beyanları ve itirazları*¹¹⁶

(1) İlgili kamu, katılım kapsamında yazılı olarak beyanda bulunabilir veya yetkili makama kaydını yaptırabilir.

*Madde 22 Prosedür sırasında değişiklik olması durumunda halkın katılımının yenilenmesi*¹¹⁷

(1) Proje geliştirici, prosedür sırasında Madde 19 alt bölüm 2 uyarınca gösterilecek belgeleri değiştirirse,

bu nedenle yenilenen halk katılımı gereklidir. Ancak, değişikliklerle sınırlıdır.

Yetkili makam, bildirimde bunu belirtecektir.

(2) Yetkili makam, ek önemli veya diğer önemli çevresel etkilerden korkulmaması halinde, halkı tekrar sürece dahil etmekten kaçınmalıdır. Bu, özellikle proje geliştiricisi tarafından öngörülen önlemlerle bu tür çevresel etkilerin ortadan kaldırıldığı durumlarda geçerlidir.

*Madde 42 Halkın Katılımı*¹¹⁸

(1) Aşağıda aksi belirtilmedikçe, 18, 19, 21 ve 22. maddenin 1. fıkrasına göre halk katılımına uygulanır.

(2) Plan veya program taslağı, çevre raporu ve diğer belgeler, bunların dahil edilmesi yetkili makamın uygun göreceği en az bir aylık makul bir süre boyunca erken bir aşamada kamuya açıklanır. Teşhir yerleri, ilgililerin etkin katılımını sağlayacak şekilde, plan veya

¹¹⁶ "Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)", (Erişim Tarihi 17.10.2022), <https://www.gesetze-im-internet.de/uvpg/UVPG.pdf>.

¹¹⁷ "Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)", (Erişim Tarihi 17.10.2022), <https://www.gesetze-im-internet.de/uvpg/UVPG.pdf>.

¹¹⁸ "Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)", (Erişim Tarihi 17.10.2022), <https://www.gesetze-im-internet.de/uvpg/UVPG.pdf>.

programın niteliği ve içeriği dikkate alınarak yetkili makam tarafından belirlenir ve kamu garantilidir.

(3) Taslak plan veya program ile çevre raporu hakkında ilgililer görüş bildirebilir. Yetkili makam, beyanın yapılması için sürenin bitiminden sonra en az bir aylık makul bir süre belirler. Hesap özeti süresinin sona ermesiyle birlikte tüm bildirimler hariç tutulur,

özel hukuk kapsamındaki özel unvanlara dayanmayan. Tefsir ilanında veya beyanname dönemi ilanında buna atıfta bulunulmalıdır. Federal yasal hükümler belirli planlar ve programlar için bunu öngördüğü sürece, halka açık bir duruşma yapılacaktır.

Alman hukukunda ÇED Sürecine halkın katılımı, türk hukukuna göre çok daha detaylı düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemeler, Avrupa Birliği uyum kriterleri çerçevesinde yapılmıştır. AB ÇED Direktifi ve ESPOO Sözleşmesi katılımcılık ilkesinin düzenlenmesine büyük oranda hizmet ederken aradan 20 küsür sene geçmesine karşılık Aarhus Sözleşmesi katılımcılık ilkesinin kilometre taşı olarak kabul edilmektedir. Alman hukukunda halkın ÇED sürecine katılımı çeşitli sözleşmelere dayanması ve farklı perspektiflerden bakılarak daha özenle hazırlanması sebebiyle halkın ÇED sürecine katılımının daha aktif ve etkili bir biçimde gerçekleşmesini sağlar.

Sonuç ve Değerlendirme

Türkiye, ÇED Yönetmeliği ve Stratejik Değerlendirme Yönetmeliği ile kendi iç düzenlemelerini yaparak Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlamaya çalışmaktadır. Avrupa Birliği Ülkeleri ise başta Aarhus Sözleşmesi olmak üzere, çeşitli sözleşmelere taraf olarak ciddi mesafe kat etmiş ve aynı zamanda kendi ÇED Direktifini ve Stratejik ÇED Direktifini hazırlayarak kendi çevre mevzuatını oluşturmuştur. Alman ÇED uygulamasını incelediğimizde mevzuatın uygulamayla paralel bir şekilde geliştiğini tespit etmemiz mümkündür. Ülkemizde ise ÇED sürecine halkın katılımının formaliteden ibaret olduğunu anlaşılmaktadır. Aslında güncel Türk ÇED yönetmeliği özenle düzen-

lenmiş bir mevzuattır ve halkın katılımı detaylı olarak düzenlenmiştir. Fakat uygulamada ciddi sorunlar olduğu tespit edilmiştir.

Çevre Hukukunun ve katılımcı demokrasinin temellerini atan sözleşme, Aarhus Sözleşmesi olarak bilinen *Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Verme Sürecine Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi*'dir. Ülkemizde çevre hakkının etkili bir biçimde hayata geçirilmesi bakımından Aarhus Sözleşmesi büyük öneme sahiptir. Ulusal mevzuatın sağladığı hakların tamamı Aarhus ile tek bir sözleşmede toplanmıştır. Avrupa Birliği İlerleme Raporları incelendiğinde Türkiye'nin, AB'ye katılım sürecinde, çevre alanında en büyük eksikliği Aarhus Sözleşmesine taraf olmamasıdır. Nitekim katılım konusunda esasa ilişkin en önemli hükümler Aarhus Sözleşmesi'nde yer almaktadır. 2009 senesinden itibaren Türkiye, AB İlerleme Raporları ışığında yatay mevzuatta istikrarsız ve sınırlı bir gelişim göstermektedir, çevre politikaları, alınan siyasi kararlar ve kötü yönetilen ekonomi ile olumsuz yönde etkilenmektedir.¹¹⁹ 2013 Avrupa Birliği İlerleme Raporları incelendiğinde, üçüncü köprü, üçüncü havalimanı, çeşitli ölçekteki santraller gibi bazı önemli projelerin ÇED kapsamı dışında tutularak ilerlenmesi Türkiye'nin çevre hukuku alanında gerileme yaşadığının göstergesidir. Türkiye, Avrupa Birliği mevzuatına büyük oranda uyum sağlamış olsa bile çevre alanında en önemli sözleşme olarak nitelendirilen Aarhus Sözleşmesine taraf olmamakta ısrarcı olduğu sürece ÇED sürecinde katılımcı demokrasi kültürünü hiçbir zaman tam olarak kazanamayacaktır. Türkiye, Aarhus Sözleşmesinin kabulü ile ÇED sürecine katılım ile Avrupa Birliği standartlarına kavuşacak ve demokrasi temelli bir ÇED anlayışına sahip olacaktır.

¹¹⁹ Avrupa Komisyonu, "Avrupa Birliği İlerleme Raporu Türkiye 2013", (Erişim Tarihi 18.10.2022), https://www.ab.gov.tr/files/2013%20ilerleme%20raporu/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf.

| YAZAR BEYANI | |
|---|--|
| Mali Destek/Teşekkür Beyanı: | Bulunmamaktadır. |
| Yazarların Katkıları | Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır. |
| Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. |
| Etik Kurul Onayı: | Gerekmemektedir. |

KAYNAKÇA

Alan, Rukiye. “Çevresel Etki Değerlendirmesi Sürecinde Halkın Katılımı Toplantıları: Yapılması Gerekenler ve Yaşanan Sorunlar”, (JMO)

https://www.jmo.org.tr/resimler/ekler/030b84c2894bd6e_ek.pdf.

Ateş, Hamza, Buyruk Gökçe, Ceren. “Bir İyi Yönetişim İlkesi Olarak Katılımcılık ve Türk Kamu Yönetiminde Katılımcılığın Konumu”. Ombudsman Akademik- Özel Sayı 1 (2018): 85-87, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/645118>.

Demirkale, Sezgi, Karaburç, Ökkeş, Öztürk, Lamiha. “Yerel Yönetimlerde Subsidiarite İlkesinin Etkileri ve Uygulanabilirliği”. Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, 14/1 (2022): 48-70, <https://doi.org/10.53881/hiad.1071282>.

Demirkal, Balkan M, “Adil Yargılanma Hakkı” İçinde İnsan Hakları Hukuku, ed. İlyas Doğan, 546-548. Ankara: Astana Yayınları, 2015.

Dursun, Davut. Siyaset Bilimi. İstanbul: Beta Yayınları, 2002.

Duymaz Erkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Çevrenin Korunmasına Katkısı”. İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 0/47

(2012): 125-126. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/5694>.

Doğru, Osman, Atilla Nalbant. İHAS Açıklamalı Önemli Kararlar. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.

Güneş, Ahmet M. Çevre Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021. (Güneş, Çevre Hukuku)

Güneş, Ahmet M. "Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14/1 (2010): 310-313. (Güneş, Aarhus Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme)

Güneş, Ahmet M. "Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2012-2013) 17-18 (26-27-28-29), 26-28. (Güneş, Aarhus Sözleşmesi ve Çevresel Bilgiye Erişim Hakkı)

Güney, Dinç. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Çevre ve İnsan. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2008.

Işık, Murşit. "Avrupa Birliği'nin Yönetişim Anlayışı Çerçevesinde Bilgi Edinme Kanunu'nun Değerlendirilmesi". KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 12/19 (2010): 40-42.

Kayaer, Mesut, "Çevre ile ilgili Karar Süreçlerine Katılım". İçinde Yönetim ve Siyaset Biliminde Güncel Sorunlar, Araştırma Yaklaşımları ve Teknikleri, ed. Damla Tahtasakal, Aslı Okay Toprak, 79. Ankara: Astana Yayınları, 2021.

Kışlalı, Ahmet Taner. Siyaset Bilimi. Ankara: İmge Kitapevi, 1997.

Kocatepe, Damla. "Güvenlik Çalışmalarında Çevre Güvenliği Sorunsalı" (2018) 9 (17) KAÜİİBFD 335, 352.

Lavrysen, Luc. "The Aarhus Convention: Between Environmental Protection and Human Rights". Judge at the Belgian Constitutional Court Director of the Centre of Environmental & Energy Law of Ghent University, (2010): 663-670.

Özbudun, Ergun. Siyasal Partiler. Ankara: Ankara Üniversitesi, 1979.

Özlu, R. M. "Türkiye'de Uygulanan Çevresel Etki Değerlendirme Sürecine Halkın Katılımının Fransa'daki Uygulamayla Karşılaştırılması", *Alanya Akademik Bakış*, 5/2 (2021): 727-747.

Počuča, Milan, Marijana Mladenov, Predrag Mirković. "The Analysis of the Aarhus Convention in the Context of Good Environmental Governance", *Ekonomika Poljoprivrede*, 65/4 (2018): 1619,1620, DOI: 10.5937/ekoPolj1804615P.

Özlüer Özkaya, Ilgın. "Çevresel Konularda Bilgiye Erişim Rehberi ve Aarhus Sözleşmesi", (2018) 1 (1) Ekoloji Kolektifi Derneği <https://ekolojikolektifi.org/wp-content/uploads/2018/08/c%CC%A7evresel-konularda-bilgiye-eris%CC%A7im.pdf>

Schmidt, Manfred G. *Demokrasi Kuramlarına Giriş*, Çeviren M. Emin Köktaş, Ankara: Vadi Yayınları, 2002.

Seidler, Anne. "The role of NGOs in Environmental Impact Assessment processes in the North Sea". Environmental and Infrastructure Planning Faculty of Spatial Sciences University of Groningen & Water and Coastal Management Faculty of Computer Science, Economics and Law University of Oldenburg, 2022.

https://frw.studenttheses.ub.rug.nl/3789/1/Anne_Seidler_Final_Master_Thesis.pdf

Serter, Gencay. "Türkiye'de Çevresel Etki Değerlendirmesinin Tarihsel Süreçteki Gelişimi" https://www.spo.org.tr/resimler/ekler/d8eb9f23fbd362d_ek.pdf

Yaman, Fatih Turan. "Katılımcı Demokrasi: Kapsam ve Unsurlar". TÜİ-İBF E-Dergi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/trakyaibf/issue/33986/330573144>.

Yıldırım Kara, Özlem. “Türkiye’de İyi Yönetişim”. Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi, 6/2 (2018): 275-276, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/508310>

YARGI KARARI

Anayasa Mahkemesi. 08.07.2009, K. 2009/9 (11.10.2022). <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/07/20090708-9.htm>.

AİHM Büyük Daire. 19.02.1998, A. 116/1996/735/932, (13.10.2022).[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22Guerra%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDC%22HAMBER%22\],\[%22CHAMBER%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-58135%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22Guerra%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRANDC%22HAMBER%22],[%22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-58135%22]}).

AİHM 3. Daire. 10.10.2004, A. 46117/99, (13.10.2022). [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%22ta%C5%9Fk%C4%B1n%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22GRAND%22CHAMBER%22\],\[%22CHAMBER%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-67401%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22ta%C5%9Fk%C4%B1n%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRAND%22CHAMBER%22],[%22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-67401%22]})

Danıştay 6. Daire.13.06.1994, K. 1994/4393, (13.10.2022). <https://www.dogadernegi.org/wp-content/uploads/2022/10/ced-yonetmeligi-iptal-davasi.pdf>.

İNTERNET KAYNAKLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi”, (Erişim Tarihi 13.10.2022), https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_tur.pdf

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesine İlişkin Rehber”, (Erişim Tarihi 13.10.2022), https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf.

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi”, (Erişim Tarihi 13.10.2022),
https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf.

AİHM, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, (Erişim Tarihi 13.10.2022),
https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf.

“Active Citizenship Policy”, (Erişim Tarihi 12.10.2022),
<https://www.aarhus.dk/media/6603/policy-for-active-citizenship.pdf>.

AÜA, “Çevresel Etki Değerlendirmesinin kökeni ve gelişimi”, (Erişim tarihi 10.10.2022),
https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/149200/mod_resource/content/0/3%20%C3%87EDin%20geli%20ve%20k%C3%B6keni.pdf.

Avrupa Komisyonu, “Avrupa Birliği İlerleme Raporu Türkiye 2013”, (Erişim Tarihi 18.10.2022),
https://www.ab.gov.tr/files/2013%20ilerleme%20raporu/2013_ilerleme_raporu_tr.pdf.

Avrupa Komisyonu, “Avrupa Birliği ÇED Direktifi”, (Erişim Tarihi 10.10.2022),
<https://ec.europa.eu/environment/eia/eia-legalcontext>.

Mevzuat Bilgi Sistemi, “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu madde 15-27”, (Erişim Tarihi 14.10.2022),
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4982.pdf>.

Emanuel Bertrand, “The European Commission’s White Paper on European Governance (2001)”, (Erişim Tarihi 12.10.2022),
<https://ehne.fr/en/encyclopedia/themes/material-civilization/expertise-and-knowledge/european-commission%E2%80%99s-white-paper-european-governance-2001>.

Birleşmiş Milletler, “United Nations Conference on Environment and Development”, (Erişim Tarihi 11.10.2022), <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>.

Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (Espoo Convention)”, (Erişim Tarihi 11.10.2022), https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-4&chapter=27&clang=en.

Birleşmiş Milletler, “13. Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters”, (Erişim Tarihi 12.10.2022), https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27.

“Court of Justice of the European Union Public Access to Environmental Information”, (Erişim Tarihi 12.10.2022), https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-05/fiche_thematique_-_environnement_-_en.pdf.

Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters”, (Erişim Tarihi 12.10.2022), <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

CSB, “Stratejik Çevresel Değerlendirme”, (Erişim Tarihi 15.10.2022), <https://scd.csb.gov.tr>.

CSB, “STRATEJİK ÇEVRESEL DEĞERLENDİRME YÖNETMELİĞİ’NİN UYGULANMASI TEKNİK YARDIM PROJESİ”, (Erişim Tarihi 15.10.2022), https://webdosya.csb.gov.tr/db/scd/menu/agri-sector-guideline-tr_20181108035606.pdf 4.

CSB, “E-ÇED Uygulaması Dünyada İlk Olma Özelliği Taşıyor”, (T.C. Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, 3 Eylül 2014), (Erişim Tarihi 15.10.2022), <https://csb.gov.tr/e-ced-uygulamasi-dunyada-ilk-olma-ozelligi-tasiyor-bakanlik-faaliyetleri-1037>.

Mevzuat Bilgi Sistemi, “ÇED Yönetmeliği”, (Erişim Tarihi 15.10.2022),
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/yonetmelik/7.5.39647.pdf>.

Mevzuat Bilgi Sistemi, “Çevre Kanunu”, (Erişim Tarihi 14.10.2022),
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2872.pdf>

“Espoo Convention”, (Erişim Tarihi 13.10.2022),
<https://unece.org/environment-policy/environmental-assessment/text-convention#article2>.

“Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)”, (Erişim Tarihi 17.10.2022),
<https://www.gesetze-im-internet.de/uvpg/BJNR102050990.html>.

GSA, “ABD Ulusal Çevre Politikası Yasası”, (General Services Administration, 26 Şubat 2019), (Erişim Tarihi 10.10.2022),
<https://www.gsa.gov/real-estate/environmental-programs/national-environmental-policy-act>.

“HALKIN KARARLARA KATILIMINI SAVUNMAK, Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği İptal Davası”,
<https://www.dogadernegi.org/wp-content/uploads/2022/10/ced-yonetmeliği-iptal-davasi.pdf>

MFA ‘Sürdürülebilir Kalkınma’ (T.C. Dışişleri Bakanlığı) (Erişim Tarihi 10.10.2022)
<https://www.mfa.gov.tr/surdurulebilir-kalkinma.tr.mfa>

TBB “Çevreyi Dolayısıyla İnsan Sağlığını İlgilendiren Hukuk Belgeleri-Kısa Tarihçe” (Türkiye Barolar Birliği) (Erişim Tarihi 11.10.2022) <https://www.ttb.org.tr/eweb/bergama/3.html>

TEPAV, “Stratejik Yerel Yönetim”, (Erişim Tarihi 12.10.2022),
[https://www.tepav.org.tr/upload/files/1408538775-7.Yonetisim ve Katilim.pdf](https://www.tepav.org.tr/upload/files/1408538775-7.Yonetisim%20ve%20Katilim.pdf).

Umweltprüfungen UVP/SUP, (Erişim Tarihi 17.10.2022),
<https://www.bmuv.de/themen/bildung-beteiligung/beteiligung/umweltpruefungen-uvp-sup>.

“UVP -Verfahren”, (Erişim Tarihi 17.10.2022),
<https://www.usp.gv.at/umwelt-verkehr/umweltvertraeglichkeitspruefung/uvp-verfahren.html>.

“White Paper on governance”, <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/white-paper-on-governance.html>

WWF “Halkın Katılımı Çevresel Karar Alma Süreçlerini Nasıl Etkiler: Dünyadan iyi Örnekler”, (Erişim Tarihi 17.10.2022), <http://co-seed.eu/assets/files/fvmVYcGTq6-halkin-katilimi-cevresel-karar-alma-sureclerini-nasil-etkiler-dunyadan-iyi-orneklerpdf.pdf>.