

ISSN: 1303 - 4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

**Cilt: XVI, Sayı: 1
Vol. XVI, No. 1
Yıl / Year: 2019**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / Publisher

Prof. Dr. Canan Aykut Bingöl (Rektör / Rector), Yeditepe Üniversitesi adına / *On Behalf of Yeditepe University*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor

Prof. Dr. Oktay Uygun
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

Editör Yardımcıları / Associate Editors

Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teknik Hazırlık / Layout and Page Design

Ar. Gör. Alperen Asım Koruk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar. Gör. Serhat Özkan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul
Tel.: (0216) 578 07 67

İnternet Adresi / Web Address

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/you-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of ULAKBİM (Turkish Academic Network and Information Center).

Baskı ve Cilt / Printed by

Pasifik Ofset
Cihangir Mah. Güvercin Cad. No:3/1 Baha İş Merkezi a Blok K. 2
34310 Haramidere Avcılar İstanbul
Sertifika No: 12027

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / Publication Date

Ocak / *January* 2019

ISSN: 1303 - 4650

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri
All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to

E-posta / E-mail: yuhfd@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Editör / Editor : (Oktay Uygun) oktayuygun@yahoo.com

Editör Yardımcıları / Associate Editors :

(Semin Töner Şen) stonersen@gmail.com

(Onur Özcan) onurozcan@yahoo.com

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos
Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.
Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2017

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.

Dergiye yapılan atıflarda “**YÜHFD**” kısaltması kullanılmalıdır.

*For citations please use the abbreviation: “**YUHFD**”*

YUHFD Vol. XVI No.1 (2019)

Dergimiz Hakkında

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar incelemeleri ve çevirilere yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

About Our Journal

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHF D) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, translations, case notes and comments. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İİBF

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdoğan Bülbül, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Ocak ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir. *The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year in January and June.*

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve çevirilerdir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakatı da iletilmelidir. Çeviriler hakem değerlendirilmesine tabi tutulur. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes, comments and translations which are written in Turkish and in other European languages are welcome. In addition to the text of the translation, the consent of the beneficiaries and the original text should be submitted. Translations are also subject to referee evaluation.

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

*Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**). There is no need to submit any hardcopy of the article.*

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, orcid numarasına, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s), orcid id(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.
*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.
The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.

12) Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

In the first review by the Editorial Board, the manuscripts, which are clearly determined not to comply with the publication and submission requirements, are sent to the author to make the necessary corrections before being sent to the referee. Manuscripts that do not meet the scientific criteria are returned to the author without being sent to the referee by the Editorial Board. The manuscripts found suitable by the Editorial Board are submitted for review by two referees. According to the report from the referees, it is decided to publish, correct or refuse the manuscript. The contributor(s) is immediately informed of the situation. The Editorial Board can send completed or revised text to the referee again.

13) Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

14) Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

15) Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir PDF dosyası şeklinde **ULAKBİM** Online Dergi Takip Sistemine (ODİS) ve Hukuk Fakültesinin web sitesine yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da **ULAKBİM**'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS) and Faculty of Law website**. Also two copies of the published issue will be delivered to **ULAKBİM** by cargo.*

16) Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).

17) Dergimizin Ocak sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Kasım, Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Nisandır. Bu tarihlerden sonra ulaşan yazılar bir sonraki sayı için değerlendirmeye alınacaktır.

The last article accepted for January issue of our journal is 20 November, and the last article for June issue is 20 April. The articles that reach after these dates will be evaluated for the next issue.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: XVI, Sayı: 1, Yıl: 2019

İÇİNDEKİLER

ONARICI ADALET YAKLAŞIMI VE KAVRAMSAL TEMELLERİ
Dr. Öğr. Üyesi Galma Akdeniz1

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
e-posta: galma.akdeniz@bilgi.edu.tr

ELEKTRONİK TEBLİGAT - TÜRKİYE, İSVİÇRE, ALMANYA ve
İNGİLTERE KARŞILAŞTIRMASI

Alya Yamakoğlu & Serkan Altoprak25

Stajyer Avukat, İstanbul Barosu & Stajyer Avukat, İstanbul Barosu
e-posta: alyayamak@gmail.com & saltoprak@koksav.av.tr

YENİ SİYASAL REJİMİN YEREL YÖNETİMLERE
YANSIMALARI

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu.....39

Girne Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
e-posta: kkanadoglu@yahoo.com.tr

İDARİ YAPTIRIMLARIN YARGISAL DENETİMİNDE GÖREVLİ
YARGI YERİNİN BELİRLENMESİ

Arş. Gör. Onur Kaplan55

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi
e-posta: onur.kaplan@bilgi.edu.tr

BOŞANMA DAVALARINDA KESİN HÜKÜM

Fatih Karamercan76

Avukat, İzmir Barosu

e-posta: fatihkaramercan@gmail.com

MALİ EYLEM GÖREV GÜCÜ'NÜN GÖNÜLLÜ VERGİ UYUMUNA İLİŞKİN PRENSİPLERİ VE TÜRKİYE'DE VARLIK BARIŞI'NIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Alperen Asım Koruk112

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi

e-posta: alperenasimkoruk@gmail.com

ULUSLARARASI HUKUK BAKIŞ AÇISI İLE GÖÇMEN VE MÜLTECI HAKLARINA KISA BİR BAKIŞ

Dr. Öğr. Üyesi Semir Töner Şen.....133

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

e-posta: stonersen@gmail.com

İNSAN TİCARETİ ULUSLARARASI HUKUKUN TANIMSAL ÇIKMAZI İÇERİSİNDE GÖLGELENMEKTE MİDİR?

Dr. Ekin Deniz Uzun.....155

Ankara Yıldırım Bayazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: ekndnz@hotmail.com

BİRİNCİ VE İKİNCİ BOĞAZ KÖPRÜLERİNDEN GEÇİŞ ÜCRETLERİNDE AF

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk183

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi

e-posta: huzelturk@superonline.com

YAPAY ZEKA ALANINDA GÜNCEL GELİŞMELER VE ROBOT KAYNAKLI ZARARLARDAN SORUMLULUK

Dr. Semih Yünlü.....189

İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi

e-posta: semih.yunlu@yeniyuzuyil.edu.tr

BİR MÜLKİYET NESNESİ OLARAK ÇATIŞMALAR

Çevirenler:Dr. Öğr. Üyesi Galma AKDENİZ&Ezgi TABOĞLU.....215

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi & Avukat,

İstanbul Barosu

e-posta: ezgitab@gmail.com

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume: XVI, No: 1, Year: 2019

CONTENTS

RESTORATIVE JUSTICE APPROACH AND ITS CONCEPTUAL ORIGINS

Asst. Prof. Dr. Galma Akdeniz1
Faculty Member, Bilgi University Faculty of Law
e-mail: galma.akdeniz@bilgi.edu.tr

ELECTRONIC SERVICE OF DOCUMENTS - A COMPARATIVE STUDY BETWEEN TURKISH, SWISS, GERMAN AND ENGLISH REGULATIONS

Alya Yamakoğlu & Serkan Altoprak.....25
Legal Trainee, Istanbul Bar Association & Legal Trainee, Istanbul Bar Association
e-mail: alyayamak@gmail.com & saltoprak@koksav.av.tr

REFLECTIONS OF NEW POLITICAL REGIME ON LOCAL GOVERNMENTS

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu.....39
Faculty Member, Girne University Faculty of Law
e-mail: kkanadoglu@yahoo.com.tr

DETERMINING THE JURISDICTION AUTHORITY AGAINST THE DECISIONS OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS

Onur Kaplan55
Research Assistant, Istanbul Bilgi University Faculty of Law
e-mail: onur.kaplan@bilgi.edu.tr

RES JUDICATA IN DIVORCE CASES

Fatih Karamercan76
Attorney at Law, Izmir Bar Association
e-mail: fatihkaramercan@gmail.com

FINANCIAL ACTION TASK FORCE PRINCIPLES FOR VOLUNTARY TAX COMPLIANCE AND AN ASSESSMENT OF WEALTH AMNESTY IN TURKEY

Alperen Asim Koruk112

Research Assistant, Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: alperenasimkoruk@gmail.com

A SHORT INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE OF IMMIGRANT AND REFUGEE RIGHTS

Asst. Prof. Dr. Semin Töner Şen133

Faculty Member, Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: stonersen@gmail.com

DEFINITIONAL QUAGMIRE OF HUMAN TRAFFICKING UNDER INTERNATIONAL LAW: MAKING A TRAVESTY OF THIS PHENOMENON?

Dr. Ekin Deniz Uzun155

Ankara Yildirim Bayazit University Faculty of Law

e-mail: ekndnz@hotmail.com

AMNESTY REGARDING FIRST AND SECOND BOSPHORUS BRIDGE TALL

Prof. Dr. Hakan Uzelturk.....183

Faculty Member, Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: huzelturk@superonline.com

CURRENT DEVELOPMENTS ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LIABILITY FOR ROBOT CAUSED DAMAGES

Dr. Semih Yunlu.....189

Research Assistant, İstanbul Yeni Yüzyıl Faculty of Law

e-mail: semih.yunlu@yeniyuzyil.edu.tr

CONFLICTS AS PROPERTY

Translator: Asst. Prof. Dr. Galma AKDENİZ & Ezgi TABOĞLU.....215

Faculty Member, Bilgi University Faculty of Law & Attorney at Law, Istanbul Bar Association

e-mail: ezgitab@gmail.com

ONARICI ADALET YAKLAŞIMI VE KAVRAMSAL TEMELLERİ

(RESTORATIVE JUSTICE APPROACH AND ITS CONCEPTUAL ORIGINS)

Dr. Öğr. Üyesi Galma Akdeniz * **

ÖZ

Bu makalenin amacı onarıcı adalet kavramının ortaya çıktığını akademik Zeitgeist'i inceleyerek, adalet tartışmaları çerçevesinde onarıcılık kavramının tarihsel başlangıçlarını analiz etmektir. Bu amaçla, onarıcı süreçlerin temel özellikleri tartışıldıktan sonra, onarıcı bakış açısının popülerite kazandığı 1970'lerde adalet ve cezalandırma politikaları alanında öne çıkan ve onarıcı hareketine ilham veren tartışmalar incelenmiştir. Onarıcı adaletin, suç ve adalet politikaları alanında yeni bir bakış açısı olarak şekillenmesine temel oluşturan ve temel eser olarak kabul edilen üç makalenin (Eglish, 1958; Barnett, 1977; ve Christie 1977) katkıları detaylı olarak analiz edilmiştir. Bununla kalmayarak, onarıcı adalet literatürünün başlangıcı sayılan Nils Christie'nin (1977) makalesinin Türkçe çevirisi de bu makalenin ekinde okuyuculara sunulmuştur. Böylece, bu makalenin literatürdeki yerini tartışarak, nasıl okunması ve anlaşılması gerektiğine dair bir çerçeve oluşturulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Onarıcı adalet; Uzlaştırma, Ceza hukuku; Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Ceza adaleti.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the historical beginning of the restorative concept in the context of justice, by exploring the academic zeitgeist in which it emerged. To achieve this, first the main characteristics of the restorative process are discussed, followed by the discussion of justice and penal policy debates that were prominent in the 1970s – the time period when restorative justice ideas gained their ground. Contributions of three articles (Eglish, 1958; Barnett, 1977; and Christie 1977) which were

Eserin Dergimize geliş tarihi: 23.11.2018. İlk hakem raporu tarihi: 03.01.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 03.01.2019. Onaylanma Tarihi: 10.01.2019.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7255-8260

Eserin Atf Şekli: Galma Akdeniz, "Onarıcı Adalet Yaklaşımı ve Kavramsal Temelleri", YUHFD, C.XVI, 2019/1, s.1-23

published as restorative justice concept had started to emerge as a new approach to crime and justice debate in this time period, and are considered to be formative for the restorative justice debate, have been analyzed. Further, the translation of one of those articles (Christie 1977) has been provided as an Annex to the paper. In this way, by first discussing the place of this article in the restorative justice literature, a framework for its reading and understanding has been constructed.

Keywords: *Restorative justice; Victim-offender mediation; Criminal law; Alternative Dispute Resolution; Criminal Justice*

Türkiye’de “onarıcı adalet” kavramı, uzlaştırmanın 2005’te yürürlüğe giren 5237 nolu Türk Ceza Kanunu ve 5271 nolu Ceza Muhakeme Kanununda yer almasıyla beraber tartışılmaya başlanmıştır. Uzlaştırma, hem 5271 nolu kanunun 2004’te ilk kabul edildiği haliyle, hem de sonraki değişikliklerle beraber¹ onarıcı adalet mekanizmalarından biri olan “mağdur-fail arabuluculuğu”² olarak ve bir diversiyon³ yöntemi olarak kullanılarak Türkiye’deki ceza adalet sistemine girdi.

2005’te mevzuata ilk girdiği dönemde, onarıcı adalet Türkiye’de yaygın olarak bilinen bir adalet yaklaşımı değildi. Fakat, ilgili kanunun madde gerekçelerine bakıldığında, bu mekanizmanın Türkiye’deki ceza adalet sistemine getirilirken, yasa koyucunun uzlaşmanın arkasında yatan onarıcı adalet çerçevesinin ve amacının bilincinde olduğu net bir şekilde anlaşılmaktadır. Örneğin, CMK’nın Madde Gerekçelerinde, uzlaşmaya ilişkin 265. maddede bu yüzyılın adalet anlayışında onarıcılığın önemine şu şekilde vurgu yapılmıştır:

“...ceza adaleti yerine getirilirken, mağdurun tatmin edilmesini de ön plâna çıkarmış bulunmaktadır: Suça karşı sadece ceza yaptırımını yeterli değildir; zararın giderilmesi ve onarım en başta gelen amaç sayılmalıdır.”⁴

¹ 5271 Nolu Ceza Muhakeme Kanununun tüm değişiklikleri için bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.aspx?MevzuatKod=1.5.5271&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=5271> (son erişim 6 Kasım 2017)

² Türkiye’de *uzlaşma* olarak isimlendiren mekanizma, İngilizce’de “victim-offender mediation” (mağdur-fail arabuluculuğu) olarak bilinir.

³ Suçlara ceza adalet sistemi çerçevesinde yargılama ve cezalandırma yoluyla yanıt vermek yerine, alternatif yöntemlerle yönetme mekanizmalarına kısaca “diversiyon” denir. Türkiye’deki uzlaştırma, ön ödeme gibi uygulamalar bu kapsama girer.

⁴ 5271 nolu Ceza Muhakemesi Kanununun Adalet Komisyonu tarafından sunulan raporda yer alan madde gerekçesi, s. 104.

Gereçtede, uzlaşma ve diğer bir takım uygulamalar kısaca özetlendikten sonra, “Bu çeşit uygulamalara “onarıcı adalet” denilmektedir”⁵ denmiştir. Dolayısıyla, uzlaşmanın ceza usulümüze öncelikle *onarıcı bir adalet mekanizması* olarak dahil edildiği anlaşılmaktadır. Bu netlik şu açıdan önem taşımaktadır: Meclis’te uzlaşma “Anglosakson hukukundan ithal edilen” ve “bizim sistemimize uygun olmayan” bir uygulama olarak tartışılmasına rağmen⁶, anlaşılıyor ki yasa koyucu sadece Avrupa’da değil tüm dünyada uygulaması gelişen⁷ ve gitgide daha çok kabul gören ve cezalandırıcı adalet yaklaşımına olası bir alternatif olarak görülen onarıcı adalet yaklaşımını ve yöntemlerini Türkiye’de de devreye sokmaya bilinçli bir şekilde niyetliydi.

Uzlaşmanın, ve böylece onarıcı adalet yaklaşımının, Türkiye’de hukuk alanına girmesiyle beraber bu konuda bir çok bilimsel çalışma ve yayın yapılmıştır ve hala da yapılmaya devam edilmektedir.⁸ Maalesef bir çok

⁵ 5271 nolu Ceza Muhakemesi Kanununun Adalet Komisyonu tarafından sunulan raporda yer alan madde gerekçesi, s. 105.

⁶ Celal Ülgen ve Coşku Ongun (Hazırlayanlar), “Ceza Yasalarında Değişiklik Yapan Yasaların TBMM Tutanaklarından Alıntılar”, *İstanbul Barosu Dergisi*, “Ceza Hukuku” Özel Sayı, Ankara 2007, s. 287.

⁷ Ivo Aertsen ve David Miers, “To Go to Law or Not to Go to Law: Regulating Restorative Justice”; David Miers ve Ivo Aertsen (Der.), *Regulating Restorative Justice: A Comparative Study of Legislative Provisions in European Countries* içinde, Almanya 2012, Verlag für Polizeiwissenschaft.

⁸ 2005’ten bugüne kadar konuda yayın yapmış bir çok bilim insanı arasında özellikle Mustafa Serdar Özbek’in uzlaşma konusundaki çalışmaları önce çıkmaktadır (bazı örnekleri için bkz. Mustafa Serdar Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk” Konulu Tavsiye Kararı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2005, C. 1, s. 71-102; Mustafa Serdar Özbek, “Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2007, C. 56, S. 4, s. 123-205; Mustafa Serdar Özbek, “Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alterantif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması”, *Kazanıcı Hukuk Dergisi*, İstanbul 2010, C. 1, s. 116-183. Ekrem Çetintürk’ün çalışması bu konudaki uluslararası literatürün çok geniş bir tartışmasını sunarak Türkçe’ye daha çevrilmeyen onarıcı adalet konusundaki temel kaynakları Türkçe literatüre kazandırmıştır (bkz Ekrem Çetintürk, *Onarıcı Adalet, Ceza Sistemindeki Uzlaştırma Kurumunun Temelini Teşkil Eden Adalet Anlayışı*, Ankara 2008, HD Yayıncılığı; Ekrem Çetintürk, *Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, Ankara 2009, HD Yayıncılığı; Ekrem Çetintürk, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sistemlerinde Uzlaştırma*, Ankara 2017, Adalet Yayınevi). Bunların dışında, bir çok kitap ve bilimsel dergide bu konuda çalışmalar yayınlanmıştır (bazı örnekler için bkz: Şamil Demir, “Arabuluculuk İle Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2014, C. 2, s. 213-228; Mualla Buket Arslan Soygut, “A Mediation Model from Turkish Criminal Justice System: A Critical Reflection on Current Situation”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2014, C. 9, S. 123-124, s. 119-137; Mualla Buket Arslan Soygut, *Türk Ceza ve Ceza* YUHFD Vol. XVI No.1 (2019)

alandaki gibi, bu alandaki temel literatür de Türkçe'ye çevrilmemiştir⁹. Oysa yabancı literatüre (bu konuda genelde İngilizce) erişim kolay değildir. Bu durum, onarıcı adalet hakkında Türkiye'de düşünce geliştirilmesini ve araştırma yapılmasını zorlaştırmaktadır.

Bu makalede amacım iki yönlüdür. Öncelikle onarıcı adalet kavramının nasıl bir akademik Zeitgeistin içinde ortaya çıktığını tartışarak, onarıcılık kavramının tarihsel başlangıçlarını analiz etmektir. Bunu yaparken, cezalandırma politikaları alanında bu dönemde öne çıkan tartışmalarda onarıcı bakış açısının nasıl bir yer aldığını da anlatacağım. Ayrıca, *onarma* teriminin ilk kullanıldığı ve onarıcı literatürün temelini oluşturan makaleleri de analiz edeceğim. Bununla kalmayarak, onarıcı adalet literatürünün bir başlangıcı sayılan 1977'de *British Journal of Criminology*'de yayınlanan Nils Christie'nin "Bir Mülkiyet Nesnesi Olarak Çatışmalar"¹⁰ makalesinin Türkçe çevirisini de bu makalenin ekinde okuyuculara sunmaktayım. Böylece, bu makalenin literatürdeki yerinin ne olduğunu da anlatarak, nasıl okunması ve anlaşılması gerektiğini gösterecek bir çerçeve oluşturmayı amaçlıyorum.

Onarıcı Adalet Kavramı ve Mekanizmaları

"Onarıcı adaletin ne olduğuna dair tek ve herkesi memnun edecek bir tanım bulunmuyor" onarıcı adalet literatüründe sıklıkla karşılaşılan bir cümledir.¹¹ Nitekim farklı yayınlarda ve farklı kurumlarda değişik tanımlar

Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu, İstanbul 2008, Galatasaray Üniversitesi Yayınları; Öznur Sevdiren, "Cezalandırmada bir Paradigma Değişikliği Olarak Onarıcı Adalet Felsefesi: Bir Sentez Denemesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Ankara 2011, C. 6, S.15, s.103-130; Şener Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliği Tetikleyen Şartlar", *Polis Bilimleri Dergisi*, Ankara 2011, C. 13, S. 4, s. 127-151; Soner H. Çetin, "Ceza Muhakemesi Kanunda Uzlaşma (CMK m. 253, 254, 255)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2009, C. 82, s. 1-33; Abdullah Batuhan Baytaç, "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 2013, C. 71, S. 1, s. 117-129; Hakan A. Yavuz, "Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2015, C. 6, S. 23, s. 85-115; Ayşe Nuhuğlu, "Uzlaşma Bakımından Şikayete Bağlı Suçlar", *Kazancı Hukuk Dergisi, Uzlaşma Özel Sayısı*, Ankara 2010, s. 86-93.

⁹ İstisnası, UNODC tarafından yayınlanan *Onarıcı Adalet Programları El Kitabı'dır* (UNODC, *Onarıcı Adalet Programları El Kitabı*, New York, 2006, Birleşmiş Milletler).

¹⁰ Makalenin orijinal İngilizce başlığı "Conflicts as Property"dir. Bunu "Bir Mülkiyet Nesnesi Olarak Çatışmalar" olarak çevirdik. Çetintürk (2008, s. 30) "Uyuşmazlıkların Sahipliği" olarak da çevirmiştir.

¹¹ Gerry Johnstone ve Daniel W. Van Ness, "The Meaning of Restorative Justice"; Gerry Johnstone ve Daniel W. Van Ness (Der.), *Handbook of Restorative Justice* içinde, Birleşik Krallık 2007, Willan Publishing; Theo Gavrielides, "Restorative Justice—The Perplexing YUHFD Cilt. XVI No.1 (2019)

kullanılmaktadır. Daha dar kapsamlı tanımlar, onarıcılık özelliği taşıyan bazı mekanizmaları tanım dışında bıraktıklarından dolayı eleştirilirken (örneğin, mağduru hiç dahil etmeden, öncelikle faili rehabilite etmeye yönelik toplum içinde gerçekleşen alternatif ceza modelleri), kapsamı daha geniş tanımlar da o kadar kapsayıcı hale gelmektedir ki, anlamlı olmaktan çıkıyor (örneğin, mağdura yönelik tazminatı hedefleyen, klasik tazminat davaları da dahil, her tür uygulama).¹² Bu tartışmanın akademik literatürde sürekli tekrarlanıyor olması, pratikte onarıcı adalete dayanan uygulamaların gelişmesine engel olmamıştır.¹³ Bu nedenle, onarıcı adalete belki de bir üst kavram ya da teorik temel olarak değil de, ceza adalet sistemlerinde yer alan bazı uygulamaların ortak özelliklerine şekil veren bir adalet yaklaşımı olarak düşünmek önem taşır. Takip eden bölümde, bu ortak özelliklerin ne olduğuna bakalım.

Onarıcı olarak tanımlanan mekanizmaların listesi uzun olabilir, ama uzlaşma¹⁴, mağdur-fail arabuluculuğu, çemberler, ve aile veya toplum konferansları (ve tüm bunların türevlerinin) onarıcı mekanizmalar olduğu genel olarak kabul edilir.¹⁵ Farklı ülkelerde bu mekanizmalar hukuki anlamda farklı şekillerde düzenlenmiştir ve pratik olarak da farklı şekillerde işlemektedir: Dahil edilen suçların kapsamı farklı olduğu gibi, mekanizmaların hukuki anlamda statüleri de farklıdır. Adalet sisteminin içindeki yerleri değişken ya da mekanizmalardan yararlanma ve sunma biçimleri ve yöntemleri de çeşitlidir.¹⁶ Fakat tüm bu çeşitliliğe rağmen, onarıcı tüm bu mekanizmaların bazı ortak noktaları da bulunuyor: Gayri resmi ortamda gerçekleşen bir karşılaşma içermesi; zararı tanımlama ve

Concept: Conceptual Fault-lines and Power Battles Within the Restorative Justice Movement”, *Criminology & Criminal Justice*, Birleşik Krallık 2008, C. 8, S. 2, s. 165–183.

¹² Gavrielides, 2008.

¹³ Onarıcı adalet temelli uygulamaların farklı ülkelerdeki gelişimi hakkında bilgi için bkz: Ivo Aertsen, Tom Daems ve Luc Robert (Der.), *Institutionalizing Restorative Justice*, Birleşik Krallık 2006, Willan Publishing.

¹⁴ Bu metinde “uzlaşma” kelimesi, özellikle CMK’da tanımlanan Uzlaşma uygulamasından bahsedilemediği yerlerde, “reconciliation” kelimesinin çevirisi olarak kullanılmaktadır.

¹⁵ Farklı onarıcı mekanizmaların tanım ve özellikleri için bkz: UNODC, 2006 ve Çetintürk, 2008.

¹⁶ Clara Casado Coronas, “Mağdur-Fail Arabuluculuğu Hizmetlerinde İyi Uygulamalar”; Galma Jahic ve Burcu Yeşiladalı (Der.), *Onarıcı Adalet - Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı* içinde, İstanbul 2008, İstanbul Bilgi Üniversitesi; David Miers ve Joline Willemsens (Der.), *Mapping Restorative Justice: Development in European Countries*, Belçika 2004, European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice; Miers ve Aertsen, 2012.

giderme odaklılığı; katılım ve sorumluluk üstlenme beklentisi; ve dönüştürücü sonuç.

1. Karşılaşma¹⁷

Karşılaşma onarıcı mekanizmaların temel kavramıdır. Karşılaşma, suç meselesinde taraf olan ya da kendini paydaş olarak gören kişilerin, ceza adalet sisteminin resmi kurumlarının dışında bir araya gelmesini amaçlar.¹⁸ Her ne kadar bu tarz mekanizmaların adalet sistemlerine bir takım bağlantıları olsa da (yargılama veya cezalandırma alternatifi olarak, ya da denetimli serbestlik veya erken salıverilme şartı olarak), karşılaşma kısmı genelde resmî kurumların dışında ve resmi olmayan bir şekilde yürütülür. Sözkonusu karşılaşmanın bu şekilde yürütülmesi (mahkemelerin resmi ortamından ziyade), sürecin kurumlar yerine insan odaklılığını vurgulamaktadır. Diğer yandan, karşılaşma çerçevesinde sonuç ve çözümlerin geliştirilmesinin de katılımcılara bırakılması, onarıcı adaletin sübjektif adalet yaklaşımını öne çıkarmaktadır, çünkü neyin *adalet* olduğunu resmi kurum, kural ve usuller yerine, katılımcılar kendileri belirlemektedir.¹⁹

2. Zarar (ve onarım) odaklılık

Onarıcı adalet yaklaşımı suçu birey ve devlet arasında bir çatışma yerine, bireyler arasında bir çatışma olarak görür.²⁰ Bundan dolayı da mekanizmalarında ihlal edilen hukuki kurallara değil, davranışın yarattığı zararlara odaklanır. Zararların onarılması ve düzeltilmesi asıl adalet sağlama yolu olarak kabul edilir.²¹ Bir başka deyişle, hem “zarar” anlayışı hem “adalet” anlayışı sübjektif, ve insanların şahsi perspektiflerine bağlıdır. Bu nedenle, onarıcı uygulamalarda tarafların aktif katılımcı olması esastır, çünkü

¹⁷ “Encounter” kelimesinin çevirisidir. Türkçe’ye *yüzleşme* olarak da çevrilebilir. Fakat *yüzleşme* – “yaptığınla yüzleşmek”, “yarattığın zararlarla yüzleşmek” olarak da anlaşılacağı için, o kelimeyi tercih etmedim. Onarıcı adalet mekanizmalarında bu tarz yüzleşme, karşılaşmalar çerçevesinde gerçekleşebilir; bu anlamda karşılaşma yüzleşmenin gerçekleşmesini sağlayan bir mekanizmadır.

¹⁸ Johnstone ve Van Ness, 2007.

¹⁹ Onarıcı adalet mekanizmaları “gerçekleri tespit etme” yöntemleri değil; cezalandırma ve ceza belirleme mekanizmalarına alternatif olarak algılanmalı (Bkz. Kathleen Daly ve Gitana Proietti-Scifoni, “Reparation and Restoration”; Michael Tonry (Der.), *The Oxford Handbook of Crime and Justice* içinde, Birleşik Krallık 2011, Oxford University Press, s. 210.

²⁰ Howard Zehr, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottdale 1990, Herald press.

²¹ Bennett Christopher, “Satisfying the Needs and Interest of Victims”; Gerry Johnstone ve Daniel W. Van Ness (Der.), *Handbook of Restorative Justice* içinde, Birleşik Krallık 2007, Willan Publishing.

ancak taraflar zararın ne olduğunu tanımlayabilir ve zararın nasıl giderileceğini belirleyebilir.²²

3. Katılımcılık ve sorumluluk üstlenme

Onarıcı adalet mekanizmalarında suç işleyen kişi ve suçun mağduru, süreçte pasif aktörler değil. Tam tersi, kendi sesi olan temel oyuncular; ne oldu, ne yapılmalı, ve hatta adil çözüm nedir kendileri karar verirler. Zarardan sorumlu (failin) olan kişinin davranışını ve yarattığı sonuçları anlaması ve dolayısıyla sorumluluk üstlenmesi genelde onarıcı mekanizmalarda büyük önem taşımaktadır. Hatta, hukuki düzenlemelerin bu yönde olduğu ülkelerde, sadece baştan sorumluluğunu kabul etmiş failerin olduğu dosyalar onarıcı mekanizmalara yönlendirmektedir. Sorumluluk alma bunlarda bitmiyor. İki tarafın da zararlarını tanımlaması ve bu zararların nasıl giderilebileceği konusunda fikir üretip bu konuda anlaşmaya varılması onarıcı mekanizmaların temellerinden biridir. Bu anlamda sonucun kendisi da tarafların sorumluluğundadır. Adalet taraflara empoze edilmez; onu taraflar birlikte üretir. Kısaca, adaletin üretilmesi konusunda temel paydaşlar taraflardır.²³

4. Dönüştürme

Onarıcı adalet mekanizmalarında tarafların aktif rol üstlenmesinin dönüştürücü sonuçlar doğuracağı düşünülüyor ve bu düşünce araştırmalarla da desteklenmiştir.²⁴ Zarar veren kişi yarattığı zararla yüzleşmek zorunda kalırken; mağdur da kendisine zarar veren kişiyi daha detaylı bir şekilde tanımak ve anlamak zorunda kalır. Bu şekilde normalde sadece o suç olayındaki rolleri (fail ve mağdur rolü) çerçevesinde birbirini tanıyan iki kişi, diğer tarafın pozisyonu ve bakış açısını duymak ve anlamak zorunda kaldığından toplumsal ayrışma azalır, toplumda sosyal sermaye artar, ve daha barışçıl bir sonuç ortaya çıkar.²⁵ Süreç adaleti konusundaki araştırmalar da bu bulguları doğruluyor: Tarafların sonuç üretiminde aktif rol aldıklarında, ortaya çıkan sonucu daha adil ve meşru gördükleri, ve ortaya çıkan kararlara daha saygılı davrandıkları tespit edilmiştir.²⁶ Böylece adalet süreci tarafları

²² Zehr, 1990.

²³ Zehr Howard ve Mika Harry, "Fundamental Concepts of Restorative Justice", *Contemporary Justice Review*, Birleşik Krallık 1998, C. 1, S. 1, s. 47-56.

²⁴ Johnstone ve Van Ness, 2007.

²⁵ Mara Schiff, "Satisfying the Needs and Interests of Stakeholders"; Gerry Johnstone ve Daniel W. Van Ness (Der.), *Handbook of Restorative Justice* içinde, Birleşik Krallık 2007, Willan Publishing.

²⁶ Tom Tyler, *Why People Obey the Law*, New Haven 1990, Yale University Press.

“kazanan ve kaybeden” olarak kutuplaştıran ve ayrıştıran değil, birleştiren bir süreç halini alır.

Bu anlamda, onarıcı adalet mekanizmaları birbirinden çok farklı olmalarına rağmen, yukarıda açıklanan ortak noktalar bu yaklaşımın temelleri olarak kabul edilebilir. Bu özellikleri taşımayan uygulamalara “onarıcı” demek uygun olmayabilir. Fakat bu “temeller” tek ve bütüncül bir teorik yaklaşım sonucunda ortaya çıkan prensipler bütünü değildir. Tam tersine, 1970’lerde adalet sistemine eleştirel biçimde yaklaşan ve mevcut adalet sistemlerinde bir takım radikal değişikliklerin gerekliliğini savunan bir bakış açısıyla başlayıp, kar topu gibi büyüyen ve zamanla oluşan birtakım önerilerin ürünüdür.²⁷

Onarıcı Adaletin Entelektüel ve Uygulama Temelleri

Öncelikle, 1960’larda adalet sistemlerinde sistemik olduğu anlaşılan cinsiyete ve ırka dayalı sonuç farklılıkları²⁸ ve süreçte yaşanan ayrımcılık (özellikle ABD’de, ama Avrupa ülkelerinde de benzer bir durum söz konusu), mevcut adalet sistemlerinin kökten değişmesi gerektiği düşüncesi, radikal olarak nitelenebilecek alternatiflerin tartışılmasına imkan vermiştir. Adalet sistemin yapısı ve doğası gereği, toplumdaki güç hiyerarşilerini yeniden üretiyor olduğu düşüncesi, suç konusunda değişimin mevcut sistemi düzelterek gerçekleştiremeyeceğini; yerine “adalet” kavramının kendisinin yeniden düşünülmesi, tartışılması, ve tanımlanması gerektiği anlaşılmıştı.²⁹ Kriminoloji alanındaki dönemin düşünürleri, ceza adaletinin toplum için sunulan bir hizmet değil de, bir toplumsal kontrol ve bastırma aracı olarak işlediğini tartışmaya başlandı. Bu bakış açısına göre, ceza adaleti sisteminin belli davranışları yasaklama, yargılama ve cezalandırma yetkisiyle sözkonusu

²⁷ Daniel. W. Van Ness ve Karen Heetderks Strong, *Restoring justice: An Introduction to Restorative Justice*, New Providence 2014, Routledge.

²⁸ Buradaki “farklılık”, “disparity” kelimesinin çevirisi olarak kullanılmıştır. Bu anlamda, farklılık “... bir tarafta bilinçli bir önyargıya, diğer tarafta kanunla belirlenmiş sebeplere dayalı olmayan, eşitsiz uygulamalardan dolayı ortaya çıkan tutarsız, adaletsiz, ya da bir grup için daha olumsuz sonuçlar” anlamına gelir (John Hagan ve Kristin Bumiller, “Making Sense of Sentencing: A Review and Critique of Sentencing Research”; National Research Council (Der.), *Research on Sentencing: The Search for Reform (Vol. 2)* içinde, Washington D.C. 1983, National Academies Press.

²⁹ Theo Gavrielides, “Restorative Practices: From the Early Societies to the 1970s”, *Internet Journal of Criminology*, çevrimiçi Kasım 2011, s. 1-20.

davranışları temelde siyasi bir şekilde ele almaktadır.³⁰ Özetle, dönemde yükselen eleştirel kriminoloji ekolu çerçevesinde, ceza adaleti sistemi bir “adalet” sistemi değil, siyasi bir taktik; adalet politikası da siyasi bir toplum yönetim mekanizması olarak tanımlanır.

Aynı dönemde kadınların mağduriyetleriyle ilgilenen feminist hareketten “mağdur hakları hareketi” doğmuştur.³¹ Feminist hareket adalet sisteminde kadının yerini ve mağduriyetini anlamaya odaklanmışken, adalet sisteminin sadece kadınları mağdur eden değil, genel olarak toplumda daha güçsüz olan grupları yeniden mağdur eden bir sistem olduğu tespitine varmıştı. Suç mağdurlarının, adalet sisteminde kenara itilen, sadece bir “tanık” olarak görülüp, ancak ceza adalet sürecinde işe “yaradığı” kadarıyla ilgi gören, kendi durumuna ilişkin bir destek veya çözüme erişemeyen, ve haklarını kimsenin savunmadığı aktörler olduğu anlaşılmıştı.³² Dolayısıyla, mağdur hakları hareketinin temel mücadele noktası ceza adaleti sisteminin mağdura olan bu yaklaşımını dönüştürmek olmuştur. Mevcut ceza adaleti sistemleri tamamen fail, suçluluk ve cezalandırma odaklı olduklarından, mağdurlar ve ihtiyaçları devre dışı bırakılmıştır. Birçok araştırma suç mağdurlarının ceza adaleti sürecini ikinci bir mağduriyet olarak algıladıklarını, ve sürecin sonunda, yargılamanın sonucu ne olursa olsun, kendilerini mutsuz ve memnuniyetsiz hissettiklerini göstermiştir.³³ Gerçekten de, suçla zaten hakkı ihlal edilen tarafın, adalet sürecinin sonunda hem sürecin kendisinden hem de sonuçlarından memnun olmaması ve yeniden mağdur edilmesi, sistemin amacında ve işleyişinde ciddi bir zaafın göstergesi olarak kabul edilmesi gerekir. İşte mağdur hakları hareketi bu durumu bir reform ihtiyacının göstergesi olarak kabul edip, daha mağdur odaklı bir adalet anlayışı arayışıyla ortaya çıkmıştır.³⁴

Son olarak aynı dönemde faillerin “suçluluğu”na odaklanmak yerine, sorumluluk üstlenmelerine odaklanmak ve onları cezalandırmak yerine, bir şekilde verdikleri zararı tazmin etmelerini sağlamak daha önemli, insani ve yararlı bir yaklaşım olarak tartışılmaya başlanmıştır. Keza, suç işleyen

³⁰ Francis T. Cullen ve Robert Agnew, “Critical Criminology: Power, Inequality and Crime”; Francis T. Cullen ve Robert. Agnew (Der.), *Criminological Theory: Past to present*, Los Angeles 1999, Roxbury Publishing Company, s. 296.

³¹ Simon Green, “The Victims’ Movement and Restorative Justice”; Gerry Johnstone ve Daniel W. Van Ness (Der.), *Handbook of Restorative Justice* içinde, Birleşik Krallık 2007, Willan Publishing.

³² Uli Orth, “Secondary Victimization of Crime Victims by Criminal Proceedings” *Social Justice Research*, Holanda 2002, C. 15, S. 4, s. 313-325.

³³ Orth, 2002.

³⁴ Green, 2007.

kişileri “suçlu” olarak damgalayıp, ilan edip hapse atmakla karşılaştırıldığında, zararın düzeltilmesine odaklanan uygulamaların daha az damgalayıcı olacağı, ve böylece suçluların topluma yeniden entegrasyonu kolaylaştıracağı düşüncesi ortaya çıkmıştı. Bu anlamda, suç işlemenin öncelikle “kamusal” bir mesele olduğu düşüncesi de eleştirildi. Ceza hukukunun kendisinin bile, bir adalet ve suçla mücadele aracı olarak, gerekliliği sorgulanmaya başlandı.³⁵ Bu anlamda suç karşısında adaletin ve suça verilecek yanıtın ne olması gerektiği konusundaki arayışlar alışılmış ceza adalet sisteminin kurumları ve süreçleri çerçevesinde değil, toplum ve gayri resmi yöntemlere odaklandı. Teorik tarafta ise, gayri resmi adalet, ceza adaletinde tazminat yöntemleri, dahil edici utandırma³⁶ ve benzer konulu akademik çalışmalar öne çıkmaya başlamıştı.³⁷ Politika ve uygulama tarafında, toplumda infaz edilen cezalar³⁸, toplum adalet kurulları³⁹, mahalle adalet merkezleri⁴⁰, ceza sonrası mağdur-fail uzlaşma süreçleri, arabuluculuk gibi uygulamalar hep bu arayışın ürünleridir.⁴¹ Tüm bu yeni denemeler, adaleti hiyerarşik ve resmi ceza adalet sisteminden alıp, daha toplum temelli ve yatay bir yere doğru taşımıştır.

Özetlemek gerekirse, 1970-1980 dönemi “ceza adaleti sistemi” olarak tanımlanan sistem ve buna ilişkin klasik politikaların sorgulandığı ve

³⁵ Örn. Cantor Gilbert, "An End to Crime and Punishment", *The Shingle (Philadelphia Bar Association)*, Philadelphia 1976, C. 39, S. 4, s. 99-114.

³⁶ John Braithwaite tarafından geliştirilen “Reintegrative Shaming” kavramı Türkçe’ye “bütünleştirici utandırma” olarak çevriliyor, örn Çetintürk, 2008.

³⁷ Daly ve Proietti-Scifoni, 2011.

³⁸ Kişiyi toplumdaki yerinden uzaklaştırmadan infaz edilen cezalandırma yöntemlerine İngilizce’deki literatürde “Community based sanctions” (toplum temelli cezalar) denir (bknz. Todd. R. Clear ve Anthony. A. Braga, “Community Corrections”; James Q. Wilson ve Joan Petersilia (Der.), *Crime* içinde, San Francisco, 1995, Institute for Contemporary Studies). Anlamı daha iyi aktarmak için “toplumda infaz edilen cezalar” olarak çevirdim.

³⁹ Toplum adalet kurulları (“Community justice boards”) yerel, ve genelde mahalle seviyesinde suç ve güvenlikle ilgilenen, sivil girişimlerdir. Mağdurlara destek sunan, suç işleyenlerin topluma entegrasyonu destekleyen, kanunla ihtilafa düşen çocukların rehabilitasyonu ile ilgilenen, ceza adaleti sistemine alternatif ve topluma bu anlamda hizmet sunan yapılardır (bknz. Gordon Bazemore ve Curt Taylor Griffiths, “Conferences, Circles, Boards, and Mediations: The New Wave of Community Justice Decision Making”, *Federal Probation*, Washington D.C. 1997, C. 61, s. 25-37.)

⁴⁰ Mahalle adalet merkezleri (“Community Justice Center”) genelde kırılğan gruplara adalet hizmetleri sunan sivil girişimlerdir.

⁴¹ Kathleen Daly ve Russ Immarigeon, “The Past, Present, and Future of Restorative Justice: Some Critical Reflections”, *Contemporary Justice Review*, Birleşik Krallık 1998, C. 1, S. 1, s. 21-45.

alternatif bir yaklaşım arayışının başladığı dönem olarak tanımlanabilir.⁴² Böyle bir Zeitgeist, yeni önerileri dinlemeye hazır bir kitle (akademik ve kamu hizmetlerinde) sağlarken, aynı zamanda yeni arayışlar içine girmeye hazır akademisyen ve uygulayıcıların da ortaya çıkışını kolaylaştırmıştı. Sonuç olarak, bugün artık onarıcı adalet olarak düşündüğümüz bakış açısı, 1970’lerde mağdurların ihtiyaçlarını ve faillerin topluma yeniden entegrasyonunu merkeze alan, ve ceza adaleti sistemine yönelik radikal reform çabalarından çıkan fikirler, uygulamalar, ve deneyimlerden evrilmiştir.⁴³

Böyle bir geçmişten ötürü onarıcı adaletin hem pratik hem teorik bir yaklaşım olarak, tek bir düşünürün ya da tek bir uygulayıcının ürünü ve fikri olduğu söylenemez. Fakat onarıcı adalet tartışmasına yön veren temel unsurların köklerini 1970’lerde yayınlanan bazı makalelerde bulmak mümkün. Bunlardan en önde gelen üç makale şunlardır: Albert Eglash’ın “Beyond Restitution: Creative Restitution”^{44 45 46}, Randy E. Barnett’in “Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice”^{47 48} ve Nils Christie’nin “Conflicts as Property”^{49 50}. Devam eden bölümlerde, bu üç makalenin oluşturduğu düşünce çerçevesini analiz edeceğim.

⁴² Willem De Haan, “Abolitionism and the Politics of ‘Bad Conscience’”, *Howard Journal of Criminal Justice*, Birleşik Krallık 1987, C. 26, S. 1, s.15-32; Gavrielides 2011.

⁴³ Daly ve Immarigeon, 1998.

⁴⁴ “Tazminat Ötesinde: Yaratıcı Tazminat”

⁴⁵ Eglash Albert, “Beyond Restituion: Creative Restitution”; Joe Hudson ve Burt Galaway (Der.), *Restitution in Criminal Justice: A Critical Assessment of Sanctions* içinde, Lexington 1977, Lexington Books.

⁴⁶ Bu yazı, Gavrielides’e (2011) göre, Eglash’ın 1958’de yayınladığı “Creative Restitution: A Broader Meaning for an Old Term” makalesinin büyük ölçüde yeniden basımıdır. Bundan dolayı makalenin devam eden kısımda asıl metnin orijinali olan 1958 makalesi kaynak gösterilmiştir (Albert Eglash, “Creative Restitution: A Broader Meaning for an Old Term”, *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Chicago 1958, C. 48, S. 6, s. 619-622.)

⁴⁷ “Tazminat: Ceza Adaleti için Yeni bir Paradigma”

⁴⁸ Barnett Randy E., “Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice”, *Ethics*, Chicago 1977, C. 87, S. 4, s. 279-301.

⁴⁹ “Bir Mülkiyet Nesnesi Olarak Çatışmalar”

⁵⁰ Nils Christie, “Conflicts as Property”, *The British Journal of Criminology*, Birleşik Krallık 1977, C. 17, S. 1, s. 1-15.

Eglash, Barnett ve Christie’ye Göre Onarıcı Adaletin Temel Unsurları

Onarıcı adalet tartışmalarının bir anlamda temelini atan üç ayrı makalenin 1977’de yayınlanmış olması entelektüel bir sinerji olarak düşünülebilir, ama aynı zamanda o dönemdeki yeni arayışların ürettiği bir sonuç olarak da görülebilir.

Eglash ve Onarma Kavramı

Eglash’in 1977’de yayınlanan makalesi bir düşüncenin doğru Zeitgeist’ta nasıl berraklaştığına dair çok net bir örnektir. Albert Eglash, 1950-1960’larda farklı rehabilitasyon programları çerçevesinde suçlularla çalışırken, özellikle alkol bağımlılarının takip ettiği “12 adım” temelli programlardan da ilham alarak, suça toplumsal yanıtın cezalandırıcı yerine, daha yapıcı bir yaklaşım içermesi gerektiğine dair fikirleri geliştirmeye başlamıştı.⁵¹ Bu daha yapıcı yaklaşımda kullandığı kavramlardan biri olan “restitution” kavramını, 1958’de yayınlanan “Creative Restitution: A Broader Meaning for an Old Term”⁵² isimli makalesinde tanımlıyor. “Restitution” Türkçe’ye doğrudan “tazminat” olarak çevrilse de, Eglash klasik anlamdaki bir tazminattan bahsetmediğini vurguluyor. Klasik anlamdaki tazminat ve kendisinin önerdiği “yaratıcı tazminat” arasındaki farkı makalenin ilk paragraflarında açıklıyor:

“Tazminat zarar ödentisi ya da ödenekle aynı anlamda kullanılır:

1. Maddi bir yükümlülüktür.
2. Sınırlıdır.
3. Mahkeme tarafından belirlenir.
4. Bireyin yükümlülüğüdür.

Bu makalede, maddi tazminat ya da ödenekten farklı bir tazminatın anlamını anlatmak istiyorum:

1. Yapıcı olan herhangi bir eylemdir.
2. Yaratıcı ve sınırsızdır.
3. Güdümlü ama kendisince belirlenmiş bir eylemdir⁵³.
4. Grup temelli olabilir.”⁵⁴

Eglash, “Restitution” kavramını maddi bir tazminat olarak değil, olası farklı zararları tazmin eden ve düzelten, ve sorumluluğu paylaşan insanlar /

⁵¹ Laura Mirsky, “Albert Eglash and Creative Restitution: A Precursor to Restorative Practices”, *Restorative Practices EFORUM*, çevrimiçi 3 Aralık 2003, 1-4; Shadd Maruna, “The Role of Wounded Healing in Restorative Justice: An Appreciation of Albert Eglash”, *Restorative Justice: An International Journal*, Birleşik Krallık 2014, C. 2, S. 1, s. 9-23.

⁵² “Yaratıcı Tazminat: Eski bir Kavram için Daha Geniş bir Anlam”

⁵³ Eglash “...guided, self-determined...” kelimelerini kullanmıştır.

⁵⁴ s. 619

gruplar tarafından gerçekleştirilen çeşitli *eylemler* olarak tarif ediyor. Böylece düzeltici ve yapıcı, bireyin iç mekanizmalarıyla harekete geçen (kendisince belirlenmiş), zararı düzeltme yöntemiyle, cezalandırmanın yararlarını korurken, klinik tedavinin faydalarını da devreye soktuğunu savunuyor. Maruna'ya göre, Eglash bu yaklaşımıyla suçluluğa yanıtın “aşağıya düşmüş olman senin suçun olmayabilir, ama ayağa kalmak kendi sorumluluğundur” olması gerektiğini ileri sürmüştür.⁵⁵ Bağımlılık ve psiko-klinik çalışmalarda bilinen bu “suçluluk olmaksızın sorumluluk”⁵⁶ fikri, Eglash sayesinde suç ve adalet tartışmalarına da girmiştir.

Eglash örneklerle beraber bu yeni tanımı detaylı bir şekilde anlatırken, onarıcı adalet tartışması açısından makalenin en önemli kısmı sonunda yer alan “Semantik” başlığının altındadır.⁵⁷ Orada “tazminat”ı yeniden tanımlamak yerine, anlatmak istediği kavram için yeni bir kelimenin kullanılmasını belki de daha yararlı olacağını tartışır. Önerdiği kelime ise “restoration” (*onarma*)dır.⁵⁸ Makalenin içinde bu küçük bir not olarak yer alsa da, Eglash'in yukarıdaki *yaratıcı tazminat* tanımı aslında onarıcılığın ilk tanımı olarak kabul edilebilir. Daha sonra kendisi de bu tanımın onarıcı adalet kavramının temelini oluşturduğunu düşündüğünü de ifade etmişti.⁵⁹

Yukarıda kısaca özetlediğim makale 1958'de yayınlanmıştı. Fakat 1977'de Eglash bu makaleyle büyük ölçüde örtüşen ikinci bir makale yayımlar.⁶⁰ Bu sefer “onarıcı adalet” kavramını net bir şekilde “[yaratıcı] tazminatın bir tekniği” olarak tanımlayarak, yeni bir adalet yaklaşımına isim koyar.⁶¹ 1977 yılında yayınlanan fikirler aslında yeni değildi; Eglash o fikirleri ilk defa neredeyse 20 sene önce yayınlamıştı. Fakat 1950'lerde fazla ilgi çekmeyen bu fikirler, 1970'lerde ortaya çıkan tartışmalar çerçevesinde yeni bir rezonans kazanmıştı, ve ortaya çıkan yeni adalet hareketinin içinde kendine uygun bir yer bulmuştu.

⁵⁵ Maruna, 2014.

⁵⁶ Bu yaklaşımın hukuka uygulanma yöntemini Lacey ve Pickard incelemiştir (Nicola Lacey ve Hanna Pickard, “From the Consulting Room to the Court Room? Taking the Clinical Model of Responsibility Without Blame into the Legal Realm”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Birleşik Krallık 2012, C. 33, S. 1, s. 1-29.)

⁵⁷ Eglash 1958, s. 621.

⁵⁸ Eglash 1958, s. 621.

⁵⁹ Mirsky, 2003.

⁶⁰ Eglash, 1977.

⁶¹ Eglash 1977, s. 91.

Barnett ve Zarar Odağı

Randy E. Barnett halen Amerika'nın en önde gelen liberaterian (hürriyetçi) ve muhafazakar hukuk düşünürlerinden biridir. Ceza hukuku alanında abolisyonist olarak tanımlanır⁶². Bu pozisyonundan yola çıkarak, suç birey-devlet ya da birey-kamu arasında görme yerine, iki birey arasında bir uyumsuzluk olarak tanımlayıp, çözümün de ceza hukukunda değil, haksız fiil hukukunun kuralları çerçevesinde üretilmesi gerektiği hakkındaki düşüncelerini 1977'de Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisiyken yayımladığı "Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice" isimli makalesinde ortaya atmıştı. Aynı yılda Hagel'le beraber hazırladığı makalede bu fikirleri daha da geliştirmiştir.⁶³ Tek başına yazdığı makalede Barnett ceza adaleti tartışmalarında bir "paradigma kaymasından" ilk kez bahseder.⁶⁴ Nitekim onarıcı adalet yaklaşımından bahsedilirken, bunun bir paradigma kayması yahut paradigma değişikliği olarak nitelenmesi literatürde yaygındır.

Eglish gibi, Barnett de yeni bir kavram önermek yerine, ceza adalet sisteminin eliyle suça verilen yanıtın tamamını sorgulayarak alternatif bir model önerir. Zararın telafisini⁶⁵ adaletin en önemli unsuru olarak tanımlıyor. Barnett'in özellikle sorguladığı cezalandırma kavramının kendisidir. Barnett, cezalandırmayı meşru kılmak için ya faydacı bir yerden (caydırıcılık, önleme ya da rehabilitasyon gibi fayda sağlayan bir şey olarak), ya da etik bir gereklilikten (başka fayda aranmadan, suç işleyenler cezalandırılmalı) yola çıktığını söyleyerek, bu iki argümanın bilimsel temellerini makalesinde uzun şekilde altını oymuştur. Sonuç olarak, suç devlete ya da kamuya karşı işlenen ve bir kural ihlali olarak tanımlanan bir kavram yerine, bir birey tarafından başka bireye karşı işlenen, ve bir kayba (zarara)⁶⁶ sebep olan bir fiil olarak tanımlar.⁶⁷ Suçu bu şekilde tanımlandıktan sonra, suç işleyen kişinin "borcu" topluma/devlete/kamuya değil, mağdura karşı olduğunu, ve

⁶² Ceza hukuku alanında "abolisyonist" olarak tanımlanan düşünürler, ceza hukukunun bir hukuk alanı olarak kaldırılması gerektiğini, ve tüm suçların haksız fiil hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunurlar.

⁶³ Randy E. Barnett ve John Hagel III, "Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process"; Randy E. Barnett ve John Hagel III (Der.), *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process* içinde, Cambridge MA 1977, Ballinger Publishing Company.

⁶⁴ Gavrielides, 2011; Daily ve Proietti-Scifoni, 2011.

⁶⁵ Barnett makalesinde "restitution" kelimesi ile, suçtan dolayı ortaya çıkan zararın telafisinden/tazminatından bahsediyor.

⁶⁶ Barnett "loss" kelimesini kullanmıştı. Bu teknik anlamda hukuki bir kavram değil; bir kişinin her tür kaybına işaret ediyor.

⁶⁷ Barnett, 1977, s. 287.

buradan yola çıkarak adaletin cezalandırmayla değil, kaybın (zararın) telafisiyle⁶⁸ gerçekleşeceğini ileri sürer.

Barnett'e göre, telafi yönteminin cezalandırıcı olmaması için (ve böylece sadece başka bir cezalandırma şeklini almaması için), hedefi suç işleyen kişinin ıstırap çekmesi yerine, mağdurun zararın giderilmesi olmalıdır. Bu hedefle şekillenen adalet sisteminin amaçları arasında alışık olduğumuz üzere failin gelecekteki olası davranışına odaklanan faydacı sonuçlar (önleme, rehabilitasyon, caydırıcılık gibi) yer almaz. Bunun yerine mağdura ve onun zararına odaklı bir yaklaşım ortaya çıkar.

Barnett, zararı telafi etme yöntemini temelde maddi bir tazminat olarak tanımlarken (Egash'ın "klasik tazminat" olarak tanımladığı tazminat şekli), adaletin tazminatla sağlanmasında bazı zorlukların yaşanmasının kaçınılmaz olduğunu kabul eder. Bazı zararlar "eşsiz ve telafi edilemez"⁶⁹ olduğundan⁷⁰, zararın telafisine bir rakam biçmek rasyonel bir yöntem olmamakla beraber, mevcut sistemde de ceza belirlenirken farklı bir şeyin yapılmadığını savunur: Yine bir rakam biçilmektedir. Tek fark biçilen rakam tazminatın miktarını değil, sene miktarını (hapis cezasının uzunluğunu) yansıtır (ya da para cezalarında, para miktarını). Barnett'e göre zarar ve tazminat miktarı arasındaki mantık ilişkisi yokluğunun, suç ve ceza uzunluğu arasındaki mantık ilişkisi yokluğundan bir farkı bulunamaz. Bu anlamda "zarara miktar biçilememesi" sorunu önerdiği paradigmayla doğan bir sorun değil; mevcut paradigmada da olan bir sorundur. Bir başka deyişle, bu sorunun yeni yaklaşıma karşı kullanılabilir bir argüman niteliğinde olmadığını savunur. Ayrıca, yeni paradigmada mağdur açısından gerçek bir zararın en azından kısmen telafi edilecek olmasını, mevcut paradigmada olmayan bir yarar olarak tanımlar.

Barnett bu makalede, Egash gibi, doğrudan onarıcı adaletten bahsetmemiştir. Hatta bugünkü onarıcı adalet tartışmaları Barnett'in fikirleriyle her zaman uyumlu da değildir. Barnett makalesinde böyle bir sistemin nasıl işleyebileceğini uzun olarak anlatmıştır, fakat önerdiği mekanizmaların bugün onarıcı adalet mekanizmaları olarak tanımlanan uygulamalarla örtüştüğü söylenemez.⁷¹ Barnett "tazminattan" bahsederken büyük ölçüde maddi olmasını düşünmüştü. Bugünkü onarıcı anlayışta onarma maddi tazminatla sınırlı olmadığı gibi, alternatif ve maddi olmayan onarma

⁶⁸ Barnett "restitution" kelimesini kullanmıştı.

⁶⁹ Barnett "...unique and irreplaceable..." kelimelerini kullanmıştı.

⁷⁰ Barnett, 1977, s. 292.

⁷¹ Margarita Zernova, *Restorative Justice: Ideals and Realities*, Birleşik Krallık 2016, Routledge.

yöntemlerine çok daha fazla önem veriliyor. Fakat yine de suçu soyut bir kural ihlali yerine somut bir zararı yaratan olay, ve adaletin cezalandırmayla yerine o zararın telafi edilmesiyle gerçekleşeceğine dair fikirleri, daha sonraki onarıcı adalet tartışmalarına ilham vermiştir.⁷²

Christie ve Çatışma Odaklılığı

Christie'nin 1977 yılında yayınlanan "Conflicts as Property" makalesi onarıcı adalet literatüründe çok önemli bir yer tutar. Bu konuda yazılmış çoğu kitap ve makalenin kaynakçasında bu makaleye yer verilmiştir. Söz konusu makale aslında Nils Christie'nin yazılı olarak hazırladığı bir metin değildir. Aslında 31 Mart 1976'da Sheffield Üniversitesinde yeni açılan Kriminolojik Araştırmalar Merkezinin⁷³ açılış seminerinde yaptığı konuşmanın çözümlenmiş halidir. Bazı yerlerinde "hikaye anlatır gibi" ilerlediğinden, ve kullandığı referansların o toplantıya spesifik olmasından dolayı, okuyucuya akademik bir yazı gibi gelmeyebilir.

Christie'nin makalesinde öne sürdüğü temel argüman yazının da başlığındadır: Çatışma olumlu değeri olan, sahip çıkılması gereken bir şeydir; hatta toplum için bir *imkandır*. Bölyece, çatışmalar sadece hızla çözülmesi ve ortadan kaldırılması gereken bir şey olarak görülme yerine, diyalog kurma, düzeltme, değerleri netleştirme ve yeniden dile getirme imkanı sunan bir olgu olarak görülmesini savunur. Makalede ayrıca tarafların çatışmayı yargıya teslim etmekle kenara itildikleri ve böylece çatışmaları çözme menfaatini da kaybettiklerini dile getirir. Bir anlamda, anlaşmazlıkları çözmek için yargı sistemini kullandığımızda, toplum içinde diyalog kurma, birbirimizi anlama, ve sorun çözme kapasitemizi toplum olarak kaybettiğimizi savunur.

Christie'ye göre çatışmalar yok edilmesi gereken değil, kullanılması gereken ve değer taşıyan toplumsal bir "mülkiyet nesnesi"dir. Modern ceza yargısı ve işleyişi insandan uzak ve mesafeli olduğundan, ve sıradan insanın bu sistemde kendi sesini duyurmasına imkan olmadığından (hatta o ses önemsiz görüldüğünden), ceza adalet sistemlerini öncelikle "çatışma çalan" ve "çatışma yok eden" mekanizmalar olarak tanımlıyor.⁷⁴ Bu anlamda resmi kurumlar ve adalet sektörü profesyonellerinin, çatışmaları (*çözmek* adı altında) sıradan insanlardan alan ve "çalan", topluma zarar veren bir durum olarak nitelendiriyor.⁷⁵ Christie ayrıca çatışmaların, mesafeli ve resmi kurumlar çerçevesinde ve profesyonellerle yerine, toplumun içinde ve

⁷² Zernova, 2016.

⁷³ "Center for Criminological Studies"

⁷⁴ Christie, 1977, s. 5.

⁷⁵ Christie, 1977, s. 7.

toplumun katılımıyla çözülmesinin toplumsal faaliyet ve katılım olanağı yarattığını, normları netleştirme mekanizması olarak işlev gördüğünü, ve tarafların birbirini anlamaları için yol gösterdiğini de savunur.⁷⁶ Söz konusu katılımın hem suçun mağduru, hem faili için yararlı olabileceğini dile getirir, ama toplum için böyle bir mekanizmanın yararlı olmanın ötesinde, yeri doldurulamaz⁷⁷ olduğunu savunur.

Christie de makalesinde onarıcı adaletten özellikle bahsetmez. Bunun yerine, daha farklı bir “mahkeme” tarzından bahseder. Bu mahkemenin “mağdur odaklı”, ve “profesyonel olmayan” bir nitelik arz etmesini önerir. Mağdur odaklılıktan bahsederken, Christie bu mahkemelerde mağdurun ihtiyaçlarına özellikle odaklanması gerektiğini, ve bu ihtiyaçları gidermek için kimin ne yapabileceğine karar verilmesi öncelikli olması gerektiğini de önermiştir. Christie bunu söylerken, mevcut ceza yargılamasının daha mağdur odaklı yapılmasından değil; mağdurla ilgili kararları tamamen merkeze koyan bir yaklaşımdan bahsediyor.⁷⁸ Diğer tarafta, “profesyonel olmayan” derken, Christie İngilizcede “lay” kelimesini kullanmıştır. “Lay” burada “belli bir mesleğin dışındakiler” anlamına gelir. Sonuç olarak mahkemelerin “lay” olması gerektiğini söylerken, bu “yargı mensuplarını dahil etmeyen mahkemeler” olarak anlaşılmalı. Christie’ye göre mahkeme “[...] kendilerini temsil eden eşitlerin bir mahkemesi olmalı. Kendi aralarında çözüm bulabildikleri takdirde hakimlere ihtiyaç yok.”⁷⁹

Analitik bir şekilde bakıldığı zaman, Christie çatışmaların tarafların ve toplumun katılımıyla ve klasik mahkemelerden uzak bir şekilde çözülmesi ile en büyük toplumsal faydanın yaratılacağını düşündüğü anlaşılıyor. Aynı zamanda mağdurun ihtiyaçlarının merkeze alınmasının bu tarz çözümlerin özünde olması gerektiğini savunuyor. Bu anlamda Christie aslında yeni bir adalet yaklaşımından bahsetmiyor; yargılama ve mahkemeler yerine çatışmaları çözmek için kullanılacak yeni bir *usulden* bahsediyor. Mahkemelerin mesafeli, fazla profesyonel ve soğuk, sıradan insanı dikkate almayan, ona söz vermeyen ve onun sorunlarını çözmeyen kurumlar olarak görüyor. Bunların yerine, katılımcı, gayri resmi, söz konusu anlaşmazlığı çözmeye odaklı, tüm tarafları bir ara getiren, ve eşitlik ve diyaloga dayanan bir mekanizmayı bir model olarak öneriyor. Söz konusu model onarıcı adalet yaklaşımı kullanan mağdur-fail arabuluculuğu, grup konferansları, ya da

⁷⁶ Christie, 1977, s. 7-8.

⁷⁷ Christie “irreplacable” kelimesini kullanmıştı.

⁷⁸ Neredeyse tamamen sanıkla ilgilenen ve sanık hakkında karar veren mevcut ceza mahkemelerinden farklı olarak.

⁷⁹ Christie, 1977, s. 11.

çember uygulamalarının temel işleme mekanizmasıdır.⁸⁰ Christie, böylece onarıcı adaleti felsefi bir yaklaşım olarak hiç tartışmadan, mahkeme ve yargılamaya ilişkin önerdiği alternatifle onarıcı adalet yaklaşımına dayanan mekanizmaları şekillendirmiş oldu.

Sonuç

Burada detaylı olarak analiz ettiğim üç makale onarıcı adalet yaklaşımını tek başına şekillendirmiş ya da yönünü tek başına çizmiş değildir. Fakat bu üç makale 1970'lerin sonuna doğru onarıcı adalet yaklaşımının hangi tartışmalar çerçevesinde şekillendiğini izah etmektedirler. Bir tarafta mağdur ve zarar odaklılık, diğer tarafta suç işleyen için daha yapıcı bir suça yanıtın gerekliliği bu makalelerde net bir şekilde okunmaktadır. Katılımcı, yatay, ve toplum temelli “adalet üretme” taleplerine karşılık verebilecek arayışlar bu makalelere yansımıştır. Bu anlamda, bu üç makale beraber ele alındığı zaman, onarıcı adalet yaklaşımının geliştiği düşünce silsilesi çok net çizilmektedir.

Onarıcı adalet, yaklaşık 50 yıllık bir dönem içinde, tamamen yeni ve radikal olarak görülen bir perspektiften, dünya çapında uygulaması olan bir adalet yaklaşımına dönüşmüştür.⁸¹ Türkiye’de ise 2000lerin başında pek bilinmeyen bir kavram iken, 2018 yılında uzlaştırmacılar için zorunlu eğitimlerin ayrılmaz parçası olmuştur.⁸² Gündelik dile girmesiyle beraber, kavramların nasıl anlaşıldığı ve hangi anlam taşıdığı değişebilir. Fakat onarıcı adalet yaklaşımının temelinde klasik ceza adaletinin kökten sorgulanması olduğundan, özüne sadık kalmadan onarıcı adalet tartışılmaz. Dolayısıyla, onarıcı adaleti bir adalet paradigması olarak konumlandırabilmek için, tarihçesinin ve ortaya çıkış biçiminin de dikkate alınması gerektiği düşüncesindeyim. Bu makalede amaçladığım tam da bunları tartışarak, bugün onarıcı adaleti anlayabilmemiz için bir mercek sunmaktır.

Elbette hiçbir makale, yazar, ya da düşünür tek başına yeni bir paradigma yaratmamıştır. Ancak Nils Christie’nin makalesi, yayınlandığından bu yana kırk seneden fazla zaman geçmesine rağmen, hala bir “onarıcı adalet klasiği” olarak okunuyor ve okutuluyor. Bu vesilesiyle makalesini Türkçe’ye çevirerek, “Bir Mülkiyet Nesnesi Olarak Çatışmalar” ismiyle okurlara sunmanın önemli olduğunu düşündüm. Onarıcı adalet literatürü geniş ve

⁸⁰ UNODC, 2006.

⁸¹ Sadece Avrupa’daki uygulamalar için David Miers ve Ivo Aertsen’e bakınız (2012).

⁸² Mustafa Serdar Özbek, Orhan Cuni ve Merve Özcan (Der.); *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, Türkiye 2018: Adalet Bakanlığı, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı.

zengin olmakla beraber, Türkiye’de kolay erişebilir değil. Öncelikle Zehr’in⁸³ ve Braithwaite’in⁸⁴ kitapları gibi temel eserlerin de gelecekte çevrilmesi ya da daha detaylı bir şekilde anlatılarak Türkçe literatürüne kazandırılmasının, bu konudaki tartışmalara büyük katkı sağlayacağı düşüncesindeyim.

KAYNAKÇA

- Aertsen Ivo ve Miers David, “To Go to Law or Not to Go to Law: Regulating Restorative Justice”; David Miers ve Ivo Aertsen (Der.), *Regulating Restorative Justice: A Comparative Study of Legislative Provisions in European Countries* içinde, Frankfurt, Almanya 2012, Verlag für Polizeiwissenschaft.
- Aertsen Ivo, Daems Tom ve Robert Luc (Der.), *Institutionalizing Restorative Justice*, Devon, Birleşik Krallık 2006, Willan Publishing.
- Arslan Soygut Mualla Buket, “A Mediation Model from Turkish Criminal Justice System: A Critical Reflection on Current Situation”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2014, C. 9, S. 123-124, s. 119-137.
- Arslan Soygut Mualla Buket, *Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu*, İstanbul 2008, Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
- Barnett Randy E., “Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice”, *Ethics*, Chicago 1977, C. 87, S. 4, s. 279-301.
- Barnett Randy E. ve Hagel John III, “Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process”; Randy E. Barnett ve John Hagel III (Der.), *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Cambridge MA 1977, Ballinger Publishing Company.
- Baytaz Abdullah Batuhan, “Onarıcı Adalet’e Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 2013, C. 71, S. 1, s. 117-129.
- Bazemore Gordon ve Griffiths Curt Taylor, “Conferences, Circles, Boards, and Mediations: The New Wave of Community Justice Decision Making”, *Federal Probation*, Washington D.C. 1997, C. 61, s. 25-37.
- Bennett Christopher, “Satisfying the Needs and Interest of Victims”; Gerry Johnstone ve Daniel W. Van Ness (Der.), *Handbook of Restorative Justice* içinde, Birleşik Krallık 2007, Willan Publishing.

⁸³ Zehr, 1990.

⁸⁴ John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Birleşik Krallık 1989: Cambridge University Press.

- Braithwaite John, *Crime, Shame and Reintegration*, Birleşik Krallık 1989, Cambridge University Press.
- Cantor Gilbert, "An End to Crime and Punishment", *The Shingle (Philadelphia Bar Association)*, Philadelphia 1976, C. 39, S. 4, s. 99-114.
- Casado Coronas Clara, "Mağdur-Fail Arabuluculuğu Hizmetlerinde İyi Uygulamalar"; Galma Jahic ve Burcu Yeşiladalı (Der.), *Onarıcı Adalet - Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı* içinde, İstanbul 2008, İstanbul Bilgi Üniversitesi.
- Christie Nils, "Conflicts as Property", *The British Journal of Criminology*, Birleşik Krallık 1977, C. 17, S. 1, s. 1-15.
- Clear Todd. R. ve Braga Anthony A., "Community Corrections"; James Q. Wilson ve Joan Petersilia (Der.), *Crime* içinde, San Francisco 1995, Institute for Contemporary Studies.
- Cullen Francis T. ve Agnew Robert, "Critical Criminology: Power, Inequality and Crime"; Francis T. Cullen ve Robert Agnew (Der.), *Criminological Theory: Past to present* içinde, Los Angeles 1999, Roxbury Publishing Company.
- Çetin Soner H., "Ceza Muhakemesi Kanunda Uzlaşma (CMK m. 253, 254, 255)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2009, C. 82, s. 1-33.
- Çetintürk Ekrem, *Onarıcı Adalet, Ceza Sistemindeki Uzlaştırma Kurumunun Temelini Teşkil Eden Adalet Anlayışı*, Ankara 2008, HD Yayıncılığı.
- Çetintürk Ekrem, *Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, Ankara 2009, HD Yayıncılığı.
- Çetintürk Ekrem, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sistemlerinde Uzlaştırma*, Ankara 2017, Adalet Yayınevi.
- Daly Kathleen ve Immarigeon Russ, "The Past, Present, and Future of Restorative Justice: Some Critical Reflections", *Contemporary Justice Review*, Birleşik Krallık 1998, C. 1, S. 1, s. 21-45.
- Daly Kathleen ve Proietti-Scifoni Gitana, "Reparation and Restoration"; Michael Tonry (Der.), *The Oxford Handbook of Crime and Justice* içinde, Birleşik Krallık 2011, Oxford University Press.
- De Haan Willem, "Abolitionism and the Politics of 'Bad Conscience'", *Howard Journal of Criminal Justice*, Birleşik Krallık 1987, C. 26, S. 1, s.15-32.
- Demir Şamil, "Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2014, C. 2, s. 213-228.
- Eglash Albert, "Creative Restitution: A Broader Meaning for an Old Term", *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Chicago 1958, C. 48, S. 6, s. 619-622.

- Eglash Albert, “Beyond Restituion: Creative Restitution”; Joe Hudson ve Burt Galaway (Der.), *Restitution in Criminal Justice: A Critical Assessment of Sanctions* içinde, Lexington 1977, Lexington Books.
- Gavrielides Theo, “Restorative Justice—The Perplexing Concept: Conceptual Fault-Lines and Power Battles Within the Restorative Justice Movement”, *Criminology & Criminal Justice*, Birleşik Krallık 2008, C. 8, S. 2, s. 165–183.
- Gavrielides Theo, “Restorative Practices: From the Early Societies to the 1970s”, *Internet Journal of Criminology*, çevrimiçi Kasım 2011, s. 1-20. Çevrimiçi erişim <http://restorativejustice.org/rj-library/restorative-practices-from-the-early-societies-to-the-1970s/10428/#sthash.XYFQGYuL.dpbs>, son erişim 8 Aralık 2017.
- Green Simon, ““The Victims’ Movement and Restorative Justice””; Gerry Johnstone ve Daniel W. Van Ness (Der.), *Handbook of Restorative Justice* içinde, Birleşik Krallık 2007, Willan Publishing.
- Hagan John ve Bumiller Kristin, “Making Sense of Sentencing: A Review and Critique of Sentencing Research”; National Research Council (Der.), *Research on Sentencing: The Search for Reform (Vol. 2)* içinde, Washington D.C. 1983, National Academies Press.
- Johnstone Gerry ve Van Ness Daniel W., “The Meaning of Restorative Justice”; Gerry Johnstone ve Daniel W. Van Ness (Der.), *Handbook of restorative justice* içinde, Birleşik Krallık 2007, Willan Publishing.
- Lacey Nicola ve Pickard Hanna, “From the Consulting Room to the Court Room? Taking the Clinical Model of Responsibility Without Blame into the Legal Realm”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Birleşik Krallık 2012, C. 33, S. 1, s. 1-29.
- Maruna Shadd, “The Role of Wounded Healing in Restorative Justice: An Appreciation of Albert Eglash”, *Restorative Justice: An International Journal*, Birleşik Krallık 2014, C. 2, S. 1, s. 9-23.
- Miers David ve Aertsen Ivo (Der.), *Regulating Restorative Justice: A Comparative Study of Legislative Provisions in European Countries*. Frankfurt, Almanya 2012, Verlag für Polizeiwissenschaft.
- Miers David ve Willemsens Joline (Der.), (2004). *Mapping Restorative Justice: Development in European Countries*, Belçika 2004, European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice.
- Mirsky Laura, “Albert Eglash and Creative Restitution: A Precursor to Restorative Practices”, *Restorative Practices EFORUM*, çevrimiçi 3 Aralık 2003, s. 1-4. Çevrimiçi erişim <https://www.iirp.edu/eforum-archive/4292->

- albert-eglash-and-creative-restitution-a-precursor-to-restorative-practices (son erişim 8 Aralık 2017).
- Nuhoğlu Ayşe, “Uzlaşma Bakımından Şikayete Bağlı Suçlar”, *Kazancı Hukuk Dergisi, Uzlaşma Özel Sayısı*, Ankara 2010, s. 86-93.
- Orth Uli, “Secondary Victimization of Crime Victims by Criminal Proceedings” *Social Justice Research*, Holanda 2002, C. 15, S. 4, s. 313-325.
- Özbek Mustafa Serdar, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk” konulu Tavsiye Kararı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2005, C. 1, s. 71-102.
- Özbek Mustafa Serdar, “Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2007, C. 56, S. 4, s. 123-205.
- Özbek Mustafa Serdar, “Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alterantif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması”, *Kazancı Hukuk Dergisi*, İstanbul 2010, C. 1, s. 116-183.
- Özbek Mustafa Serdar, Cuni Orhan ve Özcan Merve (Der.); *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, Türkiye 2018: Adalet Bakanlığı, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı. Çevrimiçi <http://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/sayfalar/duyurular-etkinlikler/kitap/uzlastirma.pdf> (son erişim 1 Kasım 2018).
- Schiff Mara, “Satisfying the Needs and Interests of Stakeholders”; Gerry Johnstone ve Daniel W. Van Ness (Der.), *Handbook of Restorative Justice* içinde, Birleşik Krallık 2007, Willan Publishing.
- Sevdiren Öznur, “Cezalandırmada bir Paradigma Değişikliği Olarak Onarıcı Adalet Felsefesi: Bir Sentez Denemesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Ankara 2011, C. 6, S.15, s.103-130.
- Tyler Tom, *Why People Obey the Law*, New Haven 1990, Yale University Press.
- Uludağ Şener, “Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliği Tetikleyen Şartlar”, *Polis Bilimleri Dergisi*, Ankara 2011, C. 13, S. 4, s. 127-151.
- UNODC, *Onarıcı Adalet Programları El Kitabı*, New York 2006, Birleşmiş Milletler.
- Ülgen Celal ve Ongun Coşku (Hazırlayanlar), “ Ceza Yasalarında Değişiklik Yapan Yasanın TBMM Tutanaklarından Alıntılar”, *İstanbul Barosu Dergisi, “Ceza Hukuku” Özel Sayı*, Ankara 2007, s. 286-312.
- Van Ness Daniel. W. ve Strong Karen Heetderks, *Restoring justice: An Introduction to Restorative Justice*, New Providence, 2014, Routledge.

- Yavuz Hakan A., “Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2015, C. 6, S. 23, s. 85-115.
- Zehr Howard, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottdale 1990, Herald Press.
- Zehr Howard ve Mika Harry, “Fundamental Concepts of Restorative Justice”, *Contemporary Justice Review*, Birleşik Krallık 1998, C. 1, S. 1, s. 47-56.
- Zernova Margarita, *Restorative Justice: Ideals and Realities*, Birleşik Krallık 2016, Routledge.

ELEKTRONİK TEBLİGAT
TÜRKİYE, İSVİÇRE, ALMANYA ve İNGİLTERE
KARŞILAŞTIRMASI

*(ELECTRONIC SERVICE OF DOCUMENTS
A COMPARATIVE STUDY BETWEEN TURKISH, SWISS, GERMAN AND ENGLISH
REGULATIONS)*

Alya Yamakoğlu & Serkan Altoprak * **

ÖZ

06 Aralık 2018 tarihinde 30617 sayılı Resmi Gazete 'de Elektronik Tebligat Yönetmeliği 'nin yayımlanması ile birlikte dikkatler tekrar elektronik tebligat konusuna yönelmiştir. Tebligata yönelik hukuki düzenlemeler incelendiğinde ve diğer ülkelerle karşılaştırıldığında, diğer ülke düzenlemelerinde bu konunun çok detaylandırılmadığı yalnızca genel hatları ile düzenlendiği görülmektedir. Türkiye 'de tebligatlar ile ilgili yapılan usulsüzlükler ve yolsuzluklar düşünüldüğünde kanun koyucunun bu husus üzerinde neden bu kadar detaylı durduğu biraz olsun anlaşılacaktır. Tebligatların bilgilendirme özelliği olduğu kadar aynı zamanda hukuki sonuçları doğurma özelliği de vardır. Örneğin Türkiye 'de ödeme emrinin borçluya tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde borca itiraz edilmediği takdirde takip kesinleşecektir. Görüldüğü üzere tebligat haber verici olduğu kadar yargılama sürecinin ilerlemesi için de büyük öneme sahiptir. Bu nedenle tebliğ edilememeden kaynaklanan sorunların önüne geçilebilmesi amacıyla kanun koyucu elektronik tebligat düzenlemelerini bu kadar detaylı bir şekilde yapmayı hedeflemiştir.

Anahtar Kelimeler: Elektronik Tebligat, İsviçre, Almanya, İngiltere, Galler

Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.01.2019. İlk hakem raporu tarihi: : 09.01.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 13.01.2019. Onaylanma Tarihi: 17.01.2019.

* Alya Yamakoğlu University of East London (İngiltere) Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur ve Galatasaray Üniversitesi'nde (Türkiye) denklik yapmıştır. Serkan Altoprak ise Köln Üniversitesi (Almanya) ve Altınbaş Üniversitesi (Türkiye) Hukuk Fakülteleri'nden mezundur. Her iki yazar da Köksal Avukatlık Ortaklığı'nda stajyer avukattır.

** Alya Yamakoğlu ORCID: 0000-0002-0482-2787; Serkan Altoprak ORCID: 0000-0003-2117-1960

Esere Atf Şekli: Alya Yamakoğlu, Serkan Altoprak, "Elektronik Tebligat Türkiye, İsviçre, Almanya Ve İngiltere Karşılaştırması", YÜHFD, C.XVI, 2019/1, s.25-38.

ABSTRACT

With the publication of the Electronic Service Regulation numbered 30617 on 06 December 2018 in the Official Gazette of the Republic of Turkey our attention has once again been drawn to the rules and regulations concerning the formal service of documents. The emphasis on the service of documents draws attention when legal regulations concerning the service of documents in Turkey are examined and compared with the regulations of other countries. This examination demonstrates that rules and regulations found in other countries are brief and comprehensive. However, once the unlawful conduct which takes place in Turkey with regards to the service of documents are considered, the position of the legislator and the emphasis on the service of documents is appreciated. In addition to providing the other party with information, the service of documents also vests responsibilities on certain individuals. For example, in the event a party does not dispute the monetary obligation found under a payment order within seven days of its service, execution proceedings for the respective monetary obligation shall commence immediately. Likewise, in addition to being a means to inform a party, the importance of the service of documents also demonstrates itself during legal proceedings. Therefore, and in consideration of the above-mentioned unlawful conducts, we understand and appreciate the position of the legislature in attempting to regulate all matters concerning the electronic service of documents.

Key Words: Service, Electronic Service, Switzerland, Germany, England, Wales.

I. GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesi ile insanların daha güvenilir ve hızlı olan elektronik ortamda işlerini yapmaları artarak devam etmektedir. 06 Aralık 2018 tarihinde 30617 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Elektronik Tebligat Yönetmeliği ile elektronik ortamda yapılacak tebligatın hukuki düzenlemesi güncellenmiştir. Bu düzenleme ile elektronik tebligatın (e-tebligat) günlük hayattaki yeri artacak, daha hızlı ve güvenilir şekilde evraklar tebliğ edilecektir.

Türk Hukuku’nda tebligat 72011 sayılı Tebligat Kanunu’nda düzenlenmekle birlikte, bu kanunda tebligatın tanımına yer verilmemiştir. Alman Hukuku’nda ise tebligat “Verwaltungszustellungsgesetz” yani İdari Tebligat Kanunu (İTK)’de düzenlenmiştir. İTK madde 2/I hükmüne göre tebligat, yazılı ya da elektronik bir belgenin bu kanunda belirlenen şekilde tebliğ edilmesidir. Türk Hukuku’ndaki tanımlamanın eksikliği ise öğretilerdeki

çalışmalar ile doldurulmuştur. Tebligat, hukuki bir işlemde ilgili kişinin haberdar olmasının sağlanması için yetkili makamın yasa da öngördüğü şekilde ve yazı veya ilan ile yapacağı belgelendirici işlemdir.¹ İngiliz Hukuku'nda "Civil Procedure Code" yani Hukuk Usulü Kurallarının (HUK) terim listesine göre "tebligat" hukuk mahkemelerince zorunlu kılınan adımlar aracılığı ile yargılama sürecinde kullanılan belgelerin bir kişinin bilgi sahibi olması için gönderilmesidir.

Bunun yanı sıra, İngiltere ve Galler'in yetki alanında İngiliz mevzuatına uygun olarak ibraz edilen dava dilekçeleri veya yargılama süreci ile ilgili her türlü belge HUK altıncı bölümüne uygun olarak tebliğ edilmektedir. Atıf yapılan kurallar ayrıca HUK Ek Protokol 6-A ve Ek Protokol 6-B dikkate alınarak incelenmelidir. Bu kurallara göre tebligat kavramına giren belgeler dört farklı kategoriye ayrılmaktadır:

1) İngiltere yetki bölgesinde veya belirtilen özel durumlarda, Avrupa Ekonomik Birliği'nde tebliğ edilecek olan dava dilekçeleri,

2) İngiltere yetki bölgesinde veya belirtilen özel durumlarda, Avrupa Ekonomik Birliği'nde tebliğ edilecek olan ve dava dilekçesi olmayan diğer belgeler,

3) İngiltere yetki bölgesi dışında kalan diğer yetki bölgelerine tebliğ edilecek olan dava dilekçeleri,

4) Yabancı mahkeme veya heyetlerce tebliğ edilecek olan belgeler.

II. ELEKTRONİK TEBLİGAT

Bir tebligat türü olarak belirlenmiş olan elektronik tebligat ise Tebligat Kanunu m. 7/A hükmünde düzenlenmekle birlikte buna ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği belirtilmiştir. 19 Ocak 2013 tarihinde 28533 sayılı Resmi Gazete'de Elektronik Tebligat Yönetmeliği (EETY) yayımlanmıştır. Tebligat Kanunu m. 7/A ile birlikte yeniden düzenlenen e-tebligata ilişkin olarak da 06 Aralık 2018 tarihinde 28533 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 01.01.2019 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Elektronik Tebligat Yönetmeliği (YETY) ile bu yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. Alman Hukuku'nda ise elektronik tebligat İTK m. 5, 5/a

¹ KÖKSAL Mehmet, Açıklamalı-İçtihatlı Tebligat Kanunu ve İlgili Mevzuat, Legal, İstanbul, Ekim 2018, s.3 (**Tebligat Kanunu**); benzer tanımlar için bkz. AKCAN Recep, ALBAYRAK Hakan, Tebligat Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 23; YILMAZ Ejder, ÇAĞLAR Tacar, Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2013, s. 39.

hükümleri ve Alman E-Mail Kanunu'nda (DE-Mail-Gesetz) düzenlenmiştir.² İsviçre'de ise 2010 yılından itibaren yargı organlarının e-tebligat kullanmalarına ilişkin tüzük ile e-tebligat kullanılmaktadır. İsviçre'de e-tebligat resmi kurumlar e-tebligatı ve hususi ekonomik e-tebligatı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Resmi kurumlar e-tebligat düzenlemeleri Tebligat Kanunu'nda yer alırken, hususi ekonomik e-tebligat düzenlemeleri İsviçre Ticaret Odası tarafından yapılmaktadır.

E-Tebligat, EETY'de bu yönetmelik kapsamına uygun olarak elektronik ortamda yapılan tebligat şeklinde tanımlanırken, YETY'de “Tebligat Kanunu” ibaresi de bu tanıma eklenmiştir. Alman Hukuku'ndaki kanunlarda ise e-tebligat tanımı yapılmamıştır. Öğretideki tanımlar göz önüne alındığında Alman Hukuku'na göre e-tebligat, yargı mercileri ile tebligat kanununda belirtilen kamu kurum ve kuruluşlarının sermaye şirketlerine zorunlu olarak, diğer gerçek ve tüzel kişilere ise isteğe bağlı olarak elektronik ortamda yaptıkları tebligattır.³ Yeni düzenleme ile birlikte e-tebligat, yönetmelikte belirtilen gerçek ve tüzel kişiler ile yönetmelikte belirtilmeyip de talep üzerine e-tebligat adresi alan gerçek ve tüzel kişilere zorunlu olarak elektronik ortamda yapılması gereken tebligattır; şeklinde güncellenmiş bir tanım yapılabilir.

İngiliz HUK'nin 6. Bölümü Türkiye veya Almanya'da bulunan “elektronik tebligat” ibaresini kullanmamış ve tanımamıştır. HUK kapsamında elektronik tebligat için “faks veya diğer elektronik şekillerde yapılan tebligat” terimi kullanılmıştır. Faks veya diğer elektronik şekillerde yapılan tebligat;

- 1) faks,
- 2) mail,
- 3) elektronik kimlik sistemi,⁴

aracılığı ile yapılan tebligat hallerini içermektedir. HUK 6. Bölüm kapsamında, tarafça dava dilekçesi veya yargılama süreci ile ilgili olan her türlü belgenin tebliği “service of documents” sadece ilgili dava tarafına yapılmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlara veya İngiliz mahkemelerine ibraz edilen belgeler “filing of documents” farklı kurallara tabi tutulmaktadır.

² ENGELHARDT / APP / SCHLATMANN, Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz: VwVG, VwZG, C.H. Beck, München, 2017, s. 245.

³ KÖKSAL, Tebligat Kanunu, s.66.

⁴ Elektronik kimlik sistemi Türkiye'de bulunan E-Devlet sistemine benzer bir sistem olup Avrupa Birliği'nin 910/2014 numaralı Elektronik Kimlik Belirleme ve Güven Hizmetleri Düzenlemesi'ne göre oluşturulan elektronik kimlik sistemlerini kapsamaktadır.

A. E-Tebliğatın Amacı

Tebliğatın amaçlarından birinin bireylerin bilgilendirilmesi olmasıyla birlikte,⁵ tebliğat ile aynı sonuçları doğuran e-tebliğatın amaçları EETTY’de bilgi güvenliğinin sağlanması, kişisel verilerin korunması, birlikte çalışabilirlik, hizmet kalitesinin sağlanması ve uluslararası standartların sağlanması şeklindeydi. YETTY’de, bu amaçlar aynen korunmuş, bunlara ek olarak teslim, bilgilendirme ve belgelendirmenin sağlanması, entegrasyonun ve ulusal standarttın sağlanması hedeflenmektedir. E-Tebliğat ile birlikte tebliğatın güvenilirliğinin de artırılması amaçlanmıştır. Tebliğatın gönderilme zamanı ve ulaşma zamanı kesin olarak bilinmekte ve bunun üzerinde bir değişiklik yapılamamaktadır.

B. E-Tebliğat Kapsamındaki Kişiler

EETTY’de yalnızca sermaye şirketlerine elektronik yolla tebliğat zorunlu olarak düzenlenmiş idi. YETTY’de bu kapsam oldukça genişletilmiştir. Buna göre; 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, 5018 sayılı kanunda tanımlanan mahallî idareler, özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan fonlar ve kefalet sandıkları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmeleri, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıklar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, kanunla kurulanlar da dâhil olmak üzere tüm özel hukuk tüzel kişileri, noterler, baro levhasına yazılı avukatlar, sicile kayıtlı arabulucular ve bilirkişiler, idareleri, kamu iktisadi teşebbüslerini veya sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları; adli ve idari yargı mercileri, icra müdürlükleri veya hakemler nezdinde vekil sıfatıyla temsile yetkili olan kişilerin bağlı bulunduğu birim için yapılacak tebliğat elektronik olarak yapılmak zorundadır. Görüldüğü üzere e-tebliğatın zorunlu kapsamında bulunan kişi sayısı YETTY ile oldukça genişletilmiştir. Geçiş sürecinde sorunlar çıkacağı açıktır. E-tebliğat yapılması zorunlu olan kişilerin e-tebliğat adresi almamaları halinde tebliğatın hangi usulle yapılacağı, vakıf ve derneklerin e-tebliğat adresi için gerekli bilgilerinin nereden alınacağı, hali hazırda kayıtlı e-tebliğat adreslerinin kullanılıp kullanılmayacağı ya da PTT tarafından oluşturulacak olan e-tebliğat adreslerinin ne usulde teslim

⁵ Bkz. benzer açıklamalar: ÇATALKAYA İbrahim Tebliğat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s:3; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.06.2016 tarihli, 2016/817 sayılı kararı; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 07.12.2015 tarihli 2015/23380 sayılı kararı.

edileceğinin bilinmemesi bu geçiş süreci içerisinde karşı karşıya kalacağımız problemlere örnek olarak sayılabilir.⁶ Ancak; e-tebligat sistemi yerleştikten sonra e-tebligat ile birlikte kapsam içindeki kişilere tebligat çok daha hızlı, ekonomik ve güvenilir bir şekilde yapılacaktır.⁷ Aynı zamanda yukarıda sayılmayan gerçek ya da tüzel kişiler de talepleri doğrultusunda e-tebligat adresi alabilecek ve bunun üzerine bu kişilere de tebligatın elektronik olarak yapılması mümkün ve zorunlu hale gelecektir.

E-Tebligat için elektronik posta adresi almaları zorunlu olan kişilerin e-tebligat almamaları halinde ne tür bir yaptırıma uğrayacakları kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir. Hem zorunlu olarak e-tebligat adresinin alınması gerektiği hem de bu kişilere zorunlu olarak e-tebligat yapılacağı düşünüldüğünde, kişilerin zorunlu e-tebligat adreslerini almamaları hali yaptırıma bağlanmalı ve bu nedenle yapılamayan e-tebligat sorunlarının önüne geçilmelidir. Zorunlu e-tebligat adresini almayan kişilere karşı e-tebligat yapılamayacağından, yükümlülüğü yerine getirmeyen bakımından müeyyide doğmamış olacak hem de kanun hükmü gereği tebligat diğer yollarla yapılacak ve zaman kaybına uğranılacaktır.⁸

İsviçre’de ise resmi kurumlar e-tebligat medeni ile ceza usul kapsamında ve yine icra, iflas kapsamında kullanılmaktadır. Buna ilişkin düzenlemeler VeÜ-ZSSV, SR 272.1 tüzüğünde detaylı şekilde belirtilmiştir. E-Tebligat için güvenilir sağlayıcılar Adalet ve Polis Federal Bakanlığı tarafından belirlenmektedir.

Almanya’da ise zorunlu olmamakla birlikte resmi makamlara, kamu kurum ve kuruluşlarına, avukatlara, patent avukatlarına, noterlere, mali müşavirlere, mali temsilciye, denetçiye, mali müşavirlik şirketlerine, denetçi şirketlere ve defterleri kontrol eden muhasebeci ve bu tür şirketlere e-tebligat yapılabilmektedir.

İngiltere’de elektronik tebligat yapılabilmesi için ilk olarak kişilerin İngiltere yetki alanında bulunması, ikinci olarak ise belirli şartların oluşması ile faks veya diğer elektronik şekillerde tebligat yapılabilir. Buna göre;

1) HUK 6. Bölüm kapsamında bir dava dilekçesi veya belgenin tebliğ edileceği kişi, kurum veya bu kişi ve kurumun hukuki vekili, tebligatın yapılmasından önce, açık bir şekilde yazılı olarak;

(a) faks veya elektronik yollar ile yapılan tebligatları kabul edeceğini ve

⁶ Detaylı açıklama için: KÖKSAL Mehmet, “Elektronik Tebligat”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:16, Sayı 184, Yıl 2018, s.1549-1580 (LHD).

⁷ Bkz. benzer bilgiler: RUHİ Canan, RUHİ Ahmet Cemal, Tebligat Hukuku, Seçkin, Ankara, 2018, s. 64.

⁸ KÖKSAL, LHD, s. 1575.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

(b) bu tebligatların yapılacağı faks numarası, mail adresi veya elektronik kimliğini belirtmelidir.

2) Eğer bir taraf bu açık yazılı beyanda bulunmamışsa;

(a) ilgili dava tarafının hukuki vekilinin yazışma kâğıtlarında bir faks adresi bulunursa veya

(b) ilgili dava tarafının hukuki vekilinin yazışma kâğıtlarında bir mail adresi bulunuyor ve mail yolu ile tebliğ kabul edeceği şerh düşülmüş ise veya

(c) yargılama sürecinde ibraz edilen bir dava dilekçesi veya dava dilekçesine cevabın üzerinde faks numarası, mail adresi veya herhangi bir elektronik kimlik belirtilmiş ise bu ilgili dava tarafının faks veya diğer elektronik yollar ile yapılacak olan tebligatları kabul edeceği varsayılmaktadır. Sayılan durumların var olmadığı hallerde tebligat halen faks veya elektronik yollar ile yapılırsa, tebligatın mahkemelerce geçersiz sayılacağı kabul edilmektedir.

C. E-Tebliğat Adresi

E-Tebliğat adresi alma usulü de YETY ile değiştirilmiştir. YETY m. 6 gereğince e-tebliğat adresi almak zorunda olan kişiler için başvuru zorunluluğunun başladığı tarihten itibaren bir ay içinde ilgili kurum, kuruluş veya birlik tarafından PTT'ye başvuru yapılacaktır. Talep doğrultusunda e-tebliğat alacak kişiler YETY m. 7 gereğince bireysel olarak PTT'ye başvuracaklardır. Başvurular neticesinde PTT bir ay içerisinde e-tebliğat adresini oluşturup UETS'ye kaydedecek ve ilgili kişiye gönderecektir. Kanun gereği yalnızca PTTKEP hesabı edinerek bu hesap üzerinden muhataplara elektronik tebliğat gönderilebilir. Eski düzenlemede e-tebliğat adresi PTT'den alınabileceği gibi akredite olmuş diğer kayıtlı hizmet sağlayıcılarından da alınabiliyordu.⁹ Eski düzenleme ile Avrupa'daki hukuki düzenlemelerde olduğu gibi servis sağlayıcılarında tek elden kurtulma sözü konusu idi. Yeni düzenleme ile bu anlayıştan vazgeçilerek, e-tebliğat adresinin yalnızca PTT'den alınması düzenlenmiştir. Bu durumda daha önceden alınan e-tebliğat adreslerinin geçerliliği, kullanılıp kullanılmayacağı konusu, YETY'de de buna ilişkin bir düzenleme olmadığından, soru işaretlerini beraberinde getirmektedir.¹⁰ Usul ekonomisi ilkesi gereğince mevcut e-tebliğat adreslerinin kullanılması gerektiğini kabul etmekle birlikte, bir bütünlük sağlanması için kanaatimizce mevcut e-tebliğat adreslerinin

⁹ KÖKSAL, LHD, s. 1554.

¹⁰ KÖKSAL, LHD, s. 1577.

ücretsiz olarak yeni e-tebligat adresleri ile değiştirilmesi daha sağlıklı olacaktır.¹¹

İsviçre’de 2016 yılında Adalet ve Polis Federal Bakanlığı tarafından PrivaSphere Secure Messaging der Firma PrivaSphere AG ile IncaMail der Schweizerischen Post servis sağlayıcıları akredite edilmiştir. Almanya’da da İsviçre’de olduğu gibi e-tebligat adresi akredite edilmiş olan hizmet sağlayıcılardan alınabilmektedir. Şu anda Almanya’da akredite edilmiş hizmet sağlayıcıları 1&1 De-Mail GmbH, Mentana-Claimsoft GmbH, T-Systems International GmbH, Telekom Deutschland GmbH’dir. Bu kuruluşlara yapılan başvuru üzerine gerekli bilgiler temin edilerek e-tebligat adresi alınabilmektedir.

İngiliz Hukuku kapsamında kişiler veya kurumlar özel olarak bir e-tebligat adresi almak zorunda değildir. Bununla birlikte talep halinde İsviçre ve Almanya’ya benzer bir şekilde akredite edilen servis sağlayıcıları üzerinden elektronik kimlik alabilmektedirler. Bunun yanı sıra, HUK 6. Bölüm m. 25/5’e göre yargılama sürecinin başlamasından sonraki bir dönemde bir dava tarafı faks aracılığı ile belge ibrazını kabul edeceğini belirtmiş ise, bu faks numarası ilgili tarafın asıl tebligat adresi olarak kabul edilmektedir. Benzer olarak, HUK altıncı bölüm yirmi üç altıya göre ilgili taraf yargılama sürecinin başlamasından sonra faks, mail adresi veya elektronik kimlik aracılığı ile belge ibrazını kabul edeceğini belirtmiş ise ya belirtmiş olduğu mail adresi ya da elektronik kimliği yargılama sürecinde ilgili tarafın asıl tebligat adresi olarak kabul görmektedir.

D. E-Tebligat Adresi Sağlayıcıları

Görüldüğü üzere Türkiye’de e-tebligat sağlayıcısı olarak yalnızca PTT faaliyet gösterirken diğer ülkelerde birden fazla servis sağlayıcısı aracılığıyla bu sistem kullanılmaktadır. Burada önemli olan husus bu servis sağlayıcılarını kontrol altında tutarak servisin gerektiği gibi hatasız ve amacına uygun olarak hızlı bir şekilde kullanılmasının sağlandığından emin olmaktır. Servis sağlayıcılarında olan kişilerin verilerinin korunması da üst düzey öneme sahiptir. Yalnızca bir servis sağlayıcısının olması kontrolün ve denetimin daha kolay olabileceği düşüncesini ön plana çıkarabilir; ancak birden fazla servis sağlayıcısının olması halinde sunulacak olan servisin daha kaliteli olacağı bir gerçektir. Nitekim rekabetin olduğu bir ortamda rekabete ayak uydurmak için sağlanan servis ve koşullar kullanıcılar için her zaman daha avantajlıdır.

¹¹ Bkz. benzer görüş: KÖKSAL, LHD, s. 1577.
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

E. Ulusal Elektronik Tebligat Servisi (UETS)

Türkiye’de PTT aracılığıyla e-tebligat için verilmekte olan sistem Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi (**UETS**) altyapısını kullanmaktadır. Bu sistem içerisinde PTT tarafından sağlanan PTTKep elektronik posta adresleri ile tebligat yapılacaktır.

Tebligat gönderiminin aşamaları sırasıyla şu şekildedir:

- 1) E-Tebligat Gönderimi,
- 2) Doğrulama ve Kontrol,
- 3) Gönderi Kabul Delili,
- 4) E-İmzalama, Zarflama, Zaman Damgalama ve Gönderim,
- 5) Alıcının E-Tebligat Hesabına Teslimat,
- 6) Teslimat Delili,
- 7) E-İmza Doğrulama ve Okuma,
- 8) Okundu Delili.

Bu bilgiler dâhilinde unutulmaması gereken bir diğer husus ise elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır.

F. E-Tebligatta Sorumluluk

Türkiye’de tek servis sağlayıcısı olan PTT’ye oldukça büyük bir sorumluluk yüklenmiştir. Görüldüğü gibi PTT e-tebligat adreslerini düzenlemekle yükümlü olduğu kadar aynı zamanda sistemin kusursuz çalışmasını ve adres sahiplerinin güvenliğini de sağlamak zorundadır. Kişisel verilerin saklanması da yine PTT sorumluluğu altında olacaktır.

Bakanlık, PTT’nin e-tebligat hizmetini mevzuata uygun olarak verip vermediğini resen veya şikâyet üzerine her zaman denetleyebilir. YETY madde yirmi sekiz gereğince PTT, her yıl Ocak ayının sonuna kadar bir önceki yıla ilişkin faaliyet raporunu Bakanlığa verir. Rapor aşağıdaki unsurları içerir:

- 1) Oluşturulan e-tebligat adreslerinin türü ve sayısı,
- 2) Kullanıma kapatılan e-tebligat adreslerinin sayısı ve kullanıma kapatma nedenleri,
- 3) Bakanlık tarafından istenecek diğer hususlar.

Yukarıda bahsettiğimiz İngiliz HUK kurallarına göre kişi veya kurumlara yalnızca limitli şartlarda faks veya elektronik yollar ile tebligat yapabilmektedir. Sınırlı uygulaması olan bu tebligat hallerinde, tebligatta bulunacak tarafa belirli sorumluluklar da yüklenmiştir; faks dışında bir elektronik tebligat yolunun kullanılacağı durumlarda belgeyi tebliğ edecek

olan tarafın diğer taraftan bilgi alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durumda belgeler gönderilmeden önce tebligat yapacak taraf diğer taraftan tebligatı zorluğa düşürecek bir hal olup olmadığını veya bu minvalde dikkate alınması gereken bir limit olup olmadığını (örnek olarak belgelerin formatı veya gönderilecek olan belgelerin boyutu) teyit etmek ile yükümlü tutulmuştur.

Almanya ve İsviçre’de ise e-tebligattan doğan sorumluluklar ayrıca düzenlenmemiştir. Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesi’nin 18.06.2014 tarihli ve 11 U98/13 sayılı kararında yanlış yapılan bir tebligatta posta şirketinin sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Bu karardan yola çıkarak e-tebligatta hata meydana gelmesi halinde ilgili servis sağlayıcısının sorumluluğunun doğacağı söylenebilir. Aynı zamanda adres sahiplerinin bilgilerinin korunmasından da servis sağlayıcısının ve onunla birlikte Almanya’da Alman Mail Kanunu yetkili mercii olan Bilgi Teknik Güvenlik Federal Dairesi’nin, İsviçre’de Adalet ve Polis Federal Bakanlığı’nın sorumluluğundan bahsedilebilir.

G. E-Tebligat Adresinin Kapatılması ve Veriler

YETY m. 17 hükmü gereğince kanunen zorunlu olarak alınan e-tebligat adresi, tebligatın elektronik yolla yapılması zorunluluğu ortadan kalktığı takdirde, ilgili kurum, kuruluş veya birlik tarafından bir ay içinde PTT’ye gerekli bildirim yapılır. E-Tebligat adresi, bildirim tarihinden itibaren bir ay içinde PTT tarafından kullanıma kapatılır. Talebe bağlı olarak alınan e-tebligat adresi ise ilgilinin talebi üzerine talep tarihinden itibaren bir ay içinde PTT tarafından kullanıma kapatılır. Kısıtlılık, ceza infaz kurumuna girme veya askerlik hizmeti gibi hukuki ve fiili sebeplerle e-tebligat hizmetinden yararlanma imkânı ortadan kalkmış muhatabın e-tebligat adresi, ilgisinin bildirimini üzerine PTT tarafından bildirim tarihinden itibaren bir ay içinde kullanıma kapatılır. Kapatma işlemi, ilgili kurum, kuruluş veya birlikler ile PTT’nin sistemi arasında sağlanacak entegrasyon çerçevesinde otomatik olarak da yapılabilir.

YETY m. 18 hükmü gereğince e-tebligat adresinin kullanıma kapatıldığı an zaman damgasıyla kayıt altına alınır. Kullanıma kapatılan e-tebligat adresine tebligat yapılamaz; ancak bu adres altı ay süreyle adres sahibinin erişimine açık tutulur. Bu adrese yapılan tebligatların usulsüz tebligat mı yoksa geçersiz tebligat mı olacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Böyle bir tebligat yasal şartlara aykırı olacağından, kanaatimizce geçersiz sayılmalıdır. E-Tebligat adresi, kapatmaya ilişkin başvurunun yapıldığı tarihten öncesine etkili olacak şekilde kullanıma kapatılamaz.

E-Tebliğat adresinin kapatılması konusu YETY’de düzenlenmesine karşın, adresin kilitlenmesi hususu düzenlenmemiştir. Bir e-tebliğat adresinin kilitlenmesi, adresin geçici süreliğine kullanıma kapatılması ve adresin güvenliği sağlanana kadar erişime engellenmesi şeklinde tanımlanabilir. Bazı durumlarda acil olarak adresin kilitlenmesi gerekebilir. Bu tür durumlarda adresin kilitlenmesi ve adres sahibinin mağdur edilmemesi için bu konunun da yasal düzenlemeye kavuşması gerekmektedir. Alman Hukuku’nda Alman E-mail Kanunu m. 10 hükmünde servis sağlayıcısının e-tebliğat adresini derhal kitleme yetkisi veren haller düzenlenmiştir. Bunlara göre adres sahibinin talebiyle, adrese girişte hileli bir durum olduğu fark edildiğinde, adresin yanlış bilgiler verilerek açılmış olması halinde görevli makamın talimatı doğrultusunda ya da servis sağlayıcısı ile adres sahibinin sözleşmede belirledikleri bir hususun gerçekleşmesi halinde e-tebliğat adresi servis sağlayıcısı tarafından zaman geçirmeden kilitlenir.

H. Alternatif Tebliğat Yolları

Tebliğat Kanunu m. 7/A 3. fıkra hükmü e-tebliğatın zorunlu bir sebeple yapılamaması halinde tebliğatın Tebliğat Kanunu’nda belirtilen diğer usullerle yapılacağını düzenlemektedir. Her ne kadar kanunda boşluk doğmaması amaçlanarak¹² bu şekilde bir düzenleme getirilse dahi, bu diğer usullerin neler olduğunun açıklanmış olması gerekirdi. Bu zorunlu diğer usuller Tebliğat Kanunu’na göre şunlar olabilir:

- 1) PTT aracılığıyla fiziki posta olarak,
- 2) Memur vasıtasıyla.

Adresleri meçhul olan kişilere Tebliğat Kanunu m. 29 gereğince ilan tebliğat yapılmaktadır. Tebliğata elverişli adresin bulunmaması halinde ilan tebliğat yapıldığından, zorunlu olmasına rağmen e-tebliğat adresi olmayan kişilerde de ilan tebliğat usulünün uygulanması gerekmektedir.¹³ Elektronik ortamda ilan yapılacağı Tebliğat Kanunu m. 29/I 1. bendinde belirtilmiştir. Bu ilan yolu gazetede ilan ile birlikte kullanılmaktadır; ancak hangi internet sitesi üzerinden ya da ne şekilde bu ilanın yapılacağı kanunda belirtilmemiştir. E-tebliğatın amacı ve günümüz koşulları dikkate alındığında bu ilanın doğrudan internet üzerinden yönetmelikte belirlenecek bir internet sitesinde yapılması daha doğru olacak ve güzel bir alternatif teşkil edecektir.

¹² MUŞUL Timuçin, Medeni Usul İcra ve İflas Tebliğat Hukuku Uygulamaları, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 363.

¹³ KÖKSAL, Tebliğat Kanunu, s.78.

Bu tür alternatif tebligat yolları özellikle bir dava tarafının bulunamadığı veya adresinin saptanamadığı hallerde önemlerini gösterecektir.

İngiliz Hukuku kapsamında ve belirli özel şartların varlığında, mahkemeler bir tarafın diğer bir tarafa yargılama süreci ile ilgili belgeleri farklı metotlar ile tebliğ etmesine izin vermektedirler. Bu duruma “alternatif metot ile tebliğ” ismi verilmektedir. Bu tür tebligat mahkemelerin vermiş olduğu bir karar aracılığı ile kullanılmaktadır. HUK 6. Bölüm ve Protokol 6-A bu hususu detaylı olarak değerlendirmektedir. Bu hükümleri kısa bir şekilde özetlemek gerekirse; bir dava tarafı diğer dava tarafına ulaşamıyor ise mahkemelere başvurup teklif ettiği alternatif bir yol aracılığı ile diğer dava tarafına tebliğde bulunabilmektedir. Başvuruda bulunan taraf başvuru dilekçesinde neden böyle bir karara ihtiyacı olduğunu, hangi tür tebliğ metodunu teklif ettiğini ve neden bu metot ile kişiye belgelerin ulaşacağını düşündüğünü belirtmesi gerekmektedir. HUK 6. Bölüm 9/III’de alternatif metot ile tebliğe şu örnekler verilmiştir:

1) Ulaşılamayan bir dava tarafına SMS ile veya telefonuna sesli mesaj bırakarak tebliğ edilen belgenin nerede olduğunun belirtilmesi veya

2) Bir şirketin mail adresine tebliğde bulunulması.

Bu kural ile tebligatın gerçekleştirilmesi pratik bir hale getirilmiştir. 2009 senesinde anonim olması nedeniyle kendisine ulaşamayan ve başkasıymış gibi davranan bir Twitter kullanıcısına Twitter üzerinden bu hareketlerini durdurması adına bir ihtiyati tedbir kararı tebliğ edilmiştir. Benzer bir şekilde, 2011 senesinde bir İngiliz mahkemesi, dava tarafına Facebook üzerinden belgelerin tebliğ edilmesine izin vermiştir. Son olarak, 2012 senesinde bir İngiliz Yüksek Mahkemesi ilk defa bir dava dilekçesinin Facebook üzerinden tebliğine izin vermiştir.

I. Devlet Daireleri ve Teknoloji

E-Devlet ile büyük bir ivme yaşayan Türkiye Cumhuriyeti, elektronik ortamdaki gelişmeleri yakalayarak bunu gündelik hayatta kullanmaya teşvik etmekte ve kişilerin hayatının kolaylaşmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda elektronik ortama geçiş süresi içerisinde geliştirilen UYAP sisteminden de bahsetmek gerekir. UYAP sistemi üzerinden e-tebligat yapılabilmektedir. Hukukçular ve yargı organları için büyük bir kolaylık sağlayan UYAP sistemi ile gerekli işlemler oldukça hızlandırılmıştır. Bu bağlamda icra dairelerinde fiziksel dosyalar üzerinden işlem yapılması hususu uzun süredir eleştirilerin odak noktası olmuş; hatta bu durum stajyer avukatların korkulu rüyası haline gelmiştir. Kanun koyucu bu eleştirileri göz ardı etmemiş ve 19.12.2018 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 7155 sayılı Kanun ile takip

işlemlerinin elektronik ortamda yapılmasını sağlamak amacıyla UYAP bünyesinde Merkezî Takip Sistemi oluşturulmuştur. Abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takiplerde de yalnızca elektronik ortamda takip başlatılacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere elektronik sisteme geçerek yapılacak resmi işlemlerin daha kısa sürede gerçekleştirilmesi ve daha ekonomik hale getirilmesi için yeni sistemler geliştirilmektedir. Bu düzenleme e-tebligat ile uyumlu hale de getirilerek 7155 sayılı Kanun'un m. 6/II hükmünde "Borçlu, tebligatın elektronik yolla yapılması zorunlu olan kişilerden ise zorunlu elektronik tebligata ilişkin hükümlerin uygulanması" düzenlenmiştir.

Elektronik tebligatın diğer özel şekilleri ise MASAK Elektronik Tebligat Sistemi, Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Elektronik Tebligat Sistemi Genel Tebliği'dir.¹⁴

III. SONUÇ

Resmi işlemlerin sanal ortamda elektronik olarak yapılması birçok yönden avantajlı olduğu kadar bir o kadarda külfetli bir iştir. Öncelikle bu aşamaya gelene kadar diğer online sistemlerde yaşanan problemler düşünüldüğünde, sistem hatalarının minimum seviyede tutulabilmesi, kişilerin bilgilerinin güvenliğinin kusursuz bir şekilde sağlanabilmesi oldukça zor olmakla birlikte tecrübe de gerektirmektedir. Aynı zamanda Türkiye'de e-tebligat kullanmak zorunda kalacak bireylerin yaş ortalamasının çok da genç olmayacağını ve bu tür sistemleri kullanabilme yaşının Türkiye'de genç yaş ortalamasına hitap ettiğinin de unutulmaması gerekir. Bu nedenle bu sisteme zorunlu olarak geçiş yapılma süresinin bir ay kadar kısa bir süre olması tedirgin edicidir. Alt yapısının kusursuz olduğunun anlaşılması ve kişilerin bu sürece uyum sağlaması için kanaatimizce geçiş sürelerinin daha uzun tutulması sağlıklı olacaktır. Almanya örneğini göz önüne alırsak XRechnung adı altında faturaların elektronik ortamda gönderilmesi projesine 2016 yılında başlanmış, 2018 sonuna kadar projenin hazırlanmasının ve geliştirilmesinin yapılması, 2019 yılından itibaren de kullanılmaya başlanması planlanmıştır.¹⁵ 2018 sonundan itibaren yalnızca merkezi sipariş verenlere bağlayıcı, 2019 yılından sonra da merkezin altında sipariş verenler için de bağlayıcı olması kararlaştırılmıştır. Görüldüğü üzere bu tür bir sistemi hayata geçirmek için uzun bir geçiş süresi belirlenmiş ve baştan itibaren bireylerin kendilerini buna

¹⁴ KÖKSAL Mehmet, Tebligat Hukuku Şema Kitap – Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 32.

¹⁵ Bu sistem henüz hazır hale getirilememiştir.

hazırlamasına imkân sağlamıştır. Almanya'daki şekilde düzenlemelerin yapılması ile bireylerin sisteme adapte olması sağlanırken aynı zamanda işlem güvenlikleri de koruma altına alınmış olmaktadır.

Genel olarak, kendilerine e-tebligat yapılmasının zorunlu kılındığı kişilerin bu şekilde genişletilmesi ve bu kişilere zorunlu şekilde e-tebligat yapılmasının düzenlenmesi oldukça yerindedir.¹⁶ Türk Hukuku'ndaki son düzenlemeler ışığında eksikliğini fark ettiğimiz bir diğer husus ise servis sağlayıcısı olarak yalnızca PTT'nin belirlenmiş olması ve özel şirketler tarafından servis sağlayıcısı olarak bu hizmetin verilmesinin engellenmiş olmasıdır. Böyle bir rekabet ortamının yaratılmasına izin verilmemesi bu tür sistemlerin geliştirilmesinin önüne geçmektedir.

KAYNAKÇA

- AKCAN Recep, ALBAYRAK Hakan, Tebligat Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.
- ÇATALKAYA İbrahim Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Engelhardt/App/ Schlatmann, Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz: VwVG, VwZG, C.H. Beck, München, 2017.
- KÖKSAL Mehmet, Açıklamalı-İçtihatlı Tebligat Kanunu ve İlgili Mevzuat, Legal, İstanbul, 2018. (KÖKSAL, Tebligat Kanunu)
- KÖKSAL Mehmet, 'Elektronik Tebligat', Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 16, Sayı 184, Yıl 2018, s.1549-1580. (KÖKSAL, LHD)
- KÖKSAL Mehmet, Tebligat Hukuku şema Kitap – Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- MUşUL Timuın, Medeni Usul İcra ve İflas Tebligat Hukuku Uygulamaları, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- RUHİ Canan, RUHİ Ahmet Cemal, Tebligat Hukuku, Seçkin, Ankara, 2018.
- YILMAZ Ejder, AğLAR Tacar, Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2013.

¹⁶ Bkz. karşı görüş: KÖKSAL, LHD, s.1574.
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

YENİ SİYASAL REJİMİN YEREL YÖNETİMLERE YANSIMALARI

(REFLECTIONS OF NEW POLITICAL REGIME ON LOCAL GOVERNMENTS)

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu * **

ÖZ

Yerelleşme ve bütünleşme ikilemi, 2017 Anayasa Değişiklikleri sonrasında da tartışılmaya devam etmektedir. Yeni siyasal rejime ilişkin normatif düzenlemeler ve buna eşlik eden uygulamalar, bu tartışmada merkezileşme olgusunun ağır bastığını göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: *Siyasal rejim, siyasal sistem, yerel yönetimler, ademimezkeleşme.*

ABSTRACT

The dichotomy between decentralization and integration is also discussed after the 2017 consitutional amendments. The normative regulations regarding new political system and the law practise has proved that the centralization fact dominates this discussion.

Keywords: *political system, local government, decentralization.*

I. Giriş

2017 Anayasa Değişiklikleriyle getirilen başkancı rejimin yerel yönetimlere etkilerinin tartışılacağı bu yazı kapsamında öncelikle siyasal sistem ve siyasal rejim arasındaki anlam farklılığına ve karşılıklı ilişkilere değinilmesi, bu kavramların hangi bağlamda kullanıldığının anlaşılması açısından yararlı olacaktır (I).

Yeni siyasal rejime geçilmesi öncesinde de ülkemizde bütünleşme ve yerelleşme ikileminin gerek siyasal gerekse hukuksal zeminde tartışıldığını görmekteyiz.¹ Bu tartışmaların, karşılaştırmalı hukuk perspektifinden de ele alınıp değerlendirilmesi ufuk açıcı olabilir (II).

¹ Eserin Dergimize geliş tarihi: 04.01.2019. İlk hakem raporu tarihi: 07.01.2019; İkinci hakem raporu tarihi: 15.01.2019; Onaylanma tarihi: 18.01.2019.

* Girne Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000 - 0002 - 0499 - 5856

Eserin Atıf Şekli: Korkut Kanadoğlu, “Yeni Siyasal Rejimin Yerel Yönetimlere Yansımaları”, YÜHFD, C.XVI, 2019/1, s.39-54.

¹ Doğal olarak yerel yönetimi incelemeye yönelecek her soru, bu kurumun sınırlarını aşan ve inceleme nesnesini ekonomik, siyasal ve yönetsel yönleriyle kucaklayan bir yöntemle sahip

2017 Anayasa Değişiklikleri ve bu değişikliklere eşlik eden düzenleme ve uygulamaların ise bölgeselleşme bir yana yerel yönetimleri baskılayan bir merkezileşme eğilimi taşıdığı açıkça ortadadır (III).

Nihayet idari ademimerkezileşme yönünde anayasal ve yasal bazı değişiklikler önerilebilir (IV).

II. Siyasal Sistem / Siyasal Rejim

Siyasal sistemden anlaşılması gereken; somut bir siyasal, sosyo-ekonomik, etik veya dinsel ideoloji altında yaşayan bir toplum ile bu hakim ideolojiyi gerçekleştirmeye uygun özgün kurumlardır. Tarihsel açıdan siyasal sistemlerin en anlamlıları şunlardır; teokrasi, monarşik mutlakiyet, liberal anayasacılık, kolektivizm ve elitist yönelimli faşizm.² Ancak bugünkü siyasal sürecin ideolojisi için karakteristik olan, salt çıplak bir güç üzerinde kurulmuş olan siyasi iktidarın sürdürülebilmesi için gerektiği düşünülendir; daldan dala konabilir; rengi çoğunlukla dinci ve milliyetçidir.

Belirli bir dünya görüşünün hakim olduğu bir çevrede geliştirilen ve orada amacını yerine getiren kurumlar, mekanik biçimde ideolojik olarak farklı bir siyasal sistem içine yerleştirilirse, işlevsel kimliğini yitirir; otomatik bir dönüşüme uğrar. Seçimler, parlamento, siyasi partiler gibi liberal meşruluğa sahip anayasal devletlerin siyasal sistemleri içinde kendi özgürlükçü ideolojisinin gerçekleştirilmesi için geliştirilen kurumların iç anlamları değişir ve otoriter / totaliter bir siyasal sistem içinde kullanımında olduğu gibi tamamen farklı bir amaç için araçsallaştırılır.

Siyasal rejim ya da hükümet biçimi ise bağlı olduğu ideolojinin kimliği ve yakınlığıyla ve ona uygun kurumlarla yakından bağlıdır. Demokratik bir anayasacılığın siyasal rejimi, devlet iradesinin oluşumuna katılan farklı güç sahiplerinin karşılıklı ilişkileri bağlamında farklılaşabilir; başkanlık ve parlamenter rejim. Buna karşılık otokratik bir siyasal rejim, iktidar sürecine hakim ideoloji bakımından geniş bir repartuar sergiler; bu ideolojilerin ortak noktası ise eşitlik ilkesini reddeden bir değerler sistemine sahip olmasıdır. Son anayasa değişikliğiyle kabul edilen başkancı siyasal rejim de diğer tüm otoriter rejimler gibi de facto hükümdarın iktidar tekelinin perdelenmesine hizmet etmektedir. Bu tür bir güç oluşumunun kökünün uzun süre geniş halk kitlelerine dayanması mümkün olamayacağından yatay hükümetler olarak varlıklarını sürdürmek ister.

olmayı gerektirir, Güler B. A. , Yerel Yönetimler, İmge Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 186.

² Löwenstein K. , Verfassungslehre, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, 3. Baskı, Tübingen 1975, s. 11-12.

Bu süreçte kısa vadeli siyasi düşüncelerin belirleyici olması, yasama – yürütme - yargı dengesinde ilerideki muhtemel çatışmalar olasılığını fazlasıyla artırmaktadır. Karşılaşılan her sorunun kendi anlayışı doğrultusunda anayasa eliyle çözülmesini bekleyen otoriter bir yaklaşımın, toplumsal, siyasi ve kamusal yaşamımızda daha büyük sıkıntı ve tikanlıklar yaratmış olduğunu da unutmamamızda sayısız yarar bulunmaktadır.

III. Yerelleşme / Bütünleşme İkilemi

Geleceğin belirsizliği karşısında korkuya kapılan yığınlar istikrar ve güveni etnik, ulusal ya da dinsel kimliklerin belirleyiciliğinde aramayı yeğleyebilir. Ancak bu tür kimlikler, Ernst Gellner'in vurguladığı anlamda bir siyasi ve ulusal birlikle örtüşmeyecektir.³ Bu kimliklere dayanan bir yerelleşme politikası⁴, ulus devleti bütünleyip güçlendirme için değil onun yerini almak için yararlanılan bir kurumsallaşmaya dönüşme riskini taşımaktadır.

Türkiye bu konuda bir yalpalama yaşamaktadır. Yakın geçmişte bir yandan dünya kapitalist sisteminin de istemleri doğrultusunda yerel ve bölgesel kurumlara yönelik bir aranı⁵, diğer yandan bunun Anayasa ile güvence altına alınan üniter devletin çözülmesine yol açacağına yönelik toplumsal kaygı bu savrulmaya yol açmaktadır. Bu kaygının da tarihsel nedenleri bulunmaktadır. Osmanlıdan Cumhuriyete geçerken üniter devlet, ulusal egemenliğin bütünleşmesiyle eş anlamlı görülmekteydi. O günden bu güne merkezîyetçilik anayasal rejimin temel bileşeni olmuştur. Bu nedenle Türkiye, katı hiyerarşik ve merkezi bir idareye sahip bir üniter devlet modeli

³ Keleş R. , “Küreselleşmenin Etkisinde Ulusal, Bölgesel ve Yerel Kimlikler”, in: Yerel Yönetim Kent ve Ekoloji, Can Hamamcı'ya Armağan, (ed. A. Çoban), İmge Yayınevi, Ankara 2015, s. 40.

⁴ Yerelleşme, yerinden yönetimle eş anlamlı kullanılırsa, dört aşamayı içerir: yerel yönetimlerin güçlendirilmesi, bölgeselleşme, federalizm, ayrılıkçılık, bkz. Mengi A./Çiner C.U. , “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı: Niteliği, Beklentiler ve Türkiye”, in: Yerel Yönetim Kent ve Ekoloji, Can Hamamcı'ya Armağan, (ed. A. Çoban), İmge Yayınevi, Ankara 2015, s. 91.

⁵ Bunun açık göstergelerinden birisi AK Parti seçim beyannamesinde yer alan, “100 maddelik Yeni Türkiye Sözleşmesi” adlı kitapçıkta yer bulan, doğrudan Başbakan Davutoğlu'nun kaleme aldığı şu ifadelerdir: “Merkezîyetçi yapıdan adem-i merkezîyetçi yapıya geçiş ve toplumsal farklılıkların siyasi temsili...”, bkz. Bayramoğlu A. ,”Çözüm süreci: Siyasetten Silaha”, <http://www.democraticprogress.org/wp-content/uploads/2015/10/Ali-Bayramoglu-Assessment-TUR.pdf>.

olan Fransa örneğini izlemiştir. Bölünmezlik salt siyasi bir ilke olmanın ötesine geçerek Türk ulusunun birliği ilkesine dönüşmüştür.

Fransız Anayasa Konseyi bu birliğe bölgesel halkların yasama organınca tanınmasını yasaklayan bir anlam vermiş ve menşei, dili, kültürü veya inancı üzerinden tanımlanan bir gruba özel haklar tanınamayacağına hükmetmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki Fransa 2003 yılındaki Anayasa değişikliğiyle kendi paradigmasını düzellemiştir. Bu tarihe kadar cumhuriyetin “ademi merkezietçi” karakteri idari yapıyla sınırlıydı ve siyasi örgütlenmeyi dikkate almıyordu. Bu reformla birlikte yerel ve bölgesel yönetimlerin özerkliği Anayasa md. 72’deki yeni düzenlemeyle güçlendirilmiştir. Ayrıca bu değişiklikle, Fransız halkı içinde yer alan deniz aşırı nüfusun tanınması ve Cumhuriyetten ayrılma olanağı verilmesiyle hem Fransız halkının birliğine, hem de bu bölgelerin özerk ihtiyaçlarına uygun bir çözüm getirilmiştir.

Fransa’daki tüm bu gelişmelere rağmen Türkiye ile karşılaştırıldığında her iki devlette ortak olan nokta, üniter devletin temel sütunu olan bölünmezlik ilkesi üzerinde federal bir devlet kurulamayacak olmasıdır.⁶

Türkiye’de ise hukuksal planda 2017 Anayasa Değişikliği öncesi gelişmeler yukarıda vurgulanan ikilemi yansıtır niteliktedir. Siyasi parti özgürlüğu açısından Anayasa Mahkemesi’nin içtihadında bir esnemen söz edilebilir. Anayasa Mahkemesi, Demokratik Kitle Partisi kararında, “Bölgesel özerklikler ve yönetime” ilişkin parti önerilerini, Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre; “il ve ilçe meclisleri yerel parlamentolar statüsüne kavuşturularak; valiler, emniyet müdürlükleri ve kaymakamların da, belediye başkanları gibi seçimle işbaşına gelmelerinin sağlanması; eğitim, sağlık, iç güvenlik ve aynı zamanda vergi toplamının, yerel yönetimlerin yetki alanına bırakılması”na yönelik görüşlerin “yerel yönetimleri daha etkili duruma getirme amacına yönelik olduğu ve Devletin tekliği ilkesine aykırılık oluşturma”dığı sonucuna varmıştır.⁷

Öte yandan Büyükşehir Belediyelerine ilişkin 6360 sayılı Kanun ile;

- Osmanlıdan bu yana yüzyıldır yönetim, siyaset ve toplum yaşamında varlığını sürdüren il özel idarelerinin varlığına son verilmiştir.
- Cumhuriyetle kurulan köy tüzel kişilikleri kaldırılmıştır.
- Belde belediyelerinin de tüzel kişiliği kaldırılmıştır.

⁶ Bu bağlamda “Kürtlerin farklı kimlik bilinciyle aktif siyaset yapan kesimi, genel nüfus içinde % 6 gibi küçük bir orana sahip olduğu dikkate alındığında Türkiye’nin, toplumsal yapısında etnik temele dayalı ciddi, yaygın ve derin bölünmeleri olan bir ülke” olmadığı da ayrıca belirtilmelidir, Uygun O. , Federal Devlet, On İki Levha Yayıncılık, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 2007, s. 349.

⁷ E. 1997/2 (Siyasî Parti Kapatma), K.1999/1, Kt.26.2.1999.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

Böylelikle mahallî idareler ve yerel demokrasi zayıflatılmıştır. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi Anayasa'nın 127. maddesine aykırı görmemiştir.⁸ Oysa mahallî idareler sahip oldukları tüzel kişilik üzerinden idarî ve malî özerkliğe sahip olurlar. “Yine sahip oldukları bu tüzel kişilik sayesinde mahallî idarelerde demokrasi gerçekleşir. Yerel demokrasi demek, bir mahallî idarenin karar organlarının o yerdeki seçmenler tarafından seçilmesi demektir. Siz bir mahallî idarenin tüzel kişiliğini kaldırırsanız, o mahallî idareyi ve dolayısıyla karar organını da kaldırmış olursunuz ki, bu yerel demokrasinin yok olmasından başka bir şey değildir.”⁹

Yerinden yönetimlerin mali özerkliği konusunda da Anayasa Mahkemesi 2011 yılında verdiği kararla, belediye meclisinin ilan ve reklam vergisinin oranını belirleme yetkisini, Anayasa'nın 73. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁰ Sonuç olarak, bu Anayasa Mahkemesi kararıyla Türkiye, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın onayladığı bir kuralını (md. 9) uygulayamaz duruma düşmüştür.¹¹

Yine Anayasa'da merkez / ademimerkez ilişkisi “mahalli müşterek ihtiyaç”¹² ölçütüyle düzenlenmiş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi bu ölçütün yorumunda çok çekingen bir tutum takınmıştır. Önce belediyeleri “kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmemiş” olmak kaydıyla diğer görev ve hizmetler bakımından genel yetkili kılan 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 14. maddesini Anayasaya aykırı bulmuştur.¹³ Daha sonra da mahalli müşterek ihtiyacı belirleme yetkisini yasa koyucunun takdirine bırakmakla yetinmemiş, yerel yönetimleri ortadan kaldırma amacına yönelik olmamak ve yerel yönetimlere borç veya borç getirmemek

⁸ E. 2013/19, K. 2013/100, Kt. 12.9.2013.

⁹ Gözler K. , “6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler Yirmi Dokuz İlde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyesi Hâline Dönüştürülmesi Anayasamıza Uygun mudur?”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 122, Şubat 2013, s.37-82. (www.idare.gen.tr/6360-elestiriler.pdf). Kanunu anayasaya uygun bulan Anayasa Mahkemesi kararının eleştirisi için bkz. Sağlam F. , “Yerel Yönetimleri Düzenleyen Yeni Yasalara İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları'nda Göze Çarpan Sorunlar”, in: Yerel Yönetim Kent ve Ekoloji, Can Hamamcı'ya Armağan, (ed. A. Çoban), İmge Yayınevi, Ankara 2015, s.77-84.

¹⁰ E. 2010/62, K. 2011/175, Kt. 29.12.2011.

¹¹ Keleş R./Mengi A. , Kent Hukuku, İmge Kitabevi, Ankara 2017, s.194.

¹² Fransa'da bu ölçüt, 1884 tarihli Belediye Teşkilatı Hakkında Kanun'da “mahalli işler” ve “mahalli kamu yararı” olarak ifade edilmiştir.

¹³ E. 2005/95, K. 2005/7, Kt. 24.1.2007. Gözler bu kararı utanç verici, çağdışı ve cahilce olarak nitelemiştir, Gözler K. , Mahalli İdareler Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2018, s. 131.

kaydıyla istenilen görevlerin merkezi idareye aktarılabileceğine karar vermiştir.¹⁴

Almanya’da ise tersi bir eğilim gözlenmektedir. İşbirliğine dayalı bir federalizmin geliştiği Almanya’da yasama yetkisinin büyük bölümü federal düzeyde gerçekleşmektedir. Bu durum Almanya’yı gittikçe bir “tekil federal devlete” dönüştürmektedir. Bu merkezileşme eğilimi, Federal Anayasa Mahkemesi’nin içtihadı ve AB bütünleşmesiyle de desteklenmektedir.¹⁵ Ancak idare işlevi açısından yaklaşıldığında bu durumun farklılaştığını da saptamak gerekir. Alman Anayasası’na göre icrai yetkilerin federal ve federe devletler arasında paylaşımında federal devlet sadece kendisine tanınan yetkilere sahipken (dış ilişkiler, silahlı kuvvetler, posta ve telekomünikasyon, demiryolları, merkez bankası, federal suyuolları trafiği), federe devletler bu şekilde açıkça sayılmayan diğer tüm alanlarda yetkilidir (md. 83). Bu hüküm, idari yetkiler açısından bir karineyi somutlaştırmaktadır; şöyle ki özellikle federal yasaların yürütülmesi esas itibarıyla federe devletlerin kendi işidir.¹⁶ Buna göre idari yetkileri kullanma yetkisi federe devletlere aittir. Federe yasaların yürütülmesi ise zaten federe mercilere bırakılmıştır. Dolayısıyla idare için asıl yetkili olan federe devletlerdir.

AB hukuku çerçevesinde, 1992 Maastricht Anlaşmasıyla kurulması öngörülen Avrupa Birliği Bölgeler Komitesi, yerelleşme ve bölgeselleşmeyi özendirilmektedir. Bölgeciliğin içeriği üzerinde bir tanım birliği yoktur; idari özerklikten mikro milliyetçiliğe dek uzanmaktadır. Son yirmi yılda, sürdürülebilir kalkınmanın ve yoksullukla mücadele konusundaki karmaşıklıkların ele alınmasında Yerel Yönetimlerin ve Yerel Yönetimlerin Birliklerinin¹⁷ önemi hem AB hem de ortak ülkeler tarafından giderek daha fazla kabul görmüştür. Gerçekten de vatandaşlara en yakın olan yerel kamu idareleri, temel hizmetlerin sağlanması yoluyla, seçim bölgelerinin ihtiyaçlarını karşılamak için bir görev yürütme sorumluluğunu üstlenmektedir. Bu yerel yönetimler değişim için katalizör görevi görürken,

¹⁴ E. 2011/106, K. 2012/192, Kt. 29.11.2012.

¹⁵ Marsch/Vilain/Wendel, Fransözsisches und Deutsches Verfassungsrecht, Sringer Verlag, Berlin, Heidelberg 2015, s. 84.

¹⁶ Mörsdorf R. , Das belgische Bundesstaatsmodell im Vergleich zum deutschen Bundesstaat des Grundgesetz, Peter Lang, Frankfurt am Main 1996, s. 155.

¹⁷ **Yerel Yönetim Birliklerinin dernekleri, YYB üyeleri ve daimi sekretarya tarafından seçilen bir temsilci organdan oluşabilir. Temel işlevleri şunlardır: savunuculuk, lobi, koordinasyon deneyimi ve yerel yönetimler arasında bilgi paylaşımı, kalite denetimi, yerel kalkınma planlarının tanıtımı.**

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

çoğu durumda kendi yerel topluluklarını seferber etme olanağını da kullanmaktadır.

Bu noktada Yerel Yönetimlerle birlikte Sivil Toplum Kuruluşlarının (toplum temelli örgütler, sivil toplum örgütleri, inanç temelli örgütler, vakıflar, araştırma kurumları, sendikalar dahil) işbirliğiyle etkinleşen kamu yönetimi, daha kapsayıcı kalkınma süreçleri açısından özellikle dikkat çekicidir. AB kadın örgütleri, kooperatifler, profesyonel ve ticari dernekler, medya ve yerel toplulukların karşılaştığı acil sorunların bu işbirliğiyle çözümlenmesini önemsemektedir.

Dahası, kriz durumlarında Yerel Yönetim Birlikleri, kamu örgütlenmesinin inşasında merkezi hükümetler ile AB arasındaki işbirliğinin şu anda mümkün olmadığı alanlarda uygun muhataplar olabilmektedir. Yerel yönetimlerin, AB toplumu için göç, gıda güvenliği, kaynak tükenmesi, kamu güvenliği, madencilik çevresel ve sosyal etkileri ya da iklim değişikliğine uyum ve hızlı kentleşme gibi baskın konulara ilişkin sorunlara yönelik beyanları özel önem kazanmıştır. Nitekim 2025 yılına gelindiğinde, dünya nüfusunun yaklaşık üçte ikisi, ortak ülkelerde ise % 95'i kentsel alanlarda yaşayacaktır. Bu nedenle Avrupa Komisyonu'nun odak noktası, genel olarak kamu kurumsal sisteminin en düşük kademesi ve vatandaşlara en yakın olan belediye seviyesindedir.

IV. 2017 Anayasa Değişiklikleri

1. Bölgeselleşme

TBB Başkanı Feyzioğlu'nun “Bu anayasanın içinde özerk bölgeler yaratma yetkisi var. Paketin içinde eyalet yapısı var.” sözleri¹⁸ ile Cumhurbaşkanlığı Başdanışmanı Karatepe'nin Çin benzeri “eyalet önerisi”¹⁹, 2017 Anayasa Değişikliklerinin, egemenliğin yapısı bakımından çokça tartışılmasına yol açmıştı.

2017 Anayasa Değişiklikleri arasında bu tartışmayla ilişkilendirilebilecek en önemli düzenleme, “idarenin bütünlüğü ve kamu tüzel kişiliği” başlığını taşıyan Anayasa'nın 123. maddesidir.²⁰ Değişiklik öncesinde kamu tüzel

¹⁸ Bkz. <https://indigodergisi.com/2017/04/eyalet-ozerklik-yetkisi-123-124-127/>.

¹⁹ “Daha sonraki aşamada ise, şehir yönetimlerine yeni hükümet sistemine uyumlu bir kimlik kazandırılması yönündeki düzenlemeler yapılması gerekmektedir.”, bkz. <https://m.bianet.org/bianet/siyaset/185466-cumhurbaskani-danismaninin-tartismaya-neden-olan-yazisi>.

²⁰ Bir diğer düzenleme ise Anayasa'nın 127/3. maddesinin 2. cümlesinde yapılmıştır. Buna göre milletvekili seçimlerinden 1 yıl önceki ve sonraki mahalli idare seçimlerinin milletvekili seçimleriyle birlikte yapılmasına yönelik hükmü ilga edilmiştir.

kişiliğinin kuruluşu için kanunla yetkilendirilme bir zorunluluk iken, bundan böyle kamu tüzel kişiliği kanunla olduğu gibi Cumhurbaşkanının doğrudan Anayasadan aldığı yetkiyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) ile de düzenlenebilir. Bu bağlamda “idarenin kanuniliği” ilkesi de ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca CBK ile kamu tüzel kişiliği kurabilmesi, Cumhurbaşkanının yine doğrudan Anayasa'nın verdiği yetkiyle yönetmelik ve kamulaştırma yapabilmesini de olanaklı kılmaktadır. Ancak Anayasa'nın 123. maddesinde yapılan bu değişiklikten hareketle, devletin yapısında bir değişiklik olduğunu söyleyebilmek neredeyse olanaksızdır. Yerinden yönetim, Türkiye’de anayasal bir ilke olarak varlığını korumaktadır. Dolayısıyla dünyanın her yerinde olduğu gibi Türkiye’de de yerel yönetimler, merkezi devletin çıkardığı kanunlar çerçevesinde faaliyette bulunmaktadır. Buna göre Türkiye’de özerklik, yerel yönetimlerin merkezi idare karşısında belli bir iktidara sahip olması anlamında üç unsuru içermektedir; yetki paylaşımı, idari özerklik (karar ve yönetim organlarının seçimi) ve mali özerklik. Ancak belirtilmelidir ki, Anayasa'nın 127. maddesi, mahalli yönetimlerin yalnızca karar organlarının kendi seçmenleri tarafından seçilebilmesini öngörmektedir.

Üniter bir devlette, devlet altı yapılar yalnızca merkezi olmayan kamu kurumlarıyla yerel yönetimlerden oluşmaktadır ve bu ademi merkezi birimlerin salt idari düzenleyici işlem yapma yetkileri bulunmaktadır. Bölgesel devlette ise siyasal özerklik sorunundan bağımsız olarak bölgeler yasama yetkisine sahiptir. Yerinden yönetimler tüzel kişiliğe sahip olmalarına rağmen sadece devlet idaresinin bir parçası olmanın ötesine geçemezler. En temel farklılık ise devlet ve bölgeler arasındaki ilişkiler ancak anayasa düzeyinde kurulabilirken, üniter devletle idari birimler arasındaki ilişkilerin kural olarak idare hukuku tarafından belirlenebilecek olmasıdır.

Bölgele devletler bakımından bölgelerin anayasaya göre siyasal özerklik sahibi olmaları doktrinde kabul gören bir tespittir. Ancak bölgesel özerkliğin tanımı üzerinde bir görüş birliği oluşmamaktadır. Ulus-devlet kurumlarının çeşitli bölgesel sorunlar nedeniyle tartışmaya açılması, özerklik konusunu moda haline getirmiştir. Bu açıdan bir netlik kazandırmakta yarar bulunmaktadır. Zira kullanıldığı bağlama göre özerklik kavramı farklı anlamlar almaktadır. Yunanca “kendi yasasını koyma” anlamına gelen sözcüklerden oluşan bu kavram, kamu hukukunda devlet karşısında kendi hukuk kurallarını yapabilme konusunda özgür konum anlamına gelmektedir.²¹ Özerklikte türetilmiş bir hukuk pozisyonu söz konusudur.

²¹ Forsthoﬀ E. , Lehrbuch des Verwaltungsrechts, C.H. Beck, München 1956, s. 480.
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

Devletin asli ve kapsayıcı egemenliğinden, bu özelliğiyle ayrılır. Özerklik böylece egemenlik karşısında bir eksi derekededir.²²

Buradan çıkan bir sonuç da özerkliğin farklı konularda ortaya çıkabilecek oluşudur. Örneğin İtalya’da Anayasa metni bölgesel özerklik²³ ile il ve beldelerin özerkliği arasında bir ayırım gözetmektedir. Sonuncular için Anayasanın 128. maddesinde açıkça belirtilen özerklik, “Cumhuriyetin genel yasalarıyla tespit edilen ilkeler çerçevesinde” tanınmışken, bölgesel yetki alanı doğrudan Anayasada düzenlenmiştir.²⁴ Bu nedenle bölgesel özerklik şekli anlamda anayasal düzeye sahiptir. Maddi anlamda ise kendi siyasal kararlarını alabilme olanağını kapsar. Yoksa yalnızca idari bir birim olarak, devletin çizdiği genel çerçeveye bağlı olarak yasa gücünde de olsa işlem yapabilmek, zorunlu olarak siyasal özerklik sahibi olmak anlamına gelmeyebilir, meğerki kendi önemli siyasal kararlarını alabilsin. Nitekim Fransız Anayasası 2003’den beri yerel yönetimlere belirli bir zaman için farklı bir yasama yetkisi vermiş (deneysel yasama yetkisi, md. 72/4) ve denizaşırı bölgelere de büyük ölçüde yasama yetkisini devretmiş olsa da Fransa’da önemli yasa koyuculuk yetkisi süresiz olarak devlet altı yerel yönetimlere devredilmemiştir. Fransız Ulusal Meclisi özünde tek yasa koyucu olarak kalmıştır; Fransız üniter devleti ademi merkezileşmiştir, fakat federalleşmemiştir.

2. Merkezileşme

Yukarıda da belirtildiği gibi 2017 Anayasa Değişiklikleri herhangi bir siyasi özerkliği içermemekte; aksine CBK ile tüzel kişilikler kurulması yolunu açılarak tek kişi ekseninde doğrudan merkezi yönetimi güçlendirip; o ölçüde yerel yönetimleri zayıflatmıştır. Kayyum uygulaması da bu durumu pekiştiren bir rol oynamaktadır. Böylelikle yerel yönetimler üzerinde merkezin otoritesi artırılmıştır.

²² Aynı yönde bkz. Tosun S. , Bölgeli Devlet İspanya, İtalya ve Birleşik Krallık Örnekleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 27.

²³ Devlet ve bölgeler arasında keskin bir yetki ayırımına dayanan bir modelin İtalya’da benimsenmesinin ardında faşist rejimin deneyimleri yatmaktadır. Zira özerklik sayesinde devletin olası iktidar taşkınlığına engel olunacağı düşüncesi izlenmiştir. Bir yandan bölgeler, devlet iktidarının sınırlamaları olarak görülürken, öte yandan ancak yetki alanlarının kesin biçimde ayrılmasıyla bölgelerin devletin aşırı müdahalelerine karşı korunabileceğine inanılıyordu.

²⁴ Dannenbring S. , 25 Jahre italienischer Regionalstaat, Shaker Verlag, Aachen 1999, s. 26.

a) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Anayasa'nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanına kanun kuvvetinde kararname çıkarma yetkisi de tanınmıştır. Mülga 91. maddenin ilk fıkrasının 2. cümlesinde düzenlenmiş olan kanun hükmünde kararnamelere (KHK) ilişkin hüküm, kelimesi kelimesine bu maddeye aktarılmıştır. Böylece Cumhurbaşkanı, yürürlükteki şekli kanunları değiştirebilecek şekilde cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir. Cumhurbaşkanı'nın bu yetkisi, 1878 Anayasası'ndaki kanun-u muvakkatından da, 1982 Anayasası'nın ilk halindeki KHK'den de güçlü bir yetkidir. Yürütmenin kanun-u muvakkat çıkarma yetkisi meclisin toplantıda olmadığı sınırlı ve geçici bir süreyle verilmişti. KHK de ancak bir yetki kanuna dayanmak koşuluyla çıkarılabilmekteydi. CBK ise iki koşuldan da serbest olarak çıkarılabilecektir. Üstelik devletin olumlu bir edimini gerektirmeden kullanılabilir olan ekonomik ve sosyal hakların KHK'lerle düzenlenemeyeceği yönündeki AYM içtihadının değişmekte olduğunu da gözden uzak tutmamak gerekir. Sonuç olarak CBK'de yürütme organı düzenleme yetkisini doğrudan Anayasa'dan almakta ve bir kanun ile yetkilendirilmeye gerek bulunmamaktadır.

18. yüzyıldaki meşrutî monarşilerin kurulmaya başlandığı dönemde de kanunla düzenlenecek konular ile Devlet başkanının kararnamelerle düzenleyeceği konuların birbirinden ayrılması önemli meselelerden biriydi. Bu dönemin monarşik görüşüne göre vatandaşların haklarını ilgilendiren konuların düzenlenmesi dışında kalan konularda monark tek başına düzenleme yetkisini elinde tutuyordu. Bu yetki özellikle idari hizmetlerin teşkilat ve işleyişi ile ilgili hususların düzenlenmesinde uygulanıyordu.²⁵

Bugün ise bir hukuk devletinde kural olarak yürütme organına, yasama erkince sınırlar konulur. Bu nedenle şekli yasa, yürütmenin faaliyetleri karşısında üstünlüğe sahiptir.

Salt yürütme organının düzenleme alanına özgülenen konularda, Anayasa değişikliğiyle bu konuların yürütme organı tarafından düzenlenmesini emreden hükümler konulduğundan, "yasama organının düzenleme yetkisi yasaklanmıştır" yorumu kolaylıkla yapılabilir.²⁶ Yürütme organı 2017

²⁵ Teziç E. , Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHF Yayını, İstanbul 1972, s. 39.

²⁶ Nitekim basına yansıyan haberlere göre AKP, bu yorumu benimsemesine rağmen, seçim sonrasında bakanlıkların kuruluşuyla ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılmasında boşluk doğmaması ve yetki tartışması yaşanmaması için çıkarılacak uyum KHK'sine tüm bakanlıkların yasalarının kaldırılmasına ilişkin bir madde konulmasını tartışıyor. Haberde, AKP'nin bu düşüncesinde, Tayyip Erdoğan'ın seçimi kazanıp, Meclis'te *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)*

Anayasa Değişiklikleri sonrasında artık belirli konularda düzenleme yetkisini yasama organından değil, doğrudan Anayasa'dan almaktadır.²⁷ Belirli düzenleme alanları bakımından kanunlar, yürütme ve idarenin uymaları gereken sınırları ifade etmeyecektir; yürütme artık tamamlayıcı nitelikte bir yetki olmaktan çıkıp, yapıcı bir yetki haline gelmiştir. Belli konudaki ilk düzenlemenin mutlaka yasama organına ait olduğu anlayışı geçerliliğini yitirmiştir.

İdari örgütlenme açısından konuya yaklaşıldığında Anayasa'da yapılan bu ve benzeri değişiklikler sonrasında idarenin en yüksek idari amiri başbakan ve bakanlar olmaktan çıkmış, artık cumhurbaşkanı olmuştur. Bu durumda halkın iradesinin idareye yansımaları sağlayan sadece cumhurbaşkanıdır. Dolayısıyla milletvekillerin bu konudaki aracılığı, diğer bir söyleyişle idareyle bağı sona ermiştir. Aynı noktadan ilerlersek; vesayet yetkisinin kullanılacağı esas ve usuller açıkça kanunla belirtilmemişse (Anayasa md. 127/5), cumhurbaşkanı CBK ile mahalli idareler üzerinde vesayet yetkisine de sahip olabilecektir. Böylece artık “kanun olmadan da vesayet olabilir.” denebilmesi mümkün hale gelmiştir.

Sonuç olarak yeni anayasal düzenlemelerin Cumhurbaşkanına çizdiği yeni statü, Meclis – Cumhurbaşkanı çatışması çıkarabilecektir. Cumhurbaşkanını meclis karşısında daha bağımsız hale getiren düzenlemeler, Cumhurbaşkanına ayrı bir politika gütmesini sağlayacak dereceye varmıştır. Bu doğrultuda Cumhurbaşkanı kendi politikasıyla Meclis çoğunluğunun politikasını karşılaştırma imkanına her zaman sahip olacaktır. 23 Nisan 1920'deki olay sonrasında “Osmanlı Anayasa hukukundan tamamen farklı olarak, yeni Türk Devletinde, yürütme daima yasamanın içinden çıkan, ona tabi olarak hukuki faaliyetler yapan bir organ olacaktır.”²⁸ 2017 Anayasa Değişiklikleriyle Anayasa hukukumuzdaki bu ani sıçrama kesintiye uğramakta; yasama – yürütme organlarının hukuki ilişkilerinde Osmanlı Anayasa düzenine geri gidişin yolu açılmıştır. Böylelikle yasama ve yürütme arasındaki denklem değişmiştir; yürütmenin kaynağı artık yalnızca yasama değildir.

çoğunluğu sağlayamama olasılığına karşı ‘saray kararname’ni güvence altına alma kaygısının yattığı da ayrıca belirtilmektedir, bkz. Kaplan E. , http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/968121/_Erdogan_kazanir_AKP_kaybederse_hazirligi.html.

²⁷ Bkz. Yıldırım T. , “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, MÜHF - HAD, C.23, s. 16. Aynı yönde bkz. Ergül O. , “Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Güncel Hukuk, Eylül-Ekim 2018, s. 31-32.

²⁸ Teziç E. , Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, s. 30.

b) Kayyum Uygulaması: Belediyelere kayyum uygulaması da bu bağlamda ele alınabilir. İlk kez 15/8/2016 tarih ve 674 sayılı olağanüstü KHK'nin 38 ve 39. maddeleriyle getirilen ve daha sonra 10/11/2016 tarih ve 6758 sayılı Kanun'un 34 ve 35. maddeleriyle aynen kabul edilen düzenleme uyarınca; Şu anda 101 belediye kayyum altındadır.²⁹ Bu belediyelerin ne ölçüde Anayasa'nın 127. maddesi çerçevesinde yönetilmekte olduğu sorgulanmalıdır. Kayyum uygulamasının Anayasal açıdan aykırılık doğuran noktaları Şöyle sıralanabilir;

- Seçilmiş organlar üzerindeki idari yaptırımın ancak geçici önlem olarak uygulanması gerekirken sürekli hale getirilmektedir. Anayasa'nın 127/4. maddesinde öngörülen geçici uzaklaştırma, görevden almaya olanak vermez.

- Görevden uzaklaştırılan belediye başkanı, belediye meclisi tarafından seçilmemekte, aksine İçişleri bakanı ya da vali tarafından atanmaktadır.

- Belediye meclisi, atanan belediye başkanının çağrısı olmadıkça toplanamayacaktır. Meclisin görevi, belediye encümeninin memur üyeleri tarafından yürütülecektir.³⁰ Belediye meclisinin bu anti demokratik oluşum biçimi, yerel demokrasiden ne denli uzaklaştıldığını açıkça göstermektedir.

- Bütçe ve muhasebe işleri merkezi idareye devredilmektedir. Hizmetlerin aksatılmasının terörle mücadeleyi olumsuz etkileyeceğini belirleyen valilik, söz konusu hizmeti kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla da yapabilir hale gelmektedir.

Ayrıca seçimle göreve gelen belediye başkanları ve meclis üyelerinin yerine merkezi yönetimce atamalar yapılması, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın Türkiye'nin de uygulamayı kabul ettiği 7. maddesinin 1. paragrafına da aykırıdır.³¹

İdari özerkliğe sahip olmayan, merkezi idarenin bu şekilde denetimi altında olan bir kuruluş, yerel yönetim olarak nitelendirilemez.³² Nitekim karar ve yönetim organları merkezi idare tarafından atanan bir kuruluşun özerkliğinden ve dolayısıyla yerel yönetim birimi olmasından söz edilemez. Kayyumla yönetilen belediyelerin mali özerkliği de ortadan kaldırılmıştır.

²⁹ Bkz. Kaboğlu İ. Ö. , “Yerel seçimler üzerinde çapraz baskı hareketi: CBHS meşruluğu ve kayyum sopası”, Birgün,18.10.2018 (<https://www.birgun.net/haber-detay/yerel-secimler-uzerinde-capraz-baski-harekati-cbhs-mesruluğu-ve-kayyum-sopasi-233988.html>). Son olarak 259 muhtar da görevden uzaklaştırılmıştır, bkz. <http://m.milliyet.com.tr/amp/259-muhtar-gorevden-uzaklastirildi-gundem-2760412/>.

³⁰ Anayasa Mahkemesi, merkezi idarenin atamasıyla gelen il encümeninin tabii üyelerini, karar organlarının seçimle oluşmasını öngören Anayasa'nın 127. maddesine aykırı bulmuştur, E. 1987/17, K. 1988/23, Kt. 22.6.1988.

³¹ Keleş R./Mengi A. , Kent Hukuku, s. 140.

³² Gözler K. , Mahalli İdareler Hukuku, s. 56-57.

Dolayısıyla kayyum altındaki belediyeler Anayasaya aykırı biçimde birer merkezi idareye dönüştürülmüştür.

V. Sonuç Yerine: Öneriler

İdari ademimerkezileşme yönünde şu önerilerde bulunulabilir;

- Merkez/ademimerkez arasındaki yetki paylaşımı, 1921 Anayasası'nda³³ olduğu gibi açık ve kesin biçimde ayrı ayrı sayılarak (belirlenerek) düzenlenebilir.³⁴ Ancak her zaman her iki listede de sayılmamış bir faaliyet konusu ortaya çıkabileceğinden iç ve dış siyaset, adalet, askeriye gibi hizmetler dışındaki tüm müşterek ihtiyaçlar için mahalli idareler genel yetkili kılınabilir. Bu yetki paylaşımında, merkezi idarenin, mahalli idareler üzerinde vesayet yetkisinin devam etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde yasama ve yargı yetkisi bir yana bırakılırsa, yasama ve yürütme yetkisi açısından mahalli idareler federe devletlere benzer bir hale gelir.

- Var olan yerel yönetim türlerine, gerekli Anayasa değişikliğini yaptıktan sonra, yeni bir tür daha eklenebilir. Örneğin Fransa'da 1982 yılında birkaç il birleştirilerek "bölge (région)" isimli yeni mahallî idareler kurulmuştur. Türkiye'de de bölge, birden çok il özel idaresini içerecek biçimde kamu tüzel kişiliğini haiz idari bir birim olarak kabul edilebilir.³⁵

- Avrupa Konseyi'nce hazırlanmış olan ve yerel yönetimlere daha çok idari ve mali özerklik tanınmasını öngören Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nda da yer alan (md. 4/3) sübzidiyarite ilkesine anayasal dayanak getirilebilir.

- Yerel yönetimlerin yönetim organlarının (valiler) da seçilmesi öngörülmelidir. Bunun için bir anayasa değişikliğine de gerek yoktur; bir yasa ya da CBK ile olabilir. Nitekim Fransa'da 1982 yılında yapılan yasa değişikliği sonucunda valiler seçimle belirlenmektedir.

- Mahalli idarelerin, özellikle de il özel idareleri ile köylerin öz mali kaynakları çok yetersizdir; merkezi idarenin aktardıkları kadarıyla

³³ 1921 Anayasası'nın yapımı aşamasında yerel özerkliklere ilişkin görüşmeler için bkz. Sevinç M./Demirkent N. , Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası 1921 Anayasası ve Tutanakları, İletişim Yayınları, İstanbul 2017 (bütün kitap).

³⁴ Bkz. Yıldırım T , "Merkeziyet/ademimerkeziyet ilişkisi düzenlenirken hangi ölçütler esas alınmalıdır?", in: Türkiye'nin Anayasa Gündemi, (der. İ. Ö. Kaboğlu), İletişim Yayınları, İstanbul 2016, s. 272-273.

³⁵ Aynı yönde bkz. Aktar C. , "Ademimerkeziyetin önündeki engelleri aşmak amacıyla yapılması gereken düzenlemeler hangileri olabilir?", in: Türkiye'nin Anayasa Gündemi, (der. İ. Ö. Kaboğlu), İletişim Yayınları, 2016 İstanbul, s. 279.

yetinirler.³⁶ Oysa mahalli idarelere aktarılan her yetki devrine mali kaynak devrinin eşlik etmesi anayasal bir kural haline getirilmelidir.³⁷ Fransa’da 2003 Anayasa değişikliğiyle mahalli idarelerin mali özerkliği güvence altına alınmıştır.

- Mahalli idarelerin hesap ve işlemlerinin merkezi idarenin organı Sayıştay tarafından değil, Anayasa’nın 160/3. maddesi değiştirilerek özel bir hesap mahkemesi tarafından denetlenmesi gerekir.

- İl genel meclisinin tüm kararları, talihsiz bir Anayasa Mahkemesi kararından³⁸ sonra fiilen valinin onayına sunulmaktadır. Bu durum özerklik ilkesine aykırıdır. Aynı şekilde Köy Kanunu’na göre köy muhtarının kararlarının vali / kaymakam tarafından bozulabilmesi, vesayet yetkisini aşırı derecede genişletmektedir. Oysa hiçbir çağdaş demokraside valinin onama / iptal yetkisi bulunmamaktadır.

- Belediyelerin imar ve planlama yetkilerinin zaman içinde dikkat çekecek ölçüde merkezi yönetime geçtiği görülmektedir. Bu yetkilerin yalnızca yerel yönetimlere ait olacak şekilde kullanılmasının sağlanması gerekmektedir. Ayrıca imar hukukuna özgülenmiş olan ve yetki tecavüzüne yol açan mücavir alan kurumu da kaldırılmalıdır.

KAYNAKÇA

Aktar C. , “Ademimerkeziyetin önündeki engelleri aşmak amacıyla yapılması gereken düzenlemeler hangileri olabilir?”, in: Türkiye’nin Anayasa Gündemi, (der. İ. Ö. Kaboğlu), İletişim Yayınları, 2016 İstanbul.
 Bayramoğlu A. ,”Çözüm süreci: Siyasetten Silaha”,
<http://www.democraticprogress.org/wp-content/uploads/2015/10/Ali-Bayramoglu-Assessment-TUR.pdf>.

³⁶ Son olarak AKP Milletvekilleri tarafından verilen 71 maddelik torba yasa teklifinin 48. ve 68. maddeleriyle cumhurbaşkanı, yerel yönetimlerin bütçelerine egemen hale getirilmektedir (<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1369.pdf>). Özellikle Teklifin, “Belediyelerin ihtiyaç duyduğu yatırımların gerçekleşmesi amacıyla Strateji ve Bütçe Başkanlığı bütçesinden konulan belediyelerin yardım ödeneğinin, talep üzerine kullanılmasına Cumhurbaşkanlığı yetkilidir” hükmünü içeren 48. maddesine göre bir belediyeye herhangi bir yatırım yapacağı zaman, ihtiyaç duyacağı parayı verip vermemek Cumhurbaşkanının takdirine bağlı hale gelecektir (bkz. Doğan Y. , “Kaybedersem kılıç boynunuzda”, <https://t24.com.tr/yazarlar/yalcin-dogan/kaybedersem-kilic-boynunuzda,21000>).

³⁷ Bkz. Yaltı B. , “Anayasa Mimarisinde Yeni Bir Yapıtışı: Mahalli İdarelerin Tali Vergilendirme Yetkisi Üzerine Değerlendirmeler”, in: Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler, (ed. Yenisey F./Güneş G./Şirin E.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 345-364.

³⁸ E. 2005/32, K. 2007/3, Kt. 18.1.2007.
 YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

- Dannenbring S. , 25 Jahre italienischer Regionalstaat, Shaker Verlag, Aachen 1999.
- Doğan Y. , “Kaybedersem kılıç boynunuzda”, <https://t24.com.tr/yazarlar/yalcin-dogan/kaybedersem-kilic-boynunuzda,21000>).
- Ergül O. , “Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Güncel Hukuk, Eylül-Ekim 2018.
- Forsthoff E. , Lehrbuch des Verwaltungsrechts, C.H. Beck, München 1956.
- Gözler K. , “6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler Yirmi Dokuz İlde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyesi Hâline Dönüştürülmesi Anayasamıza Uygun mudur?”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 122, Şubat 2013.
- Gözler K. , Mahalli İdareler Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2018.
- Güler B. A. , Yerel Yönetimler, İmge Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 2006.
- Kaboğlu İ. Ö. , “Yerel seçimler üzerinde çapraz baskı hareketi: CBHS meşruluğu ve kayyum sopası”, Birgün, 18.10.2018 (<https://www.birgun.net/haber-detay/yerel-secimler-uzerinde-capraz-baski-harekati-cbhs-mesruluğu-ve-kayyum-sopasi-233988.html>).
- Kaplan E. , http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/968121/_Erdogan_kazanir_AKP_kaybederse_hazirligi.html.
- Keleş R. , “Küreselleşmenin Etkisinde Ulusal, Bölgesel ve Yerel Kimlikler”, in: Yerel Yönetim Kent ve Ekoloji, Can Hamamcı’ya Armağan, (ed. A. Çoban), İmge Yayınevi, Ankara 2015.
- Keleş R./Mengi A. , Kent Hukuku, İmge Kitabevi, Ankara 2017.
- Löwenstein K. , Verfassungslehre, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, 3. Baskı, Tübingen 1975.
- Marsch/Vilain/Wendel, Fransözisches und Deutsches Verfassungsrecht, Sringer Verlag, Berlin, Heidelberg 2015.
- Mengi A./Çiner C.U. , “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı: Niteliği, Beklentiler ve Türkiye”, in: Yerel Yönetim Kent ve Ekoloji, Can Hamamcı’ya Armağan, (ed. A. Çoban), İmge Yayınevi, Ankara 2015.
- Mörsdorf R. , Das belgische Bundesstaatsmodell im Vergleich zum deutschen Bundesstaat des Grundgesetz, Peter Lang, Frankfurt am Main 1996.
- Sağlam F. , “Yerel Yönetimleri Düzenleyen Yeni Yasalara İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları’nda Göze Çarpan Sorunlar”, in: Yerel Yönetim Kent ve Ekoloji, Can Hamamcı’ya Armağan, (ed. A. Çoban), İmge Yayınevi, Ankara 2015.
- Sevinç M./Demirkent N. , Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası 1921 Anayasası ve Tutanakları, İletişim Yayınları, İstanbul 2017.

- Teziç E. , Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHF Yayını, İstanbul 1972.
- Tosun S. , Bölgele Devlet İspanya, İtalya ve Birleşik Krallık Örnekleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Uygun O. , Federal Devlet, On İki Levha Yayıncılık, Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 2007.
- Yaltı B. , “Anayasa Mimarisinde Yeni Bir Yapıtışı: Mahalli İdarelerin Tali Vergilendirme Yetkisi Üzerine Değerlendirmeler”, in: Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler, (ed. Yenisey F./Güneş G./Şirin E.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Yıldırım T. , “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, MÜHF - HAD, C.23.
- Yıldırım T. , “Merkeziyet/ademimerkeziyet ilişkisi düzenlenirken hangi ölçütler esas alınmalıdır?”, in: Türkiye’nin Anayasa Gündemi, (der. İ. Ö. Kaboğlu), İletişim Yayınları, İstanbul 2016.

**¶ İDARİ YAPTIRIMLARIN YARGISAL DENETİMİNDE
GÖREVLİ YARGI YERİNİN BELİRLENMESİ**
(DETERMINING THE JURISDICTION AUTHORITY AGAINST THE DECISIONS OF
ADMINISTRATIVE SANCTIONS)

Arş. Gör. Onur Kaplan * **

ÖZ

Bireylerin toplum düzeninde bir arada yaşamalarının sağlanması bakımından idareye anayasa ve kanunlar tarafından belirli yetkiler verilmiştir. Bu kapsamda söz konusu düzenin sağlanabilmesi maksadıyla idare edilenlere yönelik olarak idarece kamu gücü kullanımı neticesinde yaptırımlar uygulanabilmektedir. İdarenin anayasa ve kanunda belirlenen işlevi kapsamında tesis edilen ve bu anlamda idari işlem mahiyetini haiz olan idari yaptırımların hukuka uygunluğu denetimi kaide olarak idari yargı mahkemelerinde gerçekleşse de yasal düzenlemelerin neticesinde adli yargı görevli kılınabilmektedir. Bu çerçevede idari yaptırımlardan doğan davaların çözümünde görev hususu bakımından çeşitli ihtimallerin varlığı söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda çalışmada, idari yaptırımlardan doğan davaların hangi yargı yerinde çözümleneceği, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararları göz önünde bulundurulmak suretiyle irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Düzeni, İdari İşlev, İdari İşlem, İdari Yaptırım, Yargısal Görev.

ABSTRACT

The authority has been given specific powers by the constitution and laws in order to ensure the coexistence of the lives of the individuals in society. In this context, sanctions can be applied to the administration, as a result of the use of public power for the purpose of ensuring the order in question. The legal compliance of the administrative sanctions which are established within the scope of the constitution and the law specified in the law, and which have the administrative transaction nature in this sense, are subject to judicial jurisdiction in the constitution and laws, even though they are conducted in

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 04.01.2019. İlk hakem raporu tarihi: 09.01.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 13.01.2019. Onaylanma tarihi: 15.01.2019.

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-1252-6352

Esere Atf Şekli: Onur Kaplan, “İdari Yaptırımların Yargısal Denetiminde Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi”, YÜHFD, C.XVI, 2019/1, s.55-74.

administrative courts. There may be multiple jurisdictions in charge of resolving disputes arising from administrative sanctions in this framework, and the existence of various possibilities is the subject of discussion. In this respect, the dispute arising out of the administrative sanctions shall be examined at the place of jurisdiction, taking into account the decisions of the Council of State and the Tribunal of the Dispute.

Key Words: *Public Order, Administrative Fonction, Administrative Action, Administrative Sanction, Jurisdiction.*

I. Giriş

En ilkelinden en gelişmişine kadar topluluklar, sosyolojik ve siyasal anlamda toplum olmak ve ortak bir yaşam sürdürebilmek bakımından belirli bir düzene tabi olmak zorundadırlar¹. Bu düzenin sağlanması hususunda idare, “*maddî nizamı bozacak hareketleri önlemek, cemiyet içinde nizam ve intizamı muhafaza etmek gayesini takip ederek*”²; devletin hizmet alanına bağlı olmak³ ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin Anayasal sınırlara uymak şartıyla müdahalelerde bulunmaktadır⁴. Bireysel hak ve özgürlükler, en çok bireylerin sahip olmak istedikleri değerler olsa da zaman zaman güvenlik vb. mülahazalar uğruna bu tür hakların sınırlanması veya daha geniş anlamda bu

¹ DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.248.

² ONAR, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt-III, 3. Baskı, Hak Kitabevi, Ankara, 1966, s.1469.

³ KIRATLI, Metin, Koruyucu İdari Hizmetler, TODAİE Yayınları, Ankara, 1973, s.2.

⁴ İfade etmek gerekirse, idari yaptırımlar bakımından “kanunilik” ilkesinin varlığı esastır. Bu kapsamda idari yaptırımların uygulanması bakımından her halde yasal bir temel varlığı gerekmektedir. Bu konuda bkz. EVREN, Çınar Can, “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:69, Sayı:1-2, (Prof. Dr. İl Han Özyay’a Armağan), 2011, s.970. Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanunu md.4’e göre, “*Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir*”. Dolayısıyla AY md.13 hükmü göz önünde bulundurulduğunda; hangi fiillerin kabahat oluşturduğu hususunda kanunda açıkça düzenleme yapılmaksızın veya bu konuda idareye “çerçeve hükmün içeriğini doldurma fonksiyonu” veren bir kanun hükmü bulunmaksızın; doğrudan idare tarafından herhangi bir yaptırım kararı uygulanamayacaktır. Bkz. D8D. E.2009/6153, K.2012/5189, T.14.06.2012, Danıştay Dergisi (DD.) Sayı:131, s.184-185.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

haklara müdahale edilmesi⁵ söz konusu olabilmektedir⁶. İdare, anayasa ve kanunlarda verilen görevlerin yerine getirilmesi hususunda kolluk alanında etkinlik gösterdiğinde⁷, aykırı durumların varlığının tespiti neticesinde idari yaptırım kararı alma ve bunları uygulayabilme yetkisi ile donatılmıştır⁸.

1982 Anayasası'nda (AY), idari yaptırımlar hususunda genel bir düzenleme yer almasa da söz konusu kavramla ilgili olarak birtakım anayasal referanslar bulmak mümkündür⁹. Bu kapsamda hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi hangi eylemlerin idari yaptırımlarla cezalandırılmasının öngörüleceği, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifletirici nedenlerinin belirlenmesi gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkinin Anayasaya uygun olarak kullanması gerekmektedir¹⁰. Yasal düzenlemelere bakıldığında ise, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹¹ ile

⁵ “(...) idari yaptırım niteliğindeki işlemlerde, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan, onlara müdahale niteliği taşıyan işlemlerde ve verilmiş bir hakkı, izni veya yetkiyi geri alan işlemlerde bu işlemlerin idare edilenler yönünden ağır sonuçlar doğuracağı hususu dikkate alındığında...” DİDDK. E.2007/1800, K.2011/267, T.21.04.2011, DD. Sayı:128, s.22-23.

⁶ SOKULLU-AKINCI, Füsün, “Özgürlük ve Güvenlik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:69, Sayı:1-2 (Prof. Dr. İlhan Özyay’a Armağan), 2011, s.109.

⁷ OĞURLU, Yücel, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s.32.

⁸ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu md.22/1 “Kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye ilgili kanunda açıkça gösterilen idarî kurul, makam veya kamu görevlileri yetkilidir”. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu md.22/3 “İdarî kurul, makam veya kamu görevlileri, ancak ilgili kamu kurum ve kuruluşunun görev alanına giren yerlerde işlenen kabahatler dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir”. Bu konuda bkz. ÖZAY, İlhan, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.725.

⁹ Nitekim AY md.2’de belirtilen hukuk devleti ilkesi kapsamında AY md.13’te ifade edilen “ölçülülük ilkesi”, AY md.38’te ifade edilen “ne bis idem ilkesi”, “kişi özgürlüğünü sınırlayıcı idari yaptırım uygulanamaması ilkesi”, AY md.129’da ifade edilen disiplin yaptırımlarında “savunma hakkına saygı ilkesi” bunun birer örneğini teşkil etmektedir. Bkz. SANCAKDAR, Oğuz, “İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku’ndaki Anayasal Temelleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. ULUSAN, İlhan/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.60-61. Bunun yanında AY md.36 ve İHAS md.6 kapsamında idari yaptırım kararlarının tesis edilmesi neticesinde adil yargılanma hakkı bağlamında bireylerin maddi ve usulî birtakım güvencelere sahip olduğu da ifade edilebilecektir. CREMER, Wolfram, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Ceza Hukuku” (çev. NART, Serdar), İstanbul Kültür Üniversitesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. ULUSAN, İlhan/BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.175.

¹⁰ AYM. E.2017/97, K.2017/148, T.01.11.2017, RG.22.12.2017-30278.

¹¹ RG.12.10.2004-25611.

izlenen suç politikası çerçevesinde cürüm-kabahat ayırımının kaldırılması neticesinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu^{12, 13} ihdas edilmiş ve Ceza Kanunu'nda düzenlenen hukuka aykırı fiiller “suç”; Kabahatler Kanunu ve idarî yaptırımların öngörüldüğü diğer kanunlarda düzenlenen fiiller ise “kabahat” olarak nitelendirilmiştir¹⁴. 5326 sayılı Kanunun “Tanım” başlıklı 2. maddesinde, “kabahat”, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık olarak ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere, “kabahat” tanımı yapılmak suretiyle, daha önce idari yaptırıma tabi olmayan bir eylem, idari yaptırıma tabi kılınmamakta, aksine kanunla idari yaptırıma tabi kılınmış eylemler kabahat olarak adlandırılmaktadır¹⁵. “İdari yaptırım” kavramı ise, kanunun açıkça yetki verdiği hallerde idarenin doğrudan doğruya bir işlemlerle ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu müeyyideler olarak tanımlanabilir¹⁶. Bu doğrultuda idari yaptırımlar, disiplin cezalarından farklı olarak özel hukuki ilişkinin varlığı gerekmezken genele ilişkindir¹⁷.

Toplumsal ihlallerin ceza kanunlarında yer alması, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ancak zorunlu hallerde müdahale edilebileceği ve ceza hukukunun toplumsal düzeni korumak için son araç olabileceği yönündeki çağdaş düşünce ile çelişmektedir¹⁸. Bu doğrultuda yargısal bir usulle değil ve fakat idari işlemlerin tabi olduğu usulle yapılan idari yaptırımların cezalardan ayrıldığı¹⁹ ve idarenin kolluk faaliyetleri yönünden tesis ettiği işlemlerde sebep ve maksat unsuru²⁰ ile burada karşılaşılabilecek hukuka aykırılıkların

¹² RG.31.03.2005-25772 (Mükerrer).

¹³ Çalışmanın devamında 5326 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

¹⁴ EKİNCİ, Murat, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:3, 2017, s.21. Karabulut, bu hususu suç olmaktan çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak ceza hukuku alanındaki bazı suçların idare hukuku alanına aktarılması olarak yorumlamıştır. KARABULUT, Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.1.

¹⁵ AYM. E.2007/115, K.2009/80, T.11.06.2009, RG.26.11.2009-27418.

¹⁶ ÖZAY, İl Han, İdari Yaptırımlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s.35.

¹⁷ KARABULUT, s.3.

¹⁸ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:55, Sayı:1-2, 1996, s.151.

¹⁹ ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), Asil Yayıncılık, Ankara, 2006, s.31.

²⁰ Belirtmek gerekirse, Conseil d'État (CE.) da idari yaptırım kavramını tanımlarken iki hususa atıfta bulunmuştur. Bunlardan birincisi, idari yaptırım kararının tesis edilmesine sebep olan hukuk düzenini ihlal eden davranışın varlığı; ikincisi ise, idari yaptırım kararlarının taşıdığı ağırlık göz önüne alındığında, kararın temel hak ve hürriyetler *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)*

ceza hukuku dışı kavramlar olduğu ifade edilebilir²¹. Bu kapsamda idare, toplumsal düzeni korumak²² ya da bozulan düzenin yeniden tesisini sağlayabilmek için bireylere birtakım idari yaptırımlar uygulayabilmektedir²³. Başka bir deyişle, kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi neticesinde toplumsal düzeni ağır biçimde bozmayan, çabuk ve pratik şekilde ceza verilmesi gereken eylemlere ilişkin yaptırım uygulama yetkisi, yargı organından idareye geçmektedir²⁴. Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında ifade edildiği üzere, kanunun öngördüğü ceza idarenin bir organının eliyle uygulanabiliyorsa, bu genel ceza hukukunun değil idare hukukunun bir müeyyidesidir²⁵. Bu kapsamda idari yaptırımların hukuki rejimlerinin belirlenmesinde, onun baskın karakterini oluşturan idari işlem kavramının göz önünde bulundurulması gerekmektedir²⁶.

bakımından müdahale teşkil ettiği hususudur. CE. 12 juin 1959, Prat-Flottes, Rec. p.361. (<http://fr.jurispedia.org>), ET.01.02.2019.

²¹ ÖZAY, İl Han, “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:45, Sayı:1-4 (Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan), 1981, s.318. Ayrıca bkz. OĞURLU, Yücel, “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, 1999, s.149.

²² Belirtmek gerekirse, Alman Hukuku bakımından da cezaların suç olmaktan çıkarılması eğilimi çerçevesinde tipik fiillerin “düzene aykırılık” niteliği göz önünde bulundurulmuş ve birtakım fiillere bağlanan hukuki sonuçların (müeyyidelerin) idare hukuku alanına dahil edilmesi söz konusu olmuştur. Düzene Aykırılıklar Kanunu “Tanım” başlığı altında md.1’e göre, “*Düzene aykırılık, para cezası ile cezalandırmaya cevaz veren bir kanunî tipi gerçekleştiren, hukuka aykırı olan ve muahaze edilebilen bir fiildir*”. Bu kapsamda kanunda isabetli biçimde “*kabahat*” kavramı yerine “*düzene aykırılık*” ifadesi tercih edilmiştir. Bkz. İÇEL, Kayıhan/YURTCAN, Erdener, “Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:36, Sayı:1-4, 1970, s.440.

²³ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1995, s.53.

²⁴ GİŞİ, Selçuk, “Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:1, 2017, s.132.

²⁵ UM. E.1988/1, K.1988/1, T.11.07.1988, RG.13.10.1988-19958.

²⁶ TAN, Turgut, “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.310. Aynı yönde; ÇAĞLAYAN, Ramazan, “İdari Yaptırımlar İçin Öngörülen Yargısal Denetimin İçeriği Üzerine”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.1249.

II. İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesi Problematiği

Yargılama faaliyetinde bulunan bütün mahkemelerin, hukuku söylemenin yanı sıra hukuk sisteminin korunması amacına hizmet ettiği de söylenebilecektir²⁷. Bunun yanında idari rejimi benimseyen ülkelerde idarenin yapmış olduğu işlem ve eylemlerden ya da tesis ettiği faaliyetlerden doğan uyuşmazlık ve davaların²⁸ hangilerinin idari yargıda görüleceği sorunu ortaya çıkmaktadır²⁹. Özellikle idari yargının görev alanının adli yargı karşısında belirlenmesi sorunu, sadece teknik bir mesele değil; daha ötede hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesiyle bağlantılı olarak düşünülmesi gerekir³⁰. Kamu gücü kullanarak tesis edilen idari yaptırım kararlarının yargısal yollarla denetlenmesi bakımından ise, belirli bir yargı kolundan ziyade birden fazla yargı kolunun görevli olması³¹ ve bu anlamda uygulamada denetimin farklı yargı kollarında yapılması³², bu tasarruflara karşı açılan

²⁷ AYAYDIN, Cem, “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:69, Sayı:1-2 (Prof. Dr. İl Han Özay’a Armağan), 2011, s.506.

²⁸ Anayasa’nın 155. maddesinde her ne kadar “Danıştay, (...) idari uyuşmazlıkları çözmek(le) görevlidir” şeklinde ifade edilse de 2575 sayılı Danıştay Kanunu hükümleri göz önünde bulundurulduğunda idari dava ve idari uyuşmazlık arasında bir ayırımı söz konusu olduğu görülmektedir. Bkz. BİLGİN, Pertev, “İdari Uyuşmazlıklar, Hukuki Nitelikleri, Çözüm Usulleri”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi 10-14 Mayıs 1993, Danıştay Yayınları, Ankara, 1993, s.81-82. Dolayısıyla idari işlemlerden kaynaklanan ihtilaflara geniş anlamda uyuşmazlık denilmesi mümkünse de idari yargı düzeninde idari yaptırımların hukuka uygunluğu denetiminin dar anlamda idari dava kategorisinde değerlendirilmesi gerekeceğinden; çalışmada “dava” ifadesi tercih edilmiştir.

²⁹ GÜNDAY, Metin, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:14, 1997, s.347.

³⁰ GÜNDAY, s.347-348.

³¹ Belirtmek gerekirse burada ifade edilen görev kavramı, genel olarak bir yargı yerinin çözümlenmesi için önüne getirilen davanın konusu bakımından yetkili olmasını ifade eder. Başka bir ifadeyle görev, konu bakımından yetkinin ne olduğunu gösteren bir kavramdır. ZABUNOĞLU, Y. Kazım, İdare Hukuku Cilt-II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.163.

³² İdari yaptırımların niteliği hususunda Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan ayırımı esas alındığı 2007 tarihli bir Danıştay kararında “*basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verilmesi, daha ağır nitelikte suç oluşturan eylemler için verilen idarî para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle Kabahatler Kanununun, cezaî karakteri ağır basan ve ceza hukuku alanına giren idarî para cezalarına uygulanması; idare hukuku esaslarına göre tesis edilen, konunun teknik özelliği nedeniyle belli sektörlerdeki faaliyetlerin denetlenmesi bağlamında üst kurullar tarafından verilen idarî para cezalarına uygulanmasının söz konusu olmadığı, bu itibarla, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 47/A maddesi uyarınca Sermaye Piyasası Kurulu tarafından verilen para cezalarına karşı açılacak davaların çözümünde YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)*

davalarda görevli yargı merciinin tespitini zorlaştırmakta³³ ve yargı bütünlüğünü zedeleyebilmektedir³⁴.

İdari eylem ve işlemlerin yargı denetimine tabi olması demokratik hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olup³⁵, AY md.125'te yer alan “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” biçimindeki kuralıyla benimsenen husus da “*etkili bir yargısal denetimin*” varlığıdır³⁶. Ancak, idarenin kamu gücü kullanarak tesis ettiği eylem ve işlemlerinden doğan davaların idari yargının görev alanında kalıp yargı kolunda görevli

idari yargının görevli olduğu sonucuna varıl(dığı)” ifade edilmiştir. D13D. E.2006/1511, K.2007/1189, T.09.03.2007, DD. Sayı:116, s.411-412. Belirtmek gerekirse, 5326 sayılı Kanun md.27/1'de idari yaptırımlara karşı başvuru yolları hususunda idari yaptırımlar arasında “nitelik” olarak herhangi bir ayırım yapılmadığından; pozitif hukuk düzleminde bu şekilde bir sonuca varılması hukuka aykırılık teşkil edecektir.

³³ ULUSOY, Ali D., İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.189.

³⁴ Nitekim bu husus Anayasa Mahkemesi'nin 3194 sayılı İmar Kanunu md.42 hükmü hakkında vermiş olduğu bir kararında vurgulanmıştır: “*İtiraz yoluna başvuran Mahkeme'de bakılmakta olan dava, verilen para cezasının kaldırılmasına ilişkindir. 3194 sayılı Yasa'daki düzenlenen biçimiyle yıkım kararına karşı idari yargıya başvurulacak ancak, 42. maddenin beşinci fıkrasının birinci tümcesi kuralı uyarınca para cezasına karşı, cezanın tebliğinden başlayarak yedi gün içinde Sulh Ceza Mahkemesi'ne itiraz edilebilecektir. Oysa yıkım kararının da, para cezasının da konusunu ruhsat alınmadan ya da ruhsata aykırı olarak yapılan yapı oluşturmaktadır. Her iki kararı alan da idaredir. İdarenin aynı yapı için aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozar. İşlemin idari işlem olduğunda duraksanamayacağına ve bu konuda hizmetin gereği haklı bir neden ve kamu yararı da bulunmadığına göre, idari bir işlemin bölünerek bir bölümünün idari yargının bir bölümünün de adli yargının denetimine bırakılmasında isabet yoktur*”. AYM. E.1996/72, K.1997/51, T.15.05.1997, RG.01.02.2001-24305. (Altı tarafımızca çizilmiştir.)

³⁵ Öyle ki İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) md.6'da yer alan adil yargılanma hakkı çerçevesinde idari uyumsuzlıklardan kaynaklanan bazı davalar da teminat altına alınmıştır. Bkz. İHAM. Éditions Périscope v. France, App. No:11760/85, T.16.03.1992, (<https://hudoc.echr.coe.int>), ET.02.01.2019. Nitekim İHAM'ın yerleşik içtihadına göre, cezai yönden İHAS md.6/1'in uygulanabilirliği, çoğunlukla *Engel Kriterleri* olarak bilinen üç kriter temelinde incelenmektedir. a) iç hukukta suçun sınıflandırması, b) suçun niteliği ve c) ilgili kişinin çarptırıldığı suçun ağırlık derecesi. İHAM. Hüseyin Turan v. Turkey, App. No:11529/02, T.04.03.2008, (<https://hudoc.echr.coe.int>), ET.02.01.2019. Bu kapsamda idari yaptırımların uluslararası hukuk belgeleri çerçevesinde inceleme konusu yapılabileceğinin altını çizmek gerekir. CE. 3 décembre 1999, Didier, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, (Ed. LONG, Marceau/WEIL, Prosper/ et. all), 20e édition, Dalloz Editions, Paris, 2015, s.709. Ayrıca bkz. TAN, İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki Güvenceler, s.323; TUNÇ, Selen, “İHAS Madde 6'nın Kabahatlere Uygulanması”, Kabahatler Hukuku Yazıları-II (Ed. KANGAL, Zeynel T.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.92-93.

³⁶ AYM. E.2014/146, K.2015/31, T.19.03.2015, RG.13.06.2015-29385.

mahkemelerce çözümleneceği esas olmakla birlikte³⁷; kimi idari işlemlerin yargısal denetimi, bireylere adalet hizmetlerinin daha kolay ve etkin biçimde sunumunu sağlamaya yönelik somut ve haklı nedenlerin bulunması kaydıyla³⁸, idari yargının görev alanından çıkarılıp adli yargının görev alanına dahil edilebilmektedir³⁹. İdari yaptırımların hukuka uygunluğunun hangi yargı düzeninde denetleneceği meselesi de bu kapsamda Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi neticesinde farklı bir boyut kazanmıştır⁴⁰.

İdari yaptırım⁴¹ kararlarının hukuka uygunluğunun denetimi noktasında esasen, görev hususuna yönelik Anayasada doğrudan, açık bir hüküm yer almamakta ve fakat ilgili kanunlarda bu hususa ilişkin olarak birtakım düzenlemelere yer verilmektedir⁴². Bu bağlamda 5326 sayılı Kanun'un 3.

³⁷ AYM. E.2010/65, K.2011/169, T.22.12.2011, RG.25.01.2012-28184. Ayrıca bkz. D11D. E.2013/841, K.2013/8336, T.27.09.2013, DD.135, s.426; D15D. E.2013/8846, K.2013/7044, T.10.10.2013, DD.136, s.499.

³⁸ ULUSOY, s.197.

³⁹ ZABUNOĞLU, s.182.

⁴⁰ YÜCESOY, Ayşe Aslı, "İdari Yaptırımların Yargısal Denetiminde Görevli Yargı Kolu Sorunu", Kabahatler Hukuku Yazıları-I (Ed. KANGAL, T. Zeynel), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.181-182.

⁴¹ 5326 sayılı Kanun md.16'nın gerekçesine göre, "kabahatler karşılığında uygulanacak idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirler olarak iki ana gruba ayrılmıştır. İkinci fıkrada ise, idari tedbirler mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda belirtilen diğer tedbirler olarak ifade edilmiştir. İlgili kanunlarda yer alan tedbirlerin çeşitliliği karşısında, bunların sınırlayıcı bir şekilde sayılmasından sarfınazar edilmiştir". Bkz. ZAFER, Hamide/PAMUK, Gülfem/ÇAKIR, Kerim, Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.111.

⁴² Bununla birlikte idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda kanun koyucunun takdir yetkisinin mutlak olduğunu söylemek olanaklı değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre "Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir. Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usûl ve esasların değiştirilmesi, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır". AYM. E.2005/108, K.2006/35, T.01.03.2006, RG. 22.07.2006-26236. Gerçekten, idari işlemlerin unsurları yönünden hukuka uygunluğu değerlendirmesi hususunda idari yargı mercilerinin çeşitli denetim ölçütleri geliştirdiği de göz önünde bulundurulduğunda "idari işlem" niteliğindeki idari yaptırımlardan doğan davaların çözümünün aniden adli yargı YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

maddesine göre, “Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır”. 5326 sayılı Kanunun gerekçesinde ifade edildiği üzere; 3 üncü maddesinin yürürlükteki metnine göre bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacaktır⁴³. 5326 sayılı Kanun md.27/1’e göre “İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir”. 5326 sayılı Kanun md.27/8’e göre “İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür”. Söz konusu hükmün gerekçesinde ise, Kabahatler Kanunu düzenlemelerinin ortaya çıkardığı bağlantı sorununa çözüm getirildiği ifade edilmiştir⁴⁴. Bu kapsamda Kabahatler Kanunu’nda genel görevli mahkeme olarak sulh ceza hakimliği⁴⁵ görevli kılınmakla birlikte belirli durumlarda idari yargı mercilerinin görevli olduğu kabul edilmiştir⁴⁶.

Yapılan değişikliklerle birlikte görevli yargı yerinin belirlenmesi hususunda oluşabilecek sorunların önüne geçilmeye çalışılmışsa da soru esasen daha da derinleşmiştir⁴⁷. Bu doğrultuda idari yaptırım kararının tesis edilmesi ve 5326 sayılı Kanunun uygulanması⁴⁸ neticesinde, hukuk

verilmesi etkinlik ve yetkinlik bakımından tartışmalara yol açabilecektir. Bkz. SANCAKDAR, s.45.

⁴³ ZAFER/PAMUK/ÇAKIR, s.42.

⁴⁴ ZAFER/PAMUK/ÇAKIR, s.233.

⁴⁵ 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun md.83’e göre, 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna ek madde eklenmiştir. Buna göre, “Kanunlarda sulh ceza mahkemesi veya sulh ceza hâkimine yapılan atıflardan, a) İdarî yaptırım kararlarına karşı yapılan başvurulara, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli karar ve işlemlere ve kanunlarda sulh ceza mahkemesince veya hâkimince verilmesi öngörülen karar veya işlemlere ilişkin olanlar sulh ceza hâkimine, b) Yargılamaya ilişkin olanlar asliye ceza mahkemesine veya hâkimine, yapılmış sayılır”. (Metnin altı tarafıma çizilmiştir.)

⁴⁶ AYM. E.2008/22, K.2010/82, T.17.06.2008, RG.11.01.2011-27812.

⁴⁷ YÜCESOY, s.213.

⁴⁸ İfade edilecek olursa 5326 sayılı Kanun’un uygulanabilmesi bakımından idari yaptırım kararlarında belirli birtakım kriterlerin aranmaktadır. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi’ne göre, “Kabahatler Kanunu’nun uygulanabilmesi için idari yaptırımın, dayanağı olan yasanın

düzeninde farklı ihtimallerin varlığı söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda 5326 sayılı Kanun md.3, md.27/1 ve md.27/8 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde şu ihtimallerle karşılaşılması söz konusu olabilecektir: (i) *İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararının verilmesi ve fakat idari yaptırım kararı kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren bir idari işlemin bulunmaması*, (ii) *idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması ve bu kararlara karşı birlikte yargı merciine başvurulması*, (iii) *idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması ve fakat idari yaptırım kararı ile bu kararın verildiği işlem kapsamında idari yargının görev alanına giren karara karşı ayrı ayrı yargı merciine başvurulması*. Bu doğrultuda söz konusu ihtimallerin varlığı halinde görevli yargı merciinin ne şekilde tespit edileceğinin ortaya konulması gerekmektedir.

III. İdari Yaptırım Kararı Kapsamında Aynı Kişi İle İlgili Olarak İdari Yargının Görev Alanına Giren Bir İdari İşlemin Bulunmaması

Kanun koyucu, bir insan hakkını anayasal düzlemde temel hak ve özgürlük seviyesine yükseltebileceği gibi, belirli bir faaliyeti de yasaklayabilmekte ve bu bağlamda faaliyet yasaklanmışsa uygulanacak yaptırım türüne göre idareyi veya mahkemeyi görevli kılabilir⁴⁹. Adli ve idari suçlarda davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiille, kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değer ihlali söz konusu olup adli ve idari cezaların her ikisi de *cebiri* içermektedir⁵⁰. İdarenin “*yaptırıma (müeyyideye)*” başvurma sebebi, esasen kendi fonksiyonuna dahil emir ve/veya yasaklara uygun davranma arzusunun bir neticesidir⁵¹. Başka bir ifadeyle idare, kamu düzenini layıkıyla tesis edebilmek için ya zorlayıcı tedbirlere başvurmakta ya da düzeni bozmama yükümlülüğü altında bulunan

amacı dikkate alınarak Kabahatler Kanunu'nun; 1. maddesinde belirtilen alanların korunmasına yönelik bulunması, 2. maddesinde yapılan kabahat tanımına ve 16. maddesinde belirtilen yaptırım türlerine uyması, 19. maddesinde sayılan geçici istisnalardan olmaması, 27. maddenin (1) numaralı bendinde itiraz yolu öngörülen idari yaptırımlardan olması gerekmektedir”. UM. E.2006/174, K.2006/221, T.11.12.2006, (kararlar.uyusmazlik.gov.tr, Anılış: Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası) (UBB), ET.02.01.2019.

⁴⁹ BİLGİN, Pertev, *İdare Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s.47.

⁵⁰ AYM. E.2017/103, K.2017/108, T.31.05.2017, RG.18.07.2017-30127.

⁵¹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, 1963, s.117.

bireye bu yükümlülüğünü hatırlatmak için bir yaptırım uygulamaktadır⁵². Bu anlamda yapılan davranış neticesinde tesis edilen idari yaptırım kararı esasen “cezalandırma amacı” taşımaktadır⁵³. Bununla birlikte belirli hallerde bünyesinde “cezalandırma amacı” taşımasa da söz konusu idari yaptırım kararı çerçevesinde idari yargının görev alanına⁵⁴ giren bir idari işlem tesis edilmiş olabilir. İşte bu durumda aynı kişi ile ilgili idari yaptırım kararı çerçevesinde verilen idari işlem ve idari yaptırım kararına karşı hangi yargı yoluna başvurulacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. 5326 sayılı Kanun md.3 ve md.27/1 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde idari yaptırım kararına karşı başvurulacak kanun yolu özel kanunda ayrıca bir hüküm yer almıyor ise, sulh ceza hakimliğidir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi’ne göre, “Kanun’un diğer kanunlarda düzenlenen idari yaptırımlar ile bunlara karşı yapılacak itirazlara ilişkin görev hükümleri üzerindeki etkisinin incelenmesi sonucunda: diğer kanunlarda düzenlenen idari yaptırımın, dayanağı olan yasanın amacı dikkate alınarak; Kabahatler Kanunu’nun 1., 2., 16. ve 19. maddelerinde belirtilen koşulları taşıması, 27. maddenin (1) numaralı bendinde belirtilen idari yaptırımlardan olması halinde, idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin olanlarına karşı 1.6.2005 tarihinden sonra yapılacak itirazlarda sulh ceza mahkemelerinin genel görevli kılındığına ve bu nedenle doğan görev uyuşmazlıklarında adli yargı yerinin görevli bulunduğuna karar verilmiştir⁵⁵”. Yine Uyuşmazlık Mahkemesi’nin bir başka kararına göre, “öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanun’un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 4817 sayılı Kanun’da da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu’nun 5560 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle,

⁵² İÇEL, Kayıhan, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:50, Sayı:1-4, 1980, s.119.

⁵³ GÖLCÜKLÜ, s.117; İÇEL, s.119.

⁵⁴ İdari yargının “görev alanı” kavramıyla ilintili olarak Anayasal referansların varlığı söz konusudur. AY md.125/1“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir”. AY md.155 “Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı mercii ne bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar”.

⁵⁵ UM. E.2015/818, K.2015/829, T.30.11.2015, UBB, ET.02.01.2019.

görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanun'un 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır⁵⁶. Dolayısıyla idari yaptırım kararları ile ilgili olarak kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların var olmadığı haller bakımından *itiraz konusunda görevli mahkeme gösterilmemişse*, başvurulacak kanun yolu adli yargı yeri olarak tespit edilecektir⁵⁷. Bununla birlikte idari yaptırım kararı çerçevesinde idari yargının görev alanına giren herhangi bir idari işlem tesis edilmese de ilgili kanunda söz konusu idari yaptırım kararlarına karşı idari yargının görevli olduğu hususu belirtilmiş olabilir. Bu ihtimalde açıktır ki, idari yaptırım kararında doğan uyuşmazlığın çözümü noktasında idari yargı mercii görevli olacaktır^{58, 59}. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda bu husus, *"İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezalarının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 30/12/2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 105. maddesinin 4. fıkrasında idari para cezasına itiraz konusunda görevli yargı kolunun idari yargı olarak belirlendiği anlaşılmıştır. Bu durumda, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca verilen idari para cezalarına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanununun*

⁵⁶ UM. E.2014/1172, K.2015/10, T.26.01.2015, UBB, ET.02.01.2019

⁵⁷ Bkz. UM. E.2014/1031, K.2014/1084, T.29.12.2014, UBB, ET.02.01.2019; UM. E.2014/1119, K.2014/1163, T.29.12.2014, UBB, ET.02.01.2019; UM. E.2012/315, K.2013/28, T.14.01.2013, UBB, ET.02.01.2019; UM. E.2009/156, K.2010/66, T.05.04.2010, UBB, ET.02.01.2019. Aynı yönde; D8D. E.2007/7911, K.2008/52, T.14.01.2008, DD. Sayı:118, s.286-287.

⁵⁸ Bu hususta şu örnekler sayılabilir: 2872 sayılı Çevre Kanunu md.25/2 *"İdari yaptırım kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde idare mahkemesinde dava açılabilir. Dava açmış olmak idarece verilen cezanın tahsilini durdurmaz"*. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md.78/2 *"Bu Kanun hükümlerine göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilir"*. 6491 sayılı Petrol Kanunu md.23/4 *"Genel Müdürlük tarafından verilen idari para cezalarına karşı otuz gün içinde idare mahkemelerinde dava açılabilir"*.

⁵⁹ Belirtmek gerekir ki, idari yaptırım kararına karşı idari yargının kanunla görevli kılınması halinde, söz konusu yaptırım kararına dayanak oluşturan işlemlerin de idari yargıda dava konusu edilebileceğinin kabulü gerekmektedir. Bkz. D10D. E.2004/13878, K.2005/2573, T.17.05.2005, DD. Sayı:111, s.310-311.

105/4. maddesi uyarınca idari yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varıl(dığı)” şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁰

IV. İdari Yaptırım Kararının Verildiği İşlem Kapsamında Aynı Kişi İle İlgili Olarak İdari Yargının Görev Alanına Giren Kararların Verilmiş Olması

Kanun koyucu bir kuralın ihlalinin varlığı söz konusu olduğunda, bu fiile meydana getirdiği bozukluğun neticesinde bir müeyyide bağlamış olabilir ve bu doğrultuda idareye yetki verebilir.⁶¹ Bununla birlikte idare tarafından kanunda belirtilen hukuki sebebin gerçekleşmesi neticesinde tesis edilen ve cezalandırma niteliği taşıyan idari yaptırım kararı yanında, kamu düzeninin sağlanmasına yönelik olarak ve fakat cezalandırma maksadı bulunmayan icrai işlemler de tesis edilmiş olabilir.⁶² İşte bu durumda bu işlemlerin “birlikte” veya “ayrık” biçimde davaya konu edilmesi söz konusu olabilmekte ve bu kapsamda karşımıza bu davaların çözüm yerinin hangi yargı koluna ait olduğu sorunu çıkmaktadır.⁶³ İfade edilecek olursa, 5326 sayılı Kanun md.27/8 hükmünün uygulama alanı bulması için; idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında söz konusu idari kararın idari yargı yerinin görev alanına girmesi ve bu kararın idari yaptırım kararıyla birlikte “aynı kişi” ile ilgili olması gerekmektedir.⁶⁴ Bunun yanında Danıştay’ın isabetle belirttiği üzere, 5326 sayılı Kanun’un 27. maddesinin son fıkrasında belirtilen “davanın birlikte görüleceği ifadesi”, *davanın aynı yargı düzeninde görüleceğini ifade etmek için kullanılmakta*, bu bağlamda iki işleme birlikte aynı davada bakılması zorunluluğunu ifade etmemektedir.⁶⁵ Bu doğrultuda meseleye söz konusu kararlar bakımından; *i. birlikte dava konusu edilme, ii.*

⁶⁰ UM. E.2016/722, K.2017/70, T.20.02.2017, UBB, ET.02.01.2019. Aynı yönde bkz. D6D. E.2006/835, K.2007/440, T.30.01.2007, DD. Sayı:115, s.233.

⁶¹ ZANOBINI, Guido, İdari Müeyyideler (çev. GÜNAL, Yılmaz), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964, s.1.

⁶² Bu kapsamda örneğin; idarenin tespit edici idari işlemi neticesinde ilgili kişi veya nesnenin statüsü hukuk düzeninde değişebilmekte; bununla birlikte idarece aynı olgusal veya hukuki sebebe bağlı olarak idari yaptırım kararı da tesis edilebilmektedir. Ayrıca bkz. KARAHANOGULLARI, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.268-269.

⁶³ 5326 sayılı Kanun md.27/8 hükmünün görevli yargı yerinin belirlenmesi hususunda ayrıntılı bir düzenleme izlenimi yaratsa da maddenin uygulanma koşulları, kapsamı ve yarattığı belirsizlikler karşısında uygulamada tereddütler yarattığı hakkında; AYANOĞLU, Taner, “Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesinde İdari Yaptırımlarla Bağlantılı İdari Kararların Etkisi”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:16, Sayı:191, 2018, s.5070-5071.

⁶⁴ AYANOĞLU, s.5077.

⁶⁵ D10D. E.2008/7233, K.2010/9110, T.23.11.2010, DD. Sayı:127, s.333-334.

idari yaptırım kararının ayrıık biçimde dava konusu edilmesi ihtimalleri üzerinden yaklaşmak icap etmektedir.

A. Kararlara Karşı Birlikte Yargı Merciiine Başvurulması

Uyuşmazlık Mahkemesinin vermiş olduğu bir karara göre, “İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen trafik para cezasının 5326 sayılı Kanun’un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda da bu para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği, ancak; idari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararın (aracın geçici olarak trafikten men edilmesi) da verildiği ve birlikte dava konusu edildikleri anlaşıldığından; idari para cezasına ilişkin kararın hukuka aykırılığı iddiasının da, idari yargı yerinde görüleceği kuşkusuzdur. Bu durumda, Kabahatler Kanunu’nun 5560 sayılı Kanun’la Değişik 3. maddesi ve aynı Kanununun 27. maddesine 5560 sayılı Kanun’la eklenen sekizinci fıkra hükmü bir arada değerlendirildiğinde, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun Ek 2. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca verilen para cezasının ve aracın 60 gün süre ile trafikten men edilmesine ilişkin kararın iptali istemiyle açılan davanın çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır⁶⁶”. Uyuşmazlık Mahkemesi’nin bu konuda vermiş olduğu bir başka karara göre, “İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanun’un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu’nda da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği ancak; idari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak “uyarma” kararı da verildiği ve dava konusu edildiği anlaşıldığından; idari para cezasına ilişkin kararın hukuka aykırılığı iddiasının da, idari yargı yerinde görüleceği kuşkusuzdur⁶⁷”. Bunun yanında ifade edilecek olursa, önce idari yaptırım kararına çerçevesinde tesis edilen idari işleme karşı idari yargıda dava açılması sonrasında idari yaptırım kararına dava açılması 5326 sayılı Kanun md.27/8 uyarınca uyuşmazlığın çözümünde görevli yargı kolunu değiştirmemektedir⁶⁸. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi’ne göre,

⁶⁶ UM. E.2017/383, K.2017/446, T.10.07.2017, UBB, ET.02.01.2019; aynı yönde UM. E.2015/699, K.2015/705, T.26.10.2015, UBB, ET.02.01.2019; UM. E.2015/146, K.2015/179, T.06.04.2015, UBB, ET.02.01.2019.

⁶⁷ UM. E.2017/312, K.2017/362, T.05.06.2017, UBB, ET.02.01.2019.

⁶⁸ Belirtmek gerekirse 5326 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce idari yaptırım kararı çerçevesinde verilen ve idari yargı görev alanında kaldığından bahisle önce idari yargıda dava konusu edilen bir işlem varsa, görev kuralının geçmişe etkili olacağı yolundaki genel hukuk YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

“İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen trafik para cezasının 5326 sayılı Kanun’un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda da bu para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği, ancak; idari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararın(sürücü belgesinin belirli bir süre için geri alınması) da verildiği ve bu kararın idari yargı yerinde dava konusu edildiği anlaşıldığından; idari para cezasına ilişkin kararın hukuka aykırılığı iddiasının da, idari yargı yerinde görüleceği kuşkusuzdur⁶⁹”. Bu konuda Danıştay’ın bir kararına göre ise, “(...) öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanununun 16.maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, Umuru Belediyeye Müteallik Ahkamı Cezaiye Hakkında 16 Nisan 1340 (1924) tarih ve 486 Numaralı Kanunun Bazı Maddelerinin Muaddil 15.5.1930 tarih ve 1608 sayılı Kanun’da da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği, ancak; idari para cezasına konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren bir karar (işyerinin ruhsat alıncaya kadar kapatılması kararı) da verildiği ve birlikte dava konusu edildiği anlaşıldığından; idari para cezasına ilişkin kararın hukuka aykırılığı iddiasının da idari yargı yerinde görüleceği kuşkusuzdur⁷⁰”. Yine Danıştay’ın benzer bir kararına göre, “Trafik idari para cezalarından doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeler 5326 sayılı Kanununun 27/1 maddesi hükmü uyarınca sulh ceza mahkemeleri olmakla birlikte, bir idari işlem olan sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemelerin belirlenmesi hususunda gerek 5326, gerekse 2918 sayılı Kanunda herhangi bir hükme yer verilmediği, bu nedenle sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin işlemlerden doğan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına girdiği açık olup, (...) dava konusu işlemlerden doğan uyuşmazlıkta İdare Mahkemesince işin esası incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde sulh ceza mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir⁷¹”. Bu bağlamda, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarında idari

ilkesi karşısında idari yaptırım kararına karşı açılacak davanın da idari yargıda görülmesi gerekecektir. UM. E.2012/203, K.2012/237, T.05.11.2012, UBB, ET.02.01.2019.

⁶⁹ UM. E.2008/254, K.2009/179, T.06.07.2009, UBB, ET.02.01.2019.

⁷⁰ D8D. E.2008/1398, K.2008/3133, T.02.05.2008, Danıştay Dergisi, Sayı:119, s.295.

⁷¹ D15D. E.2015/1707, K.2015/1891, T.03.04.2015, (<https://legalbank.net>, Anılış: LEHB), ET.02.01.2019. Aynı yönde; D15D. E.2015/943, K.2015/1790, T.26.03.2015, LEHB, ET.02.01.2019.

yaptırıma konu işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren bir karar verildiğinde, birlikte dava konusu edilen bu işlemlere karşı görevli yargı yerinin idari yargı olacağı ifade edilecektir.

B. Yalnızca İdari Yaptırım Kararına Karşı Yargı Merciiine Başvurulması

İdarenin tesis etmiş olduğu işlem ile birlikte idari yaptırımını sonuçlayan bir kararın verilmesi söz konusu olabilir. Bu ihtimalde bireyler sadece idari yaptırım kararının verildiği işlemi dava konusu edebileceği gibi, “sadece” idari yaptırım kararını dava konusu edebilirler. İşte bu ihtimalde söz konusu işlemlere karşı hangi mahkemenin görevli olacağı hususunun çözümlenmesi gerekmektedir. İdari yargının görev alanına girmekle birlikte o işlemin idari yargıda idari yaptırım kararı ile “birlikte dava edilmemesi” (sadece idari yaptırım kararına karşı yargı yoluna başvurulması) halinde “görev alanı” kavramından hareketle söz konusu görev meselesi çözümlenebilecektir⁷². Bu bağlamda idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında söz konusu idari karar idari yargının görev alanına giriyorsa, bu işlem dava konusu edilmese dahi idari yaptırım kararına karşı davanın idari yargı merciinde görülmesi gerekecektir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin konuyla ilgili bir kararına göre, “İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanun’un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 3194 sayılı İmar Kanunu’nda da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği, ancak; idari para cezasına konu yapı ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararın (yıkım kararı) da verildiği anlaşıldığından; idari para cezasına ilişkin kararın hukuka aykırılığı iddiasının da, idari yargı yerinde görüleceği kuşkusuzdur. Bu durumda, Kabahatler Kanunu’nun 5560 sayılı Kanun’la değişik 3. maddesi ve aynı Kanunun 27. maddesine 5560 sayılı Kanun’la eklenen sekizinci fıkra hükmü bir arada değerlendirildiğinde, 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezasına karşı açılacak davanın çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır⁷³”. Bu kapsamda yıkım kararını dava konusu edilmese dahi yalnızca idari para cezasının dava konusu edilmesi halinde görevli yargı kolu idari yargı olmaktadır. Buna koşut biçimde, Danıştay’ın konuyla ilgili vermiş olduğu bir kararında “Olayda; dava konusu işlemin Kıyı Kanunu ile uygulama yönetmeliği ve 3194 sayılı yasaya göre

⁷² D10D. E.2008/7233, K.2010/9110, T.23.11.2010, LEHB, ET.02.01.2019.

⁷³ UM. E.2008/91, K.2008/226, T.30.10.2008, UBB, ET.02.01.2019.

tesis edildiği, idari yaptırım kararında para cezası uygulanacağıının belirtilmesinin yanında dava konusu taşınmazdaki engellerin beş gün içinde kaldırılması gerektiği aksi takdirde Limonlu Belediyesince kamu gücü kullanılarak kaldırılacağıının belirtildiği yani “idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren karar”ın da verildiği anlaşılmıştır. Bu durumda; uyuşmazlığın çözümü, idari yargının görev alanına girdiğinden, Mahkemece uyuşmazlığın esasına girilerek karar verilmesi gerekirken, görev yönünden davanın reddine karar verilmesinde hukuka uyarlık görülme(diği)” ifade edilmiştir⁷⁴. Bu doğrultuda gerek Uyuşmazlık Mahkemesi gerek Danıştay’a göre, idari yaptırım kararı ile birlikte idari yargının görev alanına giren bir idari işlemin varlığı tespit edildiğinde, idari yargının görev alanına giren işlem dava konusu edilmese dahi idari yaptırım kararından doğan uyuşmazlığın çözümü idari yargının görev alanına girecektir.

V. Sonuç

Anayasa ve kanunlarda devlete verilen görevler çerçevesinde kamu düzen ve güvenliğinin gerçekleştirilmesi için idari işlev kapsamında kolluk faaliyeti yerine getirilmektedir. Kanun koyucu tarafından konulan normlara uyulmasını sağlamak noktasında söz konusu aykırı fiil ve davranışlara birtakım müeyyideler bağlamış olabilir. İdare bu doğrultuda cezalandırma niteliğini muhteva eden yaptırım kararları alabilmektedir. Bununla birlikte belirli durumlarda cezalandırma niteliği taşıyan idari yaptırım kararı yanında, kamu düzeninin sağlanmasına yönelik olarak ve fakat cezalandırma maksadı bulunmayan icrai niteliği haiz idari işlemler de tesis edilmiş olabilir. Bu durumda idari yaptırım kararına karşı görevli yargı kolunun belirlenmesinde özel kanunda özel bir hükmün bulunup bulunmadığı, idari yaptırım kararı yanında aynı kişiye yönelik olarak başkaca idari işlem tesis edilip edilmediği, bu kararların birlikte dava konusu edilip edilmediğine bağlı olarak çeşitli ihtimaller karşımıza çıkmaktadır. Hukuk devleti ilkesi kapsamında temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden idari yaptırım kararlarının hukuka uygunluğunun denetimi noktasında çeşitli ihtimallerin varlığı bireylerin bu kararlara karşı hukuk düzleminde korunmasını olumsuz yönde etkilemektedir; bu nedenle, idarece tesis edilen idari işlemlere karşı görevli yargı kolunun doğru biçimde tespit edilmesi gerekir. Görevli yargı kolunun tespitinde kanunda özel bir hükmün bulunması halinde ilgili hükmün uygulanacağı açıktır. Bunun yanında 5326 sayılı Kanun md.3, md.27/1 ve

⁷⁴ D14D. E.2011/10527, K.2011/312, T.29.06.2011, (www.kazanci.com), ET.02.01.2019.

md.27/8 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde; idari yaptırım kararı ile aynı kişi hakkında tesis edilen diğer idari işleme karşı birlikte başvurulduğunda görevli yargı kolu bu noktada idari yargı olacaktır. Şayet idari yaptırım kararı ayırık biçimde dava konusu edilecekse; bu durumda Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ışığında, idari yaptırım kararıyla bağlantılı olarak verilen bir idari kararın varlığı nedeniyle görevli yargı yerinin yine idari yargı olduğu sonucuna varılabilecektir.

KAYNAKÇA

- AYAYDIN, Cem: “İdari Yargı’nın Sahip Olduğu İşlevler ve Tabi Olduğu Sınırlamalar Hakkında Bazı Tespitler ve Değerlendirmeler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:69, Sayı:1-2 (Prof. Dr. İlhan Özay’a Armağan), 2011, (ss.505-592)
- AYANOĞLU, Taner: “Görevli Yargı Yerinin Belirlenmesinde İdari Yaptırımlarla Bağlantılı İdari Kararların Etkisi”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:16, Sayı:191, 2018, (ss.5069-5086)
- BİLGİN, Pertev: “İdari Uyuşmazlıklar, Hukuki Nitelikleri, Çözüm Usulleri”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi 10-14 Mayıs 1993, Danıştay Yayınları, Ankara, 1993, (ss.81-106)
- BİLGİN, Pertev: İdare Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999
- CREMER, Wolfram: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Ceza Hukuku” (çev. Nart, Serdar), İstanbul Kültür Üniversitesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. Ulusan, İlhan/Başaran Yavaşlar, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, (ss.161-184)
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), Asil Yayıncılık, Ankara, 2006
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: “İdari Yaptırımlar İçin Öngörülen Yargısal Denetimin İçeriği Üzerine”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, (ss.1221-1250)
- DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982
- EKİNCİ, Murat: “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:3, 2017, (ss.19-54)
- EVREN, Çınar Can: “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:69, Sayı:1-2, (Prof. Dr. İlhan Özay’a Armağan), 2011, (ss.967-1002)

- GİŞİ, Selçuk: “Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:1, 2017, (ss.129-152)
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, 1963, (ss.115-182)
- GÜNDAY, Metin: “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:14, 1997, (ss.347-358)
- İÇEL, Kayıhan/YURTCAN, Erdener: “Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:36, Sayı:1-4, 1970, (ss.439-482)
- İÇEL, Kayıhan: “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:50, Sayı:1-4, 1980, (ss.117-131)
- KARABULUT, Mustafa: İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008
- KARAHANOĞULLARI, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011
- KIRATLI, Metin: Koruyucu İdari Hizmetler, TODAİE Yayınları, Ankara, 1973
- LONG, Marceau/WEIL, Prosper/et. all: Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, 20e édition, Dalloz Editions, Paris, 2015
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: “İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:55, Sayı:1-2, 1996, (ss.151-171)
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1995
- OĞURLU, Yücel: “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, 1999, (ss.143-194)
- OĞURLU, Yücel: İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları Cilt-III, 3. Bası, Hak Kitabevi, 1966
- ÖZAY, İl Han: “İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:45, Sayı:1-4 (Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan), 1981, (ss.315-319)
- ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004

- ÖZAY, İl Han: İdari Yaptırımlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985
- SANCAKDAR, Oğuz: “İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku’ndaki Anayasal Temelleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. Ulsan, İlhan/Başaran Yavaşlar, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, (ss.59-109)
- SOKULLU-AKINCI, Füsun: “Özgürlük ve Güvenlik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:69, Sayı:1-2 (Prof. Dr. İl Han Özay’a Armağan), 2011, (ss.105-110)
- TAN, Turgut: “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, (ss.309-326)
- TUNÇ, Selen: “İHAS Madde 6’nın Kabahatlere Uygulanması”, Kabahatler Hukuku Yazıları-II (Ed. KANGAL, Zeynel T.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, (ss.85-110)
- ULUSOY, Ali D.: İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013
- YÜCESOY, Ayşe Aslı: “İdari Yaptırımların Yargısal Denetiminde Görevli Yargı Kolu Sorunu”, Kabahatler Hukuku Yazıları-I (Ed. KANGAL, T. Zeynel), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, (ss.181-218)
- ZABUNOĞLU, Y. Kazım: İdare Hukuku Cilt-II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012
- ZAFER, Hamide/PAMUK, Gülfem/ÇAKIR, Kerim: Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014
- ZANOBİNİ, Guido: İdari Müeyyideler (çev. Günal, Yılmaz), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964
- ELEKTRONİK AĞ ADRESLERİ
(www.anayasa.gov.tr)
(www.danistay.gov.tr)
(www.uyusmazlik.gov.tr)
(www.kazanci.com)
(<https://legalbank.net>)
(www.mevzuat.gov.tr)
(www.resmigazete.gov.tr)
(<http://fr.jurispedia.org>)

¶ BOŞANMA DAVALARINDA KESİN HÜKÜM

(RES JUDICATA IN DIVORCE CASES)

Fatih Karamercan * **

ÖZ

Medenî usûl hukukunda kesin hüküm kurumunun anlaşılabilmesi için çalışmanın ilk bölümünde, hüküm ve karar kavramlarına yer verilmiş olup ikinci bölümde kesin hükmün amacı, çeşitleri, unsurları ve son bölümde ise kesin hükmün etkisi açıklanmaya çalışılmıştır. Boşanma davalarında kesin hüküm incelenirken boşanma davalarına ilişkin yaşanabilecek sorunlara ilişkin değerlendirmelerde de bulunulmuştur. Konu ile ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay Hukuk Daireleri tarafından verilmiş güncel kararlardan da faydalanılmıştır.

Anahtar Kelimeler : Kesin hüküm, hüküm, karar, dava sebebi, hukukî sebep, olumsuz dava şartı, derdestlik.

ABSTRACT

In order to comprehend the institution of res judicata, the terms of provision and decision in procedural law are handled in the first chapter of this study. The second chapter is devoted to the aim of res judicata, its types and elements. In the final chapter it is made an effort to explain the effects of res judicata. Whilst handling res Judicata in procedural law, also the probable troubles related to suits for divorce are interpreted. Furthermore the decisions of The Grand Assembly and Private Law Chambers of Turkish Appeal Court are made use in this study.

Keywords : res judicata (kesin hüküm), provision (hüküm), decision (karar), cause of action (dava sebebi), legal cause (hukukî sebep), negative case term (olumsuz dava şartı), pendency (derdestlik)

[¶] Eserin Dergimize geliş tarihi: 24.11.2018. İlk hakem raporu tarihi: 19.12.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 30.01.2019. Onaylanma Tarihi: 30.01.2019.

* Avukat, İzmir Barosu,. Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-1135-8756

Eserin Atf Şekli: Fatih Karamercan, “Boşanma Davalarında Kesin Hüküm”, YÜHFD, C.XVI, 2019/1, s.76-111.

Giriş

Kesin hüküm kurumuna, hukuk yargılamasında yer verilmesinin ana amacı, dava konusu uyuşmazlıkların şekli veya maddî anlamda kesin hüküm arz etmesi suretiyle davaların nihaî olarak sonuçlandırılması ve daha önce görülen aynı nitelikteki davanın tekrar açılmasının engellenerek bireyler arasındaki ilişkilerin bozulmasının önüne geçilmesi, başka bir ifadeyle toplumsal barışın korunması olarak gösterilebilir.

Bir hükme karşı başvurulabilecek kanun yolunun kalmaması (veya baştan bulunmaması) ile hüküm şekli anlamda kesinleşebileceği gibi hükmün kararı veren mahkeme tarafından değiştirilememesi, olağan kanun yollarına başvurulamaması, tekrar dava edilememesi ve daha sonra açılan davada bağlayıcı olması sonucunda maddî anlamda kesin hüküm de teşkil edebilir.

Maddî anlamda kesin hüküm ele alınırken davaya son veren taraf işlemlerinden feragat ve sulh kavramları da incelenerek konu izah edilmeye çalışılmıştır. Kabul kavramına ise TMK m. 184 hükmü sebebi ile çalışmamızda yer verilmemiştir.

Kesin hükmün unsurları ise; tarafların aynı olması, dava konusunun aynı olması ve dava sebebinin aynı olmasıdır. Kesin hükmün, davanın tarafları dışında üçüncü kişilere kural olarak herhangi bir etkisi yoktur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin 1. fıkrasında “... *davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, ikinci davadaki talep sonucu, ilk davada kesinleşen hüküm fıkrasını etkileyecek ve ortadan kaldıracak nitelikte ise, dava konusu aynı sayılır. Kesin hükmün son unsuru olan, dava sebebi ile ilgili olarak ise doktrinde, dava sebebinin, davacının talep sonucunu dayandırdığı vakıalar olduğu, buna karşılık, vakıaların dayandığı hukukî sebebin, dava sebebi olmadığı belirtilmektedir.

Kesin hükmün etkisi ile ilgili olarak, kesin hüküm eğer yalnızca taraflar arasındaki bir durumu tespit ediyorsa kesin hükmün nisbî etkisi; buna karşılık kesin hüküm herkese karşı ileri sürülebiliyorsa kesin hükmün mutlak etkisinden söz edilir. Davanın kesin hükümle sonuçlanmasından sonra oluşan vakıalar ise kesin hükümden etkilenmez. Son olarak, kesin hüküm itirazı, olumsuz bir dava şartı olup çalışmamızda kesin hükmün olumsuz dava şartı niteliği üzerinde durulacaktır.

I. HÜKÜM VE KARAR

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 294. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi, “*Yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar, hükmüdür.*” hükmünü içermektedir. Söz konusu maddeden de anlaşıldığı üzere hüküm, davayı esastan çözümlleyen, taraflar arasındaki uyuşmazlığı (ihtilâfı) sona erdiren bir (nihaî) karardır¹. Ayrıca, söz konusu maddeden çıkan diğer bir sonuç ise kararın genel; hükmün ise daha özel ve alt kavram olarak kullanılmasıdır². Kural olarak, sözlü yargılamanın bitiminde hüküm verilir³.

Genel olarak karar kavramından, hâkimin, davadan elini çekmesi sonucunu doğurmayan aksine, yargılamanın yürütülüp ilerlemesine yardımcı olan işlemleriyle⁴, davadan elini çekmesi sonucunu doğuran, yargılamaya son veren, sadece usûlî bir soruna ilişkin bulunan⁵ veya uyuşmazlığı esastan çözüme kavuşturan usûl işlemleri anlaşılır⁶. Karar kavramı, hükmü de kapsayacak şekilde geniş anlaşılmaktadır⁷. Her hüküm bir karardır, ancak her

¹ **KURU, Baki**, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 453; **ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder; TAŞPINAR AYVAZ, Sema**, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 471; **TUTUMLU, Mehmet Akif**, *Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekeçe*, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 17; **MUŞUL, Timuçin**, *Medenî Usul Hukuku - 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Esas alınarak hazırlanmış 3. Baskı*, Ankara, 2012, s. 481; **YILMAZ, Ejder**, *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, 2001, s. 370. “Hüküm, taraflardan birinin hukukî yararının korunması dileğiyle kamusal güce başvurması sonucu, bu gücü temsil eden hâkimin bu korunmayı sağlayan kamusal güce desteklenmiş kararıdır.” (**ULUSAN, İlhan**, *Maddî Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi*, İÜMHAD, C: 5, S: 7, Y: 1973, s. 155)

² **BORAN GÜNEYSU, Nilüfer**, *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, Ankara, 2014, s. 5.

³ **KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder**, *Medenî Usul Hukuku*, 23. Baskı, Ankara, 2012, s. 453.

⁴ Bu tür kararlara “ara karar” adı verilmektedir. Yetki itirazının reddine yönelik kararlar, taraflara süre verilmesi veya bozmaya uyma kararı, ara karara örnek olarak gösterilebilir.” (**BORAN GÜNEYSU**, s. 148). Yargılamanın ön inceleme ve tahkikat aşamalarında ortaya çıkan sorunların çözümü için verilen ve mahkemenin davadan el çekmesi sonucunu doğurmayıp yargılamaya devam etmesini sağlayan kararlara ise ara karar denir. (**BUDAK, Ali Cem; KARAASLAN, Varol**, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara, 2017, s. 268)

⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda usûle ilişkin nihaî kararlara yönelik doğrudan bir düzenleme bulunmamakla birlikte; HMK m. 294/6 hükmü gereği, hükme ilişkin hususların niteliğe aykırı olmadıkça, usûle ilişkin nihaî kararlar hakkında da uygulanacağı belirtildiğinden, dava şartlarının bulunmamasına veya davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararlar da usûle ilişkin nihaî kararlardır. (**BORAN GÜNEYSU**, s. 108, 109)

⁶ **TANRIVER, Süha**, *Medenî Usûl Hukuku*, C: I, Ankara, 2016, s. 979.

⁷ **BORAN GÜNEYSU**, s. 1. Nihai kararların tümü, davayı bitiren esasa ilişkin karar (hüküm) değildir. (**GÖRGÜN, L. Şanal; BÖRÜ, Levent; TORAMAN, Barış; KODAKOĞLU, Mehmet**, *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2017, s. 655)

karar bir hüküm değildir⁸. Dolayısıyla, bir davanın esası dışındaki (usûlî nitelikteki) sorunları çözen, talepleri karşılayan kararlar için hüküm teriminin kullanılması uygun değildir⁹.

Hüküm ve karar, anayasal temelleri de olan kavramlardır. Nitekim, Anayasa'nın 138. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi ve 4. fıkrasının 1. cümlesi “*Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*” ve “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır*” hükümlerini içermektedir.

Hüküm ve karar kavramlarının tanımını, birbirleri ile ilişkilerini ve farklarını belirttikten sonra kesin hüküm ile ilgili açıklamalara geçebiliriz.

II. KESİN HÜKÜM

A. Kesin Hükümün Amacı

Doktrindeki *ATALAY*'a göre, kesin hüküm bir delil değildir. İspat konusu vakıayı hâkime aktaran bir araç olarak nitelendirilemez; ispat konusu vakıayla teması olup, hâkime aynalık yapabilecek, temsilî niteliği olan bir ispat aracı (dar anlamda delil) olarak kabul edilemez¹⁰. Doktrindeki *KONURALP*'a göre ise, kesin hükümde hukukî istikrar ve güvenlik ihtiyaçlarına cevap veren kanunî yargısal bir temsil niteliği vardır¹¹.

Hukuk (özel) yargılamasının amacı; objektif hukukun uygulanması, subjektif hakkın korunması, hukukî korumanın haklı görüldüğü hallerde hakların güvence altına alınması, hukukî barış ve istikrarın¹² korunmasının yanında kesin hükme ulaşma gayesi ve isteğidir¹³. Kesin hüküm kurumu olmasaydı, davalar hiçbir zaman sonlanmaz, davaların sayısı sonsuza değin artar ve dünya adeta bir dava yığınınından ibaret olurdu. Bu durum da bireyler arasındaki ilişkilerin gitgide zayıflamasını ve aynı zamanda kin, nefret ve intikam gibi duyguların yaygınlaşmasını tetiklerdi¹⁴. Devlet de mahkemelerinin sınırsız bir şekilde aynı uyuşmazlık (dava) ile tekrar meşgul edilmesini istemez. Toplumsal barış, kişiler arasındaki uyuşmazlıkların

⁸ **ATALI, Murat**, *Pekanttez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 1969; **KURU**, s. 453; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 457.

⁹ **TUTUMLU**, s. 17.

¹⁰ **ATALAY, Oğuz**, *Pekanttez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 1739.

¹¹ **KONURALP, Halûk**, *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Tıpkıbasım, Ankara, 2009, s. 12.

¹² **ARAS, Bahattin**, *Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi*, Ankara, 2014, s. 160.

¹³ **İYİLİKLİ, Ahmet Cahit**, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*, Ankara, 2016, s. 19.

¹⁴ **NAMLI, Mert**, *Türk ve Fransız Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi*, İstanbul, 2014, s. 21.

sonsuzu kadar sürmemesini gerektirir¹⁵. Kesin hüküm, uyuşmazlığın gelecek için sona ermesinin ve böylelikle hukukî barışın ve yargıya güvenin temini için önemli bir role sahip olup kamu düzenine ilişkindir¹⁶.

¹⁵ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 665; **YILMAZ, Ejder**, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 2934. **Aynı yönde karar için bkz.;** "... Kesin hüküm (hem bireyler hem de devlet için) hukuki durumda bir kararlılık ortaya koyar. Bununla hukuki güvenlik ve yargı erkine güven sağlandığından kesin hüküm kamu yararı ile doğrudan ilgilidir." (Y. HGK. 21.03.2018, 2017/94 E. - 2018/512 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

¹⁶ **ATALI**, (Pekcanitez Usûl) s. 2055; **YILMAZ**, s. 2936. Usul hukuku teorisine göre kesin hüküm, maddî hukuka ait olmayıp, yargılama hukukuna ait bir kurumdur. Böylece tarafların üzerinde tasarruf edemeyeceği bir hususu teşkil etmektedir. Sonuçta bir kararla, bireyler arası bir çekişme neticelendirilmektedir. Ancak bu kararla her ne kadar özel hukuk açısından bireylerin hakları etkileniyorsa da, kararın kendisi devlet otoritesi sonucunda verildiği için, bağlayıcı bir özelliğe sahiptir. Tarafların çekişmesi için bir nihai sonuçtur ve devletin otoritesinden doğduğu için kamu menfaati de ön plandadır. Zira kesin hüküm ile hukuk güvenliği ve hukuk barışı sağlanmaktadır. Hukukî himayenin bir parçasıdır. Bu yönü ile kamu hukuku özelliğine sahiptir. Bütün bunlardan dolayı kesin hükmün bir dava şartı olarak re'sen gözetilmesi ve dikkate alınması gerekmektedir. (**ÖZKAYA FERENDECİ, Hamide Özden**, *Kesin Hükmün Objektif Sınırları*, İstanbul, 2009, s. 100, 101). **Aynı yönde karar için bkz.;** "... Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemenin de; (Yargıtay'ın da) davanın her aşamasında kesin hükmün varlığını kendiliğinden gözetip, davayı kesin hükümden (dava şartı yokluğundan) reddetmesi gerekir. Yine kesin hüküm itirazı mahkemede ileri sürülmemiş olsa dahi, ilk defa Yargıtay'da (temyiz veya karar düzeltme aşamasında) ve dahası bozmadan sonra da ileri sürülebilir. Bu bakımdan usulü kazanılmış hakkın istisnasıdır ve tarafların iradesine de bağlı olmayan mutlak bir etkiye sahiptir. O nedenle kesin hükmün varlığının, yargılamanın bir kesiminde nazara alınmamış olması diğer bir kesiminde ele alınmasını engellemez." (Y. 10. HD. 23.01.2018, 2015/17134 E. - 2018/376 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

"... Tarafları, dava sebebi ve müdeabihi aynı olan bir dava hakkında birbirine aykırı kesinleşmiş iki hüküm bulunması halinde, birinci hüküm lehine olan taraf kesin hükümden (m.237) istifade etmektedir. Bu nedenle, yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine, ikinci hükmün iptaline karar verilir. **Bilindiği üzere kesin hüküm, kamu düzenine ilişkin bulunduğundan, Mahkemece, yargılamanın yargılamanın yenilenmesi sebebinin mevcut olup olmadığı resen araştırılmalıdır. Somut olayda, kesin hüküm teşkil ettiği iddia edilen dosya getirtilip incelenmemiş, kararda bu dosyadan hiç bahsedilmemiş, yargılamanın yenilenmesi sebebinin olup olmadığı değerlendirilmemiştir.**

Hal böyle olunca, yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda yapılacak araştırma sonucunda, toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken; eksik araştırma inceleme sonucunda yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur." (Y. 8. HD. 20.02.2017, 663/2150 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

"... **Hukukumuzda kamu düzeninden sayılan ve 6100 sayılı Kanun'un 303. maddesinde düzenlenen kesin hüküm tarafların anlaşmaları ile ortadan kaldırılamadığı gibi, 6100 sayılı Kanun'un 114/1-i. maddesinde dava şartları arasında yer aldığından mahkemece 6100 sayılı Kanun'un 115/1 maddesi gereği kendiliğinden (re'sen) gözönünde tutulur. Kesin YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)**

Hak¹⁷, kesin hüküm sayesinde gerçeklik ve hayat kazanmaktadır¹⁸. Kesin hükmün diğer amacı da, hukuk düzeninde mahkeme kararlarının çelişmesini önlemektir¹⁹.

B. Kesin Hükümün Çeşitleri

1. Şekli Anlamda Kesin Hüküm

Şekli anlamda kesin hüküm kavramı, HMK'nın 303. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesindeki “*Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün ...*” ibaresi ile karşımıza çıkmaktadır. Bir hükme karşı başvurulabilecek kanun yolunun²⁰ olmaması, kalmaması²¹ (kapalı olması ile) veya kanun yoluna başvurulmaması ile hüküm şekli anlamda kesinleşir²². Görüleceği üzere, şekli anlamda kesin hüküm, usulî bir müessese olup usul hukukuna ait kurallara tâbidir²³. Şekli anlamda kesin hüküm, maddî anlamda kesin hükmün bir ön koşulunu oluşturmaktadır²⁴. Şekli anlamda kesin

hükmün amacı kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kesin bir biçimde çözümlenmesidir. Bu amacın gerçekleşmesinde, hem kişilerin hem de devletin yararı vardır. Çünkü devlet, mahkemelerin sınırsız bir biçimde aynı uyuşmazlık (dava) ile sürekli ve yinelenerek meşgul edilmesini istemez. Davacı, dava sebebini yani dayandığı olayları bildirmekle yetinir. Bu olaylara uygulanacak hukuk kurallarını bulmak ve uygulamak, başka bir söyleyişle bu olayların hukuksal niteliğini ve sebebini tayin etmek Türk Kanunların kendiliğinden (re'sen) uygulamakla yükümlü olan (HMK.md. 33) hâkime aittir. Yine Hukuk Genel Kurulunun 2002/3-1088 2002/1088 sayılı kararına göre, kesin hükmün amacı, kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kesin bir şekilde çözümlenmesidir. Kesin hüküm, hem kişiler hem de devlet için hukuksal durumda istikrar sağlar.” (Y. 22. HD. 14.02.2017, 2256 /2199 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

¹⁷ “Hak, hukuken korunan ve sahibine bu korumadan yararlanma yetkisi sağlayan menfaattir.” (ALTAŞ, Hüseyin, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri*, Ankara, 2014, s. 68). Kesin hüküm ise, hakkın hukukî varlık kazanmış halidir. (İYİLİKLİ, s. 38)

¹⁸ ÖZKAYA FERENDECİ, s. 2; İYİLİKLİ, s. 38.

¹⁹ NAMLI, s. 22.

²⁰ 20.07.2016 tarihinde Bölge Adliye Mahkemeleri'nin göreve başlaması ile kanun yolu kavramından istinaf ve temyiz kanun yolu kavramı anlaşılmalıdır.

²¹ ÖZKAYA FERENDECİ, s. 4; AKKAN, Mine, *Medenî Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği*, DEÜHFD, C: 11, Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan), Y: 2009, s. 4; BİLGE, Necip; ÖNEN, Ergun, *Medenî Yargılama Hukuku*, Üçüncü Baskı, Ankara, 1978, s. 688.

²² ATALI, (Pekcanitez Usûl) s. 2055; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 666; MUŞUL, s. 481; AKİL, Cenk, *Kısmî Dava*, Ankara, 2013, s. 120.

²³ GÜRDOĞAN, Burhan, *Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı*, Ankara, 1960, s. 17.

²⁴ KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C: V, Altıncı Baskı, İstanbul, 2001, s. 4984; ÖZKAYA FERENDECİ, s. 4; AKİL, s. 119, 120; KURU, s. 760, 762; AKKAN, s. 5; KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku - 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre* YUHFD Vol. XVI No.1 (2019)

hükmün amacı, bir davanın sona ermesine hizmet etmektir. Kural olarak, mahkemelerin verdiği sadece hükümler değil; tüm kararlar kesinleşir. Yani, esasa ilişkin kararlar gibi, usûle ilişkin kararlar da şeklî anlamda kesinleşir²⁵. Bu işlevi bakımından, şeklî anlamda kesin hükme, dışa yönelik kesin hüküm (etkisi) denmektedir²⁶. Şeklî anlamda kesinleşmiş, yani olağan kanun yolları tüketilmiş bir davanın, aynı taraflar arasında, aynı maddî vaktiye dayanılarak aynı talep altında yeniden görülememesi, hukuk devletinin, hukukî istikrar ve barışın olmazsa olmaz koşuludur²⁷. Şeklî anlamda kesin hüküm, kural olarak sona ermez. Yalnız bir halde bu mümkündür ki, o da olağan kanun yolu süresinin geçirilmiş olmasına karşı eski hale getirme talebinde bulunulması ve bu talebin yerinde görülerek kabul edilmesidir²⁸.

2. Maddî Anlamda Kesin Hüküm

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesi,

“Bir davaya ait şeklî anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddî anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.

Bir hüküm, davada veya karşılık davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış olanlar hakkında kesin hüküm teşkil eder.

Kesin hüküm, tarafların küllî halefleri hakkında da geçerlidir.

Bir dava dolayısıyla ortaya çıkan kesin hüküm, o hükmün kesinleşmesinden sonra dava konusu şeyin mülkiyetini tarafların birisinden devralan yahut dava konusu şey üzerinde sınırlı bir aynı hak veya fer'î zilyetlik kazanan kişiler hakkında da geçerlidir. Ancak, Türk Medenî Kanununun iyiniyetle mal edinmeye ait hükümleri saklıdır.

Müteselsil borçlulardan biri veya birkaçı ile alacaklı arasında yahut müteselsil alacaklılardan biri veya birkaçı ile borçlu arasında oluşan kesin hüküm, diğerleri hakkında geçerli değildir.” hükümlerini içermektedir.

Maddî anlamda kesin hüküm²⁹, hükmün kararı veren mahkeme tarafından değiştirilememesi, olağan kanun yollarına başvurulamaması, tekrar dava

Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul, 2012, s. 604; **İYİLİKLİ**, s. 48.

²⁵ **ATALI**, (Pekcanıtez Usûl) s. 2055, 2056.

²⁶ **ÖZKAYA FERENDECİ**, s. 5.

²⁷ **İYİLİKLİ**, s. 48.

²⁸ **GÜRDOĞAN**, s. 26; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 667; **KURU**, s. 761.

²⁹ “Maddî anlamda kesinlik hükmün neticelerini ifade eder.” (**BİLGE/ÖNEN**, s. 689) *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)*

edilememesi ve daha sonra açılan davada bağlayıcı olmasıdır³⁰. Maddî anlamda kesin hüküm, yargısal kararlara kanun tarafından tanınan gerçeklik niteliğidir³¹. Kararın içeriğinin, bundan sonra görülecek ve aynı hukukî neticeye yönelik bir davada, gerek mahkeme³² gerek taraflar için bağlayıcı nitelikte olması ise, maddî anlamda kesin hükmü teşkil etmektedir³³. Maddî anlamda kesin hükmün, hukuk yargılaması bakımından iki yönü mevcuttur. Bunlardan ilki, kesin hükmün olumsuz dava şartı olması, diğeri ise kesin delil olmasıdır³⁴. Maddî anlamda kesin hüküm, maddî hukuku değil; usûl hukukunu ilgilendiren bir kurumdur³⁵.

Kefilin durumu asıl borçludan daha ağır olamayacağına göre borçlunun sorumlu olmaması halinde kefilin de sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bunun dışında TBK m. 591 hükmünde kefilin asıl borçluya ait savunma imkanlarından yararlanabileceği düzenlemesi de bu sonucu destekler niteliktedir³⁶. Bu bağlamda asıl borçlu ve alacaklı arasındaki davada asıl borcun mevcut olmadığına hükmedilmesi halinde kefil de söz konusu kesin hükmü alacaklıya karşı ileri sürebilecektir³⁷. Asıl borçlu aleyhine hüküm verilmesi halinde ise söz konusu kesin hüküm kefilin bağlamayacaktır. Bu

³⁰ **ATALI**, (Pekcanitez Usûl) s. 2057; **ÖZKAYA FERENDECİ**, s. 3; **İYİLİKLİ**, s. 48; **GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU**, 665. Bir uyumsuzluğun mahkeme tarafından hükmü bağlandıktan sonra yeniden mahkeme önüne getirilemeyeceği kuralı, “maddî anlamda kesin hüküm” terimi ile ifade edilir. (**BUDAK/KARAASLAN**, s. 272). Maddî anlamda kesin hüküm, şeklen kesinleşmiş bir hüküm varken aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı sebebe dayanarak yeni bir dava açılmaması anlamına gelir. (**YILMAZ**, s. 2935)

³¹ **GÜRDOĞAN**, s. 29; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 668; **KURU**, s. 762; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ**, s. 684.

³² **AKKAN**, s. 13.

³³ **ÖZKAYA FERENDECİ**, s. 4; **ATALI**, (Pekcanitez Usûl) s. 2070.

³⁴ **AKKAN**, s. 4, 7. Çalışmamız itibarı ile kesin hükmün, kesin delil olması hususu üzerinde durulmayacaktır.

³⁵ **ATALI**, (Pekcanitez Usûl) s. 2057. Usul hukuku teorisine göre kesin hüküm, usul hukukunda yerini almaktadır. Bu günümüz yargılama anlayışına daha uygundur. Kaldı ki, kesin hüküm usul hukuku teorisi sayesinde resen gözetilecek bir husus olmaktadır. Yani kesin hüküm etkisini göstermek için, tarafların iradesine mahkûm kalmamakta; def’i olarak ileri sürülmeden, mahkemece dikkate alınmaktadır. Olumsuz dava şartıdır. Bunun önemi büyüktür. Zira ancak böylece kesinleşen kararın “yüceliği” teminat altına alınmış olmaktadır. (**ÖZKAYA FERENDECİ**, s. 98)

³⁶ **ACAR, Özlem**, *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, 2015, s. 263.

³⁷ **DEREN YILDIRIM, Nevhis**, *Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları*, İstanbul, 1996, s. 125; **ACAR**, s. 263.

bağlamda alacaklı asıl borcun mevcudiyetine ilişkin kesin hüküm verildiğini ileri sürerek kefilî ifaya zorlayamayacaktır³⁸.

2.1. Davaya Son Veren Taraf İşlemleri Açısından Maddî Anlamda Kesin Hüküm

2.1.1. Feragat

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 311. maddesi "*Feragat ve kabul, kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. İrade bozukluğu hâllerinde, feragat ve kabulün iptali istenebilir.*" hükmünü içermektedir. Kesin hüküm teşkil etmek ile onun gibi hukukî sonuçlar doğurmak, tümüyle birbirinden farklılık gösteren hususlardır. HMK m. 331 hükmünde sözü edilen kesin hüküm gibi etki doğurmaktan maksat, davadan feragatin, hem şekli anlamda hem de maddî anlamda kesin hükmün hukukî sonuçlarını doğurmasıdır³⁹.

Feragat edilen davanın tekrar açılması durumunda, doğrudan feragat beyanıyla sona ermesiyle, mahkeme kararıyla sona ermesi arasında, yeniden açılan davanın reddinin sağlanması açısından pratikte çok büyük bir farklılık bulunmadığı söylenebilir. Çünkü, eğer davanın doğrudan doğruya feragatle değil de, feragat üzerine mahkemenin vereceği kararla sona ereceği kabul edilirse, davanın yeniden açılması halinde buna karşı kesin hüküm itirazında bulunulacak, mahkeme davayı, dava şartı yokluğundan usulden reddedilebilecektir. Aynı şekilde, davanın doğrudan feragat beyanıyla sona erdiği kabul edilecek olursa bu kez, hukukî menfaatin bulunmaması veya dava konusunun dava edilebilir nitelikte olmaması nedeniyle, dava yine dava şartı yokluğundan dolayı, her zaman usulden reddedilebilecektir. Dolayısıyla, her iki savunma yolu da davalıya aynı hukukî himayeyi sağlamış olacaktır⁴⁰. İlk açılan dava şekli ve maddî anlamda kesinleştikten sonra aynı taraflar arasında aynı dava sebebi ve konusuna ilişkin ikinci bir dava ikame edilirse, davacı bu davadan feragat ettiğinde **katıldığımız görüşe göre**⁴¹ kesin hüküm, kamu düzeninden ve dava şartlarından olduğundan esasa girmeksizin doğrudan kesin hüküm sebebi ile mahkemece red kararı⁴² verilmelidir.

³⁸ DEREN YILDIRIM, s. 123; ACAR, s. 263.

³⁹ TANRIVER, s. 1006; AKKAYA, Tolga, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Ankara, 2017, s. 518.

⁴⁰ AKYOL ASLAN, Leyla, *Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Ankara, 2010, s. 435.

⁴¹ İYİLİKLİ, s. 129, 130, 443.

⁴² Feragat edilen bir dava tekrar açıldığında mahkeme, sanki aynı dava hakkında daha önceden verilmiş ve maddî anlamda da kesinleşmiş bir hüküm mevcutmuş gibi, davayı dava şartı eksikliğinden usulden reddetmelidir. (TANRIVER, s. 1007)

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'ne⁴³ göre, feragat, hukukî sonuçlarını feragat tarihi itibarı ile gösterecektir.

2.1.2. Sulh

Mahkeme huzurunda yapılan sulhte⁴⁴ de maddî anlamda kesin hükmün hukukî sonuçlarının doğacağını ileri sürmek mümkündür⁴⁵. Nitekim, HMK m. 303 hükmünden bahsedilen kesin hüküm kavramından bunun anlaşılması gerektiği düşünülmektedir⁴⁶. Kanun yoluna başvurulmadığı takdirde, hükmün verilmesiyle kesinleşmesi arasındaki aşamada yapılacak bir sulh bile

⁴³ “*Dava Türk Medeni Kanununun 166/son maddesi uyarınca fiili ayrılık boşanma hukuki sebebine dayalı olarak açılmıştır. Mahkemece, feragat nedeniyle verilen ret kararının kesinleşmediğinden bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Davacının daha önce açtığı boşanma davası feragat sebebiyle reddedilmiş, feragat tarihinden itibaren boşanma davasının açıldığı 22.05.2015 tarihine kadar üç yıl geçtiği anlaşılmaktadır. Feragat davaya son veren bir taraf usul işlemidir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 311. maddesi uyarınca feragat kesin hüküm gibi sonuç doğurur. Feragat nedeniyle verilen ret kararının tebliğe çıkartılarak kesinleşme işleminin yaptırılmasına gerek yoktur. TMK 166/son maddesinde aranan 3 yıllık süre feragat tarihinden itibaren başlar.*” (Y. 2. HD. 05.07.2017, 2016/2948 E. - 2017/8428 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

⁴⁴ Yargısal sulhün karma nitelikte nitelikte bir sözleşme olduğu, tek bir hukukî oluşum şeklinde görülmesi gereği, hükümlerini hem usul hukuku ve hem de maddî hukuk alanında doğurduğu söylenebilecektir. (ULUSAN, s. 183)

⁴⁵ SOY, Ayşe, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara, 2017, s. 156. Doktrinde ÖNEN, mahkeme huzurunda yapılan sulhün, şekli anlamda kesin hükmün sonuçlarını doğuracağını savunmaktadır. (ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara, 1972, s. 149)

⁴⁶ SOY, s. 156. Mahkeme içinde yapılan sulh şarta bağlı olarak yapılmamışsa, taraflar mahkemeden sadece mahkeme içi sulhün onaylanması isteyebilirler. Böyle bir durumda mahkeme, sadece sulhu tutanağa geçirir ve karar verilmesine gerek olmadığına karar verir. Bu şekilde yapılan sulh şekli anlamda kesin hüküm niteliği taşır. Diğer durumda ise taraflar mahkemeden sulh anlaşmasına göre karar vermesini isteyebilir ve mahkeme sulh anlaşmasına uygun bir hüküm verir. Bu durumda ise sulh maddî anlamda kesin hüküm niteliğine sahiptir. (KARAUZ, Agah Kürşat, *Sulh Sözleşmesi*, Ankara, 2014, s. 99). Aynı yönde karar için bkz.; “... 1) *Dosya temyiz aşamasında iken, davacı vekili ve davalı asıl tarafından dosyaya sunulan, 08.06.2016 havale tarihli dilekçeden, tarafların uzlaştıklarını bildirdikleri anlaşılmıştır. Sulh, 6100 sayılı HMK'nın 313. maddesi uyarınca, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşme olup, aynı Yasa'nın 315. madde hükmü uyarınca, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm sonuçlarını doğurur. Aynı Kanun'un 314. maddesi uyarınca sulh, karar kesinleşinceye kadar her aşamada mümkündür. Mahkeme davadan el çektiğinden, karar ortada durduğu müddetçe, davayı yeniden ele alıp, sulh nedeniyle bir karar verilmesi gerektiğinden, bunun sağlanabilmesi için hükmün öncelikle bu nedenle bozulması gerekmiştir.*” (Y. 23. HD. 25.01.2018, 2015/5864 E. - 2018/201 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

mahkeme önünde yapılmış sulh olarak kabul edilemeyeceğinden, kesinleşmeden sonra bunun öncelikle reddedilmesi tamamen mantıkî olur⁴⁷. Boşanma davası tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri davalardan olmadığından tek başına sulh ile boşanma sonucuna ulaşılması ise mümkün değildir⁴⁸.

2.2. Değişiklik Davası Açısından Maddî Anlamda Kesin Hüküm

Değişiklik davası, hükmün verilmesinden sonra hükmün temelini oluşturan vakıaların değişmesi sebebiyle değişen koşullara göre hükmün değişmesini sağlayan bir davadır⁴⁹. Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesi "*Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.*" hükmünü içermektedir. Doktrindeki **KIRTILOĞLU**'na göre, değişiklik davası, maddî anlamda kesin hükmün bir istisnası⁵⁰ olarak değerlendirilemeyecektir. Değişiklik davasında değişen dava sebeplerinin varlığı nedeniyle artık aynı davadan bahsedilemeyecektir. Çünkü, değişiklik davasında ilk davada ileri sürülen dava sebepleri değişmiştir. Bu yeni dava sebepleri, tarafları ve dava konu aynı kalan önceki davanın yeni bir dava olarak nitelendirilmesi için yeterlidir. Maddî anlamda kesin hükmün tek istisnasının yargılamanın iadesi olduğu söylenebilecektir⁵¹.

⁴⁷ **ÖNEN**, s. 113. Ancak yargılamanın iadesi hali bundan müstesnadır. (**ÖNEN**, s. 113)

⁴⁸ **ULUSAN**, s. 159; **AKKAYA**, s. 523.

⁴⁹ **MAZLUM, İsmet**, *Tazminat Hükümünün Değiştirilmesi Amacıyla Açılan Davanın Yargılama Hukukundaki Yeri*, TBBB, S: 106, Y: 2013, s. 342.

⁵⁰ Doktrindeki **MAZLUM**'a göre ise değişiklik davası, maddî anlamda kesin hükmün bir istisnasını oluşturmaktadır.

⁵¹ **KIRTILOĞLU, S. Serhat**, *Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası*, Ankara, 2014, s. 48. Kesin hükmün menfi etkisi yani "bir uyuşmazlık hakkında kesin hüküm niteliğinde olan bir karar olması halinde bu uyuşmazlığın yeniden dava konusu edilememesi" ilkesi, temelde hukukî güvenlik ilkesine dayanmaktadır. İşte değişiklik davasına konu edilen uyuşmazlığın bu ilkeye rağmen yeniden dava edilmesinde, maddî hukuk tarafından korunan değerler, daha üstün bir değer olarak görülmesi ön plana çıkmaktadır. Değişiklik davası için kabul ettiğimiz sınırlı sayı ilkesi (numerus clausus) gereğince, kanun koyucu hangi hallerde değişiklik davası açılabileceğini kabul ederken, bu hallerde korunan menfaat dengesinin kesinleşme etkisinin sağladığı koruma dengesinden daha üstün tutulabileceğini düşünerek bir karar vermesi gerekecektir. (**KIRTILOĞLU**, s. 48, 49)

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

C. Kesin Hükümün Unsurları

1. Tarafların Aynı Olması

Kesin hükümün davanın tarafları⁵² dışında üçüncü kişilere kural olarak herhangi bir etkisi yoktur⁵³. HMK m. 303/3-4 hükümlerinde davadaki tarafların haleflerinin de kesin hükümle bağlı oldukları vurgulanmıştır⁵⁴. Kanunî temsilci ve vekillerin temsil ettikleri kişiler, taraf kavramına dâhildir⁵⁵. Ancak, bir kimse bir davayı kendi adına açıp da, davası reddedildikten sonra aynı davayı bu defa başkası adına açmış olsa, kesin hükümün mevcudiyetinden söz edilemez⁵⁶.

Hükümün kesinleşmesinden önce dava konusu devredilirse, bu durumda davanın devralan kişiye karşı sürdürülmesi gerekir⁵⁷. Devredene karşı

⁵² Davanın tarafları kavramından tarafların halefleri de anlaşılmalıdır. (ÖZKAYA FERENDECİ, s. 41; NAMLI, s. 220). Aynı yönde karar için bkz.; "... Mahkeme önünde, maddi hukuka dayalı hakkına dair uyuşmazlığın çözümünü ve himayesini isteyen kişi davacı, kendisine karşı hakkın himayesi istenen kişi de davalıdır. Davacı, dava konusu hakkın sahibi, davalı ise hakka uymakla yükümlü olan ve bu hakkı ihlal ettiği düşüncesi ile kendisine karşı hakkın himayesi istenen kişidir. Bir davada, davacı ve davalı sıfatının kime ait olduğu tamamen maddi hukuka göre belirlenir. Dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak gösterilen kişiler şeklen taraf ise de hakkın sahibi veya kendisine karşı hakkın himayesi istenmesi gereken kişiler olmadıkları belirlenir ise davanın sıfat yokluğundan (husumetten) reddi gerekir. Husumetten red kararı usule ilişkin bir karar olmayıp; davada taraf olarak gösterilenlerden birinin taraf sıfatının bulunmadığını belirleyen esasa ilişkin bir karardır. Husumetten red kararı, davada taraf olarak gösterilenler arasında kesin hüküm teşkil eder." (Y. 3. HD. 18.01.2018, 2016/8830 E. - 2018/365 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

⁵³ BERKİN, Necmeddin M., *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul, 1969, s. 174; ATALI, (Pekcanitez Usûl) s. 2063.

⁵⁴ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 685. Cüz'î halefler ise hükümün kesinleşmesinden sonra kesin hükümün konusu olan hakkı devralan kişilerdir. Bu kişiler, davanın tarafı olmamakla beraber kesin hükümden yararlanırlar. Kanun'da, hükümün kesinleşmesinden sonra dava konusu şeyin mülkiyetini taraflardan birisinden devralan yahut dava konusu şey üzerinde sınırlı bir aynı hak veya fer'i zilyetlik kazanan kişiler hakkında da kesin hükümün geçerli olacağı açıkça düzenlenmiştir (m. 303/4). (ATALI, (Pekcanitez Usûl) s. 2063, 2064)

⁵⁵ BELGESAY, Mustafa Reşit, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi - İsbat Teorisi*, C: 3, 3 üncü Bası, İstanbul, 1950, s. 198; BERKİN, s. 175; BİLGE/ÖNEN, s. 690; ATALI, (Pekcanitez Usûl) s. 2065; KURU, s. 767; İYİLİKLİ, s. 252.

⁵⁶ DOMANIÇ, Hayri, *Hukukta Kazıyeye Muhkeme ve Nisbi Kuvveti*, İstanbul, 1964, s. 47; BİLGE/ÖNEN, s. 690.

⁵⁷ Kesin hükümün cüz'î haleflere etkisine gelince: Daha sonra dava konusu edilen şey, dava açılmasından önce üçüncü kişiye devredilmişse, davanın devralan üçüncü kişiye karşı açılması gerekir. Devreden kişi, açılan davada davalı olarak gösterilemez; çünkü, artık davalı sıfatı yoktur. Dava buna rağmen, dava, devralan üçüncü kişiye değil de, devredene karşı açılırsa, o davada verilecek hüküm, (taraf olmadığı için) devralanın lehine veya aleyhine bir

davanın sürdürülmesi durumunda hüküm kesinleşse dahi devralan hakkında kesin hüküm oluşturmaz⁵⁸.

Fer'i müdahil üçüncü kişi olup taraf olmadığından⁵⁹, fer'i müdahil hakkında kesin hüküm etkisini göstermez⁶⁰. Birden fazla kişi arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı mümkün olduğu halde, davanın bunlardan biri tarafından (veya birine karşı) açılmış olması halinde bu davada verilen karar, diğer kişiler hakkında kesin hüküm teşkil etmez. Çünkü, bu kişiler birinci davada taraf değildir⁶¹.

Doktrindeki, hâkim görüş⁶² tarafından, tarafların aynı olmasındaki maksadın, tarafların her iki davada da davacı veya davalı, yani aynı rolde yer almalarının gerekmediği kabul edilmektedir. Örneğin, ilk davada davalı tarafta yer alan kişi, diğer davada davacı tarafta yer alırsa taraflar yine aynı sayılır. Derdestlik ile kesin hüküm arasında sıkı bir ilişki vardır. Bu bağlamda, derdestlik kurumunun şartlarının aynı doğrultusunda⁶³, kesin hüküm şartları bulunmaktadır. Dolayısıyla, Yargıtay'ın derdestlik ile ilgili kesin hüküm ile bağlantılı da sayılabilecek vermiş olduğu kararlarda doktrindeki hâkim görüşü kabul etmediğini söylemek mümkündür.

"Mahkemece "eldeki davanın açılmasından önce aynı konuda bu davanın davacısına karşı davalı erkek tarafından boşanma davası açıldığı"

sonuç doğurmaz. Dava konusu, davanın açılmasından sonra ve fakat kesin hükmün ortaya çıkmasından önce devredilirse, HMK 125. madde hükmü, kesin hükmün devralanı etkilemesini kabul etmemektedir. Şekli anlamda kesin hükmün ortaya çıkmasından sonra dava konusunun devri halinde, kesin hüküm halef tarafından ve halefe karşı da ileri sürülebilir. (ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 685)

⁵⁸ ATALI, (Pekcanitez Usûl) s. 2064.

⁵⁹ PEKCANITEZ, Hakan, *Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara, 1992, s. 40-42.

⁶⁰ KURU, s. 768; DEREN YILDIRIM, s. 64; İYİLİKLİ, s. 249; MUŞUL, s. 485; ATALI, (Pekcanitez Usûl) s. 2064. Davanın, fer'i müdahilin yanında katıldığı tarafın feragat veya kabulü üzerine sonuçlanması halinde de, müdahalenin etkisi olmaz. Çünkü asıl tarafın feragat veya kabulü ile, fer'i müdahilin ileri sürebileceği veya ileri sürdüğü iddia ve savunma vasıtaları geçersiz hale getirilmiş olur. (PEKCANITEZ, s. 180)

⁶¹ KURU, (Usul-C: V) s. 5025; KURU, s. 768.

⁶² BİLGE/ÖNEN, s. 690; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 673; KURU, s. 767, 768; MUŞUL, s. 484; ATALI, (Pekcanitez Usûl) s. 2063; TANRIVER, s. 648; KARSLI, s. 607; NAMLI, s. 220; İYİLİKLİ, s. 248.

⁶³ Derdestlik durumunda da kesin hükümdeki gibi davanın taraflarının aynı rolde olmasının zorunlu olmadığı yönündeki görüş için bkz. TANRIVER, Süha, *Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Ankara, 2007, s. 41, 67; TANRIVER, s. 648, 656; KIYAK, Emre, *Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları*, Ankara, 2014, s. 114.

gerekçesiyle derdestlik nedeniyle davanın reddine karar verilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

*Derdest bir davadan söz edilebilmesi için davaların, taraflarının, konusunun ve dava sebebinin aynı olması gerekir (HMK m. 114/1-ı). İkinci açılan ve temyiz konusu olan bu dava ile daha önce erkek tarafından açılan davanın tarafları aynı olmakla birlikte davadaki sıfatları farklıdır. Bu halde, derdestlikten söz edilemez. O halde, işin esasının incelenmesi gerekirken, derdest davanın mevcut olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddi doğru olmamıştır.*⁶⁴

Davanın tarafları, eski davada karşılıklı taraf olarak değil, bir tarafta dava arkadaşı olarak bulunmuşlarsa; eski davada verilen hüküm, bu defa o (eski) davadaki dava arkadaşlarının birbirlerine karşı açtıkları yeni davada kesin hüküm teşkil etmez⁶⁵. Mecburî dava arkadaşı olması gereken kişilerden biri veya birkaçı davada taraf olarak gösterilmemiş ve bu husus mahkemece de fark edilmediği için esas hakkında hüküm verilmiş ve kesinleşmiş ise; bu hüküm, davaya dâhil edilmeyen mecburî dava arkadaşları (hatta) bütün mecburî dava arkadaşları için) kesin hüküm teşkil etmez⁶⁶. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin 5. fıkrası ile ilgili yapılacak ilk tespit şu olmalıdır: Gerek bir borçluya karşı açılan davada o borçlunun, gerekse de her bir borçlunun kendisine karşı açılacak davada, ilgili ortak def'iye bizzat ileri sürmesi gereği bulunur. İkinci tespit ise, bir borçluya açılmış olan dava zamanaşımı def'inin ileri sürülmesiyle reddedilirse bu durumun sadece onun lehine sonuç doğuracağıdır⁶⁷.

⁶⁴ Y. 2. HD. 02.05.2016, 2015/16857 E. - 2016/8882 K. - UYAP Bilişim Sistemi. Aynı yönde karar için bkz.; *“Derdest bir davadan söz edilebilmesi için davaların, tarafların konusunun ve dava sebebinin aynı olması gerekir (HMK m.114/1-ı). İkinci açılan ve temyiz konusu olan bu dava kadın tarafından Türk Medeni Kanunu'nun 166/1 maddesi gereğince açılmış, derdestliğe esas alınan dava ise, erkek tarafından açılmıştır. Her iki davada taraf sıfatları farklıdır. O halde, derdestlikten söz edilemez. Mahkemece işin esasının incelenmesi gerekirken, derdest davanın mevcut olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.”* (Y. 2. HD. 13.02.2018, 2016/21183 E. - 2018/1914 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

⁶⁵ KURU, s. 768.

⁶⁶ KURU, s. 768.

⁶⁷ KAPANCI, Kadir Berk, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2015, s. 266. Kefalet sözleşmesi bakımından aşırı ifa güçlüğü nedeniyle gerek asıl borçlu gerekse de kefil, işlem temelinin çökmüş olduğu iddiası ile ortaya çıkabilirler. Eğer asıl borçlunun borcu bakımından bir oranlama yapıldıysa, bu kefalet sözleşmesi bakımından doğrudan uygulanabilir değildir, verilecek mahkeme kararının kefil açısından kesin hüküm teşkil etmesi de söz konusu olmaz. Ancak kefil, ferilik özelliği de gözetilerek, söz konusu

2. Dava Konusunun Aynı Olması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin 1. fıkrasında “... *davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, ikinci davadaki talep sonucu, ilk davada kesinleşen hüküm fıkrasını etkileyecek ve ortadan kaldıracak nitelikte ise, dava konusu aynı sayılır⁶⁸. İlk davada davacı manevî tazminat, ikinci davada ise maddî tazminat istemiş ise, tazminat istekleri aynı olmadığından kesin hükümden söz edilemez⁶⁹. Konuların aynı olmasında,

karardan kendi açacağı uyarlama davasında belki bir yardımcı bir unsur olarak faydalanabilir. (KAPANCI, s. 302)

⁶⁸ ATALI, (Pekcanıtez Usûl) s. 2068; İYİLİKLİ, s. 315.

⁶⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 669; KURU, s. 764; aynı yönde karar için bkz.; “... Samsun 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2013/188 Esas, 2014/35 karar sayılı dosyasında, davalı kiraya veren savunmasında, hamamda bulunan demirbaşlar karşılığı 20.000 TL nakit ve 32.580 TL senet düzenlendiğini beyan ettiği, mahkemenin bu yönde kabulünün davalı kiraya veren tarafından temyiz edilmeden kesinleştiği anlaşılmıştır. Bu durumda 32.580 TL bedelli senet ile 20.000 TL nin hamamda bulunan demirbaşların teminatı olarak verildiği kabul edilmelidir. Samsun 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2013/188 Esas, 2014/35 karar sayılı dosyasında davacı kiracının senedin hile ile alındığı iddiasına dayanması, mahkemenin de senedin özgür irade sonucu verildiğini kabul ederek, davanın reddine karar verilmesi ile kesinleşen ilam, davamızdaki depozito iadesi talebi yönünden kesin hüküm teşkil etmez. Bu durumda kiraya verenin kira alacağı, demirbaş hasarı veya eksikliğinin bulunup bulunmadığı araştırılarak, depozito bedelinden mahsubu ile varsa bakiye kısım yönünden depozitonun iadesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesinin hatalı olduğu bu defaki yapılan inceleme sonucu anlaşılmış olup, hükmün belirtilen nedenlerle bozulması gerekmiştir.” (Y. 6. HD. 06.10.2016, 3887/5760 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

“... Kesin hükmün ikinci koşulu olan müddeabih, dava konusu yapılmış olan hak, yani dava ile elde edilmek istenilen sonuçtur. Önceki dava ile yeni davanın müddeabihlerinin (konularının) aynı olup olmadığını anlamak için hakim, eski davada verilen kararın hüküm fıkrası ile yeni davada ileri sürülen talep sonucunu karşılaştırması gerekir. Eski ve yeni davanın konusu olan maddi şeyler fiziki bakımdan aynı olsa bile, bu şeyler üzerinde talep olunan haklar değişirse, müddeabihler aynı değil demektir.” (Y. 10. HD. 10.10.2016, 2015/2967 E. - 2016/12278 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

“... Mahkemece, kesin hüküm oluşturduğuna karar verilen Çorum 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2013/3.5 Esas, 2014/ Karar sayılı dosyası incelendiğinde; **dava konusunun aynı sözleşmeden dolayı, aynı taraflar arasındaki iş nedeniyle; elde olmayan sebeplerle yapılamayan iş bedelinin sözleşmeden çıkarılarak teklif miktarının düşürülmesi, sözleşmenin TBK'nın 138. maddesi uyarınca uyarlanması, feshin ertelenmesi ve yüklenici tarafından yapılan harcamaların bilirkişi marifetiyle hesaplattırılarak ödenmesine karar verilmesi suretiyle sözleşmenin uyarlanması istemine ilişkin olup, mahkemece koşulları oluşmayan uyarlama talebinin reddine karar verildiği, bu kararın dairesimizce onandığı, karar düzeltme yoluna da gidilmek suretiyle kesinleştiği görülmektedir. Eldeki davada sözleşme kapsamında yapıлып ödenmeyen imalât bedeli alacağının tahsili talep** YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

HMK m. 303/2 hükmü bağlamında, sadece hükme bağlanan hususlara bakmak ve onlar hakkında kesin hükmün varlığını kabul etmek gerekir⁷⁰. Taleplerin biri hakkında, olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiş ve bu hükmün de bu şekilde kesinleşmiş olması durumunda; bu hüküm, unutulmuş (hakkında karar verilmemiş) olan talep hakkında açılan ikinci davada kesin hüküm teşkil etmez⁷¹. Ayrıca, davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararlar, mahkemenin dosyadan el çekmesi sonucu doğurması nedeniyle usûle ilişkin nihâi kararlardan da olsa; şeklî anlamda kesin hüküm oluştursalar bile taraflar arasındaki uyuşmazlığı esastan çözmedikleri için, maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir⁷².

Rakamsallaştırılamayan bir alacağı kısmî dava konusu yapan davacı, şayet yargılama sırasında alacak muayyen hale gelmiş olmasına rağmen, talebini artırmamışsa, bakiye kısmı daha sonra ek dava yolu ile ileri sürmesinin önünde bir engel yoktur. Bu noktada davacının açık veya örtülü kısmî dava

edilmektedir. Bu haliyle her iki davanın sözleşme ve tarafları aynı olmakla birlikte, davaların konusu (talep sonucu) farklı olduğundan kesin hüküm koşulları oluşmamıştır. Bir alacak aynı kişiden farklı nedenlere dayanılarak istendiğinde, vakıtlar aynı olmadığından kesin hükmün varlığından söz edilemez. Somut olayda da HMK'nın 303. maddesinde düzenlenen anlamda, koşulları mevcut bir kesin hüküm bulunmadığından, mahkemece işin esası incelenip deliller toplandıktan sonra, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken aksine düşünceyle kesin hüküm nedeniyle davanın reddi doğru olmamış, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.” (Y. 15. HD. 31.01.2018, 2016/4325 E. - 2018/309 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

⁷⁰ **ATALI**, (Pekcanitez Usûl) s. 2069.

⁷¹ **KURU**, s. 765; **bozma kapsamı dışında kalan hususlar açısından bkz.;** “... Bir davada, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine (diğeri aleyhine) doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan hak olarak tanımladığı usuli muktesep hakkı Hukuk Muhakemeleri Usulü adli eserinin 5 nci baskısının 4 ncü cildinde 3411 ila 3442 nci sayfalar arasında incelemiş olan sayın Prof. Dr. Baki Kuru'da yukarıda değinilen içtihadı birleştirme kararlarına atıfla **mahkemenin kararının davacının taleplerinden birisine ilişkin bölümünün Yargıtay'ca bozma kararının kapsamı dışında bırakılmasının kesin hüküm olarak değil usule ilişkin kazanılmış hak olarak değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğunu, anılan içtihadı birleştirme kararlarının sayın Prof. Dr. Üstündağ ile Sayın Prof. Dr. Postacioğlu tarafından da aynı şekilde yorumlandığını belirtmiştir. (aynı eser sahife 3432).**” (Y. 9. HD. 20.09.2016, 21390/16175 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

⁷² **ÖZMUMCU, Seda, Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmaması Sayılması Halinde Değerlendirilmesi, İÜHFİM, C: LXX, S: 2, Y: 2012, s. 201; aynı yönde karar için bkz.;** “... Hemen belirtilmelidir ki mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davanın açılmaması sayılma koşullarının gerçekleşmiş olması halinde açılmaması sayılmaya ilişkin kararın kesinleşmesine gerek yoktur ve derdestlikten de söz edilemez.” (Y. 1. HD. 06.06.2016, 2014/16327 E. - 2016/6880 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

açmış olmasının da bir önemi yoktur. Her iki halde de, ilk davada verilen karar, dava konusu edilmemiş bakiye kısım için kesin hüküm teşkil etmez⁷³.

Konuya belirsiz alacak davasında yaşanabilecek bir durum ile devam etmek isteriz. **Katıldığımız görüşe göre**⁷⁴ belirsiz alacak davası tam bir eda davası⁷⁵ olduğu için, davacı yargılama sırasında iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmamasına rağmen geçici değeri artırmadığı takdirde, artırmadığı bu kısım için ikinci bir dava açamaz. Davacının burada artırmadığı kısım için ikinci bir dava açması ya derdestlik nedeniyle ya da kesin hüküm nedeniyle mümkün değildir. Bu nedenle artırılmayan bu kısmın akıbetini kesin hükmün kapsamı ve derdestlik çerçevesinde değerlendirmek gereklidir. Kesin hüküm ve derdestlik olumsuz dava şartları olduğu için, bu durumda hâkimin açılmak istenen ikinci davayı usulden reddetmesi gerekmektedir.

3. Dava Sebebinin Aynı Olması

Doktrinde, dava sebebinin, davacının talep sonucunu dayandırdığı vakıalar olduğu, buna karşılık, vakıaların dayandığı hukukî sebebin, dava sebebi olmadığı⁷⁶ belirtilmektedir. Örnek olarak, açılan boşanma davasının reddedilmesinden sonra aynı vakıalara dayanılarak ikinci kez açılan davanın kesin hüküm nedeni ile reddedileceği gösterilmektedir⁷⁷. Hatta, farklı hukukî sebeplere istinat etmenin farklı dava sonucuna götürmeyeceği de belirtilmektedir⁷⁸. Davacının, talebini dayandırdığı vakıaların oluşturduğu hayat olayını mahkemeye sunmasının yeterli olduğu ve hâkimin ödevi kapsamında, kendisine sunulan malzemeyi kullanarak davacının talebine ulaşmak için uygulanacak hukuk kuralını bulacağı ve uygulayacağı da söylenmektedir⁷⁹. Farklı vakıalara veya farklı dönemlere ilişkin açılan sonraki dava açısından kesin hüküm itirazında bulunulamaz⁸⁰.

⁷³ **AKİL**, s. 195. Buna karşılık, kısmî davanın tamamen reddine ilişkin karar, aynı alacağın kalan kesimi için açılacak ek davada kesin hüküm teşkil eder. (**KURU**, (Usul-C: V) s. 4994)

⁷⁴ **SİMİL, Cemil**, *Belirsiz Alacak Davası*, İstanbul, 2013, s. 299, 300.

⁷⁵ **SİMİL**, s. 23, 111, 299, 343.

⁷⁶ **ATALI**, (Pekcanıtez Usûl) s. 2065; **KURU**, s. 765; **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 670; **KARSLI**, s. 607; **ÖZKAYA FERENDECİ**, s. 43. Bu bağlamda ferdileştirme ve vakıalara dayandırma teorisi adı altında iki teori bulunmakta olup HMK, vakıalara dayandırma teorisini benimsemiştir. (**ÖZKAYA FERENDECİ**, s. 48).

⁷⁷ **ATALI**, (Pekcanıtez Usûl) s. 2066.

⁷⁸ **İYİLİKLİ**, s. 317.

⁷⁹ **ÖZKAYA FERENDECİ**, s. 44, 45. Hâkim, Türk hukukunu resen uygular. (HMK m. 33)

⁸⁰ Farklı dönemlere ve farklı vakıalara karşı derdestlik itirazında (dolayısıyla kesin hüküm itirazında) bulunulamayacağına ilişkin bkz. "... *Derdestlik bir dava şartı olup, hakim YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)*

Kanımızca, konuya bu kadar yüzeysel bakmamak gerekir. Burada, daha önce farklı bir hukukî sebepten dolayı reddedilen dava, aynı vakıalara (olaylara) dayalı olarak farklı bir hukukî sebeple açılabilir mi? sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Doktrinde **BERKİN**, bu soruya olumlu cevap vermektedir⁸¹. Doktrinde **ANSAY**⁸², kanunumuzun vakıalara dayandırma teorisini benimsediğini belirterek mülkiyet davasının, hibe sebebiyle iktisaba dayanılarak açılıp reddedilmesinden sonra miras sebebine dayanılarak yeniden dava açılabileceğini düşünmektedir. Doktrinde **POSTACIOĞLU**⁸³ ise dava sebebini izah ederken hukukî sebebi vakıalarla birlikte ele almaktadır. Yeni vakıaların hukukî sebepte değişiklik meydana getirmesi durumunda dava sebebi değişmektedir⁸⁴. Örnek vermek gerekirse, davacı davalı eşinin kendisini aldattığı iddiası ile zina hukukî sebebine dayalı boşanma davası açmış olsun. Bilineceği üzere, zina hukukî sebebine dayalı boşanma, hayata kast gibi özel boşanma sebeplerindedir. Yargılama aşamasında, dayanılan telefon kayıtlarının ve davalının başka kadınlarla çekilmiş samimi fotoğraflarının, mahkeme dosyasının içerisine girmesine

*tarafından resen gözetilir (HMK m. 114/1-1, 115). Derdest davadan söz edilebilmesi için; o davanın daha önce aynı veya başka bir mahkemede açılmış ve görülmekte olması, görülmekte olan dava ile yeni davanın aynı dava olması, başka bir anlatımla her iki davanın taraflarının, konusunun ve dava sebeplerinin aynı olması zorunludur. Bu koşullardan herhangi biri mevcut değilse, derdest bir davanın varlığından söz edilemez. Mahkemece derdest dava olarak kabul edilen ilk dava davalı-davacı erkek tarafından 27.08.2014 tarihinde, derdestlik sebebiyle reddine karar verilen erkeğin birleşen davası ise 06.01.2015 tarihinde açılmıştır. Davalı-davacı erkeğin birleşen davası ile derdestliğe esas alınan davanın tarafları ve konuları aynı olmakla beraber **dava tarihi itibarıyla dönemlerinin farklı olduğu, dayanılan vakıaların aynı olmadığı anlaşılmalı derdest bir davanın varlığından söz edilemez. Bu sebeple derdestlik koşullarının gerçekleşmediği nazara alınarak işin esasının incelenmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.**" (Y. 2. HD. 22.03.2016, 2015/18097 E. - 2016/5604 K. - UYAP Bilişim Sistemi)*

⁸¹ **BERKİN**, s. 176.

⁸² **ANSAY, Sabri Şakir**, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara, 1960, s. 366.

⁸³ **POSTACIOĞLU, İlhan E.**, *Davanın ve Kaziyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukukî Sebep*, Makaleler ve Karar İncelemeleri, İstanbul, 2011, s. 85. Davanın mahiyetini sadece olaylar olay olarak değil fakat bu olayların niteliği yani dâhil olduğu hukukî kalıp başka bir deyişle hukukî sebep tayin etmektedir. (**POSTACIOĞLU**, s. 85)

⁸⁴ **POSTACIOĞLU**, s. 90. Kesin hükmün unsuru olarak hukukî sebebin kabul edilmesi kuralının ikinci cephesine geçerse; birinci davada açıkça veya zımnen ileri sürülen hukukî sebep dışında aynı olaylara uygulanabilir bulunan başka hukukî sebepler varsa bunların ayrı bir davaya temel yapılmasına engel yoktur. (**POSTACIOĞLU**, s. 90)

rağmen zina fiilinin ispatının zor olmasından ve davacının bu iddiasını ispatlayamamasından dolayı boşanma davası reddedilmiştir⁸⁵.

⁸⁵ “... mahkemece tarafların zina (TMK m.161) nedeniyle boşanmalarına karar verilmiştir. **Zina olayının mevcut sayılabilmesi için en önemli koşul, "cinsel ilişkinin" varlığının kesin veya güçlü karineyle kanıtlanmış olmasıdır. Davalı kadının bir başka erkekle cinsel ilişkiye girdiği kesin veya güçlü karineyle kanıtlanmış değildir. Davalı kadının bir başka erkekle telefonda konuştuğu anlaşılacakla beraber, evlilik sırasında, bir başka erkekle cinsel birleşmenin gerçekleştiği dosya kapsamı ve tanık beyanlarından anlaşılammaktadır. Bu nedenle davalı kadının bu davranışları zina değil, "güven sarsıcı davranış" niteliğinde olup; Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesi gereğince boşanmayı gerektiren kusurlu davranıştır. Bu durumda, zina hukuki sebebine dayanılarak açılmış boşanma davasının reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü doğru bulunmamıştır.**” (Y. 2. HD. 20.06.2017, 2016/1282 E. - 2017/7819 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

“... Davacı kadın tarafından zina (TMK m. 161) hukuki sebebine dayanılarak boşanma isteminde bulunulmuş, mahkemece tarafların zina nedeniyle boşanmalarına karar verilmiştir. Zina olayının mevcut sayılabilmesi için en önemli koşul, "cinsel ilişkinin" varlığının kesin veya güçlü karineyle kanıtlanmış olmasıdır. Davalı erkeğin bir başka kadınla cinsel ilişkiye girdiği kesin veya güçlü karineyle kanıtlanmış değildir. Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davalı erkeğin başka bir kadınla evden çıkarken ve sokakta yürürken görüldüğü anlaşılacakla beraber, evlilik sırasında, bir başka kadınla cinsel birleşmenin gerçekleştiği dosya kapsamı ve tanık beyanlarından anlaşılammaktadır. **Bu nedenle davalı erkeğin bu davranışları zina değil, "güven sarsıcı davranış" niteliğinde olup; Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesi gereğince boşanmayı gerektiren kusurlu davranıştır. Bu durumda, zina hukuki sebebine dayanılarak açılmış boşanma davasının reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir.**” (Y. 2. HD. 09.04.2018, 2016/15989 E. , 2018/4730 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

Bu reddedilen özel sebebe dayalı boşanma davasından sonra, davacı eş, dava dosyasında bulunan bilgi, belgelere ve daha önce sunduğu fotoğraflara dayanarak genel sebepler içerisinde yer alan güven sarsıcı davranış hukukî sebebine dayalı, evliliğin temelinden sarsılması sebebi ile boşanma davası açmasında kesin hüküm itirazı ile karşılaşması, hukuk mantığı ile bağdaşmamaktadır. Zira, ilk dava reddedilmeden davacı eş, evliliğin temelinden sarsılması sebebi ile boşanma davası açmasında derdestlik itirazına bile takılmadığı halde⁸⁶, davasının reddedilmesinden sonra neden kesin hüküm itirazına takılsın ki?⁸⁷

⁸⁶ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, hukukî sebeplerin değişmesi durumunda derdestlik itirazını reddetmekle birlikte bu hukukî sebepleri, vakıa olarak da algılamaktadır. “... 1- Derdestlik bir dava şartı olup, hakim tarafından resen gözetilir (HMK md. 114/1-1. 115). Derdest davadan söz edilebilmesi için; her iki davanın taraflarının, konusunun ve dava sebeplerinin aynı olması zorunludur. Bu koşullardan herhangi biri mevcut değilse, derdest bir davanın varlığından söz edilemez. Mahkemece derdest dava olarak kabul edilen kocanın 19.7.2012 tarihinde açtığı karşı davasında “kadının ailesinin evlilik birliğine müdahalesi” birleştirilen davasında ise “sadakat yükümlülüğüne aykırı davranış” sebebine dayalı olarak boşanma talep edilmiştir. **Koca tarafından açılan karşı dava ile birleştirilmesine karar verilen davalarda ileri sürülen vakaalar farklıdır. Bu sebeple derdestlik koşullarının gerçekleşmediği nazara alınarak kocanın birleştirilen boşanma davasının esası hakkında da bir karar verilmesi gerekirken, kocanın birleştirilen boşanma davasının yazılı şekilde reddi doğru olmamıştır.**” (Y. 2. HD. 24.02.2015, 2014/11121 E. - 2015/2605 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

“... Mahkemece davacı-karşı davalı erkeğin davası kabul edilmiş; davalı-karşı davacı kadının Türk Medeni Kanununun 166/1 ve 166/son maddelerine dayalı açmış olduğu karşı boşanma davası ise, aynı sebebe dayalı davanın daha önceden davacı-karşı davalı erkek tarafından açılmış olduğu ve kadının aynı sebebe dayalı dava açmakta hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle (HMK m. 114/1-h-ı) usulden reddedilmiştir. Aynı davanın, aynı sebebe dayalı olarak, aynı taraflar arasında görülmekte olması halinde derdestlikten söz edilir. Somut olayda davacı-karşı davalı erkeğin açtığı boşanma davasına karşılık olarak davalı-karşı davacı kadın tarafında da Türk Medeni Kanununun 166/1 ve 166/son maddelerine dayalı boşanma davası açılmıştır. **Bu halde her iki davanın tarafları aynı olmakla birlikte davadaki sıfatları ve dayanılan hukuki sebepler farklı olup, derdestlikten ve dava açmakta hukuki yarar bulunmadığından söz edilemez.** Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114/1-(h)-(ı) maddesi koşulları gerçekleşmemiştir. Mahkemece işin esasına geçilerek taraflara delillerini sunmaları için süre verilmesi, sunulduğu takdirde toplanılması ve hasil olacak sonuçta göre karar vermek gerekirken, yazılı şekilde davalı-karşı davanın davasının usulden reddine karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.” (Y. 2. HD. 20.01.2016, 2015/23566 E. - 2016/1282 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

⁸⁷ **Farklı olay için aynı sonuca varan fikir için bkz. MERİÇ, Nedim, Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları, MİHDER, 2007/2, S: 7, s. 398.**

Ayrıca, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, haklı olarak boşanma davasına konu olan hukukî sebebin veya sebeplerin mahkeme tarafından hüküm fıkrasında açıkça gösterilmemesini bozma konusu yapmaktadır⁸⁸.

Bunun gerekçesi ise **kanımızca**, kesin hükmün etkisinin sınırlarını çizebilmek içindir.

Doktrinde **ÜSTÜNDAĞ**⁸⁹ tarafından ise, “Yalnız vakıaların dermeyanı için tesbit edilmiş olan usul kesitinden önce doğmuş olupta, ilk davada ileri sürülmemiş olan bazı dava vakıaları bu davadaki dava sebebinden **farklı bir dava sebebinin inşaa kâfi geliyorsa**, bu farklı dava sebebine dayanarak aynı netice talebin hüküm altına alınmasına **ne kesin hüküm ne de präklusionswirkung**⁹⁰ engel teşkil edebilir. Bu farklı dâva sebebinin ilk dava yürürken çeşitli yollarla usule ithâli imkânının bulunması dahi bu vakıaların sukutuna sebebiyet veremez. Bunlar yine de ikinci bir davada kullanılabilirler. Zira burada, ilk davada dermeyan edilen netice talebin inşası için davacı tarafından ileri sürülmüş bulunan vakıaların tümü (dâvanın sebebi) değiştirilerek yerine yenileri konmakta ve şimdi bu vakıalar karşısında aynı netice talebin hüküm altına alınması istenmektedir.” şeklinde görüş bildirilmektedir. Ancak, bu görüş, sorumuzun çözümüne kısmen ışık tutsa da sorumuza tam olarak çözüm bulamamaktadır.

Davacı tarafından geçimsizliğe dayalı evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukukî sebebine dayalı dava açılmışsa, aşağıda yer verilen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararlarında kabul edildiği üzere, önceki davanın hukukî sebebinin kusur incelemesi yönünden en asgari düzeyde görülecek

⁸⁸ “... Davalı-davacı kadın, karşı davasıyla zina (TMK m.161) ve evlilik birliğinin sarsılması (TMK m.166/1) hukuksal sebeplerine dayalı olarak boşanma talep etmiş, mahkemece kısa kararda ve gerekçeli kararın hüküm fıkrasında hangi kanun maddesine dayanarak boşanma hükmü kurulduğu belirtilmeksizin ”asil dava ile birleşen davanın kabulü ile tarafların boşanmalarına” karar verildiği halde, **gerekçeli kararın hüküm kısmında; her iki davanın da evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle (TMK m.166/1) kabul edildiği belirtilmiştir, ancak kadının birleşen davasının zina (TMK m.161) ve evlilik birliğinin sarsılması (TMK m.166/1) hukuki sebeplerine dayandığı dikkate alındığında, kısa kararda hangi hukuki sebebe dayanılarak boşanma kararı verildiği belirtilmeyerek ayrıca velayeti davalı-davacı anneye bırakılan ortak çocuk ile baba arasında kısa karar da kişisel ilişki kurulmadığı halde, gerekçeli kararın hüküm kısmında kişisel ilişki kurularak kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişkilere sebebiyet verilmiştir.**” (Y. 2. HD. 19.12.2017, 2016/19113 E. - 2017/14825 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

⁸⁹ **ÜSTÜNDAĞ, Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul, 1967, s. 133.

⁹⁰ **ÜSTÜNDAĞ**, s. 130. Yazar, bu kavramı karşılamak için “sukut tesiri” kavramını kullanmış olup bu kavramın müstakil ve kesin hükmün yanında yer alan, onu tamamlayan ve böylece aynı gayeye hizmet eden bir prensibin sonucu olduğu görüşüne varmıştır. *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)*

boşanma sebebi olması nedeni ile artık ikinci dava açılmaması düşüncesi doğrudur⁹¹.

“Davacı tarafından, aynı maddi vakıalara dayanılarak 27.07.2009 tarihinde açılan boşanma davası reddedilmiş, karar Yargıtay denetiminden geçerek 2.3.2012 tarihinde kesinleşmiştir. Bu hüküm, dava tarihine kadar iddia edilen olaylar bakımından **"davalıdan kaynaklanan bir geçimsizliğin bulunmadığı"** yönünde kesin hüküm teşkil eder. Sözü edilen dava tarihinden sonra da yeni bir olayın varlığı ispat edilememiştir. Bu durumda davanın reddi gerekirken yetersiz gerekçe ile kabulü doğru bulunmamıştır.”⁹²

“... 2- Davacı kadın; hayata kast, pek kötü muamele ve onur kırıcı davranış (TMK m. 162) hukukî sebeplerine dayalı olarak boşanma davası açmıştır. **Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesinde düzenlenen evlilik birliğinin sarsılması hukukî sebebine dayalı boşanma isteği olmadığı gibi, usulüne uygun şekilde yapılmış bir ıslah da bulunmamaktadır. Mahkemece delillerin bu çerçevede değerlendirilmesi ve sonucu uyarınca hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi uyarınca boşanmalarına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.**”⁹³

“... davacı-karşı davalı kadının davası münhasıran Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesinde yazılı evlilik birliğinin sarsılması, genel boşanma sebebine dayanarak ikame edilmiştir. Hal böyleyken mahkemece, usulünce yapılmış bir ıslah işlemi de olmaksızın, davacı-karşı davalı kadının davasının aslında Türk Medeni Kanunu'nun 162. maddesinde yazılı **özel boşanma sebebi olan hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış nedeninden kaynaklandığı nitelendirmesi yapılarak, bu sebeple davanın kabulü yoluna gidilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Zira hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir (HMK m. 26). Açıklanan nedenlerle, davacı-karşı davalı kadının talebi dikkate alınarak kadının davasının Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesi**

⁹¹ Örneğin, geçimsizlik sebebine dayanılarak açılan boşanma davasının reddedilmesinden sonra aynı vakıalar hayata kast ve pek fena muamele olarak nitelendirilmek suretiyle açılacak yeni bir boşanma davasında kesin hüküm itirazı ile karşılaşılabilir. (BİLGE/ÖNEN, s. 695). Yazarlar, bu sonuca nasıl ulaştıkları konusunda bir gerekçe bildirmemektedirler. **Kanımızca**, ilk davada kusur incelemesi yönünden en asgari kusuru kanıtlayamayan davacının, kusur incelemesi yönünden daha fazla kusura ihtiyaç duyan açacağı ikinci davası evleviyetle kesin hüküm itirazı ile karşılaşmalıdır.

⁹² Y. 2. HD. 07.10.2013, 15904/23089 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi.

⁹³ Y. 2. HD. 14.06.2016, 2015/19006 E. - 2016/11655 K. - UYAP Bilişim Sistemi.

kapsamında değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerektiğinden kararın bozulması gerekmiştir."⁹⁴

Görüleceği üzere, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından, taleple bağıllık ilkesi, hâkimin hukukî sebeple bağı olmama ilkesine karşı üstün tutulmuştur. O zaman, davası reddedilen davacının farklı bir hukukî sebeple açtığı dava açısından (örneğin, en garantili yol olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeni ile boşanma davası açılması durumunda) önceki davanın kesin hüküm teşkil etmemesi gerekir. Zira, daha önceki boşanma davasında dayanılan hukukî sebeplerin kusur etkisi, sonraki açılan davanın kusur etkisinden yüksektir. Başka bir ifadeyle, davasını TMK m. 161 zina hukukî sebebine dayandıran davacının davası reddedilirse (hak düşürücü sürenin geçirilmesi sebebi ile de olabilir) davacı bu hükmün kesinleşmesi ile başka bir hukukî sebeple özellikle genel sebeplere dayalı bir boşanma davası açabilir. Genel sebeplere dayalı boşanma davalarında af veya eve dön ihtarı yoksa herhangi bir zamanaşımı süresine bağı olmaksızın boşanma davası açılabilir. Nasıl ki, zina hukukî sebebine dayalı davanın görülmesi sırasında, genel sebebe dayalı davanın açılması durumunda derdestlik itirazında bulunulamıyorsa⁹⁵ zina hukukî sebebine dayalı davanın red hükmünün kesinleşmesinden sonra genel sebeplere dayalı davanın açılması durumunda kesin hüküm itirazında bulunulamaması gerekir.

Ayrıca, davacı davasını, özel boşanma sebeplerinin yanında genel sebeplere dayandırarak terditli olarak da açabilir⁹⁶. Davacının, ilk davasını

⁹⁴ Y. 2. HD. 24.05.2016, 2015/17596 E. - 2016/10197 K. - UYAP Bilişim Sistemi.

⁹⁵ Açıklamalar için bkz. dn. 86'daki değerlendirmeler ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin kararları.

⁹⁶ "Dava; zina, olmazsa haysiyetsiz hayat sürme, bu da kabul edilmediği takdirde evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma talebine ilişkindir. Zina ve haysiyetsiz hayat sürme fiilleri özel boşanma sebebi yanında genel boşanma (TMK md. 166/1) sebebi de oluşturur. Böyle bir durum karşısında kalan eş dilerse bu özel sebeplerin yanında genel sebebe, dilerse birine veya birkaçına birlikte dayanarak boşanma talep edebilir. **Davacı öncelikle zina sebebine dayanarak boşanma davası açmış olduğundan, doğuracakları hukuki sonuçların farklı olduğu da gözetilerek, öncelikle zina boşanma sebeplerinin bulunup bulunmadığı belirlenmeli, özel sebep varsa, bu sebebe dayanılarak özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmemesi veya özel sebebe dayalı dava hakkının düşmüş olması halinde, deliller genel boşanma sebebi (TMK md. 166/1-2) çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir.** Toplanan deliller öncelikle özel boşanma sebepleri bakımından değerlendirilip, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, bu husus gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." (Y. 2. HD. 18.02.2014, 2013/13843 E. - 2014/3106 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

terditli olarak⁹⁷ açmaması (ve bu açılan davanın reddedilip kesinleşmesi) üzerine, sonrasında açtığı genel sebeplere dayalı ikinci davasında kesin hüküm itirazı ile karşılaşması anlamsız olacaktır.

Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin aşağıda yer alan kararı⁹⁸ düşüncemizi de desteklemektedir.

“Kadastro sonucu, Altınpınar Beldesi çalışma alanında bulunan ... ada 46 parsel sayılı 955,46 metrekare yüzölçümündeki taşınmaz kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği nedeniyle E.. D.. adına tespit hükmen tapuya tescil edilmiştir. Davacı F.. A., tapu kaydına miras yoluyla gelen hakka ve paylaşımaya dayanarak tapu iptal ve tescil istemiyle dava açmıştır. Yargılama sırasında C..H..A.. vasisi, tapu kaydına ve paylaşımaya dayanarak çekişmeli taşınmazın 216 metrekare yüzölçümündeki bölümünün tapu kaydının iptal edilerek C..H.. A.. adına tescili istemiyle davaya katılmıştır. Mahkemece yapılan yargılama sonunda davacı F.. A..'ın davasının kabulüne, katılan davacının davasının reddine, çekişmeli taşınmazın davalı adına olan tapu kaydının iptali ile davacı adına tapuya tesciline karar verilmiş; hüküm, katılan davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece, müdahil davacı tarafından daha evvel Kadastro Mahkemesinde aynı taşınmaz hakkında açılan davanın esastan reddedildiği ve bu kararının davayı sona erdiren kesin hüküm niteliğinde olduğu kabul edilerek müdahil davacının davasının reddine karar verilmiştir. Kesin hükmün varlığından söz edebilmek için iki davanın taraflarının, konusunun

⁹⁷ “... Mahkemece, kararın aynı hukuki nedenlere ve vakıalara dayalı olduğu, taraflarının ve konusunun aynı olduğu, dolayısıyla kesin hüküm olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de bu tür davalarda tapu iptali ve tescil talebi yönünden yükleniciden temlik alınan kişisel hakka dayalı olarak açılan tescil isteğinin kabulü için yüklenicinin veya onun halefi olan davacının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre binayı sözleşmeye, amacına, fen ve sanat kurallarına uygun imal ederek arsa sahibine teslim etmesi halinde şahsi hak kazanılmış olacağından önceki kararın kesin hüküm teşkil ettiğinden söz edilemez. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi nedeniyle yüklenicinin temlikine dayalı olarak açılan davalarda yapılan inşaatlar devamlılık gösterdiğinden ve her an inşaatın fiziki oranında değişiklik olabileceğinden bu konuda açılmış iki ayrı davada önceki dava sonraki dava için kesin hüküm oluşturmaz.

Kaldı ki, işbu dosyada tapu iptali ve tescil talebi kabul edilmediği takdirde Muğla 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2009/655 Esas, 2013/33 Karar sayılı dosyasından farklı olarak bedel talebi bulunmakta olup bu hususta 6100 sayılı HMK'nın 111. maddesi gereğince davacının talebindeki sıraya uygun şekilde inceleme yapıp karar vermesi gerekirken, davacının terditli talebi hakkında HMK 167. maddesi gereğince tefrik kararı verilmesi doğru değildir.” (Y. 14. HD. 05.10.2016, 5739/7821 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

⁹⁸ Y. 16. HD. 22.01.2014, 2013/14157 E. - 2014/57 K. - UYAP Bilişim Sistemi.

ve sebebinin aynı olması gerekir. Torul Kadastro Mahkemesi'nin 2001/49 Esas ve 2010/200 Karar sayılı dosyası ile birleşen 2001/56 Esas sayılı dosyasında davacı olan C.H. A., "irsen intikal ve kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği" hukuki sebebine; eldeki davada ise "tapu kaydına" dayanmıştır. **Davacı, her iki davada farklı hukuki sebebe dayandığına ve önceki davada tapu kaydı tartışılmamış olduğuna göre kesin hükmün varlığından söz edilemez.** Mahkemece, hatalı değerlendirme sonucu kesin hükmün varlığından söz edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. Eldeki davada, müdahil davacının dayandığı tapu kaydı ile davacının dayandığı tapu kaydının aynı kök tapudan ifrazen gelen tapu kayıtları olduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca mahkemece doğru sonuca ulaşılabilmesi için, ortada kesin hüküm bulunmadığı dikkate alınarak tarafların dayandıkları tapu kayıtlarının ifraz haritalarının bulunup bulunmadığı, müdahil davacının tutunduğu tapu kaydının kadastro sırasında revizyon görüp görmediği araştırılmalı, tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda deliller toplanıp işin esasına girilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Müdahil davacının temyiz itirazları açıklanan nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,**"

Ancak doktrinde başka bir konu sebebi ile yazılan bir makalenin bir dipnotunda yabancı doktrindeki bir görüşe şu şekilde yer verilmiştir.

"Yazar, davacının hukukî sebebi belirleme yetkisine sahip olmasının kesin hükmün etkisinin de sınırlı olması sonucunu doğuracağını belirtmektedir. Yazara göre, uygulanacak hukukî sebebi belirleme yetkisi davacıya bırakılacak olursa, bu durum aynı olaya ilişkin sürekli yeni davaların açılması kapısını açacaktır. Karayollarında yaralanan bir şahıs, sözleşmeye aykırılık nedeniyle açtığı dava reddedilirse, kusura dayanan haksız fiil hükümlerine göre yeni bir dava açacak; o da reddedilirse Karayolları Trafik Kanununa göre tekrar dava açabilecektir. Davalı da açılan her yeni davada kendini tekrar tekrar müdafaa etmek zorunda kalacaktır. Yazara göre bu hukuk politikası açısından asla arzu edilmeyen bir sonuçtur."⁹⁹

Burada yapılması gereken, evrensel hukuk kurallarından olan dürüstlük kuralından yola çıkılarak sonuca gidilmesidir. TMK m. 2 ve HMK m. 29 hükümleri ile davacının dürüstlük kuralına aykırı açılmış davaları reddedilebilir. Ancak, burada her zamanki gibi tarafların menfaat dengeleri gözetilmelidir. Örneğin, davacı aynı olaya ilişkin ilk önce zinaya dayalı onun

⁹⁹ **GEORGIADES, Apostolos,** *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht,* München, 1968, s. 269-270; Naklen: **BUZ, Vedat,** *Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK. m. 60 Üzerine Düşünceler,* BATİDER, C: XXIX, S: 2, Y: 2013, s. 53 dn. 102.

reddedilmesi ve kesinleşmesi üzerine sonra haysiyetsizliğe dayalı onun da reddedilmesi ve kesinleşmesi üzerine sadakatsizliğe dayalı boşanma davası açması üzerine, her somut olaya göre değişmekle birlikte burada kesin hükümden ziyade dürüstlük kuralı sonradan açılan davaların reddini sağlamalıdır¹⁰⁰. **Bireysel hak ve özgürlüklerin önde tutulduğu 5271 sayılı CMK’da bile** m. 149/2 hükmü ile “*Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir.*” düzenlemesi getirilerek sanığın kötüniyetli olarak 20-30 avukattan faydalanarak soruşturma aşamasını sekteye uğratmasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

Bu bağlamda da örnek olarak; kadının ev işleri, eşi ve çocukları ile hiç ilgilenmemesine dayanılarak onur kırıcı davranış sebebi ile açılan boşanma davasının haklı olarak reddi ve bu kararın da kesinleşmesi durumunda davacı kocanın evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi ile dava açması veya eşlerden birinin başka birisi ile çok sayıda telefon konuşması yapmasına dayanılarak sadakatsizlik sebebi ile açılan boşanma davasının reddi ve bu kararın da kesinleşmesi durumunda davacının yeniden dava açarak çok sayıda telefon konuşması yapmasına dayanılarak güven sarsıcı davranış sebebi ile boşanma davası açması mümkün görülmelidir.

D. Kesin Hükümün Etkisi

Kesin hüküm eğer yalnızca taraflar arasında ileri sürülebilecek bir durumu tespit ediyorsa (yani üçüncü kişileri kapsamıyorsa) kesin hükümün nisbî etkisi¹⁰¹; buna karşılık kesin hüküm herkese karşı ileri sürülebiliyorsa (aynı nitelikteki uyuşmazlıklara doğrudan uygulanabiliyorsa) kesin hükümün mutlak etkisinden söz edilir¹⁰². Bir dava şartı eksikliğinden reddedilen dava,

¹⁰⁰ Hukukî sebepleri doğru olarak mahkemeye sunmak, geniş anlamda doğruyu söyleme yükümlülüğü kapsamında taraflara yüklenmiş bir yükümlülük olarak kabul edilmelidir. Ancak, burada doğru bildirmekten kasıt; ilgili tarafın kendi hukukî bilgisi çerçevesinde uygulanması gerektiği kanısını taşıdığı hukuk kuralına da dayanması; uygulanmasının mümkün olmadığını açıkça bildiği hukuk kuralına dayanmamasıdır. Önemle belirtilmelidir ki, mahkemenin tarafların ileri sürdüğü hukuk kuralından farklı bir hukuk kuralını uygulaması hâlinde, doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlâl edildiği sonucuna varılamaz. Bunun için, tarafın bilinçli olarak yanlış bir hukuk kuralı ileri sürdüğünün tespiti gerekir. Ancak, kabul etmek gerekir ki, bilinçli olarak yanlış hukuk kuralının ileri sürüldüğünün tespiti güçlük arz eder. (KURT KONCA, Nesibe, *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü*, Ankara, 2016, s. 232)

¹⁰¹ ÖZKAYA FERENDEÇİ, s. 40.

¹⁰² ARAS, s. 153; ÖZKAYA FERENDEÇİ, s. 40, 41.

daha sonra bu şart sağlanarak (tarafları, konusu ve sebebi aynı kalarak) yeniden açılmışsa, kesin hüküm itirazı söz konusu olmaz¹⁰³.

Davanın kesin hükümle sonuçlanmasından sonra oluşan vakıalar kesin hükümden etkilenmez¹⁰⁴. Davalının hükmün, kesin hüküm halini almasından sonra davacının haklı olduğunu ikrar etmiş olması, bu kesin hükme etki etmez¹⁰⁵. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi kesin hüküm aynı zamanda kesin delil¹⁰⁶ teşkil eder. Kesin hükmün zaman itibari ile etkisi tartışmalı¹⁰⁷ olmakla

¹⁰³ **ATALI**, (Pekcanitez Usûl) s. 2073.

¹⁰⁴ **ATALI**, (Pekcanitez Usûl) s. 2072; **KURU**, s. 771; aynı yönde karar için bkz.; “Davacı vekili, davalı şirket ortağı olan müvekkilinin davalı şirketi temsil etmek üzere yetkilendirildiğini, ancak müvekkilinin katılmadığı 30.06.2011 tarihli genel kurulda alınan kararlar şirket müdürlüğünden azledildiğini, bunun üzerine müvekkilinin ortaklıktan çıkmaya izin ile ayrılma payı ve kar payı taleplerini içeren **Ankara 8. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde 2011/499 Esas sayılı davayı açtığını, mahkemece ortaklıktan çıkmaya izin verilip 2009, 2010 ve 2011 yılı 7. ayının 25'ine kadar olan döneme ilişkin kar paylarının ödenmesine karar verildiğini ileri sürerek 2011 yılından bakiye ve 2012-2013 yılı kar payı alacaklarından şimdilik 20.000,00 TL'nin davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.**

Davalı vekili, davacı tarafından açılan ortaklıktan çıkmaya izin ve kar payı ile ayrılma payına ilişkin Ankara 8. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen kararın taraf vekillerince temyiz edilmeksizin 11.03.2014 tarihinde kesinleştiğini, **bu davada davacının ıslahla dava tarihinden sonrasına ilişkin talepte bulunduğunu, ancak mahkeme tarafından dava tarihi olan 25.07.2011 tarihinden sonraya ilişkin kar payı alacağı talebinin reddedildiğini, bu kararın kesin hüküm oluşturduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.**

Mahkemece, davanın reddine dair verilen karar, davacı vekilinin temyiz istemi üzerine Dairemizce bozulmuştur.

Bu kez davalı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin HUMK'nın 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.” (Y. 11. HD. 14.06.2016, 2015/12503 E. - 2016/6562 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

¹⁰⁵ **BERKİ, Şakir**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara, 1959, s. 95.

¹⁰⁶ Yargıtay bazı kararlarında kanunda yeri bulunmayan kesin hükümle bağlantı sağlamak amacıyla kuvvetli delil kavramını da kullanmaktadır. “... **Ankara 7. Tüketici Mahkemesi'nde görülen davada hükme esas alınan bilirkişi raporunda gizli ayıpların 2 kalem olarak 11.000,00 TL hesaplandığı, mahkemece gizli ayıpların bedeline ilişkin olarak bu miktara hükmedilen karar Yargıtay 13. Hukuk Dairesince onanarak ve karar düzeltme talebi reddedilerek kesinleşmiştir. Bu dava dosyasının tarafları farklı olması nedeniyle kesin hüküm teşkil etmese de aynı yer ile ilgili davalı yüklenicinin gerçekleştirdiği imalâtlardaki gizli ayıpların belirlendiği ve davacı iş sahibinden tahsiline karar verilmesi kuvvetli delil teşkil ettiği**nden eldeki dava da gizli ayıpların bedelinin 11.000,00 TL olarak kabul edilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmesi gerekirken fazla bedele hükmedilmesi hatalıdır.” (Y. 15. HD. 26.09.2016, 2034/4028 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

¹⁰⁷ Bu konuda geniş açıklama bkz. **YASAN, Candan**, Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Etkisi, DEÜHFD, C: 11, Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan), Y: 2009, s. 651-686.

birlikte **doktrin**deki bir görüşe göre¹⁰⁸ ise, kesin hüküm zaman olarak sadece karara bağlandığı tarihe kadar davada ileri sürülen vakıalar hakkında geçerlidir. Bu bağlamda, Yargıtay¹⁰⁹, devam eden eylemler bakımından mahkemece önceki davada verilen kararın kesin hüküm teşkil etmediği yönünde karar vermektedir.

Kesin hüküm itirazı¹¹⁰, HMK m. 114/1-i) hükmü gereği, olumsuz dava şartıdır¹¹¹.

¹⁰⁸ **KURU**, (Usul-C: V) s. 5011; **ATALI**, (Pekcanitez Usûl) s. 2073.

¹⁰⁹ "... Mazıdağı Asliye Hukuk Mahkemesinin 2010/5 Esas, 2012/4 Karar sayılı dosyasından, dava konusu taşınmazın 19.415 m²'lik kısmına davalı idare tarafından yol yapmak suretiyle el atıldığı ve el atılan kısmın halen yol olarak kullanıldığı anlaşılmakla **davalı idarenin el atma eyleminin devam ettiği ve fiili el atma eylemi devam ettiği sürece dava konusu taşınmazın maliklerinin tazminat talep etme hakkı olduğundan mahkemece verilen önceki karar kesin hüküm teşkil etmez.**" (Y. 5. HD. 24.10.2016, 7306/14585 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

"... Somut olayın açıklanan ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesine gelince; mahkemece Muğla 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 17.01.2013 gün ve 2009/6.5 E., 2013/3 K. sayılı dosyasının eldeki dava açısından kesin hüküm oluşturduğu kabul edilmiştir. **Ne var ki her iki davanın konusu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olup, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak açılan davalarda inşaatın devamlılık göstermesi ve inşaat seviyesinin sürekli değişebileceği dikkate alındığında önceki tarihli davanın konusu ile sonraki davanın konusunda aynıyet bulunmamakta ve önceki davada verilen hüküm sonraki dava için kesin hüküm oluşturmamaktadır.**" (Y. HGK. 20.12.2017, 14-2268/2020 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

¹¹⁰ Kesin hüküm itirazı, bir davanın konusunu teşkil eden uyumsuzluğun, daha önce kesin bir hükümle halledilmiş (çözülmüş) olması nedeniyle, mahkemece yeniden inceleme konusu yapılamayacağına ilişkin usulî bir itirazdır. (**KURU**, (Usul-C: V) s. 5061, 5062)

¹¹¹ Kesin hükmün varlığı taraflarca davanın her aşamasında ileri sürülebileceğinden, tarafların dilekçelerinde kesin hükme kesin delil olarak dayanıp dayanmalarının, buna bağlı olarak kesin hüküm teşkil eden mahkeme kararını dilekçeleriyle birlikte ibraz edip etmemelerinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 140. maddesinin 5. fıkrasının uygulanıp, tarafların ilgili mahkeme kararını ibraz etmeleri için iki haftalık kesin süre verilmesi ve o süre içinde mahkeme kararının sunulmaması sebebiyle kesin delile dayanmaktan vazgeçildiği sonucuna varılması da söz konusu olmayacaktır. (**BOLAYIR, Nur**, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması ve Hâkimin Rolü*, İstanbul, 2014, s. 399. "... **01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giden 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kesin hüküm 303. maddesinde ayrıntılı olarak yeniden düzenlenmiş ve 114/i bendinde dava şartları arasında sayılmıştır.** HUMK'da kesin hükmün dava şartı olduğuna dair bir madde bulunmamakla birlikte o dönemde de doktrin ve Yargıtay İçtihatlarında kesin hükmün olumsuz dava koşullarından olduğu benimsenerek mahkemelerce görevi gereği kendiliğinden gözetileceği kabul edilmiştir. Kesin hüküm oluşturduğu ileri sürülen dava dosyası dosya içine alınmakla birlikte kesin hüküm oluşturup oluşturmadığı tartışılıp değerlendirilmemiştir." (Y. 15. HD. 13.10.2016, 2662/4250 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

Çekişmesiz yargıda verilen kararlar, kural olarak şekli bakımından kesinleşmeye elverişli oldukları halde, maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez¹¹². Kamu düzenini ilgilendiren özellikle küçüğün velayetini ilgilendiren davalar açısından da kesin hükmün etkisi söz konusu olamaz¹¹³. Ayrıca, icra mahkemesinin takip hukukuna ilişkin kararları, aynı konuda ve aynı taraflar arasında (aynı sebebe dayanarak) mahkemelerde açılan

“... **Kesin hüküm itirazı davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemenin de davanın her aşamasında kesin hükmün varlığını kendiliğinden gözetip, davayı kesin hüküm bulunduğu (dava şartı yokluğundan) gerekçesiyle reddetmesi gerekir.** Yine kesin hüküm itirazı mahkemede ileri sürülmemiş olsa dahi ilk defa Yargıtay'da (temyiz veya karar düzeltme aşamasında) ve dahası bozmadan sonra da ileri sürülebilir ve tarafların iradesine de bağlı olmayan mutlak bir etkiye sahiptir.” (Y. HGK. 21.03.2018, 2017/94 E. - 2018/512 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

¹¹² **KURU**, s. 770; **MUŞUL**, s. 481. Bizim hukukumuzda ise, ihtilaf içeren bir takım çekişmesiz yargı işleri bulunmakla birlikte, bu işler hakkında verilen kararlar maddî anlamda kesin hüküm oluşturmazlar. (**ARAS, Aslı, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü**, Ankara, 2017, s. 185). **Aynı yönde karar için bkz.;** “... Çekişmesiz yargıya tabi davalarda ise re'sen araştırma prensibi egemendir. **Hasımsız açılan ve çekişmesiz yargıya tabi olan davalarda verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmediği gibi bu kararlar açılacak bir iptal davası sonucunda değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir.**” (Y. 14. HD. 11.01.2016, 2015/5110 E. - 2016/51 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

“... 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 431. maddesi uyarınca vasinin atanması usulüne ilişkin kurallar, kayıym tayin edilmesinde de uygulanır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382/b-19. maddesinde vesayet işlerinin çekişmesiz yargı işi olduğu, 385. maddesinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulünün uygulanması gerektiği, 388. maddesinde kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, **çekişmesiz yargı kararlarının maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir.**” (Y. 1. HD. 20.09.2018, 2015/14807 E. - 2018/12630 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

¹¹³ “... Temyiz ilamında bildirilen gerektirici sebeplere, özellikle, **velayet davalarının kamu düzenine ilişkin olduğu, bu davalarla ilgili verilen mahkeme kararlarının kesin hüküm niteliğinde olamayacağı, değişen durum ve koşullara göre ve yeni delil elde edilmesi ya da çocuğun yüksek yararının gerektirdiği durumlarda yeniden dava açılabilmesinin anlaşılması** olmasına göre, Hukuk Usul Muhakemeleri Kanununun 440. maddesinde sayılan sebeplerden hiçbirine uygun olmayan karar düzeltme isteğinin **REDDİNE,**” (Y. 2. HD. 05.10.2016, 15604/13554 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

“... Belirtmek gerekir ki; **velayete ilişkin kararlar kesin hüküm oluşturmaz.** TMK'nın 183. maddesinde de “Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kulması hâlinde hâkim, resen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır” şeklindeki düzenlemeye göre değişen koşullara göre velayetin değiştirilmesi mümkündür.” (Y. HGK. 04.04.2018, 2017/1575 E. - 2018/672 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

davalarda maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez¹¹⁴. İcra mahkemesinin kararlarının birbirlerine karşı etkisi anlamında, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin¹¹⁵ farklı olaylar ilgili farklı kararları da bulunmaktadır.

¹¹⁴ KURU, s. 770; aynı yönde karar için bkz.; "... İcra mahkemesinin şikâyet üzerine verdiği karara karşı aynı konuda, aynı taraflar arasında, aynı sebebe dayanılarak genel mahkemelerde dava açılabilir. Bu kararlar hakkında genel mahkemelerde dava açma hakkının mahfuz olması nedeniyle de bu kararlar kesin hüküm teşkil etmez. (HMUK m.237-6100 sayılı HMK m.303/1)

Mahkemece, her ne kadar, İcra İflas Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca icra takip dosyasındaki hesap tablosunun doğru olmadığına yönelik itirazın icra mahkemesinde ileri sürülmesi gerektiği gerekçe gösterilerek davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiş ise de; davacı talebinin, davaya konu edilen birikmiş nafaka borcuna ilişkin olarak, davalıya, borçlu olmadığına tespitine yönelik olduğu ve Aile Hukukundan kaynaklandığı; bu şekli ile de yargılamada Aile Mahkemesi'nin görevli olduğu kuşkusuzdur.

Hal böyle olunca, mahkemece; yukarıda ifade edilen yasa hükümleri ve açıklamalar da gözetilmek suretiyle, davanın birikmiş nafaka alacağına yönelik menfi tespit istemine ilişkin olup; uyumsuzluğun çözüm yerinin Aile Mahkemesi olduğu gözetilmek suretiyle, aynı konuda ve aynı taraflar arasında görülüp karara bağlanan ve Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşen İstanbul 6. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2014/380 Esas 2014/665 Karar sayılı dava dosyasının da değerlendirilmesi suretiyle; işin esasına girilerek hüküm tesisi yoluna gidilmesi gerekirken, yanılığın değerlendirme ile yazılı şekilde davanın dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." (Y. 3. HD. 17.10.2016, 12697/11653 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi). Aksi yönde karar için bkz.; "... Kural olarak icra mahkemesi kararları kesin hüküm teşkil etmez ise de, aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı icra müdürlüğü ya da takip işlemi hakkında verilmeleri ve kesinleşmeleri koşuluyla sonraki şikâyet yönünden birbirlerine karşı kesin hüküm teşkil ederler.

O halde; Mahkemece kesin hüküm nedeniyle borçlunun meskeniyet şikâyetinin reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." (Y. 12. HD. 18.04.2017, 1795/5980 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

¹¹⁵ "... Kural olarak icra mahkemesi kararları kesin hüküm teşkil etmez ise de, aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı icra müdürlüğü ya da takip işlemi hakkında verilmeleri ve kesinleşmeleri koşuluyla sonraki şikâyet yönünden birbirlerine karşı bağlayıcı niteliktedirler.

Somut olayda, şikâyetçilerin talebi, kendilerine gönderilen ödeme emirlerinin muris adına düzenlenmiş olup, şikâyetçi mirasçuların isimlerinin bulunmadığından bahisle ödeme emirlerinin iptali talebine ilişkindir. Bu şikâyetten önce şikâyete konu takiple ilgili olarak ölü kişi hakkında takip yapılamayacağı gerekçesiyle Antalya 3. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 30.9.2015 tarih ve 2015/907 Esas, 2015/909 Karar sayılı kararı ile muris hakkında başlatılan takibin iptaline karar verilmiş ve karar 24.11.2015 tarihinde kesinleşmiştir. Hal böyle olunca, ortada muris yönünden geçerli bir takip kalmamış olduğundan, iptal edilen takibin mirasçılar aleyhine sürdürülmesi de mümkün değildir." (Y. 12. HD. 29.09.2016, 20173/20110 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

"... Somut olayda; şikâyetçi borçlunun 29.05.2015 tarihli başvurusu, İİK'nun 134. maddesi gereğince ihalenin feshi istemine ilişkindir. İİK'nun 133. maddesi gereğince işlem yapılmış

Kesin hükmün, hüküm fıkrası ile sınırlı ve hükmün gerekçesinin kesin hüküm gücünün bulunmadığı¹¹⁶ söylenebilirse de hüküm fıkrası açık değilse kesin hüküm teşkil etmez¹¹⁷. Ancak, hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı olan gerekçe kesin hüküm teşkil eder¹¹⁸.

SONUÇ

Çalışmanın başında da belirtildiği üzere, karar kavramı, hükmü de kapsayacak şekilde geniş anlaşılmakta ise de, her hüküm bir karardır, ancak her karar bir hüküm değildir. Dolayısıyla, bir davanın esası dışındaki (usûlî

olması, aynı Kanun'un 134. maddesine göre yargılama yapılmasını engellemez. Alıcının İİK'nun 133. maddesi hükmüne göre sorumlu olması, farklı kuralları ve hukuki sonuçları içeren aynı Kanun'un 134. maddesine dayanılarak açılan fesih davasının incelenmesine engel teşkil etmez ve kesin hüküm oluşturmaz. İİK'nun 133 ve 134. maddelerindeki fesihler, ayrı sebeplere bağlı olup, farklı hukuki sonuçlar doğurur.

Açıklanan nedenlerle icra mahkemesince 22.05.2015 tarihli ihaleye ilişkin olarak işin esasının incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetsizdir.

Bununla birlikte, 22.05.2015 tarihinde yapılan ihaleye dair ihalenin feshi isteminde bulunulması İİK'nun 133. maddesi uyarınca tamamlayıcı ihale yapılmasına engel olmaz ise de, 22.05.2015 tarihli ihalenin feshi istemine ilişkin talebin kabulüne karar verilmesi halinde ihale tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkacağından feshedilen ihaleye dayalı olarak İİK'nun 133. maddesi gereğince tamamlayıcı ihale yapılması mümkün olamayacağından, 22.05.2015 tarihli ihalenin feshine dair şikayetin sonucunda verilecek karara göre, İİK'nun 133. maddesi uyarınca yapılan 25.08.2015 tarihli ihale hakkında hüküm tesis edilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile doğrudan birleşen davada esas alınan ihaleye ilişkin şikayetin reddine karar verilmesi de yerinde değildir.” (Y. 12. HD. 29.09.2016, 23189/20005 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

¹¹⁶ **KURU**, s. 772.

¹¹⁷ **DOMANIÇ**, s. 30.

¹¹⁸ **BELGESAY**, s. 196; **KURU**, s. 772; kesin hükmün gerekçe ile bağlantısı hakkında bkz. “... mahkeme kararlarının taraflar, bazen de ilgili olabilecekleri başka hukuki ihtilaflar yönünden etkili ve bağlayıcı kabul edilebilmeleri, başka bir dava yönünden kesin hüküm, kesin veya güçlü delil oluşturup oluşturamayacağı gibi hukuksal değerlendirmeler de bu kararların yukarıda açıklanan nitelikte bir gerekçeyi içermesiyle mümkündür.” (Y. 8. HD. 02.06.2016, 2014/18406 E. - 2016/9717 K. - UYAP Bilişim Sistemi)

“... Kesin hüküm kural olarak hüküm fıkrasına münhasırdır ve gerekçeye sirayet etmez. Ancak gerekçe hükmü ulaşmak için mahkemece yapılan hukuki ve mantiki tahlil ve istidlallerden (delillerden yargıya varma) ibaret kalmayıp, hüküm fıkrası ile ayrılması imkânsız bir bağlılık içinde bulunuyor ise istisnaen bu kısmın da kesin hükmü dâhil olduğunu kabul etmek gerekir. Hangi gerekçenin hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı olduğu her olayın özelliğine göre belirlenir.” (Y. HGK. 20.12.2017, 14-2268/2020 sayılı Kararı - UYAP Bilişim Sistemi)

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

nitelikteki) sorunları çözen, talepleri karşılayan kararlar için hüküm teriminin kullanılması uygun değildir.

Bir hükme karşı başvurulabilecek kanun yolunun kalmaması (veya baştan bulunmaması) ile hüküm şekli anlamda kesinleşebileceği gibi hükmün kararı veren mahkeme tarafından değiştirilememesi, olağan kanun yollarına başvurulmaması, tekrar dava edilememesi ve daha sonra açılan davada bağlayıcı olması anlamında, maddî anlamda kesin hüküm niteliğine de haiz olabilir.

Doktrindeki, hâkim görüş tarafından, tarafların aynı olmasındaki maksadın, tarafların her iki davada da, davacı veya davalı, yani aynı rolde olmasının zorunlu olmasının gerekmediği kabul edilmektedir. Örneğin, ilk davada davalı tarafta yer alan kişi, diğer davada davacı tarafta yer alırsa taraflar yine aynı sayılır. Derdestlik ile kesin hüküm arasında sıkı bir ilişki vardır. Bu bağlamda, Yargıtay'ın derdestlik ile ilgili kesin hüküm ile bağlantılı da sayılabilecek vermiş olduğu kararlarda doktrindeki hâkim görüşü kabul etmediğini söylemek mümkündür.

Farklı vakıalara veya farklı dönemlere ilişkin açılan sonraki dava açısından kesin hüküm itirazında bulunulamaz ise de, **kanımızca**, boşanma davaları çerçevesinde konuya bu kadar yüzeysel bakmamak gerekir. Burada, daha önce farklı bir hukukî sebepten dolayı reddedilen dava, aynı vakıalara (olaylara) dayalı olarak farklı bir hukukî sebeple açılabilir mi? sorusunun cevaplanması gerekir. Çalışmamızda detaylıca izah edildiği üzere, burada yapılması gereken, evrensel hukuk kurallarından olan dürüstlük kuralından yola çıkılarak sonuca gidilmesidir. TMK m. 2 ve HMK m. 29 hükümleri ile davacının dürüstlük kuralına aykırı açılmış davaları reddedilebilir. Ancak, burada her zamanki gibi tarafların menfaat dengeleri gözetilmelidir. Örneğin, davacı aynı olaya ilişkin ilk önce zinaya dayalı onun reddedilmesi ve kesinleşmesi üzerine sonra haysiyetsizliğe dayalı onun da reddedilmesi ve kesinleşmesi üzerine sadakatsizliğe dayalı boşanma davası açması üzerine, her somut olaya göre değişmekle birlikte burada kesin hükümden ziyade dürüstlük kuralı sonradan açılan davaların reddini sağlamalıdır.

Kesin hüküm eğer yalnızca taraflar arasında ileri sürülebilecek bir durumu tespit ediyorsa (yani üçüncü kişileri kapsamıyorsa) kesin hükmün nisbî etkisi; buna karşılık kesin hüküm herkese karşı ileri sürülebiliyorsa (aynı nitelikteki uyuşmazlıklara doğrudan uygulanabiliyorsa) kesin hükmün mutlak etkisinden söz edilir. Kesin hükmün zaman itibarı ile etkisi tartışmalı olmakla birlikte, kesin hüküm zaman olarak sadece karara bağlandığı tarihe kadar davada ileri sürülen vakıalar hakkında geçerli olmalıdır. Bu bağlamda,

Yargıtay, devam eden eylemler bakımından mahkemece verilen önceki davadaki kararın kesin hüküm teşkil etmediği yönünde kararlar vermektedir.

Son olarak kesin hüküm, olumsuz bir dava şartıdır. Kesin hükmün, hüküm fıkrası ile sınırlı ve hükmün gerekçesinin kesin hüküm gücünün bulunmadığı söylenebilirse de hüküm fıkrası açık değilse veya hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı olan gerekçe kesin hüküm teşkil eder.

KISALTMALAR CETVELİ

BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: bakınız
C	: Cilt
c.	: cümle
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu (5271 sayılı)
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu (6100 sayılı)
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (1086 sayılı)
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
MİHDER	: Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
S	: Sayı
s.	: sayfa
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TMK	: Türk Medenî Kanunu (4721 sayılı)
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
Y	: Yıl
Y.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

- ACAR, Özlem, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2015.
- AKİL, Cenk, Kısmî Dava, Ankara, 2013.

- AKKAN, Mine, Medenî Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği, DEÜHFD, C: 11, Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan), Y: 2009.
- AKKAYA, Tolga, Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara, 2017.
- AKYOL ASLAN, Leyla, Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara, 2010.
- ALTAŞ, Hüseyin, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Ankara, 2014.
- ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara, 1960.
- ARAS, Aslı, Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü, Ankara, 2017.
- ARAS, Bahattin, Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara, 2014.
- ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder; TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2017 (ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ).
- ATALAY, Oğuz, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017.
- ATALI, Murat, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl).
- BELGESAY, Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi - İsbat Teorisi, C: 3, 3 üncü Bası, İstanbul, 1950.
- BERKİ, Şakir, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1959.
- BERKİN, Necmeddin M., Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 1969.
- BİLGE, Necip; ÖNEN, Ergun, Medenî Yargılama Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara, 1978 (BİLGE/ÖNEN).
- BOLAYIR, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul, 2014.
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, Medenî Usûl Hukukunda Karar, Ankara, 2014.
- BUDAK, Ali Cem; KARAASLAN, Varol, Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2017 (BUDAK/KARAASLAN).
- BUZ, Vedat, Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK. m. 60 Üzerine Düşünceler, BATİDER, C: XXIX, S: 2, Y: 2013.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis, Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Subjektif Sınırları, İstanbul, 1996.
- DOMANİÇ, Hayri, Hukukta Kazıyye Muhkeme ve Nisbî Kuvveti, İstanbul, 1964.

- GÖRGÜN, L. Şanal; BÖRÜ, Levent; TORAMAN, Barış; KODAKOĞLU, Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2017 (GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU).
- GÜRDOĞAN, Burhan, Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara, 1960.
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Ankara, 2016.
- KAPANCI, Kadir Berk, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2015.
- KARAUZ, Agah Kürşat, Sulh Sözleşmesi, Ankara, 2014.
- KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku - 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul, 2012.
- KIRTILOĞLU, S. Serhat, Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası, Ankara, 2014.
- KIYAK, Emre, Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları, Ankara, 2014.
- KONURALP, Halûk, Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Tıpkıbasım, Ankara, 2009.
- KURT KONCA, Nesibe, Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara, 2016.
- KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C: V, Altıncı Baskı, İstanbul, 2001 (Usul-C: V).
- KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul, 2016.
- KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder, Medenî Usul Hukuku, 23. Baskı, Ankara, 2012 (KURU/ARSLAN/YILMAZ).
- MAZLUM, İsmet, Tazminat Hükümünün Değiştirilmesi Amacıyla Açılan Davanın Yargılama Hukukundaki Yeri, TBBD, S: 106, Y: 2013.
- MERİÇ, Nedim, Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları, MİHDER, 2007/2, S: 7.
- MUŞUL, Timuçin, Medenî Usul Hukuku - 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Esas alınarak hazırlanmış 3. Baskı, Ankara, 2012.
- NAMLI, Mert, Türk ve Fransız Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul, 2014.
- ÖNEN, Ergun, Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara, 1972.
- ÖZKAYA FERENDECİ, Hamide Özden, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul, 2009.

- ÖZMUMCU, Seda, Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi, İÜHFMD, C: LXX, S: 2, Y: 2012.
- PEKCANITEZ, Hakan, Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara, 1992.
- POSTACIOĞLU, İlhan E., Davanın ve Kaziyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukukî Sebep, Makaleler ve Karar İncelemeleri, İstanbul, 2011.
- SİMİL, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul, 2013.
- SOY, Ayşe, Türk Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara, 2017.
- TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C: I, Ankara, 2016.
- TANRIVER, Süha, Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara, 2007.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçe, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2014.
- ULUSAN, İlhan, Maddî Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, İÜMHAD, C: 5, S: 7, Y: 1973.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, İddia ve Müdafaa'nın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, 1967.
- YASAN, Candan, Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Etkisi, DEÜHFD, C: 11, Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan), Y: 2009.
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, 2017.
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, 2001.

**¶ MALİ EYLEM GÖREV GÜCÜ'NÜN
GÖNÜLLÜ VERGİ UYUMUNA İLİŞKİN PRENSİPLERİ VE
TÜRKİYE'DE VARLIK BARIŞI'NIN DEĞERLENDİRİLMESİ**
(*FINANCIAL ACTION TASK FORCE PRINCIPLES FOR VOLUNTARY TAX
COMPLIANCE AND AN ASSESSMENT OF WEALTH AMNESTY IN TURKEY*)

Arş. Gör. Alperen Asım Koruk * **

ÖZ

Kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile mücadelede uluslararası bir role sahip olan Mali Eylem Görev Gücü (FATF), gönüllü vergi uyumu programlarının beraberinde riskler getirdiğini vurgulamaktadır. Bu risklerin kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile mücadeleyi sekteye uğratmaması adına bir takım prensipler ortaya koymaktadır. Gönüllü vergi uyumu programlarının bu prensiplere uygun olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu çalışmamızda, Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 7143 sayılı Kanununun 10. maddesinin 13. fıkrasında yer alan yurt dışındaki sermayenin ülkeye geri dönmesi, yurt içindeki varlıkların kayıt altına alınması ve yurt dışındaki bazı kazançların bildirilmesine yönelik düzenlemenin FATF prensiplerine uyumu irdelenmektedir.

Anahtar kelimeler: *Varlık Barışı, FATF, Mali Eylem Görev Gücü, Vergi Uyumu, Gönüllü Vergi Uyumu, Vergi Affı, Gönüllü Bildirim, Kara Para Aklama, Terörün Finansmanı, Terörün Finansmanı.*

ABSTRACT

The Financial Action Task Force (FATF), which has an important international role in tackling money laundering and terrorist financing, emphasizes that voluntary tax compliance programmes bring some risks

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 12.01.2019. İlk hakem raporu tarihi: 13.01.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 16.01.2019. Onaylanma Tarihi: 17.01.2019.

* Araştırma Görevlisi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Yazar, bu makaleye yaptıkları değerli katkılar için Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Dr. Öğr. Üyesi M. Fethi Şua, Arş. Gör. Eşref Barış Börekçi ve Arş. Gör. Elif Ceren Türkoğlu'na minnettardır.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0508-5993

Esere Atıf Şekli: Alperen Asım Koruk, "Mali Eylem Görev Gücü'nün Gönüllü Vergi Uyumuna İlişkin Prensipleri ve Türkiye'de Varlık Barışı'nın Değerlendirilmesi", YÜHFD, C.XVI, 2019/1, s.112-131.

together. FATF puts forward a set of principles for voluntary tax compliance in order to prevent any disruption in the anti-money laundering and counter-terrorist financing policy. It is stated that voluntary tax compliance programs should be arranged in accordance with these principles. This study examines Article 10 par. 13 of the "Law Regarding the Restructuring of Certain Receivables" No. 7143, which includes the capital repatriation, the declaration of the domestic assets and the reporting of some of the income abroad, and its compliance with the FATF principles.

Keywords: Wealth Amnesty, FATF, Financial Action Task Force, Tax Compliance, Voluntary Tax Compliance, Tax Amnesty, Voluntary Disclosure, Money Laundering, Terrorist Financing.

Giriş

Kara para aklamanın, ulusal ve uluslararası finansal sistemler üzerinde oluşturduğu tehdidin artması üzerine 1989 yılında Paris'te düzenlenen G7 zirvesinde Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) kurulmasına karar verildi. Kuruluşunda 16 üye ülkenin yer aldığı hükümetler arası bu yapının üye ülke sayısı günümüzde 37'ye ulaşmıştır¹. Ayrıca, aralarında Avrupa Merkez Bankası (ECB), Uluslararası Para Fonu (IMF) ve Interpol'ün olduğu önde gelen birçok uluslararası kuruluş Gözlemci Organizasyon sıfatıyla FATF'de yer alarak FATF ile arasında bağ kurmuştur. 11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nde gerçekleşen terör saldırısının ardından FATF'nin yetkileri terörün finansmanı alanını kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile mücadelede önemli bir rol üstlenen FATF; yasal, düzenleyici ve icrai önlemlere yönelik standartları ve etkili uygulamaları ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu amaca yönelik olarak, başta üye ülkeler olmak üzere, ülkelerin FATF Tavsiyelerini uygulamada gösterdikleri ilerlemeyi izlemekte, kara para aklama ve terörün finansmanı alanında yeni teknikleri ve bunlarla mücadele yöntemlerini gözden geçirmekte ve küresel düzeyde FATF Tavsiyelerine uyumu ve uygulamayı desteklemektedir².

Ülkelerin, FATF'nin çalışmalarına uyum göstermesi büyük önem arz etmektedir. Zira, FATF Tavsiyelerine ve sair çalışmalarına uyum sağlamayan ülkeler ciddi yaptırımlar ile karşı karşıya kalabilecektir. Bu

¹ Türkiye, 24 Eylül 1991 tarihinde FATF'ye üye olarak katılmıştır.

² <http://www.fatf-gafi.org/about/whatwedo/> (E.T. 12/11/2018).

durum 2016 yılında yayınlanan Başbakanlık Genelgesi'nde³ şu şekilde ifade edilmektedir:

“FATF değerlendirmeleri ve devamındaki takip süreçleri, uluslararası standartlara uyum eksikliği bulunan ülkelerin listelenmesi ve bu ülkelere karşı tedbir alınması amacıyla dünya kamuoyunda duyurulması gibi ilgili ülkenin küresel finansal sistemdeki itibarı açısından ciddi etkileri olan yaptırımlarla sonuçlanabilmektedir.”

Bu nedenle, diğer ülkeler ile birlikte Türkiye’de de yasal düzenlemelerin, düzenleyici işlemlerin ve uygulamanın; FATF Tavsiyeleri, Rehberleri, En İyi Uygulamalar ve Tipoloji Raporları gibi FATF çalışmalarına uyum göstermesi gerekir. FATF’nin çalışmaları arasında yer alan ve bu makalede incelediğimiz “Gönüllü Vergi Uyum Programlarının Kara Paranın Aklanması ve Terörün Finansmanı ile Mücadele Politikası Üzerindeki Etkilerini Yönetme” başlıklı En İyi Uygulamalar Raporu⁴ ile ülkelerin uyguladıkları gönüllü vergi uyumu programlarının etkileri ve gönüllü vergi uyumu programlarında dikkat edilmesi gereken prensipler ortaya konulmaktadır.

2018 yılının Ekim ayında Ülkemizin FATF IV. Tur Karşılıklı Değerlendirme süreci başlamıştır. Aynı zamanda, Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 7143 sayılı Kanun⁵ yürürlükte bulunmaktadır. Kamuoyunda “Varlık Barışı” olarak da isimlendirilen 7143 sayılı Kanun ile, genel olarak, ülke ekonomisinin büyüme hızını desteklemek ve kalkınmasını devam ettirmek amaçlanmaktadır. Özelde ise, kamuya olan borçların yapılandırılarak ödenmesini, mevcut ve muhtemel ihtilafların sulh yoluyla sonlandırılması, matrah ve vergi artırımı yoluyla vergilemede öngörülebilirliğin artırılarak geçmiş vergilendirme dönemleri ile ilgili olası risklerin ortadan kaldırılması ve işletme kayıtlarının fiili durumlarına uygun hale getirilerek kayıtlı ekonomiye geçişin teşvik edilmesi öngörülmektedir⁶. Makalede üzerinde durduğumuz düzenleme olan 7143 sayılı Kanunun 10.

³ 21 Ekim 2016 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Mali Eylem Görev Gücü (FATF) IV. Tur Değerlendirmesi Hazırlıkları ve Ulusal Risk Değerlendirmesi Çalışmaları ile İlgili 2016/22 Sayılı Başbakanlık Genelgesi.

⁴ FATF, **Managing the Anti-Money Laundering and Counter-Terrorist Financing Policy Implications of Voluntary Tax Compliance Programmes Best Practices Paper**, Ekim 2012, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/BPP%20VTC.pdf> (E.T. 12/11/2018).

⁵ K.T. 11/5/2018, R.G.18/5/2018.

⁶ Bkz. 557 sıra sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı (1/944) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu.

maddesinin 13. fıkrasında, yurt dışında bulunan varlıkların Türkiye'ye getirilmesi, yurt içinde bulunup kanuni defter kayıtlarında yer almayan varlıkların kanuni defter kayıtlarına alınması ve yurt dışında elde edilen bazı kazançların gelir ve kurumlar vergisinden istisna edilmesi düzenlenmektedir. Başta belirtmek gerekir ki, kanun gerekçesinde, yasa koyucunun ekstra fiskal bir amacının olduğu açıkça ortaya konulmaktadır.

7143 sayılı Kanunun m. 10/13 hükmünün, FATF tarafından ortaya konulan prensiplere uygun olması kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile mücadelede büyük önem arz etmektedir. Söz konusu yasal düzenlemenin FATF prensiplerine uyumunun incelendiği makalemizde, öncelikle, gönüllü vergi uyumu kavramı irdelenmektedir. Böylece, makale boyunca ortaya çıkması muhtemel kavram karmaşasının önüne geçilmesi sağlanmaktadır. Ardından gönüllü vergi uyumu programlarına ilişkin FATF Prensipleri ortaya konulmaktadır. Son olarak ise, 7143 sayılı Kanunun m. 10/13 hükmü genel hatlarıyla açıklandıktan sonra FATF Prensipleri ışığında değerlendirilmektedir.

1. Gönüllü Vergi Uyum Kavramı

Gönüllü vergi uyumunun tanımı üzerinde mutabakat olduğunu söylemek zordur. FATF'ye göre, gönüllü vergi uyumu, sermaye veya diğer varlıklarını daha önce bildirmeyen ya da hatalı bildiren vergi yükümlülerinin bu durumlarını yasal hale getirme olanağı sağlayan düzenlemelerdir⁷. Bu tanımın yanı sıra Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD), gönüllü vergi uyumunu, vergi yükümlüsünün vergi ödevlerine gönüllü olarak uygun davranması olarak ifade etmektedir⁸. Bir diğer tanımda ise, varlıklarını daha önce bildirmeyen veya hatalı bildirilen vergi yükümlülerinin bu durumlarını yasal hale getiren ve özellikle muhakeme engeli ve sermayenin ülkeye dönmesi unsurlarını barındıran düzenlemeler olarak belirtilmektedir⁹. Uluslararası alanda birbirine oldukça yakın tanımlara yer verilmiş olsa da bu tanımların gönüllü vergi uyumuna ilişkin unsurları açıkça ortaya koymadığı görülmektedir.

⁷ FATF, op.cit., s.1.

⁸ OECD, **Measures of Tax Compliance Outcomes: A Practical Guidance**, OECD Yayınları, 2014, s.15, https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/measures-of-tax-compliance-outcomes_9789264223233-en (E.T. 12/11/2018).

⁹ MONEYVAL, **Implementation of voluntary tax compliance programmes and AML/CFT requirements by States and Territories evaluated by MONEYVAL**, Aralık 2014, s.2 <https://rm.coe.int/committee-of-experts-on-the-evaluation-of-anti-money-laundering-measur/1680714ca1> (E.T. 12/11/2018).

Türk doktrininde ise gönüllü vergi uyumu kavramının daha ziyade kamu maliyesi alanındaki çalışmalarda kullanıldığı görülmektedir¹⁰. Bu çalışmaların birçoğunda ise gönüllü vergi uyumunu etkileyen değişkenler irdelenmekte ancak gönüllü vergi uyumunun unsurları üzerinde durulmamaktadır. Bu çalışmaların bir kısmında ise, beyannamenin verildiği zamanda uygulanan vergi yasaları, yönetmelikler ve yargı kararlarına uygun olarak vergi yükümlülüğünün beyannamede tam olarak belirtilmesi ve beyannamenin zamanında ilgili yerlere verilmesine vergi uyumu denilmektedir¹¹.

“Gönüllü vergi uyumu” lafzı bu kavramın anlaşılması bakımından kafa karıştırıcı olabilmektedir¹². Zira, vergi yükümlüsü, vergi kanunlarına uymak ve bu kanunlarda gösterilen vergi ödevlerini yerine getirmek zorundadır. Tersinden ifade edersek, vergi yükümlüsünün vergi ödevlerini yerine getirmeme seçeneği yoktur. Öyleyse, daha ziyade uluslararası literatürde yer alan bu kavram ile ifade edilmek isteneni tespit etmek ve kavramın lafzından kaynaklanan karışıklığı bertaraf etmek faydalı olacaktır.

Yerleşim yeri ülkelerine gelirlerini ve varlıklarını bildirmemiş olan ve yakalanma risklerinin arttığını fark eden vergi yükümlülerinin sayısının her geçen gün arttığı OECD tarafından tespit edilmiş ve vergi yükümlüleri arasındaki bu trendin gönüllü vergi uyumu programları ile desteklenmesi gerektiği belirtilmiştir¹³. Buna ek olarak, her bir vergi yükümlüsünü incelemek için vergi idarelerinin yeterli kaynağa sahip olmaması gerçeğinin dikkate alınması gerekir. Bu nedenle, dünyanın önde gelen devletlerinden Amerika Birleşik Devletleri’nde dahi vergi sistemi gönüllü vergi uyumu üzerine kurulmuştur¹⁴. Gönüllü vergi uyumunda, vergi yükümlüsü, henüz devletin herhangi bir şekilde bilgisi dahilinde olmayan geliri ve/veya varlığı hakkında vergi idaresi ile işbirliğine giderek bildirimde bulunmaktadır. Vergi

¹⁰ Bkz. Ömer Faruk Batirel, “Vergi Kaçakçılığı ve Vergiye Gönüllü Uyum”, **Vergi Dünyası**, Sayı: 175, Mart 1996, ss.52-55; Ali Çelikkaya, “Mükelleflerin Vergiye Gönüllü Uyumunu Etkileyen Faktörler”, **İktisat, İşletme ve Finans**, Cilt: 21, Sayı: 247, 2006, ss.122-139; Mehmet Tunçer, Hükümet-Birey İlişkilerinin Vergi Uyumuna Etkisi ve Türkiye, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt: 57 Sayı: 3, 2002, ss.107-128.

¹¹ Birçok eserde yer alan bu tanım için Bkz. Jeffrey. A. Roth, John. T. Scholz and A.D. Witte, *Taxpayer Compliance, An Agenda for Research*, Cilt: 1, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989, s.21.

¹² J. T. Manhire, “What Does Voluntary Tax Compliance Mean?: A Government Perspective”, **University of Pennsylvania Law Review Online**, Cilt: 164 Sayı: 11, s.12.

¹³ OECD, **Update on Voluntary Disclosure Programmes: A pathway to tax compliance**, Ağustos 2015, s.21.

¹⁴ Manhire, op.cit., s.15.

yükümlüsünün bu işbirliğine karşılık devlet de birtakım alacaklarından feragat etmekte ve vergi incelemesi yapmamaktadır. Bu yönüyle, verginin taraflarına kazan-kazan olanağı sunulmaktadır¹⁵. Gönüllü vergi uyumu düzenlemesinden faydalanan vergi yükümlüsü, eğer vergi ödevlerinin zamanında eksiksiz yerine getirmiş olsaydı ödeyeceği vergiden az vergi ödememeli; ancak, bu düzenlemeden yararlanmayıp vergi idaresi tarafından vergi kaçırdığı tespit edilenlere göre daha hafif yaptırımlara maruz bırakılmalıdır¹⁶. Tüm bunları dikkate alarak gönüllü vergi uyumunun unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

- Vergi yükümlüsünün vergi ödevlerini zamanında eksiksiz yerine getirmemesi.
- Devlet bilgi sahibi olmadan önce, vergi yükümlüsünün, eksik ya da hatalı bildirdiği gelir ve/veya varlığını tam ve doğru bildirmesi.
- Vergi yükümlüsünün vergi avantajı elde etmesi.
- Vergi ödevlerini zamanında eksiksiz yerine getirenler karşısında gönüllü vergi uyumundan yararlanan vergi yükümlülerinin daha avantajlı vergisel sonuç elde etmemesi.

Bu unsurları barındıran bir düzenleme geçici bir düzenleme olabileceği gibi süresiz bir düzenleme de olabilir. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 371. maddesinde düzenlenen pişmanlık ve ıslah müessesesi süresiz bir düzenlemedir. Bu maddeye göre, beyana dayanan vergilerde vergi ziyayı cezasını gerektiren fiilleri işleyen mükelleflerle bunların islenişine iştirak eden diğer kişilerin kanuna aykırı hareketlerini ilgili makamlara kendiliğinden dilekçe ile haber vermesi halinde, haklarında belirli şartlarla vergi ziyayı cezası kesilmez. Ancak, yükümlü verginin aslı ile birlikte pişmanlık zammını kanunda öngörülen süre içinde ödemek zorundadır.

7143 sayılı Kanun m. 10/13 hükmü ile belirli bir dönemi kapsayan geçici bir düzenlemedir. Buna göre, vergi yükümlüleri, vergi idaresinin bilgisi dahilinde olmayan ve yurt dışında ya da yurt içinde bulunan varlıklarına ilişkin olarak yasa ile belirlenen tarihlerden önce bildirimde bulunması ve tahakkuk eden vergiyi belirlenen zamanda ödemeleri halinde düzenleme ile getirilen ciddi vergi avantajlarından (kısaca düşük vergi oranı ve vergi incelemesi yapılmaması) faydalanabilmektedir. Uluslararası literatüre göre, bu düzenlemenin içeriği gönüllü vergi uyumu olarak nitelendirilebilir. Ancak, yukarıda saydığımız dört unsurdan sonuncusunu sağlamayan bu düzenleme

¹⁵ Guillermo Teijeiro, “Voluntary Disclosure in LatAm: A Win-Win Game”, 26 **International Tax Review**, 22, 2015, s.25.

¹⁶ OECD, op.cit., s.7.

“vergi affı” niteliğindedir. FATF çalışmalarından gönüllü vergi uyumu düzenlemelerinin vergi affı içeriğine sahip olabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, FATF’nin gönüllü vergi uyumu tanımı daha geniş anlamdadır.

Varlık Barışı olarak isimlendirilen düzenlemelerin Türk Vergi Hukuku literatüründe vergi affı olarak nitelendirildiği görülür¹⁷. Zira, düzenlemelerin bir af kanunu olup olmadığı konusunda tespit yapılırken düzenlemenin adının değil, içeriğinin incelenmesi gerekir¹⁸. Şenyüz’e göre, yeni düzenlemeden yararlanacaklar açısından vergi ve/veya ceza ödeme ödevini zamanında eksiksiz yerine getirenlere göre avantajlı durum yaratıyorsa düzenlemenin adı ne olursa olsun vergi affıdır¹⁹. Kızılot ise, Varlık Barışında geriye dönük olarak, vergi incelemesi muafiyeti getirilmesinin, bir anlamda “örtülü vergi affı” olacağını ifade etmiştir²⁰. Dolayısıyla, bu tür düzenlemelerin başta verginin yasallığı ilkesi olmak üzere, eşitlik ve genellik ilkeleri bakımından ciddi sorunlar barındırdığını tespit etmek güç olmayacaktır²¹. Ancak yasama sürecinde bu sorunların ciddiyetle ele alınmadığı görülebilmektedir²².

¹⁷ Doğan Şenyüz, **Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)**, 8. Baskı, Bursa: Ekin, 2015, s.352-353 ; Gülsen Güneş, Vergisel ve Anayasal Yönden Varlık Barışı”, **Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan**, Cilt:1, Ankara: AÜHF, 2010, s.549-550 ; İstanbul Vergi Merkezi, **Vergi Barışı Paneli**, İstanbul: Legal, 2016, s.12.

¹⁸ Hakan Üzeltürk, “*Af kanunu Anayasa’ya aykırıdır*”, **Dünya Gazetesi**, 26 Şubat 2008.

¹⁹ Şenyüz, loc.cit.

²⁰ Şükrü Kızılot, Varlık Barışı ve Vergi İncelemeleri Tartışmaları, **Hürriyet Gazetesi**, 8 Kasım 2008.

²¹ Ayrıntılı Açıklamaları için Bkz. Güneş, op.cit., s.545 vd.; “Bir başka deyişle vergi cezaları, vergi yükümlüsü ya da sorumlusunu, para cezaları da kişileri kamu düzenine uymaya zorlayan 'ceza' nitelikte yaptırımlardır[...]Yüksek Mahkeme bu kararında (3787 sayılı "Bazı Kamu Alacaklarının Tahsilatından Hızlandırılması ve Matrah Artırımı Hakkındaki Kanun"a ilişkin 24.6.1993 günlü Anayasa Mahkemesi kararı), 'yargı yerlerince-İlgili yönetim birimlerince' verilmesi ya da 'hürriyeti bağlayıcı-mali ve idari' nitelikte olması arasında ayırım yapmadan, yalnızca 'amacı' gözeterek, tüm vergi cezalarını suç işleyenleri cezalandırmak için verilen 'ceza' yaptırımlar olarak kabul etmiştir. Bir ceza yaptırımı olduğu yukarıda açıklanan vergi cezaları ile para cezalarının tahsilinden kısmen ya da tamamen vazgeçilmesi af niteliğindedir. [...] Bu nitelikleri nedeniyle idari cezalara ilişkin af kararlarının da nitelikli çoğunlukla alınması gerekmektedir.” gerekçesi ve hak arama hürriyetine ilişkin değerlendirmelerin yer aldığı diğer bazı gerekçelerle kamuoyunda Vergi Barışı Kanunu olarak bilinen 4792 sayılı Kanun bir kez daha görüşülmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından geri gönderildi. Bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/vergi-barisina-veto-124818> (E.T. 15.12.2018)

²² Çarpıcı bir örnek için Bkz. Hakan Üzeltürk, “*Aflar ve Gaflar*”, **Dünya Gazetesi**, 27 Mayıs 2008.

2. Mali Eylem Görev Gücü'nün Gönüllü Vergi Uyumuna İlişkin Prensipleri

Vergi gelirlerini artırmak, vergiye uyum düzeyini yükseltmek, sermayenin ülkeye dönmesini sağlamak gibi amaçlara yönelik olarak devletler politika üretir. Bu politikalara uygun olarak, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde, ekstra fiskal amaçların öne çıktığı gönüllü vergi uyumu düzenlemelerine de başvurulur. Bu düzenlemelerin, ilk bakışta, kara paranın aklanması ve terörün finansmanı risklerini barındırmadığı düşünülebilir. Ancak, vergi affı veya yurt dışındaki varlıkların ülkeye döndürülmesi özelliklerine sahip düzenlemeler kara para aklama ve terörün finansmanı riskini arttırmaktadır²³. FATF, bu özellikleri barındıran düzenlemelerin bu riski artırma nedenlerini şu şekilde sıralamaktadır²⁴:

- Vergi affı ve yurt dışındaki varlıkların ülkeye dönmesini amaçlayan düzenlemeler daha önce hiç bildirilmeyen ya da hatalı bildirilen gelir veya varlıkların tam ve doğru bildirmesini ciddi şekilde teşvik eder. Bunun sonucunda, bu düzenlemelerden faydalanmak isteyen vergi yükümlüleri yüksek sayıda işlemin gerçekleşmesine neden olur. Bu işlem yükünün altında kalan finans kuruluşları, kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile mücadele önlemlerini etkili bir şekilde uygulayamaz.
- Yetkili kurumlar tarafından resmi olarak teşvik edilen gönüllü vergi uyumu düzenlemeleri kapsamında bildirilen veya beyan edilen sermaye ve diğer varlıkların kaynağının meşruluğuna finans kuruluşları inanabilirler.
- Yurt dışından ülkeye dönen varlıklara ilişkin bilgilerin veya vergi yükümlüsünün yurt dışında olması finansal kuruluşlar ve yetkili kurumlar tarafından varlığın kaynağının meşruiyetini tespit etmeyi zorlaştırır.

Bu nedenlerle, gönüllü vergi uyumu düzenlemeleri, kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile mücadele önlemlerine kısmen ya da tamamen bağımsızlık getirilebilmektedir. Bu bağımsızlık, düzenlemelerde açıkça ortaya konabilmekte ya da uygulamada bu yol tercih edilebilmektedir. Bunun önüne geçmek için FATF tarafından dört prensip ortaya konulmuştur. Takip eden dört bölümde bu prensipler ele alınmaktadır.

²³ FATF, op.cit., s.1.

²⁴ Ibid. s.1-2.

2.1. Kara Para Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadele Önlemlerinin Etkili Uygulanması

Gönüllü vergi uyumunun kötüye kullanılmaması için öncelikle kara para aklama ve terörün finansmanı karşıtı önlemler etkili olmalıdır. Gönüllü vergi uyumunun kötüye kullanılmaması için alınacak etkili önlemlerde vurgulanması gereken hususlar FATF tarafından şu şekilde sıralanmaktadır²⁵:

- Vergi yükümlüsünün ülkeye getirdiği varlığını, kara para aklanması ve terörün finansmanını önleyici tedbirleri uygulamakla yükümlü finansal kuruluşlara koymasının şartının olması.
- Kara paranın aklanması ve terörün finansmanı karşıtı önlemleri FATF Tavsiyelerine uygun olarak uygulamayan ülkelerin dikkate alınarak bu ülkelerden gelen varlığın oluşturduğu riskin göz önünde bulundurulması.
- Gönüllü vergi uyumu programının kötüye kullanılmasına ilişkin riskler konusunda yetkili kurumlarca finansal kuruluşların farkındalığının artırılması.
- Gönüllü vergi uyumu kapsamında yetkili makamlar tarafından düzenlenen belgelerin ve yapılan açıklamaların, varlıkların kaynağının yasal olduğu yönünde herhangi bir teyit niteliğinde olmadığına dair finans kuruluşlarının bilgilendirilmesi.

Gönüllü vergi uyumunun kötüye kullanılmasının engellenmesi adına FATF tarafından ortaya konulan kriterlerin hem gönüllü vergi uyumunu uygulayan ülkede hem de gönüllü vergi uyumundan faydalanan varlığın geldiği ülkede benimsenmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Bu noktada, finansal kuruluşların üzerine düşen görev oldukça önemli olduğundan yetkili kurumların finansal kuruluşların etkili önlemleri uygulamasını sağlamak için bilgilendirilmesi gerekir.

2.2. Kara Para Aklama ve Terörün Finansmanı Karşıtı Önlemlerdeki Gerekliliklerden Bağımsızlığın Yasaklanması

Kara para aklama ve terörün finansmanı karşıtı önlemlerdeki gerekliliklerden tam ya da kısmi bir bağımsızlık, gönüllü vergi uyumunda yer almamalıdır. FATF Tavsiyelerinin açıkça yasakladığı bu bağımsızlığın gönüllü vergi uyumunda yer almadığının açıkça yetkili makamlarca ortaya koyulması gerekir. Kara paranın aklanması ve terörün finansmanı karşıtı önlemlerde yer

²⁵ Ibid. s.3.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

alan gerekliliklere uygun olması için gönüllü vergi uyumu şunları sağlamalıdır²⁶:

- Finansal kuruluşlar, gönüllü vergi uyumundan yararlanarak varlığını ülkeye geri getiren, finansal kuruluşa transfer eden veya koyan vergi yükümlüleri için müşteriye tanıma (CDD) yükümlülüğünü yerine getirmek zorunda olmalı.
- Ülkeye geri getirilen, transfer edilen veya koyulan varlığın gerçek lehdarının tespiti finans kuruluşlarınca yapılmalı.
- Finans kuruluşları, CDD yükümlülüğüne uygun olarak gönüllü vergi uyumundan yararlanan varlığın kaynağı konusunda makul önlemleri almalı.
- FATF 16 numaralı Tavsiyesi uyarınca, gönderici ve lehbara dair gerekli bilgileri sağlamayan elektronik transferlerle varlıkların getirilmesi ve finansal kuruluşlara koyulması yasaklanmalı.
- Finansal kuruluşlara, kara para aklama ve terörün finansmanı karşıtı önlemleri uygulama ve şüpheli işlemleri ilgili mali istihbarat birimine iletmeleri konusunda yetkili makamlarca bilgilendirmeler yapılmalı. Özellikle, (i) vergi suçu olmasına rağmen gönüllü vergi uyumu kapsamında, FATF 20 ve 21 numaralı Tavsiyelerine uygun olarak, cezalandırılmayan varlıklar ve (ii) gönüllü vergi uyumu kapsamında yurtdışından getirilen varlığın kaynağı ya da müşteri bilgileri konusunda isteksiz olan ya da işbirliğine yanaşmayan vergi yükümlüleri istihbarat birimine bildirilmelidir. Bu kapsamda, ilgili mali istihbarat birimine yurt dışından getirilen tüm varlıklar için sistematik şekilde rapor verilmeli ya da bu bilgiler doğrudan bu birimin erişimine açılmalıdır.
- Vergi yükümlüsü, yurt dışından getirdiği varlıkların kara paranın aklanması ve terörün finansmanı konusunda soruşturulması veya kovuşturulmasından kanun yoluyla ya da uygulamada bağışık tutulamaz.

Finansal kuruluşlar müşteriye gerekli özeni gösterme yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir. Gönüllü vergi uyumunun bu yükümlülüğü yerine getirmeme nedeni olarak görülmemesi gerektiği FATF tarafından özellikle vurgulanmaktadır. Ayrıca, bu yükümlülük varlığı ülkeye getiren, transfer eden veya finansal kuruluşa koyan vergi yükümlülerinin hepsi bakımından bu yerine getirilmelidir.

²⁶ Ibid. s.4.

2.3. Ulusal Koordinasyon ve İşbirliği

Gönüllü vergi uyumunun uygulanması sırasında bunun kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi için ilgili ulusal makamların işbirliği içinde olması önemlidir. Bu bağlamda, yerel makamlar uygun olduğu ölçüde birbirleri ile bilgi paylaşımında bulunmalı ve koordinasyon içinde süreci yönetmelidirler. Ulusal koordinasyon ve işbirliğinin gerekliliğini ifade eden FATF özellikle şu hususların yararlı olacağını belirtmektedir²⁷:

- İlgili ulusal makamların bilgi paylaşımı, koordinasyon ve işbirliğini sağlayan bir mekanizmanın gönüllü vergi uyumu süresini ve sonrasını kapsayacak şekilde oluşturulması
- Gönüllü vergi uyumundan yararlanan varlığın kaynağının soruşturulması konusunda vergi idaresine ya da vergi idaresinin yetkilerine uyumlu şekilde vergi idaresi dışında başka bir makama yetkinin verilmesi
- Oluşturulan mekanizma kapsamında yetkili makamlar ile mali istihbarat birimi arasında bilgi değişiminin sağlanabilmesi
- Gönüllü vergi uyumu kapsamında kendisine verilen yetkileri kullanabilmesi için yetkili makamlara yeterli kaynağın sağlanması

Gönüllü vergi uyumunun uygulanması sırasında çok sayıda yetkili makam çeşitli roller üstlenmektedir. Kara paranın aklanmasının veya terörün finansmanının tespiti için ulusal düzeyde makamların koordinasyonu ve işbirliği oldukça önemlidir. Bu işbirliği ve koordinasyon gönüllü vergi uyumuna iştirak etmeyerek yasal olmayan durumunu sürdüren vergi yükümlüleri için yakalanma riskini arttıran bir sonuç doğurmaktadır.

2.4. Uluslararası İşbirliği

Varlığın ülkeye geri getirilmesi unsurunu içeren gönüllü vergi uyumu genellikle birden çok ülkeyi etkilemektedir²⁸. Bu nedenle, gönüllü vergi uyumunun kötüye kullanılmasının önüne geçmek adına ülkelerin karşılıklı adli yardım ve bilgi değişimi anlaşmaları olmalıdır. Uluslararası düzeyde koordinasyon ve işbirliği içinde bulunduğu sürece kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile mücadelede başarılı olunabilecektir.

Bu çerçevede, ülkelerin gönüllü vergi uyumunda yetkili makamlarının koordinasyonu; iki veya çok taraflı anlaşmalarla oluşturulan mekanizmalarla bilgi değişiminin ve işbirliğinin sağlanması ve FATF Tavsiyelerine uymayan ülkelere gelen varlıklara daha dikkatli ve özenli olunması önemlidir.

²⁷ FATF, op.cit., s.6.

²⁸ Ibid.

Böylece, gönüllü vergi uyumunun kötüye kullanılması riskinin azalması sağlanırken kara paranın aklanması ve terörün finansmanının tespiti, soruşturulması ve kovuşturulması kolaylaşır²⁹.

3. Türkiye'de Varlık Barışı Düzenlemesi: 7143 sayılı Kanun

Çıkarıldıkları dönemin izlerini taşıyan ve dönemin ihtiyaçlarına yönelik çıkarılan varlık barışı düzenlemelerinin sayısı 1924 yılında çıkarılan ilk kanundan bugüne kadar 36'yı bulmuştur³⁰. Türkiye Varlık Barışı düzenlemelerinin sistemin vazgeçilmez bir parçası haline geldiği görülmektedir³¹. Bu düzenlemelerin uluslararası literatürde gönüllü vergi uyumu ve ülkemizde yeniden yapılandırma, varlık barışı veya vergi barışı şeklinde isimlendirildiği görülmektedir. Türk Vergi Hukuku alanındaki çalışmalar ise genellikle bu düzenlemeleri vergi affı olarak nitelendirmektedir. Farklı isimler altında açıklansa da bu düzenlemelerin kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadelede ciddi riskler barındırabileceğini vurgulamak gerekir.

Bu düzenlemelerden olan 7143 sayılı Kanunun m.10/13 hükmü ile vergi yükümlülerinin yurt dışındaki varlıklarının milli ekonomiye kazandırılması, yurt içinde bulunan varlıklarının kayıt altına alınması ve yurt dışındaki bazı kazançlarının kayıt altına alınarak Türkiye'ye getirilmesi öngörülmektedir. Takip eden bölümlerde, bu düzenlemeden genel olarak bahsedildikten sonra ilgili düzenleme FATF prensipleri ışığında değerlendirilmektedir.

3.1. Genel Olarak

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 11 Mayıs 2018 tarihinde kabul edilen Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 7143 sayılı Kanun 18 Mayıs 2018 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak aynı gün yürürlüğe girdi. Oldukça kapsamlı olan bu Kanun ile kesinleşmiş alacaklar, kesinleşmemiş veya dava safhasında olan bulunan alacaklar, inceleme ve tarhiyat safhasında bulunan işlemler, matrah ve vergi arttırımı, işletme kayıtlarının düzeltilmesi, kesinleşmiş sosyal güvenlik kurumu alacakları, eksik işçi prim tutarları, kesinleşmemiş idari para cezaları ve diğer birçok konu hakkında düzenlemeler yapıldı. Ayrıca, başta Harçlar Kanunu ve İmar Kanunu olmak üzere bazı kanunlarda değişikliklere yer verildi.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Öznur Gökçe, "Türkiye'de Vergi Afları", **Vergi Dünyası**, Sayı: 444, Eylül 2018, s.81-82.

³¹ Bumin Doğrusöz, Yeni Vergi Barışına Kısa Bakış, **Dünya Gazetesi**, 3 Mayıs 2018.

Makalemizde ele aldığımız ve düzenleme kapsamında olan bir diğer konu ise, yurt dışında bulunan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerince sahip olunan ve Türkiye’de bulunan ancak kanuni defter kayıtlarında yer almayan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazlar ve tam mükellefiyete tabi gerçek kişiler ile kurumların yurt dışında elde ettikleri bazı kazançları hakkındaki 10. maddenin 13. fıkrasıdır.

Öncelikle, bu düzenlemeden yararlananların elde ettikleri vergi avantajından öncelikle bahsetmek gerekir. Yurt dışındaki varlıklarını Türkiye’ye getiren veya yurt içindeki varlıklarını kayıt altına alan vergi mükelleflerinin bildirdikleri veya beyan ettikleri varlıklarına ilişkin olarak hiç vergi ödememe ya da %2 oranında vergi ödeme olanağı sağlanmaktadır. Bu vergi avantajlarına ek olarak, bildirilen veya beyan edilen varlıklar nedeniyle vergi incelemesi ve vergi tarhiyatı yapılmayacağı kanun hükmüne bağlanmıştır. Ayrıca, yurt dışında elde edilen bazı kazançlar için istisna uygulaması olanağı bulunmaktadır. Vergi avantajlarından faydalanmak için kanunda yer alan koşulların tamamının sağlanması gerekmektedir.

Yurt dışında bulunan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarının bu düzenleme ile getirilen vergi avantajından yararlandırabilmesi için bazı şartlar bulunmaktadır. 31 Mayıs 2019 tarihine kadar Türkiye’deki banka ve aracı kuruluşlara bildirilmesi ve bildirim tarihinden itibaren üç ay içerisinde Türkiye’ye getirilmesi veya Türkiye’deki banka ya da aracı kurumlarda açılacak hesaplara transfer edilmesi gerekir³². Yurt dışından getirilen varlıklar nedeniyle vergi mükellefi vergi dairesine ayrıca bir beyanda bulunmasına gerek yoktur. Yurt dışında bulunan varlıklar, yurt dışında bulunan banka veya finansal kurumlardan kullanılan ve 18 Mayıs 2018 tarihi itibarıyla kanuni defterlerde kayıtlı olan kredilerin en geç 31 Mayıs 2019 tarihine kadar kapatılmasında kullanıldığı takdirde varlığın yurt dışından getirilme şartı aranmamaktadır³³. Ancak, vergi mükelleflerinin kredilerini kapattıklarına dair yurt dışındaki banka veya finans kuruluşlarından alacakları tevsik edici belgelerin örneklerini bildirimine ek olarak sunmaları gerekmektedir.

Yurt dışındaki varlığı transfer eden ile bildirimde bulunan kişilerin farklı olması herhangi bir sorun oluşturmamaktadır³⁴. Buna göre, Türkiye’deki

³² 30 Kasım 2018 tarihli ve 30611 mükerrer sayılı Resmî Gazete’de 405 Sayılı Cumhurbaşkanî Kararı ile uzatılan süredir.

³³ Ibid.

³⁴ Bkz. Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 7143 sayılı Kanun 4 Seri Nolu Genel Tebliği.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

banka ya da aracı kurumlarda açılacak hesaba ilgili varlığın transferi işlemlerinde, bildirimde bulunan hesap sahibi ile yurtdışından varlığı transfer edenin farklı kişiler olmasının söz konusu hükümden faydalanılması açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca, şirket veya şirket ortaklarına ait olduğu halde şirketin kanuni temsilcileri, ortakları veya vekilleri dışındaki kişilerce tasarruf edilen varlıkların şirket adına bildiri mi veya beyanı mümkündür. Gerçek kişilere ait olduğu halde bu kişilerin ortağı veya kanuni temsilcisi oldukları yurtdışındaki şirketlerce tasarruf edilen varlıkların da ilgili gerçek kişiler adına bildirim veya beyanı ile yasal düzenlemeden yararlanma mümkündür.

Yurt içinde bulunan ve kanuni defter kayıtlarında bulunmayan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazlarını 31 Mayıs 2019 tarihine kadar vergi dairesine beyan etmek ve beyan edilen varlık üzerinden tarh olunan verginin 1 Temmuz 2019 tarihine kadar ödenmesi koşullarıyla gelir veya kurumlar vergisi mükellefleri vergi avantajından faydalanabilmektedir.³⁵

30 Nisan 2019 tarihine kadar (bu tarih dahil) elde edilen yurt dışı iştirak kazançları, yurt dışı iştirak hissesi satışından doğan kazançları ve yurt dışı şube kazançları ile 30 Haziran 2019 tarihine kadar kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumların tasfiyesinden elde edilen kazançların 30 Haziran 2019 tarihine kadar Türkiye'ye transfer edilmek şartıyla gelir ve kurumlar vergisinden istisna edilmektedir.³⁶

Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 7143 sayılı Kanun 3 Seri Nolu Genel Tebliği'nin 5. maddesinin 3. fıkrasına göre, yurt dışından getirilen varlıklara ilişkin banka veya aracı kurumlar tarafından herhangi bir belge istenmeyecektir. Ayrıca, aynı maddenin 5. fıkrasına göre, vergi sorumlusu sıfatıyla vergi dairelerine bu varlıkları beyan eden banka ve aracı kurumlardan vergi dairelerince belge istenmeyecektir.

Yurt dışında bulunan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarının; 31 Temmuz 2018 tarihine (bu tarih dahil) kadar bildirilerek Türkiye'ye getirilmesi ve bildirim konu olan varlığın 18 Mayıs 2018 tarihi itibarıyla kanuni defterlerde kayıtlı olan ve yurt dışındaki banka veya finansal kurumlardan kullanılan kredilerin defter kayıtlarından düşülerek kapatılmasında kullanılması veya 18 Mayıs 2018 tarihinden önce

³⁵ 30 Kasım 2018 tarihli ve 30611 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de 405 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile uzatılan süredir.

³⁶ 31 Ağustos 2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 48 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile uzatılmış olan sürelerdir.

Türkiye'ye getirilmek suretiyle, bu tarih itibarıyla kanuni defterlerde kayıtlı olan sermaye avanslarının karşılanmış olması halinde, söz konusu avansların defter kayıtlarından düşülmesi halinde vergi tarhiyatı yapılmaması düzenlenmektedir. Ayrıca, gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerince sahip olunan ve Türkiye'de bulunan ancak kanuni defter kayıtlarında yer almayan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazlarının 31 Temmuz 2018 tarihinden (bu tarih dahil) önce beyan edilerek kanuni defterlere kaydedilmesi halinde de bu varlıklara ilişkin vergi tarhiyatı yapılmaması düzenlenmektedir.

Bu düzenleme ile sağlanan vergi avantajlarını özetle şu şekilde sıralayabiliriz;

- Vergi oranının %2 olması. Bazı koşullarda hiçbir vergi tarhiyatının olmaması.
- Bildirilen veya beyan edilen varlıklara ilişkin olarak vergi incelemesi ve vergi tarhiyatının yapılmaması.

Düzenlemeden yararlandırılacak varlıklar, (i) yurt dışındaki para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları (Tahvil, bono, hisse senetleri vb.); (ii) yurt içindeki para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazlar; (iii) yurt dışı iştirak kazançları, yurt dışı iştirak hissesi satışından doğan kazançlar, yurt dışı şube kazançları ve kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumların tasfiyesinden elde edilen kazançlardır.

3.2. FATF Prensipleri Işığında Ele Alınması

7143 sayılı Kanun ve öncesinde yürürlükte olan benzer kanunlar beraberinde birçok hukuki sorunu getirmektedir. Bu düzenlemelerin kapsamı, vergi yükümlüsüne sağladığı avantajların nasıl kullanılabilceği, bu düzenlemelerin başka hukuki kurumlar üzerine etkisinin ne olacağı ve benzeri sorular belirlemektedir. Örneğin, bu tür düzenlemelerin MASAK'ın faaliyetlerini nasıl etkileyeceği gibi önemli sorular yıllardır belirsizliğini korumaktadır³⁷.

Gönüllü vergi uyumu düzenlemeleri ile birlikte kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile mücadelenin sekteye uğramaması adına öncelikle etkili bir uygulamanın varlığı FATF tarafından belirtilmektedir. Bu çerçevede gönüllü vergi uyumunun kötüye kullanımının önüne geçilmesi için en başta yurt dışından getirilen varlıkların finansal kuruluşlara koyulması şartı öne çıkmaktadır. Bu kapsamda bildirilen varlıkların, bildirim yapıldığı tarihten

³⁷ İstanbul Vergi Merkezi, op.cit., s.13.
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

itibaren üç ay içinde Türkiye'ye getirilmesi veya Türkiye'deki banka ya da aracı kurumlarda açılacak bir hesaba transfer edilmesi şart koşulmaktadır. Dolayısıyla, bu düzenlemeden yararlanan varlıklar bakımından önleyici tedbirleri uygulamakla yükümlü banka veya aracı kurumlara transfer etmek düzenlemeden yararlanmak için tek yol değildir. Ancak, unutulmamalıdır ki, yurt dışındaki varlıkların Türkiye'ye getirilme şartı kural olarak bulunmaktadır.

Türkiye'deki bu düzenlemede yurt dışından getirilen varlığın getirildiği ülkeye özgü farklı bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Oysa ki, FATF kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile mücadele noktasında her ülkenin yeterli düzeyde olmadığını ifade ederek FATF tavsiyelerine uyum sağlamamış olan ülkelere özgü risklerin dikkate alınmasını vurgulamaktadır. Türkiye'de kanun koyucu bu riski göz ardı etmektedir. Bu konuda asli kaynaklar bakımından sorun bulunduğu gibi açıklayıcı kaynaklarda da bu soruna ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır.

Gönüllü vergi uyumu kapsamında finans kuruluşuna varlığını bildirerek getiren vergi yükümlüleri için müşteriye tanıma (CDD) yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir. FATF tarafından ifade edilen bu durum açısından 7143 sayılı Kanun'da dolaylı olarak sorun bulunmaktadır. Zira, Kanun'da açıkça olmasa da, 10. maddesinin 13. fıkrasının "ı" bendi ile Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilen yetkiye dayanarak çıkarılan 3 Seri No'lu Genel Tebliğ'in 5. maddesinin 3. fıkrasında bildirim konu olan varlıklara ilişkin banka ve aracı kurumlardan herhangi bir belge istenmeyeceği belirtilmektedir. Finans kuruluşlarının hiçbir belge ve bilgi almaksızın müşteriye tanıma yükümlülüklerini yerine getirmesinin uygulamada soruna yol açacağı açıktır.

Gönüllü vergi uyumundan yararlanan varlıkların gerçek lehdar tespitinin finans kuruluşlarınca yapılması gerekir. Ancak, kendisine bildirilen ve getirilen varlığa ilişkin herhangi belge ve bilgi talep edemeyecek olan finans kuruluşunun FATF prensipleri uyarınca gerçek lehdarını tespit etmesi de olası görülmemektedir. Dolayısıyla, finans kuruluşlarının FATF tarafından tavsiye edildiği üzere gerekli önlemleri alması zorlaşmaktadır.

Yurt dışından transfer edilen varlıkların gönderici ve lehdar bilgilerini taşımayan elektronik transfer yoluyla varlığın finans kuruluşlarına getirilmesinin yasaklanması FATF tarafından 16 numaralı Tavsiye uyarınca belirtmektedir. Ancak, 7143 sayılı Kanun yurt dışından transfer edilen varlıklar bakımından bu tür bir elektronik transferi kapsam dışında tuttuğu bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu anlamda, FATF çalışması ile uyumlu olmadığı açıktır.

7143 sayılı Kanun açıkça bu düzenlemeden yararlandırılan varlıklar bakımından vergi yükümlülerini kara paranın aklanması ve terörün finansmanı kapsamında soruşturma ve kovuşturmadan bağışık tutmamaktadır. Ancak, bu düzenleme ile getirilen vergi incelemesi yapılmayacağına dair düzenlemede birtakım belirsizlikler bulunmaktadır. Bu noktada, açıklığa kavuşturulması gereken noktalar, bildirilen varlıklar hangi surette ve ne kapsamda inceleme yapılamayacağıdır³⁸.

Gönüllü vergi uyumu düzenlemesinin kötüye kullanımının önlenmesinde önemli faktörlerden birisi de ulusal makamların koordinasyon ve işbirliğidir. FATF tarafından ortaya konulan bu prensibe uygun olarak 2016 yılında 2016/22 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile Proje Yönlendirme Komitesi kurulmuştur³⁹. Ne var ki, bu koordinasyon ve işbirliğine yönelik kurulan yapının doğrudan gönüllü vergi uyumu düzenlemelerine özgü olmadığı ve bu düzenlemelerin getirdiği risklere özgü olarak çalışmalarını şekillendirilmesini beklemek gerçekçi olmaz.

Türkiye tarafından gönüllü vergi uyumu düzenlemeleri ile birlikte ortaya çıkan risklerin bertaraf edilmesi için bu düzenleme dönemlerine ve sonrasına özgü olarak işbirliği ve koordinasyon mekanizmasının oluşturulması ve idareye yeterli kaynağın sağlanması önemlidir. Öte yandan, bu düzenlemelerle birlikte Türkiye için uluslararası bilgi değişimi anlaşmalarının önemi artmaktadır.

Sonuç

Vergi gelirlerini arttırmak, vergiye uyum düzeyini yükseltmek, sermayenin ülkeye dönmesini sağlamak gibi amaçlara yönelik olarak özellikle ekonomik kriz dönemlerinde devletler farklı politikalar üretirler. Buradaki hedeflere ulaşılmasında verginin önemli bir araç olarak kullanıldığı görülmektedir. Dünyada birçok ülkenin geçici ve süresiz düzenlemelerle

³⁸ Recep Bıyık, Varlık Barışında Cevaplanan/Cevaplanmayan Sorular, **Dünya Gazetesi**, 8 Haziran 2018.

³⁹ Proje Yönlendirme Komitesi, MASAK Başkanı, Gelir İdaresi Başkanı, Vergi Denetim Kurulu Başkanı, MİT Müsteşar Yardımcısı, İçişleri Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı, Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı, Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Güvenlik İşleri Genel Müdürü, Araştırma ve Güvenlik İşleri Genel Müdürü, Hazine Müsteşarlığı Hazine Kontrolörleri Kurulu Başkanı, Sigorta Denetleme Kurulu Başkanı, Mali Sektörlerle İlişkiler ve Kambiyo Genel Müdürü, Sigortacılık Genel Müdürü, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Gümrükler Genel Müdürü, Gümrükler Muhafaza Genel Müdürü, Rehberlik ve Teftiş Başkanı, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Başkan Yardımcısı, Sermaye Piyasası Kurulu Başkan Yardımcısı ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Başkan Yardımcısı'ndan oluşmaktadır.

vergi yükümlülerine çeşitli vergi avantajları sağlamak suretiyle gelir ve varlıklarını eksiksiz bildirmelerine çalışılmaktadır. Vergi yükümlüleri arasında bu yaklaşımın karşılık bulduğu görülmektedir.

Ülkeler, gelir ve varlığını tam ve zamanında eksiksiz beyan etmeyen vergi yükümlülerinin, devlet bundan haberdar olmadan önce, kendiliğinden bildirmeleri veya beyan etmeleri durumunda farklı vergi avantajları sağlamaktadırlar. Uluslararası literatürde gönüllü vergi uyumu olarak adlandırılan bu düzenlemelerin ülkemizde varlık barışı, vergi barışı ve vergi affı gibi farklı kavramlarla ifade edildiği görülmektedir. Gönüllü vergi uyumu düzenlemeleri ile sağlanan vergi avantajında ölçüt şu şekilde olmalıdır: gönüllü vergi uyumu düzenlemesinden faydalanan vergi yükümlüsü eğer vergi ödevlerini zamanında eksiksiz yerine getirmiş olsaydı ödeyeceği vergiden az vergi ödememeli; ancak, bu düzenlemeden yararlanmayıp vergi idaresi tarafından vergi kaçırdığı tespit edilenlere göre daha hafif yaptırımlara maruz bırakılmalıdır.

FATF, gönüllü vergi uyumu programlarındaki artan trendin beraberinde kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile mücadeleye olumsuz etkiler getirdiğini öngörerek bazı prensipler ortaya koymaktadır. Gönüllü vergi uyumunun olumsuz etkilerinin bertaraf edilmesi için kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadele önlemlerinin etkili uygulanması, kara para aklama ve terörün finansmanı karşıtı önlemlerdeki gerekliliklerden bağımsızlığın yasaklanması, ulusal koordinasyon ve işbirliğinin sağlanması ve uluslararası işbirliği sürdürülmesi gerektiği FATF tarafından belirtilmektedir.

Türk Vergi Sistemi'nin bir parçası haline geldiği görülen geçici gönüllü vergi uyumu düzenlemeleri arasında yer alan 7143 sayılı Kanun'un FATF tarafından ortaya koyulan prensiplere uyumu önemlidir. Aksi takdirde, FATF tarafından öngörülen olumsuz sonuçlara ilişkin kaygının gerçekleşmesi olasıdır. Yurt dışındaki sermayenin ülkeye geri dönmesini, yurt içindeki varlıkların kayıt altına alınmasını ve yurt dışındaki bazı kazançların bildirilmesini öngören 7143 sayılı Kanunun m.10/13 hükmünde yer alan düzenlemenin FATF prensiplerine uyumunun irdelenmesi kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadele politikasının iyi yönetilmesi için gereklidir.

Türkiye'de yürürlüğe giren bu düzenlemede, FATF tarafından öngörülen risklere ilişkin özel ve açık bir düzenlemeye yer verilmediği, yurt dışındaki ve yurt içindeki varlıkların bildirim veya beyanı sırasında herhangi bir belge ve bilginin finans kuruluşlarınca istenilmeyecek olması, FATF tavsiyelerine uyum göstermeyen ülkelere özgü tedbirlerin açıkça yasada veya yardımcı kaynaklarda ele alınmadığı, yetkili makamlar tarafından gönüllü vergi

uyumundan faydalandırılan varlıklara yönelik olarak kara para aklanması ve terörün finansmanı kapsamında inceleme ve soruşturma yapılıp yapılamayacağındaki belirsizlik, bu kanun ile birlikte ortaya çıkan iş yükünün altında yetkili makamların ve finans kuruluşlarının kara paranın aklanması ve terörün finansmanını önleyici tedbirleri etkili bir şekilde uygulamasındaki belirsizlik ve benzeri birçok sorun bulunmaktadır. 7143 sayılı Kanunun m.10/13 hükmü nezdinde yaptığımız bu değerlendirmenin daha önce yürürlüğe koyulmuş olan benzeri düzenlemeler açısından da geçerli olduğu düşünüldüğünde en azından bundan sonra sistemin bir parçası haline gelen bu tür düzenlemelerde gerekli önlemlerin doğrudan yasa yoluyla alınmasında fayda bulunduğunu düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Batirel, Ömer Faruk, “Vergi Kaçakçılığı ve Vergiye Gönüllü Uyum”, **Vergi Dünyası**, Sayı: 175, Mart 1996, ss.52-55.
- Bıyık, Recep, “*Varlık Barışında Cevaplanan/Cevaplanmayan Sorular*”, **Dünya Gazetesi**, 8 Haziran 2018.
- Çelikkaya, Ali, “Mükelleflerin Vergiye Gönüllü Uyumunu Etkileyen Faktörler”, **İktisat, İşletme ve Finans**, Cilt: 21, Sayı: 247, 2006, ss.122-139.
- Doğrusöz, Bumin, “*Yeni Vergi Barışına Kısa Bakış*”, **Dünya Gazetesi**, 3 Mayıs 2018.
- FATF, **Managing the Anti-Money Laundering and Counter-Terrorist Financing Policy Implications of Voluntary Tax Compliance Programmes Best Practices Report**, Ekim 2012, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/BPP%20VTC.pdf> (E.T.12/11/2018)
- Gökçe, Öznur, “*Türkiye’de Vergi Afları*”, **Vergi Dünyası**, Sayı: 444, Eylül 2018, ss.80-86.
- Güneş, Gülşen, “*Vergisel ve Anayasal Yönden Varlık Barışı*”, **Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan**, Cilt:1, Ankara: AÜHF, 2010, ss.537-556.
- İstanbul Vergi Merkezi, **Vergi Barışı Paneli**, İstanbul: Legal, 2016.
- Kızılot, Şükrü, “*Varlık Barışı ve Vergi İncelemeleri Tartışmaları*”, **Hürriyet Gazetesi**, 8 Kasım 2008.
- Manhire, J. T., “What Does Voluntary Tax Compliance Mean?: A Government Perspective”, **University of Pennsylvania Law Review Online**, Cilt: 164 Sayı: 11, ss.11-17
- MONEYVAL, **Implementation of voluntary tax compliance programmes and AML/CFT requirements by States and Territories evaluated by YÜHFD** Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

MONEYVAL, Aralık 2014, [https://rm.coe.int/committee-of-experts-on-the-evaluation-of-anti-money-laundering-measur/1680714ca1\(E.T.12/11/2018\)](https://rm.coe.int/committee-of-experts-on-the-evaluation-of-anti-money-laundering-measur/1680714ca1(E.T.12/11/2018))

OECD, **Measures of Tax Compliance Outcomes: A Practical Guidance**, OECD Yayınları, 2014, https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/measures-of-tax-compliance-outcomes_9789264223233-en (E.T. 12/11/2018).

OECD, **Update on Voluntary Disclosure Programmes: A pathway to tax compliance**, Ağustos 2015, <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Voluntary-Disclosure-Programmes-2015.pdf>(E.T. 15 Aralık 2018).

Roth, Jeffrey. A., John. T. Scholz and A.D. Witte, “*Taxpayer Compliance*”, **An Agenda for Research**, Cilt: 1, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989.

*** ULUSLARARASI HUKUK BAKIŞ AÇISI İLE GÖÇMEN VE
MÜLTECI HAKLARINA KISA BİR BAKIŞ**
(A SHORT INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE OF IMMIGRANT AND REFUGEE
RIGHTS)

Dr. Öğretim Üyesi Semin Töner Şen * **

ÖZ

Bir devletin iç hukuku ve egemenlik yetkisini ilgilendiren bir konu olan yabancıların ülkeye kabulü ve mültecilik konusunda, devletlerarası uygulamaların yeknesaklık sağlaması amacıyla uluslararası hukukta da bazı minimum standartların belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Ülkesel egemenlik mülteci hukukunun temelini ve aynı zamanda sınırlarını oluşturan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Göçmen ve mültecilerin korunmasına ilişkin uluslararası hukuk kurallarının varlığının sebebi, özel korumaya muhtaç olan bu insanların, kendi ulusal yargı alanlarının ve korumasının dışında olmaları nedeniyle savunmasız kalmalarıdır. Uluslararası hukuk bu konuda genel uluslararası insan hakları sözleşmeleri altında tüm kişilere uygulanabilecek genel bir koruma ve belirli statü ve kategorilere ait olan kişilere uygulanabilecek özel koruma olmak üzere ikili bir koruma sunmaktadır. Uluslararası hukukun göçmen, mülteci ve sığınmacı haklarının korunmasının başarıya ulaşabilmesi için hem bu işi yürütenlerde hem de toplumda algının değişmesi ve kültürde devrim yapılması gerekmektedir.

Anahtar kelimeler: Göçmen, Mülteci, Sığınmacı, Mülteci hakları, Uluslararası Mülteci Hukuku.

ABSTRACT

There has to be some minimum standards under international law, to be applied as a uniform practice by all states in international arena for the acceptance of a foreigner in one state's territory and refugee integration which is an internal and domestic issue of a state. State sovereignty appears to be the foundation and also the limitations of refugee law. The reason of having

[†] Eserin Dergimize geliş tarihi: 18.12.2018. İlk hakem raporu tarihi: 02.01.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 03.01.2019. Onaylanma Tarihi: 10.01.2019.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2845-3813

Esere Atıf Şekli: Semin Töner Şen, "Uluslararası Hukuk Bakış Açısı ile Göçmen ve Mülteci Haklarına Kısa Bir Bakış", YÜHFD, C.XVI, 2019/1, s.133-154.

refugee and migrant protection rules and rights under international law is that those people are people who require special protection due to their vulnerability being outside the jurisdiction of the state of their nationality. International law offers dual protection and rights under general human right treaties and law and also specific protection and rights for particular groups such as migrant, refugees and asylum seekers under refugee law. There has to be a cultural revolution and change of perception in the professional community and the whole society in order to reach success for protection of migrants, refugees and asylum seekers.

Keywords: *Immigrant, Refugee, Asylum seeker, Refugee rights, International Refugee Law*

GİRİŞ

Göçmenlik ve mültecilik, insanlık tarihinin en eski zamanlarına kadar uzanmakta olan bir konudur. Politik, sosyolojik, ekonomik nedenler, iklim değişiklikleri gibi çevresel faktörler, savaş, insanlık dışı muameleler gibi birçok ve çeşitli nedenlerle insan kitlelerinin yer değiştirmeleri sorununun ve sorunun dogurdugu sonuçların, iç hukuk alanında olduğu gibi uluslararası hukuk alanında da düzenlenmesi gerekmektedir. Mültecilik kavramı, her ne kadar çok eski zamanlara dayansa da mülteci hukukunun uygulanması ve düzenlenmesi modern devlet yapılarının ortaya çıkmasından sonra başlamıştır. Esasen bir devletin iç hukuku ve egemenlik yetkisini ilgilendiren bir konu olan yabancıların ülkeye kabulü ve mültecilik konusunda, devletlerarası uygulamaların yeknesaklık sağlaması amacıyla uluslararası hukukta da bazı minimum standartların belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır.¹

Göçmen ve mülteci hakları hususunun, egemenlik kavramı altında, devletlerin iç işlerine müdahale etmeme (karışmama) ve iç işlerinde tam bağımsız olma ve karar alma kapsamında, devletlerin ülkelerine kabul edecekleri kişilere ilişkin düzenlemelerin devletin iç işleri ve hukukuna tabii olması beklenir. Ancak mültecilik konusu, korunmaya muhtaç kişilerin,

¹ Bu konuda benzer görüşler için bkz. Guy S. Goodwin-Gill, ‘The Limits of The Power of Expulsion in the Public International Law’, Vol. 1, Chapter 2, Clerandon Press, 1978, p.148. Devletim kamu otoritesi, genel kamu düzeni için tehlike ve tehdit oluşturduğu, makul sebeple desteklendiği ve gerekli görüldüğü hallerde yabancıların ülkeye kabul ve reddedilmesi kararının devletin egemenlik yetkisi dahilinde olduğu hukuk otoritelerince genel olarak kabul edilmektedir. Ancak bu egemenliğin mutlak ve sınırsız olmadığı uluslararası hukukça sınırlandırılması ve kontrol edilmesi bu konudaki temel ilkelerin belirlenmesi gerekliliği de yine açıkça vurgulanmaktadır.

devletlerin farklı hukuki yapı ve siyasi karakterlerine göre çok farklı uygulamalara maruz kalmaması, bu konuda bazı minimum standartların özellikle insan hakları bakımından belirlenmesi gerekliliği nedeniyle aynı zamanda uluslararası hukukun düzenlemesine ihtiyaç duyulan bir sorun olarak da karşımıza çıkmaktadır. Aksi halde herhangi bir kanuni çerçeve referansı olmadan uygulanacak standartların kapsamı her devletin iç hukuku tarafından belirlenecektir. Bu da, farklı devletlerin farklı hukuksal düzenlemeleri ve her koşula göre değişen farklı uygulamalar anlamına gelmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki iç hukukun, uluslararası insan haklarını çiğneyemeyeceği ve çiğnemenin sağlaması gereken, temel minimum standartların yaratılması, hayati ve vazgeçilemeyecek bir husustur. Konuyla ilgili çalışmaların sonucunda ortaya çıkan sözleşmeler, konvansiyonlar, ilkeler ve bunları uygulayıcı, yaratıcı kurum ve kuruluşlar, günümüz mülteci hukukunun temelini ve temel prensipler ve minimum standartlarını oluşturmaktadır.

Mülteci meselesi uluslararası hukukta genel uluslararası hukuk ve insan hakları, deniz hukuku, mülteci hukuku, iş hukuku, ticaret hukuku gibi özel disiplinler arasında transdisipliner ilişki çerçevesinde incelenmesi gereken çok yönlü bir konudur. Tüm bu alanlar arasında kesişim noktasında bulunan mülteci meselesi ancak bu alanlarının iki veya daha çoğunun kombinasyonları halinde çalışması ile derinlemesine anlaşılabilir ve düzenlenebilir bir konudur.

Göç ve sığınma konusu doğası gereği uluslararası bir meseledir ve uluslararası sonuçlar doğurur. Mülteci hukuku ise bu doğayı destekler şekilde devletlerarası ilişkiler ve tabii gerilimler yaratmaktadır. Devletler göç ve göçmenlik sorunlarını uluslararası algılamakta ve konumlandırmakta ve bu sorunlara uluslararası çözümler aramaktadırlar.²

Göçmenlik ve mültecilik kavramları günümüzde, özellikle Türkiye'yi de içine alan Akdeniz bölgesinde daha çok siyasi savaşların, duygusal ve hassas bir dilin ve kırılgan tartışmaların konusunu oluşturmaktadır. Ancak, bu siyasi ve duygusal yaklaşımların ötesinde göçmen, mülteci ve sığınmacıların herbirinin insan olduğu gözönünde tutulursa aynı zamanda insan haklarına ilişkin bir konu olduğu ve bu konuda içte ve uluslararası alanda hukuki düzenlemelerin temel alınması gerekliliği ortaya çıkar. İnsanın yalnızca insan olması nedeniyle sahip olduğu, iç hukuk ve uluslararası hukukça tanınan ve

² James A.R. Nafziger, 'The General Admission of Aliens under International Law', The American Journal Of International Law, Vol. 77, No.4, 1983, Chapter 1, p. 804-847. Çevrimiçi: https://www.jstor.org/stable/2202535?seq=1#page_scan_tab_contents , 20.08.2018.

korunma altına alınan hakları aynı zamanda mülteci hukukunca tanınan hakların da temelini oluşturmaktadır.³

Göçmen ve mültecilerin korunmasına ilişkin uluslararası hukuk kurallarının varlığının sebebi, özel korumaya muhtaç olan bu insanların, kendi ulusal yargı alanlarının ve korumasının dışında olmaları nedeniyle savunmasız kalmalarıdır. Uluslararası hukuk kuralları bu savunmasız kişilere ikili bir koruma sunmaktadır: 1. Genel uluslararası insan hakları sözleşmeleri altında tüm kişilere uygulanabilecek genel bir koruma, 2. Belirli statü ve kategorilere ait olan kişilere uygulanabilecek özel koruma (örneğin Cenevre Konvansiyonu ile göçmen ve mültecilere sağlanan haklar ve korumaya ilişkin düzenlemeler)⁴

Bu çalışmada, uluslararası hukukun iki farklı alanı gibi gözükse ancak aslında birbirinden ayıramayacak derecede birbirine bağlı iki alanı bir bütün olarak ele alınacaktır. Kademeli bir hukukileştirme, kanunlaştırma çalışmalarının neticesi olarak, ikisi de öyle bir birbirine bağlı ve birbirine geçmiş durumdadır ki ikisinden birini diğerinden ayırmak artık neredeyse imkansızlaşmıştır. Bu inanılmaz yakınsama ve aralarındaki yakın ilişkinin sınırları, farklı bakış açılarına göre değişiklik gösterse de inkar edilemez durumdadır.⁵

Mülteci hukukuna göre insan hakları hukuku ikincil ve asıl olan mülteci hukukunu destekler nitelikte bir koruyucu kalkan olarak varolmaktadır. Diğer bakış açısına göre ise ilişki tam tersidir. Hukukta aynı konuyu düzenleyen özel hüküm genel hükümler birarada bulunduğu özel hükümlerin uygulanmasına öncelik tanınır prensibinin aksine, insan hakları hukuku, mülteci hukukunun özel ilkelerine göre daha genel ve geniş kapsamlı olmasına rağmen, mülteci hukuku aslında insan hakları hukukunun bir alt kümesi olarak karşımıza çıkmakta ve Schabas'a göre bu bir tamamlayıcı koruma olarak adlandırılmaktadır. Buna göre insan hakları hukuku mülteci

³ Omar Grech, 'Migrants' and Refugees' Rights: A Brief International Law Perspective', O. Grech, & M. Wohlfeld (Eds.), Migration in the Mediterranean : human rights, security and development perspectives, Msida: Mediterranean Academy of Diplomatic Studies, 2014, pp. 40-49. Çevrimiçi

https://www.um.edu.mt/library/oar/bitstream/handle/123456789/21716/Chapter_4.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 12.06.2018.

⁴ Omar Grech, *ibid.*

⁵ Vincent Chetail, 'Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of The Relations Between Refugee Law and Human Rights Law', Human Rights and Immigration, Ruth Rubio –Marin, Oxford University Press, 2014, pp.19-72. Çevrimiçi: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2147763, 12.06.2018.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

hukukunda yeralan hakların ve korumanın ana kaynağı olarak kabul edilmekte ve Cenevre Konvansiyonu destekleyici role bürünmektedir.⁶

1990'lerde Birleşmiş Milletler insan hakları sistemi "kadın hakları insan haklarıdır" matrasını kabul etmiştir. Bu bağlamdan bakıldığında, göçmen ve mülteci haklarının da insan hakları olarak kabul edilmesi gerekmektedir. İnsan hakları sisteminde kişi kavramı daha geniş ele alınmakta, sadece göçmen ve mültecileri değil sığınmacıları, korunmaya muhtaç tüm insanları kapsamaktadır⁷ Buna karşın Cenevre Konvansiyonunda belirtilen kişi kavramı, yalnızca tanınmış hukuki göçmenleri kapsamakta ve onlara uygulanmakta, sadece cezalandırmama ve geri göndermeme ilkesi gibi birkaç istisnai hak dışında, iltica talebinde bulunanlar Konvansiyonun kişi tanımı kapsamı dışında bırakılmakta ve Konvansiyonda belirtilen mülteci haklarından yararlanamamaktadırlar.

Maddi anlamda değerlendirildiğinde de insan hakları hukuku Cenevre Konvansiyonu tarafından koruma altına alınmamış birçok hakkı da kapsamaktadır. Haklar çok geniş bir yelpazede birçok sivil, politik ve kültürel hakkı içermektedir. Çok az sayıda bir hak yalnızca Cenevre Konvansiyonuna özgüdür. Bunlar ise genellikle teknik ve özel sorunlara ilişkin düzenlemelerden oluşmaktadır. Madde 29'da yeralan mali masrafların eşit uygulanması ve madde 30'da yeralan malların transferine ilişkin düzenlemeler bu teknik konulara örnek teşkil etmektedir. Ancak Konvansiyon altında yeralan bu özel düzenlemeler dahi hukuk karşısında eşit olma (hukukun herkese eşit uygulanması) ve temel insan hakları kapsamı altında herkesin mal mülk edinebilme özgürlüğü ile temelde genel hukuk ilkeleri altında değerlendirilebilir. Bunun dışında göçmen statüsünün avantajları olarak belirtilebilecek, kimlik belgeleri (madde 27) ve seyahat belgeleri (madde 28) düzenlemeleri de Konvansiyona özel düzenlemeler arasında sayılabilir. Bu maddelerde yeralan düzenlemelerin de insan hakları kapsamında birebir eşdeğerleri olmasa da mültecilere bu belgelerin sağlanması, hukuk karşısında herkesin her zaman kişi olarak tanınması borcu altında değerlendirilebilir. Kavramsal yorum altında, herhangi bir ülkeyi terketme hakkı ve ülkeyi terk edebilmek için kendi menşei ülkelerinden elde etme imkanı olmayan seyahat belgelerinin göçmenlere garanti edilmesi de bu kapsamda ele alınabilir. Bu açıdan baktığımızda, insan hakları hukuku

⁶ William A. Schabas, 'Non-Refoulement', in Expert Workshop on Human Rights and International Cooperation in Counter-Terrorism, ODIHR.GAL/14/07,2007, p.23. Vincent Chetail, ibid.

⁷ Omar Grech, Op.Cit.

göçmenlerin haklarını koruma altına almak bakımından en geniş ilkeleri sağlamaktadır.⁸

Cenevre Konvansiyonu'nda sadece konvansiyona özgü olarak tanınmış madde 31 de yeralan, cezalandırılmanın yasaklanmasına ilişkin düzenleme, belgesiz (yasal olmayan) sığınmacılar hakkında idari ve cezai yasakları öngören kısıtlamalar ile çerçevelenmiştir. Yine aslında insan hakları ile doğrudan ilişkisi olan geri göndermeme ilkesi (non-refoulement) de her durumda uygulanamamaktadır. Sonuçta insan hakları ile karşılaştırıldığında Cenevre Konvansiyonu bazı hakları vermekten çok almaya ve kısıtlamaya odaklı görünmektedir. Buna rağmen, devletlerin düzenlerken kendisine yüklediği karakter ve insan haklarını sürekli, rafine bir şekilde takviye ederek desteklemesi nedeniyle, Cenevre Konvansiyonu göçmen ve mülteci haklarının korunması açısından ilk ve temel kaynak olarak kabul görmektedir.⁹

Uluslararası hukuk altında göçmenler insani erdemlerinden dolayı haklara sahiptirler. Uluslararası insan hakları araçları, sözleşmeler, konvansiyon, protokol deklarasyon gibi belgeler, genel uygulamalar olarak yeralır ve ayrıca tüm göçmen ve mültecilere uygulanır.

MÜLTECİ HUKUKU'NUN GELİŞİMİ VE KISA TARİHÇESİ

Uluslararası Mülteci Hukuku ile ilgili ilk düzenlemelerin Milletler Cemiyeti döneminde 1920'li yıllarda, iki ya da daha fazla devlet arasında mülteci hukuki statüsünü tanımlamak ve belirlemek amacıyla yapılan, evrensel niteliği olmayan sözleşmeler ile başladığını görürüz. Uluslararası hukukta mülteci haklarının korunması, tarihçesine bakacak olursak düzenlemeler, Milletler Cemiyeti 1933 tarihli 'Mültecilerin Hukuki Statüsü' ve 1938 tarihli 'Almanya'dan gelen sığınmacıların Statüsü' ile ilgili sözleşmeler ile yerinden edilmiş kişiler için az sayıda imza atan ülkeler ile imza atan ülkeler açısından da yine getirilen pek çok çekince ile sınırlı koruma sağlanarak başlamıştır. Takip eden süreçte, 1938 yılında, Almanya'dan gayri iradi göç etmek durumunda kalan kişilere yardım etmek amacı ile Hükümetlerarası Mülteciler Komitesi(Inter-governmental Comitee on Refugees) kurulmuştur, ancak Komitenin yapmış olduğu mülteci tanımları konusunda devletler arasında ortak bir tanım üzerinde fikir birliğine varılamamasına rağmen, buradan elde edilen tecrübeler neticesinde

⁸ "Her Türlü Ayrımcılığın önlenmesine İlişkin Konvansiyon" md. 5(d)(ii), Çocuk Hakları Evrensel Beyannamesi, md 10(2), Vincent Chetail, Op.Cit., p.69.

⁹ Vincent Chetail, Op. Cit..

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

Uluslararası Mülteci Örgütü Anayasası, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) Tüzüğü ve 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Konvansiyon bu ilk adımı oluşturan temelden ortaya çıkmıştır.¹⁰

Milletler Cemiyeti dönemi, Birinci Dünya Savaşı ardından yaşanan yoğun nüfus hareketlerinin belirli normlarla düzenlenmesi gerekliliği nedeniyle mülteci sorununu tanımlama çalışmaları içinde geçmiş, ancak devletlerin konuya farklı yaklaşımları nedeniyle, siyasi fikir, dini inanç, köken farklılıkları gibi nedenlerle kişilerin buldukları ülkeyi değiştirmesi tanımlamaları üzerinde yoğunlaşılsa da, tanımların hiçbiri konuyu tam anlamı ile açıklayamadığı için ve fikir birliğine varılamamıştır.¹¹

Bu dönemi İkinci Dünya Savaşı ve sonrasında yaşanan ağır insan hakları ihlallerini ortadan kaldırmak amacı ile imzalanan Birleşmiş Milletler Andlaşmasının yürürlüğe girmesi ile Birleşmiş Milletler dönemi takip etmiştir. Yaşanan sorunlara çözüm yaratabilmek için mülteci hukuku BM'nin en önemli gündem maddelerinden biri haline gelmiştir. Bu nedenle 1946 yılında Hükümetlerarası Mülteci Komitesi'nin görevlerini üstlenen Uluslararası Mülteciler Örgütü (International Refugee Organization) kurulmuştur.

Bu gelişmelerin ardından, 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) BM Genel kurulunda kabul edilmiş, Beynamede sığınma hakkı da diğer insan hakları ile beraber düzenlenmiştir.¹² 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 14. maddesinde yeralan “Herkes zulüm karşısında başka ülkelere sığınma talebinde bulunma ve sığınma olanağından yararlanma hakkına sahiptir.” Hükmü ile iltica hakkı temel bir insan hakkı olarak ilan edilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında hakkın özünü korumak ve kötü niyetli uygulamaların önüne geçmek için iltica hakkı koruma alanı

¹⁰ Guy S Goodwin-gill, *The International Refugee in International Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1996, p.5-6.

¹¹ Daniel J. Steinbock, “Interpreting The Refugee Definition”, *Ucla Law Review*, Vol. 45, 1998, p. 806

¹² İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi md. 14: “1. Herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı vardır; 2. Gerçekten siyasal nitelik taşımayan suçlardan veya Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı eylemlerden doğan kovuşturma durumunda bu haktan yararlanılamaz”. Beyanname'nin resmi metni için bkz. RG. T. 27.05.1949, S. 7217; Sığınma hakkının, İnsan Hakları Evrensel Beyanname-si'nde düzenlenmesi, onun evrensel niteliğini ortaya koyarak, söz konusu hakkın, uluslararası veya ulusal mahkemelerde bireysel olarak ileri sürülebilir hale getirmiştir. Ann Vibeke EGGLI *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, Hague, Martinus Nijhoff Pub.,2002, p.82.

sınırlanmış, “gerçekten de siyasi olmayan suçlar veya BM amaçları ve ilkelerini ihlal eden davranışlardan kaynaklanan kovuşturmalar söz konusu olduğunda bu hak kullanılamaz” denilerek, hak kapsamı dışında kalan kısım belirtilmiştir. Kabul eden devlet sayısı çok fazla olmasına rağmen İHEB nitelik olarak uluslararası bir sözleşme değildir. Bu nedenle tanımladığı haklar bakımından takip, denetim ve yaptırım mekanizmalarına sahip değildir. Bu nedenle de sonuç olarak İHEB ile tanımlanan tüm haklar bakımından ayrı ve özel sözleşmeler düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Ardından mülteciler için uluslararası koruma sağlamak ve sorunlarına daha kapsamlı kalıcı çözümler üretmek amacıyla BM Genel Kurulu tarafından 14 Aralık 1950’de Mülteciler Yüksek Komiserliği kurulmuş ve çalışmaları neticesinde 28 Temmuz 1951’de Cenevre’de ile Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme 26 devletin kabulü ile 22 Nisan 1954 yılında yürürlüğe girmiştir.¹³Cenevre’de kabul edilerek yürürlüğe giren “Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Konvansiyon” tarihte ilk kez mülteci tanımını yaparak, haklar ve standartların modern bir listesini ortaya koymaktadır.

Bu gelişmeler ardından, zamanla sığınma arayan kişilerin çoğalması neticesinde, ihtiyaç duyulan düzenlemeler, 1951 Konvansiyonunda yer alan sınırlamaları ortadan kaldırmak ve mülteci statüsünü genişletmek amacıyla 1967 yılında Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol ile düzenlenmiş, tarihi sınırlama ve buna bağlı coğrafi sınırlama da ortadan kaldırılmıştır.¹⁴

¹³ BM Genel Kurulu’nun 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı Kararı’yla toplanan Konferans’ta kabul edilmiş, 28 Temmuz 1951 tarihinde Cenevre’de imzalanmış ve 43.md.ye uygun olarak 22 Nisan 1954’te yürürlüğe girmiştir. Devletler, yükümlülüklerini sınırlamak için, 359 sayılı Onay Kanunu’nda Sözleşme’de düzenlenen tarih sınırlaması “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar” ibaresi ile ve ona bağlı olan coğrafi sınırlama-da “1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da meydana gelen olaylar”, ibaresi ile sınırlı şekilde uygulanacağı beyan etmişlerdir. Ancak coğrafi sınırlama tanımı BM Sekreterliğine yapılan tek taraflı bildirim ile “Avrupa’da veya başka bir yerde meydana gelen olaylar” şeklinde kabul edilerek yükümlülükler genişletilebilir. Sözleşme metni için bkz. RG. T.05.07.1961, S. 10898; Sözleşme’nin resmi olmayan metni için bkz. Sığınma ve Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler, BMMYK Türkiye Temsilciliği, Ankara, 1998, p.67-88; Sözleşme’nin resmi olmayan metni için ayrıca bkz. Nuray Ekşi, Mültecilere ve Sığınmacılara İlişkin Mevzuat, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, p.3-21. Türkiye, Sözleşme’yi 24 Ağustos 1951 tarihinde imzalamış ve 29 Ağustos 1961 tarihinde “Bu sözleşmenin hiçbir hükmü, mülteciye Türkiye’de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şeklinde yorumlanamaz” çekincesi ile onaylamıştır.

¹⁴ Protokol 31 Ocak 1967 tarihinde imzaya açılmış, 4 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 1 Temmuz 1968 tarihli ve 6/10266 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’yla, Protokol’e katılmıştır. Protokol metni için bkz. RG. T. 05.08.1968, S. 12968; Protokol’ün *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)*

Ancak 1951 Konvansiyonuna taraf olan devletler bakımından 1967 Protokolünün izin vermiş olduğu sınırlamaların geçerliliği uluslararası uygulamada mülteci tanımında bazı sıkıntılara neden olmaya devam etmiş, bunun aşılabilmesi için de BMMYK'nın yetki alanının genişletilmesi yoluna gidilmiştir.

İnsan hakları ve mülteci hakları kapsamında diğer Uluslararası hukuk alanındaki düzenlemeler, 1950 tarihli “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, ardından izleyen tarihlerde, 1965 yılında “Her Tür Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine dair Uluslararası Sözleşme”, 1966 yılında “Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi”, “Ekonomik ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi”, BM Genel Kurulu “Devlete Sığınmaya İlişkin Beyanname”, 1969 Afrika Birliği Örgütü'nün (ABÖ) kabul ettiği Afrika'daki Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen ABÖ Sözleşmesi, 1977 tarihli Avrupa Konseyi Ülkesel Sığınma Bildirisi, 1979 “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme”, 1984 “İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muameleye veya Cezaya Karşı Sözleşme”, 1989 “Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi”, 1990 “Mülteci İşçi ve Tüm Aile Üyelerinin Korunmasına ilişkin Konvansiyon”¹⁵, Avrupa Adalet Divanı kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gibi düzenlemeler bazı farklı kulvarlarda göçmen ve mültecilerin sosyal ve hukuki sorunlarının ele alınmasına oldukça etkili rol oynamışlardır.

MÜLTECİ, GÖÇMEN VE SİĞINMACI KAVRAMLARI VE ULUSLARARASI HAKLAR

Uluslararası insan hakları tüm insanlara göçmen olup olmamasına bakılmaksızın uygulanır. Tüm insanlar, vatandaş ya da yabancı, kayıtlı (hukuki, meşruiyeti olan göçmenler) ya da kayıtsız, en temel insan haklarından; yaşam hakkı, özgürlük, güvenlik (şahıs güvenliği), kölelik ve işkenceden korunma, hukuk ve kanunlar karşısında eşit olma (korunma), masumiyet karinesi, tutuklanma, cezalandırılma ve yargılanmada bağımsızlık, sosyal hayata katılım hakkı, din ve kendini ifade özgürlüğü gibi yararlanma hakkına sahiptir. Bu haklar da belirtilen uluslararası sözleşmeler ile korunmaktadır.

resmi olmayan metni için bkz. Sığınma ve Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler, p.88-92; Protokol'ün resmi olmayan metni için ayrıca bkz. Nuray Ekşi, ibid, p.31-35

¹⁵ <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cmw.aspx>, 26.08.2018.

Kendi ülkelerini terketmek ve başka devletlerin korunmasına sığınmak dışında başka çareleri olmayan mağdur insanlar için insan hakları ve bunlara efektif bir saygının duyulması bir varoluş nedenidir. Buradan bakıldığında mülteci hukuku aslında 'hak sahibi olma hakkından' oluşmaktadır.¹⁶ Hak sahibi olma hakkı kapsamında 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Konvansiyonun'da uluslararası hukukça sağlanan mülteci haklarından bazıları ise şöyle sıralanabilir;¹⁷

Ayrımcılık görmeme
İnsani Muamele (Cezalandırılma esnasında)
Sığınma
Geri Göndermeme
Aile Birliği
Köleleştirilmeme
Din, Dil, Kültürünü devam ettirebilme
Mal mülk edinme
Fikri sınai mülkiyet hakkı
Dernekleşme hakkı
Mahkemelere erişim
Çalışma, Adil çalışma koşullarının sağlanması
Eğitim
Sosyal yardım
Sosyal güvenlik
Sağlık Hizmetlerinden yararlanabilme
Yerleşme ve seyahat
Seyahat belgesi / Kimlik
İdari Ödemeler
Varlıkların Transferi

Hakların tartışılmasına geçmeden önce göçmen ve mülteci tanımlarının ve ayrımlarının yapılması hakların uygulanabilirliği açısından büyük önem arz etmektedir. Mülteci, uyruğunda bulunduğu ülkeyi özel bir nedene dayanarak terk etmek durumunda kalmış kendine özgü belirli bir göçmen türüdür. Bu bağlamda mülteci statüsünün elde edilmesine ilişkin olarak sığınma hakkı, "bir kişinin, uyruğunda bulunduğu ya da ikamet ettiği devletin ülkesini çeşitli

¹⁶ Vincent Chetail, Op.Cit., Hannah Arendt, The Origin of Totalitarianism, Meridian Books, 1958, p. 296-297.

¹⁷ BMMYK Kasım 2014 Uluslararası Mülteci Hukuku Kapsamından Uluslararası Koruma *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)*

baskılar ya da ayrımcı yasal kovuşturmalar nedeniyle terk ederek, yabancı bir devletin ülkesine, diplomasi temsilciliği ya da konsolosluk binalarına, savaş gemilerine ya da devlet uçak gemilerine girmesini ve bu devletin korumasını aramasını ifade etmektedir.”¹⁸Mülteci statüsüne ve haklarına ilişkin en önemli uluslararası andlaşma 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Konvansiyon ve 1967 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Protokol’dür. Konvansiyon iki önemli noktayı, mülteci tanımını ve uluslararası hukukta mültecilere tanınan hakları ortaya koymaktadır. Konvansiyona göre mülteci; “ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen kişi”dir.¹⁹ Bu tanım mültecilerin neden özel koruma talep ettikleri ve ihtiyaç duyduklarını açıkça ortaya koymaktadır. Bu bağlamda da Konvansiyon’un mültecilere garanti ettiği en önemli hak da kaçtıkları ülkeye geri gönderilmemelerini içeren non-refoulement ilkesidir. Bu ilke kapsamında, hangi koşul altında olunursa olsun mülteciler kaçtıkları ülkeye geri gönderilemeyeceklerdir. Ayrıca, BMMYK bu ilkenin uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası olduğunu ve bu nedenle yalnızca Konvansiyona taraf olan devletler için değil, tüm devletler için bir yükümlülük teşkil ettiğini belirtmektedir.²⁰

Ayrımı yapılmaya çalışılan kavramlar arasında bazı terim sorunları yaşanmaktadır. Günümüzde sığınmacı kavramı daha çok kendi ülkesini terk

¹⁸ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 2*. Kitap, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, p. 185-186. “Geleneksel uluslararası hukukta ülkesel sığınma hakkı, bir devletin uyuşunda bulunduğu ya da ikamet ettiği devletteki baskılardan kaçan yabancıların ülkesine girmesine ve ülkesinde kalmasına izin verme hakkıdır.”

¹⁹ 1951 Mülteci Statüsüne Dair Konvansiyon, md. 1/A-2. Sığınma ve Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler, BMMYK Türkiye Temsilciliği, Ankara, 1998,Op.Cit.

²⁰ Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 Protocol, Çevrimiçi: <http://www.unhcr.org/4d9486929.pdf>, 26.09.2018. UNHCR, *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law*, Response to the Questions posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93, Çevrimiçi: <http://www.unhcr.org/home/RSDLEGAL/437b6db64.html>, <http://www.refworld.org/docid/437b6db64.html> 26.09.2018. UNHCR, *Note on the Principle of Non-Refoulement (EU Seminar on the Implementation of the 1995 EU Resolution on Minimum Guarantees for Asylum Procedures)*, 1 November 1997 Çevrimiçi: <http://www.unhcr.org/home/RSDLEGAL/438c6d972.html>, 26.09.2018. Bu konuda aksi görüşler için bkz.

ederek üçüncü bir ülkeye gidip orada sığınma talebinde bulunan kişileri ifade etmektedir. BMMYK da faaliyetlerinde mülteciler ve yer değiştirmiş kişiler ayrımını kullanarak, yer değiştirmiş kişilerin (displaced persons, asylum seeker), sığınma hakkını ve korumayı talep etmiş ancak bu korumadan henüz yararlanamamış kişiler olarak belirtmekte, ancak ülkenin sığınma hakkını vermiş olduğu kişiler için de mülteci (refugee) terimini kullanmakta ve terimler arası farklı kullanımlara ilişkin sorunları bu şekilde ortadan kaldırmaya çalışmaktadır. Göçmen (migrant) terimi ise, sığınma hakkı arayanların aksine, kendi devletlerin korunmasından yararlanmaya devam eden, daha çok ekonomik nedenlerle, daha iyi bir yaşam sürdürebilmek amacıyla gönüllü olarak uyruğunda bulunduğu devletin ülkesinden ayrılarak, bir başka ülkeye göç eden kişiler için kullanılan bir terimdir. Ayrıca, göçmenleri kabul eden devletlerin, sığınma hakkı kapsamında olduğu gibi temel bir insan hakkından kaynaklanan sorumlulukları bulunmamaktadır.²¹

1951 Konvansiyonu'nun amacı, göç hareketlerini düzenlemek değildir; amaç ülkelerine geri dönemeyecek ve onların korumasından yararlanamayacak olan mültecilerin sahip oldukları statülerinin ve haklarının belirlenmesidir. Göç eden kişiler, ülkelerinden daha iyi bir hayat için gönüllü olarak ayrılmakta ve kendi ülkelerine dönmek istedikleri takdirde, devletlerinin korumasından yararlanmaya devam etmektedirler. Sığınma arayanlar ise, 1951 Konvansiyonu'nda sayılan nedenlerle ülkelerini terk etmekte ve kalıcı bir barış andlaşması ya da hükümet değişikliği gibi, ülkelerinden kaçma nedenlerini ortadan kaldıracak gelişmelerin yaşanmaması halinde, ülkelerine dönememektedirler. Bu iki grubu ayırt etmek, 1951 Konvansiyonu'nun uygulanması anlamında güçlük yaratmaktadır; ancak göç politikaları mülteci hukukunun değil, devletlerin hükümetlerinin görev alanına giren bir konu ve devletin iç idari ve hukuki düzenlemesidir.²²

Konvansiyon kapsamında terim sorununa açıklık getirdikten sonra devletlerin bu statüler altında çeşitli haklardan yararlanabilmek için ülkelerine gelen insan akınları ile nasıl baş edeceği hususu da hakların düzenlenmesine ve uygulanmasına ilişkin diğer bir önemli konuyu oluşturmaktadır. Hakların kimlere hangi şartlar altında tanındığı veya tanınacağı, bu hakların hangi uluslararası düzenlemelerden kaynaklandığı mülteci hukukunun diğer önemli bir konusudur. Mülteci haklarının tanınması

²¹ Daniel J. Steinbock, *Op.Cit.*, p. 738.

²² Nasih Sarp Ergüven, Beyza Özturanlı, "Uluslararası Mülteciler Hukuku ve Türkiye", *AÜHDF*, 62 (4), 2013, p. 1021.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

ve uygulanması, mülteci statüsünün kazanılması ile yani bir ülkeye iltica etmek veya iltica talebinde bulunmak ile başlayacaktır.

Kişilerin çeşitli nedenlerle iltica etmeleri ve hatta bazı durumlarda ülkeye izinsiz yollardan giriş yapmaları ve bu nedenle zorunlu idari gözetim altına alınmasına ilişkin bazı devletler tarafından kabul edilen politikaların ve uygulamaların, uluslararası hukukla ne kadar bağdaştığı, gözetim koşulları altında uluslararası düzenlemelerle mültecilere ne gibi haklar tanındığı da mülteci statüsü ve hukukunu ilgilendiren önemli bir konudur. Mülteci Konvansiyonu, kişilerin hareketliliğinin kısıtlanması ve ülkeye giriş konusunun, yalnızca “gerekli haller” ve “statülerinin, sığınılan ülke tarafından hukuki kabul edilene veya (güvenli) üçüncü bir ülkeye geçene kadar kısıtlamaların uygulanması” ile sınırlanması gerekliliğine vurgu yapmaktadır. 1999 BMMYK Raporlarında da, ülkeye gelen sığınmacılara karşı gerçekleşen gözetim uygulamalarının normal bir usul olarak değil istisnai bir durum olduğu açıkça belirtilmektedir. İzinsiz olarak ülkeye giren kişileri otomatik olarak veya haksız yere gayri hukuki uygulamalara maruz bırakılmamalı, açıkça listelenmiş istisnai durumlar dışında vazgeçilmez bir kural olarak uygulanmamalıdır. Mültecilerin gözetim altında tutulmasına ilişkin husus ayrıca Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi madde 9’da “Herkes kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse keyfi olarak gözaltına alınmaz veya tutulamaz. Hiç kimse hukukun öngördüğü sebepler ve usuller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz...Gözaltına alınarak veya tutuklanarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kimse, tutulmasının hukukiliği hakkında hemen karar verebilecek ve eğer tutulması hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir...”²³ hükmü ile de düzenlenerek haklar koruma altına alınmakta ve haksız uygulamaların uluslararası hukuk ihlali niteliği taşıyacağı bu hükümden de anlaşılabilir. Mültecilerin, nedeni ne olursa olsun veya ülkeye girişlerin izinli veya izinsiz olması arasında ayırım yapılmaksızın gözetim altına alınma sürecinin hukuki ve yargısal denetime tabii tutulması gereği İnsan Hakları Komisyonu Genel kararlarında da açıkça belirtilmektedir.²⁴ Gözetim altına alınma ve tutulma sürecinin ancak sözleşmede belirtilen koşullar altında hukuki olabileceği ancak bunun da sınırlandırma ve denetime tabii olması gereği, bu koşulların mevcut olmadığı durumlarda ise ülkeye girişin gayri hukuki olması halinde

²³ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çevrimiçi: <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>, 19.09.2018.

²⁴ Human Rights Committee General Comment No.8 1982. Çevrimiçi: <http://www.refworld.org/docid/4538840110.html> , 20.09.2018.

bile tamamen tartışmaya açık olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, İnsan Hakları Komisyonu iltica prosedürü için bekleyenlerin hangi koşullar altında ve ne kadar süre ile gözetim altında tutulacağına ilişkin yorumlarda bulunarak ve almış oldukları kararlar ile bu tartışmalara açıklık getirmeye çalışmış ve konuya katkıda bulunmuştur. İster yalnız ister birinin eşliği altında ülkeye giriş yapan çocuk mültecilerin gözetim koşulları, yaşlarının ihtiyaçlarına uygunluk ölçütlerine dikkat edilerek, uluslararası hukuka uygun koruma ve insani yardım ilkeleri altında belirlenerek son care olarak başvurulabilecek durum olduğu da yine bir diğer uluslararası sözleşme olan Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesinde açıkça belirtilmektedir. Buradan da anlaşılmaktadır ki, uluslararası hukuk açısından mülteci hakları çerçevesinde sayılan haklardan biri olan, gözetim koşullarının insani, insan onuruna uygun, saygı çerçevesinde olması gerekliliği, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde ve yine 1984 “İşkenceye ve Diğer zalimane, İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamelelere veya cezaya karşı Sözleşme”, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (md.7) gibi diğer uluslararası sözleşmelerin genel ve özel hükümleri içinde yer alarak koruma altına alınmıştır.

Bu bağlamda yukarıda da bahsettiğimiz gibi mültecilere ilişkin diğer önemli ve hayati bir düzenleme ve hak ise non-refoulement geri gönderilmeme hakkıdır. Her ne kadar devletler ülkelerine kimleri hangi şartlar altında kabul edeceklerine karar verebilme yetkilerini egemenlik ilkesi çerçevesinde saklı tutsalar da başta 1951 Konvansiyonu olmak üzere uluslararası sözleşmelerle geri gönderme yasağı kapsamında sınırlandırılmışlardır. Yukarıda da belirtildiği gibi devletler bu ilkenin yer aldığı sözleşmelere taraf olsun olmasınlar, bu düzenleme uluslararası hukuk kapsamında teamül hukukunun bir parçası olarak uygulandığından tüm devletleri bağlamaktadır. Devletlerin, bu hakkı ihlali durumu sözkonusu olduğunda BMMYK'nin konuya müdahale etmesi gerekliliği doğmaktadır. Geri göndermeme ilkesi 1951 Konvansiyonu md 33'de; “Hiçbir taraf devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade (“refouler”) etmeyecektir. Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümlerle mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez.” şeklinde ifade edilmiştir. Bunun dışında, zulüm riski olan yere gönderme aynı zamanda İşkenceye veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele

veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi'nde (madde 3)²⁵, 1949 Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nde (madde 45/4)²⁶, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde (madde 7), Kaybolmaya Karşı Herkesin Korunması Hakkında Bildiri'de (madde 8)²⁷, Kanun Dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkili Bir Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulması Hakkında Prensipler'de (ilke 5)²⁸ açıkça veya yoruma bağlı olarak yasaklanmıştır. Bu hakkını açık bir şekilde olmasa bile getirdiği düzenlemelerin içeriği itibariyle tanımakta olan bölgesel insan hakları sözleşmeleri ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 3), Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 22)²⁹, Afrika Birliği Örgütü Mülteci Sözleşmesidir (md. 2)³⁰.

Mülteci statusü elde etmiş veya elde etmek için başvuran kişilerin diğer önemli bir hakları da daha önce belirtildiği üzere kişi güvenliği koşullarının oluşturulmasıdır. Kişi güvenliği dediğimiz zaman en temel hak olan yaşam hakkı ve kişi özgürlüklerinin sağlanması anlaşılmaktadır. Bu haklar, İnsan Hakları evrensel Beyannamesi ile kişilere yalnızca insan olma niteliğinden ötürü doğrudan doğruya tanınmış en temel insan haklardandır. Mülteci, sığınmacı ve göçmenlerin de bu grubun özel bir alt kümesi olması nedeniyle de bu haklara doğrudan sahip olmasından daha doğal bir şey yoktur. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi madde 6 hükmü de “ Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz...”diyerek yine açıkça korunan uluslararası haktan bahsetmektedir.

²⁵ İşkenceye veya Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi. Çevrimiçi: http://www.danistay.gov.tr/upload/iskence_ve_diger_zalimane_gayri_insani_veya_kucultucu_muamele_veya_cezaya_karsi_sozlesme.pdf, 03.09.2018.

²⁶ 1949 Dördüncü Cenevre Sözleşmesi. Çevrimiçi: <https://www.icrc.org/en/download>, 03.09.2018.

²⁷ Kaybolmaya Karşı Herkesin Korunması Hakkında Bildiri. Çevrimiçi: <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/312b12--Zorla-Kayip-Edilmeye-Karsi-Herkesin-Korunmasına-Dair-Bildiri.pdf>, 03.09.2018.

²⁸ Kanun Dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkili Bir Şekilde Önlenmesi ve Soruşturulması Hakkında Prensipler. Çevrimiçi: <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/824b10--Hukuk-Disi,-Keyfi-ve-Kisa-Yoldan-Infazlarin-Etkili-Bicimde-Onlenmesi-ve-Sorusturulmasına-Dair-Prensipler.pdf>, 03.09.2018.

²⁹ Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi. Çevrimiçi: <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2015/05/02.pdf>, 03.09.2018.

³⁰ Afrika Birliği Örgütü Mülteci Sözleşmesi, Çevrimiçi: http://www.madde14.org/index.php?title=Afrika_Birliği_Örgütü_Mülteci_Sorunlarının_Özel_Yönlerini_Düzenleyen_Sözleşme, 03.09.2018.

Eşit koruma ve gerekli süreç başlığı altında toparlayabileceğimiz; hukuk karşısında eşit olma, yargıya ve adalete erişimin eşit olması, adil yargılanma hakkı, tartışmalı gözetim altına alınma ve yakalamaların uygulanmaması hakları da mültecilerin ülkede buldukları ve mülteci statüsünü elde etme süreçleri boyunca sahip oldukları haklardandır. Bu haklar da hem 1951 Mülteci Konvansiyonu hem de yine İnsan Hakları evrensel Beyannamesi ile kişilere tanınmış ve korunma altına alınmışlardır.

Mülteci hakları içinde sayılan sığınma talep etme ve arama hakkı, 1984 “İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muameleye veya Cezaya Karşı Sözleşme, 1951 Mülteci Konvansiyonu ve 1967 Protokolü kapsamında mültecilere, hayati tehlike, işkence ve zulümden kaçarak diğer bir devlete sığınma hakkı tanımaktadır. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi İşkence Yasağı başlığı altında madde 7’de “Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlıkdışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.” hükmü ile bu davranışlara maruz kalan kişilerin ülkelerinden kaçarak başka ülkelerde sığınma talebinde bulunmasının hukukiliğine ve kabul edilebilir haklılığına işaret etmektedir.

Adil çalışma koşullarının sağlanması, adil ücret uygulaması, güvenli çalışma ve düzgün yaşam ve çalışma standartlarının sağlanması, gibi haklar hem 1951 mülteci Konvansiyonu hem 1990 “Mülteci İşçi ve Tüm Aile Üyelerinin Korunmasına İlişkin Konvansiyon”, 1977 Göçmen İşçinin Hukuki Statüsü Hakkında Avrupa Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2005 Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi ile düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Mülteci işçilerin toplu olarak işten çıkarılmasını engelleyen ve ülkenin kendi tabiyetinde olan diğer işçilerle eşit ücret almasını sağlayan, sendikalara üye olma hakkı tanıyan, zorla çalıştırılma ve köleliğe maruz bırakılmaması gibi bazı temel garantileri sağlayan sözleşmeler, özel korunmaya muhtaç olan savunmasız mülteci işçileri³¹ korumaya yönelik hakları ortaya koymaktadırlar. Bu haklar özellikle ülkeye gayri hukuki yollardan girerek ülkede izinsiz bulunan kişilerin, bu şartlardan ötürü maruz bırakıldıkları, neredeyse kölelikle özdeşleşecek

³¹ Ekonomik krizler kendi ülkesinde iş bulamayanların göç ederek yeni iş aramasına sebep olurken aynı zamanda kabul eden ülkelerde yaşanan sıkıntılar nedeniyle kendi ülkelerindeki vatandaşlarına iş bulamazken göçmen işçileri kabul etmek istememekte ve kota uygulamaktadırlar. Sektörel olarak işlerin azalması, bunu kompanse etmeye çalışan kadınların erkeklerin yerine iş hayatına girmesine neden olmakta, kadın işçilerin ayırım gözetilmeden iş hayatına girmesi ve aile birliğinin korunması ve kota uygulamalarının kaldırılması garantisi de yine bu uluslararası sözleşmeler ile sağlanmaya çalışılmaktadır.

şekilde olan zor yaşam ve çalışma koşullarının ortadan kaldırılması ve düzenlenmesi anlamında daha da büyük önem taşımaktadırlar.³² Hem işçi mültecilik kapsamında hem işçi olmayan mülteciler için bir hak olan kölelik yasağı 1951 Konvansiyonunda sayılan haklardan biri olmasının yanında aynı zamanda, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi md. 8 de geçen “Hiç kimse köle olarak tutulamaz; her türlü kölelik ve köle ticareti yasaktır...Hiç kimse kul olarak tutulamaz. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz; ..” hükmü ile ve aynı zamanda genel kapsamlı olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi md.4 de açıkça uluslararası koruma altına alınmaktadır.

Diğer bir önemli mülteci hakkı olan aile birliğinin korunması hakkı da 1951 Konvansiyonunda yer alan haklardan bir tanesidir ve yine 1989 “Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi” md 8 ‘kimliğin korunması hakkı, md.9 ‘anne-baba ile yaşama hakkı’ ve md.10 ‘ailenin yeniden birleşmesi’, 1990 “Mülteci İşçi ve Tüm Aile üyelerinin Korunmasına ilişkin Konvansiyon” nunda (md.44)³³ da ayrıca sayılan ve koruma altına alınan haklardandır.

Din, dil, ırk gibi nedenlerle ayrımcılığa maruz bırakılmama hakkı, hem 1951 Mülteci Konvansiyonu hem İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (md.2) ile mültecilere tanınmış haklardandır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile kişilere tanınan temel haklardan biri olan ayrımcılığa maruz bırakılmama hakkı, bir ülkede yabancı olarak buna maruz kalabilecek mültecileri hem genel bir grup olarak korumakta, hem de 1951 Konvansiyonu ile açıkça sayılan bu kişiler özel bir grup olarak korumaktadır.

Ayrımcılığa maruz bırakılmamanın yanı sıra dinlerinin gereklerini özgürce yerine getirebilme, dillerini konuşabilme ve kültürlerini yaşayabilme ve

³² David Wesbradt , Justin Rhodes, “United Nations Treaty Bodies and Migrant Workers”, Research Handbook on International Law and Migration, ED. Vincent Chetail, Celine Bauloz, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 303.

³³ 1990 Mülteci İşçi ve Tüm Aile üyelerinin Korunmasına ilişkin Konvansiyon Madde 44 “1. Taraf Devletler, ailenin toplumun doğal ve temel birimi olduğunu ve toplum ve Devlet tarafından korunmaya hakkı olduğunu kabul etmiş olup, göçmen işçilerin ailelerinin birliğinin korunmasını teminen gereken önlemleri alırlar. 2. Taraf Devletler, göçmen işçilerin eşleriyle veya denk bir ilişki içinde olan kişilerle ve bakmakla yükümlü oldukları evlenmemiş çocuklarıyla birleşmeleri için gerekli önlemleri alır ve buna imkanlar ölçüsünde uygun ortam sağlarlar...” Çevrimiçi: <http://www.goc.gov.tr/files/files/Tüm%20Göçmen%20İşçilerin%20ve%20Aile%20Fertlerinin%20Haklarının%20Korunmasına%20Dair%20Uluslararası%20Sözleşme.pdf> , 23.09.2018.

devam ettirebilme 1951 Konvansiyonu ve Ekonomik ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile mültecilere tanınmış haklardandır.

Uygun yaşam koşullarının sağlanması, temel ihtiyaçlardan biri olan yeterli barınma koşullarının, ikamet ve yerleşim yerinin sağlanması, temel eğitim hakkı ve eğitime ulaşımın özellikle çocuk mülteciler için vatandaşlarla eşit bir biçimde sağlanıyor olması, özellikle acil durumlar, hayatın korunması veya geri dönülemez zararın meydana gelebileceği durumlarda gerekli koşulların sağlanarak sağlık yardımından, zorunlu tıbbi bakımdan yararlanılması hakkı hem yaşam hakkı hem de temel ihtiyaçlara erişim bakımından İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (md.3) kapsamında, Ekonomik ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile hem de 1951 Konvansiyonu kapsamında uluslararası hukuk altında korunmaktadır.

Her ne kadar mutlak bir hak olarak kabul edilmese de kişilere, İnsan hakları Evrensel Beyannamesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (md.12(2)) gibi uluslararası araçlarla temel insan hakları kapsamında tanınan; serbest dolaşım, seyahat ve ülkeyi terk etme hakları, ancak milli güvenlik, kamu düzenini korumak gerekliliği ortaya çıktığında ve ancak uluslararası sözleşmelerle tanınmış haklar ve koruma çerçevesinde kalmak kaydıyla sınırlandırılabilir. Bu haklar, seyahat belgelerinin (pasaport, vize) sağlanması, kimlik bilgilerinin düzenlenmesi, mültecilere diledikleri gibi yer değiştirebilme, hareket etme, seyahat özgürlüğü sağlayan haklardandır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında seyahat yasaklamalarının yabancı göç mevzuatlarını ihlal ettiği ve ülkeyi terk etme ve seyahat özgürlüğü gibi haklarla çeliştiğini belirtmektedir. Ancak uluslararası kamu hukuku kuralları çerçevesinde ülkeyi terk etme hakkı kişilere doğal olarak bir başka ülkeye girme hakkını da vermemektedir. Globalleşen dünyada malların, hizmetlerin ve paranın serbest dolaşım, özel uluslararası sözleşmelerle tanınanlar dışında aynı şekilde bir özgürlük ve hak olarak maalesef ki insanlara tanınmamıştır. Bu konu mülteci hukukunda bir paradoksu oluşturmaktadır.³⁴ “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”(2000)³⁵ de bu açıdan Medeni ve Siyasal

³⁴ Vincent Chetail. Op. Cit.

³⁵ “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”, Çevrimiçi: https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/smuggling-migrants/SoM_Protocol_English.pdf, <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/english/files>, 30.09.2018. Türkiye 2003 yılında onaylamayı uygun bulma kanunu ile taraf olmuştur.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

Haklar Sözleşmesi ile aynı doğrultuda yorumlanmalıdır.³⁶ Bu protokol ile devletler, göçmen kaçakçılığını suç olarak kabul etmekte ve kaçakçılığın öznesi olan göçmenlerin ise cezai sorumluluğunun olmaması gerektiği protocol tarafından vurgulanmaktadır. Göçmenler insan ticareti³⁷ suçunun mağdurları da olabilmektedir. Bu durumda zorla yerlerinden edilen veya sahtekarlık kurbanı olan göçmenler sözkonusudur ki bu durumda çok daha savunmasız kalmaktadırlar. Protokol ile devletlerin bu konuda tedbir alması ve insan ticaretini suç kabul ederek bu fiilleri cezalandırılması hedeflenirken, suçun mağdurlarını fiziki, psikolojik olarak tedavi etmek, barınma olanakları sunmak, hukuki olarak sahip olduğu haklardan haberdar ederek yararlanmalarını sağlamak, iş ve eğitim imkanları sunmak gibi tedbirlerle, bu amaç, genişletilmiş ve geliştirilmiştir. Ayrıca Protokol insan kaçakçılığı ve ticareti mağdur göçmenlerin ulaştıkları ülkede kalmalarına da izin vermektedir.³⁸ "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi"³⁹inde de bu hükümler kadınlar özelinde düzenlenmiş ve kadın ticaretinin önlenmesine ilişkin her türlü tedbirin alınması gerekliliği belirtilmiştir. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Komisyonun aldığı kararlarda, bu duruma maruz kalan zorla yerinden edilmiş kadınların mülteci hukuku ihlali ile suçlanamayacağı ve hatta insan kaçakçılığı suçunu işleyenler aleyhine tanıklık etmeleri için uygun koşulların ve desteğin sağlanması gerektiğini belirtilmektedir.⁴⁰

SONUÇ

Ülkesel egemenlik mülteci hukukunun temelini ve aynı zamanda sınırlarını oluşturan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlet egemenliği kavramı tüm uluslararası hukuk alanlarının içinde en belirgin olarak mülteci hukukunda görünürlük kazanmaktadır. Egemenlik ilkesi

³⁶ Colin Harvey, Ropert P. Barnidge, 'Human Rights, Free movement and the Rights to Leave in International Law', International Journal of Refugee Law, Vol.19, Issue 1, 1 March 2007, pp.1-21. Çevrimiçi: <https://academic.oup.com/ijrl/article-abstract/19/1/1/1562101?redirectedFrom=fulltext>, 30.09.2018.

³⁷ Protocol to Prevent, Suppress and punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, (2000), Çevrimiçi: <https://www.osce.org/odihr/19223?download=true>, https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/smuggling-migrants/SoM_Protocol_English.pdf., 30.09.2018.

³⁸ Omar Greech, Op. Cit.

³⁹ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, 2004. Çevrimiçi:https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf, 03.09.2018.

⁴⁰ Omar Greech, Op. Cit. 2006 Malezya'ya tavsiye kararında bu tavsiyelerde bulunmuştur.

mülteci hukukunun insan hakları doğasını etkilemekte midir önemli olan soru budur? Cenere Konvansiyonu birbiriyle rekabet halinde olan iki menfaat arasındaki uzlaşmayı temsil etmektedir; ülkesinden kaçarak sığınma arayan mağdur kişilerin insani muamele görmesi ile insan haklarından yararlanmak isteyen kişilerin menfaatleri ve ülkesine giriş yapan bu kişiler üzerinde kontrol sağlamaya çalışan egemen devletlerin menfaatleri.

İnancıl hukuk askeri gereklilik ve insaniyet arasındaki dengeyi kurmaya çalışırken, insan hakları hukuku da milli güvenlik endişeleri ile kişi haklarının sınırlandırılması arasındaki dengeyi kurmaya çalışmaktadır. Birçok insan hakkı mutlak değil hatta kamu düzeni ve güvenliği nedeniyle sınırlandırılabilir durumdadır. Hatta bazı uluslararası insan hakları sözleşmeleri milli güvenliğin tehdit eden kamusal tehlikeler karşısında devletlere sözleşmelerin yürürlüğünün sınırlandırılması imkanını vermektedir.

Uluslararası hukukta konuyla ilgili sözleşmeler ve etkilerine baktığımızda, duygusal veya politik yaklaşımların dışında, uluslararası hukukun, göçmen ve mültecilere ilişkin düzenlemeleri ve vaat edilen hakları ciddiye aldığı anlaşılmaktadır. Bu konuda, çeşitli uluslararası hukuk araçları ile yeni düzenlemeler yapılarak geliştirmekte ve bu araçların devletler tarafından mümkün olduğunca sınırlandırılmadan evrensel bir uygulamasının sağlanmasına çalışmaktadır.

Uluslararası hukukunun göçmen, mülteci ve sığınmacı haklarını korumasının başarıya ulaşabilmesi için toplumda kültürel ve bu işi yürütenler açısından algıda bir devrim olması gerekmektedir. Mülteci hukuku konusunda çalışan hukukçuların insan hakları hukukunda uzman olması, insan haklarının ve bunlardan doğan yükümlülüklerin yalnızca biliniyor olması değil aynı zamanda haklar kapsamında doğan sonuçların da tam anlamıyla kabul edilebiliyor, anlaşılıyor olması gerekmektedir.

Bu yolda, düzenlemelerin uygulanması ve denetlenmesine ilişkin uluslararası mekanizmaların geliştirilmesi ve hatta yenilerinin oluşturulması, varolan sözleşmelerin yürürlüğünün genişletilmesi ve daha çok devlet tarafından katılımın ve onayının sağlanması, mevcut çekincelerin azaltılması ve konuda uluslararası hukuk kurallarının varlığına ilişkin kamu farkındalığı ve bilincinin artırılması çalışmaları yürütülmelidir. Kamunun desteği alınmadan kuralların uygulanması açıkçası pek de mümkün gözükmemektedir.

Umuyoruz ki Henkin'in de bu konuda belirttiği gibi, 'Birkaç cümle ile toparlamak istenirse: bu konuda sadece duygusal açıdan merhametli olmak değil aynı zamanda sorumluluğu kabul etmek; devletlerin sorumluluğu hususunda yalnızca bireysel değil kollektif sorumluluğu ortaya koymak;

yalnızca Mülteci Konvansiyonunun yürürlüğü değil, diğer uluslararası sözleşmeler ve BM Sözleşmesinin uygulanmasını sağlamak; icra ve denetim mercilerinde yalnızca Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin değil, İnsan Hakları Komisyonu'nun ve hatta gerekli olan durumlarda Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin birlikte hareket etmesini gerçekleştirmek"⁴¹ ile sonuca ve başarıya ulaşılacaktır.

KAYNAKÇA

- Ann Vibeke EGGLI Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law, Hague, Martinus Nijhoff Pub.,2002.
- Colin Harvey, Ropert P. Barnidge, 'Human Rights, Free movement and the Rights to Leave in International Law', International Journal of Refugee Law, Vol.19, Issue 1, 1 March 2007.
- David Wesbradt , Justin Rhodes, "United Nations Treaty Bodies and Migrant Workers", Research Handbook on International Law and Migration, ED. Vincent Chetail, Celine Bauloz, Edward Elgar Publishing, 2014.
- Daniel J. Steinbock, "Interpreting The Refugee Definition", Ucla Law Review, Vol. 45, 1998
- Guy S. Goodwin-Gill, 'The Limits of The Power of Expulsionin the Public Internatinal Law', Vol. 1, Chapter 2, Clerandon Press, 1978.
- Guy S Goodwin-gill, The International Refugee in International Law, Oxford-New York, Oxford University Press, 1996.
- Hannah Arendt, The Origin of Totalitarizm, Meridian Books, 1958.
- Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- James A.R. Nafziger, 'The General Admission of Aliens under International Law', The American Journal Of International Law, Vol. 77, No.4, 1983, Chapter 1.
- Louis Henkin, "Introduction, Refugees and Their Human Rights", Fordham International Law Journal, Vol.18, Issue 4, Article 1, 1994-1995.
- Nasıh Sarp Ergüven, Beyza Özturanlı, "Uluslararası Mülteciler Hukuku ve Türkiye", AÜHDF, 62 (4), 2013
- Nuray Ekşi, Mültecilere ve Sığınmacılara İlişkin Mevzuat, İstanbul, Beta Yayınları, 2010

⁴¹ Louis Henkin, "Introduction, Refugees and Their Human Rights", Fordham International Law Journal, Vol.18, Issue 4, Article 1, 1994-1995, p. 1081.

- Omar Grech, 'Migrants' and Refugees' Rights: A Brief International Law Perspective', O. Grech, & M. Wohlfeld (Eds.), Migration in the Mediterranean : human rights, security and development perspectives, Msida: Mediterranean Academy of Diplomatic Studies, 2014.
- Sığınma ve Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler, BMMYK Türkiye Temsilciliği, Ankara, 1998.
- Vincent Chetail, 'Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of The Relations Between Refugee Law and Human Rights Law', Human Rights and Immigration, Ruth Rubio –Marin, Oxford University Press, 2014
- William A. Schabas, 'Non-Refoulement', in Expert Workshop on Human Rights and International Cooperation in Counter-Terrorism, ODIHR.GAL/14/07,2007

*** DEFINITIONAL QUAGMIRE OF HUMAN TRAFFICKING UNDER INTERNATIONAL LAW: MAKING A TRAVESTY OF THIS PHENOMENON?**

(İNSAN TİCARETİ ULUSLARARASI HUKUKUN TANIMSAL ÇIKMAZI İÇERİSİNDE GÖLGELENMEKTE MİDİR?)

Dr. Ekin Deniz Uzun * **

Abstract

This paper deals with one major question: what is the meaning and scope of human trafficking under international law, considering the definitional quagmire surrounding this phenomenon? In order to answer this question, this paper first closely examines the Trafficking Protocol's definition. Then, it conducts its analysis around the comparison of slavery and trafficking and the comparison of smuggling and trafficking under international law, which pertains to the issue of the definitional quagmire. The aim of this paper is to conclude whether existing definitions are unclear, and if so this is because these three terms/concepts (slavery, smuggling and trafficking) are various points on one continuum ('mere point[s] on a poorly defined continuum'), or whether it happens because the actual laws that relate to each concept are different, and thus the differences are more 'real' than just various conceptual interpretations. This paper posits that definitions do matter in many contexts. Definitions not only help law enforcement officials recognise victims, but also help legal systems. As trafficking is one of the most endemic human rights violations globally, it is crucial to understand whether human trafficking is equivalent to modern-day slavery and/or migrant smuggling in order to better understand this global crime and to protect its victims.

Keywords : *Human trafficking, international law, definitional quagmire, Trafficking Protocol, slavery, migrant smuggling.*

[†] Eserin Dergimize geliş tarihi: 08.11.2018. İlk hakem raporu tarihi: 31.12.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 02.01.2019. Onaylanma Tarihi: 10.01.2019.

* Ankara Yıldırım Bayazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9757-0223

Esere Atıf Şekli: Ekin Deniz Uzun, "Definitional Quagmire of Human Trafficking Under International Law: Making a Travesty of This Phenomenon?", YÜHFD, C.XVI, 2019/1, s.155-182.

ÖZ

Bu çalışma tek bir mesele üzerinedir: insan ticareti olgusunu çevreleyen tanımsal çıkmazlık ekseninde, bu kavramın uluslararası hukuktaki tanımı ve kapsamı nedir? Bu soruyu cevaplayabilmek amacıyla, bu çalışma ilk olarak İnsan Ticareti Protokolü'nün tanımını incelemektedir. Daha sonrasında, incelemesini tanımsal çıkmazı sorunsalına uzanan kölelik ve insan ticareti ile insan kaçakçılığı ve insan ticareti arasındaki tanıma yönelik karşılaştırma esaslı tartışması bağlamında sürdürmektedir. Bununla amaç, var olan tanımların açık olup olmadığını, açık değil ise bunun nedeninin bu üç terimin (kölelik, insan kaçakçılığı ve insan ticareti) bir sürecin çeşitli noktaları oldukları ('zayıf bir şekilde tanımlanmış noktalardan meydana gelen bir süreç'), ya da sebebin mevcut olan ilgili hukuki düzenlemelerin farklı olması ve dolayısıyla bu farklılıkların sanılanın aksine çeşitli yorumlamalardan daha gerçek olup olmadığını tartışmaktır. Bu çalışmada ileri sürüldüğü üzere, tanımlamalar bir çok açıdan önemlidir. Tanımlar yalnızca emniyet güçlerinin mağdurları belirlemelerinde değil, aynı zamanda hukuk sistemlerine de yardımcı olurlar. İnsan ticaretinin global anlamda en çok görülen insan hakları ihlali teşki eden suçlardan birisi olduğu düşünüldüğünde, insan ticaretinin kölelik ya da insan kaçaklığı ile eş değer olup olmadığını anlamak, bu global boyutlu suçu anlamak ve mağdurları korumak açısından önem kazanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsan ticareti, uluslararası hukuk, tanımsal çıkmaz, İnsan Ticareti Protokolü, kölelik, insan kaçakçılığı.

Human Trafficking Definition of the Trafficking Protocol

Until 2000, trafficking as a term was not defined by international law, even though it appeared in a number of international agreements.¹ Human trafficking is a complex and deeply troubling issue that is tied up with the nature of globalisation and the evolution of human rights discourse and practice.² In the process of struggling to define and identify human trafficking, the Trafficking Protocol emerged as a response to the diversity of trafficking practices worldwide, which is why it remains a living document.³

¹ Gallagher, A. T. (2010). *The international law of human trafficking* (p. 12). Cambridge University Press.

² Bassiouni, C., & Rothenberg, D., & Higonnet, E., & Farenga, C., & Invictus, A. S. (2010). Addressing international human trafficking in women and children for commercial sexual exploitation in the 21st century. *Revue Internationale de Droit Pénal*. 81(3), 417-491, p. 417. Doi: 10.3917/ridp.813.0417.

³ *ibid*, p. 447.

In terms of defining and regulating trafficking, the Protocol is a true breakthrough;⁴ although its definition is not perfect, it is good enough, as it incorporates a common understanding of trafficking.⁵ For example, with the Protocol, the meaning of human trafficking moved from sexual exploitation to exploitation in a much more general sense.⁶ For the first time, the definition linked trafficking with forced labour and slavery, bringing into play international conventions and agreements on forced labour. The Protocol described various types of human exploitation, connected to international instruments, and brought them together for the first time.⁷

Trafficking does not refer to a single act; rather, it covers a process that is organised in a variety of ways and involves a range of different actions and outcomes.⁸ The Trafficking Protocol offered the most comprehensive and universally accepted definition of trafficking, informing regional, sub-regional and national counter-trafficking legal frameworks.⁹ This is outlined in Article III, as follows:¹⁰

“Trafficking in persons” shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the

⁴ Gallagher, A. (2001). Human rights and the new UN Protocols on trafficking and migrant smuggling:

A preliminary analysis. *Human Rights Quarterly*, 23, 975-1004, p. 1004. Retrieved from January <http://traffickingroundtable.org/wp-content/uploads/2012/07/Human-Rights-and-the-New-UN-Protocols.pdf>. (Last accessed 3 January 2019).

⁵ *ibid*, p. 1004.

⁶ Koettl, J. (2009). Human Trafficking, Modern Slavery, and Economic Exploitation - a Discussion on Definitions, Prevalence, relevance for development, and roles for the world bank in the fight against human trafficking. SP Discussion Paper 0911, p. 6. Retrieved from <http://siteresources.worldbank.org/SOCIALPROTECTION/Resources/SP-Discussion-paper/Labor-Market-DP/0911.pdf> (Last accessed 19 December 2018).

⁷ Allain, J. (Ed.). (2012). *The legal understanding of slavery - from the historical to the contemporary* (p.215). Oxford University Press.

⁸ Anderson, B., & Davidson, J. O’C. (2003). Is Trafficking in Human Beings Demand Driven? A Multi-Country Pilot Study. *IOM Migration Research Series*, 15, 5-49. Retrieved from https://publications.iom.int/system/files/pdf/9-mrs_15_2003.pdf.

⁹ Ezeilo, J. N. (2015). Achievements of the trafficking protocol: perspectives from the former UN special rapporteur on trafficking in persons. *Anti-Trafficking Review*, 4, 144-149, p. 146. DOI: 10.14197/atr.20121548.

¹⁰ See OHCHR. (2014). Human rights and human trafficking. Fact Sheet No 36, 5. Retrieved from http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_en.pdf (Last accessed 3 January 2019). Note that this definition of human trafficking can be analysed through three layers/elements: action, means and purpose. Gallagher, A. T., & David, F. (2014). *The international law of migrant smuggling* (p. 69). Cambridge University Press.

abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.

This definition describes human trafficking as a process that can be organised in a variety of ways; involving a range of different actions and outcomes, rather than as a single, unitary act leading to one specific outcome.¹¹ On the one hand, this definition from the Protocol is unclear/open, because it understands the practice of trafficking as one that unfolds overtime for purposes of exploitation and can be developed in variety of different ways.¹² On the other hand, the Protocol's definition can be read as saying that trafficking is a non-consensual set of steps that together make a process, independently of where it takes place,¹³ as a chain of acts, interrelated with 'push and pull factors'.¹⁴

Gallagher states that 'it is difficult to identify a contemporary form of private exploitation that would not fall within the generous parameters of the definition'.¹⁵ Indeed, the Protocol's definition does not just refer exploitation as an end purpose, but also includes a recruiter, broker or transporter, who could be a trafficker, individual or entity, which initiates or sustains the exploitation.¹⁶ The Trafficking Protocol does not seek to suppress human exploitation per se.¹⁷

¹¹ Davidson, J. O'C. (2006). Will the real sex slave please stand up?. *Feminist Review*, 83, 4-22, p. 8. Retrieved from https://www.jstor.org/stable/3874380?seq=1#page_scan_tab_contents (Last accessed 10 September 2018).

¹² Anderson & Davidson. Is Trafficking in Human Beings Demand Driven? A Multi-Country Pilot Study. 5-49.

¹³ Koettl. Human Trafficking, Modern Slavery, and Economic Exploitation - a Discussion on Definitions, Prevalence, relevance for development, and roles for the world bank in the fight against human trafficking. p. 4.

¹⁴ Bales, K. (2007). What Predicts Human Trafficking. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 31(2), 269-279, p. 271. <https://doi.org/10.1080/01924036.2007.9678771>.

¹⁵ Gallagher, A. T. (2010). *The international law of human trafficking* (p. 47). Cambridge University Press.

¹⁶ *ibid*, p. 47.

¹⁷ Allain, J. (2015). The international legal regime of slavery and human exploitation and its obfuscation by the term of art: 'slavery like practice'. In *The Law and Slavery Prohibiting Human Exploitation*. Brill Nijhoff, 159- 193.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

The Protocol's definition seems sufficient to address different forms of trafficking practices, but there are still gaps, which will be discussed in the following part. Because it is important to define what in fact, and in law, exploitation actually is, yet no law defines it, although laws are written about prohibiting it.¹⁸ The lack of clarity around terms related to human trafficking, especially exploitation, leaves main components of its definition open-ended, which also makes human trafficking a complex phenomenon. This fact, as this paper posits, leads to a definitional quagmire due to the potential breadth of the components of its definition, as is explained in the following part.

What are the Pitfalls of the Trafficking Protocol's Definition?

It has become evident that questions remain about certain aspects of the definition of the Trafficking Protocol:¹⁹ 'questions have emerged regarding those aspects of the definition that are not elsewhere defined in international law or commonly known to the major legal systems'.²⁰ Indeed, the main issue with the Protocol's definition is related to the scope of the terms used to define trafficking. The potential breadth of the trafficking definition creates intricacy because it extends along the poorly defined continuum of international law regulations pertaining to slavery and smuggling; this is explained in the following part. The issue is not the narrowness of definition's scope, but the potential breadth of the definition provided by the Protocol;²¹ it would have been preferable if the Protocol had defined constituent elements of trafficking, namely exploitation, deception and coercion.²²

The scope of 'the abuse of power or the position of vulnerability' is not clearly identified in the Protocol, and thus can be interpreted differently. In the cases of trafficking for forced labour, for instance, it is not clear if the 'means' element of the trafficking definition is applicable whenever an employer exploits the economic vulnerability of workers, which would

¹⁸ Allain, J. (2014). No effective trafficking definition exists: domestic implementation of the Palermo Protocol. *Albany Government Law Review*, 7(1), 111-142, p. 129. Retrieved from http://www.albanygovernmentlawreview.org/Articles/Vol07_1/7.1.112-Allain.pdf.

¹⁹ See UNODC. Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons. Retrieved from http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf.

²⁰ *ibid.*

²¹ Gallagher. *The international law of human trafficking* (p. 48).

²² Kim, J. (2011). Prosecuting human trafficking as a crime against humanity under the Rome Statute. *Columbia Law School Gender and Sexuality Online*, p. 6. Retrieved from SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1779263> (Last accessed 2 January 2019).

constitute a non-consensual exploitation of labour power. The scope of forced labour is vague, as labour exploitation is a term used neither in the Trafficking Protocol nor in the regional documents building on this Protocol.²³ This kind of analysis can also be applied to cases in which the line between slavery and trafficking is blurred: it is hard to find the line between slavery and trafficking, and between slavery and exploitative work practices; or when considering exploitative conditions at what point does the situation become slavery.

In sum, as is explained in the following part, unclear boundaries of the terms used to define trafficking not only make its definition in the Protocol vague, but also place it in a poorly defined continuum formed by international regulations pertaining to trafficking, slavery and migrant smuggling. This leads to the definitional quagmire of trafficking.

What Forms the Definitional Quagmire of Human Trafficking?

This paper identifies that the intricacy of international legal rules make trafficking, slavery and smuggling ‘mere points on a poorly defined continuum’.²⁴ As explained above, although the Trafficking Protocol is a true breakthrough, components of its human trafficking definition have a potential breadth that can leave room for different interpretations. Just like the definition of trafficking is too broad, so too are the definitions of smuggling and slavery, as the details are explained in the following parts.

Indeed, there is confusion/overlap in international law between smuggling and trafficking. Thus, primarily the media, scholars and legal voices see an overlap between slavery-trafficking and smuggling-trafficking. That is why they have interpreted such intricacy of international law regulations in a way that e.g., trafficking has been referred as modern-day slavery or migrant smugglers have been identified as traffickers. This paper sees these varied interpretations as the reason for the definitional quagmire. In fact, there is not enough evidence to clearly imply that international law indeed uses the term

²³ Strauss, K. (2012). Coerced, forced and unfree labour: geographies of exploitation in contemporary labour markets. *Geography Compass*, 6, p. 139. <https://doi.org/10.1111/j.1749-8198.2011.00474.x>.

²⁴ Buckland, B. S. (2009). Human trafficking & smuggling: crossover & overlap. In Friesendorf, C. (Ed.). *Strategies against human trafficking: the role of the security sector human trafficking & organised crime in the us & western europe* (p.132). National Defence Academy and Austrian Ministry of Defence and Sports & Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces.

trafficking interchangeably with either slavery or smuggling. Reasons for this are explained as follows.

Definitional Quagmire of Trafficking in relation to Slavery

The international movement to abolish white slavery provided a framework for international human trafficking law regulations. In this process, ‘trafficking’ relating to human beings ‘came into international use in the early 20th century in connection with white slavery: a term that was initially used to refer to forcible or fraudulent recruitment to prostitution’.²⁵ Before that, the focus was exclusively on slavery, such that human trafficking as a term was not regulated in the context of international law under a specific treaty until the Trafficking Protocol. Yet, as is explained in this part, even after the adoption of the Trafficking Protocol, although the term trafficking was seen as different from slavery, trafficking has been referred to or characterised as ‘modern-day slavery’ by the international community.

The legal meaning of human trafficking is important, because calling trafficking a modern form of slavery sends a message that slavery is not a thing of past, but rather surreptitiously resurfaces in new guises, such as trafficking.²⁶ Yet without defining human trafficking, it would not be possible to identify trafficking victims. Although human trafficking as a phenomenon is similar to slavery, it does not necessarily mean that legally these two phenomena should be interpreted as sharing a close relationship. International law has not included trafficking as a form of slavery, yet the language used to define trafficking and slavery has motivated the international community to capture the legal meaning of these two phenomena precisely.

In the Trafficking Protocol’s definition, slavery is introduced as just one of the possible outcomes of what is termed trafficking; as ‘(...) include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others, or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, *slavery or practices similar to slavery, servitude*, or the removal of organs’.²⁷

²⁵ Gallagher. *The international law of human trafficking* (p. 13).

²⁶ Wilt, H.V.D. (2014). Trafficking in human beings, enslavement, crimes against humanity: Unravelling the concepts. *Chinese Journal of International Law*, 13, 297 - 334, p. 298. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmu015>.

²⁷ Davidson, J. O’C. (2015). *Modern slavery the margins of freedom* (p. 4). Palgrave Macmillan; Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime A/RES/55/2515 entered into force 25 December 2003 (Trafficking Protocol). (Trafficking Protocol), art 3(a) [emphasis added].

The definition links the act, the means and the purpose; accordingly, connections among the actors become a condition of identifying a trafficking case.²⁸ Under the Trafficking Protocol's definition, human beings do not necessarily have to be held in slavery, but have to be transported for purposes of exploitation. However, including slavery in the definition of human trafficking is interpreted as strong evidence of a substantive link between the two concepts, e.g., in one way or another; slavery would include human trafficking practices.²⁹ Similar to the definition in the Trafficking Protocol, the 1999 ILO Convention on the Worst Forms of Child Labour calls for 'immediate and effective measures to secure prohibition and elimination of the worst forms of child labour as a matter of urgency,' including 'all forms of slavery or practices similar to slavery such as the sale and trafficking of children, debt bondage and servitude and forced or compulsory labour'.³⁰ Further, the crime of enslavement in cases of sexual slavery have been considered an international crime to include trafficking for exploitative conducts in which an individual could stand trial before the International Criminal Court, for instance.³¹ Thus, slavery has been applied in a manner where its reach was meant to extend to situations associated with trafficking.

In some cases, slavery and human trafficking also intersect; e.g., the UN Deputy Secretary General Jan Eliasson, on the issue of Isis's trafficking of Yazidis, stated that those atrocities constituted human trafficking as 'slavery in the modern age'.³² This kind of overlap can be seen in, e.g., the exploitation of construction workers in the Persian Gulf, children in India working in brick kilns and garment workers in Bangladesh.³³ On that note indeed an illegal immigrant would likely endure mistreatment in working conditions for fear

²⁸ Bélanger, D. (2014). Labor migration and trafficking among vietnamese migrants in asia. *ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 653(1), p. 89. <https://doi.org/10.1177%2F0002716213517066>.

²⁹ Gallagher. *The international law of human trafficking* (p. 189).

³⁰ ILO Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour C182, 87th ILC session 17 Jun 1999, entered into force 19 November 2000 (Worst Forms of Child Labour Convention), art 1 [emphasis added].

³¹ Allain, J. (2009). The definition of slavery in international law. *Howard Law Journal*, 52, 239 - 275, p. 240.

³² Human Trafficking 'Slavery in the Modern Age', Says Deputy Secretary-General in Briefing to Security Council. (16 December 2015). Retrieved from <https://www.un.org/press/en/2015/dsgsm926.doc.htm> (Last accessed 9 April 2017).

³³ The Editorial Board. (2 December 2014). Modern slavery grows. *The New York Times*. Retrieved from <http://www.nytimes.com/2014/12/03/opinion/modern-slavery-grows.html> (Last accessed 9 April 2017).

of deportation. However, this does not mean that all migrant workers have been trafficked, whereas many trafficked persons are migrant workers who have left their homes in search of having a gainful job in another country. Hence, those vulnerable workers living in permanent fear of the law become very valuable for employers.³⁴ E.g., Oman's immigrant labour law was tying many foreign employees to a specific family's sponsorship; thus, many foreign employees faced exploitation and abuse at the hands of their Omani employers.³⁵ In some cases, people simply cannot walk away, and cannot make any choices about anything in their lives.³⁶ Taking account of related incidents, traditional religious practices also seem as a form of slavery and if concrete actions are not taken by states concerned to put an end to these practices, in some cases this may lead to trafficking related form of exploitation, for instance.³⁷ Scarpa, in this regard gives *Devadasi* (female servant of god) practice as an example. As Scarpa explains, this practice is found mainly in Southern India, and 'girls usually belonging to the Dalit community (the lower caste) are dedicated to a God before puberty and are subsequently unable to marry because they are obliged to become temple prostitutes'.³⁸ This practice is the result of their birth status, as 'children of Devadasi are also vulnerable to sexual exploitation and trafficking'.³⁹

Indeed, human trafficking, considering its violent nature, is reminiscent of slavery. In this regard, the overlap between slavery and trafficking has also been a major reason why some scholars and international judgements justify their view of trafficking as a form of modern-day slavery. The fact that trafficking is like slavery is one of the reasons why the two seem to overlap.⁴⁰ Yet irrespective of real-world examples, legally, no form of human trafficking

³⁴ Smith-Spark, L. (9 April 2013). Report: 600,000 forced labor victims in middle east. *CNN*. Retrieved from <http://edition.cnn.com/2013/04/09/world/meast/mideast-migrant-workers/> (Last accessed 3 January 2019).

³⁵ Fatzick, J. (13 July 2016). HRW: Foreign workers in oman face slavery-like conditions. *Voa News*. Retrieved from <http://www.voanews.com/a/hrw-foreign-workers-in-oman-face-slavery-like-conditions/3416230.html> (Last accessed 3 January 2019).

³⁶ Bales, K., & Cornell, R. (2008). *Slavery today* (p. 8). Groundwork Guides.

³⁷ Scarpa, S. (2008). *Trafficking in human beings: Modern slavery* (p. 15). Oxford University Press.

³⁸ *ibid*, p. 15.

³⁹ Scarpa. *Trafficking in human beings: Modern slavery* (p. 15).

⁴⁰ Mbembe, A. (2003). Necropolitics. *Public Culture*, 15(1), 11- 40, p. 21. <https://doi.org/10.1215/08992363-15-1-11>.

constitutes slavery, and, in the same vein, not all slavery is human trafficking.⁴¹

This paper argues that although there is overlap between slavery and trafficking philosophically and factually, it is not correct to interpret the intricacy of international legal regulations pertaining to these phenomena as suggesting that trafficking is modern-day slavery. On one hand, it is indeed difficult to use the Protocol's broad definition of trafficking clearly and with certainty in empirical research.⁴² On the other hand, there are some aspects of the definition of slavery under the 1926 Slavery Convention that have caused different interpretations, e.g., due to the ambiguous concept of ownership as an element of slavery. The definition of slavery is problematic in that e.g., powers attaching to the right of ownership and the forms of slavery that were to be progressively abolished were not specifically defined in the 1926 Convention. Given that the 1926 definition mentions 'powers attaching to the right of ownership are exercised', this might appear to suggest that a person needs to own another for slavery to be said to exist.⁴³ However, this is not the case according to the Australian equivalent of the United States Supreme Court.⁴⁴ The Court made it clear in its 2008 *Tang Case* that 'the definition has contemporary relevance in situations where a person does not legally own another, as they did in days of old'.⁴⁵ A person could be in a condition of slavery without legal ownership, whereupon they were treated like a slave in fact, if not in law.⁴⁶

Indeed on the international treaty level the term slavery was defined in 1926, confirmed in 1956, and replicated in substance as the definition of enslavement included in the 1998 Statue of the International Criminal Court.⁴⁷ These are the major slavery treaties that continue to be important, because they define key concepts used in later instruments, such as the

⁴¹ Valenti, J. (25 April 2014). Inside Human Trafficking: Don't Call It 'Modern Day Slavery' – Fix It Already. *The Guardian*. Retrieved from <http://www.theguardian.com/commentisfree/2014/apr/25/human-trafficking-modern-day-slavery-prostitution-in-new-york-city> (Last accessed 3 January 2019).

⁴² Bélanger. Labor migration and trafficking among vietnamese migrants in asia, p. 89.

⁴³ Allain, J., & Bales, K. (2012). Slavery and its definition. *Global Dialogue Queen's University Belfast Law Research Paper 12-06*, p.3. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2123155 (Last accessed 10 December 2018).

⁴⁴ *ibid*, p.3.

⁴⁵ *ibid*, p.3.

⁴⁶ *ibid*, p.3.

⁴⁷ *ibid*, p.3.

Trafficking Protocol.⁴⁸ What remains consistent in the definitions of the 1926 Convention, 1956 Supplementary Convention and the Rome Statute is the phrase ‘the powers attaching to the right of ownership’.⁴⁹ Unfortunately, the powers attaching to the right of ownership and the forms of slavery were not specified in the 1926 Convention, making slavery’s definition one point in a poorly defined continuum.⁵⁰ Correspondingly, these ambiguous provisions have been used by activists and scholars to justify an expanded definition of slavery beyond the boundaries of Article 1 of the 1926 Convention, which has caused a definitional quagmire.⁵¹

However, it should be noted that a situation of trafficking, debt bondage, bonded labour, or forced labour may be identifiable as slavery only if trafficking has involved, as required by the 1926 Convention, ‘the exercise of any or all of the powers attached to the right of ownership’.⁵² This means that if the right of ownership is fully exercised and retained when people are exploited, then human trafficking can be regarded as slavery.⁵³

Despite the poorly defined continuum generated by international law regulations pertaining to slavery and trafficking, human trafficking cannot legally be referred to as a new form of slavery, as ‘that would require the snake to swallow its own tail’.⁵⁴ Thus, slavery should not be used as a blanket term; this is also stated by legal commentators on decisions of the European Court of Human Rights and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.⁵⁵ Taking into account the Trafficking Protocol’s definition of human trafficking, it cannot be concluded that trafficking is in fact regulated as a form of modern- day slavery in a legal sense. According to the Protocol,

⁴⁸ Gallagher, A. T. (2010). Commentary to the recommended principles and guidelines on human rights and human trafficking. *United Nations Publication*, p. 20. Retrieved from https://works.bepress.com/anne_gallagher/15/ (Last accessed 3 January 2019).

⁴⁹ Allain. The international legal regime of slavery and human exploitation and its obfuscation by the term of art: ‘Slavery like practice’. (p.3).

⁵⁰ Gallagher, A. T. (2009). Human rights and human trafficking: quagmire or firm ground? A response to James Hathaway. *Virginia Journal of International Law*, 49(4), 789 - 848, p. 800. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1409816 (Last accessed 3 January 2019).

⁵¹ *ibid*, p. 800.

⁵² *ibid*, p. 810.

⁵³ Obakata, T. (2006). *Trafficking of human beings from a human rights perspective towards a holistic approach* (p. 20). Martinus Nijhoff Publishers.

⁵⁴ Allain, J. (2009). Book review, *scarpa, silvia; trafficking in human beings: modern slavery. European Journal of International Law*, 20(2), 453-457, p. 454. Doi: 10.1093/ejil/chp01

⁵⁵ Lee, M. (2011). *Trafficking and Global Crime Control* (p. 22). Sage Publications.

in order to qualify as a human trafficking victim, a person does not have to be held in slavery but must be transported for the purpose of exploitation.

This part concludes that slavery/human trafficking are perceived as equivalent, because they are ‘mere points on a poorly defined continuum’. The Trafficking Protocol left the scope of the main components of human trafficking vague, which brings more questions to the table, such as what is exploitation, and what constitutes coercion. On that note, exploitation is a key element of trafficking; yet exploitation per se does not constitute slavery.⁵⁶ In terms of defining the phrase ‘powers attaching to the rights of ownership’ in cases of slavery, the phrase’s scope has been discussed by the international community from different aspects, which has led to a definitional quagmire. In this context, irrespective of the poorly defined continuum, equating trafficking and slavery as legal terms would be incorrect, as they are processes whose elements differ at points.⁵⁷

Activities, which can be deemed as human trafficking, fall along a spectrum of exploitation, which could also cross into the realms of de facto slavery.⁵⁸ Indeed, as an exceptional evil, slavery, like human trafficking, ‘forcibly separate[s] people from family and friends to face long and uncertain journeys followed by purchase of total strangers in a highly degrading fashion’.⁵⁹ Thus, in a philosophical sense, the link between slavery and human trafficking is apparent. Yet in regards to such relationship in contemporary legal terms, international agreements on slavery dating from the latter part of the 19th century and the first decades of the 20th century do not purport to cover the practices that are associated with trafficking.⁶⁰ Both slavery and human trafficking are exploitative, yet the core difference between them can be discussed through the meaning of legal ownership and control, which has been addressed in this paper. Considering the reasoning behind the trafficking/slavery analysis, it is important to identify whether practices are slavery or trafficking, because diluting the slavery norm risks undermining its jus cogens status, which in turn could compromise the

⁵⁶ Elliott, J. (2015). *The role of consent in human trafficking* (p. 88). Routledge Taylor & Francis Group.

⁵⁷ Ibid, p. 49.

⁵⁸ Elliott. *The role of consent in human trafficking* (p. 92).

⁵⁹ Quirk. *The anti-slavery project from the slave trade to human trafficking* (p. 217).

⁶⁰ Gallagher. *The international law of human trafficking* (p. 55).

international community's ability to prosecute alleged perpetrators of slavery.⁶¹

Indeed, definitional discussion is not limited to determining how trafficking differs from slavery. Due to its transnational nature and global cross-border movements, human trafficking is also misidentified as migrant smuggling in some cases, which is why the following part addresses what migrant smuggling is in comparison to human trafficking.

Definitional Quagmire of Trafficking in relation to Migrant Smuggling

It was reported that 'human traffickers "netted up to four billion pounds last year"'.⁶² Yet the same report stated that 'human smugglers' made a record profit last year of around 4 billion pounds by exploiting the misery of refugees.⁶³ Looking at this language, one could assume that traffickers smuggle refugees, even though these terms have different legal meanings.⁶⁴ Indeed, Gallagher points that 'trafficking and migrant smuggling are processes that are often interrelated and almost always involve shift, flows, overlaps, and transitions. [E.g.], [a]n individual can be smuggled one day and trafficked the next'.⁶⁵ Buckland argues that 'smuggled and trafficked people fall along a continuum of abuse – quite clearly distinguishable at the extremes but increasingly hard to tell apart at the centre'.⁶⁶ It is difficult to identify victims of human trafficking when the victim is or was involved in illegal activity; in such cases e.g., a smuggled person becomes a trafficked person.⁶⁷ In the current Mediterranean crisis for instance, even though some individuals

⁶¹ Chuang, J. A. (2015). The challenges and perils of reframing trafficking as "modern-day slavery". *Open Democracy*. p.146. Retrieved from <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/janie-chuang/challenges-and-perils-of-reframing-trafficking-as-modern-day-slavery> (Last accessed 20 October 2017).

⁶² Gibson, C. M. (16 January 2016). Refugee crisis: human traffickers 'netted up to £4 bn last year'. *Independent*. Retrieved from <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/refugee-crisis-human-traffickers-netted-up-to-4bn-last-year-a6816861.html> (Last accessed 3 January 2019). See Trilling, D. (5 June 2018). Five myths about the refugee crisis. *The Guardian*. Retrieved from <https://www.theguardian.com/profile/daniel-trilling> (Last accessed 3 January 2019).

⁶³ *ibid.*

⁶⁴ Gallagher. *The international law of human trafficking* (p. 55).

⁶⁵ *ibid.*, p. 52.

⁶⁶ Buckland. Human trafficking & smuggling: crossover & overlap. (p.63).

⁶⁷ Smith, C. S., & Kangaspunta, K. (2012). Defining human trafficking and its nuances in a cultural context. In Winterdyk, J., & Perrin, B., & Reichel, P. (Eds.). (2012). *Human Trafficking exploring the international nature, concerns and complexities* (p. 27). CRC Press.

are trafficked overseas, they are characterised as illegal migrants or victims of migrant smuggling, as these characterisations are the easiest for national law enforcement authorities to make.⁶⁸

As is explained further below, these phenomena have different legal meanings, even though regulations for them under international law have caused the definitional quagmire leading to different interpretations.

Migrants are certainly at the mercy of smugglers during the journey, yet smuggling is a business, and like any other business it requires a certain level of trust: '[y]ou pay for a service and you get what you pay for'.⁶⁹ Smugglers are not the cause of migration or refugees' problems;⁷⁰ they simply respond to demand for geographic mobility created by increasing inequality among countries,⁷¹ e.g., many Eritrean refugees in Khartoum view smugglers as facilitators rather than exploiters.⁷² History witnessed heroes who saved people from oppression and death, e.g., helping Jews out of Nazi-occupied territory.⁷³ Yet some smugglers engage in terrible acts and take advantage of those who rely on them, through rape, torture, kidnapping and other types of abuse.⁷⁴ Those victims might be hidden among cargo shipments, resulting in injury or death by drowning, freezing or suffocating. The UN refugee agency said that in May 2016 more than 700 people might have drowned in 3 Mediterranean Sea shipwrecks South of Italy.⁷⁵ Additionally, overcrowding and environmental extremes, and shortages of food and water, aggravate the situation.⁷⁶ When they reach their destination, many experience other human

⁶⁸ *ibid.*, p. 278.

⁶⁹ Achilli, L. (2015). The smuggler: hero or felon?. *European University Institute Migration Policy Centre*, 10, 1-12, p. 6-7. Doi:10.2870/36445.

⁷⁰ Belloni, M., & Jeffrey, J. (30 November 2014). Human Smugglers: exploiters or pioneers of new underground railroad?. *Al Jazeera*. Retrieved from <http://america.aljazeera.com/articles/2014/11/30/human-smugglers-exploiters.html> (Last accessed 2 January 2019).

⁷¹ *ibid.*

⁷² *ibid.*

⁷³ Missbach, A. (26 March 2016). Human Smugglers Roundtable: Are Smugglers Parasites or Service Providers?. *Open Democracy*. Retrieved from <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/hsr/human-smugglers-roundtable-are-smugglers-parasites-or-service-providers-0> (Last accessed 2 January 2019).

⁷⁴ *ibid.*

⁷⁵ Kingsley, P. (29 May 2016). More than 700 migrants feared dead in three mediterranean sinkings. *The Guardian*. Retrieved from <http://www.theguardian.com/world/2016/may/29/700-migrants-feared-dead-mediterranean-says-un-refugees>. (Last accessed 3 January 2019).

⁷⁶ Todres, J. (2011). Moving upstream: the merits of a public health law approach to human trafficking. *North Carolina Law Review*, 89(2), 447-506, p. 466.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

rights abuses, including racism/xenophobia, restriction on freedom of movement, and strict law enforcement measures.⁷⁷ Indeed, smuggling is usually ‘no modern-day, Schindler-like humanitarian enterprise’; rather, it is a business driven by money, placing the lives and wellbeing of human beings at serious risk.⁷⁸

Nonetheless, as is stated above, in the process of migrant smuggling, smuggled people might endure extreme hardship and become victimised. Many people who make their way from Central America across Mexico are abducted, killed and raped.⁷⁹ Some people who are fleeing from conflict face the risk of being drowned: ‘more than 3,700 migrants died in the Mediterranean’ in 2015.⁸⁰ Since smuggled migrants are at high risk of being trafficked, it is important to highlight the following: ‘the obligation to identify those who have been trafficked; non-criminalisation of victims; provision of immediate protection and support; and provision of legal assistance’,⁸¹ which can be addressed as the victim identification problem. Having a clear understanding of trafficking is important, because this influences the treatment of trafficked ‘victims’ by states that the treatment reinforces this belief that there are deserving victims and ‘undeserving’ individuals to whom no victim status should be attributed.⁸² Possessing a mobile phone or some money may create the idea that they have not been trafficked, as they do not fit the expectation of a ‘perfect victim’.⁸³

In 1994, the International Organisation for Migration defined human trafficking as ‘including an illegal crossing of an international border, voluntary movement, and financial gain for the trafficker which was nearly

⁷⁷ Obokata, T. (2005). Smuggling of human beings from a human rights perspective: obligations of non- state and state actors under international human rights law. *International Journal of Refugee Law*, 17, 394-415, p. 397.

⁷⁸ Gallagher, A. (13 April 2015). Migrant smugglers: monsters or saviours?. *Open Democracy*. Retrieved from <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/anne-gallagher/migrant-smugglers-monsters-or-saviours> (Last accessed 2 January 2019).

⁷⁹ The Economist. (9 September 2010). No Safe Passage. Retrieved from <http://www.economist.com/node/16994348> (Last accessed 9 April 2017).

⁸⁰ Yardley, J., & Pianigiani, G. (29 May 2016). Three days, 700 deaths on mediterranean as migrant crisis flares. *The New York Times*. Retrieved from http://www.nytimes.com/2016/05/30/world/europe/migrants-deaths-mediterranean-libya-italy.html?_r=0 (Last accessed 3 January 2019).

⁸¹ OHCHR. Human rights and human trafficking. p.5; Gallagher, A. T., & David, F. (2014). *The international law of migrant smuggling* (p. 24). Cambridge University Press.

⁸² Elliott. *The role of consent in human trafficking* (p. 24).

⁸³ *ibid*.

the modern definition of migrant smuggling'.⁸⁴ Today, the Anti-Smuggling Protocol defines migrant smuggling as⁸⁵ '(...) the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident'. The Smuggling Protocol is important, since 'there is no universal instrument that addresses all aspects of smuggling of migrants and other related issues'.⁸⁶ Indeed by looking at the definition of migrant smuggling, it can be seen that 'smuggling and trafficking happen at the same time when a person's experience meets both definitions, i.e., they are taken over an international border in an irregular and forced or deceptive way for profit and exploited'.⁸⁷ This also brings the discussion back to the purpose element of trafficking, which is exploitation. Considering the in-depth meaning and unclear boundaries of the exploitation element in the context of human trafficking, it seems confusing whether in some cases human trafficking can be solely understood as migrant smuggling or vice versa. E.g., trafficking can be committed by means of illegal entry, similar to smuggling. Lee states that 'it is often unclear whether a person is tracked or smuggled at the beginning of his or her journey, as deception, exploitation and human rights abuses may not be apparent until later stages'.⁸⁸ Further note that migrant smuggling is exercised by the illegal migrants' consent, e.g., once the border is crossed, the transaction between smuggler and migrant ends. In

⁸⁴ Pierce, S. (12 November 2014). The vital difference between human trafficking and migrant smuggling. *Open Democracy*. Retrieved from <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/sarah-pierce/vital-difference-between-human-trafficking-and-migrant-smuggling> (Last accessed 3 January 2019); Gallagher. *The international law of human trafficking* (p. 19); Gunatilleke, G. (n.d.). International response to trafficking in migrants and the safeguarding of migrant rights: eleventh iom seminar on migration 26–28 october 1994, Geneva. *International Migration*, 32(4), p. 593. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2435.1994.tb00174.x>.

⁸⁵ UN General Assembly, Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime done 15 November 2000, GA Res 55/25 Annex III, UN GAOR, 55th Sess, Supp No 49, at 62, UN Doc.

⁸⁶ Roth, V. (2012). *Defining human trafficking and identifying its victims a study on the impact and future challenges of international, european and finnish legal responses to prostitution- related trafficking in human beings* (p. 93). Martinus Nijhoff Publishers, 93.

⁸⁷ Napier-Moore, R. (2011). FAQ 2: Smuggling and trafficking intersections. *Global Alliance against Traffic in Women (GAATW) Working Paper*, p. 9. Retrieved from http://www.gaatw.org/publications/Working_Papers_Smuggling/FAQ2_TraffickingandSmugglingIntersections.pdf.

⁸⁸ Lee, M. (Ed.). (2012). *Understanding human trafficking* (p. 11). Routledge. *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)*

cases of human trafficking, consent is negated and cannot be used to absolve a person of criminal responsibility.⁸⁹

In this respect, it seems acceptable in one way that despite the existence of a legal difference between these terms, human trafficking and smuggling are used interchangeably, especially by politicians leaping to blame smugglers, who 'traffic in misery'.⁹⁰ However, this paper posits that despite the overlapping aspects, the underlying purpose of those (especially politicians) who use trafficking and smuggling interchangeably to describe cross-border movements in relation to political matters do so to de-politicise trafficking/smuggling and to hide complicity in border deaths that shame our age.⁹¹

As is seen, although trafficking and smuggling are different offences, in some cases the difference between them is not so clear, when it is actually happening sometimes it is not easy to tell which one it is. Thus determining whether a crime fulfils the definition of trafficking or migrant smuggling requires careful consideration.⁹² E.g., in many countries, trafficked persons are either never identified or are misidentified as illegal or smuggled migrants:

[I]t is worth noting that while the additional elements, such as force, deception, coercion, and so on, that distinguish trafficking from illegal migration and migrant smuggling may sometimes be obvious, in many cases they are difficult to prove without active investigation.⁹³

Common causes of smuggling are also rooted mostly in poverty, humanitarian crises and discrimination on account of race, gender and other

⁸⁹ UNODC. (2008). Toolkit to combat trafficking in persons - global programme against trafficking in human beings. Retrieved from https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Oct06.pdf.

⁹⁰ Davidson, J. O'C., & Howard, N. (18 May 2015). On freedom and (im)mobility: How states create vulnerability by controlling human movement. *Open Democracy*. Retrieved from <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/julia-o'connell-davidson-neil-howard/on-freedom-and-immobility-how-states-create-vulne> (Last accessed 3 January 2019).

⁹¹ *ibid.*

⁹² Roth. *Defining human trafficking and identifying its victims a study on the impact and future challenges of international, european and finnish legal responses to prostitution-related trafficking in human beings* (p. 93).

⁹³ Gallagher. *The international law of human trafficking* (p. 278).

distinctions, which are all pertinent human rights issues.⁹⁴ In such cases, smuggling does not cause migration; it responds to an underlying demand.⁹⁵

As explained above, migrant smuggling and trafficking are defined and regulated under separate Protocols as distinctive phenomena. However, it is difficult to identify victims of human trafficking when they are or were involved in illegal activity - in such cases a smuggled person may become a trafficked person. For this reason, this paper explains that even though legally the distinction between trafficking and smuggling is clear, interchangeable usage is the result of a poorly defined continuum generated by convoluted international legal rules. As was argued, ‘trafficking and more voluntary forms of undocumented migrations are best thought of as a continuum’ as it is not easy to establish where the elements of deception and/or coercion begin.⁹⁶ The scope and the meaning of the components of human trafficking are not clear, making it difficult to draw a line between smuggling and trafficking in cases where e.g., smuggled individuals are deceived about the conditions of their awaiting journey, or when they are tricked about the working conditions in their destination state after a dangerous journey through illegal channels. In light of the definitions generated by the Trafficking and Smuggling Protocols,

(...) we now know that smuggling is, simply, the unlawful movement of people across national borders for profit. Trafficking, on the other hand, is the much more sinister buying, selling and movement of persons within or between, countries through (in the case of adults) a range of means such as coercion and deception, for the express purpose of exploiting them.⁹⁷

This means that ‘[e]ven though knowledge of what awaits them in the destination country varies from one victim to the other, the core difference is that human trafficking is ‘inherently exploitative’, whereas migrant smuggling is ‘only incidentally exploitative’.’⁹⁸

⁹⁴ Touzenis. Trafficking in human beings - human rights and transnational criminal law, developments in law and practices.

⁹⁵ Betts, A. (24 April 2015). To deal with the refugee crisis you need to understand the cause. *University of Oxford Refugee Studies Centre*. Retrieved from <http://www.rsc.ox.ac.uk/news/to-deal-with-the-refugee-crisis-you-need-to-understand-the-cause-alexander-betts-in-the-conversation> (Last accessed 3 January 2019).

⁹⁶ Salt, J. (2000). Trafficking and human smuggling: A European perspective. *International Migration*, 38(3), p. 33. <https://doi.org/10.1111/1468-2435.00114>.

⁹⁷ Gallagher, A. T., & Holmes, P. (2008). Developing an effective criminal justice response to human trafficking lessons from the front line. *International Criminal Justice Review*, 18(3), p. 319. <https://doi.org/10.1177%2F1057567708320746>.

⁹⁸ Gallagher. *The international law of human trafficking* (p. 52). *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)*

Human trafficking has a more distinctive relationship with exploitation than migrant smuggling does. In other words, human trafficking differs from migrant smuggling in the process; trafficking is always exploitative (the purpose is always exploitation), whereas this is not the case in migrant smuggling. Smuggled individuals may be subject to torture, rape or any other means of ill treatment on the road; however, this does not mean that the end purpose in migrant smuggling is exploitation of those individuals, even though e.g., they find themselves trafficked. This also seems problematic, since these kinds of incidents are defined by ‘what happens after migrants reach their eventual destination’.⁹⁹ Thus, a statement such as ‘the definition of trafficking fails to distinguish between trafficking and voluntary consensual migration’ would also imply that trafficked persons receive the same treatment as illegal migrants.¹⁰⁰

Further, human trafficking and migrant smuggling in fact in many ways are different crimes, as summarised in the following scenerios: The act in smuggling is always transnational, whereas it may not be so in trafficking; human trafficking victims can be of any nationality, whereas smuggled migrants are always foreign nationals; migrant smuggling is not understood to be a ‘crime against humanity’, as the term crime against humanity requires fundamentally inhumane conduct that is part of a widespread or systematic attack that intentionally causes great suffering or serious injury to body or to mental or physical health. Since theoretically human trafficking requires the acquisition of people by improper means such as force, fraud or deception with the aim of exploiting them, it is interpreted that trafficking crimes might rise to the level of a crime against humanity if necessary conditions are met, envisaged in the context of the Rome Statute. When everything goes well between smuggler and smuggled individual, it is a crime against the State. In this case, it is important to note that smuggled migrants should nevertheless not be perceived as not being ‘victims’ deserving of protection and support.

Irrespective of the vague scope of the main components of trafficking, the different purposes of these two phenomena, both of which are regulated by international law, help in addressing them as different crimes. This paper has resolved that in a legal sense, human trafficking and migrant smuggling are distinct phenomena in many ways, albeit victims of smuggling and trafficking

⁹⁹ Quirk. *The anti-slavery project from the slave trade to human trafficking* (p. 217).

¹⁰⁰ Touzenis, K. (2010). Trafficking in human beings - human rights and transnational criminal law, developments in law and practices. *UNESCO*. Retrieved from <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001883/188397e.pdf> (Last accessed 2 January 2019).

often share a background of disadvantage and face similar human rights abuses.¹⁰¹ The difference(s) between these phenomena is important to discuss because, in order to set forth the concern around victim protection, it is crucial to capture the scope and meaning of human trafficking crimes. As explained, ‘if a trafficked person is not identified at all, or is incorrectly identified as [a] criminal or as an irregular or smuggled migrant, then this will directly affect the ability of that person to access the rights to which she or he is entitled’,¹⁰² or the victim will be treated as a ‘normal’ offender.¹⁰³ In most countries trafficked persons are treated as illegal aliens or criminals, and recycled into another form of trafficking or criminality:¹⁰⁴ they find themselves arrested and/or deported rather than protected.¹⁰⁵ Thus, this paper has looked at the ‘definitional quagmire’ of pinning down what encompasses trafficking, because ‘obligations that we now take for granted, for example to criminalise trafficking and to protect victims, would be meaningless without the anchor of an agreed definition’.¹⁰⁶

¹⁰¹ Aronowitz, A. A. (2009). Human trafficking, human misery - the global trade in human beings. Preager Publishers.

¹⁰² Gallagher. Commentary to the recommended principles and guidelines on human rights and human trafficking.

¹⁰³ Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings (OSCE) (2013). Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non-punishment provision with regard to victims of trafficking - in consultation with the alliance against trafficking in persons expert co-ordination team. Retrieved from <https://www.osce.org/secretariat/101002?download=true> (Last accessed 2 January 2019).

¹⁰⁴ Peachey, P. (18 October 2015). Slavery victims are being jailed for crimes they were forced to commit, warns anti-slavery tsar. *Independent*. Retrieved from <http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/slavery-victims-are-being-jailed-for-crimes-they-were-forced-to-commit-warns-anti-slavery-tsar-a6698996.html>.

¹⁰⁵ Vandenberg, M. (2002). Complicity, corruption, and human rights: trafficking in human beings. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 34(3), 323-333, p. 329. Retrieved from <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1462&context=jil>. (Last accessed 2 January 2019).

¹⁰⁶ Gallagher, A. T. (2015). Two Cheers for the Trafficking Protocol. *Anti-Trafficking Review*, 4, p. 15. <https://doi.org/10.14197/atr.20121542>.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

Conclusion

As is seen, the definitional quagmire is the product of different interpretations of law. Certainly, despite the existence of a poorly defined continuum, the Trafficking Protocol has provided justification for cautious optimism, which is why its adoption was identified as a breakthrough. Indeed albeit trafficking has been used/interpreted interchangeably with migrant smuggling, slavery and forced labour, this has real consequences. This paper has argued that in a legal sense, definitions do matter in many contexts. Definitions not only help law enforcement officials recognise victims, but also help legal systems. Legal definitions matter, as they provide a ‘common basis for governments worldwide to collect and share data, to facilitate extradition of criminal suspects, and to pursue policy coordination with other governments’.¹⁰⁷

Viewed from that perspective, the requirements of an international legal framework is clear: an unambiguous definition of the problem. Therefore, this paper’s ultimate recommendation is that human trafficking be engaged with as a growing global concern; trafficking should thus be confronted as yet another component of a response to severe global inequalities on the spectrum of human exploitation; neither as slavery nor migrant smuggling.

REFERENCES

- Achilli, L. (2015). The smuggler: hero or felon?. *European University Institute Migration Policy Centre*, 10, 1-12. Doi:10.2870/36445.
- Allain, J. (Ed.). (2012). *The legal understanding of slavery - from the historical to the contemporary*. Oxford University Press.
- Allain, J. (2015). The international legal regime of slavery and human exploitation and its obfuscation by the term of art: ‘slavery like practice’. In *The Law and Slavery Prohibiting Human Exploitation*. Brill Nijhoff, 159- 193.
- Allain, J. (2009). The definition of slavery in international law. *Howard Law Journal*, 52, 239 – 275.
- Allain, J. (2014). No effective trafficking definition exists: domestic implementation of the Palermo Protocol. *Albany Government Law Review*, 7(1), 111-142, p. 129. Retrieved from http://www.albanygovernmentlawreview.org/Articles/Vol07_1/7.1.112-Allain.pdf.

¹⁰⁷ Chuang. The challenges and perils of reframing trafficking as “modern-day slavery”. p.146.

- Allain, J. (2009). Book review, scarpa, silvia; trafficking in human beings: modern slavery. *European Journal of International Law*, 20(2), 453-457. Doi: 10.1093/ejil/chp01
- Allain, J., & Bales, K. (2012). Slavery and its definition. *Global Dialogue Queen's University Belfast Law Research Paper 12-06*. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2123155.
- Aronowitz, A. A. (2009). Human trafficking, human misery - the global trade in human beings. Preager Publishers.
- Anderson, B., & Davidson, J. O'C. (2003). Is Trafficking in Human Beings Demand Driven? A Multi-Country Pilot Study. *IOM Migration Research Series*, 15, 5-49. Retrieved from https://publications.iom.int/system/files/pdf/mrs_15_2003.pdf.
- Bales, K. (2007). What Predicts Human Trafficking. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 31(2), 269-279. <https://doi.org/10.1080/01924036.2007.9678771>.
- Bales, K., & Cornell, R. (2008). *Slavery today*. Groundwork Guides.
- Bassiouni, C., & Rothenberg, D., & Higonnet, E., & Farenga, C., & Invictus, A. S. (2010). Addressing international human trafficking in women and children for commercial sexual exploitation in the 21st century. *Revue Internationale de Droit Pénal*. 81(3), 417-491. Doi: 10.3917/ridp.813.0417.
- Bélanger, D. (2014). Labor migration and trafficking among vietnamese migrants in asia. *ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 653(1). <https://doi.org/10.1177%2F0002716213517066>.
- Belloni, M., & Jeffrey, J. (30 November 2014). Human Smugglers: exploiters or pioneers of new underground railroad?. *Al Jazeera*. Retrieved from <http://america.aljazeera.com/articles/2014/11/30/human-smugglers-exploiters.html>.
- Betts, A. (24 April 2015). To deal with the refugee crisis you need to understand the cause. *University of Oxford Refugee Studies Centre*. Retrieved from <http://www.rsc.ox.ac.uk/news/to-deal-with-the-refugee-crisis-you-need-to-understand-the-cause-alexander-betts-in-the-conversation>.
- Buckland, B. S. (2009). Human trafficking & smuggling: crossover & overlap. In Friesendorf, C. (Ed.). *Strategies against human trafficking: the role of the security sector human trafficking & organised crime in the us & western europe* (p.132). National Defence Academy and Austrian

- Ministry of Defence and Sports & Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces.
- Chuang, J. A. (2015). The challenges and perils of reframing trafficking as “modern-day slavery”. *Open Democracy*. Retrieved from <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/janie-chuang/challenges-and-perils-of-reframing-trafficking-as-modern-day-slavery>.
- David, F. (2015). Debate: When it comes to modern slavery, do definitions matter?. *Anti Trafficking Review*, 5, p. 152. <https://doi.org/10.14197/atr.201215510>.
- Davidson, J. O’C. (2006). Will the real sex slave please stand up?. *Feminist Review*, 83, 4-22. Retrieved from https://www.jstor.org/stable/3874380?seq=1#page_scan_tab_contents.
- Davidson, J. O’C. (2015). *Modern slavery the margins of freedom*. Palgrave Macmillan.
- Davidson, J. O’C., & Howard, N. (18 May 2015). On freedom and (im)mobility: How states create vulnerability by controlling human movement. *Open Democracy*. Retrieved from <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/julia-o’connell-davidson-neil-howard/on-freedom-and-immobility-how-states-create-vulne>.
- Elliott, J. (2015). *The role of consent in human trafficking*. Routledge Taylor & Francis Group.
- Ezeilo, J. N. (2015). Achievements of the trafficking protocol: perspectives from the former un special rapporteur on trafficking in persons. *Anti-Trafficking Review*, 4, 144-149. Doi: 10.14197/atr.20121548.
- Fatzick, J. (13 July 2016). HRW: Foreign workers in oman face slavery-like conditions. *Voa News*. Retrieved from <http://www.voanews.com/a/hrw-foreign-workers-in-oman-face-slavery-like-conditions/3416230.html>.
- Gallagher, A. T. (2010). *The international law of human trafficking*. Cambridge University Press.
- Gallagher, A. T. (2009). Human rights and human trafficking: quagmire or firm ground? A response to James Hathaway. *Virginia Journal of International Law*, 49(4), 789 – 848. Retrieved from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1409816.
- Gallagher, A. (13 April 2015). Migrant smugglers: monsters or saviours?. *Open Democracy*. Retrieved from <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/anne-gallagher/migrant-smugglers-monsters-or-Saviours>.

- Gallagher, A. (2001). Human rights and the new UN Protocols on trafficking and migrant smuggling: A preliminary analysis. *Human Rights Quarterly*, 23, 975-1004. Retrieved from <http://traffickingroundtable.org/wp-content/uploads/2012/07/Human-Rights-and-the-New-UN-Protocols.pdf>.
- Gallagher, A. T. (8 June 2009). A response to Jean Allain and Ryszard Piotrowicz. *Opinio Juris*. Retrieved from <http://opiniojuris.org/2009/06/08/a-response-to-jean-allain-and-ryszard-piotrowicz/>.
- Gallagher, A. T., & Holmes, P. (2008). Developing an effective criminal justice response to human trafficking lessons from the front line. *International Criminal Justice Review*, 18(3). <https://doi.org/10.1177%2F1057567708320746>.
- Gallagher, A. T. (2010). Commentary to the recommended principles and guidelines on human rights and human trafficking. *United Nations Publication*. Retrieved from https://works.bepress.com/anne_gallagher/15/.
- Gallagher, A. T., & David, F. (2014). *The international law of migrant smuggling*. Cambridge University Press.
- Gallagher, A. T. (2015). Two Cheers for the Trafficking Protocol. *Anti-Trafficking Review*, 4. <https://doi.org/10.14197/atr.20121542>.
- Gibson, C. M. (16 January 2016). Refugee crisis: human traffickers 'netted up to £4 bn last year. *Independent*. Retrieved from <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/refugee-crisis-human-traffickers-netted-up-to-4bn-last-year-a6816861.html>.
- Gunatilleke, G. (n.d.). International response to trafficking in migrants and the safeguarding of migrant rights: eleventh iom seminar on migration 26–28 october 1994, Geneva. *International Migration*, 32(4). <https://doi.org/10.1111/j.1468-2435.1994.tb00174.x>.
- Human Trafficking ‘Slavery in the Modern Age’, Says Deputy Secretary-General in Briefing to Security Council. (16 December 2015). Retrieved from <https://www.un.org/press/en/2015/dsgsm926.doc.htm>.
- Kim, J. (2011). Prosecuting human trafficking as a crime against humanity under the Rome Statute. *Columbia Law School Gender and Sexuality Online*. Retrieved from SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1779263>.
- Kingsley, P. (29 May 2016). More than 700 migrants feared dead in three mediterranean sinkings. *The Guardian*. Retrieved from <http://www.theguardian.com/world/2016/may/29/700-migrants-feared-dead-mediterranean-says-un-refugees>.

- Koettl, J. (2009). Human Trafficking, Modern Slavery, and Economic Exploitation - a Discussion on Definitions, Prevalence, relevance for development, and roles for the world bank in the fight against human trafficking. SP Discussion Paper 0911, Retrieved from <http://siteresources.worldbank.org/SOCIALPROTECTION/Resources/S-P-Discussion-papers/Labor-Market-DP/0911.pdf>.
- Lee, M. (2011). *Trafficking and Global Crime Control*. Sage Publications.
- Lee, M. (Ed.). (2012). *Understanding human trafficking*. Routledge.
- Mbembe, A. (2003). Necropolitics. *Public Culture*, 15(1), 11- 40. <https://doi.org/10.1215/08992363-15-1-11>.
- Missbach, A. (26 March 2016). Human Smugglers Roundtable: Are Smugglers Parasites or Service Providers?. *Open Democracy*. Retrieved from <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/hsr/human-smugglers-roundtable-are-smugglers-parasites-or-service-providers-0>.
- Napier-Moore, R. (2011). FAQ 2: Smuggling and trafficking intersections. *Global Alliance against Traffic in Women (GAATW) Working Paper*. Retrieved from http://www.gaatw.org/publications/Working_Papers_Smuggling/FAQ2_TraffickingandSmugglin_gIntersections.pdf.
- Obokata, T. (2005). Smuggling of human beings from a human rights perspective: obligations of non- state and state actors under international human rights law. *International Journal of Refugee Law*, 17, 394-415.
- OHCHR. (2014). Human rights and human trafficking. Fact Sheet No 36, 5. Retrieved from http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_en.pdf; Gallagher, A. T., & David, F. (2014). *The international law of migrant smuggling*. Cambridge University Press.
- Obakata, T. (2006). *Trafficking of human beings from a human rights perspective towards a holistic approach*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings (OSCE) (2013). Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non-punishment provision with regard to victims of trafficking - in consultation with the alliance against trafficking in persons expert co-ordination team. Retrieved from <https://www.osce.org/secretariat/101002?download=true>.
- Peachey, P. (18 October 2015). Slavery victims are being jailed for crimes they were forced to commit, warns anti-slavery tsar. *Independent*. Retrieved from [YUHFD Vol. XVI No.1 \(2019\)](http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/slavery-</p></div><div data-bbox=)

victims-are-being-jailed-for-crimes-they-were-forced-to-commit-warns-anti-slavery-tsar-a6698996.html.

- Pierce, S. (12 November 2014). The vital difference between human trafficking and migrant smuggling. *Open Democracy*. Retrieved from <https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/sarah-pierce/vital-difference-between-human-trafficking-and-migrant-smuggling>.
- Pieper, N., & Segrave, M., & Moore, R. N. (2015). What's in a name? distinguishing forced labour, trafficking and slavery. *Anti-Trafficking Review*, 5. <https://doi.org/10.14197/atr.20121551>.
- Quirk, J. (2011). *The anti-slavery project from the slave trade to human trafficking*. University of Pennsylvania Press.
- Roth, V. (2012). *Defining human trafficking and identifying its victims a study on the impact and future challenges of international, european and finnish legal responses to prostitution-related trafficking in human beings*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Salt, J. (2000). Trafficking and human smuggling: A European perspective. *International Migration*, 38(3), p. 33. <https://doi.org/10.1111/1468-2435.00114>.
- Scarpa, S. (2008). *Trafficking in human beings: Modern slavery* (p. 15). Oxford University Press.
- Smith-Spark, L. (9 April 2013). Report: 600,000 forced labor victims in middle east. *CNN*. <http://edition.cnn.com/2013/04/09/world/meast/mideast-migrant-workers/>.
- Smith, C. S., & Kangaspunta, K. (2012). Defining human trafficking and its nuances in a cultural context. In Winterdyk, J., & Perrin, B., & Reichel, P. (Eds.). (2012). *Human Trafficking exploring the international nature, concerns and complexities* (p. 27). CRC Press.
- Strauss, K. (2012). Coerced, forced and unfree labour: geographies of exploitation in contemporary labour markets. *Geography Compass*, 6. <https://doi.org/10.1111/j.1749-8198.2011.00474.x>.
- The Editorial Board. (2 December 2014). Modern slavery grows. *The New York Times*. Retrieved from <http://www.nytimes.com/2014/12/03/opinion/modern-slavery-grows.html>.
- The Economist. (9 September 2010). No Safe Passage. Retrieved from <http://www.economist.com/node/16994348>.

- Todres, J. (2011). Moving upstream: the merits of a public health law approach to human trafficking. *North Carolina Law Review*, 89(2), 447-506.
- Touzenis, K. (2010). Trafficking in human beings - human rights and transnational criminal law, developments in law and practices. *UNESCO*. Retrieved from <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001883/188397e.pdf>.
- Trilling, D. (5 June 2018). Five myths about the refugee crisis. *The Guardian*. Retrieved from <https://www.theguardian.com/profile/daniel-trilling>.
- UNODC. (2012). Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in persons. Retrieved from http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf.
- UNODC. (2008). Toolkit to combat trafficking in persons - global programme against trafficking in human beings. Retrieved from https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Oct06.pdf.
- Valenti, J. (25 April 2014). Inside Human Trafficking: Don't Call It 'Modern Day Slavery' –Fix It Already. *The Guardian*. Retrieved from <http://www.theguardian.com/commentisfree/2014/apr/25/human-trafficking-modern-day-slavery-prostitution-in-new-york-city>.
- Vandenberg, M. (2002). Complicity, corruption, and human rights: trafficking in human beings. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 34(3), 323-333. Retrieved from <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1462&context=jil>.
- Wilt, H.V.D. (2014). Trafficking in human beings, enslavement, crimes against humanity: Unravelling the concepts. *Chinese Journal of International Law*, 13, 297 - 334. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmu015>.
- Yardley, J., & Pianigiani, G. (29 May 2016). Three days, 700 deaths on mediterranean as migrant crisis flares. *The New York Times*. Retrieved from http://www.nytimes.com/2016/05/30/world/europe/migrants-deaths-mediterranean-libya-italy.html?_r=0.

International Treaties

ILO Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour C182, 87th ILC session 17 Jun 1999, entered into force 19 November

2000 (Worst Forms of Child Labour Convention).

Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime A/RES/55/2515 entered into force 25 December 2003 (Trafficking Protocol). (Trafficking Protocol), art 3(a).

UN General Assembly, Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organised Crime done 15 November 2000, GA Res 55/25 Annex III, UN GAOR, 55th Sess, Supp No 49, at 62, UN Doc.

BİRİNCİ VE İKİNCİ BOĞAZ KÖPRÜLERİNDEN GEÇİŞ ÜCRETLERİNDE AF

(AMNESTY REGARDING FIRST AND SECOND BOSPHORUS BRIDGE TALL)

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk * **

ÖZ

Meclis tarafından çıkarılacak af kanunlarının milletvekili sayısının beşte üç çoğunluğu ile kabul edilmesi gerekmektedir. Kanun'un adı önemli değildir. İçerisinde af ile ilgili hükümlerin bulunması, örneğin para cezalarının tahsilinden vazgeçilmesi yeterlidir. Bu nedenle, şimdiki sistemde 360 oyun altında, daha önceki sistemde 330 oyun altında kabul edilen ve içinde af hükümleri barındıran bütün kanunlar Anayasa'ya aykırıdır.

Anahtar kelimeler: Köprü geçiş ücreti, para cezası, af, vergi hukuku, mali hukuk.

ABSTRACT

The amnesty acts to be enacted by the Assembly shall be adopted by a three-fifths majority of the number of deputies. The name of the law is not important. It is sufficient to have provisions on amnesty, for example, to renounce the collection of fines. For this reason, all acts, which are considered to be less than 360 votes in the current system and less than 330 votes in the previous system and which contain amnesty provisions, are against the Constitution.

Keywords: Bridge tall, fine, amnesty, tax law, fiscal law.

27.12.2018 tarihli ve 7159 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹ 5. maddesi ile 25.6.2010 tarihli ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Hizmetleri Hakkında Kanun'a aşağıdaki geçici madde eklenmiştir. 7159 sayılı Kanun'un 12. maddesine göre söz konusu 5. maddenin yürürlüğe giriş tarihi 1.1.2019'dur.

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 06.01.2019. İlk hakem raporu tarihi: 14.01.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 15.01.2019. Onaylanma Tarihi: 17.01.2019.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5672-3553

Esere Atıf Şekli: Hakan Üzeltürk, "Birinci ve İkinci Boğaz Köprülerinden Geçiş Ücretlerinde Af", YÜHFD, C.XVI, 2019/1, s.183-188.

¹ Resmi Gazete: 28.12.2018-30639.

“GEÇİCİ MADDE 4 – (1) 2/11/2016 tarihinden bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar, araç sınıfları itibarıyla kullanılması yasak olan 15 Temmuz Şehitler Köprüsü ile Fatih Sultan Mehmet Köprüsünden geçilmesi nedeniyle 30 uncu maddenin ikinci fıkrası uyarınca idari para cezası verilmez, verilmiş olanlar tebliğ edilmez, tebliğ edilmişlerin tahsilatından vazgeçilir, varsa yapılmış itirazlar veya açılmış davalar hakkında resen karar verilmesine yer olmadığına karar verilir, yargılama ve takip giderleri taraflar üzerinde bırakılır ve vekâlet ücretine hükmedilmez. Söz konusu cezalar kapsamında bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan tahsilatlar 28/2/2019 tarihine kadar başvurulması hâlinde 29/3/2019 tarihine kadar red ve iade edilir.”

Bu madde kapsamında, 2.11.2016 tarihinden 1.1.2019 tarihine kadar itibaren söz konusu köprülerden araç sınıfı itibarıyla geçiş yasağı olmasına rağmen geçenler bakımından:

1. İdari para cezası verilmeyecektir.
2. Verilmiş olan idari para cezaları tebliğ edilmeyecektir.
3. Tebliğ edilmiş olanların tahsilatından vazgeçilecektir.
4. Yapılmış itirazlar veya açılmış davalar hakkında resen karar verilmesine yer olmadığına karar verilecektir. Yargılama ve takip giderleri taraflar üzerinde bırakılacak ve vekâlet ücretine hükmedilmeyecektir.
5. 1.1.2019 tarihinden önce yapılan tahsilatlar 28.2.2019 tarihine kadar başvurulması halinde 29.3.2019 tarihine kadar iade edilecektir.

Görüldüğü üzere Kanun’un kabul tarihi olan 27.12.2018 tarihinden sonra geçiş yasağı olanlara ceza verilmeyeceğinin ortaya çıkması üzerine dört günlük kurallara açık geçiş imkânı verilmiştir. Bu durum trafik kurallarını, diğer sürücülerin güvenliğini, asıl geçilmesi gereken köprüden geçilmemesi sebebiyle yüksek ücretli köprü bakımından gelir azalmasına yol açmasının yanında mevcut hukuk düzenine göre alınması gereken bedeller bakımından da bazı hukuka aykırı sonuçlar yaratmıştır.

Konu oldukça yakın bir tarihte, 21.12.2018 tarihinde Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından T.B.M.M.’ne getirilmiştir. Karayolları Trafik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1491) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (Sıra Sayısı: 38) sonrasında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nda 26.12.2018 tarihinde 41. Birleşimde

görüşülmüş ve 281 oyun kullanıldığı oylamada 276 kabul ve 5 red oyuyla kabul edilmiştir².

Meclis görüşmelerinde söz alan milletvekillerince konuyla ilgili aktarılan bazı görüşler şu şekildedir:

Mehmet Bekaroğlu (İstanbul): “...Başka bir sorun da 3'üncü madde. Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Hizmetleri Hakkında Kanun'da bir değişiklik yapılıyor. Bu değişiklik de bir af aslında, nitelikli çoğunluk gerekiyor. Anayasa Mahkemesi başka kararlar da vermiş. Yüksek cezalar var. Birinci ve ikinci köprüden, 15 Temmuz Şehitler Köprüsü ile Fatih Sultan Mehmet Köprüsü'ne geçmesi yasak olan araçlar. Bir defa -geçmesi yasak olan araçlar- sadece trafik için yapıldığını kimse söylemesin, hani o verdiğiniz kamu-özel ortaklığıyla otuz sene, elli sene garantili bir şekilde, geçiş garantileriyle dolar ve euro cinsinden, köprülerdeki insanlar kazansın diye zorla oraya sevk ettiniz değerli arkadaşlarım, yanlışlıkla buradan geçenlere ceza bastınız. ...Zamanında da hiçbir şekilde bunlara tebliğ edilmedi. Niye tebliğ edilmedi? Tebliğ edilmedi çünkü seçimler geliyordu, seçimler vardı, hep iptal edildi. Şimdi, öyle kamyoncu var ki, kamyonetçi var ki 100 bin lira ceza gelmiş değerli arkadaşlar. İşte Sayın Meclis Başkanı bu kamyoncularla buluştu, anlattılar. Ya çok felaket... Ya siz yaptınız, siz öyle şeyler yapıyorsunuz, ne serbest seçimi ya... Siz seçim öncesinde trafikte sıkıntı olmasın diye bu elektronik denetim sisteminin kameralarını kapatıyorsunuz, trafik polislerine "Ceza yazmayın." diyorsunuz; ya siz her şeyi yaparsınız seçim kazanmak için. Seçim kazanmak için ülkeyi geriyor Sayın Cumhurbaşkanı, üzerine bastığımız zemini oynatıyor Sayın Cumhurbaşkanı. Güneyde de ne oluyor bilmiyoruz, kimle savaşaacağımızı bilmiyoruz değerli arkadaşlarım. Seçim kazanmak için bunları yapıyorsunuz, bu da böyle bir şey. Ama madem böyle bir af getiriyorsunuz, diğer köprüden geçişle ilgili cezalara da af getirin, genelleyin bunu, üçüncü köprüden yanlışlıkla geçenlerin de hepsini affedin; öyle bir şey yok...”

Plan ve Bütçe Komisyonu Başkanı Süreyya Sadi Bilgiç (Isparta): “...5'inci maddede 15 Temmuz Şehitler Köprüsü ve Fatih Sultan Mehmet Köprüsü'nden yapılan ve bu köprüleri kullanması yasak olan farklı sınıflardaki araçlara kesilen cezaların affına ilişkin bir düzenleme yapıyoruz. Bugüne kadar baktığımızda yaklaşık 19 milyon 922 bin liranın tahsil edildiğini görüyoruz. Bu tahsil edilen 19 milyon 922 bin liranın da 29 Mart 2019'a kadar vatandaşa geri ödemesini öngören ve diğer 310 bin plakaya

² T.B.M.M. Genel Kurul Tutanağı, 27. Dönem 2. Yasama Yılı, 41. Birleşim, 26 Aralık 2018, www.tbmm.gov.tr

kesilen cezaları ortadan kaldıran, affeden bir düzenleme yapıyoruz. Bu, şu açıdan önemli: Bu araçların hepsinin OGS'si yahut da HGS'leri var ancak bu köprüyü kullanmaları yasak. Bu köprüyü kullanıyorlar ve kasım 2016 ile maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar olan bu geçişlerle ilgili olan cezaların tamamını affediyoruz. Bunun en önemli tarafı şu: Diyelim ki ocak ayında 2017'de kesilmiş ama gerekli tebligatlar yapılmamış, kişi o köprüden geçmesinin yasak olduğunu bilmiyor defaatle geçişler var, çok yüksek cezalar ve vatandaşımızı mağdur eden bir tablo ortaya çıkıyor, UKOME kararından kaynaklı. Onun için de bu yapmış olduğumuz düzenlemeyle bu cezaları kaldırıyoruz. Ondan sonra da bu geçişlerle ilgili olarak düzenleme de UKOME tarafından yeniden Ulaştırma Bakanlığı tekrar bunu düzenleyecek...”.

Görülen, söz konusu cezalardan sadece tahsil edilenlerin yirmi milyon lira civarında olduğudur. Diğerleri de hesaplandığında rakamlar daha da büyüyecektir. Konuyla ilgili olarak görüş beyan edenler de var. Bunlardan T.B.M.M. Başkanı Binali Yıldırım, “...2. Köprü geçiş cezalarının affedilmesi gerekiyor...” ifadesini kullanmaktadır³. İçişleri Bakanı Süleyman Soylu, “Trafik cezalarından gelen paralar Maliye'ye gitmiyor. Birtakım tezviratlar yapıyorlar... Bu trafik cezalarından gelen paralar Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının sosyal bütçesine gidiyor ve oradan da fakir fukaraya dağılıyor.” dedi⁴. Türkiye Şoförler ve Otomobilciler Federasyonu Başkanı Fevzi Apaydın, "Köprü geçiş cezalarının affedilmesi sevindirici, yaşanan mağduriyetler son bulmuş olacak." demektedir⁵.

Konunun problem yaratan boyutlarından bir tanesi de, daha önceki senelerde de benzer durumlara sebep olan, kesilen cezaların tebliğindeki gecikmelerdir. Tebligatların bir seneden iki sene sonraya kadar yapıldığı haller nedeniyle hem cezaları bilmeyen ve ceza almaya devam edenlerle birlikte ödenemeyen cezaların artması konuyu farklı boyutlara taşımıştır. Aynı zamanda başta kamyon ve otobüsler bakımından başlayan yasak, 2017 senesinden itibaren ruhsatlarda kamyonet olarak geçen ve aks aralığı 3.19'dan fazla olan araçlara köprüden her bir geçişleri için ayrı ayrı ceza yazılmaya başlandı. Bu durum kamyon ve kamyonet arasındaki dengeyi bozduğu gibi

³ <https://www.aksam.com.tr/guncel/kopru-gecis-cezolari-silinecek-mi-kopru-cezolari-affi-cikacak-mi/haber-805510>.

⁴ <https://www.dunya.com/gundem/bakan-soylu-trafik-cezalarindan-gelen-para-fakir-fuk-araya-dagitiliyor-haberi-436124>.

⁵ <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/kopru-gecis-cezalarina-af-duzenlemesi-sevindirdi/1345963>.

uyarı tabelalarında bu durum net bir biçimde ortaya konulamadığı için bazı sürücülerin de yanılmalarına sebep oldu⁶.

Bütün bu problemler söz konusu cezaların alınmaması ve alınanların da başvuru neticesinde iadesi konusundaki kanun değişikliğiyle sonuçlanmıştır. Görüldüğü üzere, iyi belirlenemeyen ve uygulanamayan kurallar, iyi yönetilemeyen bir cezalandırma süreci ve haklı veya haksız ödenemeyen cezalar bulunmaktadır. Bütün bunların ötesinde çok daha önemlisi yapılan hataları düzeltmek amacıyla çıkarılan kanun düzenlemesinin hukuki durumuna bakmak gerekmektedir.

Ülkemizde af konusu çok konuşulmuş bir konudur. Yukarıdaki ifadelerde de yer alan bu cezaların affedilmesi gerektiği konusundaki açık ifadelerin yanında kesilen para cezalarının ortadan kaldırılması ve tahsil edilen para cezalarının da başvuru neticesinde iade edilecek olması sebebiyle 7159 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemenin bir af düzenlemesi olduğu anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere ülkemizde düzenli ve sürekli olarak algı farklılığı ve yararlanma hevesi yaratacağına inanılan isimlerle af kanunları çıkmaktadır. Afların olağan hale gelmesinin ülke bakımından çok ciddi sonuçları bulunmaktadır. Bu durumda kayıtdışı ekonomi ile mücadelede başarı sağlanamayacağı gibi, afların getirdiği eşitsizlik düşüncesi, hukuka saygının ortadan kalkması, suçların cezasız kalması nedeniyle adalet sistemi konusunda oluşan güvensizlik gibi çok çeşitli olumsuz sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu sonuçlar daha rahat suç işlenmesine yol açmakta ve hukuk kurallarının istenildiği gibi değiştirilebileceği intibayı yaratmaktadır. Bu bir toplum yaşamında olabilecek en riskli sonuçlardan bir tanesidir. Zira suç ve ceza konusunda başarılı olan ülkelerde adalete olan inanç, hukukun üstünlüğü ve suçla mücadelede kararlılık üzerinde durulan en önemli noktalar. Aflar bu kavramlara gölge düşürmekte, toplumdaki adalet duygusu ve inancını ortadan kaldırmaktadır.

Bütün bunların yanında devlet hazinesi de zarara uğramaktadır. Bu işlem neticesinde Meclis görüşmeleri sırasında ortaya konulan yirmi milyon liranın hazineden çıkması demek devlet bütçesinde bu miktarda bir açık demektir. Bu açığı kapatmak için ise yeni kaynaklar bulunması gerekmektedir. Doğal olarak bunlar içinde en fazla öne çıkan vergiler olacaktır. Bu durumda devlet tarafından affedilen bir meblağ vergi mükelleflerine yeni vergiler olarak yansiyacak demektir. Bu adil ve hukuka uygun değildir.

Af düzenlemelerinin kanunlaşma süreci farklı hükümlere tabi olup T.B.M.M. tarafından nitelikli çoğunluk olan üye sayısının 3/5 çoğunluğuyla

⁶ <https://www.milliyet.com.tr/binlerce-arac-sahibine-sok-40-bin-ekonomi-2788770>.

kabul edilmesi gerekmektedir. Bu çoğunlukla kabul edilmeyen kanunlardan birisi olan 4792 sayılı Vergi Barışı Kanunu'nun iadesi ile ilgili olarak dönemin Cumhurbaşkanı: "Bu durum bir yandan vergi suçlarının işlenmesini özendirilmekte ve vergi cezalarının caydırıcı etkisini azaltmakta; öte yandan da vergisini zamanında ödeyen yurttaşların adalet duygusunun incitilmekte ve güvenini sarsmaktadır." demiş, "İdari cezalar da diğer cezalar gibi kendi alanında kamu düzenini sağlamaya çalışan "cezai" yaptırımlardır. Bu nitelikleri nedeniyle idari cezalara ilişkin af kararlarının da nitelikli çoğunlukla alınması gerekmektedir." ifadesiyle beşte üç çoğunluğun aranması gerektiği belirterek, söz konusu Kanun'u Meclis'e iade etmişti⁷. Bu Kanun sonrasında kabul edilen diğer af kanunlarının tümünde aynı çoğunluk eksikliği mevcuttur. Mesela, "Bazı Kamu Alacaklarının Uzlaşma Usulü ile Tahsili Hakkında Kanun Tasarısı" 20.2.2008 tarihinde 5736 kanun numarası ile kabul edildi. Tasarının tümünün oylamasına 318 milletvekili katılmış olup 298 kabul, 20 ret oyu kullanılmıştır.

Hukuk sisteminin bilinen temel eserlerinden olan Mecelle'de Ahmet Cevdet Paşa, usulün esastan önce geleceğini belirtmektedir. Sadece Osmanlı hukukunda değil birçok hukuk sisteminde de geçerli olan bu prensip, yapılan düzenlemenin de hukuka uygun olmasını ifade eder. Meclis tarafından çıkarılacak af kanunlarının beşte üç çoğunlukla kabul edileceği 1982 Anayasa'sının 87. maddesinde yer almaktadır. Burada konu bakımından bir ayırım bulunmamaktadır. İdari nitelikteki mali cezalar veya para cezalarının da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları kapsamında⁸ cezai nitelik taşıyabileceği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi korumasından yararlanabileceği belirlenmiş olduğundan para cezaları, vergi cezaları gibi mali nitelikteki cezalar konusunda da 1982 Anayasası'nda yer alan af kanunlarıyla ilgili hükümlerin uygulanacağı tabiidir.

Bu çerçevede, yeni Meclis sistemimizde üye tam sayısının 600 olması karşısında beşte üç çoğunluk sayısı 360 olmaktadır. Bu nedenle 360 oy ile kabul edilmeyen af kanunları hukuka aykırıdır. Kanun'un adı önemli değildir. İçerisinde af ile ilgili düzenlemelerin bulunması, örneğin para cezalarının tahsilinden tamamen veya kısmen vazgeçilmesi yeterlidir. Bu nedenle, şimdiki sistemde 360 oyun altında, daha önceki sistemde 330 oyun altında kabul edilen ve içinde af hükümleri barındıran bütün kanunlar Anayasa'ya aykırıdır.

⁷ Cumhurbaşkanlığı Basın Açıklaması, 29.1.2003, https://www.cumhurbaskanligi.gov.tr/cumhurbaskanlarimiz/ahmet_necdet_sezer/aciklama/?&page=48

⁸ Örneğin, Bendenoun v. France, Application No. 12547/86, 4 February 1994. *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)*

‡ CURRENT DEVELOPMENTS ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LIABILITY FOR ROBOT CAUSED DAMAGES

(YAPAY ZEKA ALANINDA GÜNCEL GELİŞMELER
VE ROBOT KAYNAKLI ZARARLARDAN SORUMLULUK)

Dr. Semih Yünlü * **

ABSTRACT

In this article, robots and artificial intelligence concepts will be examined. In this context, up-to-date technological developments and current legal issues related to the subject will be discussed. In particular¹, liabilities of persons such as producers, developers, sellers and users will be discussed. In the course of legal reviews, we will mainly comply with the German Civil Code “BGB: Bürgerliches Gesetzbuch”, the Swiss Civil Code “ZGB: Schweizerisches Zivilgesetzbuch” and Swiss Code of Obligations “OR: Obligationenrecht” together with the Turkish Civil Code “TMK: Türk Medeni Kanunu” and Turkish Code of Obligations “TBK: Türk Borçlar Kanunu” (which have adapted from the Swiss Civil Codes) and the doctrines of these countries². Then, we will work to set out a plan on general legal

[‡] Eserin Dergimize geliş tarihi: 14.12.2018. İlk hakem raporu tarihi: 22.12.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 08.01.2019. Onaylanma Tarihi: 18.01.2019.

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2191-1482

Esere Atf Şekli: Semih Yünlü, “Current Developments on Artificial Intelligence and Liability for Robot Caused Damages”, YÜHFD, C.XVI, 2019/1, s.189-213.

¹ In this work, we will not examine legal status of robots and national/international endeavors for granting AI robots legal personality in detail. For legal status of robots, definitions of technical concepts like “robot, bot, artificial intelligence, automatic, autonomous, personality, etc.” and other topics which we will not handle in this paper, see also, **Semih Yünlü**, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, p. 163 et. seq.; For some detailed definitions of robots see also **Andrea Bertolini**, “Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules”, Law Innovation and Technology, Vol. 5/2, 2013, p. 217 et. seq.; also **Woodrow Hartzog**, “Unfair and Deceptive Robots”, Maryland Law Review, Vol. 74, 2015, p. 789 et. seq.; Definitions of “Artificial Intelligence - AI” see also **Daniel Eszteri**, “Liability for Operation and Damages Caused by Artificial Intelligence - With a Short Outlook to Online Games”, Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata, Vol. 153, 2015, p. 58.

² For comparing and checking the cited articles of Turkish codes (TBK and TMK), official translations of Swiss Codes (OR and ZGB) should be read. Therefore, article texts of Turkish codes will not be repeated.

principles about related issues. In order to show the variety and importance of the subject, there will be examples from latest artificial intelligence systems, concrete cases and legal works.

Keywords: *Artificial Intelligence, Robots, Robot Caused Damages, Autonomous Systems, Legal Responsibility.*

ÖZ

Bu makalede, robotlar ve yapay zeka kavramları incelenmektedir. Bu kapsamda, güncel teknolojik gelişme ve olaylar, konuya ilişkin güncel hukuki çalışmalar ele alınacaktır. Özel olarak ise, robotların verdiği zararlardan dolayı üretici, satıcı ve kullanıcı gibi kişilerin sorumlulukları incelenecektir. Hukuki incelemeler yapılırken, esas olarak Alman Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu ile birlikte, İsviçre Medeni Kanunu-Borçlar Kanunu'nu iktibas etmiş olan Türk kanunlarını ve bu ülke doktrinlerini esas alacağız. Ve robotlar konusunda genel hukuki prensipler ortaya koymaya çalışacağız. Konunun çeşitliliğini ve önemini ortaya koymak için, yapay zekaya sahip sistemler ile ilgili son gelişmeler, somut olaylar ve hukuki çalışmalar da incelenecektir.

Anahtar kelimeler: *Yapay Zeka, Robotlar, Robot Kaynaklı Zararlar, Otonom Sistemler, Hukuki Sorumluluk.*

I. INTRODUCTION AND CURRENT AI EXAMPLES

Some of the concepts that emerged with the development of technology are artificial intelligence and robots³. This area, which we are familiar via science-fiction works⁴, is now very close to being involved in human life⁵. So much so that, we can even nowadays see news as “a robot escaped from

³ It is stated that the word “robot” derived from the Czech word “robota” and this term firstly used by Czech author Karel Capek: **Jon Bing**, “The Riddle of the Robots”, Journal of International Commercial Law and Technology, Vol. 3, 2008, p. 197.

⁴ This area (artificial intelligence, robots etc.) has such an interesting and futuristic thema that you can even catch yourself reading about the TV series: “The Jetsons” while doing researches, for example see **David C. Vladeck**, “Machines without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence”, Washington Law Review, Vol. 89, 2014, p. 117 et. seq.; In addition, the number of technological examples of robots is increasing with each passing day. So much so that, even while writing this article, we have encountered every moment with new examples.

⁵ For example of simple and various home robots see also **Margot E. Kaminski**, “Robots in the Home: What Will We Have Agreed To”, Idaho Law Review, Vol. 51, 2015, p. 662.

laboratory or policemen arrested a robot etc.”⁶. In addition, with widespread use of robots (also bots), the issues such as (banking, trade, official, military etc.) secrets, personal data of consumers and privacy of individual life for users and other people etc. will be especially important⁷. For this reason, many technical, academic and legal studies have begun to deal with this issue more intensively.

It should be noted that although we have a small number of legal texts and works on robots and artificial intelligence (compared to other works in the field of law), we have many and rapidly increasing examples of robots. Universities, public institutions, private companies, technology firms and even individuals are working on AI system, bots and robots. And these works and innovations have a wide place in national and international press. Often expressed subjects are; which professions will be ended by robots in the future⁸ or which workers will be unemployed because of robot employment⁹.

From day to day we are seeing that robots are used in many areas. For example, NASA is one of the most famous institutions that we come across in the field Robotics. As it can be seen, NASA¹⁰ often appeals to the help of these systems in the scientific activities. In addition, military systems have an important place in robotics. For example, countries like Turkey, USA, Israel, China, Japan, Korea and the European Union etc., are working on producing and developing military automatic-autonomous robotics and unmanned air/land/sea vehicles¹¹. There is no doubt here that, the number of countries and examples will increase¹².

⁶ <https://www.forbes.com/sites/janetwburns/2016/09/22/notorious-runaway-robot-arrested-at-russian-political-rally/#28abd7b843b9>, Accessed, 13.12.2018; for some other examples see **Hartzog**, p. 787.

⁷ **Hartzog**, p. 787; in particular for “spybots” see also **Hartzog**, p. 797 et. seq.

⁸ See also, **Murat Volkan Dülger**, “Günümüz Yapay Zeka Teknolojisi ve 'Robot Yargıç/Avukat' Gerçeği: Mesleğimiz Elimizden Gidiyor Mu?”, *h+ dergi*, Vol. 5, 2018, s. 4 et seq.; **Dana Remus/Frank Levy**, “Can Robots Be Lawyers: Computers, Lawyers, and the Practice of Law”, *The Georgetown Journal Of Legal Ethics*, Vol. 30, 2017, p. 501 et. seq.

⁹ For an AI Anchor see also <https://www.theguardian.com/technology/video/2018/nov/09/worlds-first-ai-presenter-unveiled-in-china-video>, Accessed 02.01.2019.

¹⁰ V.: NASA Technology TA 4: Robotics and Autonomous Systems, 2015, https://www.nasa.gov/sites/default/files/atoms/files/2015_nasa_technology_roadmaps_ta_4_robotics_and_autonomous_systems_final.pdf, Accessed 17.10.2017.

¹¹ **Jenny R. Holzer/Franklin L. Moses**, “Autonomous Systems in the Intelligence Community: Many Possibilities and Challenges”, *Studies in Intelligence*, Vol. 59, No: 1, 2015, p. 27.

¹² E.g. for unmanned submarine see also: <http://www.boeing.com/features/2017/05/echo-voyager-test-05-17.page>, Accessed 13.04.2018.

Perhaps, we do not see too much in the military field yet, but we can easily observe that scientists also work to make (especially for robots that will be in direct contact with people in the community) more human looking robots¹³. The examples for human looking robots are increasing these days. If we need to give concrete examples, we can mention the robot of Nanyang Technological University in Singapore which is called *Nadine*¹⁴; or *Sophia*¹⁵ of Hanson Robotics. Moreover, Saudi Arabia's conferring citizenship to humanoid Sophia, can be shown as a next level and popular example¹⁶.

Even in sports we can find lots of examples. *Toyota*'s AI Basketball Robot "CUE" which is used by basketball team Alvark Tokyo¹⁷; *Robocup*¹⁸ or *Fira*¹⁹ organizations are fastly countable examples. The patented idea of autonomous bees²⁰ can be another remarkable indicator in regard to human changed robotic natural life. Or the Cooking Robot of *Moley Robotics*²¹ which is introduced as "The World's First Robotic Kitchen (or Chef)" is another example for current robotic developments. We also see that, a robot can successfully simulates a flight of a *Boeing 737* or even fly a *Cessna* as co-pilot in a real flight²².

In addition, robots are used in the field of work. So much so that, robots are more often involved in business life. For example, it is stated that, Foxconn, a manufacturer(assembler) of technology companies such as Apple and Samsung, is employing robots instead of thousands of human/employees²³. Therefore, the damages caused by (automatic or autonomous) robots can also occur in business and production relations. In fact, a robot, working in a warehouse of Amazon company (located in New

¹³ See also, <http://www.geminoid.jp/en/robots.html>, Accessed 13.12.2018.

¹⁴ <https://media.ntu.edu.sg/NewsReleases/Pages/newsdetail.aspx?news=fde9bfb6-ee3f-45f0-8c7b-f08bc1a9a179>, Accessed 13.12.2018.

¹⁵ <https://www.hansonrobotics.com/hanson-robots/>, Accessed 13.12.2018.

¹⁶ <http://www.dw.com/en/saudi-arabia-grants-citizenship-to-robot-sophia/a-41150856>, Accessed 13.12.2018.

¹⁷ <https://www.theverge.com/tldr/2018/3/15/17123812/basketball-robot-toyota-sparkly-arv-alq-tokyo>, Accessed 28.03.2018.

¹⁸ <http://www.robocup.org/>, Accessed 28.03.2018.

¹⁹ <http://www.firaworldcup.org/VisitorPages/default.aspx?itemid=3>, Accessed 28.03.2018.

²⁰ <https://www.weforum.org/agenda/2018/03/autonomous-robot-bees-are-being-patented-by-walmart>, Accessed 13.04.2018.

²¹ <http://www.moley.com/>, Accessed 02.01.2019.

²² <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-4514916/Footage-shows-Darpa-s-robot-pilot-flying-737-sim.html>, Accessed, 02.01.2019.

²³ <https://www.bbc.com/news/technology-36376966>, Accessed 12.12.2018.

Jersey, USA), has caused the bear repellent to be dispersed into the air. As a result, a large number of workers were hospitalized²⁴. Even these simple and real-life examples can show the possible benefits and risks of these systems.

It is also possible to see robots in the field of education. For example, in Finland²⁵, robots are being tested as teachers. In the same way, we can also show China²⁶ and Japan²⁷ as examples for robot-teachers.

While more robots are being considered in terms of artificial intelligence, it is important not to forget that bots also have an important place²⁸. In this regard, the bots referred to as “*chatbots*” must be mentioned. For example, we can mention the *Siri*²⁹ application, which is developed by American Apple company for IOS software devices, or *Cortana*³⁰ of Microsoft as one of the best-known examples.

Similarly, we can mention an application which has developed in the UK and called *donotpay*³¹. This bot helps people against traffic fines. We can say that this application, which was also introduced as “the world's first robot lawyer³²”, offers legal services such as parking-traffic fines, immigration, divorce, travel (we see that new legal assistance topics are added as the program is developed). Reportedly, this bot has obtained 160.000 positive legal result in London and New York³³. This clearly shows the importance (even in legal area) of these type of bots and applications.

²⁴ <https://www.nbcnewyork.com/news/local/Amazon-Warehouse-New-Jersey-Multiple-Sick-501976081.html>, Accessed 12.12.2018.

²⁵ <https://nypost.com/2018/03/27/finland-schools-are-testing-out-robot-teachers/>, Accessed 12.12.2018.

²⁶ <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-6108999/Robot-teachers-invade-Chinese-kindergartens.html>, Accessed 12.12.2018.

²⁷ <https://www.japantimes.co.jp/news/2018/08/29/national/japan-turns-classroom-robots-bid-boost-english-skills/#.XBFvFnQzZPY>, Accessed 12.12.2018.

²⁸ For detailed examination of bots, see also **Stephen T. Middlebrook/John Muller**, “Thoughts on Bots: The Emerging Law of Electronic Agents”, *The Business Lawyer*, Vol. 56, No: 1, 2000, p. 342 et. seq.

²⁹ <https://www.apple.com/tr/ios/siri/>, Accessed 28.03.2018.

³⁰ <https://www.microsoft.com/en-us/cortana>, Accessed 13.12.2018.

³¹ <https://donotpay.com/>, Accessed 20.03.2018.

³² <https://www.theverge.com/2017/7/12/15960080/chatbot-ai-legal-donotpay-us-uk>, Accessed 20.03.2018.

³³ “*Chatbot lawyer overturns 160,000 parking tickets in London and New York*” <https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/28/chatbot-ai-lawyer-donotpay-parking-tickets-london-new-york>, Accessed 20.03.2018.

As another important example, we can mention the *Ross*³⁴, which is developed by IBM and used to provide legal support to lawyers and law firms³⁵. It is stated that this system, which is supported by the provider with “Neuro Linguistic Programming” technique, provides legal support in such a way that responds the questions of the user, as (if there is) a lawyer and keeps himself up to date with new legal regulations³⁶. We can easily increase these type of legal area examples³⁷.

In addition with benefits and positive sides of these system and developments, there also can be lots of possible dangers. For example, making shooting training with two hands of a robot *FEDOR*³⁸, which is stated that will be used for space works, shows the possible dangerous sides of these technologies. It is also stated that, in the near future, police departments will have autonomous armed robots³⁹. This type of armed autonomous robots can also be used as private security robots⁴⁰. Therefore, if these types of AI robots are used in a contractual (or non-contractual) relationship, it may be possible for various predictable or unpredictable breaches and losses to occur.

³⁴ <https://rossintelligence.com/>, Accessed 20.03.2018; **Jordan Bigda**, “The Legal Profession: From Humans to Robots”, *Journal of High Technology Law*, Vol. 18, 2018, p. 413 et. seq.

³⁵ https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2016/05/16/meet-ross-the-newly-hired-legal-robot/?utm_term=.d17300dca1f4, Accessed 20.03.2018.

³⁶ For other similar bots, developed to provide legal field services such as income analysis, contract analysis etc., see also <https://www.kirasystems.com/>, Accessed 20.03.2018, **Bigda**, p. 423; <https://lexmachina.com/>, Accessed 20.03.2018.

³⁷ For different examples see also **Remus/Levy**, p. 503, also **Bigda**, p. 404, 421.

³⁸ <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-4412488/Russian-humanoid-learns-shoot-gun-hands.html>, Accessed 14.12.2017.

³⁹ **Elizabeth E. Joh**, “Private Security Robots, Artificial Intelligence, and Deadly Force”, *U.C.D. L. Rev.*, Vol. 51, 2017, p. 581.

⁴⁰ See also **Joh**, p. 569 et. seq.

Elon Musk, who has deep reservations about artificial intelligence and robots, says that he sees between 5 and 10 percent of the chance of success in making artificial intelligence safe⁴¹. He also indicates that AI systems are “*fundamental risk to the existence of human civilization*”⁴².

It is possible to increase the reasons and reservations we mentioned here. The speed of technological progress can bring the AI robots in the shortest possible time to the point where they will not be in need of human beings to live⁴³. This type of theoretically possible scenarios are currently being followed in science fiction books-films. But, the issues we mention here should not be considered as very remote possibilities. Because, robots take place in every area of society very quickly. So much so that, we are in a century when robots can even be mayor candidate⁴⁴. We can even see that a robot “*Pepper*” speaks in a parliament⁴⁵. Also, as parallel to the risks we have discussed above, just like Elon Musk, Prof. Dr. Stephan Hawking's views about artificial intelligence such as “*The development of full artificial intelligence could spell the end of the human race*” is justifying our views⁴⁶.

However, we can not mention that there are separate concrete legal arrangements for artificial intelligence and bot/robots in the local sense and especially in the international sense⁴⁷. But, it is inevitable to make legal

⁴¹ “*Tesla's Elon Musk warns we only have 'a 5 to 10% chance' of preventing killers robots from destroying humanity*”: <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-5110787/Elon-Musk-says-10-chance-making-AI-safe.html>, Accessed 20.03.2018; See also the discussions on personal data and other moral issues: **Çağlar Ersoy**, *Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk*, 2nd ed., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, p. 124 et. seq.; **Armağan Ebru Bozkurt Yüksel**, “*Robot Hukuku*”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, No: 29, 2017, p. 90 et. seq.

⁴² <https://www.cnbc.com/2017/07/16/musk-says-a-i-is-a-fundamental-risk-to-the-existence-of-human-civilization.html>, Accessed 02.01.2019.

⁴³ E.g. ideas of a robot about starting a family, also see: “*Sophia the robot wants to start a family*” Online: <https://www.khaleejtimes.com/nation/dubai//video-sophia-the-robot-wants-to-start-a-family->, Accessed 28.11.2017; about the dangerous points of these assets, also see **Ersoy**, p. 31.

⁴⁴ <https://www.mirror.co.uk/tech/robot-run-mayor-japan-world-12377782>, Accessed 12.12.2018.

⁴⁵ “*Pepper the robot gives evidence in Parliament*”, <https://www.youtube.com/watch?v=qc6koaHJVgw>, Accessed 02.01.2019.

⁴⁶ <http://www.bbc.com/news/technology-30290540>, Accessed 20.03.2018; See also **Dülger**, p. 7.

⁴⁷ See also **Middlebrook/Muller**, p. 345 et. seq; the most concrete step in the legal status of robots is a paper that accepted by the European Parliament's Committee on Legal Affairs by majority vote which states that subjects such as granting “*electronic personalities*” to robots and making works in this direction, <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170110IPR57613/robots-legal-affairs-committee-calls-for-eu-wide-rules>, and also

studies and positive regulations in this regard. In order to make legally correct and adequate regulations on robots and artificial intelligence issues, legislators must be aware of these issues (and especially about downsides and possible dangers)⁴⁸. Therefore, in this study, we also focus on negative aspects of these systems and making solution suggestions. For example, Elon Musk, one of the competent people of the subject, states that artificial intelligence robots should be taken into legal boundaries just like food, drinks, drugs, planes and cars, because of the serious risks they have⁴⁹. In our opinion, this type of regulations should consist of international conventions like the CISG (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*⁵⁰), instead of making lots of different national regulations. Such collaborations will contribute to the exchange of ideas, to better exploring the positive and negative aspects of the robots in this field, and to ensuring international integration with final regulation texts.

On the other hand, there are lots of possible discussion subjects in this context. For example, possible questions like, “Who should have the moral rights of a painting which had been made by an autonomous AI robot?”, “Should the AI robots be considered as associates (*Auxiliary Person; Hilfspersonen*) in the sense that TBK art. 66 (OR art. 55/BGB § 831) and TBK art. 116 (OR art. 101/BGB § 278)?⁵¹”, “How will these systems be evaluated in terms of criminal law for damages arise from their actions?”, “Can the robots be assigned as legal guardians?”, “Is it possible for robots to built a union of family among themselves?”, “Can robots have assets?”, “What about bequeath?” and countless examples might come to mind. The first thing to tackle in order to be able to answer these questions is possible personalities of AI robots in the legal sense⁵².

http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU%282016%29571379_EN.pdf, Accessed 17.10.2017.

⁴⁸ **Michael Guihot/Anne F. Matthew/Nicolas P. Suzor**, “Nudging Robots: Innovative Solutions to Regulate Artificial Intelligence”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 20, 2017, p. 393.

⁴⁹ <https://twitter.com/elonmusk/status/934889932807593984>, Accessed 20.03.2018.

⁵⁰ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, Accessed 13.04.2018.

⁵¹ **Melinda Florina Müller**, “Roboter und Recht: Eine Einführung”, *Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle*, Zürich/St. Gallen, 5/2014, p. 600; **Jan-Philipp Günther**, *Roboter und rechtliche Verantwortung: Eine Untersuchung der Benutzer- und Herstellerhaftung*, München, 2014, p. 75.

⁵² As a footnote, taking and implementing own decisions can be an important argument at the point of personality; however, this should not be the single and adequate criterion. The *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)*

Finally, we will here below try to handle the questions of “liability for robots” and “self liability of robots” in robot caused damages. It should be noted that the robots we have discussed in this paper are especially autonomous⁵³ robots with artificial intelligence.

It will be understood from all the given information and examples that, a system with artificial intelligence may be as a “bot” without a hardware; or a “robot” which has a functional hardware. It is even possible to think of a robotic group, as well as a master robot with artificial intelligence and other robots that connected with a chain of command in Isaac Asimov’s famous book “I, Robot”, which was published in 1950⁵⁴.

II. LIABILITY FOR ROBOTS

When looking at the robot caused damages, we can mainly research it in two different possibilities. First one is “contractual relationships” and the second one is “non-contractual relationships”.

At the beginning, we can firstly say that; unless otherwise a binding arrangement is made, when the legal status of AI robots and the liabilities arising from these robots evaluating, we should walk parallel with legal status of animals and responsibilities from them⁵⁵. So much so that, just like human and legal persons, animals can also be used in contractual relationships⁵⁶. For example, a transporter can instruct the employees to transport the goods of a landlord. The transporter can also use animals for transporting. However, in

comments in favor of robot personality should not be based solely on the basis of decision-making on their own. So much so that, if we consider ability of self decision making as the only criteria of being a person, we must also think about granting personality for animals (see also **Yünlü**, p. 167, fn. 432). For example, in a research programme of Kyoto University, performances of a chimpanzee named *AYUMU* should raise a question of why animals are not considered as same as robots; if robots are recognized as independent persons (<http://langint.pri.kyoto-u.ac.jp/ai/en/friends/ayumu.html>, Accessed 30.03.2018). Therefore in our opinion, there is no intense need for AI robots to be considered as a person for the moment.

⁵³ For the term “autonomy” see also, **Bertolini**, p. 220 et. seq., **Guido Noto La Diega**, “Machine Rules. Of Drones, Robots, and the Info-Capitalist Society”, *The Italian Law Journal*, Vol. 2, 2016, p. 371; also for autonomous robots and systems, **Yünlü**, p. 164 et. seq.; **Christina Mulligan**, “Revenge Against Robots”, *South Carolina Law Review*, Vol. 69, 2018, p. 586.

⁵⁴ **Isaac Asimov**, *I, Robot*, retold by Tricia Reilly, Macmillan, Thailand, 2013.

⁵⁵ Regarding the issues, such as “Robots as Animal”, see **Bertolini**, p. 227 et. seq.

⁵⁶ **Alfred Koller**, *Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980, p. 55; **Rolf H. Weber**, *Berner Kommentar: Das Obligationenrecht*, Vol. VI, Art. 97-109, Bern, 2000, Pn. 41.

such a case, the damages caused by the animals will of course not be taken into consideration as liability for associates⁵⁷. Here, the liability must be examined according to TBK art. 112 (OR art.97⁵⁸/BGB § 276⁵⁹). The transporter can also use an autonomous robot for above stated transporting. But, our answer does not change. The transporter is liable for robot caused damages according to TBK art. 112 (OR art.97/BGB § 276)

On the other hand, it is stated that⁶⁰, the idea of considering AI robots as associates according to TBK art. 116⁶¹ (BGB § 278⁶²/OR art. 101⁶³) depends on the thoughts of considering the machines as associates according to TBK art. 116 (OR art. 101/BGB § 278). Actually, it is not necessary to have a fault capacity to be considered as an associate⁶⁴. Therefore, a person who does not have the ability to distinguish can also be an associate. However, the liability arising from the actions of machines should not be considered in the sense of “liability for associates” and damages occurred from the actions of machines

⁵⁷ **Weber**, Art. 101, Pn. 41; **Wolfgang Wiegand**, Bassler Kommentar: Obligationenrecht, 5th ed., Basel, 2011, Art. 101, Pn. 9; **Koller**, p. 55; **Andreas Furrer/R. Wey/Markus Müller-Chen**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2nd ed., Zürich, 2012, Art. 101, Pn. 15.

⁵⁸ “An obligor who fails to discharge an obligation at all or as required must make amends for the resulting loss or damage unless he can prove that he was not at fault...”.

⁵⁹ “The obligor is responsible for intention and negligence, if a higher or lower degree of liability is neither laid down nor to be inferred from the other subject matter of the obligation, including but not limited to the giving of a guarantee or the assumption of a procurement risk. The provisions of sections 827 and 828 apply with the necessary modifications. A person acts negligently if he fails to exercise reasonable care.

The obligor may not be released in advance from liability for intention.” for translation, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html, Accessed 13.04.2018; **Koller**, p. 56.

⁶⁰ **Günther**, p. 75 and fn. 394.

⁶¹ “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk”.

⁶² *Verantwortlichkeit des Schuldners für Dritte*: “The obligor is responsible for fault on the part of his legal representative, and of persons whom he uses to perform his obligation, to the same extent as for fault on his own part. The provision of section 276 (3) does not apply.”.

⁶³ *Haftung für Hilfspersonen*: “A person who delegates the performance of an obligation or the exercise of a right arising from a contractual obligation to an associate, such as a member of his household or an employee is liable to the other party for any loss or damage the associate causes in carrying out such tasks, even if their delegation was entirely authorised.

This liability may be limited or excluded by prior agreement.

If the obligee is in the obligor’s service or if the liability arises in connection with commercial activities conducted under official licence, any exclusion of liability by agreement may apply at most to minor negligence.”.

⁶⁴ **Roland Schwarze**, Das Recht der Leistungsstörungen, 2nd ed., Germany, 2017, p. 577. *YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)*

must be attributed to the user of these machines according to TBK art. 112 (OR art. 97/BGB § 276). For this reason, neither the machines nor the artificial intelligence robots should be considered as associates according to TBK art. 116 (OR art. 101/BGB § 278)⁶⁵.

In the light of existing legal regulations, robots will need to have a person status in order to be considered as associate in terms of liability for associates. Therefore, at the present moment, when an AI robot in a contractual obligation causes any loss or damage of other party;

- If this robot is used by a contracting party, the user of this AI robot should be liable directly and personally according to TBK art. 112 (OR art. 97/BGB § 276)⁶⁶,

- If this robot is used by an (human or legal person) associate of contracting party, associate should be liable directly and personally according to TBK art. 49 (OR art. 41⁶⁷/BGB § 823⁶⁸) and contracting party should be liable according to TBK art. 116 (OR art. 101/BGB § 278).

On the other hand, AI robots may also harm a person who is not in a contractual relationship. Also here, we should make a binary distinction as above. Therefore, at the present moment, when an AI robot causes any loss or damage of a person who is not in a contractual relationship;

- User of this AI robot should be liable according to TBK art. 49 (OR art. 41/BGB § 823),

- If this AI robot is used by an employee or ancillary staff, employee who uses this robot should be liable directly and personally according to TBK art. 49 (OR art. 41/BGB § 823) and employer should be liable within the context

⁶⁵ **Schwarze**, p. 577.

⁶⁶ **Florina Müller**, p. 600.

⁶⁷ *“Any person who unlawfully causes loss or damage to another, whether wilfully or negligently, is obliged to provide compensation.*

A person who wilfully causes loss or damage to another in an immoral manner is likewise obliged to provide compensation.”.

⁶⁸ *“A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.*

The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault.”.

of “liability of employers” according to TBK art. 66 (OR art. 55⁶⁹/BGB § 831⁷⁰).

As can be seen, in a contractual obligation or a non-contractual situation, robots should be treated as an extension of the person who uses them. Although right now it has not a legal ground, if AI robots get similar personality status to humans in the future, it would not be theoretically wrong to say that the persons who use them can be liable according to “liability for associates” and “liability of employers”. However, if AI robots get person status and considered as associates in the sense of TBK art. 116 (OR art. 101/BGB § 278) and TBK art. 66 (OR art. 55/BGB § 831), we should ask about the recourse right of contractor/employer against the robot which has caused the damage.

At this point, various possibilities regarding the right of recourse will come to mind. How can a contractor/employer recourse against an AI robot? Some of the possible answers can be;

- in paralel with granting them person status, granting AI robots also right to own assets (to be able to recourse against them),
- making new legal regulations without granting the liable person the right of recourse when a robot caused a damage,
- making new legal regulations with granting the liable person the right of recourse against the people like producers, importers, developers, sellers etc.

Therefore, it is also necessary to ask the question, whether the robots should be liable for the compensation of the damages they have caused or the producers, the person who put them into service, or someone else⁷¹. The issue

⁶⁹ “An employer is liable for the loss or damage caused by his employees or ancillary staff in the performance of their work unless he proves that he took all due care to avoid a loss or damage of this type or that the loss or damage would have occurred even if all due care had been taken.

The employer has a right of recourse against the person who caused the loss or damage to the extent that such person is liable in damages.”.

⁷⁰ “A person who uses another person to perform a task is liable to make compensation for the damage that the other unlawfully inflicts on a third party when carrying out the task. Liability in damages does not apply if the principal exercises reasonable care when selecting the person deployed and, to the extent that he is to procure devices or equipment or to manage the business activity, in the procurement or management, or if the damage would have occurred even if this care had been exercised.

The same responsibility is borne by a person who assumes the performance of one of the transactions specified in subsection (1) sentence 2 for the principal by contract.”.

⁷¹ **Thomas Dreier/Indra Spiecker Döhmman**, “Legal Aspects Of Service Robotics”, *Poesis & Praxis: International Journal of Ethics of Science and Technology Assessment*, 2012, p. 211.

is presumption of making liability exclusion agreements of people like producers and developers⁷². At this point, in paralel with possibility of recourse against producers, developers, importers, sellers etc., we should also take into account making new legal regulations about prior agreements to limit or exclude the liability. Thus, we do not leave the injured party more vulnerable against the robot caused damages.

We can give an example of both contractual liability and non-contractual liability. For example, when a passenger is carried by a driverless car (Taxi etc.) and this car causes an accident. The passenger and a pedestrian gets injured. Here, we should apply the contractual liability provisions for compensation of damages of the passenger and non-contractual (Tort) liability provisions for compensation of damages of this pedestrian. In the context of existing legislative regulations, whether this driverless car is an autonomous or an automatic system, we will not apply the provisions of TBK art. 116 (OR art. 101/BGB § 831) and TBK art. 66 (OR art. 55/BGB § 831). Therefore, for the passenger, contractual liability of car owner according to TBK art. 112 (OR art. 97/BGB § 276); and for the pedestrian, non-contractual (Tort) liability of car owner according to TBK art. 49 (OR art. 41/BGB § 823) can be applied. Plus generally, other special provisions about motor vehicles in national laws should be considered⁷³.

As we have mentioned in this paper, besides positive sides, dangerous sides of these technologies also fastly come into our lives⁷⁴. So much so that, technological and legal questions of yesterday, become real concrete cases of today and tomorrow. For instance, a short time ago, jurists were discussing the criminal and civil liability issues, such as what if a driverless autonomous car⁷⁵ causes (fatal accident etc.) a damage⁷⁶. It is not surprising that these

⁷² **Dreier/Spiecker Döhm**, p. 213.

⁷³ For a specific regulation on transportation and also autonomous vehicles in State of Nevada/United States of America see also, https://www.leg.state.nv.us/Session/76th2011/Bills/AB/AB511_R1.pdf, Accessed 23.12.2018; also for Turkish Highway Traffic Code (KTK): <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2918.pdf>, Accessed 23.12.2018.

⁷⁴ See also, **A. Michael Froomkin/P. Zak Colangelo**, “Self-Defense Against Robots and Drones”, *Connecticut Law Review*, Vol. 48, 2015, p. 7 et. seq.

⁷⁵ About autonomous vehicles, see also: **Adam Rosenberg**, “Strict Liability: Imagining a Legal Framework for Autonomous Vehicles”, *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 20, 2017, p. 207 et. seq.

⁷⁶ **Sabine Gless/Emily Silverman/Thomas Weigend**, “If Robots Cause Harm, Who Is To Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability”, *New Criminal Law Review*, Vol. 19, No: 3, 2016, p. 413 et. seq.; also **Neil M. Richards/William D. Smart**, “How Should The Law
YUHFD Vol. XVI No.1 (2019)

scenarios and issues are real cases of today, and will also be tomorrow. For a truelife example, in United States of America, while a driverless car autonomously moving, hits a pedestrian and caused death⁷⁷. As we can see here, whether we are aware of it or not, the issues we discuss and the dangers we indicate are so close to our lives then many of us know.

On the other hand, it may be necessary to consider the non-contractual (Tort) liabilities of people, such as producers, developers, sellers, etc. Because, normally, when a person suffers from a tort, this person has a right for compensation according to TBK art. 116 (OR art. 101/BGB § 278) and TBK art. 66 (OR art. 55/BGB § 831) or directly from the tort-feasor according to TBK art. 49 (OR art. 41/BGB § 823). Therefore, in order not to deprive the victim of the possibility of such a dual choice, it would be appropriate to incorporate the persons such as producers, developers, sellers, etc. into the liability system. For example, in Turkish law, The Code on Consumer Protection (*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun: TKHK*)⁷⁸ has lots of joint liability provisions. According to these different provision⁷⁹, people like sellers, producers, importers will be jointly liable⁸⁰.

However, we must reiterate that as long as robots continue to be in the object status and do not acquire a legally recognized personality status, the persons who use them in a contractual/non contractual relationship will be directly and personally liable for the damage and liability for associates and liability of employers will not be applied here. In this respect, there is currently no difference between a robot and an animal. Therefore, it should be noted that, besides the liability of users of these robots, the persons, who

Think About Robots?", 2012, p. 13, http://robots.law.miami.edu/wp-content/uploads/2012/03/RichardsSmart_HowShouldTheLawThink.pdf, Accessed 27.04.2018; see also **Froomkin/Colangelo**, p. 7 et. seq.; **Vladeck**, p. 127, 129; **F. Patrick Hubbard**, "Sophisticated Robots: Balancing Liability, Regulation, and Innovation", Florida Law Review, Vol. 66, 2014, p. 1803, 1806.

⁷⁷ <https://www.cnbc.com/2018/03/21/uber-pedestrian-accident-tempe-police-release-video.html>, Accessed 23.03.2018; For another example see also, **Rosenberg**, p. 205 et. seq. or **Diega**, p. 394.

⁷⁸ See also, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131128-1.htm>, Accessed 23.12.2018.

⁷⁹ For example, TKHK art. 11, 56, 58.

⁸⁰ For some other national, international examples of product liability in robot issues see also, **Bertolini**, p. 238 et. seq.; also detailed on product liability see also **Bryant Walker Smith**, "Automated Driving and Product Liability", Michigan State Law Review, Vol. 1, 2017; in the direction of using product liability principles for machines, **Vladeck**, p. 141.

YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

take the robots into service, such as producers, developers, sellers, etc. will also be under the product liability⁸¹.

Additionally, the person, who will discuss about the product liability regarding AI robots, should also take into account the possibility of robot produced robots⁸². In other words, what if the producer, developer or even the seller of a robot is also a robot(or a robot company)? Human directed company with robot employees, robot directed company with robot employees or even robot directed company with human employees etc.

III. LIABILITY OF ROBOTS

As it can be understood from the above explanations, robots have no self liability for material/moral, economic/bodily, etc. damages, even if they cause with their own independent decisions and acts. More precisely, human based legal systems and sanctions are not feasible for robots. Because, we can see that the rules created by human being so far are based on humans. Therefore, it should not be expected that these human-centered rules are directly applicable to robots⁸³.

Several possibilities come to mind about accepting AI robots as a third person type after human and legal persons, and correspondingly about their self liabilities⁸⁴.

Firstly, in the context of current legal regulations, when an AI robot sits in the dock, lots of concepts related to legal rules and sanctions such as pain, sadness, grief, joy, pleasure, happiness, life, death, shame, sin, good deed, morality, immorality, guilt, innocence, esteem, honor, etc. will become meaningless. Consequently, we can conceive that, in the absence of these

⁸¹ **M. Decker**, "Service Robots In The Mirror Of Reflective Research", *Poiesis & Praxis: International Journal of Ethics of Science and Technology Assessment*, Vol. 9, 2012, p. 184; see also **Woodrow Barfield**, "Liability for Autonomous and Artificially Intelligent Robots", *Paladyn, Journal of Behavioral Robotics*, 2018, p. 196.

⁸² It is very important to say that we can also see news as "*Google AI Creates Its Own 'Child' AI That's More Advanced Than Systems Built By Humans*", see <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/google-child-ai-bot-nasnet-automl-machine-learning-artificial-intelligence-a8093201.html>, Accessed 02.01.2019.

⁸³ **Hartini Saripan/Nurus Sakinatul Fikriah Mohd Shith Putera**, "Are Robots Human? A Review of the Legal Personality Model", *World Applied Sciences Journal*, Vol. 34(6), 2016, p. 828.

⁸⁴ Specifically and in a detailed manner on liability of robots, see **Mulligan**, p. 579 et. seq. *YUHFD Vol. XVI No.1 (2019)*

abstract concepts, civil and criminal sanctions will probably lose the deterrence⁸⁵.

As a second presumption, AI robots may be considered as persons without legal liabilities and without having the right to own assets. However, in this presumption, the thought of having legal personality without any legal liabilities will not be logical and legally acceptable at all.

As a third presumption, just like real and legal persons, AI robots should have their own assets and material/moral rights on things. In addition to that, they must also be jointly and severally liable with their producers/developers/seller etc. for damages that they have caused. Therefore, those who are injured by the actions of an AI robot, can submit their legal claims against both the property of the robot and the producer/developer/seller of this robot.

However, when it is considered in terms of the joint and several liability of persons such as producers/developers/seller etc., if the damaging robot is also produced by an AI system, for example by the Skynet in the Terminator⁸⁶ movies, the concrete case gets much more complicated and can open up a can of worms. We are slowly seeing that, contrary to many of us think, the idea of robot produced robots may not be a distant possibility. Because, we had mentioned above that some firms place robots instead of people.

As a fourth additional presumption, in any case, law-makers may take into consideration making an insurance fund pool⁸⁷, in order to guard against robot caused possible contractual or non-contractual damages. This fund/pool payers can be producers, developers, sellers, importers, exporters, users, etc.

In any and every presumption, granting the robots person status (personhood), requires special civil and criminal regulations and sanctions in every sense.

The legislators should also consider the identification of harming robots⁸⁸. Because, whether these robots have person or goods status, we need to be able to identify the tort feaser to find the responsible people. This is very important for both compensation law and criminal law.

⁸⁵ About “robot punishment” see also **Mulligan**, p. 588 et. seq.

⁸⁶ For detailed information see also: <http://www.imdb.com/title/tt0088247/>, Accessed 20.03.2018.

⁸⁷ **Gless/Silverman/Weigend**, p. 414 and fn. 8.

⁸⁸ **Froomkin/Colangelo**, p. 64 et. seq.

IV. CONCLUSION

As briefly mentioned above, we see some important steps of governments, organizations and even European Union, towards the recognition of robots as persons or the granting of citizenship to robots. However, in our opinion, there are more crucial and urgent works that shall be done on artificial intelligence and robots⁸⁹.

In our opinion, instead of making works on granting of person status to AI robots, as emphasized by the (above-stated) expert person/authorities on issues related robotics, artificial intelligence, physics;

- in addition to supporting technological progress and related endeavours, robots should be examined for risks that may cause,
- precautions should be taken against these risks,
- legal arrangements should be made against known or probable risks,
- some or all of the parties such as users, developers, importers, exporters, sellers etc. should be in joint and several liability for AI systems (whether a bot or a robot),
- more importantly, possible legal arrangements should be the products of international legal works and collaborations, in order to provide a wide legal integration.

It should not be forgotten that the firms, international companies, software and hardware developer/manufacturers, of course, will want to see that robots take a wide place in the manufacturing and service sectors and AI robots have independent personality. Because, robots will be emotionally and physically stronger than humans; will not ask for holiday leave, sick leave, annual leave, weekend holiday, feast etc.; and also will not need social insurance or salary. Besides, although the rules of “liability for associates” and “liability of employers” do not permit this, these companies will want to exclude the robot caused damages. Finally, on the point of compensating the damages, companies/robot users will want to leave the injured party alone with these robots. This is not difficult to predict at all. Therefore, as can be seen, jurist and law-makers have an important *ethical examination* about these issues.

Just as in sales law or consumer law area, production, development, use, sale and procurement of AI robots must be regulated in detail. So much so that, if we ask for licences or various papers from users, producers, importers, exporters of an automatic system, we should make much more detailed

⁸⁹ For regulation suggestions and various related issues on AI systems in detail see also **Guihot/Matthew/Suzor**, p. 414-456.

regulations about the AI systems (bots or robots). Correspondingly, separate and more comprehensive legal regulations must be made for compensations of damages caused by the use of these systems.

Of course, studies on the legal personality of AI robots will be made. But while robotic technologies are moving at the speed of light, our confidence in robots and safety are still waiting on the same point of Isaac Asimov's "Three Laws of Robotics"⁹⁰. These, famous laws formulated as:

"1. *A robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being to come to harm.*

2. *A robot must obey orders given it by human beings except where such orders would conflict with the First Law.*

3. *A robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the First or Second Law.*"⁹¹. Therefore, in our opinion, instead of making detailed legal and technical regulations and taking precautions in relation to robots, efforts to grant legal personality to the systems with such an unknown boundaries, is a totally wrong use of the beyond price time of law in the race of catching the technology. In short, it is firstly and highly necessary to focus on compensation methods of damages⁹². Moreover, aside from protecting people from harming robots, we can even see papers on protecting robots from people⁹³.

When the subject is making new legal regulations about AI systems, provisions like "TBK art. 67 (OR art. 56): *Liability for animals*", "TBK art. 116 (OR art. 101): *Liability for associates*" and "TBK art. 66 (OR art. 55): *Liability of employers*", "TBK art. 69 (OR art. 58): *Liability of property owners*", "TMK art. 369 (ZGB art. 333): *Liability (Authority within the Household)*", "*various provisions on motor vehicles*", etc. and generally strict liability rules should be taken into account⁹⁴.

⁹⁰ In lately added zeroth rule, mentioned also "humanity" in addition to human, see also **Bozkurt Yüksel**, p. 92.

⁹¹ **Froomkin/Colangelo**, p. 3, fn. 1; **Eszteri**, p. 60; **Hubbard**, p. 1808; **Bing**, p. 204; <https://www.auburn.edu/~vestmon/robotics.html>, Accessed 13.04.2018.

⁹² **Bertolini**, p. 247.

⁹³ See, **Kate Darling**, "Extending Legal Protection to Social Robots The Effects of Anthropomorphism, Empathy, And Violent Behavior Towards Robotic Objects", http://gunkelweb.com/coms647/texts/darling_robot_rights.pdf, Accessed 25.12.2018; see **Mulligan**, p. 587 et. seq.

⁹⁴ For direction of strict liability, **Rosenberg**, p. 218 et. seq.
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

In the case of person status of AI robots;

- for compensations of damages in non-contractual situations, provisions like TBK art. 66 (OR art. 55/BGB § 831),
- or for compensations of damages in contractual relations, provisions like TBK art. 116 (OR art. 101/BGB § 278) should widely change and integrate in order to be applied to AI robots and robot users.

In the case of goods status of robots (as current⁹⁵);

- for compensations of damages in non-contractual situations, provisions like TBK art. 49 (OR art. 41/BGB § 823),
- or for compensations of damages in contractual relationships, provisions like TBK art. 112 (OR art. 97/BGB § 276) may change and integrate in order to apply for robots and robot users.

Additionally, in both cases, rules of product liability and liabilities of parties such as sellers, developers, users, importers, exporters, etc. should integrate, in order to provide contemporary and up-to-date liability provisions.

In brief, a person should not have a lesser liability when he/she uses an AI bot/robot than when he/she uses a human or a legal person for the same job. Concordantly, an injured party/or a person should not have lesser compensation rights when this damages are caused by an AI robot than as if same damages are caused by a human or a legal person.

It is beyond question that whether autonomous or automatic, bots and robots are extremely useful in search and rescue, space research, medicine, law, communication, transportation, and every other possible areas. And this usefulness will increasingly continue. However, this countless benefits and possible risks should be balanced and from every angle taken into consideration in national and international legal workshops.

V. A NEXT IMPORTANT QUESTION TO ANSWER

Finally, as a question for the future, while even the users of mobile phones with the latest technology are not happy with the battery lives and efficiency, “what kind of energy sources will the robots use” should be added to the issues that need to be considered and answered. At this point, there is a possibility that many people will not like it: Nuclear energy. At the present moment, we know that some spacecraft and military sea vehicles such as

⁹⁵ **Barfield**, p. 196.

submarines and ships use nuclear energy⁹⁶. The idea of using nuclear energy for robots is also familiar with the Terminator⁹⁷ films. Therefore, while AI robots and related technologies are being considered, legal possibilities arising from a possible use of nuclear energy is essential to be handled separately.

REFERENCES

- Adam Rosenberg**, “Strict Liability: Imagining a Legal Framework for Autonomous Vehicles”, *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 20, 2017.
- A. Michael Fromkin/P. Zak Colangelo**, “Self-Defense Against Robots and Drones”, *Connecticut Law Review*, Vol. 48, 2015.
- Alfred Koller**, *Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980.
- Andrea Bertolini**, “Robots as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules”, *Law Innovation and Technology*, Vol. 5/2, 2013.
- Andreas Furrer/R. Wey/Markus Müller-Chen**, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen*, 2nd ed., Zürich, 2012, Art. 101.
- Armağan Ebru Bozkurt Yüksel**, “Robot Hukuku”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, No: 29, 2017.
- Bryant Walker Smith**, “Automated Driving and Product Liability”, *Michigan State Law Review*, Vol. 1, 2017.
- Christina Mulligan**, “Revenge Against Robots”, *South Carolina Law Review*, Vol. 69, 2018.
- Çağlar Ersoy**, *Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk*, 2nd ed., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Dana Remus/Frank Levy**, “Can Robots Be Lawyers: Computers, Lawyers, and the Practice of Law”, *The Georgetown Journal Of Legal Ethics*, Vol. 30, 2017.
- Daniel Eszteri**, “Liability for Operation and Damages Caused by Artificial Intelligence - With a Short Outlook to Online Games”, *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata*, Vol. 153, 2015.

⁹⁶ According to these vehicles, see also: <http://www.world-nuclear.org/information-library/non-power-nuclear-applications/transport.aspx>; <https://mars.nasa.gov/msl/mission/technology/technologiesofbroadbenefit/power/>, Accessed 13.04.2018.

⁹⁷ <http://www.imdb.com/title/tt0438488/>, Accessed 13.04.2018.

- David C. Vladeck**, “Machines without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence”, *Washington Law Review*, Vol. 89, 2014.
- Elizabeth E. Joh**, “Private Security Robots, Artificial Intelligence, and Deadly Force”, *U.C.D. L. Rev.*, Vol. 51, 2017.
- F. Patrick Hubbard**, “Sophisticated Robots: Balancing Liability, Regulation, and Innovation”, *Florida Law Review*, Vol. 66, 2014.
- Guido Noto La Diega**, “Machine Rules. Of Drones, Robots, and the Info-Capitalist Society”, *The Italian Law Journal*, Vol. 2, 2016.
- Hartini Saripan/Nurus Sakinatul Fikriah Mohd Shith Putera**, “Are Robots Human? A Review of the Legal Personality Model”, *World Applied Sciences Journal*, Vol. 34(6), 2016.
- Isaac Asimov**, *I, Robot*, retold by Tricia Reilly, Macmillan, Thailand, 2013.
- Jan-Philipp Günther**, *Roboter und rechtliche Verantwortung: Eine Untersuchung der Benutzer- und Herstellerhaftung*, München, 2014.
- Jenny R. Holzer/Franklin L. Moses**, “Autonomous Systems in the Intelligence Community: Many Possibilities and Challenges”, *Studies in Intelligence*, Vol. 59, No: 1, 2015.
- Jon Bing**, “The Riddle of the Robots”, *Journal of International Commercial Law and Technology*, Vol. 3, 2008.
- Jordan Bigda**, “The Legal Profession: From Humans to Robots”, *Journal of High Technology Law*, Vol. 18, 2018.
- M. Decker**, “Service Robots In The Mirror Of Reflective Research”, *Poiesis & Praxis: International Journal of Ethics of Science and Technology Assessment*, Vol. 9, 2012.
- Margot E. Kaminski**, “Robots in the Home: What Will We Have Agreed To”, *Idaho Law Review*, Vol. 51, 2015.
- Melinda Florina Müller**, “Roboter und Recht: Eine Einführung”, *Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle*, Zürich/St. Gallen, 5/2014.
- Michael Guihot/Anne F. Matthew/Nicolas P. Suzor**, “Nudging Robots: Innovative Solutions to Regulate Artificial Intelligence”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 20, 2017.
- Murat Volkan Dülger**, “Günümüz Yapay Zeka Teknolojisi ve 'Robot Yargıç/Avukat' Gerçeği: Mesleğimiz Elimizden Gidiyor Mu?”, *h+ dergi*, Vol. 5, 2018.
- Roland Schwarze**, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 2nd ed., Germany, 2017.
- Rolf H. Weber**, *Berner Kommentar: Das Obligationenrecht*, Vol. VI, Art. 97-109, Bern, 2000.

- Sabine Gless/Emily Silverman/Thomas Weigend**, “If Robots Cause Harm, Who Is To Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability”, *New Criminal Law Review*, Vol. 19, No: 3, 2016.
- Semih Yünlü**, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Stephen T. Middlebrook/John Muller**, “Thoughts on Bots: The Emerging Law of Electronic Agents”, *The Business Lawyer*, Vol. 56, No: 1, 2000.
- Thomas Dreier/Indra Spiecker Döhmman**, “Legal Aspects Of Service Robotics”, *Poiesis & Praxis: International Journal of Ethics of Science and Technology Assessment*, 2012.
- Wolfgang Wiegand**, *Bassler Kommentar: Obligationenrecht*, 5th ed., Basel, 2011, Art. 101.
- Woodrow Barfield**, “Liability for Autonomous and Artificially Intelligent Robots”, *Paladyn, Journal of Behavioral Robotics*, 2018.
- Woodrow Hartzog**, “Unfair and Deceptive Robots”, *Marryland Law Review*, Vol. 74, 2015.

Electronic Sources:

- Kate Darling**, “Extending Legal Protection to Social Robots The Effects of Anthropomorphism, Empathy, And Violent Behavior Towards Robotic Objects”, http://gunkelweb.com/coms647/texts/darling_robot_rights.pdf, Accessed 25.12.2018
- NASA Tecnology TA 4: Robotics and Autonomous Systems**, 2015, https://www.nasa.gov/sites/default/files/atoms/files/2015_nasa_technology_roadmaps_ta_4_robotics_and_autonomous_systems_final.pdf, Accessed 17.10.2017.
- Neil M. Richards/William D. Smart**, “How Should The Law Think About Robots?”, 2012, p. 13, http://robots.law.miami.edu/wp-content/uploads/2012/03/RichardsSmart_HowShouldTheLawThink.pdf, Accessed 27.04.2018.
- <http://langint.pri.kyoto-u.ac.jp/ai/en/friends/ayumu.html>, Accessed 30.03.2018.
- <http://www.bbc.com/news/technology-30290540>, Accessed 20.03.2018.
- <http://www.boeing.com/features/2017/05/echo-voyager-test-05-17.page>, Accessed 13.04.2018.
- <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-4412488/Russian-humanoid-learns-shoot-gun-hands.html>, Accessed 14.12.2017.
- <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-5110787/Elon-Musk-says-10-chance-making-AI-safe.html>, Accessed 20.03.2018.

- <http://www.dw.com/en/saudi-arabia-grants-citizenship-to-robot-sophia/a-41150856>, Accessed 13.12.2018.
- <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170110IPR57613/robots-legal-affairs-committee-calls-for-eu-wide-rules>, Accessed 17.10.2017.
- http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU%282016%29571379_EN.pdf, Accessed 17.10.2017.
- <http://www.firaworldcup.org/VisitorPages/default.aspx?itemid=3>, Accessed 28.03.2018.
- <http://www.geminoid.jp/en/robots.html>, Accessed 13.12.2018.
- <http://www.imdb.com/title/tt0088247/>, Accessed 20.03.2018.
- <http://www.imdb.com/title/tt0438488/>, Accessed 13.04.2018.
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2918.pdf>, Accessed 23.12.2018.
- <http://www.moley.com/>, Accessed 02.01.2019.
- <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/11/20131128-1.htm>, Accessed 23.12.2018.
- <http://www.robocup.org/>, Accessed 28.03.2018.
- http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_st_atus.html, Accessed 13.04.2018.
- <http://www.world-nuclear.org/information-library/non-power-nuclear-applications/transport.aspx>, Accessed 13.04.2018.
- <https://donotpay.com/>, Accessed 20.03.2018.
- <https://lexmachina.com/>, Accessed 20.03.2018.
- <https://mars.nasa.gov/msl/mission/technology/technologiesofbroadbenefit/power/>, Accessed 13.04.2018.
- <https://media.ntu.edu.sg/NewsReleases/Pages/newsdetail.aspx?news=fde9bfb6-ee3f-45f0-8c7b-f08bc1a9a179>, Accessed 13.12.2018.
- <https://nypost.com/2018/03/27/finland-schools-are-testing-out-robot-teachers/>, Accessed 12.12.2018.
- <https://rossintelligence.com/>, Accessed 20.03.2018.
- <https://twitter.com/elonmusk/status/934889932807593984>, Accessed 20.03.2018.
- <https://www.apple.com/tr/ios/siri/>, Accessed 28.03.2018.
- <https://www.auburn.edu/~vestmon/robotics.html>, Accessed 13.04.2018.
- <https://www.bbc.com/news/technology-36376966>, Accessed 12.12.2018.
- <https://www.cnbc.com/2017/07/16/musk-says-a-i-is-a-fundamental-risk-to-the-existence-of-human-civilization.html>, Accessed 02.01.2019.

- <https://www.cnbc.com/2018/03/21/uber-pedestrian-accident-tempe-police-release-video.html>, Accessed 23.03.2018.
- <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-4514916/Footage-shows-Darpa-s-robot-pilot-flying-737-sim.html>, Accessed, 02.01.2019.
- <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-6108999/Robot-teachers-invade-Chinese-kindergartens.html>, Accessed 12.12.2018.
- <https://www.forbes.com/sites/janetwburns/2016/09/22/notorious-runaway-robot-arrested-at-russian-political-rally/#28abd7b843b9>, Accessed, 13.12.2018.
- <https://www.hansonrobotics.com/hanson-robots/>, Accessed 13.12.2018.
- <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/google-child-ai-bot-nasnet-automl-machine-learning-artificial-intelligence-a8093201.html>, Accessed 02.01.2019.
- <https://www.japantimes.co.jp/news/2018/08/29/national/japan-turns-classroom-robots-bid-boost-english-skills/#.XBFvFnQzZPY>, Accessed 12.12.2018.
- <https://www.khaleejtimes.com/nation/dubai//video-sophia-the-robot-wants-to-start-a-family->, Accessed 28.11.2017.
- <https://www.kirasystems.com/>, Accessed 20.03.2018.
- https://www.leg.state.nv.us/Session/76th2011/Bills/AB/AB511_R1.pdf, Accessed 23.12.2018.
- <https://www.microsoft.com/en-us/cortana>, Accessed 13.12.2018.
- <https://www.mirror.co.uk/tech/robot-run-mayor-japan-world-12377782>, Accessed 12.12.2018.
- <https://www.nbcnewyork.com/news/local/Amazon-Warehouse-New-Jersey-Multiple-Sick-501976081.html>, Accessed 12.12.2018.
- <https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/28/chatbot-ai-lawyer-donotpay-parking-tickets-london-new-york>, Accessed 20.03.2018.
- <https://www.theguardian.com/technology/video/2018/nov/09/worlds-first-ai-presenter-unveiled-in-china-video>, Accessed 02.01.2019.
- <https://www.theverge.com/2017/7/12/15960080/chatbot-ai-legal-donotpay-us-uk>, Accessed 20.03.2018.
- <https://www.theverge.com/tldr/2018/3/15/17123812/basketball-robot-toyota-sparkly-arvalq-tokyo>, Accessed 28.03.2018.
- <https://www.youtube.com/watch?v=qc6koaHJVgw>, Accessed 02.01.2019.
- https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2016/05/16/meet-ross-the-newly-hired-legal-robot/?utm_term=.d17300dca1f4, Accessed 20.03.2018.

<https://www.weforum.org/agenda/2018/03/autonomous-robot-bees-are-being-patented-by-walmart>, Accessed 13.04.2018.

*** BİR MÜLKİYET NESNESİ OLARAK ÇATIŞMALAR**
(CONFLICTS AS PROPERTY)

Çevirenler: Dr. Öğr. Üyesi Galma AKDENİZ & Ezgi TABOĞLUⁱ * **

Çevirmenin notu: Bu makale “Conflicts as Property” başlığıyla 1977 yılında yayımlanmıştır. Orijinal metin Nils Christie tarafından makale olarak hazırlanmamıştır; Christie’nin 1976’da Sheffield Üniversitesi’nde kurulan Center for Criminological Studies’in açılışında yaptığı konuşmanın metnidir. Bu anlamda metin yazılı değil, sözlü sunum için hazırlandığından, tam anlamıyla akademik yazım kurallarına göre hazırlanmış değildir. Bundan dolayı metnin bazı yerleri çok iyi anlaşılammaktadır. Orijinalini daha iyi anlayabilmek ve yazarın asıl niyetini daha doğru aktarabilmek için, çeviri yaparken Nils Christie ile temasa geçip anlaşılmayan yerler konusunda netleştirme istemiştik. Ayrıca Nils Christie’nin makalede ileri sürdüğü fikirler konusunda yazışmıştık, ve çeviriyi bizimle paylaştığı bu bilgiler çerçevesinde hazırladık. Sonuç olarak çeviride orijinal metine çok büyük ölçüde sadık kalındı (büyük-küçük harf kullanımı ve noktalama işaretleri dahil), fakat çeviriden dolayı anlaşılmayacak kısımlarda verilmek istenen anlamı doğru bir biçimde aktarabilmek için ufak uyarlamalar yapılmıştır. Metnin içinde yer alan dipnotlar orijinal metnin dipnotlardır. Metnin sonunda bulunan son notlar ise çevirmenlerin notlarıdır. Kaynaklar listesi orijinal makalede verildiği formatta verilmiştir.

[†] Eserin Dergimize geliş tarihi: 23.11.2018. İlk hakem raporu tarihi: 02.01.2019. İkinci hakem raporu tarihi: 03.01.2019. Onaylanma tarihi: 10.01.2019.

* Galma Akdeniz: İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi; Ezgi Taboğlu: Avukat, İstanbul Barosu.

** Galma Akdeniz ORCID Belirleyicisi: 0000-0002-7255-8260; Ezgi Taboğlu ORCID Belirleyicisi: 0000 0001 7174 8882.

Eserin Atf Şekli: Galma Akdeniz, Ezgi Taboğlu (Çev.), “Bir Mülkiyet Nesnesi Olarak Çatışmalar”, YÜHFD, C.XVI, 2019/1, s.215-234.

31 Mart 1976'da, Sheffield Üniversitesi, Kriminolojik Araştırmaları Merkezi'nde yapılan Kuruluş Tebliği.

Makalenin ilk taslağı hakkında değerli katkı verenler: Vigdis Christie, Tove Stang Dahl, ve Annika Snare.ⁱⁱ

Nils Christie (Oslo)
Kriminoloji Profesörü, Oslo Üniversitesi

Özⁱⁱⁱ

Çatışmalar toplumun önemli unsurları olarak görülür. Sanayileşmiş toplumların iç çatışmaları çok fazla değildir, aksine çok azdır. Toplumsal mekanizmaları öylesine düzenlemeliyiz ki, çatışmaları aynı anda hem beslenmeli hem de görünür kılınmalı. Bir yandan da çatışmaların yönetiminin profesyoneller tarafından tamamen ele geçirilmesini de önlemeliyiz. Özellikle suç mağdurları, katılma haklarını da kaybetmişler. Bu çalışmada, katılanlara kendi çatışmalarına çözüm bulma haklarını yeniden düzenleyen bir muhakeme usulü özetlenmiştir.

Giriş

Belki de kriminoloji yapmamalıyız. Belki araştırma enstitüleri açmak yerine, onları kapatmalıyız. Belki suç araştırmalarının toplumsal sonuçları, sandığımızdan çok daha belirsizdir.

Ben gerçekten de belirsiz olduklarını düşünüyorum. Ve bence bunun inceleyeceğim konuyla ilişkisi var - bir malvarlığı nesnesi olarak çatışmalar. Kriminolojinin, çatışmayı tarafların elinden alarak yok eden ya da başkalarının mülkiyeti haline getiren bir süreci güçlendirdiğinden kuşkulaniyorum. Her iki durum da acıklı sonuçlara yol açıyor. Çatışmalar kullanılmalı, çürümeye bırakılmamalı; doğrudan çatışmaya taraf olanlar tarafından kullanılmalı, onlar için faydalı hale getirilmelidir. Çatışmalar bireylere olduğu kadar, toplumsal mekanizmalara da zarar *verebilirmiş^{iv}*. Bize okulda öğretilen budur. Resmi otoriteler de zaten tam da bu nedenle varmış. Onlar olmadan, toplumda intikam ve kan davaları baş gösterirmiş. Bunu bize öylesine katı bir şekilde ezberlettiler ki, madalyonun diğer yüzünü görmeyi unuttuk: Bu geniş, sanayileşmiş toplumumuz iç çatışması fazla olan bir toplum değildir; bu toplum, iç çatışması az olan bir toplumdur. Çatışmalar öldürebilir; ama çatışma bu kadar az olunca, toplum durabilir. Burada, bu durumun bir resmini çizmeye çalışacağım. Bu bir eskizden öteye bir çalışma

olamaz. Dolayısıyla bu yazı bir takım fikirlerin geliştirilmesinin başlangıcı olup, bitmiş bir ürün değildir.

Yaşanan ve Yaşanmayanlar Hakkında

Hareket noktamız uzak bir yer olsun. Tanzanya'ya gidelim. Problemimize, Arusha eyaletinin güneşli yamacından yaklaşalım. Buradaki çok küçük bir köyde, nispeten büyük bir evin içinde, bir olay yaşanıyor. Ev çok kalabalık. Hem köyün, hem de çevre köylerin büyükleri bu evde. Hararetili bir buluşma; hızlı muhabbetler, şakalaşmalar, gülümsemeler, bir cümleyi bile kaçırmamaya gösterilen özen, dikkat. Neredeyse bir sirk, bir piyes. Bu evde bir dava görülüyor.

Söz konusu çatışma bir erkekle bir kadın arasında. Nişanlılarmış. Erkek, uzun süren bu nişanlılık boyunca ilişkilerine çok yatırım yapmış; ta ki kadın nişanı atana kadar. Erkek, yatırımlarını şimdi geri istiyormuş. Altınlar, gümüşler ve para üzerinde çarçabuk bir karara varılmış; peki ya kullanılmış mallar ve diğer harcamalar ne olacak?

Varılan sonuç bu çalışma için önemli değil. Fakat çatışmanın çözümü için kullanılan çerçeve bizim için önemli. Burada, altı çizilmesi gereken beş ana unsur söz konusu:

1. Taraflar, yani eski sevgililer, odanın *ortasında* oturuyorlar ve herkesin ilgisi onların üstünde. Bol bol konuşabildikleri gibi, konuştuklarında herkes onları dikkatlice dinliyor.
2. Akrabaları ve arkadaşları onların yakınında oturuyor ve tartışmaya katılıyorlar; fakat tartışmaya hiçbir zaman *egemen olmuyorlar*.
3. Ayrıca, orada bulunan diğer kişiler de kısa sorular, bilgilendirmeler ve şakalarla konuşmaya katılıyorlar.
4. Hakemler, yani üç yerel yönetim temsilcisi, son derece pasif. Köyde olan bitene pek hakim olmadıkları aşikar. Onlar dışında odadaki herkes ise, hem kurallar, hem de yapılması gerekenler açısından, konuda uzman. Tartışma süresince konuşmalara katılarak bu kuralların netleşmesini ve yaşananların anlaşılmasını sağlıyorlar.
5. Medya yok. İlgili herkes zaten orada.

İngiliz Mahkemeleri hakkında bilgim oldukça kısıtlıdır. Çocuk Mahkemeleri'ni hayal meyal hatırlıyorum - 15-20 kişi, çoğu sosyal hizmet uzmanı, mahkeme salonunu hazırlık çalışmaları ve görüşmeler için kullanıyorlar. Sanırım salonda bir çocuk veya bir genç vardı, fakat hâkim mi yoksa kâtip mi olduğunu tam hatırlayamadığım kişi dışında kimse onunla ilgilenmedi. O çocuğun ya da gencin, kimin kim olduğu veya ne iş yaptığıyla ilgili kafası muhtemelen karmakarışık - bu durumu Peter Scott (1959) kısa bir çalışmasında daha önce tespit etmişti zaten. Amerika Birleşik

Devletleri’nde Martha Baum (1976) da aşağı yukarı aynı gözlemleri yapmıştır. Kısa bir süre önce, Bottoms ve McClean (1976) çok önemli yeni bir gözlem daha ekledi: “Hukuk ve ceza adaleti literatüründe çok az dile getirilen bir gerçek vardır. Bu projeye dâhil olup örneklemimizi oluşturan vakaları inceleyen herkes için apaçık bir gerçektir bu. Bu gerçek, ceza mahkemelerinin işleyişinin çoğu zaman sıkıcı, sıradan, vasat ve hatta bıktırıcı boyutlara geldiğidir.”

Ama ben sizin sisteminiz hakkında konuşmak yerine kendiminkine^v odaklanayım. Ve size şunu iddia edebilirim: bu sistemin özelliği, bir şeyin “yaşanmıyor” olmasıdır. Tanzanya’da yaşananların tam tersidir. İskandinav davalarında göze çarpan, vakaların neredeyse hepsinin griliği, donukluğu ve herhangi bir önemli izleyici kitlesinden yoksunluğudur. Adliyeler, bizim vatandaşlarımızın günlük hayatında merkezi bir önem taşımazlar. Bilakis, dört önemli açıdan periferik oldukları söylenebilir: --

1. Adliyeler, şehirlerin idari merkezlerinde bulunmaktadırlar; yani sıradan insanların yaşadığı bölgelerin dışında.
2. Bu idari merkezlerin içinde de, ciddi derecede karmaşık bir mimariye sahip bir ya da iki ana binada toplanmışlardır. Çoğu avukat bu binaların içinde yol bulabilmenin aylar aldığından yakındır. Bu gibi yapıların içinde sıkışıp kalan dava taraflarının veya diğer vatandaşların durumunu hayal etmek çok da zor değildir. Adliye mimarisi hakkında karşılaştırmalı bir çalışma yapılırsa, hukuk sosyolojisine katkısı Oscar Newman’ın (1972) savunulabilir alanlar konusunda çalışmasının kriminolojiyle katkısı kadar önemli olabilir. Ama herhangi bir akademik çalışma yapılmadan bile, hem fiziksel koşullarına hem de mimari tasarımına bakarak, İskandinavya’daki mahkemelerin hukuk idarecilerine ait olduğunu rahatlıkla söylemekte bir sakınca görmüyorum.
3. Bu his, gerçek bir mahkeme salonuna girdiğinizde daha da güçleniyor – tabii eğer yolu bulup salona girebilecek kadar şanslıysanız. Tarafların kenara itilmişliği burada tekrar göze çarpıyor. Taraflar temsil ediliyor ve bu odada yaşanan az miktardaki aksiyondan, hakim(ler)le beraber bu temsilciler sorumlu. Honoré Daumier’nin mahkeme salonlarını gösteren ünlü çizimleri, Fransa kadar İskandinav Mahkemeleri’ndeki durumu da yansıtmaktadır.

Farklılıklar da var. Küçük şehirlerde veya kırsal bölgelerde mahkemelere erişim, büyük şehirlerdekinden daha kolaydır. Mahkemeler sisteminin en alt basamağında - “tahkim kurulları” ismiyle bilinen - taraflar, hukuk uzmanları tarafından daha nadiren temsil ediliyorlar. Fakat bütün sistemin simgesi

olarak kabul edilen Yüksek Mahkeme'de^{vi}, taraflar kendi davalarına ilişkin duruşmalara bile katılmıyorlar.

4. Özel hukuk alanındaki çatışmalar ile ceza alanındaki çatışmalar arasında bir ayırım yapmadım daha. Fakat Tanzanya'dan verdiğim örneğin bir özel hukuk meselesi olması rastgele bir seçim değil. Kendi çatışmanıza tam katılımınız özel hukukun unsurları arasındadır. Ceza yargılamasında esas unsur ise meselenin taraflar arasında somut bir vaka olmaktan çıkartılarak, taraflardan biri ile devlet arasında bir çatışmaya dönüştürülmesidir. Yani, modern bir ceza yargılamasında iki önemli şey yaşanmaktadır. Birincisi, taraflar *temsil* ediliyorlar. İkincisi de, taraflardan biri, mağdur, devlet tarafından o kadar enine boyuna bir şekilde temsil ediliyor ki, yargılama arenasının neredeyse tamamen dışına itilerek, yargılamanın sadece tetikleyicisi seviyesine indirgeniyor. Mağdur, adeta iki kez kaybeden haline geliyor. İlk olarak fail nedeniyle yaşadığı mağduriyetten dolayı. İkinci (ama sonuçları açısından belki daha da zarar verici) olarak, belki de hayatında en çok önem taşıyacak ayinsel karşılaşmalardan birine tam anlamıyla katılma hakkının verilmemesinden dolayı. Mağdur, aslında, davasını devlete karşı kaybetmiştir.

Uzman Hırsızlar

Hepimizin bildiği gibi, bu gelişmenin gerisinde saygıdeğer olduğu kadar saygıdeğer olmayan da birçok sebep var. Saygıdeğer olanlar, devletin çatışmayı önleme isteğine, ama aynı zamanda da devletin mağduru koruma arzusuna bağlıdır. Bu gayet açıktır. Fakat saygıdeğer olmayan sebepler de bir o kadar açıktır: Devletin veya Hükümdarın veya gücü elinde tutan her kimse onun, ceza yargılamasını kendi çıkarları için kullanma isteği. Faillere günahları karşılığında para ödeme imkanı sunulmuştu geçmişte. Otoriteler, mağdurun temsilcisi rolünü üstlenerek, failden para veya başka mallar alma konusunda oldukça net bir gönüllülük göstermişlerdi. O günler geçti; artık suçla mücadele maddi çıkar amaçlı yürütülüyor. Ama yine de, o günler tamamen geçmiş değil. Hala, tüm bayağılıklarına rağmen, işin içinde farklı menfaatler var ve bunların çoğu meslekleriyle ilgili.

Avukatlar, çatışmaları çalma konusunda özellikle becerikliler. Bunun için eğitilmişler. Çatışmaları önlemek ve çözmek için eğitilmişler. Kuralların nasıl yorumlanacağı, her bir vakada hangi bilgilerin önemli delil olarak sayılacağı konusunda şaşırtıcı derecede hemfikir bir alt kültürün parçası halinde yaşarlar. Bu meslekten olmayan birçoğumuz, avukatımızın, komşuyla olan kavgamızda en güçlü argümanımızın hukuken hiçbir değeri

olmadığını ve “Tanrı’nın aşkına” mahkemede sessiz kalmamızı söylediği o üzücü anı yaşamışızdır. Onun yerine, avukatlar, bize alakasız ve hatta kullanılması yanlış gelen argümanları mahkemede sunarlar. Bu konuda en sevdiğim örnek, hemen savaştan^{vii} sonra gerçekleşti. Ülkemin en iyi müdafilerinden biri büyük bir gururla zavallı bir müvekkili nasıl kurtardığını anlatmıştı. Müvekkil Almanlarla işbirliği yapmıştı. Savcı, bu müvekkilin Nazi hareketini düzenleyen kilit isimlerden, hatta ana planlayıcılardan biri olduğunu iddia etmişti. Ancak müdafî müvekkilini kurtarmıştı. Müvekkilinin hem sosyal hem de organizasyonel beceriler açısından ne kadar zavallı, güçsüz, yeteneksiz ve zayıf biri olduğu konusunda jüriyi ikna etmeye başarmıştı. Basitçe, müvekkilinin en üst seviyede bir planlayıcı olma ihtimali olmadığını ileri sürdü; tamamen yeteneksiz biriydi çünkü. Ve bu şekilde davayı kazandı. Çok önemsiz bir figür olarak müvekkili çok az bir ceza aldı. Müdafî hikâyesini –biraz gücenmiş bir ifadeyle- ne sanığın ne de karısının kendisine teşekkür ettiğini, hatta bir daha kendisiyle konuşmadığını söyleyerek bitirdi.

Çatışmalar, avukatların mülkiyet nesnesi haline geliyor. Ama avukatlar uğraştıkları ana meselenin çatışmanın kendisi olduğunu inkâr etmiyorlar. Mahkemelerin örgütsel çerçevesi de bu durumu vurguluyor. Muhalif taraflar, hakimler, mahkeme içindeki ayrıcalıklı iletişim yasakları, uzmanlaşmayı desteklemeyen uygulamalar - çünkü uzmanları içeriden kontrol etmek daha zor -bütün bunlar, bu örgütlenmenin çatışmalarla uğraşan bir sistem olduğunu gösteriyor. *Sağlık personelinin durumu ise farklı. Onlar vakayı çatışma görüntüsü olan bir meseleden, çatışma görüntüsü olmayan bir meseleye döndürmekle ilgilenirler. Temel iyileştiriciler modelinde birbirine muhalif taraflar yok; onun yerine bu modelde kabul edilen bir hedefe yönelik -ki bu sağlığın korunması veya onarılması oluyor, yardım görmesi gereken tek bir taraf bulunuyor. İyileştiriciler tarafların birbirlerini kontrol edebilmesinin önemli olduğu bir sistem için eğitilmemişlerdir. İdeal olarak kontrol edilecek bir şey yoktur çünkü sadece bir tek amaç vardır. Uzmanlaşma teşvik edilir çünkü böylece erişilebilir bilginin miktarı artar ve iç kontrollerin kaybı zaten bir mesele olarak görülmez. Çatışmacı bakış açısı, iyileştiricinin bu iş için uygunluğuyla ilgili hoş olmayan şüpheler yaratır. Çatışmacı olmayan bakış açısı, suçu, iyileştirmenin meşru bir hedefi olarak tanımlamanın bir ön koşuludur.*

Çatışmaya gösterilen ilginin azaltılmasının bir yolu mağdura gösterilen ilginin azaltılmasıdır. Başka bir yol ise suçlunun geçmişine dair özellikleriyle daha odaklı bir şekilde ilgilenilmesidir -ki bu iyileştiricilerinin uzmanlık alanına girer. Biyolojik kusurlar bunun için mükemmeldir. Kişilik

bozuklukları da kökenleri eski zamanlara – yakın tarihli çatışmadan çok daha gerilere- dayandığı takdirde yine kusursuzdur. Kriminolojinin sunabileceği diğer sayısız açıklayıcı değişkenlerin hepsi yine bu konuda biçilmiş kaftandır. Kriminolojinin, suç kontrol sistemi içindeki profesyonellerin uzantısı halindeki bir bilim dalı olarak işlev görmesine neden olduk. Faile odaklandık, onu araştırma, kontrol ve manipülasyonun nesnesi haline getirdik. Mağduru önemsiz bir varlığa ve faili bir cansız nesneye indirgeyen tüm o güçlere biz^{viii} de katıldık. Ve bu eleştiri belki sadece eski kriminoloji geleneği için değil, yeni kriminoloji geleneği için de geçerlidir. Eski kriminoloji geleneği suçu kişisel kusurlarla veya sosyal handikaplarla açıklarken, yeni kriminoloji suçu geniş ekonomik çatışmaların sonucu olarak görür. Eski kriminolojide çatışma kaybolurken, yenisinde kişiler arasındaki çatışmalar sınıflar arası çatışmaya dönüşür. Ve aslında öyledir de. Bu çatışmalar, bir yandan, sınıf çatışmalarıdır. Fakat çatışmanın bu yüzü öne çıkarılarak, çatışmalar yine doğrudan ilgili tarafların elinden alınır. Bunlardan çıkan ön tespitim: Suç içeren çatışmalar ya diğer *insanların mülkiyet nesnesi* haline gelmiştir - özellikle avukatların - ya da bu çatışmaların *farklı biçimlerde tanımlanmasıyla onların “çatışmacı” özelliğinin gizlenmesi* bazılarının menfaati haline gelmiştir.

Yapısal Hırsızlar

Fakat mesele çatışmaların profesyoneller tarafından manipüle edilmesiyle bitmiyor. Temel sosyal yapılardaki değişimler de aynı işlevi görüyor.

Aklımda özellikle ileri düzeyde sanayileşmiş toplumlarda sıkça rastlanan *iki tip bölümlenme* var. İlki, *alandaki bölümlenme*. Her gün aralarında - kendimiz dışında - bir bağ olmayan insan grupları arasında hareket eden göçmenler olarak hayatımızı sürdürüyoruz. Bu nedenle, çoğunlukla iş arkadaşlarımızı yalnızca iş arkadaşı, komşularımızı yalnızca komşu, spor arkadaşlarımızı yalnızca spor arkadaşı olarak biliyoruz. Onları bu *rolleriyle* tanıyoruz, bir bütün halindeki insanlar olarak değil. Yaşamın bir parçası olarak kabul ettiğimiz aşırı derecedeki iş bölümünden dolayı bu durum daha da belirgin hale geliyor. Yalnızca aynı alandaki uzmanlar birbirlerinin bireysel - kişisel - başarısını değerlendirebiliyorlar. Uzmanlık alanımızın dışındaki konulara gelince, ancak yapılan işin önemine dair bir takım genelleşmiş değerlendirmelere başvurmak zorundayız. Aynı alandaki uzmanlar dışında, bir kişinin işinde ne kadar iyi olduğu hakkında değerlendirme yapamıyoruz; yalnızca kişilerin rollerinin ne kadar iyi (önemli anlamında) olduğunu değerlendirebiliyoruz. Bu anlamda diğer insanların davranışlarını anlamak için imkanlarımız sınırlıdır. Hatta davranışlarının bize

ifade ettikleri de sınırlıdır. Rollerin oyuncularını, bireylerden daha kolay değiştirilebilirler.

İkinci bölümlenme benim toplumsal kast sisteminin yeniden kurulması olarak tanımladığım yapı ile ilişkili. Sınıflara ayrılmış bir toplumdan bahsetmiyorum, gerçi bu yönde bariz yönelimler de var. Ancak ben kendi kafamdaki yapıda kast sisteminin öğelerinin daha uygun olduklarını düşünüyorum. Benim aklımdaki bölümlenme, cinsiyet, renk, fiziksel engeller ya da kişinin doğumundan bu yana geçirdiği yıl sayısı gibi biyolojik özelliklerle ilgili. Yaş özellikle önemli. Yaş, modern, karmaşık ve sanayileşmiş toplumla neredeyse mükemmel bir şekilde senkronize olmuş bir özellik. Üstelik ihtiyacımız olduğu kadar farklı zaman aralığı ekleyebileceğimiz, süregelen bir değişken. Nüfusu iki gruba ayırabiliriz: çocuklar ve yetişkinler. Ancak istersek on gruba da ayırabiliriz: bebekler, okul öncesi çocuklar, okul dönemindeki çocuklar, ergenler, daha ileri yaştaki gençler, yetişkinler, emeklilik öncesi dönemdekiler, emekliler, yaşlılar ve çok yaşlılar. En önemlisi de şu: her dönemin sınırını sosyal ihtiyaçlara göre istediğimiz gibi aşağı - yukarı çekebiliriz. Ergen kavramı 10 yıl önce özellikle yerinde bir kavramdı. Eğer bu kavram sosyal gerçeklerle uyumlu olmasaydı kavram bu kadar popüler olmazdı. Ancak bugün bu kavram benim ülkemde pek kullanılmıyor. Gençlik 19 yaşında bitmiyor. Genç insanlar işgücüne katılmak için artık daha da uzun beklemek zorundalar. İşgücünün dışında kalan kast, 20'li yaşların ortalarına kadar genişledi. Aynı zamanda işgücünden ayrılma yaşı -eğer baştan işgücüne katılabildiyse, ırksal ya da cinsel özellikler nedeniyle tamamen işgücünün dışında tutulmadıysan-, 60'lı yaşların başlarına doğru ilerledi. Benim dört milyon nüfuslu küçük küçük ülkemde, eğitim sisteminde tecrit edilmiş halde 800,000 kişi var. Artan iş kıtlığı, eğitimin bir nevi hapse dönüştürülmesine neden oldu. 600,000 kişi ise emekli.

Alana ve kasta göre bu bölümlenmenin birçok sonucu var. İlki ve en önemlisi sosyal hayatta *yabancılaşma*.^{ix} Bireyler, diğerlerinin tüm önemli rolleriyle karşı karşıya geldikleri sosyal ağlara çok daha düşük bir seviyede bağlantılılar. Bu da, diğerleriyle ilgili daha az bilgiye sahip olunmasına neden oluyor. Diğer insanlarla ilgili daha az şey biliyoruz; onların davranışlarını anlama ve öngörme ihtimalimiz daha sınırlı. Bir çatışma ortaya çıktığında, bu durumla daha zor baş edebiliyoruz. Çatışmaları uzaklaştırmaya muktedir ve hevesli profesyoneller ortalıkta var; biz de zaten çatışmaları onlara teslim etmeye istekliyiz.

İkinci olarak, bu bölümlenme bazı çatışmaların daha yaşanmadan yok edilmesine yol açıyor. Sanayileşmiş toplumdaki yabancılaşma ve mobilite,

çatışmaların yaşanması için gereken temel koşullardan birini eritiyor – çatışmanın yaşanması için tarafların birbirine önem vermesi. Aklımda özellikle şerefe karşı işlenen suçlar, iftira veya kişiliğe hakaret var. Bütün İskandinav ülkelerinde bu tür suçlarda ciddi bir düşüş yaşandı. Benim yorumum, bunun nedeninin şerefe daha çok saygı duyulması değil, saygı duyulacak daha az şeref olduğu yönünde. Farklı bölümlene biçimleri, insanların birbirlerine daha az önem vermesine izin veren yollarla bağlı oldukları anlamına gelir. İncindiklerinde, yalnızca bir bölümleri inciniyor. Dertlendiklerinde, rahatça mesafe koyabiliyorlar. Sonuç olarak, kimin umurunda? Kimse beni tanımıyor. Benim değerlendirmeme göre, iftira ve hakaret suçlarının azalması modern sanayileşmiş toplumdaki tehlikeli gelişmelerin en ilginç ve en üzücü semptomlarından biri. Bu azalma, otoritelerin dikkatini çeken diğer suç tiplerinin artışına neden olan sosyal koşullarla açıkça ilişkili. Şerefe karşı suçların sayısının artmasına neden olan sosyal koşulların yeniden yaratılması, suç önleme için önemli bir amaç.

Alan ve yaşa göre bölümlenmenin üçüncü sonucu ise, bazı çatışmaların tamamen görünmez hale gelmeleri ve dolayısıyla makul bir çözüme ulaşmamları. Burada aklımda iki uçtan örnek çatışmalar var. Bir uçta aşırı özelleşmiş, toplumun bölümlerinden birinin içinde sıkışıp kalmış bireylerin taraf olduğu çatışmalar var. Eşe ya da çocuğa şiddet uygulamak örnek olabilir. Bir bölüm ne kadar izoleyse, taraflardan zayıf durumda olan o kadar yalnız ve istismara açıktır. Inghe ve Riemer (1943), uzun yıllar önce bu konuya ilişkin ensest konulu klasik bir çalışma yapmış. Esas anlatmak istedikleri nokta, proleterleştirilmiş İsveçli çiftçilerden bazılarının sosyal izolasyonunun, bu suç tipi için bir ön koşul olduğuydu. Fakirlik, çekirdek aile taraflarının tamamen birbirlerine bağımlı olması demektir. İzolasyon, ailedeki en zayıf bireylerin yardımına başvurabilecekleri dış ağların yokluğu demektir. Kocanın fiziksel gücü, olmaması gerektiği ölçüde önemli bir unsur halini almıştı. Diğer uçta, büyük ekonomik kurumların, mağdur edildiklerini bile anlayamayacak derecede zayıf ve cahil bireylere karşı işledikleri suçlar var. Her iki durumda da suç önleme çabalarının hedefi, çatışmaları görünür ve bu sayede yönetilebilir kılacak sosyal koşulları yeniden yaratmak olabilir.

Mülkiyet Nesnesi Olarak Çatışmalar

Çatışmalar alınıp götürülüyor, gönderiliyor, eriyip gidiyor ya da görünmez kılınıyor. Peki bunun bir önemi var mı, gerçekten?

Büyük ihtimalle çoğumuz az önce bahsedilen görünmez mağdurları korumamız gerektiği konusunda hemfikiriz. Devletlerin ya da hükümetlerin ya da diğer otoritelerinin para cezalarını almak yerine, bu şekilde alınan

paraların fakir mağdurların eline geçmesini sağlaması gerektiği fikrine de birçoğunuz onaylayarak başını sallayacaktır. En azından ben böylesi bir düzenlemeyi onaylardım. Ancak bu detaya şimdi burada girmeyeceğim. “Mülkiyet nesnesi olarak çatışmalar” derken aklımda olan şey maddi tazminat değil. Mağdurun elinden alınan en ilginç mülkiyet nesnesi, ilk başta ondan alınan ya da sonradan geri verilen diğer mallar değil, *çatışmanın kendisidir*. Bu tip toplumlarda çatışmalar mal-mülkten daha nadir bulunur. Ve ölçülmeyecek ölçüde daha değerlidir.

Çatışmalar birçok farklı şekilde değerlidir. Öncelikle toplumsal düzeyden başlayayım çünkü sorunun ne olduğunu görmemizi sağlayabilecek gerekli kısmi analizleri zaten önceden sundum. İleri seviyede sanayileşmiş toplumlar, üyelerinin herhangi bir toplumsal faaliyete katılmalarını mümkün kılacak şekilde organize olmalarını sağlamakla ilgili büyük sorunlarla karşı karşıya. Yaş ve cinsiyete göre bölümlenme, ayrıştırmanın zekice metotları olarak görülebilir. Katılım öylesine sınırlı ki, alanların içindekiler dışardakilere karşı tekeller yaratabiliyorlar, özellikle iş alanında. Bu perspektiften bakıldığında, çatışmaların *faaliyet ve katılım için bir olanak* olduğu kolayca görülebilir. Kullanılan modern suç kontrol yöntemleri, vatandaşları kendileri için doğrudan önemi haiz görevlere dahil etmekle ilgili olarak kaçırılmış birçok fırsattan biri. Toplumumuz görev-tekelleştiren bir toplum.

Bu durumda mağdur özellikle ağır bir mağlubiyet yaşıyor. Sadece acı çektiği, maddi kayba uğradığı, fiziksel ya da başka şekilde incindiği için değil. Sadece onun tazminatını devlet aldığı için de değil. Hepsinin ötesinde, kendi çatışmasına katılımını kaybettiği için. İlginin odağı mağdur değil, savcılık^x oluyor. Kayıpları tarif eden savcı, mağdur değil. Gazetelere çıkan da savcı; mağdur gazetelerde çok nadiren görünür. Faille savcı konuşur; üstelik ne savcı ne de fail bu konuşmanın fazla uzamasını ister. Savcı zaten uzun zamandan beri bezgindir. Oysa mağdur, bezgin olmazdı. O ancak ölümüne korkmuş, panik içinde ya da öfkeli olabilirdi. Ancak müdahil olmadan edemezdi. Onun hayatının en önemli günlerinden biri olurdu. Ama bu mağdurun elinden kendisine ait olan bir şey alınmış.¹

Fakat esas mağlup biziz – toplumun “biz” olduğu ölçüde. Bu kayıp, öncelikle ve en çok *norm-netleştirme için fırsatların* kaybı. Pedagojik bir deneyim için olanakların kaybı. Neyin bu ülkenin hukuku olduğuna ilişkin süregelen bir tartışma fırsatının kaybı. Hırsız ne kadar haksızdı, mağdur ne kadar haklıydı? Gördüğümüz gibi, avukatlar neyin bir dava için önemli

¹ Mağdur memnuniyetsizliği hakkında bir ön rapor için, bkz. Vennard (1976).
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

olduğu konusunda ortak bir bakış açısına sahip olmak üzere eğitilmişler. Ancak bunun sonucunda nelerin dava için önemli olduğu konusunda tarafların *kendilerinin* karar vermelerine izin verme kabiliyetsizliğine sahip olmak üzere eğitildikleri anlamına geliyor. Yani mahkemede siyasi içerikli diyebileceğimiz bir tartışmanın yaşanması zor. Mağdur küçük, fail büyük olduğunda -boyut ya da güç anlamında- suç ne kadar suçlanasındır? Ve tam tersi, ufak bir hırsız ve büyük bir ev sahibi durumunda ne olacaktır? Fail eğitimliyse, günahları için daha çok ya da belki daha az mı cefa çekmelidir? Ya da siyahiyse, ya da gençse, ya da karşı taraf sigorta şirketiye, ya da karısı onu terk etmişse, ya da hapse girdiği takdirde şirketi iflas edecekse, ya da kızı nişanlısını kaybedecekse, ya da sarhoşsa, peki ya üzgünse ya da kızgınsa? Bunun sonu yok. Belki de olmamalı zaten. Belki de Max Gluckman'ın (1967) açıkladığı gibi Barotse^{xi} kanunları norm-netleştirme için daha iyi bir araçtır, çünkü çatışan tarafların her seferinde eski şikayetleri ve tartışmaları dile getirmelerin imkan sağlıyor. Belki davalar için hangi bilgilerin önemli olduğu ve ne kadar önemli olduğuna ilişkin kararlar hukuk akademisyenlerinden, ki bunlar suç kontrolünün baş ideolojisteleridir, alınmalı ve konuya ilişkin özgürce karar vermek üzere mahkeme salonlarına getirilmelidir.

Başka bir genel kayıp -hem mağdur, hem de genel olarak toplum için- ortaya çıkan kaygı seviyesi ve yanılımlarla ilgili. Aklıma yine kişiler arasında yüz yüze karşılaşmalar için olasılıklar geliyor. Mağdur öylesine davanın dışında ki, faili tanıma şansı asla bulunmuyor. Onu kızgın, belki dava sırasında çapraz sorguya tutularak küçük düşürülmüş, faille insani bir kontağı olmaksızın olayın dışında bırakıyoruz. Başka alternatifi yok. Olan biteni anlayabilmek için "suçlu"lar konusunda tüm klasik kalıplara ihtiyaç duyacak. Anlamaya ve anlaşılmaya ihtiyacı varken, bir Kafka oyunundaki gibi insanlıktan yoksun biri halini alacak. Tabii ki sonuçta her zamankinden daha da korkmuş, suçluları hiç bir insani tarafı olmayan kimseler olarak algılayan bir halde süreçten ayrılacak.

Fail daha da karışık bir durum teşkil ediyor. Mağdurun doğrudan katılımının acı verici bir deneyim olabileceğini anlamak çok fazla iç görü gerektirmiyor. Birçoğumuz böylesi bir yüzleşmeden çekinirdi. Bu ilk tepkidir. Ancak ikinci tepki biraz daha pozitifdir. İnsanların eylemlerinin nedenleri vardır. Eğer ortam, nedenlerin (tarafların önemli gördüğü nedenler, avukatların önemli olarak sınıflandırdıkları değil) açıklanmasını mümkün kılacak şekilde düzenlenirse, belki hiç de küçük düşürücü bir deneyim olmayacaktır. Ve özellikle, eğer ortam, esas sorunun suçlamada bulunmak değil de, fiilin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak için yapılabilecekleri

kapsamlı bir şekilde tartışmak olmasına imkan sağlayacak şekilde düzenlenirse, durum belki değişebilir. Ve mağdurun davaya yeniden dahil edilmesiyle gerçekleşmesi gereken tam da budur. Odak, mağdurun kayıpları üstüne yoğunlaşacaktır. Bu da doğal olarak kayıpların nasıl yumuşatılabileceğine dair bir dikkate yol açar ve böylece telafi hakkında bir tartışmaya götürür. Fail, ne kadar acı çekmesi gerektiğine dair -çoğunlukla anlaşılması zor- bir tartışmadaki dinleyici pozisyonundan, hatasını nasıl telafi edebileceğine dair bir tartışmanın katılımcısı haline geçme şansı yakalar. Zaman içinde fail, kendisi hakkında değerlendirmesi önemli olan kişiye açıklama yapma fırsatını kaybetti. Bu nedenle affedilme yolundaki en önemli ihtimallerden birini de kaybetti. Sıradan bir mahkemede yaşanan küçük düşürülmelerle karşılaştırıldığında (ki Pat Carlen (1976) *British Journal of Criminology*'nin yakın tarihli bir sayısında bunu canlı biçimde tarif etmiştir) bunun kötü bir sonuç olmadığı açıktır.

Ancak bunu failin taleplerinden bağımsız bir şekilde yapmamız gerektiğini ekleyeyim. Tartıştığımız konu sağlık kontrolü değil, suç kontrolü. Eğer mağdurla, tercihen taraflardan birinin mahallesinde gerçekleşecek yakın bir yüzleşme düşüncesi suçluları çok sarsacaksa ne olacak? Yakın zamanlarda bazı insanlarla yaptığım konuşmalardan biliyorum ki cezaya çarptırılan çoğu insan çok sarsılıyor. Sonuç olarak, kelimeler ve orada bulunabilecek davranış bilimi uzmanları aracılığıyla, mağdurla, komşularla, dinleyicilerle ve belki kendi davalarıyla aralarına mesafe koymayı tercih ediyorlar. Çatışmaya ilişkin kendi mülkiyet haklarını devretmeye çok hevesliler. Bu durumda asıl soru şu olur: *Biz* onların bu mülkiyetlerini devretmelerine izin vermeye istekli miyiz? Biz bu kolay kaçışı onlara sağlamaya gönüllü müyüz? ²

Bir konuda açık olayım: Bu fikirleri suçluların iyileştirilmesine ve tedavi edilmesine merakımdan önermiyorum. Akıl yürütmemi, faille mağdur arasında daha samimi bir görüşmenin, tekerrürün azalmasına yol açacağına dair bir inanca dayandırmıyorum. Belki azaltır. Bence azaltır. Hali hazırda, fail çok ciddi bir yüzleşmeye katılma fırsatını kaçırmış vaziyette. Hiç sayması zor olan bir ayıplamayla karşı karşıya gelme fırsatını kaçırmış vaziyette. Ancak önereceklerimi tekerrür üstünde kesinlikle bir etkileri olmasa da, hatta belki negatif etkileri olsa bile önerirdim. Bunu diğer, daha genel kazanımlardan dolayı yapardım. Ve şunu da ekleyeyim – kaybedecek çok bir şeyimiz de yok. Bugün hepimizin, ya da neredeyse hepimizin bildiği

² Bir suçlunun kendi çatışması üstündeki mülkiyet hakkıyla ilgili olarak John Locke'un kişilerin kendi hayatları üstündeki mülkiyet haklarına ilişkin tutumunu benimseye yatkinim - kimse bu hakkı devredemez. (karşılaştırmak için bakınız C. B. MacPherson (1962)).
YÜHFD Cilt: XVI Sayı:1 (2019)

gibi, suç için hala bir çare bulamadık. İdam, hadım ve müebbet hapis dışında hiçbir önlem, diğer önlemlerle karşılaştırıldığında kanıtlanmış olarak daha etkin değil. Suça, olaya müdahil tarafların adil bulduğu ve toplumun genel değerleriyle örtüşen bir biçimde tepki vermemiz de pekala mümkün.

Bu son önermeyle, tıpkı önceki önermelerimin birçoğuyla yaptığım gibi, cevapladığımdan daha fazla sorun dile getirdim. Ceza politikalarıyla ilgili, özellikle sorumluluk yükü taşıyan önermeler genelde cevaplarla dolu. Hâlbuki bizim sorulara ihtiyacımız var. Konumuzun önemi bizi çok detaycı ve bu nedenle paradigma değiştirme açısından işe yaramaz hale getiriyor.

Mağdur Odaklı Mahkeme

Bu tartışmalarımın arkasında bir mahalle mahkemeleri modeli olduğu açık. Fakat bu modelin bazı kendine has özellikleri var ve ben sadece bu özellikleri tartışacağım.

Öncelikle: bu *mağdur odaklı* bir kurum olmalı. Ancak ilk aşamasında öyle olmayabilir. İlk aşama gerçekten hukuka bir aykırılık yaşanıp yaşanmadığının ve söz konusu kişinin gerçekten fail olup olmadığının netleştirildiği geleneksel bir aşamadır.

Ardından, bu mahkemelerde en önemli aşama olan ikinci aşama geliyor. Burada mağdurun durumu ele alınmıyor ve yaşananlara dair – hukuken önemli olsa da olmasa da - tüm detaylar mahkemenin dikkatine sunuluyor. Burada özellikle önemli olan, mağdur için öncelikle failin, ikinci olarak toplumun ve son olarak devletin ne yapabileceğinin detaylı biçimde incelenmesidir. Zarar tazmin edilebilir mi; pencere onarılabilir mi; kilit değiştirilebilir mi; duvar boyanabilir mi; araba çalındığında boşa giden zaman, karşılığında üst üste on Pazar günü bahçe bakımını üstlenerek ya da arabayı yıkayarak geri verilebilir mi? Ya da belki zararın o kadar da büyük olmadığı, sırf sigorta şirketlerini etkileyebilmek için evraklarda şişirildiği ortaya çıkabilir mi? Fiziksel eziyet, failin günler, haftalar, aylar süren çalışmalarıyla daha dayanılır hale getirilebilir mi? Bunun yanında, topluluk yardım ve destek sağlayabilen tüm kaynaklarını ortaya koydu mu? Yerel hastane kesinlikle ek bir şey yapamaz mı? Örneğin, fail hastanenin bodrum katını Cumartesi günleri temizlemeyi üstlerince, hastanenin asıl temizlikçisi mağdura mesela günde iki kere işleriyle ilgili yardım edebilir mi? Bu fikirlerden hiçbiri bilinmiyor veya denenmemiş değil, özellikle de İngiltere’de. Ancak bunların sistematik bir biçimde uygulanabilmesi için bir düzene ihtiyacımız var.

Bu aşamayı geçmek saatler, hatta belki günler alabilir. Ancak ondan sonra cezayla ilgili bir karara varmanın vakti gelir. Bu halde ceza, failin mağdura *yönelik* gerçekleştirdiği onarıcı eylemlerin yan etkisi olan yapıcı cefalara

ilaveten hakimın gerekli gördüğü bir cefa halini alır. Belki hiçbir şey yapılamayacak ya da yapılmayacak. Ancak topluluk hiçbir şey olmamasını tahammül edilemez bulabilir. Bu yerel değerlerle bağdaşmayan yerel mahkemeler, yerel mahkeme sayılmaz. Zaten liberal reformistin bakış açısından bu mahkemelerin asıl sorunlu tarafı budur.

Dördüncü bir aşamanın eklenmesi gerekir. Bu, faile yönelik hizmet aşamasıdır. Failin genel sosyal ve kişisel durumu bu noktada artık mahkemece gayet iyi bilinecektir. Failin mağdurun durumunu onarmasına yönelik olası yöntemler, aynı zamanda failin durumu hakkında bilgi verilmeksizin tartışılmamalı. Bu çerçevede sosyal, eğitimsel, tıbbi ya da dini desteklere dair ihtiyaçlar ortaya çıkabilir – daha fazla suç işlenmesini önlemek için değil, ihtiyaçların karşılanması gerektiği için. Mahkemeler kamusal meydanlardır ve ihtiyaçlar oralarda görünür hale gelir. Ancak bu aşamanın cezanın belirlenmesinden *sonra* gelmesi önemlidir. Aksi takdirde karşımıza gene bir dizi “özel tedbir” önerisi - zorunlu tedavi gibi - ortaya çıkar -ki bunlar çoğu zaman belirsiz süreli hapis cezasının hüsnü tabiridir.

Profesyonel Olmayan Mahkeme^{xii}

Aklımdaki mahkeme modelinin ikinci büyük özelliği ise profesyonel olmaktan son derece uzak olmasıdır. Çatışmalar paylaşılması gereken nesnel olarak görüldüğü takdirde bu şarttır. Hayattaki iyi olan çoğu şey gibi, çatışmaların da stoku sınırsız değildir. Çatışmalarla ilgilenilebilir, onlar korunabilir ve beslenebilirler. Fakat sınırlar da var. Eğer çatışmaların çözülmesinde bazılarına verilen erişim imkanı daha fazla olursa, diğerleri için erişim daha az olacak. İşte bu kadar basit.

Çatışma çözümünde uzmanlaşma asıl düşmandır; bu uzmanlaşma kısa – veya uzun- sürede profesyonelleşmeye yol açar. Bu durum uzmanların özel bilgi ve beceriler(genelde eğitim yoluyla) edindiklerini iddia edecek kadar güçleri olduğunda ortaya çıkar. İddiaya göre bu bilgi ve beceriler öylesine etkililerdir ki, ancak yetkili usta kişiler tarafından kullanılabilirler.

Hasımı açıklığa kavuşturmakla amacımızı da netleştirebiliriz: Uzmanlaşmayı ve özellikle suç kontrol sisteminde çalışan profesyonellere bağımlılığımızı olabildiğince azaltalım.

İdeal açık ve net; kendilerini temsil eden eşitlerin bir mahkemesi olmalı. Kendi aralarında çözüm bulabildikleri takdirde hakimlere ihtiyaç yok. Çözüm bulamadıkları takdirde ise hakimler de onların eşiti olmalı.

Mevcut mahkemeleri bu profesyonel olmayan mahkeme modeline yaklaştırma yolunda ciddi bir adım atsak, hakimleri değiştirmek için en kolay kısmı olur. Prensip, zaten meslekten olmayan hakimlerimiz^{xiii} var. Ancak

gerçekte durum çok farklı. İngiltere’de ve benim ülkemde karşılaşılan, uzman olmayan bir hakimin uzmanlaşması. Öncelikle, *tekrar ve tekrar* kullanılıyorlar. İkinci olarak, bazıları profesyonel olmayan hakim rolünde nasıl davranmaları gerektiğine dair özel derslerden geçmiş ya da yabancı ülkelere keşfe gönderilmişler; yani *eğitilmişler*. Üçüncü olarak, bu hakimlerin çoğu, cinsiyet, yaş, eğitim, gelir, sınıf³ ve suç geçmişi açısından toplumun aşırı derecede *yanlı bir örneklemini* oluşturuyorlar. Benim hayal ettiğim modelde, gerçek meslekten olmayan hakimlerle işleyen bu sistemde, kimseye birkaç defadan fazla çatışma çözümünde yer alma hakkı verilmez ve topluluğun diğer tüm üyeleri de aynı deneyimi yaşamadan kimseye tekrar sıra gelmez.

Avukatlar bu mahkemeye kabul edilmeli mi? Norveç’te avukatların kırsal bölgelerdeki mahkemelere girmelerini yasaklayan eski bir kanun var. Belki failin suçlu olup olmadığına karar verilen ilk aşamaya katılmalıdırlar, emin değilim. Uzmanlar herhangi bir profesyonel olmayan oluşum için çok zararlılar. Bu tam da İvan Illich’in eğitim sistemi hakkında yazdıklarına benziyor: Bir toplumda zorunlu eğitimin süresini uzattığımızda, nüfusun tek başına öğrendiklerine ve anladıklarına güveni azalıyor.

Davranış uzmanları da aynı ikilemi yansıtıyorlar. Bu modelde onlara yer var mı? Olmalı mı? Modelin birinci aşamasında olgular üstüne karar veriliyor, dolayısıyla davranış uzmanları kesinlikle bu aşamada yer almamalı. Üçüncü aşamada, cezaların son halinin ne olacağı konusunda karar verilirken de yer almamalıdır. Bu tartışarak zaman harcamaya değmeyecek kadar açık bir durum. Lombroso’dan tutun da toplumsal savunma hareketine, hatta suçluların kim olduklarını ve ne zaman tehlikeli olmaktan çıkacaklarını tahmin etmeye çalışan ve buna göre tehlikeli insanlardan kurtulmayı hedefleyen son dönemki çabalara kadar uzanan- acılı hatalarla dolu bir geçmişimiz var bu konuda. Bırakın, bu fikirler biz üstlerine daha fazla yorum yapmadan ölsünler.

Gerçek problem, davranış uzmanlarının hizmet fonksiyonuyla ilgili. Sosyal bilimciler, bölümlenmiş bir topluma fonksiyonel bir cevap olarak değerlendirilebilirler. Çoğumuz, hem sosyal sistem düzeyinde hem de bireysel düzeyde bütünlüğü hissetmemizi mümkün kılacak fiziki olanağı kaybettik. Psikologlar, kişiler için tarihçiler olarak düşünülebilirler; sosyologlar aynı fonksiyonu sosyal sistem için yerine getirirler. Sosyal hizmet uzmanları makinanın yağı gibidir, bir çeşit güvenlik danışmanı

³ En yakın tarihli belge için, bkz. Baldwin (1976).

vazifesi görürler. Onlar olmadan görevimizi yerine getirebilir miyiz yoksa mağdur ya da fail daha kötü duruma mı düşer?

Belki de. Fakat onların hepsi mahkemede olduğu takdirde böylesi bir mahkemenin işleyebilmesi çok zor olurdu. Temamız sosyal çatışma. Kim kendi çatışmasını tartışırken kendisiyle aynı masada konunun uzmanının olduğunu bilip de az da olsa rahatsızlık duymaz? Buna net bir cevabım yok; vardığım yuvarlak sonuç sadece güçlü duygularıma dayanıyor: Mahkemeye cesaret edebildiğimiz kadar az davranış uzmanı getirelim. Ve eğer salonda illa ki bir davranış uzmanı olacaksa, Tanrı aşkına bu kişi suç ve çatışma çözümü hakkında uzman olmasın. Tam anlamıyla suç kontrolü sisteminin dışından, genel bir uzman olsun. Son olarak davranış uzmanları ve avukatlar hakkında söylemek istediğim: Bazı davalarda veya aşamalarda onların katılımından vazgeçemeyeceksek, en azından geniş sosyal katılım açısından yarattıkları sorunları anlamalarını sağlayalım. Kendilerini hükmeden, merkezdeki kişiler olarak değil de, soru sorulduğunda cevap veren, kaynak kişiler olarak algılamalarını sağlayalım. Çatışmaları açığa çıkarmaya yardımcı olabilirler ancak üstlerinde hakimiyet kuramazlar.

Yuvarlanan Taşlar

Batı kültüründe böyle bir sistemin işleyebilmesinin önünde yüzlerce engel var. Bunların arasından sadece üç büyük engeli saymak istiyorum:

1. Mahalle eksikliği var.
2. Çok az mağdur var.
3. Etrafta çok fazla profesyonel var.

Mahalle eksikliği derken, sanayileşmiş yaşam tarzının bir sonucu biçiminde ifade ettiğim olayı kastediyorum; alana ve yaşa göre bölümlenme. Sorunumuzun çoğu öldürülmüş mahallelerden ya da öldürülmüş yerel topluluklardan kaynaklanıyor. O halde mahallelerin son derece canlı olmasını gerektiren bir görevi bu mahallelere nasıl dayatabiliriz? Gerçekten iyi bir argümanım yok, sadece iki zayıf olanı sunabilirim. Öncelikle, durum aslında o kadar da kötü değil. Ölüm tamamlanmadı. İkinci olarak, ‘Mülkiyet Nesnesi Olarak Çatışmalar’ formasyonunun arkasındaki esas fikirlerden biri, çatışmaların mahalleye ait olduğudur. Yani çatışmalar özel değildir. Sisteme aittir. Mahalleler için canlandırıcı görevi görürler. Bir mahalle ne kadar zayıf durumdaysa, mahalle mahkemelerine de hareketsizlikten ölmesini önleyecek diğer sosyal kurumlar kadar ihtiyacı var demektir.

Mağdurların eksikliği de aynı derecede kötüdür. Burada aklımda özellikle kişisel mağdurların eksikliği var. Bunun ardında yine sanayileşmiş toplumlardaki geniş birimler yatmaktadır. Woolworth^{xiv} ya da İngiliz

Demiryolları iyi bir mağdur değildir. Fakat tekrarlıyorum: hiç kişisel mağdur yoktur diyemeyiz ve var olanların ihtiyaçları da öncelikli olmalıdır. Ancak büyük kurumları da unutmamalıyız. Onlar ya da onların yönetim kurulları, ülkedeki 5000 mahalle mahkemesinde mağdur olarak yer almak zorunda olmayı kesinlikle tercih etmezler. Ancak belki de katılımları zorunlu kılınmalı. Bir suçlama bir faili ceza adalet sistemine getirecek kadar ciddi ise, o zaman mağdurlar da yüzünü göstermeli. Sigorta şirketleri - sanayileşmiş toplumda akraba ve arkadaşların alternatifi - de buna ilişkin bir problem teşkil ediyorlar. Yine koltuk değneğinin asıl durumu kötüleştirdiğini görüyoruz. Çünkü sigorta suçun sonuçlarını alır götürür. Bu nedenle bu modelde sigortayı da ortadan kaldırmamız gerekecek. Ya da: Önerdiğim prosedürde başka bir alternatif kalmadığı - ve özellikle failin yapabileceği bir şey olmadığı konusunda şüpheye yer kalmayana dek, sigorta şirketlerinden tazminat alma kapısını açık tutacağız. Böyle bir çözüm daha çok bürokrasi, daha az öngörülebilirlik ve müşterilerin daha saldırgan davranmalarına neden olacaktır. Ayrıca poliçe hamilinin bakış açısından bu iyi bir çözüm olmayabilir. Ancak bu, çatışmaların sosyal yakıtı işlevinin korunmasını sağlayacak.

Fakat tüm bu sorunlar üçüncü, yani son sorunun büyüklüğüyle yarışamaz: Profesyoneller bolluğu. Kişisel hayat öykülerimiz ya da şahsi gözlemlerimizden dolayı bunun zaten farkındayız. Ayrıca farklı sosyal bilimler alanlarda yapılan araştırmalar da bunu doğruluyor: Toplumun eğitim sistemi ve ihtiyacı olan eğitim birbiriyle senkronize olmayabilir. Bir zamanlar, ülkedeki yüksek eğitilmiş kişi sayısının Gayri Safi Milli Hasıla üzerinde doğrudan pozitif etkisi olduğunu düşünürdük. Bugün aradaki ilişkinin ters yönlü olduğundan kuşkuluyoruz; tabii GSMH'yi anlamlı bir gösterge olarak kullanmaya hevesliyse. Öte yandan, sınıfsal yapılanmanın eğitim sistemlerinde de kendini tekrarlandığının bilincindeyiz. Akademik kişilerin bizim eğitimimize karlı yatırımlar yaptıklarını, bizim de çocuklarımız için aynı mücadeleyi verdiğimizizi ve eğitim sistemini daha da büyütmenin kendi menfaatimize olduğunu da biliyoruz: Avukatlar, sosyal hizmet uzmanları, sosyologlar ve kriminologlar için daha fazla okul. Ben deprofesyonalizasyondan *bahsederken*, tüm dünyayı profesyonellerle doldurabilmek için kapasiteyi arttırıyoruz.

İyimserlik için sağlam bir temel yok. Diğer yandan, durumu anlamak ve hedef belirlemek, eylem için bir ön koşul niteliğindedir. Tabii, bizim toplum tipimizde suç kontrol sistemi en önemli sistem değil. Fakat yine de bir önemi var. Ve bu alanda yaşananlar, toplumdaki genel trendlerin alışılmadık derecede uygun pedagojik illüstrasyonları gibidir. Üstelik biraz manevra alanı

da var. Ve sınırlara ulaştığımızda ya da sınırlar bize çarptığında, bu çarpışma daha geniş değişimler için kendi başına yeni bir argüman yaratıyor.

Suç kontrolü alanını terk edip başka kurumlara girdiğimizde görüyoruz ki burada dile getirilen fikirler sandığımız kadar izole ya da ana akım düşünce tarzıyla uyumsuz değil. Bu da yeni bir umut kaynağı. Ivan Illich'in öğrenme sürecini öğretmenlerin elinden alıp, aktif olarak öğrenenlere geri verme çabalarından daha önce bahsetmiştim. Zorunlu eğitim, zorunlu ilaç tedavisi ve zorunlu çatışma çözümü tüketimi ilginç benzerliklere sahiptir. Ivan Illich ve Paulo Freire dinlenildiğinde, ki bence gün geçtikçe daha çok dinleniyorlar, suç kontrol sistemini etkilemek de daha kolay hale gelecek.

Bununla ilintili başka bir büyük paradigma değişimi de teknoloji alanında gerçekleşmek üzeredir. Bir taraftan, Üçüncü Dünya ülkelerinden alınan dersler şimdi daha net bir biçimde görülebiliyor, diğer taraftan, ekoloji tartışmasından elde edilen bir deneyim var. Dünya, belli ki, teknolojimizle kendisine yaptıklarımızdan dolayı eziyet çekiyor. Üçüncü Dünya ülkelerindeki sosyal düzenlerin de eşit ölçüde zor durumda oldukları açık. İşte bu noktada şüphe doğuyor. Belki gelişmiş ülkeler de bu kadar teknolojiyi kaldıramıyordur. Belki eski ekollerden gelen sosyal düşünürler o kadar da şaşıl değildiler. Belki sosyal sistemleri biyolojik sistemlere benzer bir biçimde algılamalıyız. Ve belki dünyayı öldüren büyük ölçekli teknolojiler, sosyal sistemleri de yok edebiliyor. Schumacher'in (1973) *Small is Beautiful*^{xv} kitabı ve Orta Ölçekli Teknoloji Enstitüsü burada dikkate alınmalı. Aynı şekilde, Gayri Safi Milli Hasıla kavramının zararlarını gösterip, onun yerine insan onurunu, eşitliği ve adaleti gözeten göstergelerin kullanılması için çabalayan bazı seçkin Barış Araştırmaları Enstitüleri de dikkate alınmalı. Johan Galtung'un Dünya Göstergeleri araştırma grubunun çerçevesinde geliştirdiği perspektif suç kontrolü alanımızda da aşırı derecede fayda sağlayabilir.

Yeni bakış açıları sağlayan politik gelişmeler de mevcut. En azından İskandinavya'da sosyal demokratlar ve onlara bağlı gruplar oldukça önemli bir güce sahipler. Fakat toplumun yeniden yapılandırılması için amaçların ne olacağına dair netleşmiş bir ideolojileri yok. Bu boşluk hissediliyor ve bundan dolayı kurumlarda deneysellik kabul görüyor ve hatta böyle olması için bir beklenti doğuyor.

Ve en son değinmek istediğim noktaya gelirsek: Bu tabloda üniversiteler nerede konumlanıyorlar? Sheffield'da açılan yeni Kriminoloji Merkezi^{xvi} ne olacak? Cevap eski cevaplarla aynı olacak: Üniversiteler anlama ve eleştirme görevlerini yeniden vurgulamalı. Ancak mesleki eğitimi sunma görevi de eleştirel biçimde yeniden gözden geçirilmeli. Düşük maaşla çalışan, çok saygı

gören ama fazladan gücü olmayan –iyi fikirlerinin ağırlığından başka- bu eleştirmen insanların arasındaki yüzleşmelerin güvenilirliğini yeniden sağlayalım. Olması gereken tam da bu.

KAYNAKÇA

- BALDWIN, J (1976) “The Social Composition of the Magistracy.” *Brit. J. Criminol.*, 16, 171-174.
- BAUM, M. ve WHEELER, S. (1968). “Becoming an Inmate” Böl. 7, s. 153-187, Wheeler, S. (der.), *Controlling Delinquents*. New York: Wiley
- BOTTOMS, A. E. ve MCCLEAN, J. D. (1976). *Defendants in the Criminal Process*. Londra: Routledge ve Kegan Paul.
- CARLEN, P. (1976). “The Staging of Magistrates’ Justice.” *Brit. J. Criminol.*, 16, 48-55.
- GLUCKMAN, M. (1967). *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester University Press.
- KINBERG, O., INGHE, G., ve RIEMER, S. (1943). *Incest-Problemet i Sverige*. Sth.
- MACPHERSON, C. B. (1962). *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*. Londra: Oxford University Press.
- NEWMAN, O. (1972). *Defensible Space: People and Design in the Violent City*. Londra: Architectural Press.
- SCHUMACHER, E. F. (1973). *Small is Beautiful: A Study of Economics as if People Mattered*. Londra: Blond and Briggs.
- SCOTT, P. D. (1959). “Juvenile Courts: The Juvenile’s Point of View.” *Brit. J. Delinq.*, 9, 200-210.
- VENNARD, J. (1976). “Justice and Recompense for Victims of Crime.” *New Society*, 36, 378-380.

ⁱ Zeynep Yılmaz’a çeviri çalışmasının başındaki katkılarından dolayı teşekkür ederiz.

ⁱⁱ Orijinal maktelede yer alan Teşekkürlerdir.

ⁱⁱⁱ Orijinal Özünün çevirisidir.

^{iv} Metindeki tüm italikler, aksi belirtilmedikçe, orijinaldir.

^v Yazar “kendi” sisteminden bahsederken, Norveç’teki sistemden bahsediyor.

^{vi} Yüksek Mahkeme (*Högsta Domstolen*), İsveç adalet sisteminde hem ceza hem hukuk davaları açısından en üst temyiz mahkemesidir.

vii İkinci Dünya Savaşı

viii Yazar “biz” derken kriminologlardan bahsediyor.

ix Yazar “*depersonalisation*” kelimesini kullandı. “Benlik yitimi” anlamında gelen bu kavram, netlik için bu metinde “yabancılaşma” olarak çevrildi.

x Yazar “*the Crown*” terimini kullandı -ki bu İngiltere’deki savcılık birimi anlamına geliyor.

xi Baroste, Max Glockman tarafından araştırılan ve Zambiya’da yaşayan bir kabiledir.

xii Yazar “*lay-oriented court*” terimini kullandı. “Lay” terimi, bu makalede, profesyonel / mesleki olmayan anlamına geliyor.

xiii Yazar “*lay judge*” terimini kullandı. Türkçe metinlerinde bu kavram genelde “meslekten olmayan hakim” olarak çevrilir. Örnek için bkz. Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu (CEPEJ), *Avrupa Yargı Sistemleri 2010 Basımı (2008 Verileriyle): Adaletin Etkililiği ve Kalitesi*, Ankara 2010, T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, s. 129, Tablo 7.1.

xiv İngiltere’de o dönemde yaygın olan ucuz perakende zinciri.

xv Türkiye’de “Küçük Güzeldir” ismiyle 2014’te Varlık Yayınları tarafından yayınlanmıştır. Çeviren Osman Deniztekin.

xvi Bu makale 1976’da Sheffield Üniversitesinde kurulan Center for Criminological Studies’in (Kriminolojik Araştırmalar Merkezi) açılışında yapılan konuşmanın metnidir. Bundan dolayı yazar “Merkeze” atıfta bulunuyor.