

Cilt: 28, Sayı: 48, Yıl: 2023
Vol: 28, No: 48, Year: 2023
ISSN: 1300-2929

DICLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Dicle University Journal of Law Faculty

DICLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINI

Diyarbakır 2023

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (DÜHFD)

Dicle University Journal of Law Faculty

Derginin Sahibi	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dekan)
Sorumlu Müdür	: Fırat YANIK (Fakülte Sekreteri)
Yönetim Yeri	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Diyarbakır
Yayının Türü	: Süreli Yayın / Hakemli Hukuk Dergisi
ISSN	: 1300-2929
e-ISSN	: 2458-7907

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK	Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN	Prof. Dr. Ezeli AZARKAN
Prof. Dr. Ali AYLİ	Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU
Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN	Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK

Editör: Doç. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN

Editör Yardımcısı: Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK

Kurumsal İletişim Bilgileri

Adres	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21280 / Diyarbakır
Tel / Fax	: +90 412 2488357 / +90 412 2488358
Url	: http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi
E-Mail	: diclehukukdergisi@gmail.com / hukukdergisi@dicle.edu.tr
Dizgi	: Doç. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN
Basım Yeri	: Dicle Üniversitesi Basımevi - Diyarbakır
Basım Yılı	: Haziran 2023

Dergi Hakkında

A. Amaç: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olan Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin amacı, hukuk alanında özgün ve bilimsel akademik çalışmaları yayımlamak suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamaktır.

B. Kapsam: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki kez (Haziran ve Aralık), basılı ve elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir. Derginin kapsamına, hukuk alanında yazılmış bilimsel çalışmalar dahildir. Derginin yayını dili Türkçedir, ancak Türkçe özetine yer verilmek koşuluyla başka dillerdeki çalışmalara da yer verilmektedir. Makalelerden kaynaklanan sorumluluk yazarlara aittir.

C. İngilizce İsim ve Kısaltma: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin İngilizce ismi, Dicle University Journal of Law Faculty'dir. Derginin isminin kısaltması, DÜHFD'dir.

DANIŞMA KURULU*

- Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Bingöl Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Ali AYLİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ezeli AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan HAKERİ (Özyeğın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversite Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Janbernd OEBBECKE (em.) (WWU Münster / Germany)
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet ÜÇER (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat KANDEMİR (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Müslüm AKINCI (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nihat TAŐDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Recep GÜLŐEN (İğdır Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Selim ERDOĞAN (Gaziantep Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ VEZNEĞAROĞLU (Altınbaş Ün. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

* Unvanlara ve alfabetik olarak isimlere göre sıralanmıştır.

Prof. Dr. Yasemin IŐIKTAÇ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Zehra Őeker ÖĐÜZ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Doç. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÖLTESİ DERGİSİ'NİN TARANDIĐI İNDEKSLER VE DİZİNLER

Dicle Üniverstesi Hukuk Fakóltesi Dergisi,



ULAKBİM Tübitak Ulakbim - TR Dizin Veri Tabanı'nda,

DergiPark AKADEMİK Dergipark'ta,

Jurix Hukuk Dergileri Veritabanı Jurix Hukuk Dergileri Veri Tabanı'nda ve



Heinonline Veri Tabanı'nda taranmaktadır.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Yayınlanmak üzere dergiye gönderilecek yazıların yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekir.
2. Yazıların ulusal ve uluslararası alanda geçerli araştırma ve yayım etiğine ilişkin kurullarla uyumlu olması gerekir.
3. Yazıların bilimsel standartlara uygun ve özgün olması gerekir. İntihal programları kullanılmak suretiyle veya başka bir şekilde intihale yer verdiği tespit edilen yazılar kabul edilmez.
4. Yazılar elektronik ortamda teslim edilmelidir.
5. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
6. Yazıların teslimi sırasında ayrıca yazının türü (makale, derleme, özet, editöre mektup, çeviri, karar incelemesi, kitap veya muhtelif eser kritiği, vaka takdimi, mevzuat incelemesi, araştırma notu, tez özeti vb.) hakkında da bilgi verilmelidir.
7. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve yayıma hazır olduğu kabul edilir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir. Bununla birlikte derginin dizgisinin yapıldığı tarihe kadar editörün uygun görüşü alınmak suretiyle yazılarda yeni bir hakem incelemesi gerektirmeyecek ve mevcut hakem raporlarıyla çelişmeyecek ufak çaplı değişiklikler yapılabilir.
8. Yayın Kurulunca ilk incelemesi yapılan yazılar değerlendirilmek üzere hakemlere gönderilir. Yazılar farklı kurumlardan olmak üzere en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Hakemlerden en az biri fakülte dışından seçilir. Hakemler yazıların yayımlanması, yayımlanmasının uygun olmadığı veya düzeltilerek yayımlanması yönünde görüş bildirebilirler. Her iki hakemin de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde, ilgili yazı talep üzerine veya re'sen üçüncü bir hakeme gönderilebilir ve üçüncü hakem raporuna göre işlem yapılabilir. Hakemlerden birinin olumsuz görüş bildirmesi halinde editör görüşüne göre de hareket edilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

9. Yazım yanlışlarının olanağın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerinin uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir yazının yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu bir şekilde sonuçlanmış olması yazara yayım hakkı vermez.
10. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu konuda herhangi bir mesuliyet kabul etmez.
11. Yayına kabul edilen eserlerin telif hakkı Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlara telif ücreti veya başka bir isim altında herhangi bir ödeme yapılmaz.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

MAKALE YAZIM KURALLARI

1. Yazıların “Times New Roman” karakterinde, ana metnin tek satır aralığında ve 11 punto olarak, dipnot metninin 10 punto olarak hazırlanması gerekir.
2. Yazılar hem yazı dilinde hem de İngilizce, Almanca veya Fransızca gibi dillerde hazırlanmış bir “Öz” kısmına yer vermelidir. Ayrıca “Öz” kısmından hemen sonra gelmek üzere hem yazı dilinde hem de ilgili yabancı dilde en az beş anahtar kelimeye ve yazının ilgili yabancı dildeki başlığına da yer verilmelidir. “Öz”ün ve “Öz”ün yabancı dildeki tercümesinin her biri 400 kelimeyi geçmemelidir. Türkçeden başka bir dilde yazılan yazıların Türkçe “Öz”üne yer verilmesi zorunludur.
3. Yazının sistematığı aşağıdaki şekilde olmalıdır.

BAŞLIK

(Bu başlık altında öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

YABANCI DİLDEKİ BAŞLIK

(Burada yabancı dilde öz ve anahtar kelimelere yer verilecektir.)

I. GİRİŞ (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

II. ...

A. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

B. ...

1. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

2. ...

a. ... (Bu başlık **küçük** harflerle yazılacaktır.)

b. ...

III. ... (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacaktır.)

IV. SONUÇ (Sonuç başlığına da **numara verilmelidir.**)

KAYNAKÇA (Bu başlık **büyük** harflerle yazılacak ve başlığa **numara verilmeyecektir.**)

4. Kaynakça kısmında önce büyük harflerle yazarın soyadına, sonra adına yer verilmeli, iki nokta üst üste işaretinden sonra da esere ilişkin bilgiler yazılmalıdır. Kaynakçada yer verilen her eser veya kaynak sonra nokta işareti (.) ile sonlandırılmalıdır. Kaynakçanın ilk satırı soldan başlatılmalı, devam eden satırlar 1,25 cm içerden (sağdan) başlatılmalıdır.

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukuku, 25. Baskı, Anayasa Yayınevi, Ankara 2015. **(Kitap örneği)**

MEHMETOĞLU, Ahmet: Anayasa Hukukunda Normlar Hiyerarşisi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 32, Yıl: 2015, s. 1- 33. **(Makale örneği)**

5. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi ve tüm dipnotların mutlaka nokta işareti (.) ile sonlandırılması gerekir.
6. Editörden onay alınan haller hariç olmak üzere yayımlanmak üzere gönderilen yazıların kural olarak 30 sayfayı geçmemesi gerekir.

DERGİNİN GEÇMİŞİ

(ARŐIV)

Cilt: 1	Sayı: 1	Yıl: 1983
Cilt: 2	Sayı: 2	Yıl: 1984
Cilt: 3	Sayı: 3	Yıl: 1985
Cilt: 4	Sayı: 4	Yıl: 1988
Cilt: 5	Sayı: 5	Yıl: 1992
Cilt: 6	Sayı: 6	Yıl: 1993
Cilt: 7	Sayı: 7	Yıl: 2003
Cilt: 8-9	Sayı: 8-9-10-11	Yıl: 2003-2004
Cilt: 10-11	Sayı: 12-13-14-15	Yıl: 2005-2006
Cilt: 12-13	Sayı: 16-17-18-19	Yıl: 2007-2008
Cilt: 14	Sayı: 20-21	Yıl: 2009
Cilt: 15-16	Sayı: 22-23-24-25	Yıl: 2010-2011
Cilt: 17-18	Sayı: 26-27-28-29	Yıl: 2012-2013
Cilt: 19	Sayı: 30-31	Yıl: 2014
Cilt: 20	Sayı: 32	Yıl: 2015
Cilt: 20	Sayı: 33	Yıl: 2015
Cilt: 21	Sayı: 34	Yıl: 2016
Cilt: 21	Sayı: 35	Yıl: 2016
Cilt: 22	Sayı: 36	Yıl: 2017
Cilt: 22	Sayı: 37	Yıl: 2017
Cilt: 23	Sayı: 38	Yıl: 2018
Cilt: 23	Sayı: 39	Yıl: 2018
Cilt: 24	Sayı: 40	Yıl: 2019
Cilt: 24	Sayı: 41	Yıl: 2019
Cilt: 25	Sayı: 42	Yıl: 2020
Cilt: 25	Sayı: 43	Yıl: 2020
Cilt: 26	Sayı: 44	Yıl: 2021
Cilt: 26	Sayı: 45	Yıl: 2021
Cilt: 27	Sayı: 46	Yıl: 2022
Cilt: 27	Sayı: 47	Yıl: 2022
Cilt: 28	Sayı: 48	Yıl: 2023

NOT: DÜHFD 32. sayıya kadar 1303-9105 ISSN numarasıyla, 33. ve sonraki sayılarda ise 1300-2929 ISSN numarasıyla yayımlanmıştır.

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

Dr. Öğr. Üyesi Sencer Abdullah AKKOYUNLU
DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA MEMURUN SAVUNMA HAKKINI
KULLANIMINDA İDARENİN UYMASI GEREKEN ESASLAR 3

Dr. Öğr. Üyesi Sadullah ÖZEL
ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE GÜNCEL
DURUM VE BÜYÜK VERİ 65

Arş. Gör. Dr. Nurullah KANTARCI
KATI ATIK TOPLAYICILARININ EYLEMLERİNİN HIRSIZLIK SUÇU
BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 123

Öğr. Gör. Dr. Haşim ÖZKURT
TÜRK CEZA KANUNU'NDA GÜRÜLTÜYE NEDEN OLMA
SUÇUNUN İNCELENMESİ 159

Arş. Gör. Özlem ALKAN
DOLANDIRICILIK SUÇUNUN KİŞİNİN KENDİSİNİ POLİS, HAKİM
VEYA SAVCI OLARAK TANITMASI SURETİYLE İŞLENMESİ 185

ÖZEL HUKUK

Dr. Öğr. Üyesi Didem YARDIMCIOĞLU
ÇOCUK İŞÇİLİĞİNİ ÖNLEMeye YÖNELİK YENİ BİR ADIM:
AVRUPA PARLAMENTOSU VE KONSEYİ'NİN KURUMSAL
SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK DURUM TESPİTİNE DAİR DİREKTİF
ÖNERİSİ 225

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

Asst. Prof. Sencer Abdullah AKKOYUNLU
PRINCIPLES TO BE FOLLOWED BY THE ADMINISTRATION IN
THE OFFICER'S USE OF THE RIGHT OF DEFENSE IN A DISCIPLINE
INVESTIGATION 4

Asst. Prof. Sadullah ÖZEL
THE CURRENT SITUATION IN THE SETTLEMENT OF
INTERNATIONAL DISPUTES AND BIG DATA 66

Res. Asst. Dr. Nurullah KANTARCI
EVALUATION OF THE ACTIONS OF SOLID WASTE COLLECTORS
IN TERMS OF THE CRIME OF THEFT 124

Lec. Dr. Haşim ÖZKURT
EXAMINING THE CRIME OF CAUSING NOISE IN THE TURKISH
PENAL CODE 160

Res. Asst. Özlem ALKAN
COMMITTING FRAUD BY PRESENTING ONESELF AS A POLICE
OFFICER, JUDGE OR PROSECUTOR 186

PRIVATE LAW

Asst. Prof. Didem YARDIMCIOĞLU
A NEW STEP TO PREVENT CHILD LABOUR: PROPOSAL FOR A
DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE
COUNCIL ON CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE 226

KAMU HUKUKU

DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA MEMURUN SAVUNMA HAKKINI KULLANIMINDA İDARENİN UYMASI GEREKEN ESASLAR

Sencer Abdullah AKKOYUNLU*

ÖZ

Memurların sahip oldukları hakların yanı sıra uyması gereken yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bir yükümlülük olarak memurların görev yaptıkları idarenin kurum içi disiplinini sağlamaya yönelik kurallara uymaları gerekmektedir. Aksi takdirde idare tarafından haklarında disiplin soruşturması açılması ve bu soruşturma neticesinde disiplin cezasıyla cezalandırılmaları mümkündür. İdarenin memur hakkında disiplin soruşturması açmak ve soruşturmanın sonunda memura disiplin cezası verme yetkisi bulunmakla birlikte disiplin cezası vermeden önce takip etmesi gereken birçok usul kuralı bulunmaktadır. Bu usul kurallarından birisi ve belki de en önemlisi disiplin cezası vermeden önce memura kendisini savunma hakkı tanınmasıdır. Memur savunma hakkı sayesinde aslında bir disiplin suçu işlemediğini ortaya koyacak ve kendisine disiplin cezası verilmeyecektir. Ya da disiplin suçu işlemiş olmakla beraber kendisine isnat edilenden daha hafif bir disiplin suçu işlediğini ortaya koyacak ve kendisine daha hafif bir disiplin cezası verilecektir. İdarenin

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: saakkoyunlu@erzincan.edu.tr,
ORCID ID: 0000-0001-5682-0786.

Makalenin Gönderim Tarihi : 22.06.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 23.06.2023.

memurun savunma hakkını tam anlamıyla kullanabilmesi için uyması gereken birçok esas bulunmaktadır. Öncelikle memur hakkında bir disiplin soruşturması açılmalı, idare tarafından memura isnatta bulunulmalı, memurun savunmasını yaparken ihtiyaç duyacağı bilgi ve belgelere ve diğer ispat araçlarına yönelik talepleri karşılanmalı, memura savunma yapmadığı takdirde savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı bildirilmeli, memura kendisini savunması için yeterli süre verilmeli, memurun savunması disiplin amiri ve/veya yüksek disiplin kurulu tarafından alınmalı ve ifade alma savunma alma olarak kabul edilmemelidir.

Anahtar Kelimeler: Memur, disiplin soruşturması, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, isnatta bulunma.

PRINCIPLES TO BE FOLLOWED BY THE ADMINISTRATION IN THE OFFICER'S USE OF THE RIGHT OF DEFENSE IN A DISCIPLINE INVESTIGATION

ABSTRACT

In addition to the rights they have, the officers also have obligations to comply with. As an obligation, officers are required to comply with the rules to ensure the internal discipline of the administration they work for. Otherwise, it is possible that a disciplinary investigation will be opened against them by the administration and they may be punished with disciplinary punishment as a result of this investigation. Although the administration has the authority to open a disciplinary investigation against the officer and to impose a disciplinary punishment on the officer at the end of the investigation, there are many procedural rules that must be followed before imposing a disciplinary punishment. One of these procedural rules, and perhaps the most important, is that the officer is given the right to defend himself before imposing a disciplinary penalty. Thanks to his right of defense, the officer will reveal that he did not actually commit a disciplinary offense and he will not be punished. Or, he will reveal that he has committed a lighter disciplinary offense than he is charged with, and he will be given a lighter disciplinary punishment. There are many principles that the administration must comply with in order for the civil servant to fully exercise his right of defense. First of all, a disciplinary investigation should be opened against the officer, the officer must be charged by the administration, the demands of the officer for the information and documents and other means of proof that he will need while making his defense must be met, the officer should be informed that if he does not make a defense, he will be deemed to have waived his right to defense, the officer should be given sufficient time to defend himself, the defense of the officer must be taken by the

disciplinary chief and/or the high disciplinary board and taking a statement should not be considered as taking a defense.

Keywords: Official, disciplinary investigation, right of defense, right to information, make attribution.

I. GİRİŞ

İdare hukuku statüsel niteliğe sahip bir hukuk dalıdır¹. İdare hukukunda statüler vardır ve bu statüler idare hukuku kurallarıyla² düzenlenmiştir³. Memurluk da idare hukukunda yer alan statülerden birisidir⁴. Dolayısıyla memurluk bakımından da geçerli idare hukuku kuralları vardır. Bir memur, memurluk statüsünü düzenleyen kurallara uymaması sebebiyle görev yaptığı kurumun düzenini bozarsa disiplin suçu işlemiş olur ve işlediği disiplin suçu sebebiyle disiplin cezasıyla karşı karşıya kalır⁵. Ancak disiplin cezası⁶ verilmeden önce mutlaka memurun savunmasının alınması gerekir.

¹ Çağlayan, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 94. Başka bir tabirle idare hukuku, statüter bir hukuk dalıdır (statü hukukudur). (Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2021, s. 19).

² İdare hukukunda statüler kanunlarla ve düzenleyici işlemlerle önceden belirlenmişlerdir (Gözler, Kemal: İdare Hukuku, 3. Baskı, Cilt: 1, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 71; Yayla, Yıldızhan: İdare Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 283). Dolayısıyla statüleri düzenleyen idare hukuku kurallarından kanunları ve düzenleyici işlemleri anlamak gerekmektedir.

³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, İdare Hukuku, s. 19.

⁴ Gözler, s. 71; Çağlayan, İdare Hukuku, s. 94.

⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, İdare Hukuku, s. 707.

⁶ Danıştay'a göre "...disiplin cezaları, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülebilmesi bakımından kamu görevlilerinin mevzuat uyarınca yerine getirmek zorunda oldukları ödev ve sorumlulukları ifa etmemeleri veya mevzuatta yasaklanan fiillerde bulunmaları durumunda uygulanan yaptırımlar olup, memurların özlük hakları üzerinde doğrudan ve önemli sonuçlar doğurmaları sebebiyle subjektif ve bireysel etkileri bulunduğu gibi kamu görevinin gereği gibi sürdürülmesi ve kamu düzeninin sağlanması bakımından objektif ve kamusal öneme sahiptirler..." (D.12.D, T. 28.01.2016, E. 2012/6421, K. 2016/324, Lexpera; D.12.D, T. 19.11.2015, E. 2012/1677, K. 2015/6064, Lexpera; D.12.D, T. 28.03.2011, E.

Memura tanınacak olan savunma hakkı görüntüde bir savunma hakkı olmamalıdır. Savunmanın gerçek anlamda savunma olabilmesi için gerek mevzuatla kabul edilen gerekse de yargısal içtihatlarla geliştirilen ilkelerin gerektirdiği niteliklere sahip olması gerekir. Bu çalışmayla memurun savunmanın alınmasında idarenin uyması gereken esaslar ortaya konulmaya çalışılacaktır.

A. Savunma Hakkının Hukuki Dayanağı ile İddia ve Savunmanın Karşılıklılığı

Savunma hakkına saygının hukukun genel ilkeleri arasında yer aldığı kabul edilmektedir⁷. Hukukun genel ilkeleri⁸; genellik, süreklilik ve üstünlük özelliklerine sahiptir⁹. Hukuk kuralları, hukukun genel ilkelerine uygun olmalı, bu ilkelere göre oluşmalı ve gelişmelidir¹⁰. O halde savunma hakkının mevzuatta memura bir hak olarak tanınmasında ve bu hakkın yargısal içtihatlarla gelişmesinde savunma hakkına saygının hukukun genel ilkeleri arasında yer almasının etkisi olduğu söylenebilecektir.

Mevzuatta memurun savunma hakkına doğrudan anayasada yer verilmiştir. Anayasaya¹¹ göre “*memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez*”

2008/7823 K. 2011/1425, Lexpera; D.16.D., T. 13.10.2015, E. 2015/16249 K. 2015/6177, Lexpera; D.5.D., T. 12.12.2017, E. 2016/17762 K. 2017/24014, Lexpera)

⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, İdare Hukuku, s. 57; Gökınar, Mahmut: Disiplin Hukukunda Yasak-Hukuka Aykırı Deliller, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 46.

⁸ Akıl, hukukun genel ilkelerini “*uygar uluslarca benimsenmiş, toplum hayatı içinde ortak adâleti sağlamayı amaçlayan, her alanda somut ilişkileri bütüncül bir yaklaşımla düzenleyerek birçok özel norma temel oluşturan ve soyut, genel, evrensel, sürekli, üstün, yazılı veya yazılı olmayan hukuk kuralları*” olarak tanımlamıştır (Akıl, Abdülkadir: Hukukun Genel İlkeleri ve Hukukun Gelişimine Etkisi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VII, Sayı: 3-4, Aralık 2003, s. 391).

⁹ Kaboğlu, İbrahim Ö., Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 8, 1991, s. 292.

¹⁰ Kaboğlu, s. 295.

¹¹ R.G. 09.11.1982, S. 17863.

(m.129/2)¹². Savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilememesi disiplin soruşturmalarında bir güvence teşkil etmektedir¹³. Anayasal dayanağı bu şekilde belirlenen savunma hakkı tanınmadan verilecek bir disiplin cezası hukuka aykırı olacaktır¹⁴. Savunma hakkının önemine ilişkin bir kararında Danıştay'a göre "...davacının ... görevine son verildiği, ancak ... davacının savunmasının alınmadığı anlaşılmakta olup; davacının işlemden önce Anayasa ile teminat altına alınan savunma hakkının kısıtlanması suretiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık... görülmemiştir..."¹⁵.

¹² Memurun savunma hakkı 1961 Anayasasının 118'inci maddesinde, savunma hakkının gereği olarak yerine getirilmesi gerekenler de gösterilmek suretiyle (detaylı olarak) düzenlenmişti. Düzenleme şöyleydi: "Memurlar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek teşekkülleri mensupları hakkında yapılacak disiplin kovuşturmalarında, isnat olunan hususun ilgiliye açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi, yazılı savunmasının istenmesi ve savunma için belli bir süre tanınması şarttır" (m.118/1). "Bu esaslara uyulmadıkça disiplin cezası verilemez" (m.118/2). "Disiplin kararları, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılmaz" (m.118/3). (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/>, e.t: 25.05.2022).

¹³ Alan, Nuri: Savunma Hakkı, Danıştay Dergisi, Yıl: 23, Sayı: 87, 1993, s. 20.

¹⁴ 11.02.2017 tarih ve 29976 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla (Geçici Madde 21/1-E) kaldırılan Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, faaliyette bulunduğu dönemde vermiş olduğu bir kararda disiplin cezası vermeden önce savunma hakkı tanımamanın ağır bir şekil sakatlığına yol açtığı ve bu suretle verilen disiplin cezasının yok hükmünde olduğu tespitinde bulunmuştur. Karar şöyledir: "*Anayasa'nın 129 ncu maddesinin ikinci fıkrası ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 175 nci maddelerinin açık hükümleri karşısında davacının savunması alınmadan uyarı cezası ile tecziye edilmesi hali idari işlemin (disiplin cezasının) şekil unsurundaki "ağır ve bariz" sakatlığı ortaya koy (maktadır)... Bu itibarla;... Davacı Kr.Pl. Alb. ...'a Kara Havacılık Okul Komutanı tarafından verilen "ikaz" (uyarma) disiplin cezasının şekil... unsuru yönünden ağır ve bariz şekilde sakat olduğu anlaşılmakla anılan cezanın "yok hükmünde" olduğunun tespiti ile işlemin iptaline... karar verildi"* (A.Y.İ.M, D.2, T. 20.11.2002, E. 2002/256, K. 2002/883, Legalbank). Aynı yönde karar için bkz. A.Y.İ.M, D.3, T. 28.01.2004, E. 2003/151, K. 2004/159, Legalbank).

¹⁵ D.8.D., T. 29.01.2019, E. 2017/7010, K. 2019/507, Lexpera (Not: Karar 657 sayılı Kanun kapsamında verilmiş olunmamakla birlikte disiplin

Anayasada açıkça memurun savunma hakkını düzenleyen 129'uncu maddenin ikinci fıkrası dışında savunma hakkı ile ilgili başka düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, doğrudan memurun savunma hakkına yönelik değildir. Ancak bunlar, disiplin cezası üzerine memurun yargı yeri önünde kendisini idareye karşı savunmasını sağlayabilmesi itibarıyla, savunma hakkı kapsamında üzerinde durulması gereken düzenlemelerdir. Bu kapsamda öncelikle, memurun savunma hakkını düzenleyen 129'uncu maddenin ikinci fıkrasını takip ettiği üzere, 129'uncu maddenin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeye değinmek gerekmektedir. Anayasanın 129'uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre “*disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz*”¹⁶. 129'uncu maddenin üçüncü fıkrası gereğince disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamaması, disiplin cezası verilmesi üzerine memurun yargı yeri önünde idareye karşı iddia ve savunmada bulunmasının engellenememesi anlamına gelmektedir.

Anayasanın disiplin cezalarına karşı yargı yolunun kapatılamayacağını öngören 129'uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükmünün yanı sıra hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36'ncı maddesi de memurun disiplin kararları karşısında yargı yeri önünde iddia ve savunma hakkına sahip olmasıyla ilgilidir. 36'ncı maddeye göre “*herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*”. Disiplin cezası alan memurun idare aleyhine idari yargıda dava yoluna gitmesi ve kendisini savunması onun hak arama hürriyetinden yararlanması anlamına gelmektedir¹⁷.

Disiplin cezası alan memurun Anayasanın 129'uncu maddesinin üçüncü fıkrası ve 36'ncı maddeleri gereğince dava açmak suretiyle iddia ve savunmada bulunması üzerine memur ile idare arasında iddia ve savunmanın karşılıklılığı (bir arada bulunma durumu) ortaya çıkmaktadır. Danıştay'ın bir kararında ifade ettiği üzere “*...Anayasanın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan*

hukukuna ilişkin olması itibarıyla memur soruşturmalarında da dikkate alınması gereken bir esasa yöneliktir).

¹⁶ Ayrıca Anayasanın 125'inci maddesine göre “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” (m.125/1).

¹⁷ Ayrıca bkz. Kaya, Cemil: Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 2, Haziran 2005, s. 81.

faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Sav ve savunma hakkı birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız niteliğiyle hak arama özgürlüğü'nün temelini oluşturur... ”¹⁸.

Hafizoğulları “dar anlamda savunma-geniş anlamda savunma” ayrımı üzerinden “iddia ve savunmanın karşılıklılığından” ne anlaşılmasını gerektiğini detaylı bir şekilde ortaya koymaktadır. Hafizoğulları’na göre “savunma hakkı dar veya geniş anlamda anlaşılabilir. Dar anlamda savunma hakkı, isnadı karşılamak, isnada cevap vermek hakkıdır. Elbette bu anlamda savunma hakkından sadece isnat altındaki kişinin, yani sanığın savunma hakkı anlaşılmaktadır. Geniş anlamda savunma hakkı, iddia ve isnatta bulunmak, iddia ve isnadı karşılamak hakkı olarak anlaşılmaktadır. Doğrusu budur. Madem dava karşılıklı iddia ve savunma örgüsü üzerine kurulmaktadır; dolayısıyla nerede iddia varsa orada savunma ve nerede savunma varsa orada iddia bulunmaktadır. Öyleyse savunma hakkı sadece iddia veya isnadın muhatabı kişiye tanınmış bir hak değildir; aynı zamanda iddia ve isnatta bulunan kişiye de tanınmış bir haktır. Böyle olunca, savunma hakkı, pek tabii ceza yargılaması hukukuyla sınırlı kalmamakta ... dava kavramıyla bağlantılı olarak tüm yargılama hukukunu ilgilendirmekte (dir)”¹⁹. Memurun yargı yeri önünde idareye karşı sahip olduğu savunma hakkından Hafizoğullarının doğru bulduğu, geniş anlamda savunma hakkı anlaşılmalıdır. İdari yargılama hukukunda hem davacı memur hem de davalı idare, iddia ve savunma haklarına sahiptir. Disiplin cezası alan memur dava ve cevap dilekçeleriyle iddiada bulunmakta, ayrıca idarenin iddialarına karşı kendisini savunmaktadır. İdare de savunma dilekçeleriyle memura karşı disiplin soruşturmasında ileri sürdüğü iddialarını sürdürmekte ve ayrıca yargılama sürecinde memurun iddialarına karşı kendisini savunmaktadır²⁰.

¹⁸ D.12.D., T. 22.02.2006, E. 2005/6353, K. 2006/540, Lexpera.

¹⁹ Hafizoğulları, Zeki: Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, 1994, s. 20-21.

²⁰ İdari yargılama sürecinde davacının dava ve cevap dilekçesine (davacının ikinci dilekçesi) ve davalı idarenin savunma ve ikinci savunma dilekçesine ilişkin düzenleme 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun “tebligat ve cevap verme” başlıklı 16’ncı maddesinde yer almaktadır. Buna göre “dava dilekçelerinin ve eklerinin birer örneği davalıya, davalının vereceği savunma davacıya tebliğ olunur” (m.16/1). “Davacının ikinci dilekçesi davalıya, davalının vereceği ikinci savunma da davacıya tebliğ edilir. Buna

İddia ve savunmanın karşılıklılığı yargılama sürecine geçilmesi halinde söz konusu olmaktadır. Disiplin soruşturmasında memur ile idare arasında böyle bir ilişki bulunmamaktadır. Disiplin soruşturmasında idare isnatta bulunmakta, memur da isnat karşısında kendisini savunmaktadır. Yargı yeri önüne götürülmeyen bir disiplin soruşturmasında savunma hakkının anayasal dayanağını sadece Anayasanın 129'uncu maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen “*memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez*” hükmü oluşturmaktadır.

Memurun yargı yoluna gitmemesi halinde, disiplin soruşturmasında açıkça savunma hakkının dayanağını oluşturan 129'uncu maddenin ikinci fıkrası dışında bir anayasal dayanak aramaya gerek bulunmamakta, hak arama hürriyetinin düzenlendiği Anayasanın 36'ncı madde hükmünü yargı yeri önüne götürülmeyen disiplin soruşturmaları bakımından savunma hakkına anayasal dayanak olarak görmemek gerekmektedir. 36'ncı maddenin memurun idare karşısında savunma hakkının dayanağı olarak görülebilmesi için maddede, iddia ve savunmanın yargı mercilerinin yanı sıra idare karşısında da sahip olunan bir hak olarak düzenlenmesi gerekirdi. Özgenç/Şahin Anayasanın 36'ncı

karşı davacı cevap veremez. Ancak, davalının ikinci savunmasında, davacının cevaplandırmasını gerektiren hususlar bulunduğu, davanın görülmesi sırasında anlaşılırsa, davacıya cevap vermesi için bir süre verilir” (m.16/2). “Taraflar, yapılacak tebliğlere karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde cevap verebilirler. Bu süre, ancak haklı sebeplerin bulunması halinde, taraflardan birinin isteği üzerine görevli mahkeme kararı ile otuz günü geçmemek ve bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Sürenin geçmesinden sonra yapılan uzatma talepleri kabul edilmez” (m.16/3). “Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler...” (m.16/4). “Dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Bu belgeler duruşmada ibraz edilir ve diğer taraf cevabını hemen verebileceğini beyan eder veya cevap vermeye lüzum görmezse, ayrıca tebliğ edilmez” (m.21). Tebligat ve cevap verme (dilekçe safhası) için bkz. Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2021, s. 411-414; Dava dilekçesinin tebliği ve cevap için bkz. Çağlayan, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 337-339.

maddesinde savunma hakkının yalnızca yargı organları karşısında kullanılacak bir hak olarak düzenlenmesinin Anayasayla getirilen, yerinde olmayan bir sınırlama olduğunu²¹, zira kişilerin idari makamlar önünde de kendilerini savunma ihtiyacı duyabileceğini ifade etmektedir²². Özgenç/Şahin'e göre "iddia ve savunma hakkının mutlaka bir yargı organının önünde kullanılması gerekmez. Bir hukukî uyumsuzluğun çözümünü açısından yetkili olan bir idari kurul veya makam önünde de bu hakların kullanılması mümkündür. Bu nedenle, iddia ve savunma hakkının teknik olarak bir dava kapsamında kullanılması da şart değildir ... bir disiplin soruşturması kapsamında da iddia ve savunma hakları kullanılabilir"²³.

Kanaatimizin aksine doktrinde, memurun idare karşısında savunma hakkına, hak arama hürriyetinin düzenlendiği Anayasanın 36'ncı maddesinin dayanak teşkil ettiği ifade edilmektedir. Sancakdar/Altınok Çalışkan/ Dursun/ Seyhan/ Yağcı, memurun savunma hakkının Anayasanın 36'ncı maddesiyle düzenlenen hak arama hürriyetinin içerisinde mündemiç (saklı) olduğunu²⁴, Anayasanın 129'uncu maddesinin ikinci fıkrasıyla savunma hakkının ayrıca ve açıkça vurgulandığını belirtmektedir²⁵. Buna göre Anayasanın 129'uncu maddesinde ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş olsaydı bile Anayasanın 36'ncı maddesi gereğince memurun disiplin soruşturmasında idare karşısında savunma hakkına sahip olduğu söylenebilirdi.

²¹ Ayrıca bkz. Erem, Faruk: Anayasa ve Savunma Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, 1963, s. 183.

²² Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuriyet İddia ve Savunma Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı:1-2, Haziran-Aralık 2001, s. 89.

²³ Özgenç/Şahin, s. 110-111.

²⁴ Ayrıca bkz. Aslan, Zehreddin: Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları, Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2004, s. 24; Aslan, Zehreddin/Altındağ, Halil: Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 103; Kayar, Nihat: Kamu Personel Yönetimi, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 458.

²⁵ Sancakdar Oğuz/Altınok Çalışkan, Elif/Dursun, Gizem/Seyhan, Serkan/Yağcı, Pınar: Disiplin Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 44; Ayrıca bkz. Aslan, s. 24; Aslan/Altındağ, s. 103; Delal, Turgut: Türk Disiplin Mevzuatının Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi (Danışman: Prof. Dr. Faruk Bilir), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2017, s. 60.

Memurun savunma hakkı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda²⁶ da düzenlenmiştir. 657 sayılı Kanuna göre “devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez” (m.130/1). Kanunun bu emredici hükmü karşısında, bir disiplin soruşturmasında uyulması gereken diğer tüm usul kurallarına uygun hareket edilse bile memura kendisini savunma hakkı tanınmadan verilen disiplin cezası hukuka aykırı olacaktır.

657 sayılı Kanunda, savunma hakkı ile ilgisi olması itibariyle değinmek gerektiği üzere, devlet memurluğundan çıkarma cezası hariç, memurun kendisine verilen disiplin cezasına karşı itirazda bulunabileceği öngörülmüştür. 657 sayılı Kanuna göre “disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir” (m.135/1). Kanunda memura tanınan itiraz hakkı, idareye karşı yapılacak olduğundan idari itirazdır. Memur itirazıyla idari bir makam olan itiraz merci (disiplin kurulu/yüksek disiplin kurulu) nezdinde iddiada bulunarak ve kendisini savunarak, hakkında verilen disiplin cezasının kaldırılmasını veya daha hafif bir cezaya dönüştürülmesini sağlayabilecektir. Zira 657 sayılı Kanuna göre “itirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler” (m.135/4). 657 sayılı Kanunda idari itiraz için başvuru süresi öngörülmüştür. Buna göre “itirazda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir” (m.135/2).

657 sayılı Kanunda uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarına karşı itirazda bulunulabileceği öngörülmekle beraber devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı itirazda (idari itirazda) bulunulup bulunulamayacağı hususunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir²⁷. Düzenlemede bahsi geçen disiplin cezaları bakımından idari itiraz yolunun açıkça öngörülüp, devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından böyle bir hükme yer verilmemesiyle kanun koyucunun idari itirazı yalnızca uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezaları bakımından başvurulabilecek

²⁶ R.G. 13.07.1965, S.12056.

²⁷ İtirazla ilgili değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Göçgün, Muhammed: Disiplin Cezalarına Karşı Başvuru Yolları (Danışman: Prof. Dr. Turan Yıldırım), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 34-42.

bir hukuki yol olarak düzenleme amacının bulunduğu düşünülebilir. Bu düşünceye göre diğer disiplin cezalarına karşı önce idari itirazda bulunup daha sonra yargı yoluna gitmek mümkün iken devlet memurluğundan çıkarma cezasında idari itirazda bulunmak mümkün değildir. Bu durumda, 657 sayılı Kanunda devlet memurluğundan çıkarma cezası için idari itirazın uygulanmaması üzerine bu ceza bakımından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun²⁸ 11'inci maddesinin²⁹ uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelebilir. Zira 11'inci madde kapsamında idareye yapılan başvuruları da bir bakıma idari işleme karşı yapılan idari itirazlar olarak görmek mümkündür. 11'inci maddenin uygulanabileceği kabul edildiğinde memur her ne kadar 657 sayılı Kanunun 135'inci maddesine göre devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı itirazda bulunamasa da dava açmadan önce ve dava açma süresi içerisinde 2577 sayılı Kanunun 11'inci maddesi gereğince idareye itirazda bulunabilecektir.

Akyılmaz/Sezginer/Kaya devlet memurluğundan çıkarma cezası alan memurun dava açmadan önce 2577 sayılı Kanunun 11'inci maddesine göre itirazda bulunmasına engel olmadığını ifade etmektedir³⁰. Çağlayan itirazın kabul edilip edilemeyeceği ile ilgili olarak görüş bildirmemekle beraber itirazın ne gibi bir sonuca sebebiyet verebileceğini belirtmektedir. Çağlayan'a göre “...İYUK 11. madde hükmü gereğince, disiplin cezalarına karşı itiraz edilebileceği kabul edilse bile, disiplin cezalarının derhal uygulanması ilkesi karşısında, bu başvuru disiplin cezasının uygulanması bakımından netice doğurmaz. Sadece dava açma süresine etki edebilir...”³¹. Sezer/Bilgin'e göre “...kanunda açıkça yasaklayıcı bir hüküm yoktur. Hak arama hürriyeti açısından yargı yoluna nazaran daha kolay, daha kısa süreli ve daha az masraflı bir yol olan idari başvuru yolunun, kanunda açık bir yasaklama olmadığı müddetçe, var olduğunun kabulü gerekir... Teorik olarak genel kanun (2577 sayılı Kanun) karşısında özel kanun (657 sayılı Kanun) hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmekle birlikte, söz konusu

²⁸ R.G. 20.01.1982, S. 17580.

²⁹ 2577 sayılı Kanunun 11'inci maddesine göre “ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir...” (m.11/1).

³⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, İdari Yargı, s. 371.

³¹ Çağlayan, İdare Hukuku, s. 574.

genel kanun tarih itibariyle daha sonra yapılmış bir kanundur ve kanun koyucunun iradesi de idari başvuru yolunu açmak yönündedir. Dolayısıyla, kanunda açıkça yasaklayıcı bir hüküm olmadığı halde “sırf kanunda olmadığı” gerekçesiyle, bazı disiplin cezalarında idari başvuru yolunun kapatılması hakkaniyete aykırı olduğu gibi, usul ekonomisi açısından da uygun bir yorum değildir...”³². Bu konuda değerlendirmelerde bulunan Göçgün ise şu ifadeleri kullanmaktadır: “...İtiraz yolunun sadece kanunlarda öngörüldüğü durumlarda değil genel hüküm olarak kabul ettiğimiz ve bundan dolayı da bu genel hüküm çerçevesinde değerlendirdiğimiz İYUK 11. madde kapsamında yapılacak başvuruların da itiraz yolunun uygulanması sonucu doğacak tüm sonuçları doğurması gerektiğini kanaatindeyiz. Nihayet, dava açma süresinin durması da bu sonuçlardan biri olduğu için İYUK 11. madde uyarınca yapılacak başvuruların devam etmekte olan idari dava açma süresini durdurması gerektiğini savunmaktayız...”³³.

Kanaatimizce 657 sayılı Kanunda diğer disiplin cezalarının aksine devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı itirazda bulunulmasının öngörülmemesi ve buna bağlı olarak itiraz merciin gösterilmemesi kanun koyucunun iradesinin bu disiplin cezasına itirazda bulunulamayacağı yönünde oluştuğunu göstermektedir. Kanun koyucu devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından idari sürecin (disiplin soruşturması sürecinin) cezanın verilmesiyle tamamen sona ermesini istemiştir. Disiplin cezalarına karşı itirazın düzenlendiği 657 sayılı Kanunun 135’inci maddesi, 2577 sayılı Kanunun 11’inci maddesi karşısında özel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından 657 sayılı Kanunun 135’inci maddesi uygulanır; 2577 sayılı Kanunun 11’inci maddesi uygulanamaz. O halde devlet memurluğundan çıkarma cezasına idari itirazda bulunulamaz ve idari itirazda bulunmanın neticeleri (örneğin dava açma süresinin durması sonucu) ortaya çıkmaz. Devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı doğrudan dava açılabilir³⁴. Nitekim Danıştay’ın bu yönde vermiş olduğu

³² Sezer, Yasin/Bilgin, Hüseyin: Danıştay Kararlarında İdari Başvurular, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 4, 2008, s. 342-343.

³³ Göçgün, s. 42.

³⁴ 6111 sayılı Kanunla (R.G. 25.02.2011, S.27857) değişiklik yapılmadan önce 657 sayılı Kanunun 135’inci maddesinde şu hükümler yer almaktaydı: “Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabilir.

kararlar bulunmaktadır. Danıştay'a göre "...2577 sayılı Yasanın 11.maddesiyle getirilen başvuru hakkı, idari işlemin kaldırılması geri alınması veya değiştirilmesi amacına yönelik olduğundan, disiplin cezalarıyla ilgili özel düzenlemede aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya Devlet memurluğundan çıkarma cezaları için itiraz yolunun düzenlenmemesi, itiraz olunsa bile cezanın kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi söz konusu olamayacağından sayılan disiplin cezalarına karşı doğrudan dava açılması gerekmektedir. Olayda davacıya, 31.7.2000 tarihinde tebliğ olunan disiplin cezasına karşı yapılan itirazın işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmayaacağı, dolayısıyla dava konusu işlemin tebliğ edildiği 31.7.2000 tarihini izleyen günden itibaren altmış günlük süre geçirildikten sonra 4.12.2000 tarihinde açılan davada süre aşımı bulunduğu açıktır..."³⁵.

Anayasanın 129'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz" hükmüne uygun olarak 657 sayılı Kanunda disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açık olduğu öngörülmüş, bu cezalara karşı başvurulacak yargı kolu gösterilmiştir. 657 sayılı Kanuna göre "disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir" (m.135/5). Buna göre memur, disiplin cezasına karşı idari yargıda iptal ve/veya tam yargı davası açabilir.

Aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir". Görüleceği üzere düzenlemede aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı itirazda bulunulup bulunulamayacağına dair bir hükme yer verilmemekle beraber idari yargı yoluna gidilebileceğinin açıkça ifade edilmesiyle kanun koyucunun iradesinin bu cezalara karşı itirazda bulunulmayacağı yönünde olduğu açıkça öngörülebilmekteydi.

³⁵ D.12.D, T. 17.02.2006, E. 2003/873, K. 2006/473, Lexpera. Ayrıca bkz. D.12.D, T. 15.01.2020, E. 2019/7243, K. 2020/161, Lexpera; Ayrıca bkz. D.12.D, T. 26.04.2005, E. 2004/2625, K. 2005/1603, Lexpera). Çağlayan tarafından aktarıldığı üzere Danıştay 135'inci maddeyi yorumunda "... bu kural incelendiğinde, ... verilen cezaların kesin ve yeninden görüşülmesi mümkün olmayan kararlar olduğu, bu kararlara karşı başvurulabilecek bir üst idari merciin bulunmadığı anlaşılmaktadır..." ifadelerini kullanmaktadır (D.10.D, T.22.05.1982, E.84/86, K. 85/1057, Çağlayan, İdare Hukuku, s. 574).

Memurların savunma hakkının hukuki dayanağı ile ilgili olarak, yakın bir tarihte yürürlüğe giren Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinden de bahsetmek gerekmektedir. Yönetmelik 30.04.2021 tarih ve 31470 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğe göre “memura savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilemez” (m.30/1). Yönetmelikte yer verilen ve savunma hakkı kapsamında uyulması gereken esaslara çalışmamızın ilgili kısımlarında değinilecektir.

B. Disiplin Soruşturmasında Memurun Savunma Hakkından Söz Edilemeyeceğine İlişkin Görüş ve Açıklamalarımız

Hafizoğulları savunmanın yalnızca yargı yeri önünde yapılabileceğini, disiplin mercileri yargı yeri olmadıklarından disiplin soruşturmasında savunma hakkının olmayacağını ifade etmektedir. Yazara göre “savunma hakkı yargı erkiyle bağlantılıdır. Bu hak münhasıran yargı erkinin bulunduğu yerde bulunmaktadır (Any.m.36). Yargı erkinin gereği olmadan veya yargı erkine dayalı olmadan yapılan işlemlerin taraflarının veya muhataplarının savunma haklarından söz edilemez. Bu düşünce doğruysa, ne kadar ceza yargılamasına benzetilirse benzetilsin, disiplin yargılaması özür arz etmektedir. Disiplin kurulları yargı erkini kullanmamaktadırlar. Yaptıkları faaliyet bir yargı faaliyeti değil, idari faaliyettir... disiplin kurulları ne bir yargı merciidir ne de yaptıkları faaliyet bir yargılama faaliyetidir. Bunun sonucu olarak ismine ne denirse denilsin, disiplin kovuşturmasında sanığın bir savuma hakkı bulunmamaktadır... ismine savunma da dense, bir yargı merci olmayan disiplin kurulları önünde yapılan yazılı veya sözlü beyanlar teknik anlamda savunma değildir; sadece isnada ilişkin açıklamalardır. Eğer disiplin yargılamasında sanığa tam bir güvence sağlanmak isteniyorsa ya idare mahkemeleri nezdinde disiplin mahkemeleri kurulmalıdır ya da disiplin kurullarına yapılan yazılı veya sözlü beyanlar teknik anlamda savunma sayılmamalıdır”³⁶.

Hafizoğulları'nın disiplin soruşturmalarında savunma hakkından söz edilemeyeceğine ilişkin bu görüşü karşısında Sancakdar /Altınok Çalışkan/ Dursun/ Seyhan/ Yağcı ise şunları söylemektedir: “Savunma hakkının teknik anlamda sadece yargı erki ile bağlantılı olduğu

³⁶ Hafizoğulları, s. 25.

*tartışılabilir bir husustur*³⁷. Nitekim anayasa sistematığı dikkate alındığında disiplin soruşturmasında savunma hakkının varlığı yargıya ilişkin bölümde değil, yürütme ve idareye ilişkin kısımda yer almaktadır. Diğer taraftan savunma hakkının varlığını yasama ve yürütme erkinde kabul etmeme, hükümetin denetlenmesini ya da idarenin yargı dışı hukuki denetiminde mağduriyetlere ve hak kayıplarına sebep olabilir. Bu ihtimal ise hukuk devleti, insan haysiyetinin korunması, idarede saydamlık gibi ilkelerle kolayca izah edilemez. Ayrıca idari yoldan halledilebilecek kimi uyuşmazlıkların mutlaka yargı yoluna götürülmesini gerektiren anlayış zaten ağır işleyen mahkemelerin iş yükünü daha da artırabilir. Dolayısıyla savunma hakkının kullanılmasını daraltan bu görüşe katılmamaktayız³⁸. Anlaşılabileceği göre, Sancakdar /Altınok Çalışkan/ Dursun/ Seyhan/ Yağcı disiplin soruşturmalarında savunmanın anayasada düzenlendiği kısım bakımından Hafizoğulları'nın disiplin soruşturmalarında teknik anlamda savunmadan söz edilemeyeceği görüşüne kesin olarak karşı çıkmamakta, hatta gerekçe göstererek bunun tartışmalı olduğunu kabul etmektedir. Ancak yazarlar yargı dışı denetimin önemi üzerinden, savunma hakkının disiplin soruşturmalarında da olması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Kanaatimizce disiplin soruşturmalarında gerçekleştirilen faaliyete savunma isminin verilip verilmeyeceğine değil, bu faaliyetin gördüğü işleve bakmak gerekmektedir. Disiplin soruşturmalarında memurun savunmasını alan disiplin amirinin ve yüksek disiplin kurulunun yargı merci olmadıkları açık olup, organik anlamda yargıdan söz edilemez. Ancak disiplin soruşturmalarında yargılama faaliyetinde başvuru usullere benzer usuller uygulanması itibariyle maddi anlamda yargının var olduğu söylenebilir. Örneğin disiplin soruşturmalarında, yargılama faaliyetinde olduğu gibi kişinin kendisine isnat edileni bilme, tanık dinletme ve avukatın hukuki yardımından yararlanma hakları bulunmaktadır. Disiplin soruşturmalarına (disiplin hukukuna) hâkim olan temel ilkeler arasında yargılama faaliyetinde geçerli ilkelerin varlığından söz etmek mümkündür³⁹. Akıllıoğluna göre “*hakkında disiplin*

³⁷ Yüce'ye göre de “*disiplin soruşturmasının yargısal (kazai) karakteri şüphelidir*” (Yüce, Turhan Tufan: Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili, Danıştay Dergisi, Yıl: 24, Sayı: 88, 1994, s. 8).

³⁸ Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun/Seyhan/Yağcı, s. 45.

³⁹ Disiplin suç ve cezalarına hâkim olan temel ilkeler için bkz. Kaya, Memur, s. 62-86. Disiplin hukukuna hâkim olan temel ilkeler için bkz. Boz, Selman

*kovuşturması yapılan kişinin durumu sanığın durumuna, hakları da yargılamada taraf haklarına benzemektedir)*⁴⁰. Bir önceki başlıkta değindiğimiz üzere Özgenç/Şahin'e göre "iddia ve savunma hakkının mutlaka bir yargı organının önünde kullanılması gerekmez. Bir hukukî uyumsuzluğun çözümü açısından yetkili olan bir idari kurul veya makam önünde de bu hakların kullanılması mümkündür. Bu nedenle, iddia ve savunma hakkının teknik olarak bir dava kapsamında kullanılması da şart değildir ... bir disiplin soruşturması kapsamında da iddia ve savunma hakları kullanılabilir"⁴¹.

Disiplin soruşturmasında savunma hakkı, yargısal usule benzeyen bir usul aşamasıdır⁴². Disiplin soruşturmalarında uyulması gereken bir usul kuralı olarak memurun savunmasının alınması, Sancakdar /Altınok Çalışkan/ Dursun/ Seyhan/ Yağcı tarafından önemi üzerinde durulduğu üzere, idarenin yargısal denetim dışında bir denetime tabi tutulmak suretiyle hak kayıplarının ortadan kalkmasını sağlayabilecektir. Hak kayıplarının yaşanma ihtimali karşısında memurun savunmasının alınması, disiplin cezalarına karşı idari itirazda bulunmanın mümkün olması ve memurun itiraz merci karşısında da kendisini savunabilmesi memur bakımından güvence teşkil etmektedir. Ayrıca disiplin cezalarına karşı yargı yolu açık olduğundan, disiplin soruşturmasının hukuka uygunluğu, her ne kadar ceza mahkemeleri tarafından olmasa da hem organik hem de maddi anlamda yargı kapsamında olan idari yargı yerlerince denetlenmektedir. Dolayısıyla memurun disiplin soruşturmalarında yargısal güvenceden mahrum olduğundan söz etmek mümkün değildir. Disiplin soruşturmalarını, idari nitelikte ancak yargısal faaliyet benzeri bir faaliyet olarak görüp, disiplin soruşturmalarında memurun savunma hakkının olduğunu ve bu hak tanınmadan memura disiplin cezası verilemeyeceğini kabul etmek gerekmektedir.

Sacit: Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, 2017, s. 20-39.

⁴⁰ Akıllıoğlu, Tekin: Yönetim Önünde Savunma Hakları, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1983, s. 60.

⁴¹ Özgenç/Şahin, s. 110-111.

⁴² Akyılmaz, Bahtiyar: Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1-2, 2002, s. 253.

II. SAVUNMA HAKKININ KULLANILMASI BAKIMINDAN UYULMASI GEREKEN ESASLAR

A. Disiplin Soruşturması Açılması

Savunmanın bir disiplin soruşturması kapsamında alınması gerekir⁴³. Memura soruşturma yapmaksızın, doğrudan savunması alınmak suretiyle disiplin cezası verilmesi mümkün değildir⁴⁴. Soruşturma yapma gereği Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre “disiplin cezası verilebilmesi için memur hakkında soruşturma açılması zorunludur. Soruşturma yapılmadan disiplin cezası verilemez” (m. 28/1).

Savunma hakkı, “disiplin soruşturması kapsamında” mutlaka kullanımına imkân sağlanması gereken bir hak olduğundan, soruşturma yapılmadan alınan bir savunmadan sonra verilen ceza hukuka aykırı olacaktır. Danıştay’ın disiplin soruşturması açılmamakla beraber, memura savunma hakkının tanındığı disiplin soruşturmalarında verilen disiplin cezalarını hukuka aykırı bulduğu çok sayıda kararı bulunmaktadır. Bu kararlardan birisinde Danıştay’a göre “...*Temyiz ve dava dosyasındaki belgelerin incelenmesinden, davacının hakkında herhangi bir disiplin soruşturması açılmaksızın doğrudan disiplin amirince savunması alınarak, disiplin cezası ile cezalandırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, dava konusu işlemde (hukuka) uyarlık bulunma(maktadır)...*”⁴⁵.

Danıştay’ın yerleşik içtihadı, soruşturma açılmadan savunma almak suretiyle verilen disiplin cezasının hukuka aykırı olacağı yönünde olmakla birlikte, soruşturma yapmadan, savunma almak suretiyle disiplin

⁴³ Kaman, Nur: Kamu Personel Hukuku, Turan Yıldırım (Editör), İdare Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 328; Usman, s. 29.

⁴⁴ Akgüner, Tayfun: İdare Hukuku, 9. Baskı, Der Yayınevi, İstanbul, 2021. s. 697; Kaman, s. 328.

⁴⁵ D.10.D., T. 23.11.1989, E. 1987/2100, K. 1989/2239, Lexpera. Ayrıca bkz. D.8.D., T. 22.05.1997, E. 1996/1793, K. 1997/1778, Lexpera; D.12.D., T. 05.07.2005, E. 2002/1367, K. 2005/2816, Lexpera; D.İ.D.D.K., 07.12.2006, E. 2003/172, K. 2006/2053, Lexpera; D.12.D, T. 19.11.2015, E. 2012/1677, K. 2015/6064, Lexpera; D.2.D, T. 14.06.2017, E. 2016/5223, K. 2017/5048, Lexpera.

cezası vermenin hukuka aykırı olmayacağı yönünde bir kararı da bulunmaktadır. Danıştay kararına konu uyuşmazlıkta Malatya İdare Mahkemesi “...davacının disiplin dışı davranışının açık olarak saptanabilmesi amacıyla önce disiplin soruşturması yaptırılması gerekirken davacıyı suçlayan kişi tarafından alınan savunma üzerine yine aynı kişi tarafından disiplin amiri sıfatıyla ceza verilmesiyle, ilgili yönetmelik kuralları ve memur güvencesi ilkeleri ile bağdaşmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal (etmiştir)”. Bunun üzerine “...Malatya idare Mahkemesinin ... kararının; usulüne uygun olarak savunma (nın) alındığı ve savunma isteminin bir çeşit soruşturma olduğu öne sürülerek ... temyizden incelenerek bozulması (istenilmiştir)”. Bu talep üzerine Danıştay, kararında “...yasanın 130. maddesinde de savunma alınmadan ilgili memura disiplin cezası verilemeyeceği, disiplin soruşturmasını yapan kişi veya kuruluş (un) 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir günde savunmasını yapmayan bir memurun bu bakımdan da (savunmadan vazgeçmiş) sayılacağı kuralına yer verilmiştir. Anılan yasa maddesinde soruşturmanın; memurun savunma hakkını kullanması için usulüne uygun bir bildirim yapılması ile başladığı görülmektedir. Başka bir anlatımla, savunma istenilmesini disiplin soruşturmasından ayrı bir işlem saymaya olanak yoktur. Bu nedenle disiplin amirince savunma istenilmesi soruşturmanın yapılması anlamına gelmektedir...” ifadelerine yer vermek suretiyle Malatya İdare Mahkemesinin kararını bozmuştur⁴⁶.

Danıştay’ın vermiş olduğu bu kararda isabet bulunmamaktadır. Memura hakkında disiplin soruşturması açıldığının açıkça bildirilmesi ve memurun disiplin soruşturması sebebiyle kendisinden savunma istenildiğini bilmesi gerekir. Amir hiyerarşi yetkisini kullanımı kapsamında, herhangi bir disiplin soruşturması açmaksızın da memurdan tutum veya davranışından dolayı savunmada bulunmasını (hesap vermesini) isteyebilir. Amirin disiplin soruşturması açmaksızın/açtığını bildirmeksizin savunmada bulunmasını istemesi üzerine memurun vereceği savunma ile hakkında disiplin soruşturması açıldığını bildirmesi üzerine memurun vereceği savunma aynı olmaz. Bunlardan birincisinde memur doğrudan disiplin cezası alma tehdidi altında bulunmayacak, ancak hakkında “disiplin soruşturması açılabileceği” endişesi içerisinde olacaktır. İkincisinde ise memur açılan soruşturma sebebiyle “disiplin cezası alabileceği” endişesini hissedecek ve disiplin cezası tehdidi

⁴⁶ D.8.D., T. 30.03.1992, E. 1991/1717, K. 1992/571, Lexpera.

üzerine savunmasını daha özenli şekilde hazırlayacaktır. Kararda belirtildiği üzere, gerçekten de savunma istemini disiplin soruşturmasından ayrı bir işlem olarak görmek mümkün değildir. Ancak savunma istemi ile disiplin soruşturmasının birbirinden ayrılmazlığı, açıkça memur hakkında disiplin soruşturması açılması ve memurun hakkında soruşturma açıldığını bilmesi halinde anlam ifade edecektir.

Disiplin soruşturması memurun savunmasının alınmasından ibaret değildir. Memurun savunmasının alınması soruşturma sürecinin bir parçasıdır. Soruşturma sürecinde hangi aşamalardan geçildiğini, savunma hakkının kullanımının bu sürecin neresinde olduğu Danıştay tarafından verilen şu kararla ortaya konulmuştur. Danıştay'a göre "*...soruşturmanın belirli usuller çerçevesinde yapılması da isnada maruz kalanların hukuki güvencesidir. Soruşturma emri verilmesi; bağımsız ve üst veya denk görevde olan bir soruşturmacı atanması, olayla ilgili tanık ve soruşturulanın ifadelerinin alınması, ifade alınmadan kişiye haklarının ve soruşturma konusunun bildirilmesi, isnat olunan fiille ilgili lehe ve aleyhe başkaca delillerin araştırılması, soruşturma sonucunda bir rapor hazırlanması ve bu raporda; olayın değerlendirilmesi soruşturmacının kanaat ve teklifini belirtmesi ve raporun ilgili makama sunulması, soruşturmayı yapan kişi ile soruşturmada elde edilen delilleri değerlendirecek kişi veya kurulların ayrı olmasının, yasal süre içerisinde isnat olunan fiiller bildirilerek sanığın savunmasının alınması gerekliliği disiplin hukukunun temel ilkelerinden olduğu gibi hukuki güvenlik ilkesinin de gereğidir...*"⁴⁷. Buna göre disiplin soruşturması Danıştay kararında gösterildiği şekilde yürütülmekte ve bu süreçte en son memurun savunması alınmaktadır⁴⁸. Görüleceği üzere memurun savunmasının alınmasından önce yapılması gereken çok sayıda işlem bulunmaktadır. Disiplin soruşturmasında memurun savunması alınmadan önce yapılması gereken işlemlerin yapılıp yapılmadığı sorgulanmaksızın sadece savunmanın istenilmiş olmasına bakılarak usulüne uygun bir soruşturmanın yapıldığını söylemek doğru değildir.

⁴⁷ D.12.D, T. 28.01.2016, E. 2012/6421, K. 2016/324, Lexpera; Ayrıca bkz. D.16.D., T. 13.10.2015, E. 2015/16249 K. 2015/6177, Lexpera.

⁴⁸ Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde de gösterildiği üzere "...Savunma, soruşturma sürecinin son aşamasında... istenir" (m.30/1).

B. Memura İsnatta Bulunması

İsnat, savunma hakkını doğurmaktadır⁴⁹. O halde savunma hakkını kullanması için memura isnatta bulunması gerekmektedir. Memura yapılacak olan bildirimde önce isnat edilen fiilin ne olduğu açıklanmalı, daha sonra da bu fiilin kanundaki hangi disiplin suçunu oluşturduğu (isnat edilen suçun ne olduğu) gösterilmelidir⁵⁰. Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde (m.30/2) hem memur hakkındaki iddialar hem de isnat edilen fiil veya hallerin hukuki nitelendirmesi savunma istenirken belirtilmesi gerekenler arasında gösterilmektedir. Dolayısıyla bunlardan herhangi birinin memura yapılacak bildirimde yer almaması hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Memura isnat edilenin ne olduğunun açık bir şekilde bildirilmesi önemli olup⁵¹, isnadın memura açıkça bildirilmesi zorunluluk arz etmektedir⁵². Danıştay'a göre “...disiplin cezasıyla cezalandırılması için hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin savunması alınırken disiplin suçunu oluşturan eylemi açık bir şekilde belirlenmeli (dir)... Savunma hakkının kullanılabilmesi bakımından önemli hususların başında, savunması istenen kamu görevlisine suçlama konusunun ve hakkındaki isnadın ne olduğunun açıkça bildirilmesi gelmektedir...”⁵³. Açıklıktan söz edebilmek için memurun kendisine isnat edilenin ne olduğunu tam olarak anlayabilmesi gerekir. Memur sözlü olarak yapılacak bir bildirimde kendisine isnat edileni tam olarak anlayamayabilir. Dolayısıyla memura yapılacak isnadın yazılı bir metin üzerinde gösterilmesi gerekmektedir. 657 sayılı Kanunda isnadın yazılı olarak yapılması gereğinden söz edilmemekle birlikte Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinden isnadın yazılı olarak yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Yönetmelikte isnadın yazılı olması gerektiği açıkça ifade edilmemiştir; fakat Yönetmeliğin 30'uncu maddesinin dördüncü

⁴⁹ Erem, s. 183.

⁵⁰ Pınar, İbrahim: Genel Kolluk Disiplin ve Ceza Soruşturması Usul ve Esasları, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2018, s. 230.

⁵¹ Akyılmaz, s. 255.

⁵² Aslan, s. 24; Aslan/Altındağ, s. 104.

⁵³ D.12.D., T. 04.06.2018, E. 2014/1804 K. 2018/2451, Lexpera. Ayrıca bkz. D.5.D., T. 24.10.2016, E.2016/10099 K.2016/4937, Lexpera; D.12.D., T. 22.02.2006, E. 2005/6353, K. 2006/540, Lexpera; D.16.D., T. 13.10.2015, E. 2015/16249 K. 2015/6177, Lexpera; D.12.D, T. 23.03.2011, E. 2008/7024, K. 2011/1314, Lexpera.

fıkrasında savunma istemine ilişkin yazıdan söz edilmesinden isnadın yazılı olması gerektiği sonucu çıkarılmaktadır.

İsnadın yazılı olarak bildirilmesi gerekmele beraber memurun savunmasını yazılı veya sözlü olarak yapması mümkündür⁵⁴. 657 sayılı Kanunda ve Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde savunmanın şekli ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Memurun savunmasını sözlü olarak yapması halinde beyanlarını içeren bir tutanak tutulur ve bu tutanak taraflarca imzalanır⁵⁵. Sözlü savunmanın tutanağa bağlanması ve tutanağın imzalanmasıyla olası karışıklıkların önüne geçilir⁵⁶. Tutanak memurun savunmasını ayrıca yazılı bir metin üzerinde görüp imzalayarak teyit etmesini sağlar.

İsnat edilen fiillerin memura eksiksiz olarak bildirilmesi gerekmektedir⁵⁷. Buna göre memura birden fazla fiilin isnat edilmesi söz konusu olabilir. Örneğin memura iş yerinde sürekli olarak iş arkadaşlarını rahatsız edici düzeyde yüksek sesle konuştuğu ve iş sahiplerini azarladığı isnadında bulunulması halinde iki fiili de kendisine bildirilmelidir. Danıştay'a göre "... yasal süre içerisinde isnat olunan fiiller bildirilerek sanığın savunmasının alınması gerekliliği disiplin hukukunun temel ilkelerinden (dir)..."⁵⁸.

Memurun bir fiiliyle kanunun farklı maddelerini ihlal etmesi de mümkün olup, böyle bir durumda memurun gerçekleştirdiği tüm ihlallerinin kendisine bildirilerek savunmasının alınması gerekmektedir. Zira Danıştay'a göre "...soruşturma veya disiplin kurullarınca karar verme aşamasında isnat edilen fiilin aynı zamanda farklı bir madde kapsamına girdiğinin anlaşılması durumunda ... bu maddede belirtilen

⁵⁴ Kaya, Memur, s. 82; Aslan, s. 24; Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun/Seyhan/Yağcı, s. 48; Zor, Burç Volkan: Disiplin Hukukuna Hâkim Olan İlkeler (Danışman: Doç. Dr. Tahir Muratoğlu), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2020, s. 93. 657 sayılı Kanunda (m.129/2) devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından savunmanın sözlü yazılı olarak yapılacağı ayrıca düzenlenmiştir.

⁵⁵ Çiçek, Hayrettin: Devlet Memurları Hakkında Disiplin Soruşturması: Türkiye Örneği (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Ayşe Yıldız Özsalmanlı), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, s. 80.

⁵⁶ Kaya, Memur, s. 82;

⁵⁷ Çağlayan, İdare Hukuku, s. 561.

⁵⁸ D.12.D, T. 28.01.2016, E. 2012/6421, K. 2016/324, Lexpera.

*fiilin usulüne uygun soruşturma kapsamına dahil edilmesi veya yeni bir soruşturma olurunun alınması, yeni bir soruşturmacının atanması, davacının bu madde kapsamında ayrıca savunmasının alınması ve buna göre tahkikatın yürütülmesi gerekmektedir...*⁵⁹.

Danıştay'a göre "disiplin cezasıyla cezalandırılması için hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin savunması alınırken... disiplin suçu oluşturan eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiği" hususu da ortaya konulmalıdır⁶⁰. Hangi disiplin kurallarının ihlal edildiğinin ortaya konulması gereği memura 657 sayılı Kanunda öngörülen ödev ve sorumluluklardan hangilerini yerine getirmediğinin veya hangi yasakları ihlal ettiğinin gösterilmesiyle ilgilidir. 657 sayılı Kanun gereğince memurun ödev sorumlulukları; "sadakat" (m. 6), "tarafsızlık ve devlete bağlılık" (m. 7), "davranış ve işbirliği" (m. 8), "yurt dışında davranış" (m. 9), "amir durumda olan devlet memurlarının görev ve sorumlulukları" (m. 10), "devlet memurlarının görev ve sorumlulukları" (m. 11), "kişisel sorumluluk ve zarar" (m. 12), "kişilerin uğradıkları zararlar" (m. 13), "mal bildirimini" (m.14), "basına bilgi veya demeç verme" (m. 15), "resmi belge, araç ve gereçlerin yetki verilen mahaller dışına çıkarılmaması ve iadesi" (m.16) başlıkları altında düzenlenmiştir. Memurlar için getirilen yasaklar ise "toplu eylem ve hareketlerde bulunma yasağı" (m. 26), "grev yasağı" (m. 27), "ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı" (m. 28), "hediye alma, menfaat sağlama yasağı" (m. 29), "denetimindeki teşebbüsten menfaat sağlama yasağı" (m. 30), "gizli bilgileri açıklama yasağı" (m. 31) başlıkları altında düzenlenmiştir. Hangi fiilin ve disiplin suçunun isnat edildiğinin ve hangi disiplin kuralının ihlal edildiğinin ortaya konulması kapsamında, örneğin memura fiil isnadı olarak bir siyasi partiye oy vermeleri için kurumda görevli diğer memurları ikna etmeye yönelik konuşmalar yaptığı ve suç isnadı olarak bu fiilin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.125/1-D-o kapsamında "herhangi bir siyasi parti yararına fiilen faaliyette bulunmak" suçunu oluşturduğu ve bu suçu işlediği, fiilin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 7'nci maddesi kapsamında "tarafsızlık" ödevinin ihlali anlamına geldiği bildirilmelidir.

⁵⁹ D.5.D., T. 12.12.2017, E. 2016/17762 K. 2017/24014, Lexpera.

⁶⁰ D.12.D., T. 04.06.2018, E. 2014/1804 K. 2018/2451, Lexpera. Ayrıca bkz. D.5.D., T. 24.10.2016, E.2016/10099 K.2016/4937, Lexpera; D.12.D., T. 22.02.2006, E. 2005/6353, K. 2006/540, Lexpera; D.16.D., T. 13.10.2015, E. 2015/16249 K. 2015/6177, Lexpera; D.12.D, T. 23.03.2011, E. 2008/7024, K. 2011/1314, Lexpera.

Memura hakkındaki iddialar ile ilgili delillerin de bildirilmesi gerekmektedir. Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde (m. 30/2) savunma istenirken belirtilmesi gerekenler arasında memur hakkındaki iddiaların dayandığı delillere de yer verilmiştir. Deliller memur hakkında yürütülen disiplin soruşturmasında ispat vasıtası olarak kullanılacak olup, isnadın temelsiz olmadığını gösterecektir. Memur isnadın delillerinin de gösterilmesiyle hakkında yürütülen soruşturmanın ciddiyetini anlayacak, vereceği savunmayı, hakkındaki delilleri de göz önünde bulundurarak hazırlayacaktır. Danıştay disiplin suçu teşkil eden eylemin açık bir şekilde belirlenmesi ve disiplin suçu teşkil eden eylemin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiğinin ortaya konulması için disiplin soruşturmasıyla ilgili tüm hukuki delillerin toplanmasının ve soruşturmanın tamamlanmasının gerektiğini ifade etmektedir. Danıştay'a göre "...aksi durumun, hangi disiplin suçunu, ne zaman ve ne şekilde işlediği tam olarak ortaya konulamayan ilgilinin Anayasa ile güvence altına alınan savunma hakkını kısıtlayacağı açıktır..."⁶¹. Buna göre idare tarafından deliller toplanmadan veya eksik toplanmak suretiyle, soruşturma tamamlanmadan yapılan isnat ve ihlal edilen disiplin kuralına yönelik belirleme hukuka aykırı olacaktır.

İdarenin memurun savunmasını almış olsa bile soruşturmanın genişlemesi halinde memura yeniden savunma hakkı tanınması gerekmektedir. Zira Danıştay'a göre "... soruşturmanın genişletilmesinin ve derinleştirilmesinin soruşturmacıdan istenilmesi üzerine, bu konu ile ilgili müşteki ve diğer tanıkların ifadesine başvurulduktan sonra, davacının bu konuda ifadesi... ve savunması alınmadan, davacının işyerinde ve işyeri dışında amiri konumundaki bir kişinin suça azmettirici olduğunu ileri sürerek bu kişi hakkında dini ve siyasi farklılıkları vurgulamak suretiyle komplo teorileri ürettiği gerekçesiyle dava konusu disiplin cezası ile cezalandırıldığı anlaşılmaktadır... Davacı hakkında açılan soruşturmada alınan savunması neticesinde ceza verilmesi önerilmiş iken, ilk suçlamadan farklı bir konuda soruşturma genişletilmiş, ancak bu konuda davacının savunması alınmamış olduğundan, Anayasal güvence altındaki savunma hakkı

⁶¹ D.12.D., T. 04.06.2018, E. 2014/1804 K. 2018/2451, Lexpera. Ayrıca bkz. D.5.D., T. 24.10.2016, E.2016/10099 K.2016/4937, Lexpera; D.16.D., T. 13.10.2015, E. 2015/16249 K. 2015/6177, Lexpera; D.12.D, T. 23.03.2011, E. 2008/7024, K. 2011/1314, Lexpera.

kullandırılmadan verilen disiplin cezasında hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmamaktadır... ”⁶².

Memura isnat edilen fiilin 657 sayılı Kanununun 125’inci maddesinde düzenlenmiş olan disiplin suçlarından (fiil ve hallerden) hangisine girdiği bildirilmelidir⁶³. Yapılacak bildirimde 125’inci maddenin ihlal edilen fıkra ve bendi gösterilmelidir⁶⁴. 2021 yılında çıkarılan Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde (m. 30/2) “savunma... isnat edilen fiil veya hâllerin hukuki nitelendirmesi ve 657 sayılı Kanununun 125 inci maddesinde sayılan fiil veya hâllerden hangisinin kapsamına girdiği bent ve alt bent belirtilerek istenir” hükmüne yer vermek suretiyle bu gereklilik ortaya konulmuştur. Bununla birlikte Danıştay, vermiş olduğu bir kararda memura yapılacak bildirimde madde bendinin gösterilmemesini disiplin cezası için bir iptal nedeni olarak görmemiştir. Danıştay’a göre “...657 sayılı Yasanın 125/C maddesinde aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve haller sayılmış olup, dava konusu işlemde cezalandırmaya ilişkin bendin belirtilmemesine rağmen, davacının durumuna uygun halin bu bentler içinde sayılmış olması durumunda işlemin iptali... gerek (mez). Davacının durumunun anılan yasanın 125/C-ı maddesinde belirtilen "Hizmet içinde devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışta bulunmak" fiiline uygun olduğu anlaşıldığından cezalandırılmaya ilişkin bendin belirtilmemesi nedeniyle işlemi iptal eden Antalya İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır... ”⁶⁵. Hatta Danıştay başka bir kararında uygulanan kanun maddesinin gösterilmemesini dahi işlemi sakat hale getirecek bir hukuka aykırılık olarak görmemiştir. Danıştay’a göre “...Disiplin Kurulu kararının altına Belediye Başkanı tarafından "1/8 oranında aylıktan kesme cezası uygun görülmüştür" notu yazılarak davacının bu işlem ile cezalandırıldığı... anlaşılmaktadır... Dava konusu işlemde uygulanan Yasa kuralının gösterilmemesinin işlemi hukuken sakatlamayacağı ortadadır... ”⁶⁶.

Danıştay’ın vermiş olduğu bu kararların yanı sıra doktrinde, yapılacak bildirimde kanunun hangi maddesinin ihlal edildiğinin ve

⁶² D.8.D, T. 08.07.2005, E. 2004/5164, K. 2005/3452, Legalbank.

⁶³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, İdare Hukuku, s. 716.

⁶⁴ Livanelioğlu, Ömer Asım: Memur Disiplin Hukuku, 2. Baskı, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları, 2003, s. 101-102.

⁶⁵ D.8.D., T. 12.03.1996, E. 1994/6429 K. 1996/652, Lexpera.

⁶⁶ D.12.D, T. 16.11.2005, E. 2002/5920, K. 2005/4029, Legalbank.

verilmesi düşünölen disiplin cezasının gösterilmesinin gerekli olmadığı yönünde görüşler de bulunmaktadır. Kaya'ya göre “memura isnat edilen fiil dışında, bu fiilin kanunun hangi maddesini ihlal ettiğini ve verilmesi düşünölen disiplin cezasının hangisi olduğunun belirtilmesine gerek yoktur. Çünkü henüz ortada bir isnat vardır ve soruşturmaya davet yazısı ceza tehdidi içermemelidir”⁶⁷. Usman'a göre de “henüz savunma alınmadan, deliller toplanmadan ve soruşturma tamamlanmadan yapılan nitelendirmeye göre ilgiliden savunma istemek, bir nevi “ihkak-ı rey” olarak nitelendirilebilecektir. Bunun yanı sıra başlangıçta hafif olarak bildirilen cezanın, soruşturma sürecinin neticesinde ağırlaşma ihtimalinin var olması; hafif cezayı göz önünde bulundurarak belki de çok önem vermeden savunmasını hazırlayan ilgilinin ardından daha ağır bir ceza ile karşı karşıya kalmasına sebebiyet verebilecektir”⁶⁸.

Kaya ve Usman'ın görüşlerine katılmamaktayız. Yapılacak olan bildirimde memurun kanunun hangi maddesini ihlal ettiğinin ve karşı karşıya kalabileceği cezanın ne olduğunun belirtilmesi memurun lehinedir. Kendisine bu bilgiler verilen memur savunmasını eriştiği bilgileri göz önünde bulundurarak hazırlayacaktır. Bilgilerin verilmemesi hafif bir cezayla cezalandırılması düşünölen memurda büyük bir korku yaratabilir. Zira memur ağır bir disiplin cezasıyla karşı karşıya kalacağı düşüncesine kapılabilir. Bu durum memurun kamu hizmetinin yürütülmesindeki performansını olumsuz yönde etkileyebilir. Bazen de tam tersi bir durum olarak, kendisine gerekli bu bilgiler verilmeyen memur daha hafif bir disiplin cezasıyla karşı karşıya kalacağı düşüncesiyle savunmasını olması gerekenden daha özenli şekilde hazırlamayabilir. Böyle olunca daha ağır bir disiplin cezası verilmesi karşısında kendisini daha dikkatli ve özenli bir şekilde savunma hakkından yoksun kalır. O halde kendisini tehdidin ağırlığına göre savunabilmesi için memurdan savunmasının istenildiği yazı ceza tehdidi içermelidir. Memura verilebilecek ceza ile ilgili kanaatin açıklanması ihkak-ı rey anlamına gelmez. Bu sadece memur hakkında oluşan ilk kanaatin bildirilmesidir. Savunması alındıktan sonra, memurun kanunun başlangıçta düşünölenenden farklı bir kanun maddesini veya aynı maddenin farklı fıkrasını ihlal ettiği ve farklı bir disiplin cezasıyla

⁶⁷ Kaya, Memur, s. 81-82.

⁶⁸ Usman, Yahya: Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda İdari Usul İlkeleri (Danışman; Fatma Ebru Gündüz), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 34.

cezalandırılmasının gerekli olduğu kanaatinin oluşması halinde yeniden savunması alınmalıdır. 657 sayılı Kanunda ve Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde memurun birden fazla kez savunmasının alınmasına engel teşkil eden bir hüküm yoktur. Gerektiğinde yeniden memurun savunmasına başvurulabilir. Memur, oluşan yeni kanaat karşısında kendisini yeniden savunabilir.

Danıştay memurluktan çıkarma cezasına ilişkin soruşturmalarda önerilen disiplin cezasının da memura bildirilmesi yönünde bir karar vermiştir. Danıştay'a göre "...devlet memurunun veya diğer kamu görevlilerinin görevine son verilmesi sonucunu doğuran disiplin cezalarının verilebilmesi için, söz konusu disiplin cezalarını vermeye yetkili merciler tarafından, ilgili kamu görevlisinin hakkındaki iddiaları, bu iddiaların dayandığı delilleri, üzerine atılı fillerin hukuki nitelendirmesini ve önerilen disiplin cezasını öğrenmesi sağlanarak, savunma yapmasına imkân tanınmasının hukuken zorunlu olduğu anlaşılmaktadır..."⁶⁹. Danıştay vermiş olduğu başka bir kararda ise, aylıktan kesme cezası verilen disiplin soruşturmasında teklif edilen disiplin cezasının gösterilmemiş olmasının savunma hakkını kısıtlamadığına hükmetmiştir. Danıştay'a göre "...Disiplin cezası ile cezalandırılması için hakkında soruşturma açılan kamu görevlisinin savunması alınırken disiplin suçunu oluşturan eylemlerin açık bir şekilde belirtilmesi bir zorunluluktur. Ancak, bu eylemler nedeniyle hangi disiplin cezasının teklif edildiğinin belirtilmemiş olmasının savunma hakkını kısıtladığını kabul etmek mümkün değildir. Zira, soruşturma raporunda getirilen teklif, disiplin cezasını verecek makam için bağlayıcı nitelikte olmadığı gibi, davacının vereceği savunma, disiplin raporuyla birlikte değerlendirildikten sonra davacıya ceza verilip verilmeyeceğine veya ceza verilecekse hangi cezayla cezalandırılacağına karar vereceği açıktır..."⁷⁰.

Kararlarından anlaşıldığı üzere Danıştay memurluktan çıkarma cezası ile sınırlı olacak şekilde savunmadan önce kişinin disiplin cezası

⁶⁹ D.İ.D.D.K, T. 17.02.2011, E. 2007/1846, K. 2011/6, Legalbank. Ayrıca bkz. D.12.D., T. 2.2.2017, E. 2016/8882 K. 2017/131, Lexpera; D.8.D., T. 29.01.2019, E. 2017/7010, K. 2019/507.

⁷⁰ D.12.D, T. 15.10.2015, E. 2015/1023, K. 2015/5293, Lexpera. Danıştay başka bir kararında ise aylıktan kesme cezası verilen disiplin soruşturmasında savunma istenirken disiplin cezasına konu eylemin karşılığı olan disiplin cezasının belirtilmemesini hukuka aykırı bulmuştur (D.12.D., T. 04.06.2018, E. 2014/1804 K. 2018/2451, Lexpera).

ile ilgili olarak bilgilendirilmesi gerektiği düşüncesindedir. Kanaatimizce, bir önceki paragrafta belirttiğimiz gerekçelerle sadece memurluktan çıkarmaya ilişkin disiplin soruşturmalarında değil tüm disiplin cezaları bakımından memura, karşı karşıya kalabileceği disiplin cezası bildirilmelidir.

C. Memurun Savunmasını Yapmak Amacıyla Başvuracağı Bilgi ve Belgelere/İspat Araçlarına Yönelik Taleplerinin Karşılanması

1. Genel Olarak

Memur disiplin soruşturmasında idarede bulunan, kendisiyle ilgili bazı belgelere erişmek isteyebilir. 657 sayılı Kanunda (m. 129/2) devlet memurluğundan çıkarma cezası ile sınırlı olsa da memura soruşturma evrakını inceleme hakkı tanınmıştır. Memura talep ettiği halde disiplin soruşturmasıyla ilgili belgelere erişiminin sağlanmaması hukuka aykırılık teşkil eder. Nitekim Danıştay'a göre "*...davacı tarafından ilk olarak 18.6.2015 tarihli dilekçe ile savunma hakkını kullanabilmesi amacıyla soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgelerin bir suretinin tarafına verilmesi ... talebiyle başvuruda bulunulduğu, daha sonra 22.6.2015 tarihli ve 23.6.2015 tarihli dilekçeleri ile aynı taleplerle başvuruda bulunulmasına rağmen, davacıya soruşturma dosyasındaki bilgi ve belgeler (in) verilmediği ... anlaşılmış olup, davacının savunma hakkını kullanabilmesi için 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 129. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen hususlara uyulmadan disiplin cezası verilmesi nedeniyle işlemde bu yönüyle ... hukuka uygunluk görülmemiştir...*"⁷¹.

⁷¹ D.5.D, T. 06.12.2018, E. 2016/46807, K. 2018/18045, Danıştay Kararları Dergisi, Y. 2019, S. 1, s. 239-241 (Danıştay kararında yer alan istem özetinden anlaşıldığı üzere "*Kilis İl Emniyet Müdürlüğü emrinde polis memuru olarak görev yapan davacının, "kasıtlı olarak gerçek dışı rapor vermek veya tutanak düzenleyip imza etmek veya ettirmek" fiilini işlediğinden bahisle Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nün 8/12. maddesi uyarınca meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin... İçişleri Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararını iptal eden Gaziantep 1. İdare Mahkemesinin... kararının, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istenilm (iştir)"*). Ayrıca bkz. D.İ.D.D.K, T. 12.06.2008, E.

Memur belgeye erişimi sağlandığı takdirde belgenin içerdiği bilgilerin doğru olup olmadığını ve idarenin iddialarına yön verecek değerde bulunup bulunmadığını anlayabilir. Böylece belgenin doğru bilgilerden oluşmadığını, hakkında yürütülen disiplin soruşturmasıyla bir ilgisinin bulunmadığını ve hatta sahte olduğunu ileri sürebilir. Memurun belgeye erişim hakkı, bilgi edinme hakkı kapsamında ayrıca detaylı bir şekilde incelenecektir.

Memur disiplin soruşturmasında tanık dinlenilmesini isteyebilir. 657 sayılı Kanunda (m.129/2) devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından memurun tanık dinletme hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde (m.29/1) ise disiplin cezası bakımından ayırım yapılmaksızın muhakkikin memur tarafından gösterilen veya bilgisi olabileceğini değerlendirdiği kişilerden bilgi isteyebileceği ve/veya bunları dinleyebileceği düzenlenmiştir. Memurun (kamu görevlisinin) tanık olarak bilgisine başvurulabilecek kişilerin ifadelerinin alınmasına yönelik talebinin değerlendirilmemesi disiplin soruşturması raporunun hazırlanmasında eksiklik teşkil edecektir⁷². Dolayısıyla tanık ifadesi disiplin soruşturmalarında önem arz etmektedir. Tanık ifadesinin önemini örnekler üzerinden ortaya koymak mümkündür. Örneğin 657 sayılı Kanuna göre memura disiplin cezası verilmesini gerektiren suçlar arasında yer alan göreve geç gelme, görevden erken ayrılma, görev mahallini terk, iş arkadaşlarına, maiyetindeki personele ve iş sahiplerine kötü muamelede bulunma ve daha birçok suçun ispatında ilk önce akla tanık bilgisine başvurmak gelecektir. Memurun mesai arkadaşları verdikleri ifadelerle, hakkında disiplin soruşturması açılan memurun göreve geç değil zamanında geldiği, görevinden mesai saatinin sona ermesiyle ayrıldığı, görev mahallini terk etmediği, iş arkadaşlarına, maiyetindeki personele ve iş sahiplerine kötü muamelede bulunmadığı yönünde tanık beyanında bulunarak memura disiplin cezası verilmemesinde, aksi yönde tanık beyanında bulunmaları halinde ise memura disiplin cezası verilmesinde önemli rol oynayabilirler.

2005/3292, K. 2008/1633, Lexpera; D.1.D, T. 27.06.2008, E. 2008/721, K. 2008/800, Lexpera.

⁷² Fiş Üstün, Gül: Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Haziran 2018, s. 24.

Tanık ifadelerinin disiplin soruşturmasında ne kadar önemli olduğu Danıştay'ın vermiş olduğu şu karardan da anlaşılmaktadır: “... davacının işlediği iddia edilen haksız ithamlarda bulunarak dedikodu yaptığı yönünde şikayetçinin tanık olarak gösterdiği iki kişi dışında ifadelerine başvurulmuş ve davacının görev yaptığı yerde çalışan altı kişinin davacının işlediği iddia edilen fiili gerçekleştirdiği yönünde bir beyanlarının bulunmadığı anlaşılmaktadır... davacının isnat edilen fiili işlediğinin şikayetçinin tanık olarak gösterdiği iki kişi dışında soruşturma sırasında ifadesine başvurulmuş altı kişiden hiçbirisince kabul edilmemesi nedeniyle sübuta ermediği sonucuna varılmaktadır. Bu durumda, davacının disiplin suçu sayılabilecek bir eylemde bulunduğu objektif bir şekilde ortaya konulamamış olması nedeniyle tesis olunan işlemde hukuka uyarlık bulunma (maktadır)...”⁷³.

Memurun vekil vasıtasıyla savunma yapabilmesi de disiplin soruşturmasında gerekli olabilir. 657 sayılı Kanunda (m.129/2) devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından memurun vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Memurun vekil vasıtasıyla savunma yapması özellikle avukatla temsiline olanak sağlaması itibarıyla dikkate değerdir⁷⁴. Memurun yeterli hukuki bilgiye sahip olmama ihtimalinde, soruşturmada hakkındaki iddialar karşısında kendisini savunurken avukattan hukuki yardım alması kendisi için önemli bir hukuki güvence olacaktır. Mevzuatta idarenin memura kendiliğinden bir müdafî sağlaması gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak talepte bulunması halinde memurun bu imkândan yararlanması, savunma hakkının kullanılmasının bir gereği olarak sağlanmalıdır⁷⁵.

657 sayılı Kanunda belgelere erişim, tanık dinletme ve vekil vasıtasıyla savunma hakları yalnızca devlet memurluğundan çıkarma

⁷³ D.12.D, T. 16.11.2005, E. 2002/5920, K. 2005/4029, Legalbank.

⁷⁴ Ayrıca bkz. Livanelioğlu, s. 103.

⁷⁵ Aynı yönde görüşe sahip olan Fiş Üstün'e göre “soruşturulan kamu görevlisinin Ceza Muhakemesi Kanunundaki gibi bir müdafîyle temsil ettirilmesine dair bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu kapsamda avukatla temsil hakkının zorunlu olduğunu dolayısıyla avukatla temsil hakkının bildirilmesine gerek olduğunu ifade etmek güç görünmektedir. Ancak, elbette ki, kamu görevlisinin savunma hakkını kullanırken avukatını yanında buldurması da en doğal hakkı olduğundan bu hakkın kullanılmasına engel olmak bir ihlal teşkil edebilecektir” (Fiş Üstün, s. 23-24).

cezası bakımından öngörülmüştür. Kanuna göre “hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir” (m.129/2). Düzenlemede uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezaları bakımından bu hakların varlığından söz edilmemiştir. Kanaatimizce devlet memurluğundan çıkarma çok ağır bir disiplin cezası olduğu için memurun bu haklara sahip olduğu ayrıca düzenlenmiştir. Danıştay’a göre “...devlet memuriyetinden çıkarma cezaları için, öngörülen yaptırımın ağırlığı nedeniyle devlet memurları için güvence oluşturacak özel bazı kurallar belirlenerek disiplin cezası vermeye yetkili olan merciin savunma alması zorunlu kılınmıştır...”⁷⁶.

Kanaatimizce 657 sayılı Kanunda, memura bu hakların yalnızca devlet memurluğundan çıkarma cezasına yönelik disiplin soruşturmalarında değil uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezaları bakımından da tanınması gerekmektedir. 657 sayılı Kanunda devlet memurluğundan çıkarma cezası dışındaki cezalara ilişkin disiplin soruşturmalarında memura bu hakların tanınmaması memurun savunma hakkını kısıtlayan, önemli bir eksikliklerdir. Bununla birlikte doktrinde bu hakların diğer disiplin cezaları bakımında da kullanılabilmesine ilişkin görüşler bulunmaktadır. Çağlayan’a göre “diğer disiplin suçları bakımından da soruşturmayı tehlikeye düşürmeyecek şekilde ilgiliye dosyayı inceleme imkânı verilmelidir”⁷⁷. Söyler’e göre “bu düzenleme (m.129/2) sadece devlet memurluğundan çıkarma cezasında savunma hakkının içeriğine ilişkin bir düzenleme olarak değerlendirilmemelidir. Devlet memurunun diğer disiplin cezalarından birisi ile soruşturulmasında dahi soruşturma evrakını inceleme, tanık dinletme ve sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahip olması gerekir”⁷⁸. Bunların olmadığı bir soruşturmada savunma hakkının sadece adı var olabilir. İçeriği olmayan bir savunma hakkının ise, savunma hakkı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir”⁷⁹. Doktrinde bu görüşler bulunmakla

⁷⁶ D.İ.D.D.K., T. 17.02.2011, E. 2007/1846, K. 2011/6, Legalbank. Ayrıca bkz. D.12.D., T. 02.02.2017, E. 2016/8882 K. 2017/131, Lexpera; D.12.D., T. 27.3.2009, E. 2008/2174 K. 2009/1703, Lexpera.

⁷⁷ Çağlayan, İdare Hukuku, s. 563.

⁷⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Usman, s. 38.

⁷⁹ Söyler, Yasin: İdari Usul İlkeleri Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması (Danışman: Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz), Yayınlanmamış

birlikte Danıştay, vermiş olduğu bir kararda devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından memura tanınmış olan bir hakkın diğer disiplin cezaları bakımından söz konusu olmadığını ortaya koymuştur. Danıştay'a göre "...Olayda, İdare Mahkemesince, davacının 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 129/2 maddesinde belirtildiği üzere, hakkında meslekten çıkarma cezası istenen davacının son savunması alınmadan meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kararda usul yönünden hukuka uyarlık görülmemeyerek işlem iptal edilmiş ise de; yasa koyucunun hakkında bir daha Devlet memurluğuna alınmamak üzere memurluktan çıkarma cezası istenen memur için, 129/2 maddesinde, tanık dinletme dahil disiplin kurulunda sözlü ve yazılı savunma yapma hakkı verdiği, ancak olayımızda disiplin cezası bir daha Devlet memurluğuna alınmamak üzere memurluktan çıkarma cezası olmadığından, Yüksek Disiplin Kurulunca 657 sayılı Kanunun 129/2 maddesinde öngörülen savunma hakkının tanınmamasının dava konusu işlemi sakatlamayacağı açıktır..."⁸⁰.

657 sayılı Kanunda memurun soruşturma kapsamında sahip olduğu soruşturma evrakını inceleme, tanık dinletme, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma haklarını memura bildirme konusunda idareye bir yükümlülük getirilmemiştir. Nitekim Danıştay bir kararında bu hususa değinmiştir. Danıştay'a göre "...yasada öngörülmemiş olması karşısında, Yüksek Disiplin Kurulunun, ilgilinin savunmasını isteme dışında, 657 sayılı Yasanın 129. maddesi ikinci fıkrasında yazılı hakları kullanıp kullanamayacağı konusunda ilgiliye bildirim yapma zorunluluğu bulunduğunu kabule olanak görülmemektedir. Savunması istenen ilgilinin, 657 sayılı yasanın 129. maddesi ikinci fıkrasından doğan haklarını kullanmak üzere kendisinin başvurması gerektiği açıktır..."⁸¹. O halde bu haklardan yararlanmak isteyen memurun, idarenin hatırlatmada bulunması gerekmeksizin bu haklara sahip olduğunu bilmesi ve kullanmak için talepte bulunması gerekmektedir. Danıştay'a göre "657 sayılı Yasa'nın 129. maddesinde belirtilen haklar, talep edildiği takdirde idarece belirlenen zaman veya sürede kullanılabilir haklardan olup,

Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008 s. 82-83; Ayrıca bkz. Delal, s. 71.

⁸⁰ D.12.D., T. 03.02.2006, E. 2003/1159, K. 2006/207, Lexpera.

⁸¹ D.10.D, T. 24.06.1987, E. 1987/494, K. 1987/1392, Legalbank.

anulan maddenin bu hakların kullanılmasını zorunlu kılan bir hüküm niteliğinde bulunmama (ktadır)... ”⁸².

2. Konunun Bilgi Edinme Hakkı Bakımından Ele Alınması

a. Genel Olarak

Soruşturma evrakının görülebilmesinin bilgi edinme hakkı ile doğrudan ilgisi olduğu kabul edilmekte⁸³, bilgi edinme hakkı, iddia ve savunma hakkının ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir⁸⁴. Dolayısıyla disiplin soruşturmasında bilgi ve belgelere erişim ayrıca, Anayasa ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu⁸⁵ ile kişilere tanınan bilgi edinme hakkı bakımından ele alınmalıdır.

4982 sayılı Kanunda bilgi edinme hakkının kapsamı belirlenirken idari soruşturmalara (disiplin soruşturmalarına) ilişkin bilgi veya belgelere erişime ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durum bilgi edinme hakkının disiplin soruşturmasına ait bilgi ve belgelere erişim ile bir ilgisinin olduğunu açıkça göstermektedir. Kanunun 19’uncu maddesinde idari soruşturmaya ilişkin hangi bilgi veya belgelere erişilemeyeceği düzenlenmiştir. 19’uncu maddede soruşturmada erişilemeyecek bilgi ve belgelerden bahsedilmesi soruşturmaya ait bilgi ve belgelerden bir kısmına erişmenin mümkün, bir kısmına erişmenin ise mümkün olmadığını ortaya koymaktadır. Anayasaya (m. 74/4) ve 4982 sayılı Kanuna (m. 4/1) göre herkes bilgi edinme hakkına sahip olduğuna göre, memur disiplin soruşturması ile ilgili olarak, sınırlı da olsa bir bilgi edinme hakkına sahiptir. 4982 sayılı Kanuna göre “kurum ve kuruluşlar⁸⁶,

⁸² D.12.D., T. 21.11.2003, E. 2002/241, K. 2003/3715 Lexpera. Ayrıca bkz. D.12.D, T. 24.11.2003, E.2000/241, K.2003/3715, Legalbank.

⁸³ Usman, s. 51.

⁸⁴ Kaylan, İbrahim: Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Yargısal Denetim (Danışman: Prof. Dr. N. İlker Çolak), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2016, s. 40.

⁸⁵ R.G. 24.10.2003, S. 25269.

⁸⁶ 4982 sayılı Kanuna göre kurum ve kuruluş, “Bu Kanunun 2’nci maddesinde geçen ve kapsama dahil olan bilgi edinme başvurusu yapılacak bütün makam ve mercileri ifade eder” (m.3/1-a). Kanunun 2’nci maddesinde geçen ve kapsama dahil olan bilgi edinme başvurusu yapılacak bütün makam ve merciler; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıdır (m.2)

bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi⁸⁷ veya belgeyi⁸⁸ başvuranların yararlanmasına sunmak⁸⁹ ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler” (m. 5/1). Aynı yükümlülük disiplin soruşturmalarında memur karşısında bulunan idare bakımından da geçerlidir.

4982 sayılı Kanunun 19’uncu maddesi kapsamında idari soruşturmalarda (disiplin soruşturmalarında) bilgi veya belgelere ulaşma bakımından açıklığın kural olduğu gösterilmektedir⁹⁰. Buna göre idareler, 4982 sayılı Kanunun 19’uncu maddesinin erişilemeyeceğini öngördüğü bilgi ve belgeler dışında memura, disiplin soruşturmasında başvuracağı her türlü bilgi ve belgeyi sunmak zorundadır. 19’uncu maddede disiplin soruşturmasının hangi disiplin cezasına ilişkin olduğu göz önünde bulundurulmadığından memurun sadece devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından değil diğer disiplin cezaları bakımından da soruşturma kapsamındaki bilgi ve belgelere erişimi sağlanmalıdır. Nitekim Danıştay kararına konu olan olayda, kınama cezası alan memur, vekili vasıtasıyla idareden soruşturma dosyasında bulunan belgelerin birer örneğinin kendisine verilmesini talep etmiş, idare kendisine şahsen başvuru yapılması halinde ilgili evrakın incelenebileceğine karar vermiştir.

⁸⁷ 4982 sayılı Kanuna göre bilgi, “kurum ve kuruluşların sahip oldukları kayıtlarda yer alan bu Kanun kapsamındaki her türlü veriyi ifade eder” (m.3/1-c).

⁸⁸ 4982 sayılı Kanuna göre belge, “kurum ve kuruluşların sahip oldukları bu Kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plân, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını ifade eder” (m.3/1-d).

⁸⁹ 4982 sayılı Kanuna göre bilgi veya belgeye erişim, “istenen bilgi veya belgenin niteliğine göre, kurum ve kuruluşlarca, başvuru sahibine söz konusu bilgi veya belgenin bir kopyasının verilmesini, kopya verilmesinin mümkün olmadığı hâllerde, başvuru sahibinin bilgi veya belgenin aslını inceleyerek not almasına veya içeriğini görmesine veya işitmesine izin verilmesini ifade eder” (m.3/1-e).

⁹⁰ Döner, Ayhan: Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 246.

Danıştay ise vekil vasıtasıyla dahi bilgi edinme başvurusunda bulunulabileceğine hükmetmiştir⁹¹.

4982 sayılı Kanunun memura disiplin soruşturması kapsamındaki belgeler hakkında bilgi edinme hakkını tanıdığıнын kabulünde 657 sayılı Kanunun yalnızca devlet memurluğundan çıkarma cezasına ilişkin disiplin soruşturmalarında memurun soruşturma evrakını inceleme hakkına sahip olduğunu öngören 129’uncu maddesinin ikinci fıkrasıyla 4982 sayılı Kanun arasında bir çatışma olduğu ileri sürülebilecektir. Bununla ilgili olarak Gökpınar’a göre Bilgi Edinme Hakkı, 657 sayılı Kanununun memurun yalnızca devlet memurluğundan çıkarma cezasında idarede bulunan soruşturma evrakını inceleyebileceğini öngören kanun hükmünü zımnen kaldırmıştır⁹².

Gökpınar’ın tespitinin yanı sıra 4982 sayılı Kanunun “bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz” (m. 5/2) hükmü de 657 sayılı Kanunun 129’uncu maddesinin ikinci fıkrasının uygulanamaz hale geldiğini göstermektedir.

⁹¹ Danıştay’a göre “... Dava dosyasının incelenmesinden; memur olarak görev yapan davacı hakkında kınama cezası verildiği, cezaya yapılan itirazın reddedilmesi üzerine davacı vekili tarafından, ekinde vekaletname örneği de sunulan 2.4.2010 tarihli dilekçe ile, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapılacağından bahisle soruşturma dosyasında bulunan belgelerin birer örneğinin tarafına verilmesinin istenildiği, davalı idareye şahsen başvuru yapılması halinde ilgili evrakın incelenebileceği gerekçesiyle talebin 28.4.2010 tarih ve 5181 sayılı işlemle reddi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır ... Olayda, davacı vekili tarafından yapılan başvurunun soruşturma dosyasının içeriğiyle ilgili bilgi edinme amaçlı olduğu, bu bilgi ve belgeler olmaksızın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde usulüne uygun dava açılmasının mümkün olmayacağı dolayısıyla 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında yapılmış bu başvurunun vekil tarafından da yapılabileceği, davacının anılan bilgi ve belgelere erişmekte menfaatinin bulunduğu açıktır ... Bu durumda; bilgi edinme talebiyle yapılan başvurunun reddinin, 4982 sayılı Kanunun amacı olarak belirlenmiş demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık, açıklık ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olacağı sonucuna varıldığından, tesis edilen işlemde ve davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır...” (D.10.D, T. 12.02.2015, E. 2011/8224, K. 2015/405, Lexpera). Ayrıca bkz. D.10.D, T. 12.02.2015, E. 2011/10082, K. 2015/404, Lexpera).

⁹² Gökpınar, s. 48.

Memurun her disiplin cezası bakımından değil yalnızca devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından soruşturma evrakına (soruşturma dosyası içindeki bilgilere) erişiminin mümkün olmasına ilişkin 129'uncu maddesinin ikinci fıkrası, bazı istisnalar dışında herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğunu öngören 4982 sayılı Kanuna aykırı olduğundan, 4982 sayılı Kanun karşısında uygulanamayacaktır.

4982 sayılı Kanuna göre “bilgi edinme başvurusu, başvuru kurum ve kuruluşların ellerinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken bilgi veya belgelere ilişkin olmalıdır” (m. 7/1). “Kurum ve kuruluşlar, başvuru sahibine istenen belgenin onaylı bir kopyasını verirler” (m. 10/1). “Bilgi veya belgenin niteliği gereği kopyasının verilmesinin mümkün olmadığı veya kopya çıkarılmasının aslına zarar vereceği hâllerde, kurum ve kuruluşlar ilgilinin; a) Yazılı veya basılı belgeler için, söz konusu belgenin aslını incelemesi ve not alabilmesini, b) Ses kaydı şeklindeki bilgi veya belgelerde bunları dinleyebilmesini, c) Görüntü kaydı şeklindeki bilgi veya belgelerde bunları izleyebilmesini sağlarlar” (m. 10/2). Tüm bu düzenlemeler gereğince memurun idareden talep edebileceği bilgi ve belgeler, yürüttüğü disiplin soruşturması sebebiyle idarenin elinde bulunan/bulunması gereken bilgi ve belgeler olduğundan, idare memurun bilgi edinme başvurusu karşısında bu bilgi ve belgelerin elinde bulunmadığını ileri süremeyecektir. İdare bilgi edinme hakkı kapsamında başvuruda bulunan memura soruşturma dosyasında yer alan belgelerin onaylı kopyasını vermek zorundadır. Soruşturma dosyasında yer alan ve bilgi edinme hakkı kapsamında memurun idareden talep edebileceği bilgi veya belgenin niteliği gereği kopyasının verilmesinin olanaksız olduğu ya da kopyasının alınmasının aslının zarara uğramasına sebep olacağı durumlarda memurun belgenin aslını incelemesi ve not alabilmesi, bilgi ve belgenin niteliğine göre ses kaydını dinleyebilmesi ve görüntüleri izleyebilmesi sağlanacaktır.

4982 sayılı Kanuna göre idarelerin bilgi edine başvurusu karşısında veremeyecekleri bilgi ve belgeler de bulunmaktadır. 4982 sayılı Kanuna göre bunlar bilgi edinme hakkının kullanımının istisnalarıdır (m. 5). İstisnalar idari soruşturmalar (disiplin soruşturmaları) bakımından Kanunun 19'uncu maddesinde düzenlenmiştir. 19'uncu maddeye göre “kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idarî soruşturmalarla ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde; a) Kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak, b) Kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak, c) Soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek, d) Gizli kalması gereken bilgi

kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek bilgi veya belgeler bu Kanun kapsamı dışındadır”⁹³.

Düzenlemeden anlaşılacağı üzere bilgi edinme başvurusuyla istenen bilgi ve belgelerin idari soruşturma (disiplin soruşturması) ile ilgili olması başvurunun reddi için tek başına yeterli bir sebep değildir⁹⁴. İdareler disiplin soruşturması kapsamında memurun bilgi edinme talebini ancak, bir önceki paragrafta yer verdiğimiz 4982 sayılı Kanunun 19’uncu maddesinde tahdidi olarak sayılan sebeplerden birisinin veya birkaçının bulunduğunu gerekçe göstererek reddedebilirler⁹⁵. Zira 4982 sayılı Kanuna göre “başvurunun reddedilmesi hâlinde bu kararın gerekçesi... belirtilir” (m. 12).

⁹³ Ayrıca bkz. Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik, m.30.

⁹⁴ Kaya, Cemil: İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 262; Azer, Can: Bilgi Edinme Hakkı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 184.

⁹⁵ Danıştay kararına konu olayda “... öğretim üyesi olan davacının, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca; F1 Üniversitesi Rektörlüğü Tıp Fakültesi Dekanlığının 13/5/2010 tarih ve 3310 sayılı soruşturma emri ile hakkında başlatılan disiplin soruşturmasına ilişkin raporun ve tüm eklerinin tarafına verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin, F1 Üniversitesi Rektörlüğünün 20/12/2010 tarih ve 040 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, Denizli İdare Mahkemesince; 4982 sayılı Yasanın 19. maddesinde ve Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin 30. maddesinde idari soruşturmalarda istenilecek bilgi ve belgelerin hangi hallerde verilmeyeceği hususu tek tek sayılmak suretiyle tahdidi olarak belirtilmiş olup, davacının 4982 sayılı Yasa uyarınca istediği bilgi ve belgeler belirtilen kısıtlayıcı hükümlerden hiçbirisine girmediğinden davacının talebinin reddedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararın temyizden incelenerek bozulmasına karar verilmesi istenilmiştir. Temyiz başvurusu karşısında Danıştay “... temyiz isteminin reddi ile Denizli İdare Mahkemesinin ... kararının onanmasına ... karar vermiştir” (D.10.D, T. 15.01.2016, E. 2012/4587 K. 2016/184, Lexpera). (Not: Değınilen karar 657 sayılı Kanun kapsamındaki memur ile ilgili olarak verilmemekle birlikte disiplin hukukuna ilişkin olması itibariyle önemlidir).

İdarelerin 4982 sayılı Kanununun 19'uncu maddesinde sayılan hallerde bilgi edinme talebini reddetmeleri mümkün olmakla birlikte, maddede sayılı, bilgi edinme başvurusunun reddi yönünde karar verilmesine sebep olan sakıncaların kısmen/tamamen ortadan kaldırılmaları, 4982 sayılı Kanununun 9'uncu maddesi gereğince mümkün olabilir. 9'uncu maddeye göre "istenen bilgi veya belgelerde, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanlar birlikte bulunuyor ve bunlar birbirlerinden ayrılabilirse, söz konusu bilgi veya belge, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler çıkarıldıktan sonra başvuranın bilgisine sunulur. Ayırma gerekçesi başvurana yazılı olarak bildirilir" (m. 9). Bu düzenleme gereğince memura soruşturma dosyasında yer alan belgelerden bir kısmı verilir bir kısmı verilmeyebilir. Ya da bir belgeden memurun erişiminin sakıncalı görüldüğü kısımlar çıkarılarak/bu kısımlara okunmalarını engelleyici müdahalelerde bulunularak memura talep ettiği bilgi ve belge verilebilir.

4982 sayılı Kanununun 19'uncu maddesinin bilgi edinme hakkını soruşturmanın devam ettiği süre bakımından sınırlandırdığı, soruşturma tamamlandıktan sonra 19'uncu madde gerekçe gösterilerek bilgi edinme başvurusunun reddedilemeyeceği ifade edilmektedir⁹⁶. 19'uncu maddede "yürütülen idarî soruşturmalar" ifadesi kullanıldığından tamamlanmış soruşturmaların 19'uncu madde kapsamında olmayacağı belirtilmektedir⁹⁷. Danıştay da bilgi ve belgelere erişiminin tamamlanmış disiplin soruşturmaları bakımından mümkün olduğu görüşündedir. Danıştay kişinin soruşturma dosyasında yer alan belgelerin birer örneğinin kendisine verilmesi istemiyle idareye yaptığı başvurusunun "soruşturma raporunun başka şahıslar hakkında da bilgi ve belge içerdiği gerekçesiyle sadece sonuç ve teklif kısmının davacıya verilmek suretiyle reddi üzerine" açılan davada şu kararı vermiştir: "... *davacı hakkında tamamlanmış olan idari soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgelerin savunma ve bilgi edinme hakkı kapsamında edinilebileceği açık olup, soruşturma raporunun sadece sonuç ve teklif kısmının davacıya verilmesine, ancak*

⁹⁶ Hız, Yüksel/ Yılmaz, Zekeriya: Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 108; Döner, s. 247; Azer, s. 184-185; Polater, Yusuf Ziya: Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 122, 2016, s. 119; Kaylan, s. 140.

⁹⁷ Döner, s. 247; Küçük, Ayhan: Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Bu Hakkın İhlalinde İdare ve Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu, Sayıştay Dergisi, Sayı: 81, Nisan-Haziran 2011, s. 119.

diğer bilgi ve belgelerin verilmemesine ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır... ”⁹⁸.

Kanaatimizce idarenin 19’uncu maddeye dayanarak bilgi edinme başvurusunu reddedebilmesi yürütülmekte olan disiplin soruşturmalarıyla sınırlı olarak kabul edilmemelidir. İdare tamamlanmış olan disiplin soruşturmalarında da bu maddeye dayanarak bilgi edinme başvurusunu reddedilmelidir. 19’uncu maddede kullanılan “yürütülen idarî soruşturmalar” ifadesi yürütülmekte olan (devam eden) soruşturmalarla sınırlı olarak bu hakka sınırlama getirildiği anlamına gelmemektedir. Zira idarenin bilgi edinme başvurusunu reddedeceği sebepler olarak 19’uncu maddede sayılanlardan bazıları sadece yürütülmekte olan disiplin soruşturmaları ile ilgili olarak olumsuz neticelerin önüne geçilmesine yönelikken bazıları hem yürütülmekte olan hem de tamamlanmış idari soruşturmalar ile ilgili olumsuz neticelerin önüne geçmeye yönelik sebeplerdir. Örneğin soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek bilgi veya belgelerin açıklanması veya zamanından önce açıklanması sadece yürütülmekte olan idari soruşturmalarla yönelik ret sebepleridir. Kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak, kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını ya da güvenliğini tehlikeye sokacak ve gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak bilgi ve belgelerin açıklanması ise yürütülmekte olan soruşturmaların yanı sıra tamamlanmış olan disiplin soruşturmalarına da yönelik ret sebepleri olarak görülmelidir. Soruşturma tamamlandıktan sonra da idare tarafından soruşturma kapsamındaki bilgi ve belgelerin açıklanması kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale oluşturabilir; kişilerin veya soruşturmayı yürütmekte görevli kişilerin hayatını veya güvenliğini tehlikeye atabilir; gizli bilgi kaynağının açığa çıkması sorununun ortaya çıkmasına sebep olabilir. İdare bu durumları göz önünde bulundurarak tamamlanmış bir idari soruşturma bakımından da başvurunun kısmen veya tamamen reddine karar verebilmelidir. 4982 sayılı Kanunun 9’uncu maddesinde “istenen bilgi veya belgelerde, gizlilik

⁹⁸ D.10.D, T. 11.02.2015, E. 2011/7078, K. 2015/378, Lexpera. Ayrıca bkz. D.10.D, T. 11.02.2015, E. 2011/7122, K. 2015/377, Lexpera; D.10.D, T. 11.02.2015, E. 2011/10707, K. 2015/375, Lexpera; D.10.D, T. 15.01.2016, E. 2012/3061 K. 2016/183, Lexpera; D.10.D, T. 15.01.2016, E. 2012/5868 K. 2016/178, Lexpera; İstanbul B.İ.M, 10. İ.D.D, T. 03.11.2016, E. 2016/420 K. 2016/474, Lexpera; İstanbul B.İ.M, 10. İ.D.D, T. 04.09.2020, E. 2020/724, K. 2020/984, Lexpera.

dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanlar birlikte bulunuyor ve bunlar birbirlerinden ayrılabilirse, söz konusu bilgi veya belge, gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler çıkarıldıktan sonra başvuranın bilgisine sunulur” hükmü yer aldığından tamamlanmış bir disiplin soruşturmasında, eğer mümkünse gizlilik dereceli bilgiler ayrılarak yalnızca açıklanabilir nitelikte olan bilgiler başvuru sahibine verilmelidir. Yani bilgi edinme başvurusu kısmen kabul, kısmen reddedilebilmelidir. Eğer bilgilerin birbirinden ayrılması mümkün değil ise başvuru tamamen reddedilmelidir. Nitekim Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu da tamamlanmış bir disiplin soruşturmasıyla ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında kanaatimizle aynı yönde hareket etmiştir. Karardan anlaşıldığı üzere kişi “... 05/05/2021 tarihli dilekçesiyle ... Kaymakamlığına başvurarak, 03/05/2021 tarihinde şahsına tebliğ edilen Kaymakamlığın 30/04/2021 tarih ve ... sayılı yazısına istinaden şahsına disiplin cezası verildiğini öğrendiğinden bahisle, disiplin cezasına itiraz edebilmek için hakkında yapılmış soruşturmaya ait dosyanın bir örneğinin ivedilikle tarafına verilmesini talep etmiştir. Bunun üzerine “... Kaymakamlığı İlçe Yazı İşleri Müdürlüğü’nün 07/05/2021 tarihli cevabi yazısı ile, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun “İdari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler” başlıklı 19 uncu maddesi gerekçe gösterilerek talep reddedilmiştir”. Kişi talebinin reddedilmesi karşısında Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna itirazda bulunmuştur. Kurul itiraz üzerine “1- Başvuru sahibinin itiraz dilekçesi ile eklerinin incelenmesi neticesinde, hakkında yürütülen soruşturmanın tekemmül etmiş olması halinde “ilgili soruşturma raporunun” 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun “İdari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler” başlıklı 19 uncu maddesinin (a) ve (d) bentleri gereğince, üçüncü şahıslara ait kimlik bilgileri ile kimliklerinin tespitine imkan veren her türlü bilgi ve ifade karartılmak ve ifade tutanakları ile tanık ifadelerini içeren kısımlar çıkartılmak suretiyle, kendisiyle ilgili bilgilerin başvuru sahibine verilmesi gerektiğinin ... Kaymakamlığına bildirilmesine, 2- Mezkur soruşturma dosyası kapsamındaki diğer taleplerin 4982 sayılı Kanunun “İdari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler” başlıklı 19 uncu maddesinin (a) ve (d) bentleri gereğince karşılanamayacağını ve itirazının işbu kısmının reddedildiğinin başvuru sahibine bildirilmesine” karar vermiştir⁹⁹. Kurul soruşturma tamamlandığından itirazın kabulüne

⁹⁹ Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, 09.06.2021 tarihli ve 2021/778 sayılı Karar, T.C. BEDK Kararları Işığında Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, 2.

değil, 9'uncu madde gereğince itirazın kısmen kabulüne kısmen reddine karar vermiştir. O halde Kurul'a göre disiplin soruşturmasının tamamlanması 4982 sayılı Kanunun 19'uncu maddesi gereğince erişilemeyecek bilgi ve belgelere hiçbir sınırlama olmaksızın erişimi mümkün hale getirmemektedir. Kanunun 9'uncu maddesi tamamlanmış disiplin soruşturmaları bakımından da dikkate alınmalıdır.

İdare, 4982 sayılı Kanunun 19'uncu maddesini gerekçe göstererek disiplin soruşturmasına ilişkin bilgi ve belgelerin bir kısmını veya tamamını vermeyebilir. Ancak disiplin cezasına karşı yargı yoluna başvurulması halinde idare, yargı yerine karşı 19'uncu maddedeki sebep/sebeplerin bulunduğunu ileri sürerek bilgi ve belge vermekten kaçınmaz. Mahkemenin idareden bilgi ve belge talep etmesi, 4982 sayılı Kanuna göre yapılan bir bilgi edinme başvurusu olmayıp, yargılama faaliyetinin yerine getirilmesinde idari yargı yerlerinin sahip olduğu yetkinin kullanımıdır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa göre "Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir..." (m. 20/1). Buna göre idare kendisinden istenilen her türlü bilgi ve belgeyi mahkemeye sunmak zorundadır. Disiplin cezası verilen memur 19'uncu madde gereğince erişemediği bilgi ve belgelere yargılama faaliyeti kapsamında, bu bilgi ve belgelerin dava dosyasına girmesi sayesinde erişmiş olur¹⁰⁰. Kişinin bilgi

Baskı, Ocak, 2022, s. 197-199. Çalışmamızla ilgili olarak Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu web sayfasının kararlar kısmına girildiğinde 01.06.2022 tarihi itibarıyla maalesef sınırlı sayıda karara (elli adet karara) yer verildiği görülmektedir (Bkz. <https://bedk.adalet.gov.tr/SayfaDetay/kararlar13072021121109>, e.t: 01.06.2022). Burada yer alan kararlardan hiçbirisi disiplin soruşturmasında memurun savunma hakkını kullanımı kapsamında bilgi edinme hakkını kullanımına ilişkin değildir. Kurulun web sayfasında yayımladığı T.C. BEDK Kararları Işığında Bilgi Edinme Hakkı Kanunu adlı yayımda da çalışmamızla ilgili yalnızca bir adet karara rastlanılmış ve bu karar da çalışmamızda ele alınmıştır.

¹⁰⁰ Mahkemenin re'sen araştırma yetkisini kullanarak elde ettiği, vereceği karara dayanak teşkil edebilecek bilgi ve belgeler davanın taraflarına bildirilmeli ve taraflar mahkemeye bunlar hakkındaki görüşlerini sunabilmelidir (Akyılmaz/Sezginer/Kaya, İdari Yargı, s. 46). Mahkeme

ve belgelere erişiminin sağlanmaması hukuka aykırılık teşkil eder. Danıştay'a göre "...İncelenemeyen bir soruşturma raporuna karşı iddia ve savunmada bulunulamaz ... Dosyanın incelenmesinden, davacının görevine son verilmesine ilişkin işlemin dayanağı soruşturma raporunun, davacı vekilinin 29.8.2013 tarihinde verdiği dilekçe ile A1 Kaymakamlığı İlçe Müftülüğü'nden, 14.11.2013 tarihinde mahkeme kaydına giren dilekçe ile de Afyonkarahisar İdare Mahkemesi'nden incelemek üzere talep etmesine rağmen, gerek işlemin tesisi aşamasında, gerekse yargılama aşamasında incelettilmediği, dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminde ise soruşturma raporunda yer verilen hususlara değinildiği anlaşıldığından, mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Bu durumda, makul bir süre verilmek suretiyle, davacıya hakkında düzenlenen soruşturma raporu ile eklerini incelemesi ve istemi halinde raporla ilgili görüşlerini dosyaya sunması olanağı sağlandıktan sonra işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir..."¹⁰¹.

İdari yargı yeri önüne giden uyuşmazlıkta idareden istenen bilgi ve belgelerin dava dosyasına girmemesi ve öğrenilememesi ancak istenen bilgi ve belgelerin İYUK m.20/3 kapsamında olması halinde söz konusu olabilir. Zira m.20/3'e göre "...istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez".

b. 15 Temmuz Darbe Girişimi Üzerine Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Konuya Yaklaşımı

4982 sayılı Kanuna göre "bilgi edinme başvurusuyla ilgili yapılacak itirazlar üzerine verilen kararları incelemek ve kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kararlar vermek üzere; Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu oluşturulmuştur" (m. 14/1). Bilgi Edinme Hakkı Kanununun

davanın taraflarının inceleyemediği ve bilgi sahibi olamadığı belgelere dayanarak karar veremez (Çağlayan, İdari Yargı, s. 243).

¹⁰¹ D.16.D, T. 16.04.2015, E. 2015/10952, K. 2015/1795, Lexpera.

Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğe göre “kurul ... kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kararlar verir” (m. 25/1), “Kurul, bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin hususları düzenlemeye yetkilidir” (m. 25/2). Kurulun “kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kararlar verebilmesi” ve “bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin hususları düzenlemeye yetkili olması” bilgi edinme başvuruları karşısında idarelerin ne şekilde hareket edeceğine ilişkin düzenlemeler yapabileceğini göstermektedir. Nitekim Kurul 4982 sayılı Kanunla kendisine verilen düzenleme yetkisi kapsamında “ilke kararları” almıştır¹⁰². Bu kararlardan, disiplin soruşturmalarında savunma hakkı ile ilgisi olması itibariyle “Olağanüstü Hal KHK’ları Kapsamındaki Tedbir ve İşlemlerle İlgili Bilgi Edinme Başvuruları Hakkında 04.08.2016 Tarih ve 2016/1 Sayılı İlke Kararı” üzerinde durmanın faydalı olacağı düşünülmektedir. Zira Kurul, bu Karar ile disiplin soruşturmalarında savunma hakkının kullanımı kapsamında gerekli olabilecek bilgi ve belgelere erişimi engellemiştir. Kurul, 15.07.2016 tarihinde yaşanan darbe girişimi sonrasında “*Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinde yer alan tedbirler ile bunların uygulanmasına ilişkin işlemlerle ilgili olarak yapılacak olan bilgi edinme başvurularının yanıtlanmasında izlenecek usul ve esaslara ilişkin olarak; 1-Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin eki listelerde sayılarak kamu görevinden çıkartılan kişiler ile kapatılan kurum ve kuruluşlara ilişkin bilgi ve belgeler hakkındaki bilgi edinme başvurularının 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 16 ncı, 19 uncu ve 20 nci maddeleri uyarınca bilgi edinme hakkı kapsamı dışında değerlendirilmesi ve konu ile ilgili uygulamanın bu doğrultuda yapılması gerektiği, 2- Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen ve bu nedenlerle haklarında idari veya adli soruşturma başlatılan, açığa alınan ve/veya 667 sayılı Kanunun Hükmünde Kararnamenin 3 ve 4. maddeleri uyarınca kamu görevinden çıkartılan kişilerle ilgili bu işlemler ile bu kapsamda yürütülen adli ve idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelerin 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca talep edilmesi durumunda başvuruların mezkur Kanunun 19 uncu ve 20 nci*

¹⁰² Kurul tarafından alınan tüm ilke kararları için bkz. <https://bedk.adalet.gov.tr/SayfaDetay/ilke-kararlari03022021121045>, e.t: 01.06.2022.

maddeleri uyarınca bilgi edinme hakkı kapsamı dışında değerlendirilerek bu doğrultuda uygulamaya gidilmesi gerektiği hususlarının 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 14 üncü maddesinin tanıdığı yetki çerçevesinde; 4982 sayılı Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarına bildirilmesine ... karar ver (miştir)”¹⁰³. Böylece Kurul, İlke Kararında bahsi geçen kişilerin haklarında yürütülen idari soruşturmalar (disiplin soruşturmaları) ve görevden çıkarmalar ile ilgili olarak yapacağı bilgi edinme başvurularının idarelerce 4982 sayılı Kanunun 16, 19 ve 20’nci maddeleri bakımından bilgi edinme hakkının sınırları içinde veya dışında olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın reddedileceğini öngörmüştür. Buna göre İlke Kararı kapsamında bir başvuru karşısında idarenin bilgi edinme başvurusunu reddederken başvurunun İlke Kararı kapsamında bir başvuru olduğunu gerekçe göstermesi yeterli hale getirilmiştir. Danıştay, 4982 sayılı Kanunun 14’üncü, Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğinin 25’inci maddesine ve 4982 sayılı Kanunun 15 ila 28. maddeleri arasında bilgi edinme hakkının sınırları bulunduğu hususuna¹⁰⁴ dayanmak suretiyle Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun İlke Kararını hukuka aykırı bulmamıştır. Ayrıca Danıştay, idarenin Kurulun almış olduğu ilke kararına dayanmak suretiyle, bilgi edinme başvurusunu reddetmesi üzerine kendisine yapılan itiraz karşısında Kurulun itirazı ret kararının hukuka aykırı olmadığına

¹⁰³ Olağanüstü Hal KHK’ları Kapsamındaki Tedbir ve İşlemlerle İlgili Bilgi Edinme Başvuruları Hakkında 04/08/2016 Tarih ve 2016/1 Sayılı İlke Kararı için bkz. <https://bedk.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/610202116445204.08.2016%20TAR%C4%B0H%20VE%202016-1%20SAYILI%20C4%B0LKE%20KARARI.pdf>, e.t: 01.06.2022.

¹⁰⁴ Danıştay’a göre “...15 ila 28. maddeleri arasında da bilgi edinme hakkının sınırları belirlenmiştir. Bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutulan konular arasında Devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler, idari soruşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler ile adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgelere de yer verilmiştir. Dava konusu ilke kararı da 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. ve 4. maddeleri uyarınca kamu görevinden çıkarılan kişilerle ilgili işlemler ile bu kapsamda yürütülen adli ve idari soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgelerin bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğu değerlendirilmesine dayanmakta olup, anılan kararın dayanağı kanuni düzenlemelere aykırı bir yönü bulunmamaktadır...” (D.10.D, T. 08.04.2021, E. 2018/3487, K. 2021/1719, Lexpera).

karar vermiştir¹⁰⁵. Öte yandan “*Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde muvazzaf subay olarak görev yapmakta iken 668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname uyarınca kamu görevinden ihraç edilen davacı tarafından, OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonuna yapacağı başvuruya esas olmak üzere kamu görevinden ihraç edilmesine neden olan bilgi ve belgelerin 4982 sayılı Kanun uyarınca tarafına verilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin ... işlemin iptaline karar verilmesi*” istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun 2016/1 sayılı İlke Kararını göz önünde bulundurmaksızın idarenin işlemini “... davacı tarafından kamu görevinden ihraç edilmesine neden olan bilgi ve belgelerin 4982 sayılı Kanun uyarınca tarafına verilmesi talebiyle yapılan başvuru; davalı idarece her ne kadar 4982 sayılı Kanun'un 19. ve 20. maddeleri kapsamında değerlendirilerek reddedilmiş ise de; davacı hakkındaki ceza yargılamasının bulunduğu aşama da dikkate alınarak yapılan incelemede davacı tarafından talep olunan belgelerin aynı zamanda çalışma hayatına ve mesleki onuruna ilişkin olduğu, davacının bu belge ve bilgilere erişiminin anayasal bir hak olan hak arama hürriyetinin kullanılabilmesi bakımından gerekli ve zorunlu olduğu, öte yandan bu belge ve bilgilerin davacı dışındaki kişilerle ilgili tespitlere yönelik kısımlarının kapatılması suretiyle verilerek davalı idarece öne sürülen sakıncaların bertaraf edilebileceği açık olduğundan, dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle” iptal etmiştir. İstinaf kanun yoluna gidilmesi üzerine Bölge İdare Mahkemesi ise, kararında Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun 2016/1 sayılı İlke Kararından açıkça söz etmemekle birlikte, İlke Kararını dikkate alarak “davacı tarafından 4982 sayılı Kanun uyarınca tarafına verilmesini talep ettiği belgelerin Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnamesi ile görevinden çıkarılmasına ilişkin olduğu” gerekçesini de belirtmek suretiyle¹⁰⁶ “... istinaf isteminin kabulü ile ... İdare Mahkemesinin ...

¹⁰⁵ D.10.D, T. 08.04.2021, E. 2018/3487, K. 2021/1719, Lexpera; Ayrıca bkz. D.10.D, 08.04.2021, E. 2020/2089 K. 2021/1720, Lexpera. (Not: Atftta bulunulan kararlarda davacılar memur değildir. Fakat kararlar, disiplin hukukuna ilişkin olmaları ve memurlar bakımından da geçerli olacağını düşündüğümüz esaslara değinmeleri itibariyle önemlidir).

¹⁰⁶ Bölge İdare Mahkemesinin kararının özeti şöyledir: “... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesinin ... tarih ve E: ..., K: ... sayılı kararıyla; davacının ... Ağır Ceza Mahkemesinin ... esasına kayıtlı dava dosyasında "FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütüne Üye Olma", "Anayasal Düzeni Ortadan Kaldırmaya Teşebbüs Etme", "Türkiye Büyük Millet Meclisini

kararının kaldırılmasına ... esastan incelenen davanın reddine kesin olarak karar ver (miştir)”. Bölge İdare Mahkemesi kararına karşı temyiz yoluna gidilmiş, Danıştay davacının temyiz isteminin reddine karar vermiştir¹⁰⁷.

D. Memura Savunma Yapmadığı Takdirde Savunma Hakkından Vazgeçmiş Sayılacağıın Bildirilmesi

657 sayılı Kanuna göre “soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkında vazgeçmiş sayılır” (m. 130/2). Memura savunma yapmadığı takdirde böyle bir durumla karşı karşıya kalacağıın bildirilmesi gerekmektedir. Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine göre “savunma istemine ilişkin yazıda, süresi içinde yapılmaması hâlinde savunma hakkında vazgeçilmiş sayılacağı belirtilir” (m. 30/4).

Fiş Üstün, memura (kamu görevlisine) gönderilecek olan savunmaya davet yazısının geniş bir içeriğe sahip olması gerektiğini

Ortadan Kaldırmaya veya Görevini Yapmasını Engellemeye Teşebbüs Etme”, “Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini Ortadan Kaldırmaya veya Görevini Yapmasını Engellemeye Teşebbüs Etme”, “Askeri Komutanlıkların Gasp edilmesi” ve “Nitelikli Şekilde Kasten Adam Öldürme” suçlarından yargılandığı, davacı hakkında “Anayasal Düzeni Ortadan Kaldırmaya Teşebbüs Etme” suçundan hüküm kurulduğu, davacı tarafından 4982 sayılı Kanun uyarınca tarafına verilmesini talep ettiği belgelerin Olağanüstü Dönem Kanun Hükümünde Kararnamesi ile görevinden çıkarılmasına ilişkin olduğu ve Uyar sisteminden yapılan incelemede de davacının halen ... Ağır Ceza Mahkemesindeki E:... sayısında kayıtlı davasının sürmekte olduğu, kararın henüz kesinleşmediği, davacının taleplerinin 4982 sayılı Kanun'un yukarıda açıklanan 19 ve 20. maddeleri uyarınca kapsam dışında olduğu anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davalı idarenin istinaf isteminin kabulü ile ... İdare Mahkemesinin ... gün ve E:..., K:... sayılı kararının kaldırılmasına, 2577 sayılı Yasanın değişik 45. maddesinin 4. fıkrası uyarınca esastan incelenen davanın reddine kesin olarak karar verilmiştir” (D.10.D, T. 24.02.2021, E. 2021/433 K. 2021/692, Lexpera).

¹⁰⁷ D.10.D, T. 24.02.2021, E. 2021/433 K. 2021/692, Lexpera. (Not: Atıfta bulunulan kararda davacı memur değildir. Fakat karar, disiplin hukukuna ilişkin olması ve memurlar bakımından da geçerli olduğunu düşündüğümüz esaslara değinmesi itibarıyla önemlidir).

düşünmektedir. Yazar'a göre gönderilecek olan savunmaya davet yazısında, kişinin geçerli bir mazereti bulunmaksızın, kendisine verilen tarihte savunmasını sözlü olarak yapmaması ya da bu tarihe kadar yazılı savunmasını vermemesinin susma hakkını kullandığı anlamına geleceği, bunun üzerine soruşturma dosyasındaki diğer bilgi ve belgeler esas alınarak hakkında karar verileceği ortaya konulmalıdır¹⁰⁸. Kanaatimizce de memurun savunma hakkını kullanmadığı takdirde yalnızca bundan vazgeçmiş sayılacağını bilmesi yeterli kabul edilmemeli, bu hakkı kullanmadığı takdirde idarenin ne şekilde hareket edeceği ile ilgili olarak da bilgilendirilmesi gerekmektedir.

Savunma hakkının kullanılmasını sağlamak üzere yapılan tebligat, usulüne uygun olarak yapılmalı¹⁰⁹, idare tebligatın yapılması için gerekli çabayı göstermelidir. Zira Danıştay idarenin savunma isteme yazısını soruşturulanın adresine tebliğ ederken sarf ettiği çabanın yeterli olup olmadığı hususunda titiz davranmakta, gösterilen çabayı yeterli bulmadığı takdirde savunma hakkının usulüne uygun olarak kullandırılmadığına karar vermektedir. Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararda şu ifadeler yer almaktadır: "... (davacıdan) soruşturma raporunun sunulduğu Türkiye Elektrik İletim A.Ş. Yüksek Disiplin Kurulu tarafından, PTT kanalıyla, yazılı savunmasının istenildiği, savunma isteme yazısının adresin kapalı olması nedeniyle iade edildiği, bu defa aynı yazının davacıya iletilmek üzere muhtarlığa teslim edildiği, ancak adresinde bulunamadığı belirtilerek yine iade edildiği; bilahare görevli iki memur eliyle evine gidilerek tebliğ edilmek istenilmiş ise de evde bulunamaması üzerine dava konusu Disiplin Kurulu kararıyla Müfettiş önerisinin kabulüne karar verilerek şirketle ilişkisinin kesilmesi cezası ile cezalandırıldığı anlaşılmıştır... Davalı idare tarafından, davacının savunmasının istenilmesine ilişkin yazının bilinen adresine tebliğ edilmeye çalışılmasına karşın tebliğ edilemediği, bu nedenle idarenin savunma hakkı tanınması konusunda üzerine düşen görevi yaptığı ileri sürülmekte ise de, verilen disiplin cezasının bildirilmesine ilişkin davalı idare yazısının çok kısa bir süre sonra aynı adrese tebliğ edilmiş olduğu anlaşıldığından davalı idarenin bu iddiasına itibar edilmemiştir..."¹¹⁰.

¹⁰⁸ Fiş Üstün, s. 24.

¹⁰⁹ Atay, Ender Ethem: İdare Hukuku, 5. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2016, s. 956; Zor, s. 91.

¹¹⁰ D.İ.D.D.K, T. 17.02.2011, E. 2007/1846, K. 2011/6, Legalbank.

Tebliğat usulüne aykırı yapıldığı takdirde, savunma süresinin son günü ve dolayısıyla memurun savunma hakkını kullanıp kullanmayacağına ilişkin kararı, savunmaya davet yazısının içeriğini öğrendiğini bildirdiği tarihe göre belirlenecektir. Zira 7201 sayılı Tebliğat Kanununa göre “tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır” (m.32/1). “Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi addolunur” (m.32/2).

Memurun savunma yapmadığı takdirde savunma hakkından vazgeçmiş sayılması kendisine isnat edilen suçu işlediğini ikrar ettiği anlamına gelmemektedir¹¹¹. Bu durumda elde bulunan (soruşturma dosyasında yer alan) bilgi ve belgelerden yararlanılarak karar verilir¹¹².

E. Memura Kendisini Savunması İçin Yeterli Süre Verilmesi

Memura kendisini savunabilmesi için süre verilmelidir. Süre verilmeden hükmedilecek disiplin cezası hukuka aykırılık teşkil edecektir¹¹³. 657 sayılı Kanuna göre memura yedi günden az olmayacak bir sürenin verilmesi gerekmektedir (m.130/2). Bu gereklilik Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde de gösterilmektedir. Yönetmeliğe göre “memur, yetkili kurulun veya disiplin amirinin yedi günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapar” (m.30/3).

Memura savunmasını yapması için verilecek süre, asgari süredir¹¹⁴. Buna göre memura yedi günden daha fazla süre verilmesi mümkündür. Çünkü verilecek sürenin yeterli olması gerekmektedir¹¹⁵. Süre her halükârda makul olmalı, memurun savunma hakkını kısıtlayacak nitelikte bulunmamalıdır¹¹⁶. Memurun kendisini savunurken başvuracağı

¹¹¹ Livanelioğlu, s. 103; Kaya, Memur, s. 82; Pınar, İbrahim/Çalışkan, Öner: Disiplin Suç ve Cezaları ve Disiplin Soruşturması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 173.

¹¹² Pınar, İbrahim: Memur Suçlarında İdari Soruşturma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1987, s. 334; Pınar/Çalışkan, s. 173.

¹¹³ Ayrıca bkz. D.10.D, T. 05.03.1985, E. 1984/943, K. 1985/405, Legalbank; D.5.D, T. 06.12.2018, E. 2016/46807, K. 2018/18045, Danıştay Kararları Dergisi, Y. 2019, S. 1, s. 239-241.

¹¹⁴ Kaya, Memur, s. 82; Kaman, s. 328.

¹¹⁵ Atay, s. 956.

¹¹⁶ Boz, s. 26.

bilgi, belge ve ispat araçlarını elde etmesine ve bunların soruşturmadaki işlevi üzerinde değerlendirme yapmasına elverişli bir süre belirlenmelidir¹¹⁷. Savunma için ne kadar süre verildiği memura gönderilecek olan savunma istem yazısında açıkça gösterilmelidir¹¹⁸.

Disiplin soruşturmasında memur, savunmasını yapması için kendisine verilen süreyi yetersiz bulabilir. Bu durumda memurun idareden ek süre isteme gereği ortaya çıkabilir. Memura savunmasını kendisine verilen süre içerisinde, haklı bir sebebe dayalı olarak yapamaması halinde ek süre verilmesi gerektiği ifade edilmekte¹¹⁹, soruşturmanın, hakkında disiplin cezası verilmeye kadar birden fazla kez savunmasının alınmasının mümkün olduğu belirtilmektedir¹²⁰. Kanaatimizce de 657 sayılı Kanunda savunma süresi için alt süre belirlenip, üst süre belirlenmemiş olduğundan, soruşturmanın bir gereği olarak memura ek süre verilebileceğini kabul etmek gerekmektedir. Gerek 657 sayılı Kanunda gerekse Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde buna engel teşkil eden bir hüküm bulunmamaktadır. O halde, örneğin memur savunmasını vermesi için kendisine verilen süre zarfında hasta olduğunu, yaşadığı yerde bir doğal afet yaşandığını ileri sürmek suretiyle idareye başvurduğunda memura ek süre verilmelidir.

Soruşturma sırasında ifade verme, savunma verme anlamına gelmediğinden, ifade alma kapsamında sorulan soruların cevaplandırılması için memura süre verilmesi öngörülmemiştir¹²¹. Müfettiş veya soruşturmacının disiplin cezası verme yetkisine sahip olmaması nedeniyle bunların yaptıkları inceleme/soruşturma sırasında sorduğu sorulara cevap vermesi için memura süre verilmesi zorunlu değildir¹²². Danıştay'a göre "...Devlet memurlarının savunmalarının alınması, disiplin cezası verilmesi haline hasredilmiş olup, bundan önceki soruşturma safhasında sorulan sorulara cevap verilmesi için de bir süre tanınması öngörülmemiştir... Bir memura disiplin cezası verilmesi için önceden müfettiş veya muhakiklere görev vermek kanunen zorunlu olmadığından kanun vazınca bu safhada da süre verileceğine dair bir hüküm sevk edilmemiştir... disiplin cezası verilmeden önce memurun

¹¹⁷ Akıllıoğlu, s. 159.

¹¹⁸ D.5.D., T. 24.10.2016, E.2016/10099 K.2016/4937, Lexpera.

¹¹⁹ Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun/Seyhan/Yağcı, s.48.

¹²⁰ Gökpınar, s. 47.

¹²¹ Akıllıoğlu, s. 163.

¹²² Sancakdar/Altınok Çalışkan/Dursun/Seyhan/Yağcı, s.48.

*savunmasının alınması şart olduğuna, Devlet Memurları Kanununun 2 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 126.maddesinde, müfettiş veya muhakkiklere disiplin cezası vermek yetkisi tanınmamış bulunduğuna göre bunlarca yapılan inceleme sırasında sorulan sorulara ilgili memur tarafından cevap verilebilmesi için süre verilmesi zorunlu değildir...”*¹²³.

F. Memurun Savunmasının Disiplin Amiri ve/veya Yüksek Disiplin Kurulu Tarafından Alınması

Anayasa Mahkemesine göre “...Disiplin hukukunda savunma hakkının bir anlam ifade etmesi bu hakkın etkili şekilde kullanılabilmesi, savunmanın mutlak surette karar veren makam önünde yapılabilmesine bağlıdır...”¹²⁴. Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 30’uncu maddesinin birinci, beşinci ve altıncı fıkralarında memurun savunmasını alacak olan karar makamları gösterilmiştir. Yönetmeliğe göre “...Savunma, soruşturma sürecinin son aşamasında disiplin amiri tarafından istenir” (m.30/1). “Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına ilişkin soruşturma süreci sonunda disiplin amiri savunmayı aldıktan sonra soruşturma dosyasını disiplin kuruluna gönderir” (m.30/5). “Devlet memurluğundan çıkarma cezasına ilişkin soruşturma süreci sonunda disiplin amiri savunmayı aldıktan sonra ceza verilmesi gerektiği kanaatine varırsa soruşturma dosyasını, kanaatini içeren yazı ile birlikte yüksek disiplin kuruluna gönderir. Yüksek disiplin kurulunca, memurun sözlü veya yazılı olarak son savunması, 657 sayılı Kanunun 129’uncu maddesinde tanınmış olan haklardan yararlanmasına imkân sağlanmak suretiyle ayrıca talep edilir” (m.30/6).

Yukarıdaki paragrafta aynen aktarılan hükümlerinden anlaşılacağı üzere Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarına ilişkin disiplin soruşturmalarında savunmanın disiplin amiri¹²⁵ tarafından

¹²³ D.3.D, T. 29.05.1973, E. 1973/269, K. 1973/271, Legalbank.

¹²⁴ AYM, T. 28.11.2013, E. 2013/46, K.2013.140, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹²⁵ Disiplin amirinden kimlerin anlaşılacağı Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde gösterilmiştir. Yönetmeliğe göre “657 sayılı Kanun ve bu Yönetmelik kapsamında disiplin hükümlerinin uygulanması bakımından; a) Cumhurbaşkanı, tüm kamu idarelerinde, b) Bakanlar, bakanlık teşkilatında, c) Üst yöneticiler, başında buldukları kamu idarelerinde veya kendilerine

alınacağı öngörülmüştür. Savunma almaya yetkili olan disiplin amirleri, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası hariç memura disiplin cezası vermeye de yetkilidir. Zira 657 sayılı Kanuna göre “uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirleri tarafından; kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra, atamaya yetkili amirler, il disiplin kurullarının kararlarına dayanan hallerde Valiler tarafından verilir” (m. 126/1).

Devlet memurluğundan çıkarma cezasına yönelik disiplin soruşturmasında disiplin amirinin savunmayı (ilk savunmayı) aldıktan sonra memura ceza verilmesi gerektiği kanaatine ulaşması halinde, ayrıca yüksek disiplin kurulunun memurun savunmasını (son savunmasını) alacağı düzenlenmiştir. Bu durumda birisi disiplin amiri diğeri yüksek disiplin kurulu tarafından olmak üzere memurun iki kez savunmasının alınması gerekecektir. Danıştay’a göre “...*Yüksek Disiplin Kurulunca, hakkında Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılması teklif edilen ilgiliye (konunun kurula intikalinden önce savunması alınmış olsa bile) son savunma hakkı tanınması gereklidir...*”¹²⁶. Devlet memurluğundan çıkarma cezasına ilişkin soruşturmada disiplin amirinin kanaatinin memura ceza verilmemesi yönünde oluşması halinde ise soruşturma dosyası yüksek disiplin kuruluna gönderilmeyecek ve diğeri

bağlı birimlerde, ç) Bölge müdürleri, taşra teşkilatı bölge kuruluşlarında, d) Valiler, taşra teşkilatı il ve ilçe kuruluşlarında, e) Kaymakamlar, taşra teşkilatı ilçe kuruluşlarında, f) Belediye başkanları, belediye ve bağlı kuruluşlarında, g) Misyon şefleri yurt dışı teşkilatında, görevli bütün memurlar hakkında disiplin amirliği yetkisini haizdir” (m.5/1). “Taşra teşkilatı bölge kuruluşlarının merkezinin bulunduğu ilin valisi, bölge müdürünün disiplin amiridir” (m.5/2). “Birinci fıkrada dışındaki diğer disiplin amirleri; kamu idarelerinin kuruluş ve görev özelliklerine göre hazırlanan ve yürürlüğe konulan özel yönetmelikler ile tespit edilir” (m.5/3). “İl özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşları ve bunların üyesi olduğu mahallî idare birliklerinde görevli memurların disiplin amirleri; İçişleri Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca müştereken hazırlanan ve yürürlüğe konulan yönetmelikte gösterilir” (m.5/4). “Disiplin amiri olarak tespit edilen unvanlara ait kadrolara görevlendirilenler veya bu görevleri vekâleten yürütenler, görevi yürüttükleri sürece disiplin amirliği yetkisini haizdir” (m.5/5). Ayrıca “disiplin amiri olarak tespit edilmeyen amirler, kendilerine bağlı memurların disipline aykırı davranışları hakkında doğrudan ilgili disiplin amirlerine başvurabilir” (m.6/1).

¹²⁶ D.12.D., T. 27.03.2009, E. 2008/2174 K. 2009/1703, Lexpera.

disiplin cezalarına yönelik soruşturmalarda olduğu gibi yalnızca disiplin amiri tarafından memurun savunması alınmış olacaktır. Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinin (m. 30/6) lafzından bu sonuca ulaşılmaktadır.

657 sayılı Kanun'a göre "devlet memurluğundan çıkarma cezası amirlerin bu yoldaki isteği üzerine, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulu kararı ile verilir" (m. 126/2). Buna göre devlet memurluğundan çıkarma cezasının verilmesinde ikinci kez alınacak savunmada yetki, memura devlet memurluğundan çıkarma cezasını vermeye yetkili olan kurula verilmiştir. Bu husus Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararda da dile getirilmiştir. Danıştay'a göre "...Anayasa ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri çerçevesinde dava konusu uyumsuzluk değerlendirildiğinde Devlet memurunun veya diğer kamu görevlilerinin görevine son verilmesi sonucunu doğuran disiplin cezalarının verilebilmesi için, söz konusu disiplin cezalarını vermeye yetkili merciiler tarafından, ilgili kamu görevlisinin hakkındaki iddiaları, bu iddiaların dayandığı delilleri, üzerine atılı fillerin hukuki nitelendirmesini ve önerilen disiplin cezasını öğrenmesi sağlanarak, son savunmanın yapılmasına hukuken imkan tanınması gerekir"¹²⁷.

Kanaatimizce devlet memurluğundan çıkarma, 657 sayılı Kanuna (m.125/1-E) göre "bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarma" sonucunu doğurması itibariyle en ağır disiplin cezası olduğu için Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde (m.30/6) memurun hem disiplin amiri hem de yüksek disiplin kurulu tarafından savunmasının alınması öngörülmüştür. Nitekim Danıştay'a göre de "...savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği temel ilke olarak belirlendikten sonra, bu temel ilkenin uygulanması ile ilgili olarak, Devlet memurluğundan çıkarma cezaları için, öngörülen yaptırımın ağırlığı nedeniyle Devlet memurları için güvence oluşturacak özel bazı kurallar belirlenerek disiplin cezası vermeye yetkili olan merciin savunma alması zorunlu kılınmıştır..."¹²⁸. Memurun disiplin kurulu önünde yargılanması ve bu kurulun memur hakkında karar vermesi, tek bir kişinin (disiplin amirinin) kendisi hakkında karar verememesi itibariyle memur için bir tür güvence oluşturmaktadır¹²⁹. Zira kurulda bulunan kişiler memura ceza verilip verilmemesi hususunda müzakere

¹²⁷ D.12.D., T. 02.02.2017, E. 2016/8882 K. 2017/131, Lexpera.

¹²⁸ D.12.D., T. 02.02.2017, E. 2016/8882 K. 2017/131, Lexpera

¹²⁹ Zabunoğlu, Yahya Kazım: İdare Hukuku, Cilt: 1, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 675- 676.

edecek, müzakere üzerine daha doğru bir kararın verilmesi mümkün olabilecektir.

Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde kademe ilerlemesinin durdurulması cezası bakımından ise disiplin amirinin savunmayı aldıktan sonra soruşturma dosyasını disiplin kuruluna göndereceğinden söz edilmekle beraber disiplin kurulunun savunma alacağından söz edilmemesi, söz konusu disiplin cezasına ilişkin disiplin soruşturmalarında ayrıca disiplin kurulunun savunma almasına gerek bulunmadığını göstermektedir. Disiplin kurulunun böyle bir yetkiye sahip olması istenilseydi, devlet memurluğundan çıkarma cezasında olduğu gibi ayrıca disiplin kurulu tarafından son savunmanın alınacağı ve kurulun son savunmayı almaya yetkili olduğu Yönetmelikte düzenlenirdi.

Savunmanın memura disiplin cezası verme yetkisine sahip olan disiplin amiri ve devlet memurluğundan çıkarma cezasında (disiplin amirinden sonra) yüksek disiplin kurulu tarafından alınması gerekmektedir. Zira Danıştay'a göre "...Müfettişlerce yapılan inceleme sırasında, hakkında inceleme yapılan memurun sadece olay hakkındaki bilgisi alınmakta olup, ifade alınması şeklinde de adlandırılan bu işlem savunma olarak kabul edilemeyeceği için, savunmanın bundan ayrı olarak disiplin cezası vermeye yetkili amir veya merci tarafından alınması gerekmektedir"¹³⁰. Bununla birlikte Danıştay vermiş olduğu başka bir kararda muhakkik tarafından savunma alınmasını disiplin soruşturmasında yeterli ve hukuka uygun bulmuştur. Danıştay'a göre "...657 sayılı Kanununun 130. maddesi uyarınca, disiplin cezası verilebilmesi için soruşturma aşamasında tüm hukuki delillere sahip olmak kaydıyla soruşturmacılar tarafından usulüne uygun olarak düzenlenen savunma istem yazısıyla alınan savunma yeterli olup, uyumsuzluk konusu olayda soruşturmayı yapan muhakkik tarafından mevcut delil durumu dikkate alınarak davacıya isnat edilen tüm fiillere yer verilmek suretiyle usulüne uygun bir şekilde davacının savunmasının alındığı görüldüğünden disiplin cezasını vermeye yetkili amir tarafından ayrıca bir savunma alınmasına gerek olmayıp, davacının savunma hakkının kullanılmadığından söz edilmesi mümkün değildir..."¹³¹. Karardan anlaşılacağı üzere Danıştay'a göre tüm deliller göz önünde bulundurularak, savunma istem yazısının usulüne uygun olarak hazırlanması ve bu kapsamda memura eksiksiz şekilde isnatta

¹³⁰ D.3.D, T. 29.05.1973, E. 1973/269, K. 1973/271, Legalbank.

¹³¹ D.16.D., T. 30.04.2015, E. 2015/4326 K. 2015/2271, Lexpera.

bulunulması halinde savunma, disiplin cezası vermeye yetkili amir tarafından alınmamış olsa bile memur savunma hakkını kullanmıştır. Danıştay vermiş olduğu bu kararla yetkisiz kimse tarafından alınmış olan savunmanın geçerli olduğuna hükmetmiştir. Bu karara katılmamaktayız. Muhakkik tarafından alınan savunma, savunma alınırken uyulması gereken diğer bütün esaslara uyulsa bile ceza vermeye yetkili disiplin amiri/yüksek disiplin kurulu tarafından alınan savunmanın yerine geçmez. Disiplin cezası vermeye yetkili amirin/yüksek disiplin kurulunun bizzat kendisinin memurun savunmasını alması, disiplin cezası bakımından kanaati, bir aracı olan muhakkik vasıtasıyla değil bizzat kendisinin memurla muhatap olması üzerine oluşmalıdır. Zira amir/kurul savunma sırasında muhakkik tarafından sorulmamış olan soruları memura sorma gereği hissedebilir; sorulan sorular karşısında memur muhakkike vermediği cevapları amir/kurula verebilir. Ayrıca amir/kurul savunması sırasındaki hal ve hareketlerinden memurun doğruyu söyleyip söylemediğini anlayabilir; delillerle birlikte memurun savunma sırasındaki tutumunu da göz önünde bulunduran isabetli bir karar verebilir.

Danıştay'ın muhakkik tarafından alınan savunmayla memurun savunmasının alınmış olacağını kabul etmesinin sebebi, 657 sayılı Kanununun 130'uncu maddesinin ikinci fıkrasında süre vererek memurun savunmasını alacak olan kişiden soruşturmacıyı (muhakkiki) anlamasıdır. Zira kararda şu ifadeler yer almaktadır: "...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 130. maddesinde de "Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır." denilmekle, disiplin cezası verilebilmesi için alınması anayasal olarak şart olan savunmanın, disiplin cezasını vermeye yetkili mercinin yanında soruşturma aşamasında soruşturmacı tarafından da alınabileceği belirtilmiş olmaktadır..."¹³². 130'uncu maddede memurun savunmasını alacak olan soruşturmayı yapandan muhakkiki anlamak mümkün değildir. Soruşturmayı yapan (memurun savunmasını alan) disiplin amiridir. Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde savunmanın disiplin amiri tarafından alınacağı (m.30/1, m.30/5, m.30/6), devlet memurluğundan çıkarma cezasında ise disiplin amirinin kanaatinin ceza

¹³² D.16.D., T. 30.04.2015, E. 2015/4326, K. 2015/2271, Lexpera.

verilmesi yönünde oluşması halinde disiplin amirinin yanı sıra yüksek disiplin kurulunun da savunma alacağı (m. 30/6) açıkça düzenlenmiştir.

G. İfade Almanın Savunma Almanın Yerine Geçmemesi

Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine göre “muhakkik, savunma isteme ve disiplin cezası verme yetkisi hariç olmak üzere soruşturma konusuyla sınırlı olarak kendisini görevlendiren disiplin amirinin bütün yetkilerini haiz olup bu kapsamda her türlü evrakı incelemeye, hakkında inceleme yapılan memurun ifadesini almaya, memur tarafından gösterilen veya bilgisi olabileceğini değerlendirdiği kişilerden bilgi istemeye ve/veya bunları dinlemeye yetkilidir” (m.29/1). Düzenlemede açıkça yazılı olduğu üzere, muhakkik memurun ifadesini alma yetkisine sahip olmakla birlikte, savunma isteme yetkisine sahip değildir. Yönetmelikte savunma alma ile ifade alma birbirinden ayrı iki faaliyet olarak gösterilmektedir. O halde disiplin soruşturmalarında memurun savunmasının alınması ile ifadesinin alınmasını birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Soruşturma yapılırken alınan ifade savunma sayılmamakta¹³³, soruşturma aşamasında verilen ifadenin savunma olarak kabulüne hukuken olanak bulunmamaktadır¹³⁴. Danıştay’a göre “...Müfettişlerce yapılan inceleme sırasında, hakkında inceleme yapılan memurun sadece olay hakkındaki bilgisi alınmakta olup, ifade alınması şeklinde de adlandırılan bu işlem savunma olarak kabul edileme (yecektir)...”¹³⁵.

İfade alma “soruşturma sırasında” olayın aydınlatılmasına yönelik bir faaliyet iken savunma, “soruşturma tamamlandıktan sonra” gerçekleştirilen bir faaliyettir¹³⁶. İfade alma, soruşturmacının memur hakkında kanaatinin oluşmasına yönelik iken; disiplin soruşturmasında alınan savunma alma geniş kapsamlı olup, memurun hakkındaki tüm iddialara karşı diyeceklerinin sorulmasını içermektedir¹³⁷. Danıştay’ın vermiş olduğu bir karardan yola çıkarak savunma alma ile ifade almanın kapsam itibarıyla farklı olduğunu ortaya koymak mümkündür. Kararda

¹³³ Akıllıoğlu, s. 163.

¹³⁴ D.12.D., T. 04.06.2018, E. 2014/1804 K. 2018/2451, Lexpera.

¹³⁵ D.3.D, T. 29.05.1973, E. 1973/272, K. 1973/269, Legalbank.

¹³⁶ Dinçer, Yıldız: Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 1976, s. 86.

¹³⁷ Gökpınar, s. 47.

ifade edildiği üzere “...soruşturmacı Başmüfettiş tarafından, soruşturma devam ederken, davacıya gönderilen yazı, soruşturma konusu olaylarla ilgili olarak davacının ifadesine başvurulması amacıyla hazırlanmış bir yazı niteliğinde olup bu yazıda, davacı hakkındaki iddialar, bu iddiaların dayandığı deliller, üzerine atılı fillerin hukuki nitelendirmesi ve önerilen disiplin cezası belirtilmemiştir. Belirtilen niteliğiyle, söz konusu yazının bir savunma isteme yazısı ve yazıya verilen cevabın bir savunma olarak da kabulü hukuken mümkün değildir...”¹³⁸. Karardan anlaşılacağı üzere savunmanın alındığından söz edilebilmesi için kişiye gönderilecek olan yazıda bazı hususlara yer verilmesi gerekmektedir. Buna göre memura yönelik isnat içermeyen (isnat edilen fiili ve suçu göstermeyen), isnada yönelik delillere yer vermeyen ve disiplin cezasını göstermeyen bir yazının savunmanın alınması kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Böyle bir yazı ancak disiplin soruşturmasında ifade almaya yönelik bir yazı olarak değerlendirilebilir.

İfade ile savunmanın birbirinden ayırt edilmesinde isnatta bulunma gereğinin yanı sıra kişiye kendisini savunması için en az yedi gün süre verilerek savunmasının istenilip istenilmediğine de yargı yerlerince dikkat edilmektedir. Danıştay’a göre “...Olayda; soruşturmacı tarafından, davacıdan 25/10/2013 tarihli yazı ile ifadesinin istenildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmış olup... olayın görgü tanıklarının ifadesinin alınmasından sonra davacıya savunmasını yapması için en az yedi günlük süre verilmesi ve gönderilen savunma davetiyesinde tanık ifadeleri ile ortaya çıkarılan suçun neden ibaret olduğunun bildirilmesi gerekirken, belirtilen hususları içermeyen ifade tutanağına istinaden davacı tarafından verilen ifade esas alınmak suretiyle verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık bulunma (maktadır)...”¹³⁹.

¹³⁸ D.İ.D.D.K., T. 17.02.2011, E. 2007/1846, K. 2011/6, Legalbank.

¹³⁹ D.8.D., T. 05.02.2018, E. 2016/13179, K. 2018/545, Lexpera. Ayrıca bkz. D.12.D., T. 06.03.2009, E. 2007/1419, K. 2009/1123, Lexpera. (Not: Atıfta bulunulan kararlar 657 sayılı Kanun ile ilgili olarak verilmiş kararlar olmamakla birlikte disiplin hukukuna ilişkin olması itibarıyla dikkate değerdir).

III. SONUÇ

Memur, memur olmanın gerektirdiği kurallara uygun hareket etmelidir. Bu kurallara uymadığı takdirde kendisine disiplin cezası verilebilecektir. Fakat disiplin cezası vermeden önce memura kendisini savunma hakkı tanınması gerekecektir. Disiplin soruşturmasında memurun savunma hakkından yararlanmasında uyulması gereken birçok esas vardır. Öncelikle memurun savunma hakkını bir disiplin soruşturması kapsamında kullanması sağlanmalıdır. Disiplin soruşturması açılmadan memurdan hesap sorulması savunmanın alınması anlamına gelmez.

Disiplin soruşturmasında memura usulüne uygun olarak isnatta bulunulmalıdır. Memur kendisine hangi fiillerin isnat edildiğini, hangi disiplin suçu ile isnat edildiğini ve buna yönelik delillerin neler olduğunu bilmelidir. Memur hakkında verilmesi düşünülen disiplin cezasından da haberdar edilmelidir. Bu düzeyde bir bilgilendirme, idarenin disiplin soruşturmasında memur hakkında hangi bilgi ve kanaatlere sahip olduğunun bilinmesinde memur bakımından büyük önem taşımaktadır.

657 sayılı Kanunda yalnızca devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından memurun “soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına” sahip olduğunun düzenlenmesi, diğer disiplin cezalarına yönelik soruşturmalarda memurun bu haklara sahip olduğunun düzenlenmemesi önemli bir eksikliktir. Bu hakların tüm disiplin soruşturmalarında memurun hakları arasında yer aldığı 657 sayılı Kanunda açıkça öngörülmelidir. Bu önemli eksikliğin biraz da olsa bertaraf edilmesinde önemli bir hukuki araç olan bilgi edinme hakkı vasıtasıyla, mevzuatın çizdiği sınırlar içerisinde memurun soruşturma evrakına (soruşturma dosyasındaki bilgilere) erişimine engel olunmamalıdır. Disiplin cezasına ilişkin uyuşmazlık yargı yeri önünde götürüldüğünde 4982 sayılı Kanuna göre bilgi edinme hakkı kapsamında erişilemeyen belgelere, 2577 sayılı Kanunun çizdiği sınırlar dahilinde erişim sağlanmalıdır.

Memura savunmasını yapması için yeterli süre verilmesi ve savunmasını yapmadığı takdirde savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı bildirilmesi gerekir. Bu bildirim vasıtasıyla memur, savunma hakkının belli bir süre içerisinde kullanılabilen bir hak olduğu, belirlenen süre içerisinde kullanmaması halinde bu haktan yararlanamayacağı konusunda uyarılmalıdır.

Memurun savunması disiplin amiri ve/veya yüksek disiplin kurulu tarafından alınmalı, soruşturmacı tarafından alınan ifadelerin savunma ile aynı işlevi gördüğü kabul edilmemelidir.

657 sayılı Kanunun 135'inci maddesi gereğince memura uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezaları bakımından idareye itirazda bulunma imkânı tanınmalı, idare ile memur arasındaki uyuşmazlığın yargı yeri önünde gitmeden çözülmesi denenmelidir. Devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından ise idareye itirazda bulunulamayacağı, bu cezaya karşı doğrudan idari yargıya başvurulabileceği kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku, 9. Baskı, Der Yayınevi, İstanbul, 2021.
- AKIL, Abdülkadir: Hukukun Genel İlkeleri ve Hukukun Gelişimine Etkisi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VII, Sayı: 3-4, Aralık 2003, s. 385-423.
- AKILLIOĞLU, Tekin: Yönetim Önünde Savunma Hakları, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1983.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1-2, 2002, s. 239-260.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2021 (İdare Hukuku).
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2021 (İdari Yargı).
- ALAN, Nuri: Savunma Hakkı, Danıştay Dergisi, Yıl: 23, Sayı: 87, 1993, s. 17-26.
- ASLAN, Zehreddin: Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları, Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2004.
- ASLAN, Zehreddin/ALTINDAĞ, Halil: Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, 5. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2016.
- AZER, Can: Bilgi Edinme Hakkı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- BOZ, Selman Sacit: Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, 2017, s. 15-41.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021 (İdare Hukuku).

- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021 (İdari Yargı).
- ÇİÇEK, Hayrettin: Devlet Memurları Hakkında Disiplin Soruşturması: Türkiye Örneği (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Ayşe YILDIZ ÖZSALMANLI), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011.
- DELAL, Turgut: Türk Disiplin Mevzuatının Anayasal İlkeler Açısından Değerlendirilmesi (Danışman: Prof. Dr. Faruk BİLİR), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2017.
- DİNÇER, Yıldız: Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 1976, s. 71-94.
- DÖNER, Ayhan: Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2010.
- EREM, Faruk: Anayasa ve Savunma Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, 1963, s. 183-184.
- FİŞ ÜSTÜN, Gül: Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Haziran 2018, s. 17-35.
- GÖÇGÜN, Muhammed: Disiplin Cezalarına Karşı Başvuru Yolları (Danışman: Prof. Dr. Turan YILDIRIM), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.
- GÖKPINAR, Mahmut: Disiplin Hukukunda Yasak-Hukuka Aykırı Deliller, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 2011.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, 3. Baskı, Cilt: 1, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, 1994, s. 20-40.
- HIZ, Yüksel/ YILMAZ, Zekeriya: Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 8, 1991, s. 291-322.

- KAMAN, Nur: Kamu Personel Hukuku, Turan YILDIRIM (Editör), İdare Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020.
- KAYA, Cemil: İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005 (Bilgi Edinme).
- KAYA, Cemil: Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 2, Haziran 2005, s. 61-87 (Memur).
- KAYAR, Nihat: Kamu Personel Yönetimi, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.
- KAYLAN, İbrahim: Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Yargısal Denetim (Danışman: Prof. Dr. N. İlker ÇOLAK), Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2016.
- KÜÇÜK, Ayhan: Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Bu Hakkın İhlalinde İdare ve Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu, Sayıştay Dergisi, Sayı: 81, Nisan-Haziran 2011, s. 111-139.
- LİVANELİOĞLU, Ömer Asım: Memur Disiplin Hukuku, 2. Baskı, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları, 2003.
- ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet: İddia ve Savunma Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı:1-2, Haziran-Aralık 2001, s. 84-111.
- PINAR, İbrahim: Memur Suçlarında İdari Soruşturma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1987 (İdari Soruşturma).
- PINAR, İbrahim/ÇALIŞKAN, Öner: Disiplin Suç ve Cezaları ve Disiplin Soruşturması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- PINAR, İbrahim: Genel Kolluk Disiplin ve Ceza Soruşturması Usul ve Esasları, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2018 (Genel Kolluk).
- POLATER, Yusuf Ziya: Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 122, 2016, s. 99-140.
- SANCAKDAR Oğuz/ALTINOK ÇALIŞKAN, Elif/DURDUN, Gizem/SEYHAN, Serkan/YAĞCI, Pınar: Disiplin Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

- SEZER, Yasin/BİLGİN, Hüseyin: Danıştay Kararlarında İdari Başvurular, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 4, 2008, s. 337-366.
- SÖYLER, Yasin: İdari Usul İlkeleri Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması (Danışman: Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.
- USMAN, Yahya: Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda İdari Usul İlkeleri (Danışman; Fatma Ebru GÜNDÜZ), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- YÜCE, Turhan Tufan: Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili, Danıştay Dergisi, Yıl: 24, Sayı: 88, 1994, s. 5-13.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım: *İdare Hukuku*, Cilt: 1, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- ZOR, Burç Volkan: Disiplin Hukukuna Hâkim Olan İlkeler (Danışman: Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2020.

ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE GÜNCEL DURUM VE BÜYÜK VERİ

Sadullah ÖZEL*

ÖZ

Uluslararası hukuk, devletlerarası ilişkilerin hukuka uygun şekilde sürdürülebilirliğini sağlama dışında, bu süreçte oluşan uyuşmazlıkların barışçıl şekilde çözülmesini de amaçlar. Uluslararası uyuşmazlıkların çözümü konusunda geleneksel yöntemlerin dönüşüm geçirdiği gözlenmektedir. Bu geleneksel yöntemlerin güncel durumu ve çözüm potansiyelinin incelenmesi önem taşımaktadır. Küreselleşme ve dijitalleşmenin etkisiyle “büyük veri” denilen devasa bir bilgi kaynağı da ortaya çıkmıştır. Büyük verinin, uluslararası uyuşmazlıkların yargı-dışı ve yargısal çözümünde önemli bir kaynak oluşturduğu görülmektedir. Büyük veri analizinin de devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde kullanılacak etkili bir yöntem ve araç niteliği öne çıkmaktadır. Devletler, uluslararası örgütler, uluslararası şirketlerin ve bireylerin taraf olduğu uyuşmazlıklar evreninde, büyük verinin çözüm için kullanımı kaçınılmaz hale gelmiştir. Ancak bu sürecin uluslararası hukuka ve evrensel standartlara uygun yürütülmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Uluslararası anlaşmalar, uluslararası insan hakları belgeleri ve etik ilkeler büyük veri analizi sürecinin yönetilmesinde çeşitli ölçütler getirmektedir. Ancak büyük verinin uluslararası uyuşmazlıkların çözümü sürecinde uygulanmasına yönelik tüm unsurları bağlayacak özgün bir

* Dr. Öğr. Üyesi, Batman Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü, E-Mail: sadullahozel@hotmail.com, ORCID ID: 0000- 0003-4053-873X.
Makalenin Gönderim Tarihi : 21.02.2023.
Makalenin Kabul Tarihi : 24.06.2023.

uluslararası anlaşma ihtiyacı gözlenmektedir. Bu uluslararası anlaşmanın önceki geleneksel metinlerden esinlense de teknolojinin dinamik yapısına uygun tasarlanması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası hukuk, uluslararası uyuşmazlıklar, uyuşmazlık çözümü, uluslararası mahkemeler, büyük veri.

THE CURRENT SITUATION IN THE SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES AND BIG DATA

ABSTRACT

International law, apart from ensuring the sustainability of interstate relations in accordance with the law, also aims at the peaceful resolution of disputes that arise in this process. It is observed that the existing traditional methods of resolving international disputes have undergone a transformation. It is important to examine the status and current solution potential of these traditional methods. With the effect of globalization and digitalization, a huge source of information called "big data" has emerged. It is seen that big data constitutes an important resource in the extra-judicial and judicial resolution of international disputes. In addition, big data analysis stands out as an effective method and tool that can be used in the resolution of interstate disputes. In the universe of disputes in which states, international organizations, international companies, and individuals are parties, the use of big data for resolution has become inevitable. However, this process must be carried out in accordance with international law and universal standards. International agreements, international human rights documents and ethical principles introduce various criteria in the management of the big data analysis process. However, there is a need for a unique international agreement that will bind all the elements for the implementation of big data in the international dispute resolution process. Although this international agreement is inspired by previous traditional texts, it should be designed in accordance with the dynamic nature of technology.

Keywords: International law, international disputes, dispute settlement, international courts, big data.

I. GİRİŞ

Küreselleşme ve teknolojik gelişmelerin etkisiyle, uluslararası hukukun geleneksel yapısı önemli ölçüde değişim ve dönüşüm

geçirmiştir. Uluslararası hukukun temel öznesi olan devletler, bir önceki yüzyılda rollerini uluslararası örgütler, uluslararası şirketler ve bireylerle paylaşmak durumunda kalmışlardır.¹ Bunun ötesinde, devletler devleşmiş siber teknoloji şirketlerine karşı egemenlik yetkilerini korumaya çalışmaktadırlar. Özellikle internet tabanlı platformlar, siyasal ve hukuksal alanda önemli dönüşümlere neden olmuştur.

21. Yüzyılda bilgi teknolojilerinin meydana getirdiği yapısal devrim, devlet mekanizmasını hemen tüm fonksiyonlarıyla dijitalleştirmiştir.² Egemenliğin aynı zamanda “bilgi” üzerinde kurulan bir otorite olması, devletleri siber alemde milyarlarca kullanıcısı olan bilgi teknolojisi şirketlerini kontrole sevk etmiştir. Bu kontrol etme çabası halen devam etmektedir.

Uluslararası toplumun bilgi teknolojilerini her platformda yoğun şekilde kullanması, muazzam bir veri birikimi oluşturmuştur. Kitap ve yazılı belge gibi fiziksel materyaller yerini büyük ölçüde elektronik platformlara bırakmıştır. Fiziksel ve sözlü kaynaklar, dijital ortamlara aktarılarak bu verilerin kapsamı genişletilmiştir. Dijital içeriklerle sürekli genişleyen bu devasa veri kitlesi için “büyük veri” nitelmesi yapılmaktadır.³ Büyük verinin oluşumuyla, önceden asla ölçülemeyen, saklanamayan, analiz edilemeyen ve paylaşılamayan şeylerin büyük çoğunluğu önemli bir kaynak niteliği taşımaya başlamıştır.⁴

Büyük verinin hukukun diğer alanlarının yanında uluslararası hukuk açısından taşıdığı önemin ve makul ölçüler içinde kullanılabilirliğinin incelenmesi önem arz etmektedir. Geleneksel uyuşmazlık çözümü araçları ve yöntemlerinin büyük veriyle

¹ Abdulkadir Gülçür, "Küreselleşmenin Hukuki Boyutları ve Birleşmiş Milletler İhtisas Kuruluşları ile Uluslararası Adalet Divanı'nın Devletlerin Egemenliği Üzerindeki Etkisi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2019, s.809-810.

² Hasan Karasoy ve Pelin Babaoğlu, "Türkiye’de Elektronik Devletten Dijital Devlete Doğru." *Karadeniz Sosyal Bilimler Dergisi* Cilt 12, Sayı 23, 2020, s.118.

³ Korcan Doğan ve Sacit Arslantekin, Büyük Veri: Önemi, Yapısı ve Günümüzdeki Durum. *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi*, 2016, 56.1, s.22.

⁴ Schönberger, Viktor Mayer ve Kenneth Cukier, Büyük Veri-Yaşama, Çalışma ve Düşünme Şeklimizi Dönüştürecek Bir Devrim, Çev. Banu Erol, Paloma, İstanbul 2013, s.25.

desteklendiğinde ne gibi sonuçlar doğurabileceği konusunda akademik çalışmalar yapılması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Uluslararası hukukun geleneksel kaynakları olan uluslararası anlaşmalar, uluslararası teamüller, hukukun genel ilkeleri, mahkeme kararları ve bilimsel eserler dijital ortamlarda bir bütün olarak yerini almıştır.

Tarihsel, kültürel, coğrafi ve demografik verilerin dijitalleşmesiyle birlikte uluslararası topluma dair birçok konunun “sosyal tomografisi” gözlenebilir hale gelmiştir. Uluslararası uyuşmazlık niteliğinde olan konuların bütünsel incelenebilirliği sorunların çözülebilirlik olasılığını arttırmıştır. Dolayısıyla dijitalleşme, gerekli araçların etkin kullanımı sayesinde uluslararası hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde olumlu rol oynayabilecek bir süreç olarak nitelenebilir. Büyük veri, bu süreçlerde kullanılacak en önemli araç ve kaynaklardan biri olma potansiyelini taşımaktadır. Büyük verinin analizi ise uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde kullanılacak etkili bir yöntem olarak incelenmeye hak etmektedir.

Çalışmada öncelikle uluslararası uyuşmazlık yöntemleri güncel çerçeveleri dahilinde incelenmiş ve kullanılan mevcut araçların kapsamı doğrultusunda etkinlik düzeyleri araştırılmıştır. Sonrasında büyük verinin uluslararası uyuşmazlıklar açısından önemi araştırılmıştır. Ardından uluslararası uyuşmazlıkların büyük veri analizi yöntemiyle çözümüne dair çıkarımlar yapılmıştır. Sonuç kısmında uluslararası uyuşmazlıkların büyük veri yardımıyla etkili çözümüne ilişkin somut öneriler getirilmiştir.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA UYUŞMAZLIKLAR

Uluslararası uyuşmazlıklar, durağan olmayan ve genellikle farklı disiplinleri ilgilendiren süreçlerdir. Uyuşmazlık nedenleri, tarafların çıkarları, konuları, beklentileri ve bakış açıları, her eylem sürecinde değişim geçirmektedir. Uluslararası nitelikte olan anlaşmazlık konuları genellikle çok yönlüdür ve özellikleri itibarıyla de birçok katmanı kapsar.⁵ Uluslararası hukukta “kişi” olarak kabul edilen taraflar arasındaki ilişkilerde de farklı düzeylerde uyuşmazlıklar ortaya

⁵ C. M Chinkin and Romana Sadurska. “Learning about International Law through Dispute Resolution.” *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, No.3, 1991, s.532.

çıkabilmektedir. Devletlerin kendi aralarındaki anlaşmazlıkları dışında farklı sjeler arasında uluslararası uyuşmazlıklar da oluşabilmektedir.

Devletler, uluslararası hukuk kişisi olarak öncü rollerini sürdürmekte iseler de günümüzde bu rollerini farklı unsurlarla paylaşmak zorunda kalmışlardır. Bu bağlamda devletlerin kendi aralarındaki geleneksel uyuşmazlıklarının yanında, diğr unsurların da dahil olduğu uluslararası uyuşmazlıkların sayısı artmıştır. Özellikle çok farklı nitelikte uluslararası kuruluşlar, yargı-dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusunda etkinliklerini ve meşruiyetlerini arttırmaktadır.⁶ Bu çerçevede aralarında uyuşmazlık oluşabilecek güncel uluslararası hukuk kişilerini aktarmak yararlı olacaktır.⁷

- Devletler: Uluslararası hukukun halen en temel özneleri olarak görülmektedirler. Devletler, uluslararası hukukta egemen ve eşit olarak kabul edilirler.
- Uluslararası örgütler: Uluslararası hukukta tanınan ve devletler tarafından belirli amaçlar için kurulan örgütlerdir. Birleşmiş Milletler (BM) gibi çok taraflı örgütler ve NATO gibi bölgesel örgütler bu kategoriye girmektedir.
- Uluslararası hukuk tarafından tanınan özneler: Bu kategori, belirli koşullar altında uluslararası hukukta kişilik kazanmış özneleri kapsar. Bunlar;

⁶ Hugo Siblesz, "The Role of International Organizations in Fostering Legitimacy in Dispute Resolution" *International Organizations and the Promotion of Effective Dispute Resolution: AIIB Yearbook of International Law 2019*, edited by Peter Quayle and Xuan Gao, Vol. 2, Brill, 2019, p.81.

⁷ United Nations Audiovisual Library of International Law., Disputes between States., https://legal.un.org/avl/lS/Disputes_between_States.html., International Court of Justice. "Jurisdiction of the Court." <https://www.icj-cij.org/en/jurisdiction>, United Nations Audiovisual Library of International Law., Disputes between States and International Organizations., https://legal.un.org/avl/lS/Disputes_between_States_and_IOs.html., International Centre for Settlement of Investment Disputes. ICSID Overview., <https://icsid.worldbank.org/about/overview>., International Chamber of Commerce., ICC Arbitration and ADR., <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration-and-adr/>., Erişim Tarihi: 19.05.2023.

- İnsan haklarının uluslararası sözleşmeler kapsamında korunması açısından kişi olarak kabul edilen bireyler (AİHS gibi sözleşmelerin başvuru statüsü verdiği bireyler)
- Uluslararası hukukun koruduğu bireyler. (Savaş esirleri, diplomatlar ve konsolosluk görevlileri gibi özel statüleri sahip bireyleri kapsar)
- Dünya Ticaret Örgütü ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi gibi özel amaçlı örgütler,
- Çok Uluslu Şirketler: Bazı çok uluslu şirketler ve özel kuruluşlar, uluslararası hukukta öznellik statüsünü kazanmıştır. Bunlar, belirli koşullar altında devletlerin dış politikalarında ve uluslararası ticarete önemli bir rol oynarlar.⁸

Uluslararası hukuk kişilerinin çeşitliliğinin ve sayısının artması, uluslararası uyuşmazlıkları nitelik ve nicelik yönünden etkilemiştir. Uluslararası uyuşmazlıkların geleneksel kaynak ve araçlarla çözümü konusunda da bu nedenle bazı zorlukların oluştuğu tespiti yapılabilir. Günümüzde uluslararası hukuk uyuşmazlık türlerinin aşağıdaki çerçevede incelenmesi mümkündür.

- Devletlerarası Uyuşmazlıklar: İki veya daha fazla devlet arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklardır. Sınır anlaşmazlıkları, deniz hukuku uyuşmazlıkları ve diplomatik uyuşmazlıklar bu kategoriye girer.⁹

⁸ United Nations Audiovisual Library of International Law., Disputes between States and International Organizations., https://legal.un.org/avl/Is/Disputes_between_States_and_IOs.html., International Centre for Settlement of Investment Disputes. ICSID Overview., <https://icsid.worldbank.org/about/overview>., International Chamber of Commerce., ICC Arbitration and ADR. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration-and-adr/>, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

⁹ United Nations Audiovisual Library of International Law., Disputes between States. https://legal.un.org/avl/Is/Disputes_between_States.html., Erişim Tarihi: 19.05.2023.

- Devletler ve Bireyler Arasındaki Uyuşmazlıklar: Bu tür uyuşmazlıklar, devletin insan hakları ihlalleri nedeniyle bireyler veya gruplar tarafından suçlandığı durumlarda ortaya çıkar. Örneğin, tutuklanma, işkence, yargısız infaz ve diğer insan hakları ihlalleri bu kategoriye girer. Ayrıca yaygın göç hareketleri nedeniyle, farklı statülerdeki göçmenlerin hukuksal sorunları bu kategoride değerlendirilebilir¹⁰.
- Devletler ve Uluslararası Kuruluşlar Arasındaki Uyuşmazlıklar: Bir devlet veya bir grup devlet, bir uluslararası kuruluş veya örgüt arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar bu kategoriye girer. Bu tür uyuşmazlıklar genellikle ticari, diplomatik veya politik niteliktedir.¹¹
- Devletler ve Uluslararası Şirketler Arasındaki Uyuşmazlıklar: Bu tür uyuşmazlıklar, bir devlet veya bir grup devlet ile bir uluslararası şirket arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları kapsar. Örneğin, uluslararası sosyal medya kuruluşlarına yönelik sınırlamalar, yabancı yatırımcıların hakları ve doğal kaynakların kullanımı gibi konular bu kategoriye girer.¹²
- Devlet İçİ Uyuşmazlıklar: Bu tür uyuşmazlıklar, bir devlet içindeki gruplar veya bireyler arasında ortaya çıkan dışsal etkisi

¹⁰ United Nations Human Rights Council. "Complaint Procedure and Special Procedures Mandate Holders., <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx>., European Court of Human Rights. "Individual Applications., https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants&c=#n1368718271710_pointer, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

¹¹ James Crawford, *Brownlie's principles of public international law*, Oxford University Press, USA, 2019, s.105.

¹² How Corporations Get Away With Environmental and Human Rights Abuses", Harvard Business Review, <https://hbr.org/2019/11/how-corporations-get-away-with-environmental-and-human-rights-abuses>, Shell faces historic legal action in the Netherlands over fossil fuel emissions", The Guardian, <https://www.theguardian.com/business/2019/apr/05/shell-faces-legal-action-in-the-netherlands-over-fossil-fuel-emissions>, ICSID Cases and Claims", International Centre for Settlement of Investment Disputes, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/44>, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

olan uyuşmazlıkları kapsar. Örneğin, iç savaşlar, ayaklanmalar ve terörizm gibi olaylar bu kategoriye girer.¹³

Uluslararası hukukun çözüm getirmesi beklenen uyuşmazlık türleri yukarıdaki çerçeveyi de aşacak şekilde gün geçtikçe genişlemektedir. Özellikle bireysel nitelikli bazı uyuşmazlıklar, küreselleşme, kültürel nedenler ve vatandaş hareketliliği nedeniyle uluslararası bir uyuşmazlık konusu haline gelebilmektedir.¹⁴ Spesifik bir sorunun çok farklı boyutlarının olması, bundan kaynaklı uyuşmazlığın çözümünü de zorlaştırmakta ve geleneksel araçlarla sonuç almak zorlaşmaktadır.

Uluslararası hukukun yalnızca devletlerin iradesinden kaynaklanması ilkesi, devletlerin egemen eşitliği doktrini ve yabancı yargı yetkisinden mutlak bağımsızlık gibi bazı kabuller, güncel tartışmaların odağında yer almaktadır.¹⁵ Uluslararası uyuşmazlıkların yargısal ve yargı-dışı çözüm yöntemleri her uygulama sürecinde yeniden yorumlanmakta ve sayılan prensipleri dönüştürmektedir.

Uluslararası hukukta uyuşmazlıkların çözümünde başvuru olan yargı-dışı ve yargısal yöntemler aşağıda aktarılmış ve bunların güncel etkinlik düzeyleri incelenmiştir.

III. ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARDA YARGI-DIŞI ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Uluslararası uyuşmazlıklarda taraflar arasındaki sorunların çözümünde yargıya başvurmadan önce kullanılabilir barışçıl bazı yöntemler bulunmaktadır.¹⁶ Yargısal olmayan bu usuller, müzakere, dostça girişim, arabuluculuk, uzlaştırma, araştırma ve soruşturma olarak

¹³ Muhittin Ataman ve Mehmet Öztürk. "Uluslararası Örgütlerin Devlet-İç Çatışmalara Müdahale Edip Etmemesini Belirleyen Faktörler." *Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi* Sayı 2, 2016, 103-135, s.104.

¹⁴ Alison Brysk and Arturo Jimenez, "The Globalization of Law: Implications for the Fulfillment of Human Rights", *Journal of Human Rights*, Vol.11, No.1, 2012, s.5.

¹⁵ H., Lauterpacht, "The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law." *Economica*, No. 24, 1928, s.278.

¹⁶ Duncan B. Hollis and Eneken Tikk, "Peaceful Settlement in International Law." *Tex. Int'l LJ* 57, 2021, s.135.

sınıflandırılmaktadır.¹⁷ Belirlenen bu yöntemler, uluslararası örgütlerin çatışma ve uyuşmazlık çözümünde kullandığı temel araçlardır.¹⁸ Birleşmiş Milletler, uyuşmazlıkların yargı-dışı çözümünde öncü rolü oynayan bir uluslararası örgüttür.¹⁹

Uluslararası hukuk uyuşmazlıklarının yargı-dışı çözüm yöntemleri, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünün daha hızlı ve daha ekonomik bir şekilde yapılmasına olanak tanımaktadır. Bu sürecin işletilmesi, yargı sürecindeki uzun süreler ve yüksek maliyetlerden kaçınmaya yardımcı olabilir. Yargı dışı çözüm yöntemleri, tarafların çözüm sürecinde daha fazla kontrol sahibi olmasına izin verebilir. Taraflar, çözüm sürecinin nasıl yürütüleceği ve sonucun ne olacağı konusunda belirleyici olabilirler. Yargı dışı çözüm yöntemleri, taraflar arasında ilişkilerin gelecekte de sürdürebileceği bir uzlaşmanın sağlanmasına yardımcı olabilir.²⁰

Uluslararası hukuk uyuşmazlıklarının yukarıda aktarılan avantajlarının yanı sıra bazı sorun oluşturan yanları da bulunmaktadır. Yargı dışı barışçıl çözüm yöntemleri, taraflar arasında güç dengesizliği durumunda olumsuz sonuçlar doğurabilir. Bu durum, daha güçlü tarafın daha fazla kazanç sağlamasına ve daha zayıf tarafın ise uyuşmazlık sonucunda zarar görmesine neden olabilir. Yargı dışı çözüm yöntemleri, taraflar arasında sağlanan uzlaşma, barış ve iş birliği sağlama amacına hizmet edebilir. Ancak, yaptırım yetersizliği nedeniyle uzlaşma sağlanmış

¹⁷ United Nations, "Methods of dispute settlement" (2022), <https://www.un.org/en/sections/issues-depth/dispute-settlement-methods-dispute-settlement/>, European Union External Action, "Alternative Dispute Resolution" (2022), https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/9467/alternative-dispute-resolution_en, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

¹⁸ Paul K. Huth, et al. "Does International Law Promote the Peaceful Settlement of International Disputes? Evidence from the Study of Territorial Conflicts since 1945." *The American Political Science Review*, vol. 105, No. 2, 2011, s.417.

¹⁹ Fanny Badache, Sara Hellmüller & Bilal Salaymeh, "Conflict Management Or Conflict Resolution: How Do Major Powers Conceive The Role Of The United Nations In Peacebuilding?", *Contemporary Security Policy*, Vol.43, No.4, 2022, s.549.

²⁰ Lawrence Susskind and Saleem Ali, "The Role of Alternative Dispute Resolution in International Law", *Virginia Journal of International Law*, Vol.44, No.1, 2004, s.167,168.

bir konu yeniden uyuşmazlık konusuna dönüşebilir. Tarafların karşılıklı güveni ve uzlaşma ihtimali düşük olduğunda bu yöntemlerin kullanılması, tansiyonu yükselten ve çatışma düzeyini arttıran sonuçlar doğurabilir.²¹

Yargı-dışı barışçıl çözüm yöntemleri, güçlü ve zayıf yanları göz önünde bulundurularak uyuşmazlığın niteliğine göre kullanılabilir. Yargı-dışı barışçıl çözüm yöntemleri, güçlü ve zayıf yanları göz önünde bulundurularak uyuşmazlığın niteliğine göre kullanılabilir. Bu kapsamda görüşme, dostça girişim, arabuluculuk, uzlaştırma ve inceleme-soruşturma yöntemlerinin kullanım alanlarının incelenmesi uygun olacaktır.

A. Görüşme

Görüşme, uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan en yaygın yöntemlerden biridir. Bu yöntemde, taraflar arasında doğrudan bir iletişim kurulmakta ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik farklı görüşler ve öneriler tartışılmaktadır. Görüşme ve/veya müzakere yöntemi, genellikle siyasi ve diplomatik kanallar aracılığıyla yapılmaktadır.²² Diplomasi, bu süreçte iki veya daha fazla ülke veya taraflar arasında ilişkilerin geliştirilmesi, sürdürülmesi ve yönetilmesi için kullanılmaktadır. Diplomatik kanallar, taraflar arasında doğrudan bir iletişim kurulmasına olanak sağlamakla birlikte, farklı görüşlerin ve önerilerin tartışılmasına da imkan vermektedir.²³

Kurulan iletişim sayesinde, taraflar arasındaki farklılıkların ve çıkarların daha iyi anlaşılması ve çözüm önerilerinin ortaya konulması mümkün olabilmektedir. Görüşme yöntemi, taraflar arasında esnek bir çözüm süreci oluşturmaktadır. Taraflar, süreçte önerilerini değiştirme ve yeniden formüle etme özgürlüğüne sahiptirler. Bunun katkısıyla, uyuşmazlığın çözümüne yönelik farklı seçenekler sunulabilmektedir.

²¹ Susskind and Ali, a.g.m., 2004, s.169,170.

²² Muhammed Erdal, "Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Bir Müessese: Sürekli Hakemlik Mahkemesi", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s.2876.

²³ Ian Hurd, "Law and the Practice of Diplomacy." *International Journal*, Vol.66, No.3, 2011, s.582.

Tarafların birbirleriyle doğrudan iletişim kurması ve karşılıklı olarak çözüm önerileri sunmasıyla uyuşmazlıklar çözülebilmektedir.²⁴

Görüşme yönteminin yukarıda aktarılan faydaları dışında bazı zayıf yanları da bulunmaktadır. Görüşme yönteminin uygulanması sırasında taraflar arasında olası güç dengesizliği, güçlü tarafın daha fazla kazanç sağlaması sonucunu doğurabilir. Bu yöntem, taraflar arasında uzlaşmanın sağlanamayacağı durumlarda etkili olmayabilir. Taraflar arasında güven eksikliği ve karşılıklı çıkarların farklı olması gibi nedenlerle, ilerleme sağlanması mümkün olmayabilir. Müzakere süreci taraflar arasında farklı görüşlerin olması, anlaşmazlık konusunun karmaşıklığı ve farklı bazı faktörler nedeniyle uzayabilir.

Devletler arasındaki ilişkiler, küreselleşme ve teknolojiye gelişim ile çevrimiçi bir süreklilik kazanmıştır. Özellikle dijital diplomasi araçlarının kullanım olanağının artması, bazı geleneksel diplomatik araçları kullanma zorunluluğunu en aza indirmiştir. Büyükelçilikler, elçilikler ve konsoloslukların diplomatik fiziksel iletişim kanallarının dışında siber alanda çevrimiçi iletişim araçları işlevsellik kazanmıştır. Geleneksel coğrafi sınırlarla egemenlik alanı belirlenmiş devletler, siber uzayda sınırsız ilişkiler ağı içerisinde yepyeni bir diplomasi biçimi ve dili oluşturmaktadır. Dijital diplomasi denilen bu alanda uluslararası uyuşmazlıkların boyutu ve düzeyi de dönüşüm geçirmektedir.²⁵ Ancak, uluslararası uyuşmazlıkların devamlılık arz eden doğası karşısında, dijital diplomasi de sınırlılıkları vardır. Bu çerçevede ikili müzakere teknikleri yardımıyla devletlerarası bazı ihtilafların çözümü mümkün olsa da birçok uyuşmazlık, uluslararası çatışma riski doğuracak ölçüde krizler doğurmaktadır. Ayrıca dijital diplomasi, bünyesinde barındırdığı siber güvenlik açığı nedeniyle devletlerin kaygılanmasına neden olmaktadır.²⁶

²⁴ Jacob Bercovitch, Richard Jackson and Richard Dean Wells, “Conflict Resolution in The Twenty-firstcentury: Principles, Methods, and Approaches”, *University of Michigan Press*, 2009. s.21.

²⁵ Elif Gürdal, “Dijital diplomatlar: Dijital diplomaside yeni nesil diplomatlar”, *Bitlis Eren Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Akademik İzdüşüm Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2021, s.116.

²⁶ Gürdal, a.g.m. 2018, s.117.

B. Dostça Girişim

Uluslararası bir uyuşmazlığın taraflarının müzâkerelere ilk kez girişmesi veya kesilen müzâkerelerin yeniden başlaması amacıyla üçüncü bir kişi veya kişi topluluğunun başlattığı ölçülü çaba, dostça girişim olarak tanımlanmaktadır.²⁷ Bu girişimler, taraflar arasındaki iletişimi sağlama, anlaşmazlıkların yatıştırılması ve uyuşmazlıkların çözülmesi için yapılır. Dostça girişimler, genellikle diplomatik kanallar aracılığıyla gerçekleştirilir ve birçok farklı formda olabilir. Tarafların doğrudan müzakeresini başlatma şeklinde olabileceği gibi tarafların bir araya gelmesini sağlayacak ve anlaşmazlıkları hakkında fikir alışverişinde bulunacakları toplantıların organize edilmesi şeklinde de olabilir. Dostça girişimin amacı, taraflar arasında bir anlaşmazlık olduğunda çatışmaların önlenmesi ve uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesidir. Bu yöntem, daha şiddetli çatışmalara ve savaflara yol açabilecek anlaşmazlıkların çözülmesinde etkili bir araç olarak kullanılabilir.²⁸

Taraflar arasındaki görüşmelerin, üçüncü bir tarafın katkısıyla arabuluculuk gibi diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine doğru evrilmesi de mümkündür. Her bir uyuşmazlık çözüm yöntemi birlikte veya ayrı ayrı kullanılabilir. Dostça girişim yönteminin uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmasının bazı güçlü ve zayıf yanları bulunmaktadır. Düşük maliyetli olması, taraflar arasında diyalogu ve iletişimi artırması, tarafların uzlaşarak anlaşmaya varma olasılığını artırır. Yargılama veya tahkim süreçleri gibi daha sert yaptırımları olan yöntemlere göre daha esnekler. Dostça girişim, tarafların daha fazla kontrol sahibi olmasına ve karar alma sürecine katılmasına olanak tanır.

Dosta girişim yönteminin belirtilen avantajlarının dışında çeşitli zayıf yanları da bulunmaktadır. Bu yöntem, tarafların görüşme ve müzakere konusunda uzlaşmaması durumunda başarısız olabilir. Ayrıca tarafların güçleri arasındaki dengesizlik, uzlaşma sağlamayı zorlaştırabilir. Çözüm sürecinin yavaş ilerlemesi tarafların uzlaşmasını

²⁷ Mahmut R. Belik, *Devletlerin Harp Salâhiyetini Tahdidi ve Milletlerarası İhtilâfların Sulh Yolu ile Halli Usulleri*, Birinci Cilt, 2. Baskı, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1957, s.92.

²⁸ İslam Safa Kaya, “Uluslararası Örnekler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözüm Yolları”, *Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2/1, 2017, s.155.

engellenebilir. Dostça girişim, genellikle diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin birlikte kullanılmasını gerektirir.

Devletler arasında güç dengesizliği, dini, kültürel ve etnik farklılıklar çoğu kez tarafların uyuşmazlıklarını doğrudan görüşmelerine engel olmaktadır. Bu durumlarda üçüncü bir kişinin dostça girişim çabası önemli hale gelmektedir. Uluslararası örgütlerin ve güçlü devletlerin uluslararası uyuşmazlıklarda dostça girişim yöntemine sıklıkla başvurduğu gözlenmektedir.²⁹

C. Arabuluculuk

Arabuluculuk, taraflar arasında oluşmuş bir uyuşmazlığın çözümü için tarafsız bir üçüncü kişinin yardımıyla taraflar arasında gönüllü bir uzlaşma sağlanması sürecidir.³⁰ Arabuluculuk, tarafların bir hakem veya mahkeme yerine uyuşmazlıklarını çözmelerine yardımcı olan bir alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemidir. Arabuluculuk, taraflar arasında iletişimi sağlar, ihtilafli konuları belirler, çözüm önerileri sunar ve taraflar arasında bir anlaşmaya varılmasını kolaylaştırır. Uluslararası anlaşmazlıkların çözümünde arabuluculuk, tarafların anlaşmazlık konusunu kendi aralarında çözmelerine olanak tanıırken, her iki tarafın da kendileri için kabul edilebilir bir çözüm bulmasını sağlar. Bu nedenle, arabuluculuk, taraflar arasındaki ilişkilerin korunmasına ve geliştirilmesine de yardımcı olabilir.³¹

BM Şartı'nın 33. maddesi, taraflar arasındaki anlaşmazlıkların dostane bir şekilde çözülmesi yönünde taraflara çağrı yapmakta ve bu bağlamda arabuluculuğun kullanılmasını teşvik etmektedir.³² Ayrıca, BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen çok sayıda karar da arabuluculuğun kullanımını desteklemektedir. Örneğin, 1995 yılında kabul edilen "Temel İlkeler ve İlkelerin Uygulanması İçin En İyi Uygulamalar" başlıklı kararda, arabuluculuk yöntemi ile barışçıl çözümün teşvik edilmesi ve uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması yönünde bir çağrı

²⁹ Kaya., a.g.m., 2017, s.155.

³⁰ Selman Ögüt, "Uluslararası Hukukta Barışçıl Çözüm Yolları Açısından Türkiye'nin Rusya-Ukrayna Arasındaki Arabuluculuğu". *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 75, 2023, s.476.

³¹ Chinkin and Sadurska, a.g.m., 1991, s.543.

³² BM Anlaşması, [United Nations Charter \(full text\) | United Nations](#),

yapılmıştır.³³ Ayrıca, BM Güvenlik Konseyi, uluslararası anlaşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yönteminin kullanımını teşvik eden birçok kararı kabul etmiştir.³⁴

Uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümünde arabuluculuk yöntemi, müzakere ve dostça girişim yöntemi gibi yaygın uygulaması olan bir yöntemdir. Uluslararası uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümü, geleneksel yargısal yöntemlerine göre birçok avantaj sağlar. Bunlar arasında “daha hızlı ve az maliyetli bir çözüm”, “ taraflar arasında daha iyi bir iletişim ve iş birliği”, “ tarafların taleplerine özgü çözümler bulunabilmesi” öne çıkmaktadır. Ayrıca, arabuluculuk yöntemi uyuşmazlıkların çözümünde tarafların talepleri ve ihtiyaçları göz önünde bulundurularak daha adil bir çözüm sunabilir. Arabuluculuk yönteminin uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde bazı dezavantajları da vardır. Özellikle arabuluculuk kültürünün yeterince gelişmemiş olması ve arabuluculuk sürecinde taraflar arasındaki güvenlik endişeleri önemli sorunlar oluşturabilmektedir.

Müzakere ve dostça girişim yöntemlerine kıyasla arabuluculuk süreci daha etkili ve verimli bir çözüm sunabilir. Diğer alternatif araçların kullanımına olanak tanıdığı için taraflar arasında güvenin yeniden tesis edilmesini sağlayabilir. Arabuluculuk ve ilgili uluslararası uyuşmazlık

³³ BM Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1995 tarihli 50/70 sayılı kararıdır. Bu karar, arabuluculuk hizmetlerinin daha yaygın ve etkin bir şekilde kullanılması için belirli temel ilkelerin ve en iyi uygulama yöntemlerinin belirlenmesini amaçlamaktadır. Kararda, arabuluculuk hizmetlerinin barış ve adaletin tesis edilmesinde önemli bir rol oynayabileceği, arabuluculuğun hukukun üstünlüğüne dayalı bir çözüm yöntemi olduğu ve uyuşmazlıkların erken aşamalarında arabuluculuğun kullanılmasının daha etkili ve ekonomik olduğu belirtilmektedir. Karar, ülkelerin arabuluculuk konusunda bilgilendirilmesi ve arabuluculuğun daha yaygın kullanımı için kapasitelerinin geliştirilmesi yönünde çağrıda bulunmaktadır.

³⁴ BM Güvenlik Konseyi Kararı 245 (1967), BM Güvenlik Konseyi Kararı 731 (1992), BM Güvenlik Konseyi Kararı 1353 (2001), BM Güvenlik Konseyi Kararı 1701 (2006), BM Genel Kurulu Kararı 57/18 (2002), BM Genel Kurulu Kararı 66/129 (2012), BM Genel Kurulu Kararı 67/104 (2012), BM Genel Kurulu Kararı 68/303 (2014), BM Genel Kurulu Kararı 70/304 (2016)

Bu kararlar, BM'nin arabuluculuk hizmetleri konusundaki politikalarını, arabuluculuk prosedürlerini ve arabuluculuk hizmetlerinin teşvik edilmesini sağlamayı amaçlamaktadır.

konusunda teknik uzmanlığı olanlar vasıtasıyla tarafların asgari beklentilerini karşılayan bir anlaşma sağlanabilir. Arabuluculuk teknikleriyle tarafların yargı ve tahkim sürecine gitmelerine gerek kalmaksızın bazı konularda uzlaşma sağlamaları mümkün olabilir.

Bilgi teknolojisindeki gelişmeler, arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin etkili sonuçlar sağlamasına hizmet etmektedir. Ayrıca yargı süreçlerinin tarafların beklentilerini karşılamakta yetersiz kalması ve uzun zaman alması taraflar açısından yıpratıcı olabilmektedir.

D. Uzlaştırma

Uzlaştırma, uluslararası uyuşmazlıklarda diğer yöntemlerle birlikte veya ayrı olarak kullanılan alternatif ve barışçıl bir çözüm şeklidir. Uzlaştırma, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından aşağıdaki şekilde tanımlanmaktadır.

“Uzlaştırma, bir uyuşmazlıkla uğraşmak üzere, taraflarca bu mesele için Ad Hoc olarak veya daha önceden sürekli nitelikte tesis edilmiş olan komisyonun güdümü altında, her türden uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için bir yöntemdir. Komisyon, uyuşmazlığı tarafsız bir şekilde inceleyip değerlendirir ve bir çözüm üretme bakımından, taraflarca kabul edilebilir ve icra edilebilir çözüm formüllerini sağlamaya çalışır.”³⁵

Uzlaştırma, taraf devletlerin bir kuruma uyuşmazlığı sunarak inceleme yapılmasını ve anlaşmazlığın çözümüne yönelik öneriler getirilmesini talep ettikleri barışçıl bir çözüm yöntemidir. Uzlaştırma, uyuşmazlık sonrası kurulan “ad hoc” bir uzlaştırma komisyonu tarafından yapılabileceği gibi yapılan ön anlaşmayla sürece ilişkin farklı bir yol haritası da belirlenebilir. Bu yöntem de uyuşmazlığın niteliğine göre diğer yöntemlerle birlikte veya ayrı olarak uyuşmazlıklarda uygulanabilir.

³⁵ Uluslararası Hukuk Enstitüsü, Uluslararası Uzlaştırma Prosedürleri Hakkında Yönetmelik (Regulation on the Procedure of the International Conciliation) 1. Madde. https://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/1961_salz_02_en.pdf. Erişim Tarihi: 25.05.2023.

Uzlaştırma ile soruşturma mekanizmalarını ayıran en temel husus, soruşturma komisyonunun istisnai haller dışında sadece maddi olayı tespitle yetkilendirilmiş olmasına rağmen; uzlaştırmayı yürüten komisyonun, tespit sürecinin yanında, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözecek hukuki ve somut öneriler de getirebilmesi noktasındadır.³⁶

E. Araştırma ve Soruşturma

Araştırma ve soruşturma, özellikle uluslararası güvenlik açısından önem arz eden uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kullanılan bir barışçıl çözüm yöntemidir.³⁷ Bu yöntem, BM tarafından insan hakları ihlalleri, savaş suçları ve diğer benzeri konular gibi ciddi uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmaktadır. İnceleme ve soruşturma yöntemi, çözüm sürecinde tarafların doğrudan müdahalesi olmadan, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesi temelinde yürütülür.³⁸

BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi, inceleme ve soruşturma yöntemini kullanarak, ülkelerin insan hakları ihlalleri, savaş suçları, kimyasal silah kullanımı ve diğer benzeri konulardaki faaliyetleri ile ilgili raporlar hazırlayabilir.³⁹ Bu raporlar, sorunun çözümüne yardımcı olacak tavsiyelerde bulunabilir ve taraflar arasında diyalog ve işbirliği sağlanmasına yardımcı olabilir.⁴⁰ İnceleme ve soruşturma yöntemi genellikle uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden olaylar veya ciddi insan hakları ihlalleri gibi uluslararası boyutta yankı uyandıran olaylarda kullanılır. Örneğin, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 2014 yılında Ukrayna'daki krizle ilgili olarak inceleme yapmak üzere bir karar

³⁶ Levent Ersin Orallı, “Uluslararası Krizler ve Bağımsız Soruşturma Komisyonları”, *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, 2014, s.104.

³⁷ BM Anlaşması, [United Nations Charter \(full text\) | United Nations](#).

³⁸ Orallı, a.g.m. s.94.

³⁹ Bora Akince, “Uluslararası Hukukta Çözüm Mekanizmaları ve Uluslararası Hukukta Uygunluğun Sağlanması Mekanizmaları: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2021, s.102,103.

⁴⁰ Yasin Öztürk, *Uluslararası Hukukta Çatışma ve Çözümü, Teoriden Pratiğe Uluslararası Çatışma*, Ed. Muhittin DEMİRAY, Sevil ŞAHİN., Orion Yayınları, Ankara 2022, s.52.

almıştır.⁴¹ Ayrıca, BM İnsan Hakları Konseyi, Suriye'deki insan hakları ihlallerini araştırmak için inceleme ve soruşturma yöntemini kullanmıştır.⁴²

Araştırma ve soruşturmanın, “uluslararası örgütlere karar alma sürecinde bilgi sağlanması”, “uluslararası anlaşmada tarafların yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin araştırılması” ve “uyuşmazlığın çözümü noktasında somut verilerin ortaya çıkartılması” şeklinde üç işlevi öne çıkmaktadır.⁴³

İnceleme ve soruşturma yöntemi, genellikle bağımsız bir heyet veya komisyon tarafından yürütülür. Bu heyet veya komisyon, tarafların seçtiği bir üçüncü taraf olabileceği gibi, tarafların kabul ettiği veya BM veya başka bir uluslararası örgüt tarafından atanan bir heyet de olabilir. Örneğin, BM Güvenlik Konseyi, bazı durumlarda inceleme ve soruşturma yapmak üzere özel uzmanlığı olan bir heyet veya komisyon atayabilir. Bu heyet ve komisyonların nitelikli bir inceleme ve soruşturma yapmaları ilgili uyuşmazlığın şiddet içeren bir çatışmaya dönüşmemesi açısından da önemlidir. BM Güvenlik Konseyi'nin alacağı kararların temel gerekçesi hazırlanan bu raporlarla şekillenmektedir.⁴⁴ Mavi Marmara olayında görevlendirilen BM Mavi Marmara Olayını Araştırma Komisyonu Raporu buna örnek gösterilebilir.⁴⁵

Uyuşmazlık çözümünde kullanılan inceleme ve soruşturma yönteminin de diğer alternatifleri gibi güçlü ve zayıf yanları bulunmaktadır. Araştırma ve inceleme, gerekli verilerin elde edilmesiyle uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına, insan haklarının savunulmasına ve adaletin sağlanmasına katkıda bulunabilir. Bağımsız ve tarafsız bir inceleme yapılması sonucu hazırlanan rapor, taraflara

⁴¹ United Nations Security Council Resolution 2166 (2014): [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2166\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2166(2014)), Erişim Tarihi: 19.05.2023.

⁴² UN Human Rights Council, "Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic", A/HRC/22/59, 2013.

⁴³ Akince, a.g.m., s.103.

⁴⁴ BM Güvenlik Konseyi., <https://www.un.org/securitycouncil/>, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

⁴⁵ Ömer Bedir, "The Flotilla Incident from the Perspective of International Law and the Judicial Rights of the Victims". Universidad de Jaén-Spain, The Age of Human Rights Journal, Vol. 15, December 2020, s. 57. <https://doi.org/10.17561/tahrj.v15>.

uyuşmazlığın barışçıl yollarla çözümü konusunda yardımcı olabilir. İnceleme ve soruşturma sonuçları, uluslararası toplumun konuya ilişkin bilgi sahibi olmasına ve bilinçlenmesine yardımcı olabilir. Hukukun üstünlüğünün korunması, insan haklarının savunulması ve adaletin sağlanmasını sağlayabilir.

Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan inceleme ve soruşturma yönteminin yukarıda aktarılan yararları dışında bazı zayıf yanları da bulunmaktadır. Tarafların rızası olmadan, olaylara müdahil olmak, egemenlik haklarına saygısızlık olarak algılanabilir. Tarafların inceleme ve soruşturma sonuçlarına uyma zorunluluğu olmadığından, tespit edilen hususların somut olarak uygulanması zor olabilir. İnceleme ve soruşturma yönteminin sonuçları, bazen siyasi faktörlerin etkisinde kalabilir ve tarafsızlık niteliğini taşımayabilir. İnceleme ve soruşturma süreci, uzun sürebilir ve maliyetli olabilir. İlgili devletler, uluslararası incelemelerin yapılmasını engelleyebilir veya incelemelere katılmayı reddedebilir. Ayrıca bu yöntemle ulaşılan sonuçlar raporlaştırılsa da bu raporlar tarafları bağlayıcı nihai bir karar özelliğini taşımamaktadır.

IV. ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARDA YARGISAL ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

Uluslararası uyuşmazlıkların diğer alternatif yöntemlerle çözülememesi halinde, taraflar arasındaki sorunun bir hakem veya mahkeme tarafından çözüme kavuşturulduğu yöntemdir.⁴⁶ Bu yöntem genellikle tarafların anlaşmazlığı çözüme yolları arasında son tercih edilen ama etkili olan bir yöntemdir.⁴⁷ Uluslararası uyuşmazlıkların yargısal çözümü için farklı uluslararası mahkemeler ve tahkim kurumları bulunmaktadır. Bu kurumlar arasında en önemlileri, Uluslararası Adalet

⁴⁶ Richard Bilder, “International Dispute Settlement and the Role of International Adjudication”, *Emory Journal of International Dispute Settlement*, Vol.1, No.2, 1987, s.134.

⁴⁷ Eda Tutak, Uluslararası Deniz Hukukunda Deniz Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin En Etkin Başvuru Yolunun Bulanık AHP Yaklaşımıyla Belirlenmesi, *Paradigma*, Sayı, 11.1, 2022, s.16.

Divanı, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tahkim Mahkemesi kurumlarıdır.⁴⁸

Uluslararası uyuşmazlıkların yargısal çözümü, tarafların bağımsız bir üçüncü taraf kararıyla sonuçlanması nedeniyle güvenilir bir yöntemdir. Ancak uzun sürmesi ve maliyetli olması gibi bazı dezavantajları da bulunmaktadır.

Yargısal çözüm yöntemleri, uluslararası hakemlik, uluslararası mahkemeler ve Uluslararası Adalet Divanı şeklinde üç ayrı başlık altında incelenebilir.

A. Uluslararası Tahkim

Uluslararası tahkim, uluslararası kişilik taşıyan özneler arasındaki anlaşmazlıkların tarafların seçtikleri bir hakem heyeti tarafından çözülmesi esasına dayanır.⁴⁹ Tahkim, tarafların uyuşmazlığı kendi aralarında çözememesi veya diğer yollarla çözüm sağlayamaması durumunda başvurabilecekleri bir yöntemdir. Devletlerarası tahkim, kural olarak bir taraf devletler arasında antlaşma ile kurulan ve tanımlanan bir sürece işaret eder.⁵⁰ Tarafların söz konusu antlaşma ile uyuşmazlığın çözümünü, hukuka uygun ve bağlayıcı bir karar almak üzere ad-hoc bir organa bıraktıkları yargısal yöntemdir.⁵¹ Tahkim antlaşması, “bir antlaşmaya eklenen tahkim kaydı” veya “yetki antlaşması” şeklinde olabilmektedir. Bu ön yetkilendirme, tahkimin temel meşruiyet kaynağı olmaktadır. Uluslararası hukuk, tahkimin yapısı ve yürütülmesini taraflara bırakmaktadır.⁵²

⁴⁸ Abdulkadir Gülçür, “Küreselleşmenin Hukuki Boyutları ve Birleşmiş Milletler İhtisas Kuruluşları ile Uluslararası Adalet Divanı'nın Devletlerin Egemenliği Üzerindeki Etkisi” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2019, s.815.

⁴⁹ Feyiz Erdoğan, *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s.24.

⁵⁰ M. Ayhan Altıntaş, “Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kurulları”, *Hazine Dergisi*, S.10, 1998, s.6.

⁵¹ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.24

⁵² Beyza Özturanlı, “Uluslararası Hukukta Disiplinler Arası İşbirliğine Önemli Bir Örnek: İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2016, s.40.

Antik çağda taraflar arasında uyuşmazlıkların çözümü için çoğunlukla tahkim yöntemi kullanılmışsa da modern anlamda uluslararası tahkimin temeli, 19. yüzyılın sonlarına doğru atılmıştır.⁵³ 1794 tarihli Jay Antlaşması, 1899 ve 1907 Lahey Barış Konferansları devletlerarası tahkimin uygulanmasına yönelik en önemli gelişmelerdir.⁵⁴ Bu süreçler uyuşmazlıkların hukuk yoluyla barışçıl bir şekilde çözülmesi bağlamında tahkim metodunun sıklıkla kullanılmaya başlamasına öncülük etmiştir.⁵⁵ Özellikle Lahey Barış Konferansları sonucunda tahkim süreçlerinin ve tarafsız hakem seçiminin kolaylaştırılması adına bir Daimi Tahkim Mahkemesi kurulmuştur.⁵⁶

Uluslararası uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü konusunda çeşitli örnekler göze çarpmaktadır. Bunlardan, ABD ve İran arasındaki tazmin uyuşmazlığı⁵⁷, Slovenya ve Hırvatistan arasındaki sınır anlaşmazlığı⁵⁸ ile Hollanda ve Rusya arasındaki şirket devletleştirilmesi

⁵³ Şahin Eray Kırdım, “Uluslararası Örgütlenmenin Gelişimine Retrospektif Bir Bakış: On Dokuzuncu Yüzyılın Alametifarikası”, *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 46, 2021, s.457.

⁵⁴ Mehmet Emin Büyük, “Modern Uluslararası Tahkimin Gelişiminde Jay Antlaşması'nın Yeri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 50, 2022, s.455.

⁵⁵ Dilip Sinha, “International Dispute Settlement Mechanisms and India-Pakistan Disputes”, *Indian Foreign Affairs Journal*, Vol. 12, No. 3, 2017, s.203.

⁵⁶ Mehmet Emin Büyük, “Modern Uluslararası Hukukun Gelişiminde Jay Antlaşması'nın Yeri”, *TAAD*, Sayı 50, 2022., s.468-469.

⁵⁷ İran devrimi sonrasında ABD vatandaşlarına ait olan mülkler kamulaştırılmıştı. ABD, İran'ı uluslararası tahkime gitmeye çağırды ve Tahran'da bulunan Amerikan elçilik çalışanlarının rehin alınması sonrasında Tahkim Mahkemesi'ne başvurdu. Mahkeme, İran'ın ABD vatandaşlarına tazminat ödemesine karar verdi (Hakkı Erkiner, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerarası Zararlara Yönelik Tazminatın Belirlenmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 1, 2022, s.20).

⁵⁸ Slovenya ve Hırvatistan, Adriyatik Denizi'ndeki sınır anlaşmazlığı nedeniyle Uluslararası Tahkim Mahkemesi'ne başvurdu. Mahkeme, Piran Körfezi'nin ortasından geçen sınır hattını belirledi (Gerald H. Blake and Dusko Topalovic, “The Maritime Boundaries of the Adriatic Sea”, Maritime Brifing, Eds., SCHOFIELD, Clive/KLEMENCIC, Mladen, Vol. 1, No. 8, 1996, International Boundaries Research Unit Department of Geography University of Durham,

konulu uyuşmazlık⁵⁹ önemli kararlardır. Ayrıca devletler ve şirketler arasındaki ticari nitelikte uyuşmazlıkların da tahkim yöntemiyle çözülmesi yoluna başvurulmaktadır. Ancak çalışmanın özel hukuk merkezli olmaması nedeniyle bu konuda detaylı inceleme yapılmamıştır.

Uluslararası tahkimin taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmasının güçlü ve zayıf yanları bulunmaktadır. Bu yöntemin, “tarafların uyuşmazlığı çözme sürecinde aktif rol almaları”, “çözümün hızlı ve etkili bir şekilde sağlanması”, “uzmanlık alanına sahip hakemlerin uyuşmazlığı nihai karara bağlaması” ve “uyuşmazlığın gizliliğinin korunması” gibi avantajları bulunmaktadır. Ancak uluslararası hakemliğin dezavantajları arasında, “sonradan taraflardan birinin iş birliğini reddetmesi”, “kararların infaz edilmesinin güç olması”, “hukuki standartların belirsiz olması” ve “bazı ülkelerde tahkim kararlarının yerel mahkemeler tarafından tanınmaması” sayılabilir.

Uluslararası tahkim, taraf devletler arasında bir anlaşmaya dayalı olarak başladığından kararın taraf devletçe uygulanmaması, uluslararası antlaşmanın ihlali olarak nitelenebilecektir.

B. Uluslararası Mahkemeler

Uluslararası mahkemeler, uluslararası anlaşmalar, uluslararası teamüller, hukukun genel ilkeleri ve diğer yardımcı kaynakları esas alarak, devletler arasındaki uyuşmazlıkların yargısal çözümüne yönelik faaliyet gösteren bağımsız ve tarafsız kurumlardır.⁶⁰ Modern uluslararası mahkemelerin kökleri, 19. yüzyılda barışçıl çözüm yollarını geliştirme ve

[https://www.durham.ac.uk/media/durhamuniversity/research-/research-centres/ibru-centre-for-bordersresearch/maps-and-databases/publications-database/MaritimeBriefings-\(Vol.-1-no.-8\).pdf](https://www.durham.ac.uk/media/durhamuniversity/research-/research-centres/ibru-centre-for-bordersresearch/maps-and-databases/publications-database/MaritimeBriefings-(Vol.-1-no.-8).pdf).

⁵⁹ Hollanda ve Rusya arasındaki uyuşmazlık: Hollanda'nın Yukos şirketine ait varlıklarının Rusya tarafından kamulaştırılması sonrasında, şirket uluslararası tahkime gitmişti. Mahkeme, Rusya'nın Hollanda'ya tazminat ödemesine karar vermiştir. (<https://tr.euronews.com/2015/06/20/yukos-davasini-kaybeden-rusya-nin-yurt-disindaki-varliklarina-el-konuluyor>)

⁶⁰ Süleyman Emre Zorlu, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşunda Tarihsel Süreç ve BM Güvenlik Konseyi'nin Uluslararası Ceza Mahkemesinin İşleyişi Üzerindeki Yetkileri” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2016, s.113.

savaşın yerine barışçıl yöntemlerin geçmesi fikrine dayanmaktadır.⁶¹ Uluslararası mahkemelerin kurulması fikri, I. ve II. Dünya Savaşları sonrasında da devam etmiş ve günümüzde kalıcı nitelikte bazı uluslararası mahkemelerin oluşumu tamamlanmıştır. Uluslararası mahkemelerin sayısı, etkisi ve etkinliğinin arttığı belirlenmiştir.⁶²

Uluslararası mahkemeler farklı ölçütlere göre sınıflandırılabilir. Bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla uluslararası mahkemeler, kuruluş amaçlarına, yetki sahalarına, yargı organının süresine, uyuşmazlık çeşitlerine ve yetki bölgelerine göre bazı alt kategoriler içerisinde incelenebilir.

Kuruluş amaçlarına göre uluslararası mahkemeler, insan haklarına ilişkin mahkemeler (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi) ve devletler arası anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin mahkemeler (Uluslararası Adalet Divanı) şeklinde sınıflandırılabilir.

Yetki sahalarına göre uluslararası mahkemeler, genel yargı yetkisi olan mahkemeler ve belirli konularda yetkili mahkemeler şeklinde iki kategoride incelenebilir. Genel yargı yetkisi olan mahkemeler uluslararası nitelik taşıyan tüm alanlarda karar verebilirler. (Uluslararası Adalet Divanı) Belirli konularda yargı yetkisi olan mahkemeler sadece önceden özel olarak belirlenmiş konulara ilişkin karar verebilirler. (Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi)

Yargı organının süresine göre, uluslararası mahkemeleri “ad hoc” mahkemeler ve “daimi” mahkemeler olmak üzere iki alt kategoriye ayırmak mümkündür. Ad hoc mahkemeler, belirli bir uyuşmazlık için özel olarak kurulan ve sadece o uyuşmazlıkla ilgilenen geçici mahkemelerdir. Bu mahkemeler, uluslararası anlaşmalar veya özel anlaşmalar ile kurulur ve çoğu zaman sadece belirli bir dönem için var olurlar. Örnek olarak, Birleşmiş Milletler Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi verilebilir. Daimi mahkemeler ise, sürekli olarak var olan ve belirli bir konuda tüm dünyada daimi faaliyet yürüten mahkemelerdir. Uluslararası Ceza

⁶¹ Zorlu, a.g.m., 2016, s.116.

⁶² Rona Aybay, “Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2010, s.131.

Mahkemesi ve Uluslararası Adalet Divanı bu kapsamda değerlendirilebilir.

Uyuşmazlık çeşitlerine göre, devletler arasındaki uyuşmazlıkları çözen mahkemeler (Uluslararası Adalet Divanı gibi) ve devletlerin taraf olduğu bir sözleşmeye bağlı olarak bireysel başvuruları inceleyen mahkemeler (AİHM gibi) şeklinde ikili bir sınıflandırma yapılabilir.

Yetki bölgelerine göre uluslararası mahkemeler, buldukları coğrafi bölgeye göre sınıflandırılmaktadır. Bu çerçevede tüm dünyada yetkili olan mahkemeler ve bölgesel düzeyde yetkili olan mahkemeler şeklinde ikili bir kategori söz konusudur. Uluslararası Adalet Divanı ve Uluslararası Ceza Mahkemesi tüm dünya coğrafyasını kapsayan bir yetki alanına sahiptir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan ve Halklar Hakları Mahkemesi gibi yargı organları bölgesel nitelikteki mahkemelerdir.

Uluslararası mahkemeler, hukukun üstünlüğü ilkesinin tüm dünyada sağlanması işlevini yerine getirmektedirler.⁶³ Mahkemelerin kararlarının etkinliği ve bağlayıcılığının sağlanması yönündeki çaba devam etmektedir. Özellikle uluslararası mahkemelerin uluslararası toplum nezdindeki algısını, verdikleri kararların güvenilirliği belirlemektedir. Bu kapsamda uluslararası hukukun gelişiminde, devletlerin rızasına bağlı olan yargı düzeni, işleyişte yavaşlamaya neden olmaktadır. Zorunlu uluslararası yargı süreçleri, ilkesel düzeydeki uluslararası hukuk normlarının etkinliğini arttırmakta ve bu ilkelerin evrensel standartlara dönüşümünü hızlandırmaktadır.⁶⁴

C. Uluslararası Adalet Divanı

Devletler arasındaki anlaşmazlıkların adil bir şekilde çözülebilmesi için bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin kurulması fikri, uluslararası toplumun savaşlarla dolu geçmişinin ardından ortaya çıkmıştır. Özellikle 19. Yüzyılın sonunda bu fikrin somutlaşması

⁶³ Said Vakkas Gözlüğü, “Uluslararası Hukuk Boyutuyla Hukukun Üstünlüğü”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, 2013, s.1445-1446.

⁶⁴ Rama Mani, “Conflict resolution, justice and the law: Rebuilding the rule of law in the aftermath of complex political emergencies”, *International Peacekeeping*, Vol.5, No.3, 1998, s.20.

sağlanmıştır. Bu dönemde, I. Lahey Barış Konferansı'nda (1899) bir dizi antlaşma imzalanmış ve bu antlaşmalar, daha sonra kurulan Uluslararası Adalet Divanı'nın temelini oluşturmuştur.⁶⁵ II. Lahey Barış Konferansı (1907) sırasında ise, Uluslararası Adalet Divanı'nın yetkileri ve işleyişi hakkında ayrıntılı hükümler içeren bir antlaşma kabul edilmiştir. Bu antlaşma, uluslararası hukukun temel belgelerinden biri olarak kabul edilir.⁶⁶

Uluslararası Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler'in başlıca yargı organıdır ve merkezi, Hollanda Lahey'dedir. Mahkeme, BM Şartı'nın ayrılmaz bir parçasıdır ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konusunda adli yetkiye sahiptir.⁶⁷ Divan'ın işleyişi, aşağıdaki adımlardan oluşmaktadır.

- Davanın açılması: Dava, bir devletin diğer bir devletle veya uluslararası bir örgütle arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta, konunun bir devlet tarafından Adalet Divanı'na sunulmasıyla başlar.
- Tarafların görüşleri: Davayı açan devlet, savunmasını sunar. Diğer taraf, savunmasını sunmak için bir süre verilir. Taraflar, belgeler ve kanıtlar sunabilirler.
- Duruşmalar: Tarafların görüşleri belirlendikten sonra, duruşmalar başlar. Bu duruşmalar, her iki tarafın avukatlarının argümanlarını ve kanıtlarını Adalet Divanı'na sunmalarını içerir.

⁶⁵ Büyük, a.g.m., 2022, s.445.

⁶⁶ Hakkı Hakan Erkiner, “Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla Uygulanması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, 2017, s. 88.

⁶⁷ Charles Riziki Majinge, “Emergence of New States in Africa and Territorial Dispute Resolution: The Role of the International Court of Justice”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol.13, No.1, 2012, s.467.

- Karar verme: Adalet Divanı, duruşmaların tamamlanmasının ardından bir karar verir. Karar, oyçokluğuyla alınır ve yazılı bir şekilde yayınlanır.⁶⁸
- İcra: Kararın icrası, tarafların davranışlarına bağlıdır. Adalet Divanı, kararının yerine getirilmesini emredebilir, ancak kararların yerine getirilmesi genellikle tarafların isteklerine bağlıdır.⁶⁹ BM Güvenlik Konseyi aracılığıyla icra edilme hali ise ayrı süreçlere tabidir.⁷⁰

Uluslararası Adalet Divanı, devletler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için mevcut en önemli yargı organıdır. Ancak, Adalet Divanı'nın kararları bağlayıcı olmadığından, kararların icrası konusunda zorluklar yaşanabilmektedir.⁷¹

V. BÜYÜK VERİ

Büyük verinin tarihçesi, 1950'lerde ve 1960'larda bilgisayarların ve veri depolama teknolojisinin gelişmesiyle başlasa da o dönemdeki veri depolama ve işleme kapasitesi oldukça sınırlıdır.⁷² İlişkisel veri tabanlarının ortaya çıkmasıyla birlikte, 1970'lerde verilerin yapılandırılması ve yönetimi daha kolay hale gelmiştir. 1980'ler ve 1990'lar, internetin ve elektronik ticaretin gelişmesiyle birlikte, veri üretimi hızlanmış ve veri depolama ve işleme teknolojileri hızla gelişmiştir. Web 2.0 teknolojilerinin ortaya çıkması ve mobil cihazların yaygınlaşmasıyla birlikte, 2000'lerde veri üretimi daha da artmış ve veri

⁶⁸ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, Madde 55, (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093041bm_02.pdf) Erişim Tarihi: 21.05.2023.

⁶⁹ Oğuz Kaan Pehlivan, “Uluslararası Adalet Divanı’nda Görülen Davalara Dostane Katılım (Amicus Curiae) ve Dostane Mütalaa (Amicus Brief) Usulü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 38, 2019, s.319.

⁷⁰ Erkiner, a.g.m., 2017, s.99.

⁷¹ Robert E. Lutz, “Perspectives on the World Court, the United States, and International Dispute Resolution in a Changing World”, *The International Lawyer*, Vol.25, No.3, 1991, pp.681.

⁷² Marvin Minsky, “Semantic Information Processing”, Cambridge, MA: MIT Press, 1968, s.9.

depolama ve işleme kapasiteleri daha da yükselmiştir.⁷³ Günümüzde büyük veri analizi, derin öğrenme gibi yeni teknolojiler sayesinde verilerin daha hızlı ve daha verimli bir şekilde işlenmesine olanak sağlamaktadır. Milyarlarca cihaz, sürekli olarak veri üretmekte ve bu veriler, işletmeler, hükümet organları ve araştırmacılar tarafından büyük veri analizi için kullanılmaktadır.⁷⁴

Büyük veri, işleme, depolama, analiz ve paylaşma gibi konularda geleneksel veri yönetim teknolojilerinin ötesinde olan büyük miktarda verileri ifade eder.⁷⁵ Bu veriler, farklı kaynaklardan gelen ve çeşitli formatlarda olabilen yapılandırılmış veya yapılandırılmamış verilerdir. Büyük veri, veri bilimleri, yapay zeka ve makine öğrenimi gibi alanlarda kullanılarak öngörü analizi, pazarlama, tıbbi teşhis, güvenlik, e-ticaret ve daha birçok alanda kullanışlı sonuçlar üretebilir. Büyük veri, veri hacmi, çeşitliliği, hızı ve doğruluğu açısından beş V özelliği ile tanımlanabilir.

“Veri Hacmi: Büyük veri, trilyonlarca satır veri ve petabaytlarca depolama kapasitesi gerektirebilir.

Veri Çeşitliliği: Büyük veri, yapılandırılmış, yarı yapılandırılmış veya yapılandırılmamış verileri içerebilir.

Veri Hızı: Büyük veri, gerçek zamanlı olarak veya hızlı bir şekilde işlenmesi gereken verileri içerebilir.

Veri Doğruluğu: Büyük veri, veri kaynaklarından gelen hatalı verileri içerebilir.

Veri Değeri: Büyük veri, anlamlı sonuçlar üretmek için analiz edilmesi gereken verileri içerebilir.”⁷⁶

Büyük veri, genellikle dağıtılmış sistemler ve bulut bilişim kullanılarak işlenir. Büyük veri teknolojileri arasında Hadoop, Spark,

⁷³ Yasemin Kuruca, Murat Üstüner ve Işıl Şimşek, “Dijital Pazarlamada Yapay Zekâ Kullanımı: Sohbet Robotu (Chatbot)”, *Medya ve Kültür*, Cilt 2, Sayı 1, 2022, s.94-95.

⁷⁴ Şehriban Kayacan ve Deren Baysal, “Büyük Veride Mahremiyete Yönelik Etik Tartışmalara Göstergibilimsel Yaklaşım: The Entire History of You”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 1, Sayı 45, 2023, s.228.

⁷⁵ Hüseyin Gül, “Dijitalleşmenin kamu yönetimi ve politikaları ile bu alanlardaki araştırmalara etkileri”, *Yasama Dergisi*, Sayı 36, 2018, s.18.

⁷⁶ Gül, a.g.m., 2018, s.18-19.

NoSQL veritabanları, veri depolama alanları ve veri görselleştirme araçları yer almaktadır.⁷⁷

A. Büyük Veri Analizi

Büyük veri analizi, büyük miktarda yapılandırılmış ve yapılandırılmamış veri setlerinin analiz edilmesini ve bu verilerin içinde gizli kalmış bilgilerin keşfedilmesini sağlayan bir veri analizi yöntemidir.⁷⁸ Büyük veri analizi, geleneksel veri analizi yöntemlerinden farklı olarak, çok büyük veri kümelerini ele alabilen ölçeklenebilir ve esnek bir yaklaşım sunar.

Büyük veri analizi, genellikle Hadoop, Spark ve NoSQL gibi açık kaynaklı teknolojiler kullanılarak gerçekleştirilir.⁷⁹ Bu teknolojiler, çok büyük veri kümelerini paralel olarak işleyebilir ve sonuçları hızlı bir şekilde üretebilir. Büyük veri analizi, veri madenciliği, makine öğrenimi, yapay zeka ve istatistik gibi alanlardan yararlanır.

Büyük veri analizi, işletmeler, devlet kurumları ve araştırmacılar tarafından yaygın olarak kullanılan bir araçtır. Büyük veri analizi, verilerin keşfedilmesi, veri kalitesinin artırılması, veri entegrasyonu, veri modellemesi, veri görselleştirme, tahmin yapma, optimizasyon, karar verme ve risk analizi gibi birçok farklı amaç için kullanılabilir.⁸⁰ Ancak, büyük veri analizi için aşağıda detaylandırılacağı üzere, veri gizliliği, veri güvenilirliği ve etik gibi önemli sorunlar da bulunmaktadır.

⁷⁷ Mehmet Oytun Cibaroğlu ve Bahattin Yalçınkaya, "Belge ve arşiv yönetimi süreçlerinde büyük veri analitiği ve yapay zekâ uygulamaları." *Bilgi Yönetimi* 2, 1, 2019, s.45

⁷⁸ Muhammet Atalay ve Enes Çelik, "Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları-Artificial Intelligence and Machine Learning Applications in Big Data Analysis", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 9, Sayı 22, 2017, s.164.

⁷⁹ Atalay ve Çelik, a.g.m., 2017, s.164.

⁸⁰ Hüseyin Avunduk ve Merve KIZGIN. "Büyük veri ve sürekli denetimde veri analizi." *Journal of Business in The Digital Age* Cilt.3. Sayı 1, 2020, s.77,78.

B. Büyük Verinin Hukuk Alanında Kullanımı

Hukuk alanında büyük veri analizi, yargılamalar, dava sonuçları, hukuk uygulamaları ve hukukla ilgili diğer konulardaki verilerin toplanması, analizi ve yorumlanmasını kapsar.⁸¹ Bu analizler, hukuk sistemlerinin işleyişini daha verimli ve adil hale getirmeye yardımcı olabilir. Büyük veri analizi, hukuk alanında aşağıdaki amaçlarla kullanılabilir.

- Delillerin Toplanması ve Analizi: Büyük verinin yargılama sürecinde kullanımı, delillerin toplanması ve analizi için yararlı olabilir. Önemli olan, söz konusu delillerin doğru bir şekilde toplanması, saklanması ve kullanılmasıdır. Özellikle, yargılamadaki hukuki standartlar, toplanan delillerin doğruluğunu, güvenilirliğini ve adil bir şekilde değerlendirilmesini gerektirir.

- Hukuki Kararların Desteklenmesi: Büyük veri analizi, hukuki kararların alınmasına yardımcı olabilir. Örneğin, bir hukuk davasında, benzer davalardaki kararlar ve yargılamaların sonuçları gibi verileri analiz ederek hukuki kararların desteklenmesine yardımcı olabilir. Büyük veri analizi, şüpheli davranışların tespitinde, tanık beyanlarının analizinde ve hareketli videoların yorumlanmasında yardımcı olabilir.

- Hukuki Risklerin Tespiti ve Yönetimi: Büyük veri analizi, hukuki risklerin tespit edilmesine ve yönetilmesine yardımcı olabilir.

- Hukuki Süreçlerin Optimizasyonu: Büyük veri analizi, hukuki süreçleri optimize etmeye yardımcı olabilir. Örneğin, mahkemelerdeki iş yükünü analiz ederek, mahkeme kaynaklarının daha verimli bir şekilde kullanılmasına yardımcı olabilir.

- Hukuki Eğilimlerin Takibi: Büyük veri analizi, hukuki trendleri takip etmeye yardımcı olabilir. Dava dosyaları başlı başına zengin bir veri kaynağıdır ve bu dosyalar internette yaygın olarak bulunabilir.

Büyük verinin yargılama sürecinde kullanımı konusunda bazı hukuksal ve etik kaygılar da bulunmaktadır. Bunların başında mahremiyet ve veri güvenliği konuları yer almaktadır. Özel yaşamın

⁸¹ Şehriban İpek Aşıkoğlu, “Avrupa Birliği Ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması Ve Büyük Veri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s.2.

gizliliği veya benzeri konular nedeniyle, elde edilen verilerin kamuoyuna açık tıbbi kayıtları veya benzeri kayıtları içermesi konusunda birçok kişi ve kurum endişelenmektedir.⁸² Ayrıca, büyük verinin doğru yorumlanması ve hukuk süreçlerinde kullanımı için eğitilmiş bir ekibe ihtiyaç vardır. Çoğu zaman, bu ekibi düzenli denetimler altında tutulması, uzmanlar tarafından eğitilmiş ve yasalara ve düzenlemelere tam olarak uygun olması gerekmektedir.

Büyük verinin yargılama sürecinde kullanımı, olumlu ve olumsuz tarafları olan bir alandır. İnsan haklarına ve etik ilkelere uygun bir şekilde büyük verinin kullanılması gerekmektedir. Tahminler, araştırmalar, görüş bildirimleri gibi uygulamalar hukuksal sınırlar içinde yapılmalıdır.⁸³ Bu nedenle, büyük verinin adalet sistemi ile entegrasyonu, adil bir yargılama süreci için gereksinimler dikkate alınarak yeniden düzenlenmelidir.

C. Büyük Verinin Uluslararası Hukuk Alanında Kullanımı

Büyük veri çok büyük hacimli, çeşitli kaynaklardan elde edilen ve geleneksel veri işleme yöntemleriyle işlenemeyen verilerdir.⁸⁴ Büyük verinin güncel işlenebilirliği yöntemi de büyük veri analizidir. Büyük veri uluslararası hukuk alanında kullanıldığında çeşitli yararları ve riskleri olan bir kaynak niteliği taşımaktadır.

Büyük veri analizinin uluslararası hukuk alanında kullanımı, özellikle uluslararası uyuşmazlık çözümünde aşağıdaki açılardan faydalı yanları olabilecektir.

- Uluslararası anlaşmaların, teamüllerin ve hukukun genel ilkelerinin somut olaya uygun yorumlanmasında büyük veri önemli bir araçtır.
- Devletler arasında bir anlaşmazlık olduğunda, büyük veri analizi ile tarafların görüşlerinin, tutumlarının ve önceliklerinin belirlenmesi mümkündür.

⁸² Gökhan Erdoğan, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, s.68.

⁸³ Ali Özcan, “Büyük veri: Fırsatlar ve tehditler”, *TRT Akademi*, Cilt 6, Sayı 11, 2021, s.27.

⁸⁴ Gül, a.g.m., 2018, s.18.

- Uluslararası hukukun birçok alanında kullanılan tahkim ve arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde de büyük veri analizi kullanılabilir.
- İnsan hakları ihlallerinin tespit edilmesi, önlenmesi ve cezalandırılması için büyük veri analizi kullanılabilir. Bu alanda, insan hakları ihlalleriyle ilgili verilerin toplanması, analizi ve yorumlanması, belirli insan hakları ihlallerinin daha erken tespit edilmesine ve daha etkili müdahalelerin yapılmasına olanak sağlayabilir. Bu ihlallerin tespiti ve belgelenmesi için büyük veri analizi kullanılabilir. Örneğin, uydu görüntüleri ve sosyal medya verileri gibi kaynaklardan elde edilen büyük veri, insan hakları ihlallerinin tespiti ve belgelenmesine yardımcı olabilir.
- Sınır ötesi suçlar, terörizm, insan kaçakçılığı, siber suçlar gibi çeşitli suçları kapsar. Bu tür suçlar uluslararası hukukla ilgilidir ve bu suçları önlemek için uluslararası iş birliği gereklidir. Büyük veri analizi, suçluların uluslararası izlenmesine katkı sunabilir.
- İklim değişikliği ve çevre kirliliği küresel sorunlardır ve çözümünü için uluslararası entegrasyon gereklidir. Büyük veri analizi, iklim değişikliği ve çevre ile ilgili verilerin toplanması, analizi ve yönetimi için kullanılabilir. Örneğin, uydu verileri, hava durumu istasyonları ve diğer kaynaklardan elde edilen veriler, ilgili karar verme süreçlerine yardımcı olabilir.

Büyük verinin kullanımıyla ilgili bazı sorunlar da vardır. Özellikle, veri gizliliği ve güvenliği gibi konular, büyük verinin uluslararası hukukta kullanımı sırasında önemli sorun olarak ortaya çıkabilir. Bu nedenle, uluslararası hukuk alanında büyük verinin kullanımıyla ilgili etik, hukuki ve teknolojik handikapların çözülmesi gerekmektedir.

Büyük verinin yukarıda sıralandığı üzere özellikle uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir potansiyel taşıdığı görülmektedir. Bu çerçevede uluslararası uyuşmazlık türleri açısından daha detaylı bir inceleme yapılması yararlı olacaktır.

VI. ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE BÜYÜK VERİ ANALİZİ

Uluslararası hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde büyük veri analizi son yıllarda giderek daha fazla kullanılmaktadır.⁸⁵ Büyük veri analizi, hukuk alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan diğer yöntemlerle birlikte kullanıldığında, bu uyuşmazlıkların çözüm sürecinde daha hızlı, daha verimli ve daha doğru sonuçlar elde edilmesine yardımcı olabilir.

Büyük veri analizi, öncelikle hukuk alanındaki büyük veri setlerini işleyerek, bu verilerden anlamlı sonuçlar elde etmeye odaklanır. Bu veri setleri, örneğin, uluslararası mahkemelerdeki dava dosyaları, hakim kararları, hukuk fakültelerinde yapılan akademik çalışmalar, hukuk konferansları ve sempozyumlar gibi kaynaklardan toplanabilir.

Büyük veri analizi, uyuşmazlık çözümüne katkı sağlayacak birçok farklı araç ve teknik kullanır. Örneğin, veri madenciliği, makine öğrenimi, doğal dil işleme ve veri görselleştirme teknikleri, büyük veri analizinde sıkça kullanılan araçlardır.⁸⁶

Uluslararası hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde büyük veri analizinin kullanılması, daha verimli ve doğru kararlar alınmasına yardımcı olabilir. Büyük veri analizi sayesinde, önceki davalar ve mahkeme kararları incelenerek, benzer uyuşmazlıklar için verilmiş kararlar analiz edilebilir ve bu veriler doğrultusunda yeni davalar için stratejiler geliştirilebilir. Ayrıca, büyük veri analizi, mahkemelerin iş yükünü azaltarak, daha hızlı kararlar alınmasına yardımcı olabilir. Ancak, büyük veri analizinin kullanımıyla birlikte, gizlilik, güvenlik ve veri koruma konuları da önem kazanır. Bu nedenle, büyük veri analizi uygulamalarında veri koruma ve gizlilik konularına özel bir önem verilmesi gerekmektedir.⁸⁷

⁸⁵ Vasja Badalič, “The Metadata-Driven Killing Apparatus: Big Data Analytics, The Target Selection Process, And The Threat To International Humanitarian Law”, *Critical Military Studies*, 2023, s.3., DOI: [10.1080/23337486.2023.2170539](https://doi.org/10.1080/23337486.2023.2170539).

⁸⁶ Badalič. a.g.m., 2023, s.2.

⁸⁷ Kristian P. Humble, “International Law, Surveillance And The Protection Of Privacy”, *The International Journal of Human Rights*, Cilt 25, Sayı 1, 2021, s.19.

A. Yargı-Dışı Çözüm Sürecinde Büyük Veri Analizi

Devletlerarası uyuşmazlıklar, tarihsel olarak çoğunlukla askeri ve siyasi baskılar ya da geleneksel diplomatik yollar yoluyla çözülmüştür. Ancak, uluslararası uyuşmazlıkların sayısı ve karmaşıklığı arttıkça, barışçıl çözüm yöntemleri de çeşitlilik kazanmıştır.⁸⁸ Bu bağlamda, büyük veri analizi uygulamaları, uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümünde yararlı bir araç olarak ortaya çıkmıştır.

Büyük veri analizi, yargı-dışı uyuşmazlık çözümünde çeşitli yollarla kullanılabilir. Görüşme, uzlaştırma, arabuluculuk, inceleme ve soruşturma yöntemlerinin tamamında büyük veri analizi kullanılabilir. Bu araçla tarafların mevcut tutumları, geçmiş uygulamaları, uyuşmazlıkların nedenleri ve tarafların talepleri belirlenebilir. Büyük veri analizi, taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırabilir ve bir uzlaşmaya varılması için yol gösterebilir. Tarafların söz konusu uyuşmazlıkta benzer durumlarda aldıkları kararların incelenmesinde de büyük veri kullanılabilir. Bu şekilde tarafların, uyuşmazlığı çözmek için benzer bir çözüm yolu bulabileceği veya benzer sorunların nasıl çözüldüğüne dair fikirler edinebileceği gözlenebilir. Örneğin, çözüm önerileri sunan bir yazılım, tarafların iddia ve delillerini analiz ederek, potansiyel olarak uyuşmazlıkların çözümü için fikirler ortaya koyabilir.

Derin öğrenme ile desteklenen yaygın chatboot program ve yazılımları bu konuda önemli ilerlemeler kaydetmiştir.⁸⁹ Bu programların uyuşmazlıkların çözümüne yönelik derin analizler yapabilme altyapısı bulunmaktadır.

Büyük veri analizinin, yargı-dışı uyuşmazlık çözümünde etkili şekilde kullanılabileceği bazı durumlar aşağıda açıklanmıştır.

⁸⁸ Sevil Şahin, *Uluslararası Çatışma Çözümü ve Arabuluculuk - Kıbrıs Sorununda BM Genel Sekreterlerinin Arabuluculuk Çabaları*, Orion Kitabevi, Ankara, 2022, s.90.

⁸⁹ Sayıları ve çeşitleri gittikçe artan bu derin öğrenme platformları bilgi analizi konusunda önemli işlevleri yerine getirebilmektedir. (<https://openai.com/>, <https://bearly.ai/dashboard/mid/loading> ve <https://bard.google.com/>)

1. Tarafların Davranış Kalıplarının Tespiti

Büyük veri analizi araçları, veri madenciliği yoluyla devletlerarası uyuşmazlıklarda tarafların davranış kalıplarının belirlenmesinde kullanılabilir. Özellikle, tarihsel olarak karşılaştıkları uyuşmazlıklar ve anlaşmazlıkların nedenleri hakkında analizler, daha iyi bir çözüm olasılığı doğurabilir. Bu tür veriler, barışçıl çözüm sürecinde uzmanlar tarafından kullanılarak, uzlaşmazlığın nedeninin belirlenmesi ve çözümüne yönelik önerilerin geliştirilmesi için oldukça önemlidir.

2. Veri Görselleştirme

Veri görselleştirme yoluyla devletlerarası uyuşmazlıkların açıklanmasına yardımcı olabilir. Uyuşmazlıklar, tarafların anlamalarını ve görüşlerini paylaşmalarını sağlayacak yüksek kaliteli grafikler ve resimler kullanılarak görsel hale getirilebilir.⁹⁰

3. İtirazların Tahmini Analizi

Büyük veri analizi araçları, tarafların itirazlarının tahmini analizi için kullanılabilir. Bu tür analizlerde, tarafların itirazları hakkında tahmini bilgiler sunulur. Devletler, bu tür analizleri kullanarak, olası uzlaşma noktalarını belirleyebilirler. Bu sayede daha önce uyuşmazlıkların çözümlerinde yapılan hatalar tespit edilir ve aynı hataya düşülmesinin önüne geçilir.

4. Verilerin Doğruluğunun Tespiti

Büyük veri analizi araçları, uyuşmazlıkta sunulan verilerin doğruluğu hakkında sorgulama yapmak için kullanılabilir. Bu tür doğruluk analizleri, tarafların daha objektif bir yaklaşım benimsemelerine yardımcı olur. Taraflar, bu analizler sayesinde, çözüm sürecinde sahte ve yalan bilgiler sunan tarafın tespit edilmesine yardımcı olabilirler.

⁹⁰ Sadullah Çelik ve Emrah Akdamar. "Büyük Veri ve Veri Görselleştirme." *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi* Sayı 65, 2018, s.254.

5. Bütünsel Bilgi Edinme

Büyük veri analizi araçları, taraflarının uyuşmazlık konuları hakkında daha fazla bilgi sahibi olmalarına yardımcı olabilir. Bu bilgi, tarafların uyuşmazlıkların çözümünde daha iyi bir pozisyonda yer almalarını ve karar vermelerini kolaylaştırabilir.

Büyük veri analizi, yukarıdaki alt metotlarla devletlerarası uyuşmazlıkların barışçıl çözümünde faydalı bir araç olarak kullanılabilir. Büyük veri analizi uygulamaları sayesinde, tarafların uyuşmazlıkların çözümünde daha makul ve etkili kararlar alması mümkün olur. Ancak, verilerin doğruluğu, güvenilirliği ve mahremiyeti gibi konuların dikkate alınması gerekmektedir.

B. Uluslararası Yargısal Çözüm Sürecinde Büyük Veri Analizi

Uluslararası yargılama süreçlerinde büyük veri, hukukun uygulanmasında daha objektif olunmasına ve veriye dayalı bir yaklaşım benimsenmesine yardımcı olabilir. Büyük veri analizi, hukuk davalarında kullanılan kanıtların değerlendirilmesi, delil toplama ve yargılama sürecinin daha etkin ve hızlı bir şekilde yürütülmesine yardımcı olabilir. Özellikle, uluslararası ceza mahkemelerinde büyük veri analizi kullanımı önemli bir potansiyele sahiptir. Bu mahkemelerde, çoğunlukla savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım gibi olaylar ele alınmaktadır.⁹¹ Bu tür suçlar genellikle geniş alanlarda ve uzun zaman dilimlerinde işlendiğinden, delil toplama ve inceleme süreci oldukça zorlu olabilmektedir. Ancak büyük veri analizi, bu süreçte kullanılan kanıtların güvenilirliğini artırabilir ve soruşturma sürecinin daha etkin bir şekilde yürütülmesine yardımcı olabilir.

Büyük veri analizinin belirlenen yararları dışında kullanımına dair bazı sorunlar da bulunmaktadır. Örneğin, büyük veri analizinde kullanılan algoritmaların sonuçlarına yönelik hatalar oluşabilir. Ayrıca, büyük veri analizi için gereken verilerin toplanması ve depolanması, özel hayatın gizliliği ile ilgili endişeleri de beraberinde getirebilir. Uluslararası yargılama süreçlerinde büyük veri analizi, daha etkin ve hızlı bir

⁹¹ Ezeli Azarkan, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Karşılaştırmalı Analizi." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 24, Sayı 1-2, 2004, s.239.

yargılama süreci için önemli bir araç olabilir. Ancak, kullanımıyla ilgili hukuki ve etik sorunların giderilmesi büyük önem taşımaktadır.

C. Uluslararası Tahkim Sürecinde Büyük Veri Kullanımı

Uluslararası tahkim sürecinde de büyük veri kullanımı artmaktadır. Tahkim süreci, tarafların anlaşmazlık konusunu çözmek için üçüncü bir tarafsız tarafın kararına başvurduğu bir yöntemdir.⁹² Büyük veri analizi, tahkim sürecinde tarafların delillerini, kanıtlarını ve argümanlarını desteklemekte kullanılabilir veri kaynaklarını sağlayabilir. Örneğin, bir devletlerarası anlaşmazlık nedeniyle tahkime gidildiğinde, karara etki edebilecek bilgilerin büyük bir kısmı elektronik veri olarak mevcut olabilir. Tarafların elektronik postaları, anlaşmaları, sözleşmeleri ve işlem verileri gibi birçok farklı veri türü, tahkim kararlarında belirleyici bir rol oynayabilir. Bu nedenle, tahkim sürecinde büyük veri analizi, tarafların duruşmalar sırasında sunduğu verilerin yanı sıra, mahkeme kararlarına etki edebilecek farklı veri türlerinin analizini de içerebilir.

Büyük veri kullanımından kaynaklı yasal ve etik sorunlar da ortaya çıkabilir. Örneğin, veri gizliliği, verilerin manipüle edilmesi ve verilerin doğruluğu gibi sorunlar, büyük veri analizinin uluslararası tahkim sürecinde kullanımını sınırlayabilir. Bu nedenle, tahkim sürecinde büyük veri analizinin kullanımı konusunda dikkatli olunması gerekmektedir. Bu süreçte yasal, teknik ve etik kuralların uygun şekilde takip edilmesi önemlidir.

D. Uluslararası Mahkemelerin Yargılama Sürecinde Büyük Veri Kullanımı

Uluslararası mahkemeler, büyük veri analizinin kullanımı konusunda da çalışmalar yapmaktadır.⁹³ Bu çalışmaların amacı,

⁹² İbrahim Özbay ve Murat Erdem. "Bir Kurumsal Tahkim Merkezi Örneği: İberoamerikan Tahkim Merkezi." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.42, 2020, s.450.

⁹³ International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1468>; European Court of Human Rights, https://www.echr.coe.int/Documents/Leaflet_AI_ENG.pdf; International

uluslararası hukukun uygulanmasında büyük veri analizinin potansiyelini keşfetmektir. Örneğin, uluslararası mahkemeler, savaş suçları veya insan hakları ihlalleri gibi olayları araştırırken, büyük veri analizi kullanarak bu olayların daha ayrıntılı bir analizini yapabilirler.

Büyük veri analizi, mahkemelerin veri tabanlarında bulunan geniş miktarda veriyi işleyerek, farklı desenler ve eğilimler keşfetmelerini sağlayabilir. Bu yöntem, mahkemelerin davaları daha etkili bir şekilde analiz etmelerine ve daha doğru kararlar vermelerine yardımcı olabilir. Örneğin, bir uluslararası mahkeme, savaş suçları ile ilgili bir davayı ele alırken, olayların meydana geldiği bölgedeki büyük veri kaynaklarından elde edilen verileri analiz ederek, saldırıların nasıl gerçekleştiği, kimin sorumlu olduğu ve mağdurların kimlikleri hakkında daha ayrıntılı bir bilgiye sahip olabilir.

Büyük veri analizi ayrıca, mahkemelerin kararlarını daha şeffaf hale getirmelerine de yardımcı olabilir. Mahkemeler, büyük veri analizi kullanarak, kararlarına dayanan verileri açıklayabilir ve böylece kararlarının nasıl verildiğine ilişkin daha fazla bilgi sağlayabilirler.

E. Uluslararası Adalet Divanı Yargılama Sürecinde Büyük Veri Kullanımı

Uluslararası Adalet Divanı (UAD) uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde çok önemli işlevi olan bir yargılama organıdır. UAD, Birleşmiş Milletlerin (BM) ana organlarından biri olan Uluslararası Adalet Divanı Statüsü' ne dayanarak kurulmuştur ve BM'nin ana organlarından biri olarak faaliyet gösterir.⁹⁴ UAD, devletler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için yetkilidir. UAD'nın kararları, hukuki sonuçları olan yargısal kararlar olarak kabul edilir ve bu nedenle UAD'nın kararlarının doğru ve güvenilir olması son derece önemlidir. Bu nedenle, büyük veri analizi, UAD'nin kararlarının hazırlanması ve uyuşmazlıkların çözülmesi sürecinde önemli bir rol oynayabilir. Örneğin, UAD'nin kararlarında kullanılan belgeler, kararların dayandığı kanıtları

Court of Justice, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/179/179-20210406-ORA-01-00-EN.pdf>, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

⁹⁴ Ali Osman Karaoğlu, “Uluslararası Adalet Divanı Danışma Görüşlerinde Yetki ve Devletin Sorumluluğu Tartışması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, Sayı 3, 2022, s.1410.

ve hukuki argümanları içerebilir. Bu belgeler, büyük veri analizi teknikleri kullanılarak analiz edilebilir ve UAD'nın daha önceki kararlarındaki benzerlikler ve farklılıklar incelenebilir. Bu, UAD'nın kararlarına etkili bir şekilde referans verilmesine yardımcı olabilir. Mahkemenin önceki kararlarının incelenmesi ve bu kararların veri setlerine dönüştürülmesi yoluyla bir model geliştirilir. Bu model daha sonra, gelecekteki davaların benzer faktörlerinin analiz edilmesi için kullanılabilir.

Bunun yanı sıra, uluslararası hukukun gelişimi ve değişen pratikleri hakkında daha fazla bilgi elde etmek için büyük veri analizi kullanılabilir. Örneğin, uluslararası sözleşmelerin uygulanmasına ilişkin istatistikler, devletlerin uygulamaları ve uluslararası mahkemelerin kararları gibi veriler büyük veri analizi kullanılarak incelenebilir. Bu analizler, uluslararası hukukun gelişiminde ve uygulanmasında daha iyi bir anlayışa sahip olunmasına yardımcı olabilir.

F. Uluslararası Ceza Mahkemesi Yargılama Sürecinde Kullanımı

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) 2002 yılında kurulmuş bir uluslararası mahkemedir ve adli soruşturma ve yargı yetkisine sahiptir.⁹⁵ UCM'nin amacı, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçlarını soruşturmak ve yargılamaktır. UCM'nin hedefi, adil bir yargılama süreci yürütmek ve suçluların adalet önüne çıkmasını sağlamaktır. Bu doğrultuda, mahkeme, yeni teknolojilerin kullanımı konusunda da öncü olmaktadır. Diğer dijital araçlarla birlikte UCM yargılamalarında büyük veri analizine başvurulmaktadır.⁹⁶ Büyük veri analizi, UCM'nin yargılamalarında genellikle aşağıda aktarılan iki şekilde kullanılmaktadır:

Delil toplama: UCM, büyük veri analizini, şüphelilerin ve tanıkların ifadeleri, medya raporları, açık kaynaklar, sosyal medya platformları ve diğer dijital kanallar da dahil olmak üzere çeşitli

⁹⁵ International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1468..>, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

⁹⁶ Sarah J. Goodman, “The Effectiveness of the International Criminal Court: Challenges and Pathways for Prosecuting Human Rights Violations”, *Inquiries Journal*, Vol.12, No.9, 2020, <http://www.inquiriesjournal.com/a?id=1806>.

kaynaklardan toplanan dijital verilerin analizinde kullanılmaktadır. Bu veriler, olayların kronolojik sıralamasını, sorumluların kimliklerini, faaliyetlerinin zaman ve mekânlarını ve diğer önemli bilgileri belirlemek için kullanılır.

Kanıt sunumu: UCM ayrıca büyük veri analizini, delil sunumu aşamasında kullanılmaktadır. Örneğin, telefon aramaları, mesajlar, e-postalar ve diğer elektronik belgeler gibi çeşitli dijital kaynaklardan elde edilen veriler, mahkemelerde delil olarak sunulabilmektedir. UCM, bu verileri doğrulamak için çeşitli yöntemler kullanılmaktadır, örneğin, dijital imzalar, meta veriler ve doğrulama kodları gibi teknikler kullanarak, verilerin değiştirilip değiştirilmediğini belirlemektedir.

UCM'nin büyük veri analizi kullandığı davalarda büyük veri analizi kullanılarak delil toplama süreci daha etkili hale getirilmiştir. Özellikle Kenya davasında, büyük veri analizi sayesinde binlerce sayfadan oluşan dokümanlar, işaretlenmiş olası suç sahneleri ve tanık ifadeleri incelenerek deliller toplanmıştır. Darfur davasında ise, uydu görüntüleri ve diğer dijital veriler kullanılarak muhtemel suç sahneleri tespit edilmiştir. Kongo davalarında da cep telefonu kayıtları ve diğer dijital veriler kullanılarak delil toplama süreci kolaylaştırılmıştır. Mali davasında da büyük veri analizi kullanılarak silahlı grupların hareketleri ve suç sahneleri incelenmiştir. Libya, Gambia ve Bangladeş/Myanmar davalarında da benzer bir şekilde, dijital verilerin kullanımı ve büyük veri analizi önemli bir rol oynamıştır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin dijital verileri kullanarak büyük veri analizi yaptığı bazı davalar aşağıdaki şekilde örneklenebilir.

- Kenya (ICC-01/09): Kenya davasında, ICC savcılığı büyük veri analizi yöntemlerini, şüphelilerin iletişim kayıtları, banka hesapları, seyahat bilgileri, coğrafi konum verileri gibi çeşitli dijital kanıtların analizinde kullanmıştır. Özellikle, ICC, M-Pesa adlı mobil para transferi sistemi kayıtlarını kullanarak, şüphelilerin para transferleri ve kişiler arasındaki bağlantıları belirlemeye çalışmıştır. Ayrıca, ICC, cep telefonu verilerini ve sosyal medya aktivitelerini de analiz ederek, şüphelilerin faaliyetlerini anlamaya çalışmıştır. Bu yöntemlerin kullanımı,

ICC'nin şüphelilerin faaliyetleri hakkında daha ayrıntılı bilgi toplamasına ve davayı güçlendirmesine yardımcı olmuştur.⁹⁷

- Darfur (ICC-02/05): Darfur davasında, ICC veri analizi ekibi, çatışmalar sırasında oluşan büyük miktardaki dijital veriyi inceledi. Bu veriler arasında uydu görüntüleri, radyo istasyonları, sosyal medya paylaşımları, medya raporları ve diğer açık kaynaklar yer almaktadır. Veri analizi, saldırıların yoğunluğu, mağdurların sayısı, saldırganların kimlikleri ve tarafların çatışmalardaki rolleri gibi birçok faktörü belirlemek için kullanıldı. Bu analizler sonucunda, davada suçlanan Sudanlı liderler hakkında daha fazla bilgi ortaya çıkarıldı ve davada kullanılan deliller güçlendirildi.⁹⁸
- Kongo (Lubanga) (ICC-01/04): Büyük veri analizi, tanık ifadelerinin tutarlılığını doğrulamak ve çelişkileri tespit etmek amacıyla kullanıldı. ICC, Kongo'da çocuk askerlerin kullanımına ilişkin olarak Lubanga davasında büyük veri analizi kullandı. Analiz, çocukların nasıl toplandığı, nerede eğitildiği ve nereye gönderildiği gibi konuları anlamaya yardımcı oldu.⁹⁹
- Kongo (Katanga) (ICC-01/04-01): Büyük veri analizi, tanıkların ifadelerinin geçerliliğini ve tutarlılığını doğrulamak, çelişkileri tespit etmek ve savunma iddialarını değerlendirmek için kullanıldı. ICC, Kongo'da Lendu ve Ngiti toplulukları arasındaki çatışmalara ilişkin olarak Katanga davasında büyük veri analizi kullandı. Analiz, saldırıların zamanlama ve yerleşimlerini belirlemeye, saldırganların kimliklerini tespit etmeye ve

⁹⁷ Kenya (ICC-01/09), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2010_02409.PDF, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

⁹⁸ Darfur (ICC-02/05), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_01517.PDF, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

⁹⁹ Kongo (Lubanga) (ICC-01/04), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

- saldırıların koordinasyonunu ve planlamasını anlamaya yardımcı oldu.¹⁰⁰
- Kongo (Bemba) (ICC-01/05): Büyük veri analizi, tanık ifadelerinin geçerliliğini ve tutarlılığını doğrulamak, çelişkileri tespit etmek ve savunma iddialarını değerlendirmek için kullanıldı. ICC, Kongo'da Bemba davasında büyük veri analizi kullandı. Analiz, Bemba ve onun askeri liderliğinin, Orta Afrika Cumhuriyeti'nde gerçekleştirilen suçları planlama ve koordine etme şeklini anlamaya yardımcı oldu.¹⁰¹
 - Kongo (Ntaganda) (ICC-01/04-02/06): Büyük veri analizi, suç mahallinin belirlenmesi, mağdur ve tanık ifadelerinin tutarlılığının doğrulanması ve suçların zamanlamasının belirlenmesi için kullanıldı. ICC, Kongo'da Ntaganda davasında büyük veri analizi kullandı. Analiz, saldırıların zamanlama ve yerleşimlerini belirlemeye, saldırganların kimliklerini tespit etmeye ve saldırıların koordinasyonunu ve planlamasını anlamaya yardımcı oldu.¹⁰²
 - Mali (ICC-01/12-01/18): Mali davasında ICC, büyük veri analizi tekniklerini kullanmıştır. Bu teknikler, çatışma ve şiddet eylemlerinin özelliklerini ve niteliklerini belirlemek için kullanılmıştır. Özellikle, ICC, çatışma bölgelerindeki insanların hareketlerini izlemek, çatışmaların yerini ve yoğunluğunu belirlemek, şiddet olaylarının kronolojisini ve tarafların kimliklerini tespit etmek için coğrafi bilgi sistemleri (CBS) ve uydu görüntüleri kullanmıştır. Ayrıca, ICC, çatışma bölgelerindeki taraflar arasındaki iletişim ve işbirliği ağlarını

¹⁰⁰ Kongo (Katanga) (ICC-01/04-01), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2007_03883.PDF, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

¹⁰¹ Kongo (Bemba) (ICC-01/05), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_04528.PDF, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

¹⁰² Kongo (Ntaganda) (ICC-01/04-02/06), <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-02/06-309>.

belirlemek için telefon görüşmeleri, mesajlar ve diğer dijital verileri analiz etmiştir.¹⁰³

- Libya (ICC-01/11) Libya davasında ICC, büyük veri analizinden yararlanmışır. Davanın konusu, 2011 yılında Libya'da gerçekleşen olaylarla ilgilidir. Büyük veri analizi, olayların kronolojik bir haritasını oluşturmak için kullanılmıştır. Bu analiz, olayların nasıl geliştiğine ve hangi tarafların sorumlu olduğuna dair daha kapsamlı bir anlayış sağlamıştır.¹⁰⁴

UCM tarafından uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin davalarda dijital veri değerlendirilmesi ve büyük veri analizi yapılırken birkaç önemli faktöre dikkat edilmesi gerekmektedir.

Veri güvenliği: Büyük veri analizinde kullanılan verilerin doğru ve güvenilir olması önemlidir. UCM, bu nedenle verilerin kaynağını ve güvenilirliğini dikkatli bir şekilde değerlendirmelidir.

Gizlilik ve kişisel veri koruması: Büyük veri analizinde kullanılan verilerde bazen kişisel bilgiler de yer alabilir. UCM, bu verilerin gizliliğini ve korunmasını sağlamak için uygun önlemler almalıdır.

Analiz yöntemleri: UCM, büyük veri analizi yaparken doğru analiz yöntemlerinin kullanılmasına özen göstermelidir. Bu yöntemlerin uygunluğu ve doğruluğu, analiz sonuçlarının doğruluğunu etkiler.

Adil yargılama ilkesi: UCM, büyük veri analizi yaparken adil yargılama ilkesini gözetmelidir. Verilerin analizi, somut delillerle desteklenen iddiaları kanıtlamak veya çürütmek için kullanılır. Ancak, analiz sonuçları tek başına bir delil olarak kabul edilmez.

UCM yargılamalarında yukarıdaki örneklerde görüldüğü üzere büyük veri konusunda belirli hassasiyetler gözetilmektedir. Büyük veri analizinin güncel kapsamı doğrultusunda, UCM tarafından daha yaygın ve etkili kullanılma potansiyeli bulunmaktadır. Süreç içerisinde veri güvenliği sağlanmak kaydıyla, büyük veri analizinin yargılamalarda sıklıkla kullanılacağı öngörülebilir.

¹⁰³ Mali (ICC-01/12-01/18), <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd18039b9a5.pdf>.

¹⁰⁴ Libya (ICC-01/11), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2014_09999.PDF.

VII. BÜYÜK VERİNİN ULUSLARARASI HUKUKA UYGUN KULLANIM KOŞULLARI

Uluslararası yargı süreçlerinde büyük verinin kullanımı uyuşmazlıkların çözümünde etkili bir araç niteliği taşımaktadır. Ancak büyük veri analizinin kullanımında çeşitli hukuksal, teknik ve etik sınırlamalara uyulması gerekmektedir. Büyük veri analizinin uluslararası hukuka uygun kullanım koşullarının uluslararası belgeler ve standartlar doğrultusunda incelenmesi önem taşımaktadır. Bu koşullara uygunluk, veri analizinin güvenli ve güvenilirliğini sağlamak için gereklidir.

A. Uluslararası Anlaşmalara Uygun Kullanım

Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Evrensel Beyanname, kişisel verilerin toplanması, işlenmesi ve depolanması konusunda temel ilkeleri belirleyen bir uluslararası belgedir.¹⁰⁵ Bu beyanname, kişisel verilerin gizliliğine saygı gösterilmesi, veri işleme işlemlerinin yasal olması ve veri toplama amaçları hakkında şeffaflık sağlanması gibi konularda ilkeler belirler.

Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR), dünya genelinde kabul gören en kapsamlı veri koruma düzenlemelerinden biridir. GDPR, kişisel verilerin toplanması, işlenmesi ve depolanmasıyla ilgili bir dizi ilkeler belirler ve kişisel verilerin güvenliği konusunda katı kurallar getirir.¹⁰⁶

Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Convention 108), kişisel verilerin korunması konusunda ilk uluslararası anlaşmalardan biridir. Sözleşme, kişisel verilerin işlenmesi,

¹⁰⁵ BM 14 Aralık 1990 tarihinde “Bilgisayara Geçirilmiş Kişisel Veri Dosyalarının Düzenlenmesine İlişkin Rehber İlkeleri”ni yayınlamıştır. (Murat Volkan Dülger, “İnsan Hakları ve Temel Hak Ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2018, s.85.)

¹⁰⁶ Dülger, a.g.m., 2018, s.9.

kullanımı ve depolanmasıyla ilgili temel ilkeleri belirler ve Avrupa Konseyi üyesi ülkeleri tarafından imzalanmıştır.¹⁰⁷

B. İnsan Haklarına Uygun Kullanım

Büyük veri analizinin uluslararası mahkemeler tarafından insan haklarına saygı temelinde uygulanması gerekliliği bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde tanımlanan insan haklarının korunmasına ve yargılanması için adil bir süreç sağlanmasına odaklanılmalıdır. Özellikle, adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü, özel hayatın gizliliği hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı, ayrımcılık yasağı, işkence ve kötü muameleye karşı korunma hakkı ve diğer temel insan haklarına uygunluk sağlanmalıdır. Ayrıca, büyük veri analizi sürecinde verilerin doğruluğu, tarafsızlığı, güvenliği ve gizliliği gibi konulara dikkat edilmelidir.

Büyük veri analizi, uluslararası mahkemeler tarafından kullanıldığında insan haklarının bütünlüğü göz önüne alınmalıdır. Bireysel başvurularda, UCM yargılamalarında ve devletlerarası uyuşmazlıklarda, kişisel veri güvenliğinin ve veri güvenilirliğinin sağlanmasına önem verilmelidir.

C. Adil Yargılama İlkelerine Uygun Kullanım

Adil yargılama ilkeleri, yargı sürecinde uyulması gereken standartları belirler. Bu standartlar, hukukun üstünlüğünü, yargı bağımsızlığını, tarafsızlığı ve insan haklarına saygıyı korumayı amaçlar.¹⁰⁸ Büyük veri analizi, uluslararası yargılama ve uyuşmazlık çözümü sürecinde adil yargılama ilkelerine uygun kullanılmalıdır. Adil yargılama ilkeleri, kişinin suçluluğunu veya masumiyetini belirlemeye yönelik delillerin toplanması ve sunulması, savunma hakkı, bağımsız ve tarafsız bir yargıç veya mahkeme, önyargısız yargılanma, hukuki yardım,

¹⁰⁷ Berna Akçalı Gür, “Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Boyutuyla Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2018, s.854.

¹⁰⁸ Rasih Feridun SENCER, “Adil yargılanma hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 78, Sayı 2, 2013, s.155-156.

yargılama sürecinin açıklık ve adil bir şekilde yapılması gibi koşullara uyulmasını gerektirir.¹⁰⁹

Büyük veri analizi kullanımında belirtilen ilkelerin korunması ve ihlal edilmemesi gereklidir. Örneğin, veri toplama ve işleme sürecinde özel hayatın korunması ve veri güvenliği gibi insan haklarına saygı gösterilmelidir. Verilerin doğru, tam ve güncel olması sağlanmalı ve yanlış veya yanıltıcı sonuçlara neden olabilecek ön yargılar veya önyargılı veriler kullanılmamalıdır. Verilerin analizi ve sonuçların yorumlanması, bağımsız ve tarafsızlık niteliğini temin edecek şekilde yapılmalıdır. Veri sahipliği ile işleme ve analize dahil olan kişilerin konumu, adil yargılama ilkelerine uygun bir şekilde ele alınmalıdır.

Büyük veri analizi, hukukun üstünlüğünün bir gereği olarak adil yargılama ilkesiyle uyumlu olmalıdır. Bu nedenle, mahkemelerin, analiz sonuçlarını ve veri kullanımının hukuki geçerliliğini teyit etmek için yeterli kanıtlar elde etmeleri gereklidir. Verilerin manipüle edilmesi, yanlış yorumlanması veya hukuka aykırı bir şekilde kullanılması, adil yargılamayı tehlikeye atabilir. Büyük veri toplama, depolama ve analizi sırasında, kamusal, ticari ve kişisel verilerin korunması konusunda ciddi sorunlar ortaya çıkabilir. Bu nedenle, uluslararası yargı süreçlerinde büyük verinin kullanımı, devlet sırrı, ticari sırlar ve kişisel mahremiyet konusunda hassas olunmasını gerektirmektedir.

D. Uluslararası Standartlara Uygun Kullanım

Uluslararası uyuşmazlık çözümü süreçlerinde büyük veri analizinin kullanımı, uluslararası standartlara uyumu gerektirmektedir. Veri toplama, işleme ve depolama konusunda uluslararası standartlar çeşitli düzenleyici kurumlar tarafından belirlenmiştir. Bu standartlar, kişisel verilerin korunması ve işlenmesi konusunda temel prensipleri belirler. Bu ilkeler, veri toplama amaçları ve kullanımı konusunda şeffaflık sağlama, kişisel verilerin güvenliği ve veri güvenilirliği gibi konuları kapsar.¹¹⁰

¹⁰⁹ Ezgi Çırak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulanma Alanı”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s.1002,1003.

¹¹⁰ Çağrı Zeybek ÜNSAL, “Google’ın Yeni Gizlilik Politikası Google Inc. Tarafından 1 Mart 2012 Tarihinde Yayımlanan Politikasının Kişisel

ISO/IEC 27001 standardı, veri güvenliği yönetim sistemi için uluslararası bir standarttır.¹¹¹ Bu standardın amacı, bir organizasyonun veri güvenliği risklerini yönetmesini ve verilerin yasalara uygun bir şekilde toplanması, işlenmesi ve depolanması için gerekli önlemleri almasını sağlamaktır. Veri Koruma İlkeleri için Uluslararası Çerçeveleme Örgütü (APEC) tarafından geliştirilen veri koruma ilkeleri, veri toplama, işleme ve depolama konusunda uluslararası standartlar arasında yer almaktadır.¹¹² Bu ilkeler, veri toplama amaçları ve kullanımı konusunda şeffaflık sağlama, kişisel verilerin güvenliği ve veri güvenilirliği gibi koşulları kapsar. Uluslararası uyumsuzluk çözümünde büyük veri analizi kullanımına ilişkin bu standartlara uygunluğun sağlanması, yargılama süreçlerinin hızını ve kararların güvenilirliğini de arttıracaktır.

Veri güvenliği ve güvenilirliğine ilişkin şartlara uyulması denetlenebilirliği de sağlamaktadır. Aslında büyük verinin yargılamaalarda kullanımına yönelik özel normatif düzenlemelerin yapılması gerekliliği de ortaya çıkmıştır. Bu düzenlemeler, uygulamada veri güvenliği standartlarına uygunluğun sağlanmasını tahkim edebilecektir.

VIII. SONUÇ

Uluslararası uyumsuzlukların küreselleşme ve teknolojinin etkisiyle çeşitlenmesi, geleneksel araçlarla çözüm yönünde sonuç alma olasılığını azaltmıştır. Ancak yine aynı faktörler, uyumsuzlukların yargısal ve yargı-dışı çözümü konusunda yeni olanaklar kazandırmıştır. Özellikle yapay zekayla desteklenmiş büyük veri, uyumsuzluk çözümünde oldukça nitelikli bir kaynağı tanımlamaktadır. Uluslararası uyumsuzluklarda büyük veri analizi, taraflar arasındaki anlaşmazlıkların yargı-dışı ve yargısal yollarla çözümüne katkı sunma amacıyla kullanılmaya başlanmıştır.

Verilerin Korunması İlkeleri İle Uyumluluğu Ve Avrupa Birliği'nin 95/46/EC Sayılı Veri Koruma Direktifi Açısından Değerlendirilmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı1, 2013, s.105-107.

¹¹¹ Volkan Evrin ve Mehmet Demirer, "Kurumsal Bilgi Güvenliği Süreç Çalışmaları: ISO/IEC-27001 Örneği. IV. Ağ ve Bilgi Güvenliği Sempozyumu", *Atılım Üniversitesi, Ankara*, 2011, s.26.

¹¹² Mustafa Ünver, Cafer Canbay ve Ayşe Gül MIRZAOĞLU, "Siber Güvenliğin Sağlanması: Türkiye'deki Mevcut Durum ve Alınması Gereken Tedbirler", *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK)*, Ankara, Sayı 8, 2009, s.63.

Özellikle UCM ve UAD soruşturma ve muhakeme süreçlerinde kullanılan büyük veri analizi, kararların denetlenebilirliğine de hizmet etmektedir. Bu tür analizler, yargı kararlarının önceden bütünsel incelenmesini sağlama dışında, anlaşmazlıkların çözümlenmesinde kullanılan argümanların analizinde, yargı kararlarının gelecekteki tahminlerinin yapılmasında, sürecin yönetilmesinde ve delillerin değerlendirilmesinde önemli destek sağlamaktadır.

Uluslararası uyuşmazlıklarda büyük veri analizi kullanımının, hızlı ve etkili sonuçlar alınmasını sağlama, büyük resmi gösterme ve objektif sonuçlara ulaşmayı sağlama şeklinde olumlu yanlarının olduğu belirlenmesi yapılabilir. Uyuşmazlıkların çözümü sürecinde bağlayıcı hukuksal kararlar alınmasını engelleyen politik “manipülasyonlar” ve “spekülasyonlar” karşısında, büyük veri taraflar için önemli ve etkin araçlar sunmaktadır. Ancak, tüm araçlar gibi taşıdığı risklerin asgari düzeye çekilmesi gereklidir. Ayrıca veri güvenilirliği ve kişisel veri güvenliğinin sağlanmaması halinde, çözüm süreçlerinin olumsuz etkilenmesi olasılığı da bulunmaktadır. Kaldı ki veri kaynağının üretiminde subjektif insani bilgi hala önemli rol oynamaktadır. Bu bağlamda büyük verinin “denetlenebilir ölçekte” ve “orantısız şekilde” kullanılması bu riskleri azaltabilecektir.

Büyük verinin, diğer uluslararası aktörler karşısında rüştünü kanıtlama potansiyeline sahip yeni bir hegemonik güç olarak açığa çıktığı görülmektedir. Bu görünümün uluslararası hukuk alanında da objektif bilginin üstün otoritesi olarak şekillenmesi mümkündür. Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde büyük verinin bu potansiyel otoritesinin kullanımı, kararlarda objektif sonuçlara ulaşmanın yanında, bilginin gücüne dayanan analiz sonuçlarına yönelik saygınlık ve güvenilirlik algısı oluşturabilecektir. Uluslararası çatışmaların önlenmesine yönelik uluslararası hukuk çözümlerinin yetersiz kalmasının nedenlerinden biri de yargılamalarda nesnellığın sağlanamadığı algısıdır.

Büyük verinin nesnellığın sağlanmasına önemli katkı sunma potansiyeli bulunmaktadır. Ancak, dünya çapında savaş ve çatışmaya neden olan uluslararası nitelikteki uyuşmazlıkların çözümünde dijital teknolojilerle desteklenen büyük veri yeterince kullanılamamaktadır. Yargılama faaliyetinin doğasından kaynaklı olan bu çekingen tutumun aşılmasını sağlayacak hukuksal ve teknik ilerleme süreci devam etmektedir. Özellikle bu kapsamdaki risklerin yönetiminde “uluslararası hukuka uygunluk” çerçevesinin belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır.

Uluslararası hukuka uygunluk çerçevesini belirlemenin yanında bunun uygulanmasını sağlayacak bağlayıcı ve bütüncül bir anlaşma yapılması gerekliliği de ortaya çıkmıştır. Bu anlaşmanın, devletler, uluslararası kuruluşlar, bireyler ve teknoloji şirketleri arasında eşgüdüm sağlanacak şekilde uygulanması, evrensel barışın tesisinde önemli katkı sağlayabilecektir.

BM ve AB düzeyinde siber alana dair normatif düzenlemelerde insan hakları ve adil yargılama ilkelerine uygun olma gerekliliği vurgulanmaktadır. Özellikle uluslararası insan hakları metinlerinde çerçevesi çizilmiş olan bu ilkelerin yapay zekayla desteklenmiş büyük veri analizlerinde de dikkate alınmalıdır.

Uluslararası hukuka uygunluğun, uluslararası kişiliklerin tamamına yönelik bağlayıcılığı olan bir normatif çerçevede ele alınması önem arz etmektedir. Büyük veri ve büyük veri analizinin uyumsuzluk çözümünde nesnel altyapısını sağlayacak koşulların bu şekilde tahkim edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu anlaşmanın içeriğinin ilgili uluslararası metinler doğrultusunda, büyük veriye yönelik hukuksal, etik ve teknik standartları bütünsel şekilde uygulamaya geçirebilecek bir formda olması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıncı Ziya, *Milletlerarası Tahkim, Ankara*, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Akince Bora, “Uluslararası Hukukta Çözüm Mekanizmaları ve Uluslararası Hukukta Uygunluğun Sağlanması Mekanizmaları: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2021, s. 99-114.
- Altıntaş M. Ayhan, “Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kurulları”, *Hazine Dergisi*, Sayı 10, 1998, s.1-40.
- Aşıkoğlu Şehriban İpek, “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması Ve Büyük Veri”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2018.
- Atalay Muhammet ve Çelik Enes, “Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları-Artificial Intelligence And Machine Learning Applications In Big Data Analysis”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 9, Sayı 22, 2017, s.155-172.
- Muhittin Ataman ve Mehmet Öztürk. "Uluslararası Örgütlerin Devlet-İçi Çatışmalara Müdahale Edip Etmemesini Belirleyen Faktörler." *Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi* Sayı 2, 2016, s.103-135.
- Avunduk Hüseyin ve Kızgın Merve. "Büyük veri ve sürekli denetimde veri analizi." *Journal of Business in The Digital Age* Cilt.3. Sayı 1, 2020, s.76-83.
- Aybay Rona, “Uluslararası Mahkemeler ve Bireylerin Ceza Sorumluluğu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2010, s.125-150.
- Azarkan Ezeli, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Karşılaştırmalı Analizi." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C.24, S.1-2, 2004, s.211-244.
- Badache Fanny, Hellmüller Sara and Salaymeh Bilal, “Conflict Management Or Conflict Resolution: How Do Major Powers

Conceive The Role Of The United Nations İn Peacebuilding?”, *Contemporary Security Policy*, Vol.43, No.4, 2022, pp.547-571.

Badalič Vasja, “The Metadata-Driven Killing Apparatus: Big Data Analytics, The Target Selection Process, And The Threat To İnternational Humanitarian Law”, *Critical Military Studies*, 2023, DOI: 10.1080/23337486.2023.2170539.

Bedir Ömer. "The Flotilla Incident from the Perspective of International Law and the Judicial Rights of the Victims". Universidad de Jaén-Spain, *The Age of Human Rights Journal*, Vol. 15, December 2020, pp. 51-72, <https://doi.org/10.17561/tahrj.v15>.

Belik Mahmut R., *Devletlerin Harp Salâhiyetini Tahdidi ve Milletlerarası İhtilâfların Sulh Yolu ile Halli Usulleri*, Birinci Cilt, 2. Baskı, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1957.

Bercovitch Jacob, Jackson Richard and Wells Richard Dean, *Conflict Resolution in The Twenty-firstCcentury: Principles, Methods, and Approaches*, University of Michigan Press, 2009.

Bilder Richard, “International dispute settlement and the role of international adjudication”, *Emory Journal of International Dispute Settlement*, Vol.1, No.2, 1987, s.142-173.

Blake Gerald H. and Topalovic Dusko, “The Maritime Boundaries of the Adriatic Sea”, *Maritime Briefing*, Eds., SCHOFIELD, Clive/KLEMENCIC, Mladen, Vol. 1, No. 8, 1996, International Boundaries Research Unit Department of Geography University of Durham, [https://www.durham.ac.uk/media/durhamuniversity/research-research-centres/ibru-centre-for-bordersresearch/maps-and-databases/publications-database/MaritimeBriefings-\(Vol.-1-no.-8\).pdf](https://www.durham.ac.uk/media/durhamuniversity/research-research-centres/ibru-centre-for-bordersresearch/maps-and-databases/publications-database/MaritimeBriefings-(Vol.-1-no.-8).pdf),

BM Anlaşması, United Nations Charter (full text) | United Nations.

BM Anlaşması, United Nations Charter (full text) | United Nations.

BM Güvenlik Konseyi Kararı 245 (1967), BM Güvenlik Konseyi Kararı 731 (1992), BM Güvenlik Konseyi Kararı 1353 (2001), BM Güvenlik Konseyi Kararı 1701 (2006), BM Genel Kurulu Kararı 57/18 (2002), BM Genel Kurulu Kararı 66/129 (2012), BM Genel Kurulu Kararı 67/104 (2012), BM Genel Kurulu Kararı 68/303 (2014), BM Genel Kurulu Kararı 70/304 (2016).

- BM Güvenlik Konseyi., <https://www.un.org/securitycouncil/>, Erişim Tarihi: 19.05.2023.
- Brysk Alison and Jimenez Arturo, “The Globalization of Law: Implications for the Fulfillment of Human Rights”, *Journal of Human Rights*, Vol.11, No.1, 2012, pp.4-16
- Büyük Mehmet Emin, “Modern Uluslararası Tahkimin Gelişiminde Jay Andlaşması’nın Yeri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 50, 2022, 443-472.
- Chinkin C. M and Sadurska Romana, “Learning about International Law through Dispute Resolution.”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, No.3, 1991, pp. 529–550.
- Mehmet Oytun Cıbaroğlu ve Bahattin Yalçınkaya, "Belge ve Arşiv Yönetimi Süreçlerinde Büyük Veri Analitiği Ve Yapay Zekâ Uygulamaları." *Bilgi Yönetimi* 2, 1, 2019, s.44-58.
- Crawford James, *Brownlie's principles of public international law*, Oxford University Press, USA, 2019.
- Çelik Sadullah ve Akdamar Emrah, "Büyük Veri ve Veri Görselleştirme." *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi* S.65, 2018, s.253-264.
- Çırak Ezgi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulanma Alanı”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 997-1028.
- Darfur (ICC-02/05), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_01517.PDF, Erişim Tarihi: 19.05.2023.
- Doğan Korcan ve Arslantekin Sacit, Büyük Veri: Önemi, Yapısı ve Günümüzdeki Durum. *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi*, 2016, 56.1, s.115-36.
- Dülger Murat Volkan, “İnsan Hakları Ve Temel Hak Ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2018, s.71-144.

- Erdal Muhammed, “Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Bir Müessese: Sürekli Hakemlik Mahkemesi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Özel Sayı, 2017, s. 2871-2892.
- Erdoğan Gökhan, “Yapay Zekâ Ve Hukukuna Genel Bir bakış”, *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021, s.117-192.
- Erkiner Hakkı Hakan, “Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla Uygulanması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 23, Sayı 2, 2017, 87-102.
- Erkiner Hakkı Hakan, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerarası Zararlara Yönelik Tazminatın Belirlenmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 1, 2022, s.1-30.
- European Court of Human Rights, “Individual Applications”, https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants&c=#n1368718271710_pointer, Erişim Tarihi: 19.05.2023.
- European Court of Human Rights, https://www.echr.coe.int/Documents/Leaflet_AI_ENG.pdf; Erişim Tarihi: 19.05.2023.
- Evrin Volkan ve Demirer Mehmet, “Kurumsal Bilgi Güvenliği Süreç Çalışmaları: ISO/IEC-27001 Örneği. IV. Ağ ve Bilgi Güvenliği Sempozyumu”, Atılım Üniversitesi, Ankara, 2011, s.25-30.
- Erdoğan, Feyiz, *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Goodman Sarah J., “The Effectiveness of the International Criminal Court: Challenges and Pathways for Prosecuting Human Rights Violations”, *Inquiries Journal*, Vol.12, No.9, 2020.
- Gözlügül Said Vakkas, “Uluslararası hukuk boyutuyla hukukun üstünlüğü”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 2, 2013, s.1423-1454.
- Gül Hüseyin, “Dijitalleşmenin Kamu Yönetimi Ve Politikaları İle Bu Alanlardaki Araştırmalara Etkileri”, *Yasama Dergisi*, Sayı 36, 2018, s.5-26.
- Gülçür Abdulkadir, “Küreselleşmenin Hukuki Boyutları ve Birleşmiş Milletler İhtisas Kuruluşları ile Uluslararası Adalet Divanı'nın Devletlerin Egemenliği Üzerindeki Etkisi”, *Marmara*

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, 2019, s.808-832.

Gülçür Abdulkadir, “Küreselleşmenin Hukuki Boyutları ve Birleşmiş Milletler İhtisas Kuruluşları ile Uluslararası Adalet Divanı’nın Devletlerin Egemenliği Üzerindeki Etkisi” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2019, s.808-832.

Gür Berna Akçalı, “Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Boyutuyla Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2018, s.850-872.

Gürdal Elif, “Dijital diplomatlar: Dijital diplomaside yeni nesil diplomatlar”, *Bitlis Eren Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi Akademik İzdüşüm Dergisi*, , Cilt 6, Sayı 1, 2021, s.114-127.

Hollis Duncan B. and Tikk Eneken, "Peaceful Settlement in International Law", *Tex. Int'l LJ* No.57, 2021, pp.133-184.

How Corporations Get Away With Environmental and Human Rights Abuses", *Harvard Business Review*, <https://hbr.org/2019/11/how-corporations-get-away-with-environmental-and-human-rights-abuses>, Shell faces historic legal action in the Netherlands over fossil fuel emissions", *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/business/2019/apr/05/shell-faces-legal-action-in-the-netherlands-over-fossil-fuel-emissions>, ICSID Cases and Claims", *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/17/44>, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

Humble Kristian P., “International Law, Surveillance And The Protection Of Privacy”, *The International Journal of Human Rights*, Cilt 25, Sayı 1, 2021, pp.1-25.

Hurd Ian, “Law and the Practice of Diplomacy”, *International Journal*, Vol.66, No.3, 2011, pp. 581–96.

Huth Paul K., et al. “Does International Law Promote the Peaceful Settlement of International Disputes? Evidence from the Study of Territorial Conflicts since 1945.” *The American Political Science Review*, Vol. 105, No. 2, 2011, pp. 415–36.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, “ICSID Overview., <https://icsid.worldbank.org/about/overview>”, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, “ICSID Overview”, <https://icsid.worldbank.org/about/overview>, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

International Chamber of Commerce, “ICC Arbitration and ADR” <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration-and-adr/>, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

International Chamber of Commerce, “ICC Arbitration and ADR”, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration-and-adr/>, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

International Court of Justice, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/179/179-20210406-ORA-01-00-EN.pdf>., Erişim Tarihi: 19.05.2023.

International Court of Justice. "Jurisdiction of the Court." <https://www.icj-cij.org/en/jurisdiction>, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1468>; Erişim Tarihi: 19.05.2023.

International Criminal Court, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1468>, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

Karaoğlu Ali Osman, “Uluslararası Adalet Divanı Danışma Görüşlerinde Yetki ve Devletin Sorumluluğu Tartışması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, Sayı 3, 2022, s.1409-1435.

Karasoy Hasan ve Babaoğlu Pelin, “Türkiye’de Elektronik Devletten Dijital Devlete Doğru”, *Karadeniz Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 12, Sayı 23, 2020, s. 397-416.

Kaya İslam Safa, “Uluslararası Örnekler Çerçevesinde Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçı Çözüm Yolları”, *Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2/1, 2017, s. 153-163.

Kayacan Şehriban ve Baysal Deren, “Büyük Veride Mahremiyete Yönelik Etik Tartışmalara Göstergebilimsel Yaklaşım: The Entire

History Of You”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 1, Sayı 45, 2023, s.189-235.

Kenya (ICC-01/09), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2010_02409.PDF,
Erişim Tarihi: 19.05.2023.

Kırdım Şahin Eray, “Uluslararası Örgütlenmenin Gelişimine Retrospektif Bir Bakış: On Dokuzuncu Yüzyılın Alametifarikası”, *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı 46, 2021, 451-466.

Kongo (Bemba) (ICC-01/05), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_04528.PDF,
Erişim Tarihi: 19.05.2023.

Kongo (Katanga) (ICC-01/04-01), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2007_03883.PDF,
Erişim Tarihi: 19.05.2023.

Kongo (Lubanga) (ICC-01/04), https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF,
Erişim Tarihi: 19.05.2023.

Kuruca Yasemin, Üstüner Murat ve Şimşek Işıl, “Dijital Pazarlamada Yapay Zekâ Kullanımı: Sohbet Robotu (Chatbot)”, *Medya ve Kültür*, Cilt 2, Sayı 1, 2022, s.88-113.

Lauterpacht H., “The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law.” *Economica*, No. 24, 1928, pp. 277–317.

Lutz Robert E., “Perspectives on the World Court, the United States, and International Dispute Resolution in a Changing World”, *The International Lawyer*, Vol.25, No.3, 1991, pp.675–711.

Majinge Charles Riziki, “Emergence Of New States In Africa And Territorial Dispute Resolution: The Role Of The International Court Of Justice”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol.13, No.1, 2012, pp.462-504.

Mani Rama, “Conflict resolution, justice and the law: Rebuilding the rule of law in the aftermath of complex political emergencies”, *International Peacekeeping*, Vol.5, No.3, 1998, pp.1-25.

Minsky Marvin, “Semantic Information Processing”, Cambridge, MA: MIT Press, 1968.

- Orallı Levent Ersin, “Uluslararası Krizler ve Bağımsız Soruşturma Komisyonları”, *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, 2014, s.91-118.
- Özbay İbrahim ve Erdem Murat, "Bir Kurumsal Tahkim Merkezi Örneği: İberoamerikan Tahkim Merkezi." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.42, 2020, s.449-470.
- Özcan Ali, “Büyük veri: Fırsatlar ve tehditler”, TRT Akademi, Cilt 6, Sayı 11, 2021, s.10-31.
- Özturanlı Beyza, “Uluslararası Hukukta Disiplinler Arası İşbirliğine Önemli Bir Örnek: İran-ABD İddiaları Hakem Mahkemesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2016, 35-61.
- Öztürk Yasin, *Uluslararası Hukukta Çatışma ve Çözümü, Teoriden Pratiğe Uluslararası Çatışma*, Ed. Muhittin DEMİRAY, Sevil ŞAHİN. Orion Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Pehlivan Oğuz Kaan, “Uluslararası Adalet Divanı’nda Görülen Davalara Dostane Katılım (Amicus Curiae) ve Dostane Mütalaa (Amicus Brief) Usulü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 38, 2019, s.315-342.
- Rasih Feridun SENCER, “Adil yargılanma hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 78, Sayı 2, 2013, s.108-173.
- Schönberger, Viktor Mayer ve Kenneth Cukier, *Büyük Veri-Yaşama, Çalışma ve Düşünme Şeklimizi Dönüştürecek Bir Devrim*, Çev. Banu Erol, Paloma, İstanbul 2013.
- Selman, Öğüt, “Uluslararası Hukukta Barışçıl Çözüm Yolları Açısından Türkiye’nin Rusya-Ukrayna Arasındaki Arabuluculuğu”. *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 75, 2023, s. 475-493.
- Siblesz Hugo, “The Role of International Organizations in Fostering Legitimacy in Dispute Resolution”, *International Organizations and the Promotion of Effective Dispute Resolution: AIIB Yearbook of International Law 2019*, edited by Peter Quayle and Xuan Gao, Vol. 2, Brill, 2019, pp. 77–89.
- Sinha Dilip, “International Dispute Settlement Mechanisms and India-Pakistan Disputes”, *Indian Foreign Affairs Journal*, Vol. 12, No. 3, 2017. 202–214.

Susskind Lawrence and Ali Saleem, “The Role of Alternative Dispute Resolution in International Law”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.44, No.1, 2004, pp.89-172.

Şahin Sevil, *Uluslararası Çatışma Çözümü ve Arabuluculuk- Kıbrıs Sorununda BM Genel Sekreterlerinin Arabuluculuk Çabaları*, Orion Kitabevi, Ankara, 2022.

Tutak Eda, “Uluslararası Deniz Hukukunda Deniz Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin En Etkin Başvuru Yolunun Bulanık AHP Yaklaşımıyla Belirlenmesi”, *Paradigma*, Sayı 11.1, 2022, s.1-20.

UN Human Rights Council, "Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic", A/HRC/22/59, 2013.

United Nations Audiovisual Library of International Law, “Disputes between States”, https://legal.un.org/avl/ls/Disputes_between_States.html., Erişim Tarihi: 19.05.2023.

United Nations Audiovisual Library of International Law, “Disputes between States and International Organizations”, https://legal.un.org/avl/ls/Disputes_between_States_and_IOS.html l, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

United Nations Audiovisual Library of International Law, “Disputes between States”, https://legal.un.org/avl/ls/Disputes_between_States.html”, Erişim Tarihi: 19.05.2023.

United Nations Audiovisual Library of International Law., “Disputes between States and International Organizations”, https://legal.un.org/avl/ls/Disputes_between_States_and_IOS.html l., Erişim Tarihi: 19.05.2023.

United Nations Human Rights Council. “Complaint Procedure and Special Procedures Mandate Holders”, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx>., Erişim Tarihi: 19.05.2023.

United Nations Security Council Resolution 2166 (2014): [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2166\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2166(2014))., Erişim Tarihi: 19.05.2023.

- United Nations, "Methods of dispute settlement" (2022), <https://www.un.org/en/sections/issues-depth/dispute-settlement-methods-dispute-settlement/>, European Union External Action, "Alternative Dispute Resolution" (2022), https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/9467/alternative-dispute-resolution_en., Erişim Tarihi: 19.05.2023.
- Ünsal Çağrı Zeybek, "Google'ın Yeni Gizlilik Politikası Google Inc. Tarafından 1 Mart 2012 Tarihinde Yayımlanan Politikasının Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri İle Uyumluluğu Ve Avrupa Birliği'nin 95/46/EC Sayılı Veri Koruma Direktifi Açısından Değerlendirilmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı1, 2013, s.99-124.
- Ünver Mustafa, Canbay Cafer ve Mirzaoğlu Ayşe Gül, "Siber Güvenliğin Sağlanması: Türkiye'deki Mevcut Durum Ve Alınması Gereken Tedbirler", *Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK)*, Ankara, Sayı 8, 2009.
- Zorlu Süleyman Emre, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşunda Tarihsel Süreç ve BM Güvenlik Konseyi'nin Uluslararası Ceza Mahkemesinin İşleyişi Üzerindeki Yetkileri" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2: 2016, s.111-150.

KATI ATIK TOPLAYICILARININ EYLEMLERİNİN HIRSIZLIK SUÇU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Nurullah KANTARCI*

ÖZ

Sahibi tarafından çöpe atılan bir eşyanın üçüncü bir kişi tarafından alınması ceza hukukunun ilgi alanına girmeyecektir. Zira bu durumda ortada sahihsiz bir eşya bulunmaktadır ve sahihsiz eşyanın alınması herhangi bir suç teşkil etmeyecektir. Ancak sahibinin geri dönüşüm amacıyla geri dönüşüm kutularına veya kilitli konteynlara attığı eşyalar bakımından durum farklı olacaktır. Bu ihtimalde eşyanın sahibi mülkiyeti belediyelere veya yetkili şirketlere terk iradesiyle hareket etmektedir. Dolayısıyla ortada sahihsiz bir eşya bulunmamaktadır. Katı atık toplayıcılarının veya üçüncü kişilerin geri dönüşüm kutularına atılmış olan bu gibi eşyaları almaları durumunda hırsızlık suçu oluşacaktır. Ancak haksızlık içeriği oldukça az olan bu eylemler sebebiyle bir cezalandırma ihtiyacı ortaya çıkmayacaktır. Çalışmamızda katı atık toplayıcılarının eylemleri hırsızlık suçu bakımından değerlendirilmiş ve bu eylemlerin gerektiğinde cezalandırılma alanı dışında bırakılabilmesi için çözüm önerileri ileri sürülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Hırsızlık, malın değerinin azlığı, son çare olma ilkesi, geri dönüşüm, katı atık toplayıcıları.

* Arş. Gör. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: nurkan038@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-6555-5603.

Makalenin Gönderim Tarihi : 02.12.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 10.06.2023.

EVALUATION OF THE ACTIONS OF SOLID WASTE COLLECTORS IN TERMS OF THE CRIME OF THEFT

ABSTRACT

The taking of an item discarded by its owner by a third party shall not be within the scope of criminal law. Because in this case, there is an unclaimed property, and taking the unclaimed property will not constitute any offence. However, the situation will be different for items that the owner throws into recycling bins or locked containers for recycling. In this case, the owner of the goods acts intending to leave the ownership to the municipalities or authorized companies. Therefore, there is no unclaimed property. A theft offence will occur if solid waste collectors or third parties take such items that have been thrown into recycling bins. However, the need for punishment will not arise due to these acts, which have a very low content of injustice. In our study, the actions of solid waste collectors are evaluated in terms of the offence of theft, and solutions are proposed to exclude these actions from the scope of punishment when necessary.

Keywords: Theft, lowness of the value of goods, ultima ratio, recycling, solid waste collectors.

I. GİRİŞ

Katı atıkların ve geri dönüşümü mümkün olan sair eşyaların sahibi tarafından atılması ve katı atık toplayıcılarının ya da üçüncü bir kişinin bu eşyaları alması, bazı ihtimallerde ceza hukukunun ilgi alanına girebilmektedir¹. Sahibi tarafından çöpe atılmış bir eşyanın, üçüncü bir

¹ 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 2. maddesinde "atık; herhangi bir faaliyet sonucunda oluşan, çevreye atılan veya bırakılan her türlü maddeyi; katı atık: üreticisi tarafından atılmak istenen ve toplumun huzuru ile özellikle çevrenin korunması bakımından, düzenli bir şekilde bertaraf edilmesi gereken katı atık maddeleri; evsel katı atık; "tehlikeli ve zararlı atık kapsamına girmeyen konut, sanayi, işyeri, piknik alanları gibi yerlerden gelen katı atıkları ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. 14.03.1991 tarih ve 20814 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış olan Katı Atıkların Kontrolü Yönetmeliği'nin 3. maddesinde katı atık; "üreticisi tarafından atılmak istenen ve toplumun huzuru ile özellikle çevrenin korunması bakımından, düzenli bir şekilde bertaraf edilmesi gereken katı maddeleri ve arıtma çamurunu, iri katı atık, evsel katı atık, bu Yönetmelikte "katı atık" olarak

kişi tarafından alınması ceza hukuku bakımından genellikle bir problem arz etmeyecektir². Zira bu ihtimalde, malın sahibi olan kişi mülkiyeti terk iradesiyle hareket etmektedir ve ortada sahipsiz bir eşya bulunmaktadır³. Ancak malın sahibinin mülkiyeti üçüncü bir kişi, şirket veya kurum lehine terk iradesiyle hareket ettiği ihtimalde durum biraz daha farklıdır. Belediyenin veya yetkili bir şirketin⁴ geri dönüşüm amacıyla koymuş olduğu kâğıt, plastik, cam toplama kutularının içinde bulunan eşyanın alınması; yine belediye tarafından ihtiyaç sahiplerine ulaştırmak amacıyla

anılmaktadır.) ifade eder.” şeklinde tanımlanmış idi. 02.04.2015 tarih ve 29314 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve önceki yönetmeliği ilga eden Atık Yönetimi Yönetmeliği'nin m. 4/1-d hükmünde ise atık; “üreticisi veya fiilen elinde bulunduran gerçek veya tüzel kişi tarafından çevreye atılan veya bırakılan ya da atılması zorunlu olan herhangi bir madde veya materyali ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı yönetmeliğin Ek-4 listesinde ise atık listesine yer verilmiştir. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150402-2.htm>. E.T: 23.01.2023. Yine 12.07.2019 tarih 30829 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sıfır Atık Yönetmeliği'nin 4/1-a hükmünde de atık ile ilgili aynı tanıma yer verilmiştir. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/07/20190712-9.htm>. E.T: 23.01.2023. Görüldüğü gibi mevzuatta atıklara ilişkin birçok farklı tanım bulunmaktadır. Biz çalışmamızın bütününde kâğıt, plastik, cam, metal, pil, hurda eşya gibi atıkların tamamını kapsayacak şekilde “katı atık” ifadesini tercih etmiş bulunmaktayız.

² Örneğin eski tarihli bir olayda, Fransa’da bir belediye, çöplerin kaldırılması ve bunlardan faydalanılması hakkını bir kişiye ihale etmiş ve bu durumda üçüncü bir kimse tarafından çöplerin alınmasının hırsızlık suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmıştır. Fransız Yargıtay’ı, ihale sözleşmesinin çöplerin mülkiyetini devretmediğini, yalnızca bunların kaldırılma yetkisinin devredildiğini belirterek hırsızlık suçunun oluşmayacağı yönünde karar vermiştir. Aktaran: DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 12. Bası, İstanbul 1984, s. 300.

³ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2022, s. 626; YILDIZ, Ali Kemal, Hırsızlık, Özel Ceza Hukuku, Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, İstanbul 2018, s. 22.

⁴ 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 7/i. ve 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 15/g maddesine göre belediyeler, katı atıkların toplanması ve geri dönüşümü işini kendileri yapabileceği gibi bu işi yetkilendirdiği başka kimselere de yaptırabileceklerdir. Yine Atık Yönetimi Yönetmeliği’nin 8. maddesinde de belediyelerin bu hususta yetki devri yapabilecekleri vurgulanmıştır.

oluşturulan ve kilitli tutulan kıyafet kutularına atılmış olan kıyafetlerin alınması, geri dönüşüm için kilitli konteynirlara atılan organik atıkların (biomüll) alınması gibi örneklerde hırsızlık suçunun oluşup oluşmayacağı ayrıca tartışılmalıdır. Bilindiği üzere TCK'nın 141. maddesi gereğince, zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimse hırsızlık suçu sebebiyle sorumlu tutulacaktır. Yukarıda verilen örneklerde hırsızlık suçunun oluşup oluşmayacağı ise alınan eşyanın sahipli bir eşya olup olmadığı sorusuna verilecek cevaba göre belirlenecektir. Zira söz konusunu eşyanın sahipli olduğu sonucuna varılırsa bu durumda hırsızlık suçu tipik olacaktır. Bunun yanında verilen örneklerde yer alan eşyanın hırsızlık suçunun konusunu oluşturup oluşturmayacağı da ceza hukuku bakımından ayrı bir tartışma konusudur. Bu tartışmalarının detaylarına aşağıda yer verilecektir. İfade etmek isteriz ki Türk doktrininde ve yargı uygulamalarında yukarıda açıklanan minvalde bir tartışma yeterince yapılmış değildir. Alman hukukunda ise bu tarz durumlarda hırsızlık suçunun oluşup oluşmayacağı ve bu durumlarda cezaya layık bir eylemin söz konusu olup olmayacağı tartışılmaktadır. Almanya'da Bayern Yüksek Eyalet Mahkemesi (Bayerische Oberste Landesgericht), yakın zamanda vermiş olduğu bir kararında benzer bir durumda hırsızlık suçunun oluşacağına karar vermiştir⁵. Karara konu olayda failler, bir süpermarket tarafından imha ve geri dönüşüm amacıyla kilitli atık gıda konteynirine atılan ve geri dönüşüm şirketi tarafından alınarak imha edilmesi gereken gıda maddelerini almışlardır. Yine Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin kararına konu olmuş olan bir olayda, fail, bir bankanın imha edilmesi amacıyla atık kutusuna attığı banka kartını (EC-Karte) kutudan alarak, kart ile harcama yapmış ve Yüksek Mahkeme olayda hırsızlık suçunun

⁵ BayObLG, Beschl. v. 2.10.2019–206 StRR 1013/19 und 206 StRR 1015/19. NStZ-RR 2020, 104. Bu karar anayasa şikâyeti (Verfassungsbeschwerde) yoluyla Alman Anayasa Mahkemesi'nin önüne kadar götürülmüş fakat Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemelerinin yorumunun anayasal çerçevede kaldığını belirterek bu hususta karar vermemiştir. (BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 5.8.2020 – 2 BvR 1985/19, 2 BvR 1986/19). Söz konusu karar ve değerlendirmesi için bkz. HOVEN, Elisa, “Verfassungskonforme strafgerichtliche Verurteilung wegen Containers”, NJW 2020, s. 2953-2956.

oluşturduğuna hükmetmiştir⁶. Örnek olarak verilen kararların gerekçelerine aşağıda değinilecektir. Çalışmamızda, bu gibi örneklerde hırsızlık suçunun unsurlarını oluşturan “başkasına ait taşınır bir malın” mevcut olup olmadığı, çöp veya katı atık olarak değerlendirilebilecek eşyanın hırsızlık suçunun konusunu oluşturup oluşturamayacağı, failerin hata hükümlerin faydalanıp faydalanamayacağı, gerçekleştirilen eylemlerin cezaya layık olup olmadığı gibi sorulara cevap aranacaktır.

II. KATI ATIKLARIN HIRSIZLIK SUÇUNUN KONUSU OLUP OLAMAYACAKLARI SORUNU

Hırsızlık suçunun konusunu başkasına ait taşınır bir mal oluşturmaktadır. Bir şeyin hukuki anlamda “mal” veya “eşya” kabul edilebilmesi için bir takım özelliklere sahip olması gerekmektedir. Doktrinde eşyanın unsurları, maddi bir varlığı olma, üzerinde hâkimiyet kurulabilme, insan dışı olma, sınırlandırılabilme, ekonomik bir değere sahip olma şeklinde tespit edilmektedir⁷. Ancak eşyanın ekonomik bir değere sahip olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bu sebeple boş bir plastik şişe, kâğıt veya karton parçası, içi boşalmış bir pil, çürük bir elma gibi ekonomik bir değeri olmayan veya çok az bir değere sahip olan şeylerin hırsızlık suçunun konusunu oluşturup oluşturmayacağı da tartışmalı hale gelmektedir. Doktrinde bazı yazarlara göre, hiçbir ekonomik değer taşımayan veya önemsenmeyecek kadar az bir değere sahip olan şeyler hırsızlık suçunun konusu oluşturamayacaktır⁸. Bazı

⁶ OLG Hamm, Beschluss vom 10. 2. 2011 - III 3 RVs 103/10. JuS 2011, s. 755-757.

⁷ Eşyanın unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKSOY DURSUN, Sanem, Eşya Kavramı, İstanbul 2012, s. 24-37. İfade etmek gerekir ki bazı yazarlar, “ekonomik bir değere sahip olma” unsurlarını bir unsur olarak görmemektedirler. Bu yönde bkz. ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017, s. 27.

⁸ ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 288, 289; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler -Kişilere Karşı Suçlar-, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 303 ve s. 324; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: 1, 3. Bası, İstanbul 2016, s. 298. Ancak bu görüşte ismi anılan yazarlar, ekonomik bir değeri olmayan fakat manevi bir değere sahip olan şeylerin de hırsızlık suçunun konusunu oluşturabileceğini belirtmektedirler. Yıldız, eşyanın hiçbir ekonomik değerinin olmaması ile çok az bir değere sahip olması

yazarlar ise ekonomik bir değeri olmayan veya çok az olan şeylerin de eşya kavramına girdiğini ve hırsızlık suçunun konusunu oluşturabileceğini ifade etmektedirler⁹. Bu yazarlara göre malvarlığına dâhil olan bir eşyanın alınması, malik veya zilyedin o eşya üzerindeki tasarruf yetkisini ihlal ettiğinden, söz konusu eşya ekonomik bir değer taşımasa da hırsızlık suçu oluşabilecektir¹⁰. Zira hırsızlık suçuyla mülkiyetin şekli pozisyonu korunmaktadır¹¹. Alman doktrininde de baskın görüş, hırsızlık suçunun konusu eşyanın ekonomik bir değere sahip olmasının zorunlu olmadığı yönündedir¹². Bunun yanında Alman

arasında fark olduğuna işaret etmektedir. Yazara göre, mektup, çek yaprağı gibi eşyanın çok az da olsa ekonomik bir değeri vardır ve bu gibi nesnelere hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecektir. YILDIZ, s. 24.

- ⁹ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 684; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2022, s. 569. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rifat Murat, Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2022, s. 740, 741; DÖNMEZER, s. 292. *Özbek/Doğan/Bacaksız*, hırsızlık suçunun konusu olan malın bir değere sahip olmasının gerektiğini, ancak bu değer ekonomik bir değer olmasının zorunlu olmadığını ifade etmektedirler. Yazarlara göre, maddi değeri olmayıp, manevi değere sahip olan şeyler de hırsızlık suçunun konusu oluşturabilecektir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Özel Hükümler, s. 623.
- ¹⁰ Doktrinde, TCK'da hırsızlık suçunun düzenlendiği bölüm başlığının "malvarlığına karşı suçlar" olduğu; malvarlığının, mülkiyetten daha geniş bir anlama sahip olduğu ve bu sebeple ekonomik değer taşımayan nesnelere de malvarlığına dâhil olacağı ifade edilmektedir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Özel Hükümler, s. 619.
- ¹¹ BOSCH, Nikolaus, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, 2019, §242, kn. 3 KREY, Volker/HELLMANN, Uwe/HEINRICH, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2 – Vermögensdelikte, 16. Auflage, Stuttgart 2012, kn. 1.
- ¹² SCHMITZ, Roland, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band IV, 4. Auflage, München 2021, §242, kn. 10; WITTIG, Petra, in: Beck'scher Kommentar StGB v. Heintschel-Heinegg, 55. Edition, 2022, §242, kn. 3; KINDHÄUSER, Urs, in: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Baden-Baden 2017, §242, kn. 11; SS-BOSCH, §242, kn. 4. MITSCH, Wolfgang, Strafrecht Besonderer Teil 2 -Vermögensdelikte, 3. Auflage, Heidelberg 2014, s. 11; EISELE, Jörg, Strafrecht Besonderer Teil 2, 2. Auflage, Stuttgart 2012, kn. 3. KREY/HELLMANN/HEINRICH, kn. 1.

doktrinindeki bazı yazarlara göre, ne maddi ne de manevi bir değere sahip olmayan eşya, hırsızlık suçunun konusunu oluşturamayacaktır¹³.

Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarında hırsızlık suçunun konusunun ekonomik bir değere sahip olması gerektiğine hükmetmektedir¹⁴. Ancak bazı kararlarında ise ekonomik açıdan değersiz sayılabilecek nitelikteki şeylerin hırsızlık suçunun konusunu oluşturabileceğine hükmetmiştir¹⁵.

Kanaatimizce hırsızlık suçunun konusu eşyanın maddi bir değer taşınması zorunlu değildir. Örneğin, manevi değere sahip bir mektubun çalınması da hırsızlık suçunu oluşturabilecektir¹⁶. Bize göre, maddi veya manevi bir değere sahip olmayan şeyler de hırsızlık suçunun konusunun

¹³ SS-BOSCH, §242, kn. 7; JAHN, Matthias, “Containern als Diebstahl –Zur Strafbarkeit wegen Diebstahls durch das Entwenden von Entsorgten Lebensmitteln”, JuS 2020, s. 85; SCHIEMANN, Anja, “Containern“ – Strafbar aber nicht strafwürdig?”, KriPoZ 4, 2019, s. 232. Yazar bu gibi durumlarda “ultima ratio” ilkesi gereğince cezalandırma ihtiyacının bulunmadığı görüşündedir.

¹⁴ “...Sanığın müştekinin doktor odasından reçete çaldığı somut olayda, çalınan reçetenin ekonomik değeri bulunmadığından unsurları itibarıyla oluşmayan hırsızlık suçundan beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi...” Yar. 2. CD., E: 2020/26684, K: 2022/3002, T: 23.02.2022. “...Tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, inha edilmesi gereken ve ekonomik değeri bulunmayan hayvan etinin hırsızlık suçunun konusu olamayacağı ancak kusurunun gizlenerek satılması halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağı...” Yar. 13. CD., E: 2017/4762, K: 2018/13553, T: 09.10.2018. “...suça konu mazotun kurum açısından ekonomik bir değeri olmayan, atık niteliğinde ve çevreye zarar vermemesi için atılmayıp bekletilen bir malzeme olduğu, dolayısıyla ekonomik değerinin bulunmaması sebebiyle hırsızlık suçunun konusunu oluşturmayacağı kabulü yerine yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi...” Yar. 17. CD., E: 2015/26728, K: 2015/11126, T: 15.12.2015. Kararlar için bkz. www.legalbank.net. E.T: 06.01.2023.

¹⁵ “...Sanığın, suç arkadaşıyla birlikte, katılanın evinin bahçesindeki birkaç adet boş plastik şişe ve teneke kutuyu çaldığının kabul edilip anlaşılması ve sanığın kastının yalnızca bu malzemelere yönelik olması karşısında; sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması gerektiğinin gözetilmemesi...” Yar. 6. CD., E: 2012/1327, K: 2014/12249, T:12.06.2014. Karar için bkz. www.legalbank.net. E.T: 05.01.2023.

¹⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Özel Hükümler, s. 623.

dışında tutulmamalıdır¹⁷. Aksinin kabulü halinde malikin eşya üzerinde tasarrufta bulunma hakkı kısıtlanmış olacaktır. Bunun yanında toplu olarak düşünüldüğünde çöplerin de bir ekonomik değerinin olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Zira örneğin, evsel atıkların geri dönüşümü suretiyle enerji ya da gübre (kompost); plastik, cam, kâğıt, metal gibi şeylerin geri dönüşümüyle de ikincil hammadde elde edilebilmektedir¹⁸.

III. KATI ATIKLARIN HIRSIZLIK SUÇUNUN UNSURU OLAN “BAŞKASINA AİT OLMA” UNSURU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bilindiği üzere hırsızlık suçunun oluşabilmesi için zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın alınması gerekmektedir. Sahipsiz eşya hırsızlık suçunun konusunu oluşturamayacaktır¹⁹. Sahipsiz eşya, baştan beri herhangi bir kimsenin mülkiyetinde olmayan ya da sahibinin mülkiyetini terk ettiği eşya olarak tanımlanabilir²⁰. Bu anlamda mülkiyeti terkin feragat iradesiyle, kesin ve kayıtsız olması gerekmektedir²¹. Bir eşyanın sahipli olup olmadığı normatif bir unsur olup; medeni hukuk kurallarına göre tespit edilecektir. Çalışma konumuz bakımından çöp, geri dönüşüm kutuları, gıda konteynırları gibi yerlere sahibi tarafından atılan eşyanın sahipli bir eşya olup olmadığına tespiti önem arz etmektedir. Zira bu şeylerin sahipsiz mal olarak nitelendirilmesi durumunda hırsızlık suçu oluşmayacak; sahipli olarak nitelendirilmesi durumunda ise hırsızlık suçu tipik olacaktır. Bu gibi durumlarda malın sahibinin mülkiyeti ve zilyetliği terk etme iradesinin olup olmadığı ya da üçüncü bir kişinin lehine terk iradesinin olup olmadığı ise her bir somut olayın özelliğine bakılarak tespit edilmelidir²².

¹⁷ Aynı yönde bkz. NK-KINDHÄUSER, §242, kn. 11.

¹⁸ KILINÇ, İsmail, “Çöp, Geri Dönüşüm ve Hukuk”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 473, 474.

¹⁹ ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 570; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Özel Hükümler, s. 626; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 687; YILDIZ, s. 22; MITSCH, s. 7.

²⁰ MüKo-SCHMITZ, §242, kn. 34; BeckOK-WITTIG, §242, kn. 9; NK-KINDHÄUSER, §242, kn. 21, 22; SS-BOSCH, §242, kn. 15; EISELE, kn. 23.

²¹ NK-KINDHÄUSER, §242, kn. 22; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 745; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 570.

²² JAHN, Containern, s. 87.

Almanya’da yargı kararına konu olmuş olan olayda, bir ressam, yapmış olduğu taslak resimleri, kâğıtların toplandığı geri dönüşüm kutusuna atmış ve bu resimleri de üçüncü bir kişi almıştır. Ravensburg Eyalet Mahkemesi, bu olayda sahipsiz bir eşyadan söz edilemeyeceğini; ressamın, mülkiyeti geri dönüşüm amacıyla geri dönüşümü yapacak olan kuruluşa terk ettiğini, herhangi bir üçüncü kişinin alabilmesi için terk etmediğini ifade ederek, failin cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir²³. Yüksek Mahkemeye göre, burada ressamın amacı, resimlerinin herhangi bir şekilde dolaşıma girmesi değil, imha edilmesi ve geri dönüştürülmesidir.

Yine yukarıda da değinmiş olduğumuz üzere Almanya’da bir süpermarketin, geri dönüşüm amacıyla kilitli konteynıra atmış olduğu, atık gıdaları alan kişinin eyleminin hırsızlık suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir²⁴. Somut olayda market konteynırı kamuya açık alanda bulunmamakta ve kilitli tutulmaktadır. Bayern Yüksek Eyalet Mahkemesi’nin kararına göre, böyle bir olayda malın sahibi olan kişi, atık gıdaların mülkiyetini yalnızca geri dönüşüm maksadıyla, bu işi yapacak olan şirket lehine terk etmiştir ve burada sahipsiz bir maldan söz edilebilmesi mümkün değildir²⁵. Zira mülk sahibi, gıdaları üçüncü bir kişinin alabilmesi amacıyla terk etmemiştir. Hak sahibinin, belirli bir kişi lehine terk iradesiyle hareket ettiği bu tarz örneklerde sahipsiz bir maldan söz edilebilmesi mümkün değildir²⁶. Ancak gıdaların imha edilmesi

²³ LG Ravensburg, Urteil vom 03. 07. 1987 - 3 S 121/87, NJW 1987, s. 3142, 3143.

²⁴ Karar ve değerlendirmesi için bkz. BODE, Lorenz, “Strafbarkeit des sog. Containerns”, NSTZ-RR 2020, 104-106. Kararda Yüksek Mahkeme, değeri oldukça az olan şeylerin hırsızlık suçuna konu olup olamayacağına ilişkin bir değerlendirmede bulunmamıştır. Bkz. JAHN, Containern, s. 86.

²⁵ MüKo-SCHMITZ, §242, kn. 35; JAHN, Containern, s. 86.

²⁶ NK-KINDHÄUSER, §242, kn. 22; SS-BOSCH, §242, kn. 17, 18. Doktrinde *Jäger* ise mal sahibinin, malın imha edilmesi bakımından somut bir ilgisinin söz konusu olmadığı olaylarda mülkiyeti terk iradesinin var olduğunu ve sahipsiz bir eşyanın söz konusu olacağını ifade etmektedir. Yazara göre, örneğin bir aşk mektubunu imha edilmesi amacıyla geri dönüşüm kutusuna atmış olan kişi, bunun üçüncü kişilerin eline geçmemesini amaçlamaktadır ve eşyanın imhası bakımından somut bir beklentisi söz konusudur. Ancak buna karşın bir şirketin alması maksadıyla olsa dahi, gıdaların geri dönüşüm için konteynırlara atılmaları durumunda artık mülkiyeti terk iradesinin mevcut olduğu kabul edilmelidir. Ancak yazar, konteynırın kilitli tutulduğu durumlarda bir mülkiyeti terk

amacıyla kamuya açık ve ulaşılabilir bir çöpe veya konteynıra atılmış olması ihtimali farklı değerlendirilmeli; bu durumda mal sahibinin mülkiyeti terk iradesiyle hareket ettiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu ihtimalde üçüncü bir kişi bu atık gıdaları çöpten almış olsa dahi, sahipsiz bir mal söz konusu olduğundan hırsızlık suçu oluşmayacaktır²⁷. Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında Bayern Yüksek Eyalet Mahkemesi ile benzer gerekçelerle, geri dönüşüm amacıyla geri dönüşüm kutusuna atılan banka kartının üçüncü bir kişi tarafından alınmasını hırsızlık olarak kabul etmiştir²⁸.

Yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, sahibinin geri dönüşüm ya da başka amaçlarla belirli kişiler ya da kuruluşlar lehine terk ettiği şeylerin sahipsiz eşya olduğu söylenemeyecektir²⁹. Örneğin, eski kıyafetlerin ihtiyaç sahiplerine ulaştırılması amacıyla kilitli kıyafet kutularına atılması³⁰; kâğıt, plastik, cam, metal, elektronik atık gibi şeylerin, geri dönüşüm amacıyla bunların özel olarak toplandığı kutulara atılması gibi durumlarda sahipsiz bir eşya bulunmamaktadır. Zira bu durumlarda, mülkiyeti terk eden kişi eşyanın kaderine kayıtsız değildir. Ancak bunun tespitinin yapılması için somut olayın şartlarının dikkatli bir biçimde incelenmesi gerekmektedir³¹. Kanaatimizce belediyenin şehrin

iradesinden, yani sahipsiz bir maldan söz edilemeyeceğini vurgulamaktadır. Bkz. JÄGER, Christian, “Zur Strafbarkeit des Mülltauchens”, JA 2020, s. 394, 395.

²⁷ MüKo-SCHMITZ, §242, kn. 35; BODE, Containers, s. 105.

²⁸ Karar ve değerlendirmesi için bkz. JAHN, Matthias, “Abfall als Tatobjekt des Diebstahls”, JuS 2011, s. 755-757.

²⁹ Aynı yönde bkz. EISELE, kn. 23; BODE, Lorenz, “Zur Strafbarkeit privater Schrottsammler”, JA 2016, s. 590.

³⁰ Yine Almanya’da yaşanmış olan bir olayda Bayern Yüksek Eyalet Mahkemesi, Kızıllaç’ın alması amacıyla kilitli bir çuvalla kapının önüne koyulmuş olan eski kıyafetlerin alınmasını hırsızlık suçu kapsamında değerlendirmiştir. Zira olayda henüz mülkiyetin terk edilmediği ve malikin eşya üzerinde fiili hâkimiyetinin devam ettiği belirtilmiştir. Bkz. BayObLG JZ 1986, s. 967. Aktaran: EISELE, kn. 23.

³¹ Aynı yönde bir Yargıtay kararının ilgili kısmı şu şekildedir; “...söz konusu hafriyatın herkesin girip çıkabildiği bir alanda olup olmadığı ve ekonomik değerinin bulunup bulunmadığı veya terk edilmiş mal olup olmadığını yakından açıkça sorulup araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yar. 2. CD., E: 2012/9565, K: 2012/43411, T: 10.10.2012. www.legalbank.net. E.T: 07.01.2023.

muhtelif yerlerine koymuş olduğu, herhangi bir özellik arz etmeyen çöp kutularına ya da konteynirlarına atılmış olan şeyler, sahipsiz eşya olarak kabul edilmelidir³². Zira bu durumda hak sahipleri, belirli bir amaçları olmaksızın eşyanın mülkiyetini terk etmektedirler. Dolayısıyla belediyenin normal çöp kutularına atılmış olan kâğıt, plastik, cam gibi eşyaların belediye (ya da yetkili kılınmış ise bir şirket) yetkilileri dışında bir kimse tarafından alınması hırsızlık suçunu oluşturmayacaktır³³. Fakat özellikle, geri dönüşüm kutularının kilitli olması veya içindeki şeylerinin alınmaması için özel tedbirler alınmış olması, kutuların üzerine geri dönüşüm için toplama yetkisinin kime ait olduğunun yazılması, bunların evsel atıklardan ayrı bir şekilde toplanıyor olması gibi ihtimallerde sahipsiz bir eşyanın olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır³⁴. Bize göre bu gibi ihtimallerde eşyanın sahibi, toplama yetkisini haiz olan belediye ya da yetkili şirkettir³⁵. Dolayısıyla yukarıda sayılan yerlerden bir şeyler

³² Aynı yönde bkz. SCHIEMANN, s. 233.

³³ Atık Yönetimi Yönetmeliği'nin m. 5/1-ı hükmüne göre, atıkların, Bakanlık ve/veya il müdürlüğünden izin ve/veya çevre lisansı almış tesisler, üretici/yetkilendirilmiş kuruluşlar, atık taşımaya yetkili/lisanslı taşıyıcılar dışında üçüncü kişiler tarafından ticari amaçlar ile toplanması, satışı, geri kazanılması ve/veya bertaraf edilmesi, diğer maddelerle ve yakıtlara karıştırılarak yakılması yasaktır. Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından 28.03.2022 tarihinde yayımlanan 2022/6 sayılı Genelge ile herhangi bir işletmeye bağlı olmayan katı atık toplayıcılarına belediyeler tarafından yetki belgesi (bağımsız sıfır atık toplayıcısı kartı) verileceği düzenlemesi getirilmiştir. Genelgede atıkların izin verilmeyen kişiler tarafından toplanmasına hiçbir şekilde müsaade edilmeyeceği belirtilmiştir. Genelge için bkz. <https://cygm.csb.gov.tr/genelgeler-i-442>. E.T: 25.01.2023. Ancak belirtmek isteriz ki bu düzenlemeler idari düzenlemeler olup, yetkisiz kişilerin çöpten bir eşya alması durumunda hırsızlık suçu oluşmayacaktır.

³⁴ Alman doktrininde de atılan eşyanın kamuya açık ve ulaşılabilir bir çöpe atılması ile kilitli ve belli bir amaç doğrultusunda oluşturulan bir çöpe atılması arasında ayırım yapılmaktadır. Bkz. SCHIEMANN, s. 234; JÄGER, s. 394.

³⁵ Ancak eşyanın sahibinin kim olduğu somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir. Burada eşyanın sahibinin belirlenmesinde zilyetliğin devredilip devredilmediğine göre bir tespit yapılmalıdır. Örneğin, kendi evinde veya bahçesinde atık kâğıtları toplayan ve bunları henüz belediyenin ulaşabileceği bir duruma getirmeyen kişi eşyanın sahibi olmaya devam edecektir. Dolayısıyla bu kişinin topladığı kâğıtların alınması ihtimalinde suç, bu kişiye karşı işlenmiş olacaktır.

alınması hırsızlık suçunun tipikliğini oluşturacaktır. Ancak bu eylemlerin cezaya layık bir eylem olup olmadığı ayrıca tartışılması gereken bir sorundur. Bu soruna aşağıda ayrıca değinilecektir.

IV. HIRSIZLIK SUÇUNUN DAHA AZ CEZAYI GEREKTİREN NİTELİKLİ HALİ OLARAK “MALIN DEĞERİNİN AZLIĞI” BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Yukarıda ulaşılan sonuca göre, maddi bir değeri olmayan veya çok az bir değere sahip olan şeyler de hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecektir. Dolayısıyla plastik şişe, cam, kâğıt, eski kıyafet gibi eşyaların katı atık toplayıcıları ya da üçüncü kişiler tarafından alınması durumunda TCK'nın 145. maddesinin uygulama alanı bulup bulamayacağı da ayrıca tespit edilmelidir. Bu başlık altında malın değerinin azlığı ile ilgili detaylı tartışmalara girilmeyecek olup³⁶; konu ile ilgili temel açıklamalara yer verildikten sonra, çalışma konumuz bakımından önem arz eden noktalara değinilecektir.

TCK'nın 145. maddesine göre, hırsızlık konusu malın değeri az ise hâkim cezada indirim yapabileceği gibi suçun işleniş şekli ve özelliklerini de göz önünde bulundurarak ceza vermekten tamamen de vazgeçebilecektir. Malın değerinin az olması tek başına cezada indirim yapılabilmesi için yeterli iken; cezadan tamamen vazgeçilebilmesi için suçun işleniş şekli ve özellikleri ayrıca değerlendirilmelidir³⁷. Malın

³⁶ Malın değerinin azlığı kavramı ve bu konuda ortaya çıkan tartışmalar ve değerlendirmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKKAŞ, Ahmet Hulusi, “Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, İnÜHFD, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 2018, 323-348.

³⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, Özel Hükümler, s. 651; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 779; YILDIZ, s. 57; ÖZBEK, Veli Özer/MERAKLI, Serkan, “Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, DEÜHFD, Cilt: 19, Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 27. Yargıtay da yakın tarihte vermiş olduğu bir kararında aynı yönde görüş beyan etmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir; “*faile verilen cezada indirim yapılabilmesi için malın değerinin az olması yeterli olup, hâkim indirim oranını TCK'nın 3. maddesinde öngörüldüğü üzere “işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı” olacak şekilde saptamalıdır. Değer azlığı nedeniyle ceza vermekten vazgeçme kararı verilecek ise; malın değerinin azlığı yanında “suçun işleniş şekli ve özellikleri” de dikkate*

değerinin azlığı sebebiyle faile ceza verilmemesi durumunda verilecek hüküm beraat değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararıdır (CMK m.

alınmalıdır...” Yar. 17. CD., E: 2015/26488, K: 2017/465, T: 16.01.2022. <https://karararama.yargitay.gov.tr>. E.T: 08.12.2022. Aksi yönde olarak *Koca/Üzülmez*’e göre, hâkimin cezada indirimde gidebilmesi için yine suçun işleniş biçimini ve özelliklerini göz önünde bulundurması gerekmektedir. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 731; *Koca/Üzülmez* ile aynı yönde bkz. AKKAŞ, s. 331, 332; YAZICIOĞLU, Recep, “TCK m. 145 Malın Değerinin Az Olması -Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması”, CHD, Yıl: 6, Sayı: 15, Nisan 2011, s. 31. Yargıtay’ın bu yönde vermiş olduğu bir kararın ilgili kısmı ise şu şekildedir; “*hırsızlık suçunun konusunu oluşturan 40 liranın değer bakımından az olduğundan kuşku bulunmamakta ise de, aynı gece başka bir iş yerine benzer yöntemle girerek hırsızlık yapan, daha önce de hakkında hırsızlık suçundan birçok işlem yapılan, ne bulursa alma kastı ile hareket eden sanığın kişilik yapısı, benzer eylemleri icraya yatkınlığı ve suçun işleniş biçimi göz önüne alındığında TCK m. 145 uygulanamaz.*” Bkz. YCGK., 28.04.2015, 850/128, Aktaran: TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 780, dn. 317; “*...Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun Dairemizce benimsenen içtihatları uyarınca; rögar kapağı, plaka, sürücü belgesi, kimlik belgesi ve bankamatik kartı gibi eşyaların hırsızlık suçuna konu olması halinde, ortaya çıkan tehlike veya bunların yeniden çıkartılması için sarf edilecek emek ve mesai vb.’de gözetilerek değer azlığı indirimi yapılmamalıdır...*” Bkz. Yar. 6. CD., E: 2021/19833, K: 2022/15902, T: 14.11.2022. Karar için bkz. www.legalbank.net. E.T: 05.01.2023. Kanaatimizce, madde metninde “suçun işleniş şekli ve özellikleri” ibaresinin yalnızca “ceza vermektan vazgeçme” ihtimalinden önce kullanılmış olması sebebiyle, cezada indirimde gidilebilmesi için malın değerinin az olması yeterli görülmelidir. Fakat ifade etmek gerekir ki madde metninde yer alan “suçun işleniş şekli ve özellikleri” ibaresi kanuna 5377 sayılı Kanun ile sonradan eklenmiştir. Değişikliğe ilişkin önergede şu ifadeler yer almaktadır; “*örneğin çantanın içinde yüksek meblağda paranın bulunduğu beklentisiyle işlenen hırsızlık suçunda çantanın içinde para bulunmaması veya çok az miktarda bulunması dolayısıyla cezada indirim yapıp yapılmaması konusunda karar verilirken suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de göz önünde bulundurulmasını sağlamak amacıyla işbu değişiklik önergesi verilmiştir.*” bkz. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 2. Bası, Ankara 2005, s. 878. Değişiklik gerekçesi dikkate alındığında cezanın indirilerek verilmesi ihtimalinde de suçun işleniş şekli ve özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerektiği sonucuna varılabilecektir.

223/4-d)³⁸. Zira bu durumda da eylem suç olma vasfını devam ettirmektedir.

Değer azlığından ne kadar bir miktarın anlaşılacağı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu hususta doktrinde iki farklı kriter ileri sürülmektedir. Malın değerinin azlığının yalnızca objektif kriterlere göre tespit edilmesi gerektiğini savunan yazarlara göre, bir malın değerinin azlığı onun suçun işlendiği andaki piyasa değerine göre belirlenmelidir³⁹. Piyasa değerinin azlığının tespitinde ise iki farklı yöntem kullanılmaktadır. Buna göre, malın değerinin azlığı ya somut olayın özelliğine göre hâkim tarafından tespit edilecek ya da kanun koyucu (veya uygulamada Yüksek Mahkemeler) malın değerinin azlığı bakımından bir sınır koyacaktır⁴⁰. Doktrinde bir diğer görüşe göre ise değer azlığının tespitinde objektif kriterlerin yanında suçun işleniş şekli ve özellikleri, failin ve mağdurun ekonomik durumu gibi subjektif kriterler de dikkate alınmalıdır⁴¹. Türk doktrininde ağırlıklı olarak objektif görüşün benimsenmiş olduğu söylenebilecektir⁴². Yargıtay'ın

³⁸ ÖZBEK/MERAKLI, s. 31; YAZICIOĞLU, s. 44; KÖPRÜLÜ, Timuçin, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, TBBD, Sayı: 71, Yıl: 2007, s. 258.

³⁹ Bu yöndeki görüşler için bkz. ÖZBEK/MERAKLI, s. 11-15. Ayrıca bkz. NK-KINDHÄUSER, §248a, kn. 4; ÖNDER, s. 491.

⁴⁰ Örneğin Alman Mahkemeleri, 50 Euronun (daha önceleri 25 Euro) altındaki miktarları malın değerinin azlığı olarak kabul etmektedir. Bkz. HOHMANN, Olaf, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band IV, 4. Auflage, München 2021, §248a, kn. 7. Mahkemelerin böyle bir tespit yapmasının kanun koyucunun yetkisinin gasp edilmesi anlamına geleceği ve hukuka aykırı olacağı ifade edilmektedir. Bkz. ÖZBEK/MERAKLI, s. 29.

⁴¹ Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu görüşmelerinde *Adem Sözüer*, hakimın malın değerinin yanında failin durumuna, yaşına ve sair özelliklerine bakarak cezadan vazgeçebileceğini ya da cezada indirim gidebileceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla maddenin uygulanmasında objektif kriterlerin yanında subjektif kriterlerin de dikkate alınacağına vurgu yapılmıştır. Bkz. GÜNEY, Niyazi/ÖZDEMİR, Kenan/BALO, Yusuf Solmaz, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, s. 437.

⁴² DÖNMEZER, s. 500; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 780; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 731; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Özel Hükümler, s. 651; YILDIZ, s. 59; ÖZBEK/MERAKLI, s. 30; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, “Hırsızlık”, GÜHFD (AHBVÜHFD), Cilt: 12, Yıl: 2008, Sayı: 1-2, s. 785; KÖPRÜLÜ, s. 260, 261; AKKAŞ, s. 328.

uygulanmasına göre ise, hâkim, her bir somut olayda suça konu eşyanın maddi değerini, suçun işleniş şeklini, fail ve mağdurun konumunu, olayın gerçekleştiği yer ve zamanı, failin daha fazla alma imkânı varken daha azını alıp almadığını⁴³ göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapacaktır⁴⁴.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulandığı durumlarda malın değeri belirlenirken, toplam değer üzerinden değil, bağımsızlığını koruyan her bir suç üzerinden değerlendirme yapmak gerekir⁴⁵. Ancak fiilin tek, suç konusunun birden fazla ve değerinin az olduğu durumlarda toplam değer üzerinden bir sonuca varılmalıdır⁴⁶. Örneğin failin, aynı mahallede bulunan geri dönüşüm kutularından yüz adet boş plastik şişe toplaması durumunda, şişelerin toplam geri dönüşüm değeri üzerinden bir değerlendirme yapılacak ve bu doğrultuda TCK m. 145 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı tespit edilecektir.

Hırsızlık suçunun konusu olan malın değerinin az olması durumunda suç re'sen takip edilecektir. Kanun koyucu, hırsızlık suçunun daha az cezayı gerektiren diğer nitelikli hallerini (TCK m. 144⁴⁷) ve

⁴³ Bu kriterin yerinde bir kriter olmadığı hususunda bkz. ÖZBEK/MERAKLI, s. 25, 26; KÖPRÜLÜ, s. 260.

⁴⁴ Bkz. YCGK., E: 2014/73, K: 2014/384, T: 16.09.2014. <https://karararama.yargitay.gov.tr>. E.T: 08.12.2022. Ancak Yargıtay'ın kararlarının istikrarlı olmadığı ve maddenin uygulanması bakımından farklı kararlarının mevcut olduğu ifade edilmektedir. Bkz. ÖZBEK/MERAKLI, s. 25. Yargıtay'ın bu konudaki uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRÜHAN, Caner/TOPAÇ, Tahir Hami/KANAT, Ahmet Serhat Ergin, "Yargıtay'ın Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 8, Aralık 2016, s. 219-237.

⁴⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 731; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Özel Hükümler, s. 653; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 600; ÖZBEK/MERAKLI, s. 21; AKKAŞ, s. 341. Aksi Yönde bkz. GÜRÜHAN/TOPAÇ/KANAT, s. 229.

⁴⁶ AKKAŞ, s. 342; MüKo-HOHMANN, §248a, kn. 6; BeckOK-WITTIG, §248a, kn. 5.

⁴⁷ TCK m. 144: *Hırsızlık suçunun; a) Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde, b) Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla, İşlenmesi halinde, şikâyet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*

kullanma hırsızlığını (TCK m. 146⁴⁸) şikâyete tabi kılmışken; malın değerinin az olması durumunda bu yönde bir tasarrufta bulunmamıştır. Alman Ceza Kanunu §248a hükmünde ise hırsızlık suçunun (ve güveni kötüye kullanma suçunun) konusu olan malın değerinin az olması durumunda, suçun şikâyet üzerine takip edileceği belirtilmiştir. Aynı hükme göre, soruşturma ve kovuşturma makamları, ceza takibinde kamu yararı görürlerse re'sen soruşturma ve kovuşturma yapabileceklerdir⁴⁹. İsviçre Ceza Kanunu'nun 172/1. maddesinde de hırsızlık suçunun konusu malın değerinin az olması durumunda, fail hakkında şikâyet üzerine para cezası verilebileceği düzenlenmiştir⁵⁰. Ancak aynı maddenin 2. fıkrası gereğince, bu düzenleme hırsızlık suçunun ağırlatıcı hallerinin mevcut olduğu durumlarda uygulanamayacaktır.

Kanaatimizce TCK'da da Alman Ceza Kanunu'nda ya da İsviçre Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemelerle benzer bir düzenleme yapılarak, malın değerinin az olması durumunda suçun takibi şikâyete tabi kılınmalıdır⁵¹. Bize göre, haksızlık içeriğinin bu denli az olduğu durumlarda suçun şikâyete tabi olmaksızın soruşturulup kovuşturulması uygulama bakımından gereksiz bir iş yükü doğurabilecektir. Örneğin boş bir plastik şişenin zilyedinin rızası olmaksızın alınması bile teorik olarak dava konusu olabilecektir. Oysaki bu gibi durumlarda hak sahibinin şikâyetinin varlığını aramak bir filtre fonksiyonu görebilir ve yargının iş yükünü azaltabilir. Türk doktrininde *Özbek/Meraklı*, malın değerinin azlığı durumunda suçun takibinin şikâyete tabi kılınmaması gerektiğini ifade etmektedirler. Yazarlara göre, böyle bir durumda savcılık makamı, malın değerinin az olmadığı kanaatiyle iddianame düzenlemiş; ancak mahkeme, malın değerinin az olduğuna kanaat getirmiş ise dava şartı eksikliğinden durma veya düşme kararı verecektir. Böyle bir olasılıkta ise

⁴⁸ TCK m. 146: *Hırsızlık suçunun, malın geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek üzere işlenmesi halinde, şikâyet üzerine, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. Ancak malın suç işlemek için kullanılmış olması halinde bu hüküm uygulanmaz.*

⁴⁹ Bkz. YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 360.

⁵⁰ İsviçre Ceza Kanunu'nun Almanca metni için bkz. <https://fedlex.data.admin.ch>, E.T: 12.12.2022.

⁵¹ Aynı yönde bkz. SOYASLAN, Doğan, "Malvarlığına Karşı Suçlar", 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Ankara 2009, s. 235; YAZICIOĞLU, s. 32.

suçtan zarar görenin mağduriyetinin ortaya çıkacağı ifade edilmektedir⁵². Yazarların bu yöndeki görüş ve eleştirilerine katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Öncelikle savcılık makamının soruşturma aşamasında malın değerini takdir etmesi konusunda bir sakınca görmemekteyiz. Malın değerinin azlığının kovuşturma aşamasında anlaşılması ihtimalinde de suçtan zarar görenin bir mağduriyet yaşamayacağını düşünmekteyiz. Zira CMK m. 158/7 hükmü gereğince suçun şikâyete tabi olduğunun kovuşturma aşamasında anlaşılması halinde, mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam olunacaktır. Dolayısıyla bu ihtimalde bir hak kaybı ve mağduriyet doğmayacaktır.

Malın değerinin az olması halinde suçun takibinin şikâyete tabi kılınması durumunda şikâyet hakkının kime ait olacağının da ayrıca tespit edilmesi gerekir. Kanaatimizce burada şikâyet hakkı malın zilyedine ait olacaktır⁵³. Çalışma konumuz bakımından ise katı atıkların zilyetliği genellikle belediyeye ya da atık toplama ile yetkilendirilmiş şirketlere terk edilmiş olduğundan şikâyet hakkı da bunlara ait olacaktır. Zilyetliğin belediye veya yetkili şirketlere terk edildiği durumlarda artık eski mülk sahibinin şikâyet hakkı olmayacaktır. Ancak yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi her bir somut olayın şartları dikkatlice incelenmeli ve atıkların zilyetliğinin kime ait olduğu tespit edilerek şikâyet hakkı da buna göre belirlenmelidir.

⁵² ÖZBEK/MERAKLI, s. 32. Ayrıca yazarlar, malın değerinin azlığına bağlanan sonuçlar bakımından TCK m. 145 düzenlemesinin, Alman CK §243/2 ve §248a hükümlerine göre daha yerinde bir düzenleme olduğunu ifade etmektedirler. Bkz. ÖZBEK/MERAKLI, s. 33.

⁵³ Malın zilyedinin ve malikinin farklı kişiler olması durumunda şikâyet hakkının kime ait olacağı, hırsızlık suçunun mağdurunun kim olduğu sorusuna verilecek olan cevaba göre belirlenecektir. Doktrindeki bir görüşe göre, bu durumda suçun mağduru malın zilyedir. Bkz. ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 566; YILDIZ, s. 18, 19. Bir diğer görüşe göre ise suçun mağduru malın maliki olan kişidir. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 739. Üçüncü bir görüşe göre ise hem zilyet hem de malik suçun mağduru olacaktır. Bkz. YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 21. Burada benimsenen görüşe göre şikâyet hakkının kime ait olacağı da tespit edilecektir.

V. CEZAYA LAYIK BİR EYLEMİN MEVCUT OLUP OLMADIĞI SORUNU VE BU SORUNA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Ultima ratio (son çare olma) ilkesi gereğince, ceza hukuku toplum düzeninin korunması bakımından diğer araçların (özel hukuk ya da idari yaptırımlar gibi) yetersiz kalması durumunda devreye giren bir hukuk dalıdır⁵⁴. Çünkü devletin, vatandaşın temel hak ve özgürlüklerine en ağır şekilde müdahalede bulunabildiği alan ceza hukukudur. Bu kısıtlama orantılılık ilkesinden kaynaklanmaktadır⁵⁵. Kanun koyucu, bir hukuksal değerın korunması bakımından daha hafif araçların yetersiz kalacağı hususunda takdir yetkisine sahip olmalı ve gerekli ise ceza hukuku enstrümanını devreye sokabilmelidir⁵⁶. Ancak ceza normları muhakkak bir hukuksal değerın korunmasına ilişkin olmalı ve yaptırım altına alınan eylem, cezaya layık olmalıdır⁵⁷. Bir davranış cezaya layık olmasına rağmen, cezaya ihtiyaç duyulmuyorsa, bu durumda o davranışla mücadele edebilmek adına kanun koyucu başka bir yaptırım öngörebilir⁵⁸. Şüphesiz ki hırsızlık eylemleri cezaya layık eylemlerdir. Ancak kanaatimizce katı atık olarak nitelendirilebilecek ve maddi değeri olmayan veya çok düşük olan şeylerin, rıza hilafına alınması eylemleri, haksızlık içeriği bakımından oldukça düşük olan eylemlerdir ve bu durumlarda bir cezalandırma ihtiyacı⁵⁹ bulunmamaktadır⁶⁰. Sorunun

⁵⁴ ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Auflage, München 1997, §2, kn. 38; WENDT, Rudolf, “The Principle of Ultima Ratio and/or the Principle of Proportionality”, *Onati Socio-Legal Series*, Vol: 3, No: 1, 2013, s. 85; JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 50; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara 2022, s. 40.

⁵⁵ WENDT, s. 85.

⁵⁶ ROXIN, AT I, §2, kn. 41; WENDT, s. 86.

⁵⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Genel Hükümler, s. 39.

⁵⁸ ÜNVER, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 681.

⁵⁹ Doktrinde “cezaya liyakat” ve “cezaya muhtaçlık” kavramları farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Cezaya liyakatte korunan hukuksal değer; cezaya muhtaçlıkta ise cezanın amacı ön plana çıkmaktadır. Bir haksızlığın ortaya çıkması durumunda her zaman cezaya muhtaç bir fiilin varlığından söz edilemeyecektir. Örneğin objektif cezalandırılabilme şartının bulunduğu suçlarda cezaya layık bir fiil söz konusu iken; objektif

çözümü adına ceza hukukunun çeşitli müesseselerinden ve mevcut kanuni düzenlemelerden hareket edebilmek mümkündür.

Öncelikle söz konusu tartışma doktrinde “önemsiz hareketler” kavramı yardımıyla çözülmeye çalışılmıştır⁶¹. Önemsiz hareketler, şekli olarak bir suç kalıbı bakımından tipik olmakla birlikte, o suç tipiyle korunan hukuksal değeri ihlal edebilecek bir boyuta ulaşmayan ve bu sebeple de cezalandırmanın alanı dışında tutulması gereken hareketler

cezalandırılabilme şartı gerçekleşmeden cezaya muhtaç bir fiilin varlığından bahsedilemeyecektir. Ancak ifade etmek gerekir ki doktrinde “cezaya liyakat” ve “cezaya muhtaçlık” kavramları üzerinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 678-730; ÖZKAN, Salih, Ceza Hukukunda Önemsizlik, İstanbul 2018, s. 125-132.

- ⁶⁰ Son dönemlerde Almanya’da da bu tarz eylemler bakımından bir cezalandırma ihtiyacının bulunmadığı gerekçesiyle, yasal düzenleme yapılması amacıyla Alman Federal Meclisi’ne dilekçeler ve kanun teklifleri verilmiş fakat bu yönde henüz yasal bir düzenleme yapılmamıştır. Almanya’daki tartışma, özellikle gıda konteynırlarından atık gıdaların alınması eylemlerinin cezalandırılmaması bakımından yapılmaktadır. Zira bu durumda bir cezalandırma ihtiyacının bulunmadığı, tam aksine gıda israfının önüne geçildiği ifade edilmektedir. Bu hususta Almanya’daki güncel tartışmalar ve çözüm önerileri için bkz. SCHIEMANN, s. 235, 236.
- ⁶¹ Gerek Türk Ceza Kanunu’nda gerekse Alman Ceza Kanunu’nda önemsiz hareketlerin cezalandırılmayacağına ilişkin doğrudan genel nitelikte bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak örneğin, Eski Doğu Alman Ceza Kanunu’nun 3. maddesinde, “*bir hareketin kanuni tipe uymakla beraber, fiilin vatandaşların veya toplumun hak ve yararlarına etkisi ile failin kusuru önemsiz derecede ise suç oluşmaz*” düzenlemesine yer verilerek, önemsiz hareketlerin cezalandırılma alanı dışında bırakılacağı belirtilmişti. Yine 1997 tarihli Polonya Ceza Kanunu’nun 1/2. maddesinde toplumsal zararlılığı çok az olan yasak bir fiilin suç oluşturmayacağı düzenlenmesi, önemsiz hareketlere bir örnek olarak gösterilebilir. Önemsiz hareketlerin karşılaştırmalı hukuktaki örneklerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, Hakan, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, TBBD, Sayı: 69, Yıl: 2007, s. 65-70. Ayrıca bkz. ÜNVER, s. 728, 729. Ancak ifade etmek gerekir ki önemsiz hareketlerin varlığına işaret edecek bazı düzenlemeler hem Alman Ceza mevzuatında (örneğin, StPO §153, §153a; StGB §174/5) hem de Türk Ceza mevzuatında (örneğin, TCK m. 145, CMK m. 223/4-d) yer almaktadır. Aynı yönde bkz. ÖZKAN, s. 53-55.

şeklinde tanımlanabilir⁶². Zira bu tip önemsiz fiiller, kanun koyucunun ilgili suç tipiyle yasaklamayı amaçladığı fiiller değildir⁶³. Önemsiz hareketlerin söz konusu olduğu durumlarda suçun şekli olarak oluşmasına rağmen, maddi olarak oluşmadığı iddia edilmektedir^{64,65}. Yani bu görüşün

⁶² ÖZKAN, Önemsizlik, s. 64; HAKERİ, s. 55 vd. Alman doktrininde *Dreher*, önemsiz suçları, suç vasfını koruyan, hareketin ve neticenin haksızlığının ortaya çıktığı fakat kusurun az olduğu hafif suçlar olarak tanımlamaktadır. Yazar ayrıca önemsiz suçları gerçek ve gerçek olmayan önemsiz suçlar olarak ikiye ayırmaktadır. Gerçek önemsiz suçlar (eigentliche bagatelldelikte) tipiklikte mutlak hafif suç olarak tanımlanırken; gerçek olmayan önemsiz suçlar (uneigentliche bagatelldelikte) ise bir norma içkin olmayan fakat suçun uygulamasında ortaya çıkan hafif haksızlık olarak tanımlanmıştır. Bkz. DREHER, Eduard, “Die Behandlung der Bagatellkriminalität”, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag (1974), s. 917, 918. Ancak 1975 yılındaki reformdan sonra günümüz Alman Ceza Kanunu bakımından önemsiz suçun tanımlandığı bir tipiklikten bahsedilemeyeceği, önemsizliğin ancak somut olayda ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir. Bkz. HOVEN, Elisa, “Bagatelldelikte- Zum Umgang mit „geringfügigen Straftaten“ im materiellen und prozessualen Recht”, JuS 2014, s. 975.

⁶³ ROXIN, AT I, §10, kn. 40; ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s. 123; HAKERİ, s. 95; ÖZKAN, Önemsizlik, s. 246.

⁶⁴ HAKERİ, s. 79; ÖZKAN, Önemsizlik, s. 60. Bir hareketin şekli olarak bir suç tipini oluşturmakla birlikte, herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmediği durumlarda maddi olarak suçun oluşmadığı ve bu sebeple de faile ceza verilemeyeceği ileri sürülmektedir. Yani bu görüşe göre maddi suç, bir hukuksal değer ihlal edilmesidir. Bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer, s. 894, 895; Alman doktrininde bu yöndeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN, Önemsizlik, s. 58. Türk doktrininde *İçel*, suçun oluşabilmesi için meydana gelen zarar veya tehlikenin belli bir ağırlıkta olması gerektiğini ifade etmektedir. Yazarın ifadelerine göre, fiilin tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu oluşu suçun niteliği ise, belli bir ağırlığa ulaşması suçun niceliğidir. *İçel*, bu yeterlilik sınırının altında kalan hareketlerin cezalandırılmayacağını ifade etmektedir. Bkz. İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimai, İstanbul 1972, s. 26. *İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver*, tartışmayı şekli hukuka aykırılık-maddi hukuka aykırılık kapsamında ele almış ve hukuksal değer ihlal edilmediği durumlarda maddi hukuka aykırılığın söz konusu olmayacağını ifade etmişlerdir. Bkz. İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Fusun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 105.

ulaştığı sonuca göre, suçla korunan hukuksal değeri ihlal edebilecek nitelikte olmayan önemsiz hareketler suçun tipikliğini oluşturmamaktadır⁶⁶. Doktrinde bir hareketin önemsiz olup olmadığını hâkimin, somut olayın şartlarını, hükmün ratio legisini ve ultima ratio ilkesini göz önünde bulundurarak belirleyebileceği ifade edilmektedir⁶⁷. Önemsiz hareketler teorisinden hareket eden yazarlara göre, ekonomik bir değeri olmayan ya da çok az bir değere sahip olan şeyin alınması hırsızlık

⁶⁵ Doktrinde önemsiz hareketlerin tespitinde sosyal hareket teorisinden ve toplumsal uygunluk kriterinden hareket edilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. HAKERİ, s. 71, 72. Toplumsal uygunluk kriteri gereğince, toplumsal hayatla bağlantılı faaliyetlerin, tamamen normal olarak değerlendirilmesi ve yorum yoluyla ilgili suç tiplerinin dışında bırakılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüş, fiilin toplumsal uygunluğunu, tipikliğin sınırlandırılmasında bir yorum aracı olarak kullanmaktadır. Alman doktrininde bu yöndeki görüşler için bkz. ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 79-85. Ünver'e göre ise önemsiz hareketlerde fiilin toplumsal uygunluğu kriterine başvurmaya gerek bulunmamaktadır. Yazar, önemsiz hareketlerin korunan hukuksal değerini göz önünde bulundurularak kolaylıkla suç tipinin kapsamı dışında tutulabileceği görüşündedir. Bkz. ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 119. Konuyu hukuka aykırılık bahsinde ele alan *Dönmezer/Erman* da bir eylemin hukuka aykırı olup olmadığının suç tipinin ratio legisine bakılarak anlaşılabilirliğini ifade etmektedir. Eğer ki gerçekleştirilen eylem, normun cezalandırma amacının kapsamına girmiyorsa eylem hukuka uygun kabul edilmelidir. Bkz. DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 2, 10. Bası, İstanbul 1994, s. 17.

⁶⁶ ROXIN, AT I, §10, kn. 40. Ancak buna karşın *Roxin*, önemsiz hırsızlıkların (*Bagateldiebstähle*) mülkiyet ve fiili hâkimiyeti ihlal ettiğini ve suç tipini oluşturacağını ifade etmektedir. Bkz. ROXIN, AT I, §10, kn. 41; ÖZKAN, Önemsizlik, s. 59; Eylemin hukuka aykırı olmayacağı yönünde görüş için bkz. İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 107. Doktrinde önemsiz suçların bu şekilde maddi hukuk yardımıyla çözümlenmesine karşı çıkılmış, bunun yerine çözümün ceza muhakemesi yardımıyla yapılması gerektiği önerilmiştir. Bu görüşe göre, önemsiz suç durumlarında ceza vermeme yoluna değil takipsizlik yoluna başvurmak daha makul bir çözümdür. Bkz. HOVEN, *Bagatelldelikte*, s. 977.

⁶⁷ HAKERİ, s. 63; ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 82; ÖZKAN, Önemsizlik, s. 248. *Özkan* önemsizliğin tespitinde ayrıca fiilin toplumsal uygunluğu ve örf adet gibi kriterlere de başvurulabileceğini ifade etmektedir. Bkz. ÖZKAN, Önemsizlik, s. 249, 250.

suçunu oluşturmayacaktır⁶⁸. Zira bu nesnelere, suç tipinin koruma alanı içerisinde değildi ve bu nesnelere alınmasıyla hırsızlık suçuyla korunan hukuksal değer ihlal edilemeyecektir⁶⁹. Yargıtay da eski tarihte vermiş olduğu bazı kararlarında fiilin toplumsal uygunluğu ya da örf âdete uygunluğu gibi ölçütlerden yola çıkarak, esasen önemsiz hareketlerin hırsızlık suçunu oluşturmayacağına hükmetmiştir⁷⁰.

Önemsiz hareket teorisinden hareket eden yazarlara göre, boş bir plastik şişenin, bir karton parçasının ya da paslı bir çivinin alınması durumunda hırsızlık suçu bakımından cezaya layık bir eylem bulunmamaktadır⁷¹. Türk hukukunda bu görüşe taraftar olan bazı

⁶⁸ İÇEL, s. 26; ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 122.

⁶⁹ Ünver, Hakeri ve Özkan, önemsiz hareketlerin yorum yoluyla suç tipinin dışında bırakılmasının kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği düşüncesindedirler. Yazarlara göre, burada yapılan bir genişletici kıyas değil, yorum faaliyetidir. Bkz. HAKERİ, s. 93; ÜNVER, İzin Verilen Risk, s. 125. ÖZKAN, Önemsizlik, s. 250.

⁷⁰ "...arkadaşlarıyla mağdura ait bahçenin yakınında oyun oynamakta olan sanığın, bahçedeki elma ağacından bir kaç elma koparıp yemesinden ibaret olan eylemin törelere, örf ve adetlere göre süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir tezahürü olduğu; bu koşullardaki icrada suça yönelik iradenin varlığından söz edilemeyeceği bu itibarla Özel Daire Kararında vurgulandığı üzere hırsızlık cürmünün oluşması için suçun nicelik yeterliği açısından gereken boyutlara ulaşmadığı neticesine varıldığından direnme bozulmasına karar verilmelidir..." YCGK., E: 1987/6-406, K: 1987/499, T: 26.10.1987. Aynı yönde görüş için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 307. Aksi yönde; "...Suça sürüklenen çocukların müştekinin bahçesindeki kiraz ağacından kiraz yemek ve kirazları yerken ağacın dallarını kırmaları şeklinde gerçekleşen olayda hırsızlık suçunun konusunu oluşturan kirazların değerinin azlığı, suçun işleniş şekli ve somut olayın özelliği dikkate alındığında suça sürüklenen çocuklar hakkında hırsızlık suçundan TCK'nın 145. Maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi..." Yar. 13. CD., E: 2014/16390 K: 2015/3661 T: 05.03.2015. Kararlar için bkz. www.legalbank.net. E.T: 24.11.2022.

⁷¹ Almanya'da Stuttgart Yüksek Eyalet Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, failin markette 50 cent değerinde olan bir süt dilimini karşılığını ödemediği yemesini hırsızlık suçu kapsamında kabul etmiştir. Türk doktrininde kararı değerlendiren Özkan, önemsiz hareketler teorisinden yola çıkarak, olayda yeterli hukuki değer ihlalinin gerçekleşmediğini, yani suç tipinin aramış olduğu haksızlık içeriğinin mevcut olmadığını ileri

yazarlara göre, hırsızlık suçunun konusunun tespiti bakımından şöyle bir yöntem izlenebilecektir: Öncelikle hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecek boyutta değere sahip bir eşyanın var olup olmadığı sorusu sorulacaktır. Eğer bu değere ulaşamayacak boyutta bir eşya söz konusu ise önemsiz hareketlerden yola çıkılarak hırsızlık suçunun oluşmayacağı söylenecektir. Zira bu durumda gerçekleştirilen hareket cezaya liyakat boyutuna ulaşmamıştır. Fakat hırsızlık suçuyla korunan hukuksal değeri ihlal edebilecek yeterlilikte bir eşyanın varlığı tespit edilirse, bu durumda hırsızlık suçunun oluştuğu kabul edilecek ve TCK m. 145’de yer alan malın değerinin azlığı nitelikli halinin uygulama alanı bulup bulmayacağı tespit edilecektir⁷². Bu görüş çalışma konumuza uygulandığında; örneğin, bir katı atık toplayıcısının geri dönüşüm kutusundan birkaç boş plastik şişe alması durumunda hırsızlık suçunu oluşturabilecek değerde bir eşya söz konusu olmadığından suç oluşmayacaktır. Bununla birlikte yüzlerce plastik şişenin alınması durumunda, bu şişelerin geri dönüşüm değerinin yeterli bir boyuta ulaşması sebebiyle hırsızlık suçunu oluşturabilecek değerde bir konunun varlığı tespit edilecek, yani hırsızlık suçu oluşacaktır. Bu ihtimalde ise TCK’nın 145. maddesinde düzenlenen malın değerinin azlığı nitelikli halinin uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilecektir.

Doktrinde yukarıda verilen örneklerde hırsızlık suçunun oluşacağı ve cezaya layık olup olmama sorununun da TCK’nın 145. maddesine göre çözülebileceği ileri sürülmektedir⁷³. Söz konusu

sürerek, hırsızlık suçunun yalnızca görünüşte oluştuğunu ve failin cezalandırılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Karar ve değerlendirmesi için bkz. ÖZKAN, Salih, “Yüksek Eyalet Mahkemesi Karar İncelemesi-Önemsiz Fiillerin Cezalandırılması ve Ölçülülük İlkesi”, in: Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara 2018, s. 533-556. *Koca/Üzülmez* de birkaç meyvenin rıza olmaksızın alınması örneği bakımından failin haksızlık içeriğinin cezalandırılmaya layık olup olmadığına bakılması gerektiğini; haksızlık içeriği cezalandırılmaya layık değilse faile hırsızlık suçundan ceza verilemeyeceğini ifade etmektedirler. Yazarlar TCK m. 145 düzenlenmesinden hareketle de bu sonuca ulaşabileceğini belirtmektedirler. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 708.

⁷² ÜNVER, *İzin Verilen Risk*, s. 122; ÖZKAN, *Önemsizlik*, s. 233, 234.

⁷³ Bu yöndeki görüş için bkz. YILDIZ, s. 59; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, *Özel Hükümler*, s. 656. *Özgenç*, Adalet Komisyonu görüşmelerinde başkasının ağacından üç tane kiraz yiyen kişinin eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğunu ancak cezalandırılmayı gerektirecek bir boyutta haksızlık

düzenlemeye göre, hırsızlık suçunun konusu olan malın değeri az ise hâkim cezada indirimde gidebileceği gibi suçun işleniş şeklini ve özelliklerini de göz önünde bulundurarak ceza vermekten de vazgeçebilecektir. Dolayısıyla bu hüküm doğrultusunda yukarıda verilen örneklerde faile ceza vermemek mümkündür. Fakat her ne kadar faile ceza verilmeme imkânı olsa da ulaşılan sonuçlar farklı olacaktır. Zira öncelikle TCK m. 145'in uygulandığı durumlarda faile beraat değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Oysa önemsiz hareketler teorisinden hareket edildiği durumlarda, suç tipik olmadığı için faile beraat kararı vermek gerekecektir⁷⁴. Bir diğer farklılık ise soruşturma aşamasında ortaya çıkacaktır. Önemsiz hareketler teorisinden hareket edildiği takdirde Cumhuriyet savcısı, yukarıdaki örneklerde doğrudan kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilecektir. Buna karşın, hırsızlık suçunun oluştuğu kabulünde savcılık, kovuşturmaya yer olmadığı kararı veremeyecektir.

Ceza hukukunun tartışmalı konularından biri olan önemsiz hareketler teorisinin ayrıntılarına girmeden ifade etmek isteriz ki kanaatimizce yukarıda değinilen sorun, önemsiz hareketler teorisinden yola çıkılarak çözümlenemeyecektir⁷⁵. Zira daha önce de ifade ettiğimiz gibi bize göre, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın ekonomik bir değere sahip olması gerekmemektedir ve bir ekonomik değere sahip olmayan şeyler de korunan hukuksal değer kapsamında içerisindedir. Bu sebeple boş bir plastik şişe, bir kâğıt parçası, değersiz bir poşet de hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecektir. Ancak elbette ki bu gibi durumlarda failin cezalandırılmasının gerekip gerekmediği ayrıca tartışılmalıdır. Bize göre de haksızlık içeriği çok az olan bu gibi olaylarda faile ceza verilmemelidir. Ancak bu sonuca maddi ceza hukuku yoluyla yani eylemin suç oluşturmadığı yorumuyla varılmamalıdır. Her ne kadar TCK m. 145 hükmünün sorunu çözebileceği ileri sürülse de kanaatimizce

teşkil etmediğini ifade etmektedir. *Özgenç*'e göre, TCK m. 145 hükmü bu sorunu çözebilecektir. Bkz. GÜNEY/ÖZDEMİR/BALO, s. 437.

⁷⁴ HAKERİ, s. 95.

⁷⁵ Benzer yönde olarak konuyu “filin toplumsal uygunluğu” kavramı altında ele alan *Özbek/Meraklı* da suçun unsurlarının kanunda belirtilen unsurlar üzerinden tespit edilmesi gerektiğini ve kanun koyucunun haksızlığın gerçekleşmesi bakımından aramadığı bir unsurun yorum yoluyla eklenmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedirler. Yazarlara göre de filin toplumsal uygunluğu kavramı, suç genel teorisi bakımından genel bir etki yaratacak işleve sahip değildir. Bkz. ÖZBEK/MERAKLI, s. 6.

söz konusu düzenleme tam olarak sorunu çözemeyecektir. Zira hükmün uygulanabilmesi için şüpheli hakkında mutlaka kamu davası açılacak, yani yargı organlarının üzerine gereksiz bir iş yükü yüklenmiş olacaktır⁷⁶. Bize göre, haksızlık içeriği oldukça az olan bu gibi olaylar, ceza muhakemesinin daha önceki aşamalarında çözüme bağlanmalıdır ve mahkemelerin önüne götürülmemelidir. Çözüm olarak malın değerinin az olması durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesinin şikâyet şartına tabi tutulması ve Cumhuriyet savcısının bazı şartların sağlanması halinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilmesi şeklinde formülasyonlar önerilebilecektir⁷⁷. Malın değerinin az olması durumunda suçun şikâyet üzerine soruşturulup kovuşturulmasına ilişkin açıklamalara yukarıda yer verilmiş idi. Bunun yanında şartların sağlanması durumunda Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilmesi bakımından Alman Ceza Muhakemesi Kanunu §153 düzenlemeleri göz önünde bulundurulabilir⁷⁸. Söz konusu hükme göre Cumhuriyet savcısı, önemsizliğin söz konusu olduğu durumlarda, failin kusuru az ve suçun takibinde de kamu yararı bulunmuyorsa⁷⁹, davanın açılacağı mahkemenin

⁷⁶ CMK m. 253 hükmü uyarınca uzlaştırma hükümlerinin uygulanmasının gündeme gelebileceği unutulmamalıdır.

⁷⁷ NK-KINDHÄUSER, §242, kn. 11.

⁷⁸ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu §153: Önemsiz Suçlarda Kovuşturmadan Vazgeçilmesi:

(1) Yargılamanın konusu bir cünha ise, failin kusuru az ve kovuşturmada kamu yararı bulunmuyorsa, davanın açılmasına karar vermeye yetkili olan mahkemenin de onayıyla Savcılık dava açmaktan vazgeçebilecektir. Bir cünha hakkında aşağı hadden fazla ceza öngörülmemiş ve failin sebebiyet verdiği neticeler önemsiz ise mahkemenin onayına gerek yoktur.

(2) Birinci fıkrada şartlar mevcutsa, dava açıldıktan sonra mahkeme, Savcılık ve sanığın birlikte rıza göstermeleri durumunda düşme kararı verilebilir. Duruşma 205. maddede belirtilen nedenlerle yapılamayacak veya 231. maddenin 2. fıkrası ve 232 ile 233. maddeler uyarınca sanığın yokluğunda yapılabilecekse, sanığın rızasının alınmasına gerek yoktur. Karar ara karar ile verilir. Ara karara karşı kanun yoluna gidilemez.

⁷⁹ Failin topluma düşmanca bir düşünceye sahip olması ya da devlet otoritesine zarar verme bilinciyle hareket etmesi durumlarında kamu yararının varlığından söz edilebilecektir. Bunun yanında cezanın genel önleme amacının sağlanması amacıyla da kamu yararı gündeme gelebilecektir. Örneğin benzer suçların sıklıkla işlenmesi ve bu eylemlerin yaptırimsız kalması hukuku sarsıcı bir etki meydana getiriyorsa kamu yararı mevcut kabul edilebilecektir. Bkz. HOVEN, Bagatelldelikte, s. 976. Yukarıda verilen süpermarketin atık gıda konteynirından, gıdaların alınması

onayıyla takipsizlik kararı verebilmektedir. Dolayısıyla Alman hukukunda hırsızlık suçunun konusu malın değerinin azlığı durumunda şikâyet şartı yerine gelmiş olsa bile Alman Ceza Muhakemesi Kanunu §153 hükmünün şartları mevcut ise şüpheli hakkında dava açılmayabilecektir. Bu doğrultuda bir hükme, Türk hukukunda da yer vererek, cezalandırma ihtiyacının bulunmadığı hırsızlık vakalarında, failerin cezalandırılmasının ve hatta failer hakkında dava açılmasının önüne geçilebilecektir. Burada ifade etmek gerekir ki Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171/2. maddesinde yer alan “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” düzenlemesi, sorunu çözebilecek nitelikte değildir. Zira öncelikle CMK m. 171/2 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için uzlaştırma ve ön ödeme kapsamı dışında bir suçun varlığı gerekmektedir. Oysaki hırsızlık suçu (m. 141) uzlaştırma kapsamında bir suçtur. Bunun yanında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilmesi için CMK m. 171/3'de yer alan şartların da sağlanmış olması gerekmektedir. Örneğin CMK m. 171/3-a hükmü kapsamında şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması gerekir. Dolayısıyla CMK m. 171/2 hükmü, haksızlık içeriği çok az olan veya cezaya layık olmayan hırsızlık eylemlerini cezalandırma alanının dışında bırakabilmek için yeterli bir düzenleme değildir.

Yukarıdaki tartışmalar ve öneriler haricinde hata kurumundan yola çıkılarak da katı atık toplayıcılarının cezalandırılmalarının önüne geçilebileceği düşünülebilir. TCK m. 30/1 (Alman CK §16/1) hükmü uyarınca suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse kasten hareket etmiş sayılamayacaktır. Katı atık toplayıcılarının geri dönüşüm kutularına veya kilitli konteynirlara atılmış olan atık şeyleri “sahipsiz eşya” zannederek almaları durumunda bu hükümden yararlanıp yararlanamayacakları ayrıca değerlendirilmelidir. Bilindiği üzere hırsızlık suçunun konusunu “başkasına ait taşınır bir mal” oluşturmaktadır. Failerin geri dönüşüm kutularına veya konteynirlara belli amaçlar doğrultusunda atılmış olan şeyleri sahipsiz eşya zannederek almaları durumunda ise suçun maddi unsurlarında hatanın mevcut olup olmadığı tespit edilmelidir. Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan “başkasına ait taşınır mal” unsuru, suçun normatif bir unsurudur ve “başkasına ait olma”

olayında, savcılık kamu yararının varlığını kabul etmiştir. Bkz. JÄGER, s. 395, 396.

medeni hukuk kurallarına göre belirlenecektir⁸⁰. Suçun normatif unsurları⁸¹ da kastın kapsamına dâhildir. Ancak normatif unsurlar bakımından failin bu kavramın hukuki anlamını bilmesi zorunlu olmayıp, sosyal anlamını bilmesi yeterlidir⁸². Normatif unsurun sosyal anlam içeriğinin bilinip bilinmediği ise meslek erbabı olmayanlar bakımından yapılan paralel değerlendirme (Parallelwertung in der Laiensphäre) kriterine göre yapılabilecektir⁸³. Buradaki paralel değerlendirme kast için gerekli olan bilmeye denk gelmektedir⁸⁴. Verilen somut örnekler bakımından meslek erbabı olmayan bir kimse, kilitli bir giysi kutusuna atılan kıyafetlerin; muhafaza altında bulunan geri dönüşüm kutusuna atılan plastik, cam, kâğıt gibi şeylerin sahipsiz birer eşya olmadığını bilebilecektir^{85,86}. Zira bu durumlarda mülkiyet sahibi olan kimse eşyanın

⁸⁰ ERDEM, Mustafa Ruhan, “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”, DÜHFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı 2019, s. 46; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2022, s. 111; TUNÇ, Kübra, Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata, Ankara 2020, s. 115.

⁸¹ Suçun normatif unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖLMEZ, Gökhan, Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları, AHBVÜ Lisans Üstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Temmuz 2020, s. 1 vd.

⁸² ROXIN, AT I, §12, kn. 90; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 257; ERMAN, Rağıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İÜSBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2006, s. 43, 44; TUNÇ, s. 138.

⁸³ Kriter doktrinde ilk defa *Mezger* tarafından ortaya atılmıştır. Bkz. MEZGER, Edmund, Strafrecht ein Lehrbuch, 3. Auflage, Berlin-München 1949, s. 328; Kriter hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAUFMANN, Arthur, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, München 1982; ÖLMEZ, s. 135 vd.

⁸⁴ ROXIN, AT I, §12, kn. 90.

⁸⁵ Aynı yönde görüş için bkz. BODE, Schrottsammler, s. 592.

⁸⁶ Buna karşın karmaşık bir mülkiyet kavramının söz konusu olduğu ve meslek erbabı olmayan kimselerin de aynı hataya düşebileceği durumlarda normatif unsurlardaki yanılığın kastı kaldıracabileceği ifade edilmektedir. Bkz. TUNÇ, s. 140; Aynı yönde bkz. ERMAN, s. 41 ve s. 59. *Roxin*'e göre, failin hukuki yorum hatası, unsurun sosyal anlamını kavramasına engel oluyorsa, kastı ortadan kalkabilecektir. Ancak fail, unsurun sosyal anlamını bilebilecek ise kastı ortadan kalkmayacak; bu durumda yasak hatasının var olup olmadığı değerlendirilecektir. Bkz. ROXIN, AT I, §12, kn. 93. Alman doktrinindeki hâkim görüşe göre de tipikliğin normatif unsurları üzerindeki bir hukuki yorum hatası, kural olarak yasak hatası kapsamında, istisnaen de

mülkiyetini belli bir amaç doğrultusunda ve belirli bir kimse veya şirket lehine terk etmektedir. Dolayısıyla meslek erbabı olmayanlar bakımından yapılan paralel değerlendirme ilkesi gereğince bu gibi örneklerde failin kastının kalkmayacağı söylenebilecektir⁸⁷. Ancak belirtmek gerekir ki suçun maddi unsurlarındaki hataya ilişkin değerlendirme, her bir somut olay bakımından ayrı ayrı yapılmalı ve bu hususta kesin bir yargıya varılmamalıdır. Nitekim hata hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği örnekler de söz konusu olabilecektir. Örneğin aslında bir geri dönüşüm kutusu olmasına rağmen, üzerindeki yazılar silindiği için failin normal bir çöp konteynırı zannettiği bir kutudan plastik şişeleri alması durumunda, maddi olguya dayalı bir yanlışma söz konusu olduğu için hata hükümleri uygulanabilecektir⁸⁸. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, açık

tipikliğin maddi unsurlarında hata kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu ayrımda yine paralel değerlendirme ölçütü (Parallelwertung in der Laiensphäre) dikkate alınacaktır. Dolayısıyla fail, toplumun genel kanaatine uygun bir şekilde yanlış bir hukuki değerlendirmede bulunmuşsa, bu durum istisnai olarak tipikliğin maddi unsurlarında hata olarak kabul edilecek ve failin kastı kalkacaktır. Bkz. HEINRICH, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Stuttgart 2012, §30, kn. 1085, 1086. Ancak *Heinrich*, bu tarz örnekler bakımından yalnızca yasak hatasının varlığının kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. HEINRICH, AT, §30, kn. 1087.

⁸⁷ SCHIEMANN, s. 233. Buradaki hata, hukuki yorum hatası (Subsumtionsirrtum) olarak değerlendirilebilir. Hukuki yorum hatası kural olarak kastın varlığını engellemez. Bkz. ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2019, s. 465; TUNÇ, s. 299; ERMAN, s. 39; Çınar, bu durumu “değerlendirme hatası” kavramı altında değerlendirmektedir. Bkz. ÇINAR, İsmail, “Atılma Hatasının (Der Subsumtionsirrtum) Kavramsal ve Hukuki Anlamı”, YBHD, Yıl: 6, Sayı: 2021/2, s. 103. *Göktürk*, bu kavrama denk gelecek şekilde “niteleme yanlışlığı” kavramını kullanmaktadır. Yazara göre, niteleme yanlışlığının unsur yanlışlığı kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün olmayıp, bu yanlışlığa kastı kaldıran bir etki tanımamayacaktır. Ancak niteleme yanlışlığının haksızlık yanlışlığına sebebiyet verebilmesi mümkündür. Bkz. GÖKTÜRK, Neslihan, Haksızlık Yanlışlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Ankara 2016, s. 135, 136.

⁸⁸ Hırsızlık suçunun normatif bir unsuru olan “başkasına ait olma” unsuru bakımından ortaya çıkan hata, bu unsurun normatif yönüyle alakalı olmadan, malın dışsal özelliklerine dair yanlış bir gözlemden kaynaklanıyorsa paralel değerlendirme kriteri gündeme gelmez. Örneğin vestiyerden kendisine ait zannıyla başkasına ait olan bir montu almış olan kişinin yanlışlığı, unsurun normatif yönüne ilişkin bir yanlışlığı değildir. Bu

alanda bulunan hurda demirleri sahihsiz zannederek alan toplayıcıların suç işleme kastıyla hareket etmediğini ifade etmiş ve aslında faillerin suçun maddi unsurlarında hataya düştüklerini kabul etmiştir⁸⁹.

Bunun yanında bu gibi durumlarda genellikle tipikliği kaldıran rızanın ya da varsayılan rızanın da varlığı kabul edilemeyecektir. Çünkü konteynırların kilitli ya da muhafaza altına alınmış olması, mülk sahibinin bu eşyaların herhangi bir kimse tarafından alınmasına rıza göstermediğini kanıtlar niteliktedir⁹⁰. Ayrıca mal sahibinin rızasının olabileceği ihtimallerde genellikle sahihsiz bir eşya söz konusu olacaktır. Fakat tipikliği kaldıran rızanın var olup olmadığı da yine her bir somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir⁹¹.

durumda somut olaya ilişkin fiili bir yanılı söz konusu olup, failin kastı kalkacaktır. Bkz. ÖLMEZ, s. 138.

⁸⁹ “...Müştekinin kovuşturma aşamasındaki ifadesinde suçta konu inşaat demiri ve beton kalıplarının hurda niteliğinde olup ekonomik değerinin bulunmadığını ve birilerine vermek üzere yol kenarına koyduğunu belirtmesi karşısında; olay günü birlikte kâğıt ve hurda malzeme toplamakta olan sanıkların, olay yeri krokisine göre kapısı bulunmayan inşaat sahasının içerisinden aldıkları ve ihbar üzerine yakalandıklarında el arabalarında ele geçirilen ve sanıkların yer göstermesi sonucu mağdura teslim edilen hurda inşaat malzemelerini açık alanda görüp sahihsiz sanarak aldıkları şeklindeki suçu inkâra yönelik savunmalarının aksine, bu malzemeleri sahipli olduklarını bilerek aldıklarına ve suç kastı ile hareket ettiklerine ilişkin, mahkûmiyetlerine yeterli, şüpheden uzak, somut ve kesin deliller elde edilememiş olduğu anlaşıldığından, sanıkların üzerine atılı suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi...” Yar. 22. CD., E: 2015/4444, K: 2015/6446, T: 03.11.2015. www.legalbank.net, E.T: 07.01.2023. Ancak ifade etmek gerekir ki karardan anlaşıldığı kadarıyla olayda mal sahibi olan kişi mülkiyeti terk iradesiyle eşyayı terk ettiğinden, sahihsiz bir eşya söz konusudur ve bu sebeple de hata hükümlerine başvurmaya gerek bulunmamaktadır.

⁹⁰ SCHIEMANN, s. 234; JÄGER, s. 395.

⁹¹ Bode, yukarıdaki tartışma bakımından tipikliği kaldıran bir rızanın söz konusu olup olmadığı, ortalama bir gözlemcinin somut olayın şartlarına göre yapacağı değerlendirme sonucunda tespit edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. BODE, Schrottsammler, s. 591.

VI. SONUÇ

Sahibi tarafından mülkiyeti terk iradesiyle çöpe atılmış olan eşya sahipsiz bir eşya olacağından, bu eşyanın başkaları tarafından alınması ceza hukukunun ilgi alanına girmeyecektir. Ancak örneğin kâğıt, plastik, cam, metal gibi eşyaların geri dönüşüm amacıyla geri dönüşüm kutularına atılması veya kullanılmayan kıyafetlerin ihtiyaç sahiplerine ulaştırılması amacıyla giysi kutularına atılması durumlarında sahipsiz bir eşyadan söz edilemeyecektir. Zira bu ihtimallerde malın sahibi mülkiyeti belli bir amaç doğrultusunda belediyeye ya da yetkili şirketlerle terk etmektedir. Dolayısıyla geri dönüşüm kutularından bu eşyaların alınması hırsızlık suçunun tipikliğini oluşturacaktır. İfade etmek gerekir ki ekonomik değeri olmayan boş bir plastik şişe, bir kâğıt parçası ya da atık bir pil hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecektir. Ancak ekonomik değeri çok az olan bu gibi eşyaların katı atık toplayıcıları ya da üçüncü kişiler tarafından alınması durumunda bir cezalandırma ihtiyacının olup olmadığı ayrıca tartışılmalıdır. Kanaatimizce ceza hukukun son çare olma niteliği göz önünde bulundurulduğunda, haksızlık içeriği oldukça az olan bu eylemler bakımından bir cezalandırma ihtiyacı bulunmamaktadır. Doktrinde bu gibi eylemler sebebiyle failerin hırsızlık suçundan cezalandırılmaması için çeşitli çözüm önerileri ortaya konulmuştur. Doktrinde bir görüşe göre, bu gibi durumlarda önemsiz hareketler teorisinden yola çıkılarak fail cezalandırma alanının dışında tutulabilir. Söz konusu teoriye göre, suçla korunan hukuksal değeri ihlal edebilecek boyutta olmayan önemsiz hareketler, suçun tipikliğini oluşturmayacaktır. Kanaatimizce bu sorun önemsiz hareketler teorisine çözümlenemeyecektir. Zira ekonomik değeri olmayan eşyalar da hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecek ve bu eşyalar da suç tipinin koruma alanı içerisine girecektir. Dolayısıyla bu ihtimallerde suçun tipikliğinin oluşmadığının kabul edilmesi yerinde olmayacaktır. Türk doktrinindeki baskın görüşe göre ise verilen örneklerde hırsızlık suçu oluşacak; ancak cezaya layık olup olmama sorunu TCK'nın 145. maddesine göre çözümlenecektir. Söz konusu hükme göre, malın değerinin azlığı durumunda hâkim cezada indirim gidebileceği gibi ceza vermektan tamamen de vazgeçebilecektir. Ancak bize göre bu hüküm de sorunu tam anlamıyla çözemeyecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu hükme göre failin ceza alabilmesi de mümkündür. Ayrıca bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için fail hakkında mutlaka kamu davası açılması gerekecek ve bu da uygulama bakımından gereksiz bir iş yükü doğuracaktır. Kanaatimizce, sorunun çözümüne maddi ceza hukuku yoluyla değil ceza muhakemesi hukuku yoluyla ulaşılmalıdır. Bu tarz eylemler ceza

Nurullah KANTARCI

muhakemesinin önceki aşamalarında çözüme bağlanmalı ve mahkemelerin önüne götürülmemelidir. Çözüm olarak malın değerinin az olması durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesinin şikâyet şartına tabi tutulması ve Cumhuriyet savcısının bazı şartların sağlanması halinde (önemsizliğin mevcut olması, failin kusurunun az olması ve suçun takibinde kamu yararı bulunmaması gibi) kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilmesi şeklinde formülasyonlar önerilebilecektir. Sorunun çözümü adına TCK ve CMK'da bu minvalde yapılabilecek olan değişikliklerde ise Alman Ceza Kanunu §248a hükmü ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunu §153 hükmü göz önünde bulundurulabilecektir.

KAYNAKÇA

- AKKAŞ, Ahmet Hulusi, “Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, İnÜHFD, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 2018.
- AKSOY DURSUN, Sanem, Eşya Kavramı, İstanbul 2012.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2022.
- BODE, Lorenz, “Strafbarkeit des sog. Containerns”, NSTZ-RR 2020. (Containerns)
- BODE, Lorenz, “Zur Strafbarkeit privater Schrottsammler”, JA 2016. (Schrottsammler)
- BOSCH, Nikolaus, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, 2019. (SS- BOSCH)
- CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: 1, 3. Bası, İstanbul 2016.
- ÇINAR, İsmail, “Aıtlama Hatasının (Der Subsumtionsirrtum) Kavramsal ve Hukuki Anlamı”, YBHD, Yıl: 6, Sayı: 2021/2.
- DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 12. Bası, İstanbul 1984.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 2, 10. Bası, İstanbul 1994.
- DREHER, Eduard, “Die Behandlung der Bagatellkriminalität”, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag (1974).
- EISELE, Jörg, Strafrecht Besonderer Teil 2, 2. Auflage, Stuttgart 2012.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı 2019.
- ERMAN, Ragıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İÜSBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2006.
- GÖKTÜRK, Neslihan, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Ankara 2016.

- GÜNEY, Niyazi/ÖZDEMİR, Kenan/BALO, Yusuf Solmaz, Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004.
- GÜRÜHAN, Caner/TOPAÇ, Tahir Hami/KANAT, Ahmet Serhat Ergin, “Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 8, Aralık 2016.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, “Hırsızlık”, GÜHFD (AHBVÜHFD), Cilt: 12, Yıl: 2008, Sayı: 1-2.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler -Kişilere Karşı Suçlar-, 4. Baskı, Ankara 2015.
- HAKERİ, Hakan, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, TBBD, Sayı: 69, Yıl: 2007.
- HEINRICH, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Stuttgart 2012.
- HOHMANN, Olaf, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band IV, 4. Auflage, München 2021. (MüKo-HOHMANN)
- HOVEN, Elisa, “Bagatelldelikte- Zum Umgang mit „geringfügigen Straftaten“ im materiellen und prozessualen Recht”, JuS 2014. (Bagatelldelikte)
- HOVEN, Elisa, “Verfassungskonforme strafgerichtliche Verurteilung wegen Containers”, NJW 2020. (Verfassungskonforme)
- İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimai, İstanbul 1972.
- İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Bası, İstanbul 2000.
- JÄGER, Christian, “Zur Strafbarkeit des Mülltauchens”, JA 2020.
- JAHN, Matthias, “Abfall als Tatobjekt des Diebstahls”, JuS 2011. (Abfall)
- JAHN, Matthias, “Containern als Diebstahl –Zur Strafbarkeit wegen Diebstahls durch das Entwenden von Entsorgten Lebensmitteln”, JuS 2020. (Containern)
- JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.

- KAUFMANN, Arthur, Die Parallelwertung in der Laienspäre, München 1982.
- KILINÇ, İsmail, “Çöp, Geri Dönüşüm ve Hukuk”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2.
- KINDHÄUSER, Urs, in: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 5. Auflage, Baden-Baden 2017. (NK-KINDHÄUSER)
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2022. (Genel Hükümler)
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2022. (Özel Hükümler)
- KÖPRÜLÜ, Timuçin, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, TBB, Sayı: 71, Yıl: 2007.
- KREY, Volker/HELLMANN, Uwe/HEINRICH, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Band 2 Vermögensdelikte, 16. Auflage, Stuttgart 2012.
- MEZGER, Edmund, Strafrecht ein Lehrbuch, 3. Auflage, Berlin-München 1949.
- MITSCH, Wolfgang, Strafrecht Besonderer Teil 2 -Vermögensdelikte, 3. Auflage, Heidelberg 2014.
- ÖLMEZ, Gökhan, Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları, AHBVÜ Lisans Üstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Temmuz 2020.
- ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2022. (Genel Hükümler)
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2022. (Özel Hükümler)
- ÖZBEK, Veli Özer/MERAKLI, Serkan, “Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, DEÜHFD, Cilt: 19, Sayı: 1, Yıl: 2017.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 2. Bası, Ankara 2005.

- ÖZKAN, Salih, “Yüksek Eyalet Mahkemesi Karar İncelemesi-Önemsiz Fiillerin Cezalandırılması ve Ölçülülük İlkesi”, in: Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara 2018. (Karar İncelemesi)
- ÖZKAN, Salih, Ceza Hukukunda Önemsizlik, İstanbul 2018. (Önemsizlik)
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2019.
- ROXIN, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage, München 1997.
- SCHIEMANN, Anja, “Containern“ – Strafbar aber nicht strafwürdig?”, KriPoZ 4, 2019.
- SCHMITZ, Roland, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band IV, 4. Auflage, München 2021. (MüKo-SCHMITZ)
- SOYASLAN, Doğan, “Malvarlığına Karşı Suçlar”, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Ankara 2009.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rıfat Murat, Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2022.
- TUNÇ, Kübra, Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata, Ankara 2020.
- ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017.
- ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998. (İzin Verilen Risk)
- ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003. (Hukuksal Değer)
- WENDT, Rudolf, “The Principle of Ultima Ratio and/or the Principle of Proportionality”, Onati Socio-Legal Series, Vol: 3, No: 1, 2013.
- WITTIG, Petra, in: Beck’scher Kommentar StGB v. Heintschel-Heinegg, 55. Edition, 2022. (BeckOK-WITTIG)
- YAZICIOĞLU, Recep, “TCK m. 145 Malın Değerinin Az Olması - Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması”, CHD, Yıl: 6, Sayı: 15, Nisan 2011.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul 2015.

YILDIZ, Ali Kemal, Hırsızlık, Özel Ceza Hukuku, Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, İstanbul 2018.

LG Ravensburg, Urteil vom 03. 07. 1987 - 3 S 121/87, NJW 1987.

OLG Hamm, Beschluss vom 10. 2. 2011 - III 3 RVs 103/10. JuS 2011.

BayObLG, Beschl. v. 2.10.2019–206 StRR 1013/19 und 206 StRR 1015/19. NStZ-RR 2020.

<https://fedlex.data.admin.ch>. E.T: 12.12.2022.

www.legalbank.net. E.T: 24.11.2022.

<https://karararama.yargitay.gov.tr>. E.T: 08.12.2022.

<https://cygm.csb.gov.tr/genelgeler-i-442>.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150402-2.htm>. E.T: 23.01.2023.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/07/20190712-9.htm>. E.T: 23.01.2023.

TÜRK CEZA KANUNU'NDA GÜRÜLTÜYE NEDEN OLMA SUÇUNUN İNCELENMESİ

Haşim ÖZKURT*

ÖZ

İstenmeyen, rahatsız edici ve insan sağlığına zarar veren ya da zarar verebilecek seviyede olan sesler olarak tanımlanan gürültü, bireylerin anayasal haklarından olan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı ile aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmesine neden olduğu için bu konu ile ilgili birtakım yasal düzenlemelere gidilmiştir. Bu bağlamda Türk Ceza Kanunu'nun 183. maddesinde düzenlenen gürültüye neden olma suçu, aynı kanun bünyesinde “Çevreye Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Yapılan bu düzenlemelerle kanun koyucu tarafından gürültünün veya bu tanıma uyan seslerin insanlar üzerindeki zararlı etkileri engellenmeye çalışılarak bireylerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakları güvence altına alınmıştır.

Gürültüye neden olma suçunun gerçekleşebilmiş kabul edilebilmesi için failin bu suçla ilgili mevzuatta düzenlenen yükümlülüklerin dikkate almaması ya da bunlara aykırı davranması ve insan sağlığına zarar verebilecek düzeyde gürültüye neden olması gerekmektedir. Gürültüye neden olma suçu ile ilgili

* Öğr. Gör. Dr., Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi Kadiri Meslek Yüksekokulu, E-Mail: hasimozkurt@osmaniye.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6519-3884.

Makalenin Gönderim Tarihi : 16.08.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 11.06.2023.

yasal düzenlemeler olsa da gürültü kavramına dair genel geçer bir tanımlama yapılamaması bu konudaki düzenlemelerin bazı tartışmalara neden olması sonucunu da doğurmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gürültü kirliliği, çevre kirliliği, dengeli çevre, gürültü suçu, Türk Ceza Kanunu'nda gürültü.

EXAMINING THE CRIME OF CAUSING NOISE IN THE TURKISH PENAL CODE

ABSTRACT

Noise, which is defined as unwanted, disturbing and harmful sounds or at a level that may harm human health, violates the constitutional rights of individuals, the right to live in a healthy and balanced environment, and the right to respect for family life. In this context, the crime of causing noise, which is regulated in Article 183 of the Turkish Penal Code, is regulated under the title of "Crimes Against the Environment" within the same law. With these regulations, the lawmaker tried to prevent the harmful effects of noise or sounds that fit this definition on people, thus guaranteeing the right of individuals to live in a healthy and balanced environment.

In order for the crime of causing noise to be considered to have taken place, the perpetrator must ignore the obligations regulated in the legislation related to this crime or act contrary to them and cause a level of noise that may harm human health. Although there are legal regulations regarding the crime of causing noise, the inability to make a general definition of the concept of noise also causes some debates in the regulations on this issue.

Keywords: Noise pollution, environmental pollution, balanced environment, noise crime, noise in the Turkish Penal Code.

I. GİRİŞ

Üretim faaliyetlerinde yaşanan artış ve bu artış nedeniyle sanayileşmenin başlamasının ardından bu gelişmelerin yaygınlaşması ile birlikte gelişen teknolojik yapı sonucunda insan yaşamının daha hareketli ve daha gürültülü bir yapıya büründüğü bilinmektedir. Yoğunlaşan bu yapılar çerçevesinde değerlendirildiğinde gürültü kavramı insanlar üzerinde olumsuz etki oluşturan ve hoş gitmeyen ses topluluğu olarak

tanımlanmaktadır. Gürültünün istenmeyen boyutlara ulaşması ve yine bu doğrultuda yayılım alanındaki genişlemeler ise gürültü kirliliği olarak ifade edilmektedir. Gürültü kirliliği olarak adlandırılan olgu günümüzde oldukça dikkate alınan bir çevre sorununun oluşmasına zemin hazırlamaktadır. Ancak gürültü kirliliğinin oluşumunda yalnızca sanayileşme ya da teknolojik gelişmelerin etkili olduğunu ifade etmek eksik bir değerlendirme olacaktır. Nitekim bu kirliliğin oluşumunda sanayileşme ve teknolojik gelişmelere ek olarak şehirleşme faaliyetlerindeki artış, nüfusun hızlı şekilde artması, ulaşım faaliyetlerinde yaşanan yoğunlaşma, inşaat faaliyetlerinin artması gibi hususlar da temel etkenler arasında sıralanmaktadır¹.

Günümüz toplumsal yapısı içinde oldukça artan gürültü ve buna neden olan kişi ya da unsurlarla ilgili toplumda genel bir bilgi eksikliği olduğu gerçeğinden hareketle hazırladığımız çalışmada; gürültü kavramına dair tanımlamalar, kavramla ilgili yasal düzenlemeler ve bu düzenlemelerden hareketle yapılabilecek yasal hususları aktardık. Bu aktarımla toplumsal anlamda bir bilinçlenme sağlamak ile birlikte hukuk mesleğini icra edenlerin derli toplu bilgilere ulaşılmasını amaçladık.

II. GÜRÜLTÜ KAVRAMI VE CEZA KANUNU AÇISINDAN İNCELENMESİ

A. Gürültü Kavramının İncelenmesi

Gürültü kavramı, gündelik yaşam içinde değerlendirildiğinde oldukça basit bir kavram olarak nitelendirilebilir. Kavramı basit olarak değerlendirmemizin temel nedeni ise hemen herkesin bilgi dağarcığında gürültü kavramına dair bir tanımın olmasıdır. Ancak yine kavrama dair literatürde de bazı tanımlar olduğu görülmektedir ki bunlar incelendiğinde genel anlamda benzer noktalar üzerinde yoğunlaşan tanımlar olduğu dikkat çekmektedir. Bu bağlamda gürültü kavramıyla ilgili yapılan tanımlardan biri “*Aralarında uyum bulunmayan düzensiz seslerin bütünü, patırtı, şamata*”, şeklindedir². Bundan da anlaşılacağı

¹ Çevre ve Orman Bakanlığı, *Türkiye Çevre Durum Raporu*, Yayın No: 5, Ankara 2007, s. 475.

² <https://sozluk.gov.tr/>, (e.t. 28.10.2021.)

üzere gürültü kavramı ile ilgili yapılan tanımlarda genel olarak gürültünün uyumsuz, düzensiz sesler şeklinde değerlendirildiği veya bu tip seslerin gürültü olarak kabul edildiğini söylememiz mümkündür. Nitekim gürültü kavramı ile ilgili olarak yapılan farklı bir tanımlamada ise kavram net bir şekilde “seslerin istenmeyi”, “canlılar üzerinde fizyolojik ve psikolojik anlamda olumsuz etkiler bırakan sesler” şeklinde tanımlanmaktadır³. Bu açıdan gürültü kavramının ses kavramı ile iç içe olduğunu söylemekle beraber her sesin de gürültü olmadığını altını önemle çizmemiz gerekmektedir. Gürültü kavramıyla ilgili olarak doktrinde de tanımlamalar olduğu görülmektedir. Bu bağlamda doktrinde gürültü kavramı; insanlar tarafından beğenilmeyen ve insanlar üzerinde olumsuz etkiler oluşturan sesler olarak değerlendirilmektedir⁴.

Ses ile gürültü arasındaki en temel fark ise ses dalgalarının bu dalgalara maruz kalan canlıları rahatsız edip etmemesi veya ortama verilen ses seviyesinin bu sesi duyanlar açısından zarar verici bir seviyede olup olmadığı ile ilişkilidir. Bunlara ek olarak insanın beş duyusu arasında sayılan işitme duyusunun varlığı ve işlevinden hareketle sesin canlılar için gerekli bir unsur olarak değerlendirildiği de bilinmektedir. Ancak sesin gereklilikler içinde sıralanması ile birlikte gürültünün bu gereklilik dışında tutulması ise gürültü kavramının istenmeyen ses olarak da tanımlanması gibi bir kısa tanımlamayı gündeme getirmektedir⁵.

İçinde bulunduğumuz dönem itibariyle özellikle çevresel faktörler dikkate alındığında hemen her insanın gündelik yaşamı içinde değişik seslere maruz kaldığı inkâr edilemez bir gerçektir. Bununla beraber maruz kalınan bu seslerden kimisi insan veya canlılar açısından güzel olarak nitelendirilirken kiminin rahatsız edici olarak nitelendirilmesi de somut gerçekler arasındadır. Gürültü kavramına dair yapılan tanımlar dikkate alındığında insanlara rahatsız edici olarak gelen

³ Ruşen Keleş, Birol Ertan, *Çevre Hukukuna Giriş*, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s. 34.

⁴ Yavuz Bozkurt, *Çevre Sorunları ve Politikaları*, 5. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2018, s. 65

⁵ Demet Cansaran, “Gürültü Kirliliği Düzeyini Belirlemeye Yönelik Bir Çalışma: Amasya Örneği”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 74 (1), 2019, 89 – 108, s. 90.

veya tiksindirici olarak ifade edilen seslerin gürültü olarak ifade edilmesi mümkündür⁶.

Gürültü kavramı, istenmeyen sesler veya insanın hoşuna gitmeyen sesler olarak genel bir yapı içinde ele alınsa da her hoş gitmeyen sesin gürültü olarak değerlendirilmesi bu kavramın kapsamını oldukça üst seviyelere veya geniş bir yapıya büründürmekle birlikte bireysel anlamda da gürültü kavramını tanımsız hale getirecektir. Bu açıdan gürültü kavramının net olarak tanımlanabilmesi için gürültü ile ilgili bir değerlendirme ölçüsünün belirlenmesi gündeme gelmiş ve “*ses basıncı seviyesi*” şeklinde ifade edilen desibel olarak adlandırılan bir ölçü birimi⁷ ile ses seviyelerinin gürültü eşikleri tespit edilmiştir. Desibel, insan kulağının en hassas olduğu orta frekanslar ya da yüksek frekansların özellikle vurgulandığı bir değerlendirme birimi olarak da ifade edilmektedir. Bu değerlendirme birimi açısından “0 desibel” ile 50 desibel arasındaki ses frekansları “*sessiz*”, 50 desibel ile 60 desibel arasındaki ses frekansları “*gürültü*”, 70 desibel ile 80 desibel arasındaki ses frekansları ise “*çok gürültü*” şeklinde nitelendirilmektedir. Gürültü eşiği olarak adlandırabileceğimiz bu aralıklardan etkilenme boyutu ise gürültüye maruz kalma süresi, gürültünün sürekliliği, kişisel özellikler vb. unsurlara göre değişkenlik göstermektedir⁸.

80 desibel şiddetindeki sesler çok gürültülü olarak kabul edilse de ses seviyesi 80 desibel ile sınırlı değildir. Bu bağlamda ses seviyesinin 85 desibel ve üzerine çıktığı durumlarda ise bu seviye rahatsızlık sebebi olarak kabul edilmektedir⁹.

İnsan kulağının duyabileceği ses düzeyleri içinde bir gürültü seviyesi belirlenmiş olsa da gürültü daha çok kendine has bir ölçüm cihazı olan “*sonometre*” ile ölçülmektedir. Çevresel gürültülerin ölçülmesinde ses ölçerlerin sınıflandırılmasında kullanılan Tip 0, Tip1, Tip 2 gibi ölçütler içinden çevresel gürültüler için Tip 1 ve Tip 2'nin

⁶ Indraneel Bhanap, “An Analysis of Roadway Noise at Residential Estates in Close Proximity to Expressways in Singapore.”, *Noise and Health*, 2013, 15.64: 183 – 189, s. 184.

⁷ Çağatay Güler, Zakir Çobanoğlu, *Gürültü*, Aydoğdu Ofset, Ankara, 1994, s. 16.

⁸ Çevre ve Orman Bakanlığı, *Türkiye Çevre Durum Raporu*, s. 479 – 481.

⁹ Rahşan Bengi Gezgin Kayan, “Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 3(7), Ağustos, 2008, 111 – 120, s. 112.

kullanıldığı kaydedilmektedir. Bununla birlikte insan kulağının duyabileceği ses aralıklarında alt ve üst sınırlar ve bunların gürültü olarak nitelendirildiği sınırlar belirlenmekle birlikte gürültü açısından net bir sınırın çizilmemiş olması da dikkat çekicidir. Bu bağlamda 55 – 65 Desibel arasındaki sesler psikolojik rahatsızlık verecek gürültüler, 90 Desibelin üstündeki gürültüler ise fizyolojik bozukluğa sebep olan gürültüler olarak ifade edilmektedir¹⁰.

Bizim kanaatimizce ise gürültü; belirli bir ses seviyesi aralığının üzerindeki seviyede olan ve bir ahenk barındırmayan seslerin gürültü olarak değerlendirilebileceği yönündedir. Ancak bu tanımlamamızda ses seviyesinin kritik önem taşıdığına altını çizmemiz gerekmektedir. Nitekim yine kanaatimiz fizyolojik zarar oluşturabilecek düzeydeki seslerin, ahenk barındırır bile gürültü olarak değerlendirilebileceği yönündedir.

Gürültü kirliliği sonucunda ortaya çıkan etkilerin bireysel yansımalarının yalnızca bedensel veya psikolojik yapılar şeklinde iki ana başlık altında değerlendirmesi eksik bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. Nitekim gürültü kirliliği sonucunda ortaya çıkan bireysel hususların bireyler açısından temel haklardan pek çoğunun ihlali ile ilişkilendirilerek açıklanabildiğine de yer verilmektedir. Bunun en temel örneklerinden biri gürültü kirliliğine doğrudan maruz kalan ve bu nedenle psikolojik ya da fizyolojik sağlığı bozulan kişinin vücut bütünlüğünün ve bu nedenle de kişi dokunulmazlığına zarar verildiği yönündeki düşüncedir. Yine bu düşünceden hareketle bahsedilen durumların vuku bulması halinde bireyin maddi ve manevi varlığının zarar gördüğü de ifade edilmektedir. Ayrıca bireyin doğrudan olarak maruz kalmış olduğu sürekli gürültü nedeniyle yaşadığı konutunda dinlenme, uyku, gündelik faaliyetler, kişisel ya da aile ile yapılan faaliyetleri sürdürmez hale gelmesi gibi durumlar kişinin hem özel hayatına hem de aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği şeklinde yorumlanabilir.

Gürültüye neden olma suçu ya da gürültü açısından belirli ölçümler ve değer aralıkları tespit edilse de bunların sağlık açısından zararlı olup olmadığının tespiti noktasında bilirkişi desteği alınması da

¹⁰ Hulusi Çokadar, Aziz Türkoğlu, Kudret Gezer, “Çevre Sorunları”, *Çevre Bilimi*, Ed. Mustafa Aydoğdu, Kudret Gezer, Anı Yayıncılık, Ankara, 2009, 85 – 96, s. 91.

mümkündür ki bu hususun Yargıtay kararlarına yansıdığı da görülmektedir¹¹.

B. Gürültüye Neden Olma Suçu İle İlgili Yasal Düzenlemeler

1. Mevzuatta Yer Alan Düzenlemeler

Gürültü ve gürültüden kaynaklı olarak gürültüye neden olma suçu; artan sanayileşme, teknolojik gelişmeler, ulaşım faaliyetleri, yerleşmelerin yaygınlaşması vb. durumlarla birlikte ele alınmakla beraber bu hususlar göz önüne alındığında gürültü kavramı ve bu olgunun yaygınlaşması geçmişini oldukça eskilere dayanan bir kavram olarak değerlendirilebilir. Bu açıdan ilgili olguya yönelik yasal anlamdaki düzenlemelerin geçmişinin de eskilere dayanması beklentisi oldukça normaldir. Ancak Türk hukuk sistemi açısından değerlendirildiğinde, çevre ve çevreyi etkileyen faktörlerle ilgili düzenlemelerin XX. yüzyılda gündeme gelmiş olduğu dikkat çekmektedir. Nitekim Türk hukuk sistemi içinde çevre ve çevrenin korunması konuları 1980'li yıllardan itibaren hakkında yasal düzenlemelere yer verilen olgular olarak ele alınmaya başlanmıştır. Bu bağlamda, yapılan yasal düzenlemelerin geçmişine bakıldığında çevrenin korunması ile ilgili olarak ilk düzenlemelerin 1982 Anayasası'nda 56. madde bünyesinde yapıldığı görülmektedir. İlgili madde metninde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, çevrenin iyileştirilmesi zorunluluğu, çevre sağlığının sürdürülmesi ve çevrenin kirlenmesine engel olunmasının devletin ve vatandaşların görevi olduğu gibi çevre ilgili farklı hususlara yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerle çevre ve çevrenin korunması gibi konuların anayasal güvence altına alındığını söylememiz mümkündür.

¹¹ *Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 27.2.2017 Tarih, 2016/15421 Esas, 2017/2171 Sayılı Kararı; İlgili kararda Yargıtay; "Mevzuat ve düzenleyici işlemlerde, hangi ses düzeyinin insan sağlığının zarar görmesine elverişli olduğu açıkça belirlenmediğine göre, sorunun, sesin düzeyi, sıklığı, saati, kaynağı, mesafesi gibi hususlar gözetilerek somut olayın özelliklerine göre bilimsel veriler yardımıyla uzman bilirkişilerin görüşleri yardımıyla çözüme kavuşturulması gerekir."* ifadeleriyle bilirkişilere başvurulabileceğine açık şekilde yer vermiştir., www.kazanci.com

1982 Anayasası'nda yer verilen bu düzenlemenin ardından 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde ceza kanununun amaçlarından birinin çevreyi korumak olduğuna değinilmiş ve çevrenin korunması hususunun ceza kanununun temel amaçları arasında olduğu belirtilmiştir. Bu açıdan çevrenin korunması konusunda ceza normlarından da yararlandığı bilinmektedir. Çevrenin korunması veya çevreye zarar veren fiillerle ilgili düzenlemeler Türk Ceza Kanunu'nda çevreye karşı suçlar kapsamında düzenlenmiş ve düzenlemelerde yer verilen suçlardan biri de gürültüye neden olma suç olarak kaydedilmiştir.

Gürültüye neden olma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümlerin düzenlendiği ikinci kitabının "*Topluma Karşı Suçlar*" başlığını taşıyan üçüncü kısmının ikinci bölümü dahilinde "*Çevreye Karşı Suçlar*" başlığı altında düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 183. maddesinde yer alan gürültüye neden olma suçuyla ilgili düzenlemelere göre; ilgili kanunlarla tespit edilen yükümlülüklere aykırı şekilde başka birinin sağlığını zarar görmesine neden olacak veya bu zarara elverişli düzeyde gürültüye neden olan kişi/kişiler iki aydan iki yıla kadar hapis cezası ya da adli para cezasıyla cezalandırılabilecektir. Bu düzenleme sonucunda insan sağlığını tehdit edecek düzeyde gürültüye neden olma fiili suç olarak düzenlenmiş ve ilgili düzenleme sayesinde bireylerin daha sağlıklı bir çevrede yaşama hakları güvence altına alınmıştır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bir ceza öngörülen ve suç olarak düzenlenen, gürültüye neden olma suçu mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise farklı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Nitekim bu konu ile ilgili olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu incelendiğinde, ilgili kanunda gürültü yapmak suretiyle toplumun huzur ve rahatının bozulmasına neden olma fiilinin kabahat olarak düzenlendiği görülmektedir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kabahatlerin düzenlendiği 3. kitabında, "*Ammenin Nizamına Müteallik Kabahatler*" başlığını taşıyan birinci babında düzenlenen 546. maddeye göre; her kim gürültü ya da karmaşaya neden olabilecek seviyede çan, vb. aletler çalmak suretiyle kanun ve düzenlemelerde yer verilen hususlara muhalif şekilde gürültüye neden olan bir meslek ya da sanat icra etmesi nedeniyle halkın genelinin ya da belirli bir grubun huzur ve rahatını ihlal ederse hafif para cezasına mahkûm olunur.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan bu düzenlemenin belirli şartlara bağlandığı da görülmektedir ki bu şartların başında

gürültünün ortaya çıktığı zaman şartı gelmektedir. Nitekim ilgili düzenlemeye göre gürültüye neden olma fiilinin gece yarısının iki saat öncesinden sonra işlenmesi halinde takdir edilen para cezası yükseltilmektedir. Bununla birlikte yine gürültüye neden olma suçuyla ilgili 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 546. maddesinde mükerrerlik hususu da düzenlenmiş ve mükerrirler ile ilgili birinci fıkrada hafif para cezasına hükmolunacağı kararlaştırılmıştır¹².

Gürültüye neden olma suçu veya gürültü kirliliği ile ilgili düzenlemenin yer aldığı bir diğer kanun metni ise 2872 Sayılı Çevre Kanunu'dur. İlgili kanunun 14/1. maddesinde kişilerin huzur ve sükununu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde, yönetmelikler bünyesinde belirlenen sınırların üzerinde gürültü ve titreşim oluşmasına neden olmanın yasak olduğuna yer verilmiş; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise ulaşım araçları, fabrika, atölye, şantiye, eğlence yeri, konutlar vb. şeylerden oluşan gürültü ve titreşimin yönetmeliklerde belirlenen standartlara uygun olması için bahsedilen mekan veya araçların sahipleri tarafından gerekli tedbirlerin alınması konusuna yer verilmiştir¹³.

2. Korunan Hukuki Değer

Gürültüye neden olma suçuyla korunmak istenen hukuki değeri incelemeden önce hukuki değer kavramının açıklanmasında yarar olduğu kanaatindeyiz. Doktrinde pek çok tanımı olan hukuki değerle ilgili olarak; kanun koyucuyu suç tipini düzenlemeye iten soyut menfaat şeklinde tanımlama yapılmaktadır¹⁴. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun topluma karşı suçlar başlıklı bölümünde düzenlenen gürültüye neden olma suçunun, kanun bünyesinde düzenlendiği bölüm açısından ele alınması halinde bu suç ile toplumun daha sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının korunduğunu söylemek mümkündür. Nitekim düzenlemenin esas noktasını oluşturan gürültünün insan sağlığını olumsuz yönde

¹² <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765>; (e.t. 30.10.2021)

¹³ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2872.pdf>; (e.t. 30.10.2021)

¹⁴ Veli Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 219.

etkilediği hususu göz önünde bulundurulduğunda ilgili suç ile anayasal güvence altına alınan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının da korunduğu ve insanların maddi ve manevi varlıklarının zarar görmesine de engel olduğu ifade edilebilir¹⁵.

Gürültüye neden olma suçu, gürültünün yayıldığı çevrenin tüm topluma ait olması nedeniyle yasalar tarafından düzenleme veya koruma altına alınmasını gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla gürültü kirliliğinin meydana gelmesi nedeniyle bireylerin sessiz, sakin ve huzurlu bir ortamda yaşama haklarının ihlal edilmesi sonucunun ortaya çıkması da yadsınamaz bir gerçektir¹⁶. Bu bakımdan suçun tanımlanmasında yalnızca çevreyle alakalı ekolojik hususlar değil, bireylerle ilgili sağlık ve yaşamsal menfaatlerin de korunduğunu ifade etmek gerekmektedir.

3. Suçun Maddi Unsurları

a. Fail ve Mağdur

Gürültüye neden olma suçu açısından belirli bir fail yoktur. Diğer bir ifade ile bu suçun faili herkes olabilir¹⁷. Ancak faillik açısından olumsuz durumlara neden olan gürültünün meydana geldiği yerin önemli olduğunu söylemekte yarar vardır. Diğer bir ifade ile gürültünün kaynağı genel anlamda yerleşim yerlerinin iç kısımlarında yer alan endüstriyel faaliyetler yürüten işyerleri, restoranlar, konser alanları, açık ya da kapalı eğlence mekanları gibi yerler olduğu için bu nitelikteki mekânları işletenlerin gürültüye neden olma suçunun faili olması ihtimali daha yüksek olarak görülmektedir. Bunlara ek olarak yapılan bir inşaat çalışması sırasında uzun bir süre zarfında inşaat faaliyetlerinde kullanılan iş makinelerinin neden olduğu gürültünün de gürültüye neden olma suçunu meydana getirme ihtimalinden bahsedilmektedir. Bu durumda da

¹⁵ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu -Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C.IV, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 5051.

¹⁶ Füsün Sokullu Akıncı, “Gürültü Kirliliği ve Yeni Türk Ceza Mevzuatı”, *Güncel Hukuk Dergisi*, S. 23, Kasım 2005, s. 48.

¹⁷ Handan Yokuş Sevik, “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 363 – 380. 2013, s. 372; Güneş, Ahmet M., *Çevre Hukuku*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 293.

inşaat faaliyetini yürüten kişilerin ilgili suçun faili olması söz konusu olacaktır ki bu da işin ana yürütücüsü olan tüzel kişi kavramını ön plana çıkaracaktır¹⁸.

Konu Türk Ceza Kanunu açısından ele alındığında ise mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. Bu nedenle tüzel kişilere yönelik olarak ceza kanunlarının uygulanabilmesi konusunun doktrinde uzun süre tartışıldığı ifade edilmektedir¹⁹. Doktrindeki bu tartışmaları sonlandırmak ve tüzel kişiler tarafından işlenen suçlar karşısında toplumu korumak için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında tüzel kişilerin ceza sorumlulukları düzenlenmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20. ve 60. maddelerinde, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ve tüzel kişiler hakkında yürütülecek cezalar düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere ek malvarlığına karşı suçlara ilgili bölümün sonunda verilen 169. maddede de bu bölümde yer alan suçlar yüzünden tüzel kişilerin de sorumlu tutulacakları hususu düzenlenmiştir²⁰.

Gürültüye neden olma suçunun faili ile ilgili net bir ayırım veya belirli bir kişi tanımlaması yapılmadığı gibi suçun mağduru ile ilgili de belirli bir kişi tanımlaması yapılmamıştır²¹. Bu açıdan gürültüye neden olma suçunun mağduru olarak gürültüye maruz kalan kişi veya kişilerin mağdur pozisyonuna girdiğini söylememiz mümkündür. Diğer bir ifade ile gürültü etkisine giren çevresel ortamda bu gürültünün rahatsız edici etkisini uzun süre yaşayan evlerde kalan kişiler, işyerlerinde çalışanlar vb. toplumsal yapının unsurlarının suçun mağduru olabileceğini ifade

¹⁸ Ozan Ercan Taşkın, “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 3(1), Haziran 2015, 119 – 166, s. 154.

¹⁹ Aslan, *Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu*, s. 243.

²⁰ Tüzel kişilerle ilgili yapılan yasal düzenlemeler bunlarla sınırlı değildir. Bunlara ek olarak Türk Ceza Kanunu'nun 140. 242. 246. maddelerinde de tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirlerine yer verilmektedir.

²¹ Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler–Topluma Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 62; Sacit Yılmaz, *Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 165.

etmemiz mümkündür²². Gürültüye neden olma suçunun mağduruyla ilgili genel bir yaklaşım olduğu hususunu Yargıtay kararlarında da görmek mümkündür²³. Mağdur kavramının suçla korunan hukuki değer sahibi olduğu²⁴ genel kabulünden hareket edildiğinde mağdurun belirsizliği, gürültüye neden olma suçunda korunan hukuki değer açısından net bir sahiplik olmadığının da göstergesi olarak kabul edilebilir.

b. Hareket ve Netice

Gürültüye neden olma suçu açısından hareket unsuru bu suça ilişkin kanunlarda yer verilen yükümlülüklerle aykırı şekilde herhangi bir kişinin/kişilerin sağlığının zarar görmesine elverişli bir gürültüye neden olma fiili olarak ifade edilmektedir. Nitekim gürültüye neden olma suçu serbest hareketli bir suç olarak nitelendirilmekte ve bu durumda gürültüye neden olabilecek fiiller çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Yine gürültüye neden olma suçunun çoğu zaman icrai davranışlarla gerçekleştiği bilirse de bu suçun ihmali hareketler nedeniyle de gerçekleşmesi mümkün olarak kabul edilmektedir²⁵. Gürültüye neden olma suçunun hareket ve neticesi ile ilgili Yargıtay kararlarına bakıldığında farklı yaklaşımların sergilendiğini görmek mümkündür²⁶.

²² Hasan Gerçeker, *Türk Ceza Kanunu*, Cilt 3, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 3640.

²³ *Yargıtay 18. Ceza Dairesi*, 29.09.2015 Tarih, E. 2015/7959, 2015/5947 Sayılı Karar; ilgili kararda, “Gürültüye neden olma suçunun belli bir mağduru yoktur. Toplumda yasayan herkes bu suçun mağduru olabilir. Gürültünün belli olmayan bir kimseye karşı yapılması bu suçu TCK'nın 123. maddesindeki kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan ayırmaktadır. TCK'nın 123. maddesindeki suçun faili belli bir kimseyi hedef almakta iken, TCK'nın 183. maddesindeki suçun faili belli bir kimseyi hedef almamaktadır.” ifadeleriyle mağdurun herkes olabileceği doğrudan olarak belirtilmiştir. <https://lib.kazanci.com.tr/>

²⁴ Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 114.

²⁵ Onur Özcan, “*Türk Hukukunda Çevre Suçları*”, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt I, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 580.

²⁶ *Yargıtay 4. Ceza Dairesi*, 25.09.2012 Tarih, E. 2012/8722, 2012/18431 Sayılı kararında, yaşadığı konutta çoban köpeği besleyen bireyin bu köpeğin havlamasına engel olamaması durumu gürültüye neden olma suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Yine *Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin*

Yargıtay tarafından verilen kararlarda farklı yaklaşımlar sergilense de gürültüye neden olma suçu ile ilgili olarak içtihatların olduğu da görülmektedir. Nitekim Yargıtay kararlarında genel manada 2872 Sayılı Çevre Kanunu'nda bulunan çevreyi kirletmeme ilkesi doğrultusunda hareket edildiğini söylememiz mümkündür²⁷.

Yargıtay'ın içtihat noktasında dikkate aldığı 2872 Sayılı Çevre Kanunu, failin gürültüye neden olma suçunu işlemiş kabul edilebilmesi için aykırı davranması gereken yükümlülüklerin de belirlendiği kanun metnidir. Ancak bu kanuna ek olarak yönetmeliklerin de dikkate alındığını belirtmekte yarar vardır²⁸. Yargıtay'ın bu suçla ilgili üzerinde durduğu bir diğer husus ise gürültünün sürekliliği ya da gürültünün meydana getirilmesindeki ısrar olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹.

Gürültüye neden olma suçunun gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için failin bu suçla ilgili kanunlarda yer verilen yükümlülüklere aykırı olacak şekilde gürültüye sebebiyet vermesi gerekli görülmektedir. Ancak birtakım gerekliliklere değinilen gürültüye neden olma suçu idari düzenlemelerle de bağlantılı olarak ele alınan bir suçtur. Bu açıdan çevresel gürültüye maruz kalınması sonucunda kişilerin huzurları ile birlikte bedensel ve ruhsal sağlıklarının bozulmaması amacıyla gerekli önlemlerin ve tedbirlerin alınmasını sağlamak ve bunların aşamalı şekilde uygulanmaya konulması amacıyla gürültü açısından birtakım

25.09.2012 Tarih, E. 2012/17482, 2012/18402 Sayılı Kararında, yürütülen faaliyetler nedeniyle ortaya çıkan sesin işletme sahibi tarafından işyerine ses izolasyonu yapılarak giderilmemesi durumunun da gürültüye neden olma suçu kapsamında değerlendirildiğini görmek mümkündür. <https://lib.kazanci.com.tr/>

²⁷ Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 27.2.2017 Tarih, E. 2016/15421, 2017/2171, Sayılı Kararı; "2872 sayılı Çevre Kanunu'nun "Denetim, bilgi verme ve bildirim yükümlülüğü" kenar başlıklı 12. maddesine göre kanun hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi Çevre ve Orman Bakanlığı ile yetkisini devrettiği diğer kurumlara aittir." <https://lib.kazanci.com.tr/>

²⁸ Yaşar, Gökcan, Artuç, (Yorumlu -Uygulamalı Türk Ceza Kanunu), s. 5052.

²⁹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 15.6.2017 Tarih, 2016/18837 Esas, 2017/17884 Sayılı Kararı'nda, "1- Bir kimseye telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması eylemlerinin ısrarla yapılması halinde," ifadeleriyle ısrar konusu açık şekilde değerlendirilmiştir. <https://lib.kazanci.com.tr/>

değerlendirme yöntemlerinin kullanılması “Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği”nde yer almaktadır. Ayrıca maruz kalınan gürültünün seviyesini ve yayılımını belirlemek için gürültü haritalarının oluşturulması, çevresel gürültü seviyesi değerlendirme raporlarının hazırlanması, gürültünün etkileri ile ilgili olarak toplumun bilgilendirilmesi gibi hususlar yönetmelikte yer almaktadır. Dolayısıyla mevcut gürültünün özellikle insan sağlığına olumsuz etkilere neden olabileceği alanlarda çevresel gürültü kalitesini koruma ya da çevresel gürültü kalitesini korunmanın gerekli görüldüğü alanlarda gürültüyü mümkün mertebede önlemek, önlemek mümkün değilse azaltma amacına yönelik faaliyet planlarının hazırlanması ve hazırlanan planların uygulanmasına yönelik olarak idari yükümlülükler yer verilmiştir. Belirlenen bu yükümlülükler aykırı faaliyetlerin ortaya konulması ya da gürültü ile ilgili öngörülen diğer koşullarında mevcut olması durumunda gürültüye neden olma suçunun ortaya çıkması söz konusu olacaktır³⁰.

4. Suçun Manevi Unsurları

Gürültüye neden olma suçunun manevi unsurları açısından ilk değinmemiz gereken husus bu suçun kastî bir suç olarak değerlendirildiğidir. Nitekim kanun metinlerinde gürültüye neden olma suçunun taksirle işlenmesine yönelik bir düzenleme yer almamaktadır. Gürültüye neden olma suçu için kast üzerinde durulmakla birlikte bu kastın olası ya da doğrudan kast olarak gerçekleşmesinin mümkün olduğunu da belirtmek gerekmektedir³¹. Bunlara ek olarak failin, ilgili suça dair kanunlarda yer verilen yükümlülükler aykırı şekilde davrandığını da bilmesi gereklidir³². Örneğin, bireyin eylemin gürültüye ve dolayısıyla başkalarının huzur ve sükununu bozacağını bilmesine rağmen, bu sonucu istemese de sonucun gerçekleşmesini göze alarak hareket etmesi durumunda olası kast oluşabilir. Failin bu eylemi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi durumunda, gürültü yaparak başkalarını rahatsız edeceğini bilerek hareket etmesi halinde doğrudan kast oluşabilir.

³⁰ Yokuş Sevük, Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183), s. 373, 374.

³¹ Gezgin Kayan, “Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği”, s. 118.

³² Gülsün Ayhan Aygörmez – Uğurlubay, *Çevreye Karşı Suçlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 476.

a. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık unsuru, adından da anlaşılacağı gibi gerçekleşen fiilin mevcut hukuk düzeni, bu düzen içindeki düzenlemeler vb. hususlar ile çelişkili olmasını ifade etmektedir. Hukuka aykırılıkta mevcut hukuk sisteminin tamamında yer alan düzenlemelerle çelişki söz konusu olduğu için bu unsurun tespitinde yalnızca ceza kanununun dikkate alınması yeterli bir değerlendirme olmaması sonucunu doğuracaktır. Nitekim gürültüye neden olma suçunun hukuka aykırılık unsuru açısından değerlendirildiğinde ilgili suçta dair kanun metinlerinde hukuka aykırılıkla ilgili bir düzenleme olmadığı görülmektedir.

Gürültüye neden olma suçu topluma karşı suçlar kapsamında düzenlendiği için bu suçta ilgilinin rızasının olmasının hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir³³.

Gürültüye neden olma suçunun hukukiliği ile ilgili unsurlar arasında ele alınan bir diğer husus ise meşru savunma durumudur. Ancak ilgili suç açısından meşru savunma bireyin kendisine karşı meydana gelen veya meydana gelmesi ya da tekrarlaması kesin olan bir saldırıyı ortadan kaldırmak için faili rahatsız edecek seviyede ses çıkarılması durumunda ve meşru savunmanın diğer şartlarının da olması durumunda gündeme gelebilecektir. Ancak doktrinde bunun aksini de savunanların olduğunu görmek mümkündür³⁴.

b. Kusurluluk

Kusurluluk, işlediği fiil ile ilgili olarak kişideki iradenin var oluş şartlarının tespiti ve bu tespite istinaden gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla failin şahsen cezalandırılması yani yaptığı fiil ile kınanması gerekip gerekmediğini ifade eder³⁵. Algılama yeteneği ve irade yeteneği kusurun iki unsurunu oluşturmaktadır. Bir kişinin işlemiş olduğu fiilden dolayı kınanabilmesi, yani kişi ile ilgili kusur yargısında bulunabilmek için fiilin haksızlık teşkil ettiğini algılayabilme ve hareketlerini buna göre

³³ Murat Yılmaz, *Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 44.

³⁴ Yokuş Sevük, “*Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)*”, s. 375.

³⁵ Mehmet Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2021, s. 564.

yönlendirme yeteneğine, haksızlık bilincine sahip olması ve kusurluluğu kaldıran hallerin somut olayda gerçekleşmemesi gerekir³⁶. Haksızlık bilinci ise kişinin işlemiş olduğu fiilin suç olduğunu bilmesini değil, yapılan fiilin hukuken tasvip edilmeyen bir davranış olduğunu bilmesini ifade eder.

Gürültüye neden olma suçunda kusurluluk bağlamında genel prensiplerin geçerli olmasıyla birlikte zorunluluk durumu da göz önüne alınmalıdır. Bu hususu örneklendirmek gerekirse; kişinin kendisine yönelik bir tehlikeyi gidermek için başkalarının sağlığını bozabilecek seviyede gürültü yapması zorunluluk kapsamında değerlendirilmelidir³⁷. Kusurluluğun mevzu bahis olduğu hallerde kanun maddelerinde yer verilen şartların da gerçekleşmesi durumunda ilgili kabahatleri işlemiş olma durumu gündeme gelebilir. Ancak kanunlarda gürültüye neden olma suçu kapsamında kusurluluk kavramı tanımlanmamış olup, hangi hallerin kusurlu davranışı gündeme getireceğine dair bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu bağlamda iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. İlk olarak bu hususta bir yasal boşluk ve düzenleme eksikliği olduğu vurgusu ile konuya doktrinde değinilmiş ve eleştirilmiştir³⁸. Diğer tarafta ise, kusurluluğa dair yasal düzenleme eksikliğini ceza hukukunda yer alan ikincillik ilkesine dayandırarak bu husustaki hallerin ceza hukuku kapsamında değerlendirilebileceğini de savunanlar da vardır³⁹.

Kusurluluk konusunda da belirli şartların varlığından bahsedilmesi, bu hususun başka bir boyutu olan kast konusunu da beraberinde getirmektedir. Bu noktada kusurluluk açısından ifade edilen şartlar, meydana gelen fiilin niteliğini belirleme açısından önem taşımaktadır⁴⁰. Kast, failin fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını bilerek ve isteyerek, yani ne yaptığının farkında olması ve bu eylemi isteyerek gerçekleştirmesidir⁴¹. Kusurluluk ve kast unsuru Türk Ceza Kanunu

³⁶ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2019, s. 312.

³⁷ Aygörmez – Uğurlubay, (*Çevreye Karşı Suçlar*), s. 476.

³⁸ Aygörmez – Uğurlubay, (*Çevreye Karşı Suçlar*), s. 470, 471.

³⁹Ahu Karakurt Eren, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 30, S. 132, 55 – 120, Eylül-Ekim 2017, s. 94.

⁴⁰ Ahu Karakurt Eren, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, s. 95.

⁴¹ Mehmet Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 388.

30/1. madde doğrultusunda birlikte ele alındığında, failin meydana gelen eylem konusundaki bilgisizliği nedeniyle kastından söz edilemeyeceği için suçun oluşmayacağını fakat yine de bu bağlamda taksirli sorumluluğun ortaya çıkabileceğini söylemek mümkün olabilir. Son olarak ise Türk Ceza Kanunu 30/3 maddesi ile ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin bu hatasından yararlanabileceğini ve 30/4. madde kapsamında ise kişi işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise cezalandırılmayacağı hüküm altına almıştır. Dolayısıyla “*Gürültüye Neden Olma*” suçunu işleyen kimse işlediği fiil kapsamında kusurluluğunu ortadan kaldıracak bu halleri ispat ederse cezai sorumluluğu hiç meydana gelmeyecek veya taksirli sorumluluğu gündeme gelecektir.

III. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ VE YAPTIRIM

A. Teşebbüs

Gürültüye neden olma suçu doktrinde sırf hareket suçu olarak kabul edilse bile meydana gelen hareket belirli parçalara ayrılabilmesi için bu suç açısından teşebbüs mümkündür⁴². Teşebbüse müsait olan bu suç tipinde ortaya çıkan gürültü insan sağlığı açısından zarar verebilecek düzeye ulaştığı zaman suç tamamlanmış kabul edilir⁴³. Netice olarak ortaya çıkan sağlığa zarar verme veya bu düzeye ulaşan gürültünün bu düzeye ulaşmak üzere olduğu esnada bu fiile sebep olan failin ele geçirilmesi sonucunda fiilin tamamlanmaması da teşebbüsü gündeme getirmektedir⁴⁴.

B. İştirak

Suçlar genellikle bir kişi tarafından işlenen fiiller olarak değerlendirilse de suçun kanuni düzenlemeler veya niteliğine göre birden fazla kişi aracılığıyla, bu kişilerin aralarındaki anlaşmaya göre birlikte

⁴² Ahu Karakurt Eren, “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, s. 101.

⁴³ Aygörmüş – Uğurlubay, (*Çevreye Karşı Suçlar*), s. 477.

⁴⁴ Yaşar, Gökcan, Artuç, (Yorumlu -Uygulamalı Türk Ceza Kanunu), s. 5623.

işlemesi de söz konusu olabilmektedir. Bu şekilde suçun birden fazla kişi aracılığıyla, bu kişiler arasındaki anlaşmaya göre işlenmesi hâlinde iştirakin varlığından söz edilir⁴⁵. Gürültüye neden olma suçu iştirak bakımından bir nitelik arz etmez. Nitekim gürültüye neden olma suçu, kanun metinlerinde tek bir fail tarafından gerçekleştirilebilecek bir suç olarak düzenlenmiştir. Yine de bu suçun birden fazla kişi tarafından da işlenmesi mümkündür. Şayet gürültüye neden olma suçu birden fazla kişi tarafından işlenirse bu durumda ilgili suçun genel prensipler doğrultusunda değerlendirilerek suça dahil olan kişilerin statülerinin belirlenmesi gerekir⁴⁶.

C. İçtima

Gürültüye neden olma suçu topluma karşı suçlar dâhilinde düzenlendiği için bu suçun mağduru tüm toplum ya da toplumu oluşturan bireyler olmaktadır. Bu nedenle suç işleme kararının gerçekleştirilmesi dâhilinde birden fazla olacak şekilde gürültüye neden olunması durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir⁴⁷. Ancak gürültüye neden olacak fiilin birden fazla kişinin rahatsız olmasına ya da zarar görmesine neden olması durumunda zincirleme suç hükümlerinin gerçekleştirilmesi mevzu bahis olmayacaktır⁴⁸. Nitekim zincirleme suç hükümleri suça neden olan fiilin ya da suç olarak değerlendirilen fiilin birden fazla şekilde gerçekleşmesini ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle mağdur sayısının artması fiili arttırmadığı için zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek bir durum ortaya çıkarmamaktadır.

Gürültüye neden olma suçunda, ortaya çıkan gürültünün bireylerin sağlığı açısından zarara elverişli olması suçun meydana gelmesi bakımından yeterli kabul edilmektedir. Elverişlilik konusundaki temel belirteç ise gürültü tanımına uyan sesin belirlenen sağlıklı desibel sınırının üstünde olması olarak ifade edilebilir. Bu bağlamda suçun işlenmiş kabul edilmesi için bireylerin sağlığının zarar görmesi şartı

⁴⁵ Mehmet Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 730.

⁴⁶ Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 116.

⁴⁷ Yokuş Sevük, "Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)", s. 377.

⁴⁸ Yaşar, Gökcan, Artuç, *(Yorumlu -Uygulamalı Türk Ceza Kanunu)*, s. 5624.

yoktur. Ancak yine ortaya çıkan fiil nedeniyle bireylerin sağlığının bozulması da muhtemeldir. Bu bağlamda bireye karşı meydana gelen kasten yaralama suçuyla gürültüye neden olma suçu arasında içtima bağlantısının ayrı türden fikri içtima olarak kurulacağı belirtilmektedir⁴⁹. Bu konu ile ilgili olarak doktrin incelendiğinde ise bahsedilen durumlarda gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı ve bu açıdan failin her bir suç için ayrı ayrı ceza alacağı da ifade edilmektedir⁵⁰.

Gürültüye neden olma açısından Türk Ceza Kanunu 183⁵¹ ve 123.⁵² maddeler ile Kabahatler Kanunu'nun 36. maddesi⁵³ bir arada değerlendirildiğinde ilk göze çarpan husus 183. madde kapsamında bir başkasının sağlığının bozulmasına elverişli olacak şekilde gürültüye neden olan kişinin hapis cezası veya adli para cezasıyla cezalandırılabilmesine yönelik düzenlemeye yer verilmiş olmasıdır. Ancak 123. madde kapsamında daha çok bir başkasının huzur bozulmasına neden olacak davranışlarda ısrar konusu üzerinde durulmuş ve bunun da cezası şikâyete bağlı şekilde hapis cezası olarak belirlenmiştir. 123. madde ile yapılan düzenleme her ne kadar huzurun temini açısından gerekli bir düzenleme olsa da madde kapsamında yer verilen "ısrar" kavramının tanımının yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim kişinin günlük, haftalık vb. periyotlarda maruz kaldığı ya da kalabileceği durumlara dair bir belirlemenin yapılmaması ısrar kavramının muallak bir ifade olmasına neden olmaktadır.

Kabahatler Kanunu 36. maddede de Türk Ceza Kanunu'nun 123. maddesine benzer bir ayarlama yer alsa da bu düzenlemede yaptırım olarak idarî para cezası öngörülmüştür. Bu bağlamda değerlendirildiğinde gürültüye neden olma suçuyla ilgili olarak hapis cezası yönünde hükme

⁴⁹ Gezgin Kayan, ("Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği"), s. 119.

⁵⁰ Özcan, ("Türk Hukukunda Çevre Suçları"), s. 579.

⁵¹ **Madde 183-** (1) İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi, iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

⁵² **Madde 123-** (1) Sırf huzur ve sükûnunu bozmak amacıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikâyeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

⁵³ **Madde 36-** (1) Başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde gürültüye neden olan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

varılabilmesi için öncelikle sağlığın bozulmasına elverişli bir durumun ortaya çıkmasının, devamında ise huzur ve sükûnun bozulması konusunda ısrarın gerekli olduğunu ifade etmekte yarar vardır.

D. Yaptırım ve Muhakeme

Gürültüye neden olma suçu ile ilgili olarak kanunlarda cezai yaptırım olarak iki aydan iki yıla kadar hapis ya da adlî para cezası öngörülmektedir. Ceza süresinin iki aydan iki yıla kadar olması⁵⁴ nedeniyle gürültüye neden olma suçuna dair davalarda görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir. Ancak gürültüye neden olma suçunu daha önce de belirttiğimiz gibi tüzel kişiler de gerçekleştirebilecektir ki bu durumda Türk Ceza Kanunu'nda gürültüye neden olma suçunun tüzel kişiler tarafından işlenmesi hâlinde bir güvenlik tedbiri öngörülmemiştir. Bununla birlikte bu suç açısından bir yaptırım düzenlemesi önerildiği de dikkat çekmektedir⁵⁵.

Gürültüye neden olma suçuna dair yaptırımlarla ilgili olarak Kabahatler Kanunu incelendiğinde ise bu kanunda 36. madde bünyesinde suç işleyen tüzel kişi olması durumunda bile yaptırım belirlendiği görülmektedir ki bu yaptırım idarî para cezası olarak tespit edilmiştir.

Gürültüye neden olma suçuna dair yapılacak olan yargılamada hükme varılan ceza bir yıl ya da daha az süreli bir hapis cezası ise bu ceza kısa süreli hapis cezası olarak değerlendirilmektedir. Yargılama sonrasında kısa süreli hapis cezasına hükmedilmesi hâlinde bu cezanın Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesine göre seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkündür. Ancak gürültüye neden olma suçuna dair yapılan tanımda adlî para cezasıyla hapis cezası seçimlik olarak belirlendiği için hapis cezasına hükmedilmesi durumunda bu cezanın hüküm sonrasında adlî para cezasına çevrilmesi mümkün görülmemektedir. Buna ek olarak hapis cezası yönünde karar verilmesi durumunda bu cezanın ertelenmesi için bir engelden bahsedilmemektedir.

Türk hukuk sistemi içinde tüzel kişinin organ ya da temsilcileri tarafından gerçekleştirilen ve suç teşkil eden fiiller nedeniyle tüzel

⁵⁴ Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu -Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt IV., Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 5406.

⁵⁵ Aygörmöz – Uğurlubay, (*Çevreye Karşı Suçlar*), s. 471.

kişiliğe yaptırım uygulanması durumunda ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ihlal edilmiş ve tüzel kişinin bütün üyeleri cezalandırılmış olur. Bu bağlamda tüzel kişiliğin fiil ehliyeti bulunmamakla birlikte bu yapılarla ilgili yalnızca güvenlik tedbiri uygulanabileceği ifade edilebilir. Bu da gürültüye neden olma suçu ile ilgili olarak yaptırım uygulamalarının Türk Ceza Kanunu'nun 183. maddesine göre yapılamaması sonucunu doğurmaktadır.

Tüzel kişilerle ilgili uygulanabilecek güvenlik tedbirlerine Türk Ceza Kanunu'nun 60. maddesinde yer verilmiştir. İlgili madde kapsamındaki düzenlemeler Madde 60- (1) *“Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.*

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.”

şeklindedir.

Görüldüğü gibi madde kapsamında iki ayrı güvenlik tedbirine yer verilmiştir. Bu yaptırımlardan ilki özel hukuk tüzel kişisinin faaliyet izninin iptal edilmesidir. İkincisi ise işlenen suç fiilinden herhangi bir menfaat temin eden tüzel kişi ile ilgili olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasıdır.

IV. SONUÇ

Gürültü kavramı ile ilgili yasal düzenlemelerin geçmişi çok eskilere dayanmasa da gürültü kavramının geçmişinin kanunî düzenlemelere göre oldukça eskilere dayandığını söylememiz mümkündür.

Gürültü kavramının geçmişi eskilere dayansa da günümüze yaklaşıldıkça hem gündelik yaşamdaki gelişmeler hem de teknolojik

ilerlemelerle üretim faaliyetlerinin artışı ile gürültünün ve bu olgunun insan yaşantısı üzerindeki olumsuz etkileri de artış göstermektedir. Her geçen gün yaşandığını ifade edebileceğimiz bu artış, gürültü kavramının ortaya çıktığı dönemlerle bağlantılı olarak ele alınabilmekle birlikte gürültü konusuyla ilgili yasal düzenlemeler yapılmasını da zorunlu kılmaktadır.

Gürültüyle ilgili yasal düzenlemeler Türk hukuk sistemi incelendiğinde gürültüye neden olma suçunun öncelikli olarak Türk Ceza Kanunu'nun 183. maddesinde düzenlendiği görülmektedir ki bu da ilgili suça dair doğrudan olarak cezai yaptırım öngörüldüğünün göstergesidir. Yine bu suça ilgili yapılan düzenlemeler aracılığıyla korunmak istenen hukuki değer bireyler açısından anayasal haklar kapsamında değerlendirilen sağlıklı – dengeli bir çevrede yaşama ve özel hayatı ile aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir.

Gürültüye neden olma suçu ile önlenmek istenen temel husus ise gürültü kirliliği olarak bilinen ve günümüze gelindikçe artan kirlilik çeşididir. Bu bağlamda gürültü kirliliğinin önlenmesi hususunun yalnızca insana hizmet eden bir düzenleme olarak değerlendirilmesi eksik bir değerlendirme olacaktır. Nitekim gürültü sorunu yalnızca insanı rahatsız eden ya da insan sağlığını bozan bir sorun olmadığı için bu sorunla ilgili düzenlemeler diğer canlıları da korumaktadır.

Gürültüye neden olma suçu ile ilgili Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu gibi yasal metinlerde düzenlemeler yer alsa da bu düzenlemelerin tam anlamıyla kavramı karşılayan ve bu kavramdan doğabilecek sorunları önleyici nitelikte olmadığı kanaatindeyiz. Bunun temel sebebi ise gürültüye neden olma suçunun temel ögesi olan gürültü kavramına dair net bir tanımlama yapmanın mümkün olmamasıdır. Nitekim konu insan özelinde ele alındığında bir grup insanın veya bir kişinin rahatsız olduğu ve gürültü kabul ettiği sesin başkası ya da başkaları için gürültü olmaması muhtemeldir. Buna en basit örneklerden biri futbol maçları olarak verilebilir. Bu örnekte kişi stadyumda, kendi desteklediği takımın maçında o takımın taraftarlarının sesini zevkle dinleyebilirken karşı takımın taraftarlarının sesinden rahatsız olup bunu gürültü olarak değerlendirebilir. Bu konuda ses seviyesinin mi birey/bireylerin rahatsızlık düzeylerinin mi etkili olacağı hususunun tartışmaya açık olacağı kanaatindeyiz. Buna ek olarak sağlığın zarar görmesi konusu dikkate alınabilecek olsa da bunun zorunlu kabul edilmesi ise bireysel farklılıklara göre değişebileceği için konu her zaman

Haşim ÖZKURT

tartışmaya açık kalabilecektir. Bu husus bilirkişi aracılığıyla çözülecek bir konu olarak değerlendirilse de sağlık sorunlarının ortaya çıkmasının ardından yapılacak müdahale geç bir müdahale olarak kabul edilebilir. Bu açıdan gürültüyü önleme ile ilgili çalışmaların gürültünün ortaya çıkması öncesinde uygulanmasının daha önemli olduğunu söylememiz yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, ALŞAHİN, Mehmet Emin, ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- AYGÖRMEZ – UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan: Çevreye Karşı Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- BHANAP, Indraneel: “An Analysis of Roadway Noise At Residential Estates In Close Proximity to Expressways In Singapore.”, Noise and Health, 2013, s. 183 – 189.
- BOZKURT, Yavuz: Çevre Sorunları ve Politikaları, 5. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2018.
- CANSARAN, Demet: “Gürültü Kirliliği Düzeyini Belirlemeye Yönelik Bir Çalışma: Amasya Örneği”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 74, Sayı: 1, 2019, s. 89 – 108.
- Çevre ve Orman Bakanlığı, Türkiye Çevre Durum Raporu, Yayın No: 5, Ankara 2007.
- ÇOKADAR, Hulusi; Türkoğlu, Aziz; Gezer, Kudret: “Çevre Sorunları”, Çevre Bilimi, Ed. Mustafa Aydoğdu, Kudret Gezer, Anı Yayıncılık, Ankara 2009.
- GERÇEKER, Hasan: Türk Ceza Kanunu, Cilt: 3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.
- GEZGİN – KAYAN, Raşan Bengi: “Gürültüye Neden Olma/Gürültü Kirliliği”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 7, Ağustos, 2008, s. 111 – 120.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa: Yorumlu -Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt IV., Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- GÜLER, Çağatay; Çobanoğlu, Zakir: Gürültü, Aydoğdu Ofset, Ankara 1994.
- GÜNEŞ, Ahmet M.: Çevre Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Haşim ÖZKURT

- HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler–Topluma Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2016.
- KARAKURT – EREN, Ahu: “Türk Ceza Kanunu’nda Gürültüye Neden Olma Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 30, 55 – 120, Eylül – Ekim 2017.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, M. Nihat, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bs. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- ÖZCAN, Onur: “Türk Hukukunda Çevre Suçları”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Cilt I, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem: Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- KELEŞ Ruşen, ERTAN Birol: Çevre Hukukuna Giriş, İmge Kitabevi, Ankara 2002.
- SOKULLU – AKINCI, Füsün: “Gürültü Kirliliği ve Yeni Türk Ceza Mevzuatı”, Güncel Hukuk Dergisi, Sayı: 23, Kasım 2005, s. 48 – 49.
- TAŞKIN, Ozan Ercan: “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı 1, Haziran 2015, s. 119 – 166.
- TOROSLU, Nevzat; Toroslu, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- YAŞAR, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa: Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.IV, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- YILMAZ, Murat: Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.
- YILMAZ, Sacit: Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

YOKUŞ – Sevük, Handan: “Gürültüye Neden Olma Suçu (TCK m.183)”,
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları
Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, İstanbul 2013.

<https://sozluk.gov.tr>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.uyap.gov.tr>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://lib.kazanci.com.tr/>.

DOLANDIRICILIK SUÇUNUN KİŞİNİN KENDİSİNİ POLİS, HAKİM VEYA SAVCI OLARAK TANITMASI SURETİYLE İŞLENMESİ

Özlem ALKAN*

ÖZ

Malvarlığına karşı suçlar arasında modern bir düzenleme olarak ifade edilen dolandırıcılık suçu, failin hileli hareketleri neticesinde elde ettiği haksız kazancın engellenmesine yönelik bir düzenlemedir. Bu suç tipinde hileli hareketlerin nasıl meydana geleceğine ilişkin tartışmalar arasında Türk öğretisinde de ön plana çıkan teori, hile unsuruna nesnelci bir bakış açısıyla yaklaşan sahneye koyma teorisidir. Pek çok nitelikli hali bulunan dolandırıcılık suçunun kişinin kendisini bir kamu otoritesi yerine koymak suretiyle işlenmesi halinde madde metninde bulunmamasına rağmen uygulamadan doğan ve sahneye koyma teorisinin kriterleri olarak bilinen nitelikli yalan ve mağdurun denetleme olanağının ortadan kaldırılması şartlarının yerine getirilmesi aranmaktadır. Bu nedenle çalışma kapsamında suçun daha ağır cezayı gerektiren hallerinden biri olan ve TCK m.158/1(1) bendinde yer alan, kişinin kendisini polis, hakim veya savcı olarak tanıtması suretiyle işlenmesi hali, sahneye koyma teorisinin esaslarının daha iyi anlaşılabilmesi adına Yargıtay içtihatları doğrultusunda değerlendirilecektir.

* Arş. Gör., Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Ceza Adaleti Anabilim Dalı, E-mail: ozlem.alkan@pa.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4657-761X.

Makalenin Gönderim Tarihi : 19.09.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 11.06.2023.

Anahtar Kelimeler: Dolandırıcılık suçu, hile, sahneye koyma teorisi, nitelikli yalan, denetleme olanağının ortadan kaldırılması.

COMMITTING FRAUD BY PRESENTING ONESELF AS A POLICE OFFICER, JUDGE OR PROSECUTOR

ABSTRACT

The crime of fraud, which is expressed as a modern provision among crimes against property, is a regulation aimed at preventing the unlawful profit obtained by the perpetrator as a result of his fraudulent actions. Among the debates about how fraudulent acts will occur in this type of crime, the theory that comes to the fore in Turkish doctrine is the staging theory, which approaches the element of fraud from an objectivist perspective. If this type of crime, which has many qualified forms, is committed by putting the person in the place of a public authority, conditions not found in the text of the article are sought. These conditions are the criteria of the staging theory, which are the criteria of qualified lying and the elimination of the scrutiny possibility of the victim. For this reason, within the scope of the study, the case that the crime is committed by introducing himself as a policeman, judge or prosecutor, which is included in the article 158/1(l) of the Turkish Criminal Code, which requires severe penalty, will be evaluated in line with the case law of the Supreme Court in order to understand the principles of the staging theory.

Keywords: Crime of fraud, the deceit, staging theory, qualified lie, elimination of the scrutiny possibility.

I. GİRİŞ

Günümüzde dolandırıcılık suçu toplumda bulunması beklenen sosyal menfaatin giderek artan bir oranda ihlal edilmesine yol açmaktadır. Bu yöndeki ihlali hareketler dolandırıcılık suçu açısından hileli davranışların kişileri aldatması neticesinde gerçekleştirilmektedir. Modern anlamda oldukça yakın sayılabilecek bir geçmişte olan bu suç tipinin malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında hatırı sayılır bir yeri bulunmaktadır. Çünkü 19. Yüzyıl'ın eseri olan dolandırıcılık suç tipi, hileli davranışların nasıl meydana getirileceği söz konusu olduğunda failin yaratıcılığına bağlı sınırsız bir hareket alanına sahiptir. Bu nedenle öğretilerde, dolandırıcılığa yol açan haksız menfaat elde etmeye yönelik eylemlerin sınırlandırılmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Özellikle hile

unsurunun dolandırıcılık suç tipi açısından ne anlama geldiğinin belirlenmesine yönelik teorik çalışmalar arasında Türk öğretisinde de önemli bir yer tutan sahneye koyma teorisi ön plana çıkmaktadır.

Bu çalışma kapsamında dolandırıcılık suçunun kişinin kendisini polis, hakim veya savcı olarak tanıtmayı suretiyle gerçekleştirilmesi ele alınacaktır. Bu gayeyle ilk olarak dolandırıcılık suçunun tanımı, bu suçla korunan hukuki değer ve suçun unsurları aktararak suça ilişkin genel bir çerçeve çizilecektir. Daha sonra ise TCK m.158/1(l) bendinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık halinin yalnızca failin kendisini bir kamu otoritesi olarak tanıtmayı suretiyle işlenmesinin Yargıtay tarafından uygulamada hangi esaslar dikkate alınarak belirlendiği incelenecektir. İlgili bent kapsamında 765 sayılı TCK döneminden itibaren uygulamasına devam edilen sahneye koyma teorisine ait “nitelikli yalan” ve “mağdurun denetleme olanağının ortadan kaldırılması” kriterleri Yargıtay kararları ışığında değerlendirilecektir.

II. DOLANDIRICILIK SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ikinci kitabının ikinci kısmında malvarlığına karşı suçlar arasında yer alan dolandırıcılık suç, malvarlığına yönelik diğer suç tiplerine nazaran çok daha çağdaş bir düzenlemedir. Esasında ilk olarak 1791 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda kendisine müstakil olarak yer bulan ve aynı ülkenin 1810 tarihli Ceza Kanunu m. 405'te malvarlığında değişiklik meydana getiren bir suç olarak tespit edilen bu suç, gerek ekonomik gerekse ticari dünyada 19. Yüzyıl'dan itibaren yaşanan değişimin etkisiyle bağımsız bir nitelik kazanmıştır¹.

¹ SELÇUK, Sami: Dolandırıcılık, Yasa Yayınları, İstanbul, 1982, s.46; EKİCİ ŞAHİN: Meral, Dolandırıcılık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.27; SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, Savaş Yayınevi, Ankara, 1995, s.329-330; TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.589. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu çağdaş anlamda dolandırıcılık suçunu tanımlayan ilk kanun metnidir. Bu kanun hile kavramını ceza hukuku açısından sınırlandırarak ilk düzenlemede yer alan belirsizlikleri gidermeyi başarmıştır. SELÇUK, s.46-47.

Her ne kadar 19. Yüzyıl hukuk düzeninin eseri olsa da dolandırıcılık suçu bağımsız bir suç tipi olmamak kaydıyla Roma Hukuku döneminden bu yana varlık göstermiştir². Dolandırıcılık, ilk dönemler hırsızlık (furtum) ve sahtekarlık (falsum) suçları arasında bu suçların bir unsuru gibi değerlendirilmekte iken daha sonra stellionatus kavramı ile hileli hareketlerin cezalandırıldığı bir düzenleme oluşturulmuştur³. Ancak bu düzenleme uygulamada geliştirilen bir suç tipi olarak gerek kanuni dayanaktan yoksunluğu gerekse hile kavramına getirdiği geniş tanımlama sebebiyle dolandırıcılık suçunun bağımsız bir suç tipine bürünmesine yetmemiştir⁴. Takip eden yıllarda dolandırıcılığın malvarlığına ilişkin suç tiplerinden farklı kıstaslarını ortaya koyma çalışmaları söz konusu olsa da suçun müstakil bir varlık göstermesi 19. Yüzyıl'a kadar mümkün olmamıştır⁵.

Dolandırıcılık suçu kişilerin malvarlığı değerlerine yönelen haksız hareketlerinin önlenmesi adına düzenlenmiş bir suç tipidir. Failin hileli davranışlarla kişiyi aldatması esasına dayanan bu suç tipinde, aldanan mağdur sakatlanan iradesi neticesinde kendisinin ya da bir başkasının malvarlığına yönelik tasarrufta bulunarak failin ya da üçüncü bir kişinin yarar elde etmesine neden olmaktadır. Öğretide aldatarak hırsızlık⁶ olarak da isimlendirilen dolandırıcılık suçu, malvarlığına yönelik diğer suç tiplerinden mağdurun eylemi sebebiyle ayrı bir özellik

² Roma Hukuku'nda 2. Yüzyıl'dan itibaren hırsızlığın nitelikli bir hali olarak mal veya para torbalarının doldurulup boşaltılması esnasında hile yapılması durumunda fail hakkında ölüm, sürgün veya ağır işlerde çalıştırma cezaları tatbik edilmiştir. TÜRKÖĞLU, Halide Gökçe: Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.29, dp.22.

³ DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.384; KANIK, Tahir: Dolandırıcılık Cürmü, Adalet Dergisi, S. 3-4, 1963, s.338-339; ÖNDER, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, Ankara, 1994, s.363; ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.664; SELÇUK, s.36-38; TEZCAN ve diğerleri, s.589.

⁴ SELÇUK, s.38; EKİCİ ŞAHİN, s.29.

⁵ SOYASLAN, *Cilt I*, s.329-330; ÖNDER, s.363; SELÇUK, s.39-45; Ayrıca detaylı bilgi için bkz. EKİCİ ŞAHİN, s.27-35.

⁶ YAZICIOĞLU, R. Yılmaz: Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s.777, dp.76.

göstermektedir. Bu suç tipinde failin tek başına hareket etme kabiliyeti bulunmamakta, aksine mağdurun kendisine ya da bir başkasına ait malvarlığı üzerinde bizzat mağdur tarafından bir tasarrufta bulunularak mağdura ya da başkasına yönelik zararın ve faile ya da başkasına yönelik yararın meydana gelmesine yol açılmaktadır⁷.

Çalışmanın ilk bölümünde dolandırıcılık kavramı aktarıldıktan sonra kanun koyucunun düzenleme kapsamında koruduğu hukuki değer ne olduğu üzerinde durulacak ve dolandırıcılık suçuna ait unsurlar genel olarak incelenecektir.

A. Dolandırıcılık Kavramı

Genel manada aldatma amacıyla gerçekleştirilen kasıtlı eylemler⁸ olarak tanımlanan dolandırıcılık kavramı hile, düzen, aldatma anlamlarına gelen “*dolan*” kelime kökeninden türemiştir⁹. Güncel Türkçe Sözlük’te ise “*dolandırıcı olma durumu*”, “*ayyarlık*” ve “*dolandırıcının yaptığı iş*” olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Nispeten yeni bir suç tipi olan dolandırıcılık suçu Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na konu olan bir kararda “*dolandırıcılık suçu kaynağını hırsızlıktan alan, ticaret ve sanayideki çağdaş ve aynı zamanda küresel, karmaşık ekonomik ilişkilerin ortaya çıkardığı bir suç tipidir*” şeklinde ifade edilmiştir¹¹.

TCK m. 157’de dolandırıcılık suçunun temel hali şu şekilde düzenlenmektedir: “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan*

⁷ ARTUK, M. Emin/ KOÇYİĞİT, Halime Ebru: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Rüşvet Suçunun Benzer Suçlardan Ayrımı, Terazi Hukuk Dergisi, C. 10, S. 106, 2015, s.23; SOYASLAN, Cilt I, s.327-328.

⁸ <https://www.egm.gov.tr/dolandiricilik>, Erişim: 11.04.2022.

⁹ EKER KAZANCI, Behiye/ ZEYREK, İlker: TCK’da Dolandırıcılık Suçu, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s.518.

¹⁰ TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim: 11.04.2022.

¹¹ YCGK, 24.11.1998, E. 1998/6-280, K. 1998/359; aktaran: ARTUK ve diğerleri, s.664; “*Fertler arasında, ekonomik münasebetlerin tesisinde karşılıklı itimadın korunması hususundaki sosyal menfaat dolandırıcılığın suç sayılması sebeplerinin başında gelir.*” EREM, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt IV, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993, s.640.

kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir.”

Ceza hukuku açısından neticesi mağdurun ya da başkasının malvarlığına yönelik bir zarara yol açmak olan dolandırıcılık suçunun kişiyi aldatmaya yönelik hileli hareketlerin yapılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu suç tipindeki hileli hareketlerin varlığı, gizlilik içerisinde ve mağdurun rızası bulunmaksızın gerçekleştirilen çalma ya da aşırma eylemlerinin aksine dolanlı araçlarla mağdurun rızasının sakatlanmasını amaçlamaktadır. Nitekim *Selçuk* dolandırıcılık eylemini “*dolandırıcılık alanına girmek demek, kaba ve hoyratça işlenen bir suçtan, ince bir ustalık ve kurnazlıkla işlenip kotarılan bir suç çevrimine geçmek demektir*” şeklinde ifade etmiştir¹².

B. Dolandırıcılık Suçu ile Korunan Hukuki Değer

Suçların ceza kanununu ihlal eden beşeri davranışlar olduğu göz önünde bulundurulduğunda, gerçekleştirilen fiilin bir değeri ya da menfaati ihlal etmesi gerektiği anlaşılmaktadır¹³. Ceza normlarıyla korunan bu hak ve çıkarlar ise suçun hukuki değerini belirtmektedir¹⁴. Gerek Kanun’da yer alan düzenleniş şeklinde gerekse madde gerekçesinde belirtildiği üzere dolandırıcılık suçunda korunan hukuki değer kişilerin malvarlığı değerleridir. Bu nedenle kanun koyucunun bu suçla birlikte korumaya çalıştığı hususun kişilerin malvarlığı değerleri olduğu ifade edilmektedir¹⁵.

¹² SELÇUK, Sami: Dolandırıcılık Cürmünü Hırsızlık ve İnanıcı Kötüye Kullanma Cürümlerinden Ayıran Ölçütler, Yargıtay Dergisi, C. 6, S. 4, 1980, s.469.

¹³ HAFIZOĞULLARI, Zeki/ GÜNGÖR, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi, TBB Dergisi, S. 69, 2007, s.22-23.

¹⁴ CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.236.

¹⁵ MERAN, Necati: Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.89; ÖZBEK, Veli Özer: Ekonomi Ceza Hukuku, İkinci Kitap: Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.167; ÖNDER, 364. Dolandırıcılık suçunun yalnızca malvarlığına karşı işlenebilen bir suç olduğu görüşü Alman öğretisindeki monist yaklaşımın bir sonucudur. EKİCİ ŞAHİN, s.76. Nitekim Alman öğretisindeki baskın görüş bu suç tipinde aldatmaya yönelik her hareketi değerlendirmeye almayıp yalnızca malvarlığına zarar verebilecek nitelikteki hileli

Bir diğer görüşe göre dolandırıcılık suçu gerçekleştiği takdirde birden çok hukuki varlık adına ihlal meydana gelmektedir¹⁶. Bu durumun sebebi malvarlığına karşı işlenen suçların kimilerinde etkin öznenin tek yanlı eylemiyle suç gerçekleştirilirken kimilerinde ise gerek kullanılan araçlar gerekse yapılan hareket sebebiyle etkin ve edilgen öznelere işbirliğine ihtiyaç duyulmasıdır¹⁷. Dolandırıcılık suçu da failin hileli eylemleri sebebiyle mağdurda oluşan sakatlanmış irade etkisiyle malvarlığı üzerinde işlem yapılmasını sağlayarak fail ile mağdur arasında bir nevi işbirliği neticesinde meydana gelmektedir. Böylece mağdurun iyi niyetini sömüren, irade serbestisini gölgeleyen ve kişinin güvenini istismar eden bir suç tipi olduğu gerekçesiyle dolandırıcılık suçunda malvarlığının yanı sıra irade özgürlüğü ile dürüst işlem yapma ve güven ilkelerinin de tali nitelikte korunan hukuki değerler olduğu öne sürülmektedir¹⁸.

-
- davranışları dolandırıcılık kapsamında değerlendirmektedir. KILIÇARSLAN İSFEN, Sibel: Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma, Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü, C. 9, S. 9, 2015, s.81.
- ¹⁶ Birden çok hukuki konulu suçlar çok ihlali suçlar olarak tanımlanmaktadır. Her normun tek bir varlık veya menfaati koruması kural olduğundan ve bu tür suçlarda birden çok konu bulunduğundan, bunlar bir bakıma atipik suçlar olarak kabul edilmektedirler. Böyle suçlar yağma gibi farklı suçların birleşmesiyle meydana gelebilecek bileşik suçlar olabileceği gibi dolandırıcılık gibi yalın suçlar da olabilirler. SELÇUK, Dolandırıcılık, s.68-69.
- ¹⁷ SELÇUK, Dolandırıcılık, s.71.
- ¹⁸ TÜMERKAN, Somay: Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Kaşidesi Fiilleri), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987, s.19; ÖZGENÇ, İzzet: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.16; KAMIŞLI, Gani: Yargıtay Kararları Çerçevesinde Dolandırıcılık Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.22; KANGAL, Zeynel Temel: Dolandırıcılık, Özel Ceza Hukuku, Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.252; ÖZBEK, s.167; EKİCİ ŞAHİN, s.74; ÖNDER, s. 364-365. Esasında dolandırıcılık suçunun rıza özgürlüğüne yönelik bir suç olarak düzenlendiği görüşü Fransız öğretisinde ön plana çıkmaktadır. Öyle ki Fransız Yüksek Mahkemesi'nin bazı kararlarında hiçbir maddi zarar doğurmayan hallerde dahi hileye başvurulmasının dolandırıcılık kapsamında değerlendirildiği belirtilmektedir. SELÇUK, *Dolandırıcılık*, s.71-73.

Türk öğretisinde ise dolandırıcılık suçunun Yargıtay'ın eski tarihli kararları göz önünde bulundurulduğunda irade özgürlüğünü ihlal eden bir suç olduğuna ilişkin doğrudan ifadelere rastlanmadığı halde¹⁹ yakın zamanda suça ilişkin yargılama konusu yapılan pek çok kararda suçun çok ihlalli bir suç tipi olduğu belirtilmektedir²⁰. Nitekim TCK m.157'nin gerekçesinde de dolandırıcılık suçunun aldatıcı nitelikteki hareketlerle kişiler arasında bulunması gereken iyi niyet ve güvenin ihlaline sebep olduğu yer almaktadır.

C. Dolandırıcılık Suçuna İlişkin Genel Esaslar

Dolandırıcılık suçunun faili²¹ ve mağduru²² her gerçek kişi olabilir²³. Ancak hileli davranışlarla aldatılıp da malvarlığı üzerinde tasarruf yapan ile malvarlığı yönünden zarara uğrayanın aynı kişi olması zorunlu değildir. Böyle bir durumda hileli hareketlere muhatap olarak sakat iradeyle tasarrufta bulunan kimse mağdur, malvarlığı yönünden

¹⁹ SELÇUK, Dolandırıcılık, s.75.

²⁰ “Dolandırıcılık salt mal varlığına karşı işlenen bir suç değildir. Mal varlığının yanı sıra irade ve karar verme özgürlüğünü korumaya yönelik bir suçtur...” Y. 6 CD, 04.12.2018, E. 2018/3052, K. 2018/7548. Benzer kararlar için bkz: Y. 6. CD, E. 2013/31228, K. 2016/4791, YCGK, 19.02.2013 tarih, E. 2012/15-1379, K. 2013/60, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim: 20.04.2022.

²¹ Dolandırıcılık suçu özgü bir suç değildir ve kural olarak suçun faili herkes olabilir. Ancak bazı nitelikli haller söz konusu olduğunda suçun görünüşte özgü suç olduğuna ve failin belirli nitelikleri haiz olması gerektiğine dikkat edilmelidir (Örn: TCK m.158/1-i).

²² Gerçek kişi olması gereken mağdurun zayıf da olsa algılama yeteneğinin bulunması şarttır. Algılama yeteneği bulunmayan kimselerin aldatılması söz konusu olmayacak ve bu durumda dış dünyada meydana getirilen hareket somut olayın şartlarına göre hırsızlık ya da yağma kapsamında değerlendirilecektir. ARTUK ve diğerleri, s.771; KAMIŞLI, s.26-27. Tüzel kişiler ise bu suç kapsamında zarar gören olarak değerlendirilecektir.

²³ HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s.407; ARSLAN, Göksel: Örneklerle Uygulamada Dolandırıcılık, Hırsızlık ve Mala Zarar Verme Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.18; ARTUK ve diğerleri, s.669; KANGAL, s.253; MERAN, s.89; ÖZBEK, s.168-169.

zarara uğrayan ise zarar gören olacaktır²⁴. Üç ayrı süjenin bulunduğu bu tür dolandırıcılıklar öğretide üçgen dolandırıcılık olarak adlandırılmaktadır²⁵. Dolandırıcılık suçunun konusu kişilerin malvarlığı değerleridir²⁶. Türk öğretisinde ceza hukuku alanında kabul edilen malvarlığı kavramı, bağımsız ve genişletilmiş malvarlığı teorisi²⁷ kapsamında değerlendirildiğinden suçun mutlaka maddi bir konusunun bulunması aranmamaktadır²⁸.

Dolandırıcılık suçunun hareket unsuru hileli davranışlarla bir kişinin aldatılmasıdır²⁹. Aldatmak kısaca bir şeyin niteliği bakımından yanlış bir kaniya sebep olmak, yalan söylemek ve yanıltmak olarak tanımlanmaktadır³⁰. Aldatmanın hileli davranışlarla gerçekleştirilmesi

²⁴ Ancak bu durum öğretide, korunan hukuki değer göz önünde bulundurulduğunda eleştiriye uğramaktadır. Suçun Kanun'un sistematığı gereği malvarlığına yönelik suçlar arasında düzenlenmiş olmasına rağmen malvarlığı yönünden zarara uğrayan kişinin mağdur olarak nitelendirilmemesi dolandırıcılıkta maddi unsurlardan mağdurun belirlenmesi, uzlaştırma, etkin pişmanlık, şikayet gibi kurumlar söz konusu olduğunda süjelerin tespit edilmesinde belirsizliğe yol açmaktadır. EKİCİ ŞAHİN, s.157-166; TEZCAN ve diğerleri, s.590; AYDIN, Devrim: Dolandırıcılık Suçu, Hacettepe HFD, C. 11, S. 2, 2021, s.657.

²⁵ EKİCİ ŞAHİN, s.279-281. Örneğin TCK m.158/1-e gereği dolandırıcılık suçunun kamu kurum ve kuruluşlarının zararına işlenmesi söz konusu olduğunda üçgen dolandırıcılık bulunmaktadır.

²⁶ Selçuk, dolandırıcılık suçunda malvarlığının yanı sıra hilenin esasen insan kişiliğinin ihlali olduğunu belirten görüşleri destekleyerek hile ile aldatılan mağdurun kendisinin de suçun konusunu oluşturduğunu iddia etmektedir. SELÇUK, Dolandırıcılık, s.77-78.

²⁷ Bağımsız ve genişletilmiş malvarlığı teorisine göre yalnızca objektif olarak parayla ölçülebilen varlıklar değil manevi değeri olan eşyalar da malvarlığı kavramı içerisine dahil edilmektedir. SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.428; EKİCİ ŞAHİN, s.110. Bu teorideki temel ölçüt malvarlığına dahil olan unsurların hukuka aykırı olmayan hukuk temelli varlıklar olmasıdır. EKİCİ ŞAHİN, s.111.

²⁸ Teori malvarlığı kavramını oldukça geniş bir bakış açısıyla ele aldığından, kişinin geleceğe ilişkin kazanç beklentileri, şahsi hizmetleri ya da alacakları suçun maddi olmayan konusunu oluşturmaktadır. EKİCİ ŞAHİN, s.111; SELÇUK, Dolandırıcılık, s.31-32.

²⁹ EKİCİ ŞAHİN, s.185.

³⁰ TDK Güncel Türkçe Sözlük, Erişim: <https://sozluk.gov.tr/>, 15.04.2022.

gerekliliği suçun bağlı ve tek hareketli olduğunu ortaya koymaktadır³¹. Hile ise Sözlük'te "*birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, ayak oyunu, alavere dalavere, desise, entrika*"³² olarak belirtilmekte iken Yargıtay tarafından "*kişiyi aldatma yoluyla hataya düşürmek*" şeklinde açıklanmaktadır³³.

Dolandırıcılık icrai olarak işlenebilen bir suçtur³⁴. Hileli davranışlar ile aldatma arasında nedensellik ilişkisi bulunmalıdır. Ayrıca bu aldatma neticesinde iradesi sakatlanmış mağdur malvarlığı üzerinde tasarruf işlemi bulunmalı ve bu işlem mağdurun ya da üzerinde tasarruf işlemi bulunduğu malvarlığı sahibinin zarara uğramasına ve böylece failin ya da üçüncü bir kimsenin yarar elde etmesine olanak sağlamalıdır. Meydana getirilen işlemin zarara yol açtığı açıkça düzenlenmiş olduğundan dolandırıcılık suçu neticesi itibariyle somut bir

³¹ SELÇUK, Dolandırıcılık, s.106; Ekici Şahin, s.186-187. Bu görüşün aksine öğretilerde dolandırıcılık suçunda hilenin ne şekilde gerçekleştirileceğinin belirtilmemesi sebebiyle hareketin serbest ve çok hareketli olduğu da savunulmaktadır. KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.647; MAVİŞ, Volkan: Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 1, 2015, s.603; ARTUK ve diğerleri, s.673.

³² TDK Güncel Türkçe Sözlük, Erişim: <https://sozluk.gov.tr/>, 15.04.2022.

³³ "*Hile failin gerektiğinde bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesidir.*" YCGK, 26.06.2012 tarih, E. 2011/15-420, K. 2012/249, aktaran: EKİCİ ŞAHİN, s.193-194.

³⁴ Kanun'un gerekçesinde dolandırıcılık suçunun ihmali hareketlerle de gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir. Buradaki ihmali failin aydınlatma yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi neticesinde garantörsel ihmali suçlar olarak arasında yer almaktadır. Ancak Kanun'un gerekçesi maddeye dahil olmadığından ve ayrıca garantörsel ihmali suçların kanun koyucu tarafından yalnızca üç suç tipinde düzenlenmiş bulunmasından ötürü (TCK m.83, m.88 ve m.94/5) suçun ihmali davranışlarla meydana getirilmesi halinde cezalandırılması kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt I, 4. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.508; OKUYUCU ERGÜN, Güneş, "*Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı*", İnÜHFD, C. 12, S. 1, 2021, s.307-310. Detaylı bilgi için bkz: EKİCİ ŞAHİN, s.245-269.

zarar suçu olma özelliği göstermektedir³⁵. Dolandırıcılık suçunun taksirle işlenmesi söz konusu değildir. Failin suçun maddi unsurlarının tamamını bilmesi gerekmektedir³⁶. Suçun meydana gelme şekli göz önünde bulundurulduğunda her ne kadar mağdurun iradi eylemi söz konusu olsa da yapılan tasarruf sakat bir iradenin sonucunda meydana geldiğinden ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi bu suç tipinde öne sürülemeyecektir³⁷.

III. DOLANDIRICILIK SUÇUNDA FAİLİN KENDİSİNİ POLİS, HAKİM VEYA SAVCI OLARAK TANITMASI

Cumhuriyet döneminde 1926 tarihli ve 765 sayılı TCK'da temel hali m. 503'te ve nitelikli halleri m.504'te yer alan dolandırıcılık suçu, kişileri kandıracak mahiyetteki davranışlarla mağdurun hulus ve saffetinden yararlanmak suretiyle meydana getirilerek menfaat sağlanması şeklinde ifade edilmiştir. Bu davranışların hileler ve sanialar yoluyla gerçekleştirilmesini ifade eden düzenleme kavramlara ilişkin bir tanımlama yapmamıştır. Öğretide nitelikli aldatma şeklinde ifade edilen hile ve sania bir görüşe göre; olay hakkında yapılan açıklamaların doğruluk payını kuvvetlendirerek kişinin konu hakkında incelemelerde bulunma iradesini etkisiz bırakan birtakım dış hareketlerin var olması ve böylece başkasının zihninde hata meydana getirmek suretiyle kişiyi aldatmak olarak açıklanmıştır³⁸. Dolandırıcılık suçunda fail tarafından

³⁵ KANIK, s.346; EKİCİ ŞAHİN, s.112.

³⁶ KAMIŞLI, s.16; ÖNDER, s.384-385; SELÇUK, *Dolandırıcılık*, s.145. Dolandırıcılık suçu doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir. Ancak suçun nitelikli hallerinin düzenlendiği bazı durumlarda failin özel maksadı arandığından, belirli bir amacın gerçekleşmesinin arandığı bu hallerde dolandırıcılık suçunun yalnızca doğrudan kastla işlenmesi söz konusudur. KANGAL, s.265-266; EKİCİ ŞAHİN, s.343-347; ARTUK ve diğerleri, s.677.

³⁷ EREM, Faruk: *Ceza Hukuku Hususi Hükümler*, Cilt 2, Ajans – Türk Matbaacılık Sanayii, Ankara, 1968, s.451; EKİCİ ŞAHİN, s.348-350; KANGAL, s.266; ARTUK ve diğerleri, s.692.

³⁸ DÖNMEZER, 12. Bası, s.388. Ancak bu düzenleme kanunilik prensibine aykırı oyduğu gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır. DÖNMEZER, 12. Bası, s.389, dp.13. “*Saniadan maksat maddi nitelikteki fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmek halinde kullanılan aldatıcı vasıta. Hile ise maddi olmayan vasıtalar kullanılarak mağdurun hataya düşürülmesidir.*” Y. 10. CD, 11.12.1991, 1044/711, aktaran, ÖZGENÇ, s.16.

gerçekleştirilen hareketlerin sahneye koyma (mise en scene) teorisine uygun şekilde yerine getirilmesine yönelik ilk düzenleme hile ve sania kavramlarıyla karşılanmıştır. Diğer taraftan 765 sayılı TCK m.363'te düzenlenen ticari işlemlere yönelik soyut yalanın başlı başına ayrı bir yaptırıma tabi olması dolandırıcılık suçunda kişiyi kandırmaya yönelik hile ve saniaların bir arada bulunması zorunluluğuna işaret etmektedir³⁹.

21.11.1990 tarihli ve 3679 sayılı Kanun m.25'te dolandırıcılık suçuna ilişkin bir takım değişikliklere gidilmiştir. Eski düzenlemede kişilerin hulus ve saffetinden yararlanarak suçun işlenebilecek olması hususu yalnızca iyi niyetli ve saf insanların bulunduğu gerekçesiyle yeni metinde yer almamış, ayrıca sania ifadesinin yerine desise ifadesi getirilerek dolandırıcılığın bir kişiyi kandırabilecek niteliğe sahip hile ve desiseler vasıtasıyla hataya düşürmeye elverişli hareketlerle gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir. Esasen gerek sania gerekse desise kavramları maddi hareketlerle kişiyi aldatmaya yönelik iken öğretilerdeki bir görüşe göre desise kavramının sania kavramının aksine sahneye koyma derecesine ulaşmak zorunda olmadığı belirtilmiştir⁴⁰.

26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK'da ise dolandırıcılık suçu yeniden formüle edilerek üç ayrı maddede düzenlenmiştir. Suçun temel hali olan m.157'de hileli hareketlerle bir kişinin aldatılması unsuruna yer verilerek önceki düzenlemelerde yer alan sania ve desise ifadeleri tercih edilmemiştir. Bu husus kanaatimizce hileli hareketlerin kapsamını genişletmesi açısından suçla mücadelede daha geniş bir çerçeve sunmasının yanı sıra hileli hareketlere ilişkin esaslar açıklığa kavuşturulmadığı için belirlilik ilkesine gölge düşürmektedir. Suçun nitelikli hallerinin düzenlendiği TCK m.158 ve m.159 ise sırasıyla 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun, 03.04.2013 tarihli 6456 sayılı Kanun ve 24.11.2016 tarihli 6763 sayılı Kanun değişiklikleri ile toplamda üç ayrı kez değişikliğe uğrayarak günümüze ulaşmıştır.

³⁹ 765 sayılı ETCK m.363/1: "Bir kimse ticaret yaptığı sırada müşterisine bir şey yerine aynı şey olmak üzere diğer bir şey veya menşe ve evsafi ve miktarı beyan veya mukaveleye aykırı olarak bir şey verirse altı aydan bir yıla kadar hapis ve onbin liradan ellibin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur."

⁴⁰ ÖNDER, s.368.

Çalışmamızın kapsamı 6763 sayılı Kanun⁴¹ m.14'te yapılan değişiklik neticesinde TCK m.158/1-1 bendinde düzenlendiği üzere kişinin kendisini polis, hakim veya savcı olarak tanıtmayı suretiyle işlenmesi nitelikli halidir. Bu bölümde ilgili düzenlemenin ne olduğu ve kanun koyucunun düzenlemeye duyduğu ihtiyacın gerekçeleri ele alındıktan sonra, dolandırıcılık suçunun kişinin kendisini polis, hakim veya savcı yerine koymak suretiyle işlenmesi halinde suçun hareket unsurunda Yargıtay'ın bulunmasını aradığı koşullar sahneye koyma teorisi çerçevesinde incelenecektir.

A. Dolandırıcılık Suçunun Kişinin Kendisini Polis, Hakim veya Savcı Olarak Tanıtmak Suretiyle İşlenmesi Halinin Kapsamı

TCK m.158/1-1 bendindeki ifadenin tam halinde dolandırıcılık suçunun *“kişinin, kendisini kamu görevlisi veya banka, sigorta ya da kredi kurumlarının çalışanı olarak tanıtmayı veya bu kurum ve kuruluşlarla ilişkili olduğunu söylemesi suretiyle”* işlenmesi düzenlenmektedir. Bu düzenleme failin kendisini ya kamu görevlisi ya da banka, sigorta veya kredi kurumlarının çalışanı olarak tanıtmayı veya failin banka, sigorta veya kredi kurumlarıyla ilişkili olduğunu söylemesi suretiyle gerçekleşmektedir. İlgili bent gereği suçun farklı şekillerde gerçekleştirilmesi mümkündür. Ancak çalışmamızın sınırlılığı göz önünde bulundurularak failin kendisini kamu görevlisi olarak tanıtmayı unsurdan uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve düzenlemenin gerekçesinde de konu edilen dolandırıcılık suçunun kişinin kendisini polis, hakim veya savcı olarak tanıtmayı suretiyle işlenmesi haline odaklanılacaktır⁴².

⁴¹ Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 02.12.2016, S. 29906.

⁴² İlgili bendin düzenlendiği tarihten önce kişinin kendisini polis, hakim veya savcı olarak tanıtmayı şeklinde işlediği dolandırıcılık suçu TCK m.157/1 kapsamında basit dolandırıcılık olarak değerlendirilmekteydi. *“Katılanı arayan bir erkek şahsın kendisini polis olarak tanıtır katılanın banka hesabından terör örgütüne para aktarıldığını söyleyerek hesabında bulunan parayı vermiş oldukları hesaba yatırmasını istediği katılanın sanığın hesabına 27.000 TL gönderdiği, sanığın bu parayı hesabından çekerek dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda; katılanın beyanı, sanığın tevil yollu ikrarı, olay tutanakları, güvenlik kamerası kayıtları, banka dekontları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde;*

Dolandırıcılık suçunun temel halinde hilenin ne şekilde gerçekleştirileceği ifade edilmediği halde, bu düzenlemede failin hile unsurunu nasıl meydana getireceği açıkça belirtilmektedir. Diğer bir deyişle, kanun koyucu hile vasıtasının bir takım sıfatlar kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Burada yer alan vasıta muhatabında güven uyandıran ve böylece suçun işlenmesini kolaylaştıran bir neden olarak dikkate alınmaktadır⁴³. Bu durum failin farklı bir kimlikle temasa geçtiği mağdur üzerinde güven ilişkisi kurarak otorite sahtekarlığında bulunması şeklinde meydana gelmektedir. Yöntem çoğunlukla mağdurla telefon vasıtasıyla iletişim kurulması şeklinde gerçekleştirilmektedir. Nitekim kanun koyucu da bu hususa dikkat çekerek, düzenlemenin gerekçesinde, telefon yoluyla iletişim kurulan mağdurların görüşmeler esnasında denetim imkanının kısıtlandığını belirtmiştir⁴⁴. Bu nitelikli halde fail kendisine kamu otoritesi süsü vermek suretiyle mağduru ikna ederek haksız kazanç elde etmektedir⁴⁵. Suçun tamamlanma amacı ise haksız menfaatin elde geçirildiği andır⁴⁶.

kimliği belirlenemeyen başka şahıs veya şahıslarla fikir ve eylem birliği içerisinde hareket eden sanığın eyleminin suç tarihinde 5237 sayılı TCK'nın 158/1-L maddesinin yürürlükte bulunmaması nedeniyle, sanık lehine olan aynı sayılı TCK'nın 157/1 maddesi kapsamında basit dolandırıcılık suçunu oluşturduğu... 15. CD, 01.06.2021, 2018/3532 E. , 2021/6397 K, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim: 27.04.2022.

⁴³ EKİCİ ŞAHİN, s.398.

⁴⁴ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/775) ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 438, s.11, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss438.pdf>, Erişim: 17.04.2022.

⁴⁵ “Sanıkların; katılan ile boşanma davaları devam eden...adına kayıtlı olup, fiilen katılımları bulunan aracı, önceden tanıdıkları 'ya götürmek için sanık ...'ın polis kimliğini ibraz edip, polis olduklarını ve yakalama kaydı olduğunu belirtmek suretiyle aldıkları ve atılı suçu işledikleri iddia edilen olayda; Suça konu aracın tanık...üzerine kayıtlı olduğu, sanıklar tarafından aracın, sahibi olan 'ya teslim edildiği, bu durumun...tarafından da doğrulandığı nazara alındığında; dolandırıcılık suçunun haksız menfaat unsurunun oluşmadığı, ancak sanıkların kendilerini polis olarak tanıtıp,... 'a ait kimliği göstererek yakalama olduğundan bahisle aracı almaları şeklindeki eylemin TCK'nın 262. maddesinde düzenlenen kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin suç vasfında yanılıya düşülerek TCK'nın 157.

İletişim esnasında ikna yöntemlerinin başarıyla sonuçlanması uygun bir mesajın üretilmesine ve mesajın karşı tarafa elverişli kanallarla iletilmesine bağlıdır⁴⁷. Failin kendisini polis, hakim veya savcı olarak tanıtmaması halinde hile unsuru, genellikle mağdura ait olan ve önceden tespit edilen bir takım bilgilerin telefonda belirtilmesiyle güçlendirilmektedir. Mağdura ait olan ve herkes tarafından bilinmesi olanağı bulunmayan kişisel bilgileri içeren ifadeler görüşme esnasındaki telsiz sesleriyle birlikte ve kurgulanmış belirli bir senaryo içerisinde uygulandığında mağdurun emniyet ya da yargı mensuplarıncaya arandığına dair kanaati de artmaktadır⁴⁸. Düzenlemenin gerekçesinde mağdur profillerinin öne çıkan bir özelliğinin bulunmadığı, yaş, sosyal ve ekonomik düzey veya eğitim durumu gibi unsurlar fark etmeksizin her kesimden insanın bu şekilde gerçekleştirilen dolandırıcılık eyleminin hedefi haline gelebileceği belirtilmektedir⁴⁹. Nitekim mağdurların yaşı ya

maddesi uyarınca mahkumiyet hükmü kurulması...” Y. 15. CD, 11.12.2018, E. 2018/2462, K. 2018/9344, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim: 29.04.2022).

⁴⁶ “Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 26/11/2018 tarihli ve 2018/7341 esas, 2018/8480 karar sayılı ilâmında ve istikrar kazanmış daha birçok kararında da belirtildiği üzere, “menfaat konusu paranın çekildiği yerde dolandırıcılık suçu tamamlanacağından yetkili yerin de bu doğrultuda belirlenmesi gerektiği...” şeklinde belirtildiği üzere, suç yerinin paranın çekildiği yer olacağı nazara alındığında, somut soruşturma dosyasına konu olayda, şüphelinin kendisini telefonla arayarak komiser olarak tanıtmaması ile müştekinden para istemesi üzerine, müştekinin havale ettiği 19.500,00 Türk lirası tutarındaki paranın İstanbul Atatürk Havalimanı Türkiye İş Bankası şubesinden çekildiğinin tespit edilmesi karşısında, haksız menfaatin temin edildiği yerin Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının yargı çevresinde kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediği...” Y. 15. CD, 16.06.2021, E. 2021/5166 E, K. 2021/7129, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim: 29.04.2022).

⁴⁷ BAHAR, Atalay: İkna Yoluyla Dolandırıcılık: Dolandırıcılık Faaliyetlerinde İkna ve Etkili İletişim Yöntemlerinin Tespiti Üzerine Bir Araştırma, Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi, S. 35, 2020, s.141.

⁴⁸ Kanun Tasarısı (1/775) ve Adalet Komisyonu Raporu, s.11.

⁴⁹ Kanun Tasarısı (1/775) ve Adalet Komisyonu Raporu, s.11.

da eğitim seviyesi yükseldikçe suça maruz kalma oranlarının daha az olmadığı bir gerçektir⁵⁰.

Öğretide bir görüşe göre sahte çağrı merkezleri oluşturularak mağdurlarla iletişim kurulması yoluyla işlenen dolandırıcılık yöntemi “*ikna yoluyla dolandırıcılık*” olarak adlandırılmaktadır⁵¹. İkna yoluyla dolandırıcılık korkutma, vaat ve yardım kampanyaları yöntemi olmak üzere üç farklı şekilde tasnif edilmektedir⁵². Korkutma yöntemi ile dolandırıcılık türünde fail ya polis, hakim veya savcı gibi bir kamu görevlisi olduğundan bahisle ya da bir hukuk bürosu çalışanı sıfatıyla mağdur hakkında borcunu ödemediği takdirde icra takibi yapılacağını bildirerek hareket etmektedir⁵³. 01.01.2019-01.12.2019 tarihleri arasında İstanbul Emniyet Müdürlüğü Siber Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü verilerine konu olan ikna yoluyla dolandırıcılık suçları incelendiğinde toplam 257 suçun 46’sının (%17) mağdurların hesaplarında şüpheli hareket olduğu beyanıyla ve failin kendisine kamu görevlisi ya da polis süsü vermesi suretiyle meydana geldiği tespit edilmiştir⁵⁴.

Dolandırıcılığın kişinin kendisini polis, hakim veya savcı olarak tanıtması suretiyle işlenmesi, hile unsurunun mağdurun aldatılmasını kolaylaştıran faktördür. Böylelikle toplumun bu tür meslek kurumlarına olan güvenirliliği kötüye kullanılmaktadır⁵⁵. Diğer taraftan fail tarafından böyle bir sifata sahip olduğu yönünde açıklamalar yapılması mağdurlar

⁵⁰ İstanbul ilinde ikna yoluyla dolandırıcılık yöntemleri hakkında 414 mağdur üzerinde yapılan çalışmada 35 yaş üstü mağdurların %72lik bir orana sahip olduğu görülmüştür. BAHAR, s.152. Ayrıca 2019 yılında Birleşik Krallık’ta ikamet eden 11.780 katılımcı üzerinde yapılan bir araştırmada kitle iletişim teknolojileri kullanılarak gerçekleştirilen dolandırıcılık suçlarında daha eğitilmiş kişilerin dolandırıcılığı tespit edebilecekleri inancına sahip olma olasılıkları daha yüksek olduğundan hileli hareketleri meydana getiren ikna ve aldatma ipuçlarını aramak için daha az çaba harcadıkları tespit edilmiştir. WHITTY, Monica T.: Predicting Susceptibility to Cyber-Fraud Victimhood, Journal of Financial Crime, C. 26, S. 1, 2019, s.288.

⁵¹ BAHAR, s.139.

⁵² *agm*, s.152.

⁵³ BAHAR, s.153.

⁵⁴ *agm*, s.154-155, bkz. Tablo 3.

⁵⁵ YEA, Ning/ CHENG, Le/ ZHAO, Yun: Identity Construction of Suspects in Telecom and İnternet Fraud Discourse: From A Sociosemiotic Perspective, Social Semiotics, C. 29, S. 3, 2019, s.322.

üzerinde bir baskı aracı olarak da etki gösterebilmektedir. Burada failin gerçekte böyle bir meslek grubunun mensubu olmadığına ancak bunu bir hile unsuru olarak kullandığına dikkat edilmelidir⁵⁶. Dolandırıcılığın bu nitelikli halinde faillerin kendilerini genelde bir kamu otoritesi olarak tanıttıktan sonra mağdurun adının bir operasyona karıştığı ve bu durumun düzeltilebilmesi için belirtilen hesaba para yatırılması yönünde telkinlerle menfaat elde ettikleri görülmektedir⁵⁷. Ayrıca faillerin sahte kimlik ile başkaları adına düzenlenen kredi ve banka kartları kullanmaları sebebiyle yakalanma ihtimallerinin ve şayet şüpheli ya da sanığın ikrarı bulunmaz ise mağdurun beyanı dışında suça ait herhangi bir delil elde edilmesinin oldukça zor olduğu belirtilmektedir⁵⁸.

Öğretide bir görüşe göre, Kanun'un lafzı gereği failin kendisini polis, hakim veya savcı gibi bir kamu otoritesi yerine koyması yeterli görülmektedir⁵⁹. Düzenleme sebebiyle failin kamu görevine ilişkin başkaca herhangi bir söz sarf etmesinin gerekmediği ifade edilmektedir⁶⁰. Bu görüş, aksi bir düşüncenin kanunilik ilkesine aykırı olacağını ve uygulamada failin kendisini kamu otoritesinin bir mensubu olarak tanıttmasının yanı sıra sarf ettiği hileli söz ve davranışların da bu otoritenin görev alanına girip girmediğinin tartışılmasına sebep olacağını belirtmektedir⁶¹. Örnek olarak, failin polis memuru olduğunu beyan edip de eşyalarını taşıttığı nakliyeciyeye ücretini ödmeden ortadan

⁵⁶ EKİCİ ŞAHİN, s.402. Failin memuriyet sıfatına duyulan güveni kötüye kullanmak suretiyle mağduru ikna ederek çıkar sağlaması halinde ise ikna suretiyle irtikap suçu oluşacaktır. *"Böyle bir durumda şayet hile kamu görevlisi tarafından 'memuriyet sıfatı veya görevini kötüye kullanmak suretiyle' gerçekleştirilmiş değilse dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir."* ÖZGENÇ, s.183. Dönmezer'in aktardığına göre ise, İtalyan Temyiz Mahkemesi, kendi amirinden emir aldığı yolunda uydurma bir vesika göstermek suretiyle bir dükkandan kaçak sigara müsadere eden zabıta memurunu dolandırıcılıktan mahkum etmiştir. Ancak bu karar, görevin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi sebebiyle irtikap suçuna yol açtığı yönünde eleştiriye uğramaktadır. DÖNMEZER, 17. Bası, s.643.

⁵⁷ TANERİ, Gökhan/ KAMIŞLI, Gani: Dolandırıcılık- Sahtecilik- Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.438.

⁵⁸ TANERİ/ KAMIŞLI, s.438-439.

⁵⁹ ATALAN, Mustafa: Uygulamalı-Yorumlu-Analizli Dolandırıcılık, Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.611.

⁶⁰ *age*, s.612.

⁶¹ ATALAN, s.612.

kaybolması eyleminin TCK m.158/1-1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁶². Ancak Yargıtay uygulamasında kişinin takındığı kamu otoritesi sıfatını belirli bir mizansen içerisinde meydana getirmesi kriteri aranmaktadır. Örnek olayda bu yönde bir senaryolaştırma unsuru bulunmadığından dolandırıcılık suçunun temel hali olan TCK m.157 kapsamında değerlendirme yapılacağı belirtilerek böyle bir değerlendirmenin Kanun'un yapılış amacına aykırı olacağı öne sürülmektedir⁶³. TCK m.158/1-1 ile ilgili Yüksek Mahkeme kararlarında hangi kriterlerin göz önünde bulundurduğu ise sahneye koyma teorisinin incelenmesiyle mümkündür.

B. Sahneye Koyma Teorisi ve Uygulamada Yer Alan Kriterler

Genel olarak mağduru hataya sevk edebilecek nitelikteki kurnazca hareketler olarak tanımlanan hile, Türk öğretisinde Kanun'un lafzı gereği tek başına yeterli kabul edilmeyerek bu tür hareketler neticesinde kişinin aldanmasını da zorunlu kılmaktadır⁶⁴. Diğer bir deyişle hile dolandırıcılık suçunun ona özgü niteliğini kazandıran anahtar unsurdur. Ancak hileli davranışların çerçevesinin belirlenmesi ve cezai anlamda hile kavramının ne olduğunun tespiti neredeyse dolandırıcılık suçunun müstakil bir suç tipi olarak varlık gösterebilmesi kadar zor olmuştur. Esasında dolandırıcılık suçunun malvarlığına karşı suçlar arasında bağımsız bir suç tipi olarak yer almasının bu kadar gecikmesi de hile kavramıyla olan göz ardı edilemez ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten hile kavramının varlığı dolandırıcılığın uzun bir süre sahtecilik suçları arasında kabul edilmesine neden olarak malvarlığına yönelik bir zarar suçu olduğunun fark edilmemesine yol açmıştır⁶⁵.

Ceza hukuku anlamındaki hilenin ne olması gerektiğine ilişkin ölçütler getiren üç teoriden biri olan ve Türk öğretisinin daha ağırlıklı eğilim gösterdiği sahneye koyma teorisinin açıklanabilmesi için hile kavramının bu teori bağlamında nasıl nitelendirilmesi gerektiği üzerinde durmak faydalı olacaktır. Bu nedenle bu başlık altında öncelikle hilenin kapsamı belirtilip daha sonra sahneye koyma teorisinde öne sürülen ve 765 sayılı TCK döneminden beri Yargıtay tarafından geliştirilerek

⁶² *age*, s.611-612.

⁶³ *age*, s.611-612.

⁶⁴ ÖNDER, s.367-368.

⁶⁵ SELÇUK, Dolandırıcılık, s.159.

öğretide hala uygulama alanı olan “nitelikli yalan” ve “denetleme olanağının ortadan kaldırılması” kriterleri, dolandırıcılık suçunun failin kendisini polis, hakim veya savcı olarak tanıtması suretiyle işlenmesi nitelikli haline ilişkin Yargıtay kararları çerçevesinde ele alınacaktır.

1. Sahneye Koyma Teorisinde Hile Kavramı

Dolandırıcılık suçunda hile üzerine tartışmalar esasında hile kavramının bir özel hukuk terimi olmasından kaynaklanmaktadır⁶⁶. Özel hukuk anlamındaki hile bir kimseyi sözleşme yapmaya ya da bir irade beyanında bulunmaya sevk etmek amacıyla kişinin zihninde yanlış bir düşünce uyandıran ya da hali hazırda var olan yanlış düşünceyi güçlendirmeye yönelik kötü niyetli eylem ve davranışlar olarak tanımlanmaktadır⁶⁷. Bu noktada kanun koyucunun özel hukuktan kaynaklanan hile kavramında irade özgürlüğünü ön planda tutma gayesi taşıdığını söylemek mümkündür. Ancak ceza hukukundaki hilenin özel hukuk ilişkiden kaynaklanan hile kadar geniş bir nitelik taşımadığı, dolandırıcılık suç tipine varan cezai hilede karşı tarafa zarar vermek amacıyla bir haksız kazanç elde edilmesinin gerektiği açıktır⁶⁸. İşte bu nedenle cezai hilenin sınırlarının saptanması adına öznelci teori ve nesnelci teori adında iki farklı teori ortaya atılmıştır⁶⁹. Ceza hukukunda yer alan hileye fail veya mağdur açısından iki farklı süjeye göre subjektif kıstaslar getiren öznelci teoride genel olarak hilenin, fail açısından; başkasını aldatmaya yönelik ustaca dokunmuş, kazanç amacının ön planda tutulduğu aldatıcı eylemler olduğu; mağdur açısından ise; bilgili ve bilinçli bir kimsenin kavrayış gücünü aşan ustaca hareketlerden meydana gelmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁰. Öznelci teoriyi eleştiren yazarlarca oluşturulan ve objektif kıstaslara odaklanan nesnelci teoride ise hile kavramı; genel olarak özel hukukun hileli davranış karşısında zararı karşılayamaması halinde cezai olacağını belirten zararın giderim olanağı ölçütü, hileli hareketin sonucuna odaklanması gerektiğini belirten ve malvarlığına yönelik zararın oluştuğu hallerde cezai hilenin

⁶⁶ EKİCİ ŞAHİN, s.204.

⁶⁷ SELÇUK, Dolandırıcılık, s.92-93.

⁶⁸ TÜMERKAN, s.53; SELÇUK, Dolandırıcılık, s.93. Bu suçta değişken unsur olan hileli hareketlerin suçun sabit unsuru olarak kabul edilen aldatmaya sebep olması beklenmektedir. SELÇUK, Dolandırıcılık, s.108.

⁶⁹ SELÇUK, *Dolandırıcılık*, s.94.

⁷⁰ *age*, s.94-96.

oluşacağını belirten hareketin niteliği ve somut sonucu ölçütü, cezai hilenin belirlenebilmesi adına suçun maddi konusunun dikkate alınmasını belirten maddi konunun niteliği ölçütü ve son olarak hile gerçekleştirilirken kullanılan araçları veya bunların yöntemlerini esas alan sahneye koyma teorisi olmak üzere dört farklı kritere dayanılarak açıklanmaya çalışılmıştır⁷¹.

Sahneye koyma teorisi cezai hilenin mağdurun düşünsel yeteneğinde baskı unsuru oluşturmasını ve bir takım dışsal unsurlarla desteklenmesi gerektiğini belirtmektedir⁷². Bu nedenle teori yalın ve basit bir yalanın dolandırıcılık suçu bağlamında hile olarak değerlendirilemeyeceğini belirterek böylesi bir yalanın hangi aşamada cezai hileye dönüşeceği tartışmasını aydınlatmaktadır⁷³.

Teori ilk olarak Alman öğretisinde ortaya atılmış ve ilerleyen süreçte İtalya'da geliştirilmiştir⁷⁴. Görüşleriyle içtihadı da etkileyen Carrara'ya göre insan ilişkilerinde dürüst olmayan bir takım davranışların bulunması her zaman için cezai anlamda sorun teşkil etmez⁷⁵. Diğer bir deyişle malının kötü yönlerini gizleyen bir satıcıya aldanan kimse, zararının giderilmesini özel hukuk alanında talep edebilmektedir. Bu nedenle yalın ve basit bir yalan ancak maddi olayların sahneye konması suretiyle desteklenirse cezai hileye dönüşebilir⁷⁶. Daha keskin bir ifadeyle hukukun aptalları koruma aracı olmadığı, herkesin ilişkilerinde dikkat yükümlülüğe sahip olması gerektiği ve bu nedenle hileli davranışlarla aldatılmanın nesnel ölçütler dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁷. Fransız öğretisinde de geçerlilik kazanan bu görüş, 04.04.1962 ve 03.04.1966 tarihli Fransız Yargıtay kararlarında, suçlunun tehlikeliliği yoğun bir hileyi gerektirdiğinden, failce yerine getirilen nitelikli yalan neticesinde öznel ögenin; dış unsurlarla yani bir takım somut olaylarla desteklenen yalana mağdurun inanması neticesinde ise nesnel ögenin bulunduğu dair iki ögenin varlığına işaret etmiştir⁷⁸.

⁷¹ EKİCİ ŞAHİN, s.207-208; SELÇUK, Dolandırıcılık, s.97-101.

⁷² EKİCİ ŞAHİN, s.208.

⁷³ TEZCAN ve diğerleri, s.593; SELÇUK, Dolandırıcılık, s.102.

⁷⁴ SELÇUK, Dolandırıcılık, s.102.

⁷⁵ Carrara'dan aktaran SELÇUK, Dolandırıcılık, s.102.

⁷⁶ SOYASLAN, Cilt I, s.330-331; EREM, Ümanist Doktrin, s.647-648.

⁷⁷ HAFIZOĞULLARI, s.411.

⁷⁸ SELÇUK, Dolandırıcılık, s.102-103.

İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında da sahneye koyma teorisi ağırlık kazanmış ve benzer öğelerin varlığı burada da uygulamanın bir neticesi olarak ortaya çıkmıştır. Failin hareketlerinin hile olarak kabul edilebilmesi için nitelikli yalan özelliği taşıması ve birbirini destekleyen yalanların var olması aranmaktadır⁷⁹. Basit yalanın cezai anlamda hile kabul edilmediği İsviçre öğretisinde böyle bir yalanın söylenmesi durumunda ise mağdurun bu yalana yönelik yapılan açıklamaların doğruluğunu denetleme imkanının bulunmaması veya failin denetleme imkanını kasten ortadan kaldırması yani soyut yalanın mağdurun kontrol edemeyeceği olay ve şartlara dayanması halinde dolandırıcılık suçunun hile unsurunun gerçekleşeceği ve bunun vasıflı bir aldatma olarak nitelendirildiği ifade edilmektedir⁸⁰.

2. Türk Yargıtayı'nın Geliştirdiği Kriterler

Dolandırıcılık suçunda gözetilen failin hileli hareketlerle aldatması hususunda Kanun'da hile unsuruna ait bir tanımla yapılmayarak hileli davranışların neler olduğu belirtilmemiştir. Kanun koyucunun bu eylemsizliği iradi bir tercihtir. Öğreti ve uygulamaya bırakılan bu husus neticesinde dolandırıcılığın hareket unsurunu oluşturan hileli davranışa yönelik iki kıstas geliştirilmiştir. Esasında bu kriterlerin 765 sayılı TCK'da bulunan sania ve desise kavramlarının bir gerekliliği olarak kabul edilmelerine rağmen 5237 sayılı TCK döneminde de içtihata yön vermeye devam ettikleri görülmektedir.

Türk öğretisinde hileli hareketlerle ilgili olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nde gözetilen “nitelikli yalan” ve “denetleme olanağının ortadan kaldırılması” unsurlarının arandığı anlaşılmaktadır⁸¹. Ancak kriterlerin her ikisinin birlikte dikkate alınması gerektiğine ya da tek başına kriterlerden birinin de dolandırıcılık suçunun meydana gelmesi için yeterli olabileceğine dair görüş birliği bulunmamaktadır⁸². Nitekim Yargıtay kararlarında, bazen şartlardan yalnızca birinin yeterli bulunduğu görülürken bazen ise her iki kriterin de bir arada olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁸³.

⁷⁹ EKİCİ ŞAHİN, s.217, dp.766.

⁸⁰ DÖNMEZER, 12.Bası, s.388, dp.8; EKİCİ ŞAHİN, s.217, dp.766.

⁸¹ EKİCİ ŞAHİN, s.213.

⁸² *age*, s.213.

⁸³ EKİCİ ŞAHİN, s.213-214; SELÇUK, Dolandırıcılık, s.111.

Nitelikli yalan ve denetleme olanağının ortadan kaldırılması kriterleri sahneye koyma teorisinin getirileridir. Bu kriterler yalnızca TCK m.158/1-1 kapsamında değil dolandırıcılık suç tipinin her hali için göz önünde bulundurulabilecek niteliklerdir. Ancak kriterlere ilişkin açıklamalar esnasında yalnızca TCK m.158/1-1 kapsamına giren kişinin kendisini polis, hakim veya savcı olarak tanıtması suretiyle dolandırıcılık suçunu işlemesine yönelik unsurlara yer verilecektir. Nitekim Yargıtay uygulamalarından doğan her iki kriterin, ilgili maddenin gerekçesinde suçun belirli bir senaryo halinde ve mizansen içerisinde işlenmesine yönelik açıklama göz önünde bulundurulduğunda, sahneye koyma teorisinde belirtilen hileli davranış kriterlerini tam olarak karşıladığına kanaat edilmektedir.

a. Nitelikli Yalan

Dolandırıcılık suçunda yalanın niteliği hakkında farklı görüşler bulunmaktadır. Selçuk'a göre "*yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı; sergileniş, dokunuş ve renklendiriliş açısından mağdurun denetim silahını doğurduğu güven ortamıyla kullanmaktan alıkoymalı ya da onu silahsız bırakmalı, entelektüel gücünü kırmalı, mağduru failin istediği yöne çekmeli, tipolojik açıdan nedensel gücü bulunmalıdır*".⁸⁴ Bir başka görüşe göre yalan söylemek hilenin oluşması için yetersiz kalacaktır, bu nedenle sahneye koyma şeklinde başkaca hareketlerin gerçekleştirilmesine ihtiyaç vardır⁸⁵. Üçüncü bir görüş bazı istisnalar dışında gerek öğretinin gerekse uygulamanın basit bir yalanı dahi dolandırıcılık kapsamına alması gerektiğini belirtirken yalan unsuru hakkındaki son görüş ise yalanın, başka aldatici unsurlarla da desteklenmesi halinde hile teşkil edeceği çünkü bu durumda meydana gelen sonucun tek sebebinin yalan olmayacağıdır⁸⁶. Böyle bir durumda özel hukuk ve ceza hukuku açısından hile bakımından bir farkın söz konusu edilemeyeceği kabul edilmektedir⁸⁷.

⁸⁴ Selçuk'tan aktaran TÜMERKAN, s.36.

⁸⁵ TÜMERKAN, s.36.

⁸⁶ *age*, s.36-37.

⁸⁷ DÖNMEZER, 12. Bası, s.385. Öğretide kabul edilen genel görüş, modern dolandırıcılık suç tipinde artık özel hukuk ve ceza hukuku hilesinde nitelik açısından bir farkın bulunmadığı, ancak hilenin dolandırıcılık suç tipine vücut verebilmesi için belirli şekil ve unsurlara sahip olması gerektiğinden nicelik açısından farklılık arz ettiği için ÖNDER, s.370; TÜMERKAN, s.54.

Yargıtay yalnızca yalan söylemekten ibaret olan eylemlerin dolandırıcılık suçunun hileli davranışlarını meydana getirmeye yetmeyeceğini belirtmektedir⁸⁸. Buna göre hile tek başına soyut bir yalan olarak değil nitelikli yalan şeklinde ortaya çıkmak zorundadır. Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için kabul edilen nitelikli yalan unsuruyla anlaşılması gereken hilenin ise belirli bir eşiği aşan ağırlıkta olmasının yanı sıra ustaca ve yoğun şekilde gerçekleştirilmesi gerektiridir⁸⁹. Nitekim ceza hukuku alanında her yalan

Bir diğer görüşe göre, özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi arasında bir farkın olmadığı belirtilmekle birlikte, Türk öğretisinde iki hile türünü ayırmaya yönelik yapılan tartışmaların soyut yalanın dolandırıcılık suçunun oluşması için yeterli olup olmayacağı hakkında yoğunlaştığı belirtilmektedir. EKİCİ ŞAHİN, s.210. *Selçuk* ise, iki hile türü arasındaki ayırımın eski önemini kaybetmesine rağmen tümüyle yok sayılmasının mümkün olmadığını ifade eder. Yazara göre, dolandırıcılık suçunda cezai anlamda ön plana çıkan hile herhangi bir hareketle değil özgüleştirilmiş bir hareketle işlenmelidir. İki hile arasındaki farkı gözardı etmek hareketin bağlı bir suç tipi olduğu gerçeğiyle çelişerek yasallık sınırlarını mağdur yararına ve fakat fail zararına genişletecektir. Bu nedenle kanun koyucu buradaki saptamayı uygulamacıya bırakmıştır. SELÇUK, Dolandırıcılık, s.106-107.

⁸⁸ “...Yerleşmiş uygulamalar ve öğretilerdeki baskın görüşlere göre ortaya konulan ilkeler göz önünde bulundurulduğunda; hile, maddi olmayan yollarla karşısındakini aldatan, hataya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika ve bunun gibi her türlü eylem olarak kabul edilebilir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı imkânlarla ve sığa sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum veya sıfatını gizlemektedir...” Y. 15. CD, 27.04.2021, E. 018/263, K. 2021/229, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim: 21.04.2022.

⁸⁹ “...Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kimseyi, kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte birtakım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara

cezalandırılmamakta, yalanın belli şekilleri toplum açısından zararlı ya da tehlikeli görüldüğü takdirde sorumluluk doğurmaktadır⁹⁰. Bu nedenle soyut yalan dolandırıcılık suçu açısından hile olarak kabul edilmemektedir⁹¹.

Gerçeğe aykırı olan bu tür beyanların hangi durumlarda ağır, yoğun ve ustaca olacağına ilişkin bir ölçüt getirilmemiştir⁹². Bu husus dolandırıcılık suç tipinde bulunması gereken hile unsuruna Kanun'da yer almayan bir takım unsurların eklenmesine yol açmakta ve kanunilik ilkesine aykırı sonuçlar ortaya koymaktadır⁹³. Diğer taraftan nitelikli yalan kriteriyle mağdura da külfet edilmek istenen bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle failin cezai sorumluluğu mağdura da pay

alınmalıdır....” Y. 15. CD, 12.11.2015, E. 2013/18097, K. 2015/31209; Y. 15. CD, 21.04.2021, E. 2017/37739, K. 2021/4625; Y. 15. CD, 23.10.2019, E. 2017/11565, K. 2019/10378; YCGK, 15.12.2015, E. 2014/90, K. 2015/511; Y. 2. CD, 13.01.2020, E. 2019/12798, K. 2020/653; Y. 17. CD, 21.05.2019, E. 2018/6114, K. 2019/7827, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim: 20.04.2022.

⁹⁰ ERMAN, Sahir: Sahtekarlık Cürümleri, Sulhi Garan Matbaası Varisleri, Koll. Şti., 3. Baskı, İstanbul 1970, s.1-3.

⁹¹ *“...Dolandırıcılık suçunda mağdur yanıtılmaktadır. Yani dolandırıcılık suçu tipik bir hile suçudur, irade hile ile fesada uğratılmaktadır. O halde hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Yalan suç değildir. Kimse başkasının sözüne kolayca inanmamalıdır. İnanırsa kusur kendisindedir. Sadece yalan hile sayılmaz. Yalana bir sahneye konuş refakat etmelidir. Böylece ona doğru görüntüsü verilmiş olmalıdır. Bu da mağdurun tahkik etmesini imkânsızlaştırmalı veya güçleştirmek için bir gayret sarf edilmiş olması gerekir. Mücerret yalan dolandırıcılığın karakteristik unsuru olan hileyi meydana getirmez. Hilenin kandırarak nitelikte olup olmadığı olaysal değerlendirilmelidir. Olayın özelliği mağdurun durumu fiille olan ilişkisi kullanılan hilenin şekli yalanın denetim olanağının bulunup bulunmadığına da bakılarak belirlenmelidir. Eğer aldatılan için bu olayın gerçek olup olmadığı önemsiz ise bu durumda onun hatasından bahsedilemez. Dolandırıcılık suçunda mağdurdan fail hile ile bir şeyi almakta veya teslimini sağlamakta ya da mağdurun yararlandığı haklarından vazgeçmesini temin etmektedir...” Y. 6.CD, 01.12.2011, E. 6-2011/15875, K. 2011/47627, aktaran: YENİDÜNYA, Caner: Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsurları Üzerine Bir Değerlendirme, <https://caneryenidunya.com/dolandiricilik-sucunun-maddi-unsurlari/>, Erişim: 27.04.2022.*

⁹² EKİCİ ŞAHİN, s.231.

⁹³ CENTEL ve diğerleri, Kişilere Karşı, 4. Bası, s.506; EKİCİ ŞAHİN, s.231.

edilmeye çalışılmış olmaktadır⁹⁴. Çünkü mağdurun soyut bir yalana inanması halinde dolandırıcılık suçu gerçekleşmiş olmayacaktır. Ancak kanun koyucunun iyi niyetli, tecrübesiz ve saf kimseleri böyle beyanlarla aldatıldıkları takdirde korumayacak olması düşünülemez⁹⁵. Nitekim dolandırıcılık suçu yalnızca dikkatli ve şüpheli kişileri korumak amacıyla düzenlenmiş değildir⁹⁶.

Yargıtay'ın bu sorunu gidermek adına uygulamada geliştirdiği ölçüt ise fiili durum ya da diğer adıyla somut olay ölçütüdür. Buna göre soyut yalan şayet tek başına hileyi oluşturmaya yetiyor ise dolandırıcılık suçunun varlığı kabul edilmektedir. Böylece ortam gereği soyut yalan tek başına fiilin meydana gelmesini sağladığı takdirde yalanın başkaca bir nitelik taşıması ya da maddi olgularla desteklenmesine gerek bulunmamaktadır. Soyut yalanın hile için geçerli sayılması hususunda; kullanılan hilenin şekli, sanığın sıfatı, mağdurun durumu ve olayın niteliği göz önünde tutularak karara varılmaktadır⁹⁷. Eleştirilere rağmen öğretideki baskın görüş dolandırıcılık suçunda hile unsurunun nitelikli yalan şeklinde mümkün olacağını belirtirken bazı durum ve şartlar altında soyut yalanın da tek başına suç tipine imkan verdiğinin kabul edildiği görülmektedir. Ancak bu yaklaşımda da objektif ölçütler bulunmadığı için Yargıtay her olayı kendi içerisinde değerlendirmek suretiyle basit yalanın hile teşkil edip etmediğine karar vermektedir⁹⁸.

b. Denetleme Olanığının Ortadan Kalkması

Hileli hareketler bakımından öğretide öngörülen iki sistem bulunmaktadır. Bunlardan ilki Fransız CK m.313/1'de görülen “*yalan ve yanlış sahte isim ve sıfatlar kullanmak ve gerçek bir ismin suiistimali*” gibi hileli hareketlere yol açabilecek yalanların kanun metninde belirtilmesi şeklindedir⁹⁹. İkinci sistem ise mağdurun denetim imkanını ortadan kaldıran ve yalanı kuvvetlendiren her türlü hareketin hile teşkil edebileceğine yönelik anlayıştır. Bu sistemde yalanın hileye varan tespitine yönelik ifadelerin kanun koyucu tarafından sayma yöntemiyle

⁹⁴ EKİCİ ŞAHİN, s.232.

⁹⁵ MAVİŞ, s.611.

⁹⁶ EKİCİ ŞAHİN, s.232.

⁹⁷ TÜMERKAN, s.39-43.

⁹⁸ EKİCİ ŞAHİN, s.225.

⁹⁹ DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Suçlar, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s.455.

belirlenmeye çalışılmasının imkansız olduğundan bahisle hareketlerin önceden belirli bir tanıma sıkıştırılması uygun görülmemektedir¹⁰⁰. Sahneye koyma teorisinde, ikinci yöntem tercih edilerek hileli hareketlerin oluşabilmesi için gereken bir diğer kriter olan failin aldatmaya yönelik eylemlerinin mağdurun denetleme imkanını ortadan kaldırması şartı aranmaktadır. Ancak bu hareketlerin neler olabileceği Kanun'da belirtilmemiştir. Dolandırıcılık renk değiştiren bir suç olarak vasıflandırıldığından¹⁰¹ dolandırıcılık suçunun sınırlandırılabilmesi adına oluşturulan bu kriter Yargıtay tarafından da göz önünde bulundurulmaktadır¹⁰².

TCK m.158/1(l) bendi göz önünde bulundurulduğunda, kişinin kendisini polis, hakim veya savcı olarak tanıtmak suretiyle gerçekleştirdiği dolandırıcılık suçlarında suçun meydana geliş yöntemi kendiliğinden bir sahneye koyma şeklinde oluşmaktadır¹⁰³. Fail bir kamu otoritesi olduğundan bahisle yalanlardan oluşan bir senaryo ortaya koymakta ve mağdurun bu yalanları denetleme imkanı genellikle

¹⁰⁰ age, s.455-456.

¹⁰¹ DÖNMEZER, 17. Bası, s.456.

¹⁰² EKİCİ ŞAHİN, s.225.

¹⁰³ “Sanığın olay tarihinde katılanı ev telefonundan arayarak kendisini polis olarak tanıtip yapılan yol kontrolünde yakalanan şahısların üzerlerinden katılanın kimlik bilgilerinin çıktığını, araştırma yaptıklarını belirterek katılana eşini mutfağa göndermesini söyleyip sonrasında evdeki altın ve paraları poşete koyup, eve gelecek kişiye vermesini söylediği, katılanın da evde bulunan 6.750 TL para, 5 adet burma bilezik ile 1 adet bayan baş takısını poşete koyduktan sonra eve gelen sanığa teslim ettiği, bu suretle sanığın atılı suçu işlediği...” Y. 15. CD, 19.02.2019, E. 2019/999, K. 2019/947; “Sanığın, suç tarihinde müştekiyi cep telefonundan arayarak kendisini polis olarak tanıtip, bir kuyumcudada yapılan hırsızlık olayında müştekinin kimliğini bulduklarını, eşinin de yakalanıp emniyete götürüldüğünü, evdeki altınları poşete koyup getirmesini, seri numarasını kontrol edeceklerini, yapılan kontrollerde şayet altınların temiz çıkması durumunda kendisine iade edileceği söylediği, müştekinin de buna inanarak, evdeki altınları bir poşete koyarak sanığın istediği parka götürdüğü, burada sanığın gelerek müştekiden poşeti istediği, müştekinin de kimlik sorması ve sanığın da kimlik gösterememesi üzerine şüphelenen müştekinin polisi arayacağını söylemesi üzerine, sanığın olay yerinden kaçtığı, sanığın bu surette hileli eylemlerle haksız menfaat temin etmeye çalıştığı...” Y. 15. CD, 22.05.2018, E. 2018/30, K. 2018/3746, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim: 26.04.2022.

mümkün olmamaktadır¹⁰⁴. Bu nitelikli halde failin aslında olduğunu iddia ettiği bu sıfatları taşımadığı halde öyleymişçesine bir mizansen kurguladığına dikkat edilmelidir. TCK m.158/1(I) kapsamında karşılaşılan örneklerde; mağdurla genellikle telefon üzerinden iletişim kurularak kendisini kolluk amiri ya da memuru olarak tanıtan failin; mağdurun isminin suça karıştığı¹⁰⁵, FETÖ operasyonlarında isminin

¹⁰⁴ “OLAY-2: Katılan ...'nin suç tarihi olan 26/12/2018 günü 0232 numaralı ev telefonunun, kendisini polis olarak tanıtan ve asayiş şubeden ... olduğunu söyleyen bir kişi tarafından gündüz saatlerinde arandığı, arayan kişinin katılana bankada bulunan paralarının bloke olduğunu, bankacıların fetö bağlantısı olması nedeniyle bu terör örgütü mensuplarını yakalamak için bankada bulunan paralarını çekip kendilerine verilmesi gerektiğini, bu paraların seri numaralarının alınmasından sonra tekrar banka hesabına yatırılacağını söylediği, hatta katılana ev telefonunu devamlı açık tutmasını söyleyip 10 dakika sonra bu kez 0505.....numaralı cep telefonunu aradıkları, bu kez cep telefonundan katılan ile konuşmaya devam ettikleri, katılanı 212 ... numaralı telefonda aradıkları, inanmadığı takdirde 155'i aramasını söyledikleri, katılanın 155'i aradığı, ancak tekrar telefona aynı kişilerin çıktığı böylece katılanın arayan kişilerin polis olduğuna inandığı ve Garanti Bankasında bulunan parasını çekebileceğini söyleyip bankaya gittiği, 45.000 TL çekmek istediğini söylediği, banka görevlilerinin o an için ellerinde bu miktarda para olmadığını, öğleden sonra çekebileceğini söyleyip 10.000 TL parayı katılana verdikleri, katılanın bankada bu işlemleri yaparken telefonunu devamlı açık tuttuğu, şahısların bankadan çıkınca katılanın 1811. Sokağa gelmesini istemeleri üzerine katılanın bu sokağa gittiği, kafasında şapka olan bir kişiye 10.000 TL parayı teslim ettiği, daha sonra aynı kişilerle telefonla görüşmeye devam ettiği, katılanın şahısların isteği üzerine öğleden sonra saat 14:06 da bankaya gidip 35.000 TL daha çekerek bu parayı da aynı kişiye verdiği ve böylece toplam 45.000 TL vermiş olduğu, şahısların görevin tamamlandığını söyleyip katılana nereye gideceğini sorduklarında, katılanın pazara gideceğini söylediği, katılana polislerin kendisine eşlik edeceğini söylemeleri üzerine pazara gitmekten vazgeçtiği ve dolandırıldığını anlayıp aynı gün akşamı karakola şikayet müracaatında bulunduğu...” Y. 15. CD, 11.03.2021, E. 2020/11631, K. 2021/2856, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim: 25.04.2022.

¹⁰⁵ “Sanığın, katılanı telefonla arayarak kendisini polis olarak tanıtip evdeki paralarını hırsızlık malı olup olmadığını anlamak için kontrol edeceğini söyleyerek katılıandan 10.000 TL, 1.000 Euro para ve beş cumhuriyet altını alarak gittiği, böylece sanığın nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, sanık, katılan ve tanık beyanları ile dosya kapsamına göre, suçun sanık tarafından işlendiği sabit olmakla...” 15. C.D, 19.11.2018, E. 2018/7167, K. 2018/8161; “Katılanların, 22/07/2020

bulduğu ya da bu yönde yapılan bir operasyon gerekçesiyle kendilerine yardımcı olunması gerektiği¹⁰⁶ veya yapılan bir operasyon kapsamında

tarihinde mülteci şahıslar adına kayıtlı olan hatlardan meçhul şahıslar tarafından aranılarak, kendilerini polis olarak tanıtıp FETÖ operasyonu yapacaklarını, katılanların bilgilerine başvuracaklarını, çeteyi çökertmek için yardım istedikleri, bunun için bankadan bulunan paralarının çekilmesini istedikleri, buna inanan katılan ...'in Vakıflar Bankası'nda bulunan hesabından 38.000.Euro'yu çekip yanına gelen sanık ...'a teslim ettiği, sanık ...'un da parayı alıp olay yerinden uzaklaştığı, ertesi gün aynı yöntemle yeniden katılanları yine aynı hatlardan aradıkları ve katılanlardan yeniden para talep ettikleri, bunun üzerine katılan ...'in bu kez Vakıflar Bankası hesabında bulunan 24.000.USD'yi çektiği ve yanına gelen kendisini komiser olarak tanıtan sanık ...'e teslim ettiği, sanık ...'ün de parayı alarak ticari taksiye binip yanından uzaklaştığı, bu esnada evde olan katılan ...'nin yeniden arandığı, katılan ...'den operasyon yapılacağı bahanesiyle evde bulunan tüm takı ve altınların eve gelecek olan Hakan adlı şahsa verilmesinin istendiği, bunun üzerine kendisini ... olarak tanıtan sanık ...'ün katılanların ikametine gelerek katılan ...'den 12 adet bilezik, 27 adet Cumhuriyet altını, 5 adet küçük altın, 4 adet altın yüzük, bir adet baklava desenli altın zincir, 140 Euro ve 33.000.TL paranın bulunduğu poşeti alarak uzaklaştığı, katılanların daha sonradan dolandırıldıklarını anlayarak şikayette buldukları, bu surette sanıkların üzerlerine atılı iştirak halinde zincirleme şekilde nitelikli dolandırıcılık suçunu işledikleri iddia ve kabul olunan somut olayda, sanıkların suçtan kurtulmaya yönelik soyut savunmaları, katılan beyanları, tanık anlatımları, arama ve yakalama tutanakları, HTS ve mobese kayıtları ile tüm dosya kapsamına göre; Bölge Adliye Mahkemesi'nce, sanıkların istinaf başvurularının esastan reddine dair verilen hükümlerde herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir." 11. CD, 07.07.2021, E. 2021/14266, K. 2021/6239, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim: 24.04.2022.

¹⁰⁶ *"OLAY-3: Katılan ...'in suç tarihi olan 13/11/2018 günü sabah saatlerinde evinde bulunduğu sırada 0232.... nolu telefonun ve sonrasında kızı adına kayıtlı olup kendisinin kullandığı 537... nolu cep telefonunun gizli numaradan arandığı, arayan erkek şahsın kendisini Karşıyaka Emniyetten Başkomiser ...olarak tanıtıp, katılana fetö terör örgütüne yönelik gizli bir operasyon yapıldığını, bu operasyonda kendilerine yardımcı olması gerektiğini, bu amaçla bankadaki parasına ihtiyaç duyulduğunu, parasının Merkez Bankası tarafından bloke edileceğini, operasyon bitince iade edeceklerini söyledikleri ve sürekli olarak telefonu açık tutmasını sağladıkları, telefondaki şahsın yönlendirmesiyle katılanın Ziraat Bankasından 34.200 TL parayı çekerek bir poşete koyup ikametine yakın bir yerde 50-55 yaşlarındaki yanına gelen kır saçlı bir kişiye verdiği,*

mağdurun bilgilerini taşıyan sahte kartlara ulaşıldığı¹⁰⁷ gibi sebepler üzerine kendisiyle irtibat kurulduğu belirtilip mağdurun aldanmasını sağlamak adına kendisine kimlik kartı üzerinde bulunan bilgilerinin okunduğu ve teyit istendiği, böylece mağdurun yapılan işlemin gerçek olduğunu düşünmesinin sağlandığı, ardından ise fail tarafından paylaşılan banka hesap numarasına para aktarılması gerektiği, belirtilen bankaların devlet bankası olduğu ve bu nedenle devlet güvencesinin bulunduğu ve endişe edilmesine gerek olmadığı, aktarılan paraların seri numarası alındıktan sonra mağdura yeniden teslim edileceği ya da ziynet eşyalarını verilen adrese götürüp teslim etmesi gerektiği yönünde hileli davranışlar

parayı alan kişinin oradan uzaklaştığı, katılanın parayı veren kişinin yüzüne dikkatli bakmadığı, telefondaki konuşan kişinin katılanın dikkatini dağıttığı, parayı teslim ettikten sonra katılanı telefondaki şahsın evine yönlendirdiği, hatta evde de katılan ile konuşmaya devam ettiği ve telefonu kapatırken katılana 538 nolu telefon ile irtibat kurabileceğini bu numaranın polis...'ın numarası olduğunu söylediği, yaklaşık bir saatlik zaman dilimi içerisinde gerçekleşen dolandırıcılık olayında katılanın 34.200 TL parasının dolandırıldığı ve aynı gün katılanın karakola giderek şikayet müracaatında bulunduğu,," Y. 15. CD, 11.03.2021, E. 2020/11631, K. 2021/2856, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim: 25.04.2022.

¹⁰⁷ *"OLAY-I: Katılan ...'ın suç tarihi olan 26/12/2018 günü sabahleyin evinde bulunduğu sırada sabit telefonunu arayan ve kendisini Karşıyaka Emniyet Müdürlüğünden Komiser Adnan olarak tanıtan bir kişinin katılana, önceki akşam yaptıkları operasyonda çok sayıda sahte kimlik bulduklarını hatta katılan adına da sahte kimlik ele geçirdiklerini, katılanın ismi ile adına kredi kartı çıkarılmış olduğunu belirtip, katılana baba ve anne adı ile eşinin ismini söylediği, telefonun eşinin mi kendisinin mi adına kayıtlı olduğunu sorup, telefonu savcı beye veriyorum diyerek başka bir şahsa verdiği, kendisini savcı olarak tanıtan bir şahsın, katılana "evinize polis gönderirsem rezil olursunuz " diyerek telefonu sürekli birbirlerine verdikleri, katılanın kullanmakta olduğu 0 531 nolu telefonda 0 505 nolu hattın ve 0 555nolu hattın aradıkları, polis olarak tanıtan şahsın katılana evde altın olup olmadığını ve miktarını sorup, altınları saymasını, yanyana koyup fotoğrafını çekerek 0 553..... nolu hatta whatsapp üzerinden göndermesini istemesi üzerine katılanın talimatı yerine getirip, altınların fotoğrafını gönderdiği, polis olarak tanıtan kişinin bu resimlerin çıktısını getireceğini söyleyip bu kez banka hesabı olup olmadığını sorduğu, katılanın Ziraat ve Akbank hesapları olduğunu söylediği, bunun üzerine " senin hesaplarını devlet güvencesi altına alacağız, bankadan çekeceksin, para devletin parası, zaten bu para devlet güvencesi altında " dediği..." Y. 15. CD, 11.03.2021, E. 2020/11631, K. 2021/2856, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim: 25.04.2022.*

sergilenmektedir. Bu esnada mağdurun telefonu açık tutması gerektiği belirtilip görüşmenin sonlandırılması engellenerek ya da kısa aralıklarla mağdurla yeniden iletişim sağlanarak mağdurun denetim imkanı ortadan kaldırılmış olmaktadır. Ayrıca görüşmeler esnasında telefon arka fonundan gelen telsiz anonsları ile olayların gerçeklik algısının artması sağlanmaktadır. Mağdurun yaşadığı korku ve panik halinden faydalanmak adına kendisine işlem bitinceye kadar bu konuda kimseye bilgi verilmemesinin savcılık talimatı olduğu yönünde baskı kurulmakta hatta mağdurun daha sonra görüşme sağladığı gerçek polislere inanmakta zorluk çektiği neticeler meydana gelmektedir¹⁰⁸.

¹⁰⁸ “OLAY-4: Katılan ...'ün suç tarihi olan 08/11/2018 günü eşi ile evinde bulunduğu sırada ilk önce 0232 nolu ev telefonu, sonrasında 0532.....nolu cep telefonu ve 0534 nolu cep telefonundan arandığı, arayan kişinin kendisini polis olarak tanıttığı ve başsavcı'un başkanlığında fetö terör örgütüne yönelik gizli operasyon yaptıklarını, bu kişilerin yakalanması için kendilerine yardımcı olmasını istediği, katılanın parasına ihtiyaçları olduğunu, operasyon bittikten sonra katılanın parasını iade edeceklerini, başsavcıdan haber gelmeden hiç kimseye haber vermemesi gerektiğini aksi taktirde başının belaya gireceğini söyledikleri, aynı zamanda evde bulunan katılanın eşiyle de cep telefonu ile görüştüğü, cep telefonunun arka fonunda devamlı polis telsizi sesleri geldiği, katılanın bu kişilerin polis olduklarına inandığı, onlara yardımcı olmak adına, İş Bankasındaki 80.000 TL parasını çektiği hatta parayı çekerken banka görevlileri sorduğunda, parayı alması için oğluna vereceğini söylediği, telefondaki şahsın yönlendirmesiyle Mavişehir 2040. Sokak üzerinde spor salonunun yakınına gittiği, elindeki içi para dolu poşeti aracından inmeden verilen talimat ile şoför kapısını açıp kendi aracının altına bıraktığı ve aynı istikamete devam ettiği, hemen arkasından aynaya baktığında zayıf yapılı bir erkek şahsın gelip parayı alarak uzaklaştığını gördüğü...” Y. 15. CD, 11.03.2021, E. 2020/11631, K. 2021/2856; “OLAY-5: Katılan ...'nun suç tarihi olan 24/11/2018 günü saat 10:30 sıralarında 553..... nolu cep telefonundan, kendisini başkomiser ... olarak tanıtan bir kişinin aradığı, katılanın bilgileri ile yurt dışına para gönderildiğini, bu parayı alacaklarını, paranın devlet kontrolünde olduğunu, parayı çekmesini söylediği, ayrıca katılanı 0232nolu telefondan da arayıp yönlendirdiği, katılanın Bostanlı İNG Banktaki hesabından 150.000 TL çekip eve geldiği, yönlendirme üzerine Zübeyde Hanım Hastanesinin yanındaki parka gittiği, parayı bir ağacın altına bırakmasını istemeleri üzerine, katılanın arayan kişinin polis olduğuna inanıp parayı ağacın altına bırakıp eve yöneldiği, arayan kişinin telefonda katılana parasının bloke edildiğini söylediği, ayrıca başka hesabı olup olmadığını sorduğu, katılanın Vakıflar

Sahneye koyma teorisinde mağdurun denetleme olanağının ortadan kaldırılması failin yalanını destekleyecek bir takım maddi hareketler sergilemesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu hareketler mağdur tarafından kontrol edilip de doğru olmadıklarının ayırdına varılmasının mümkün olduğu eylemler olduğu takdirde dolandırıcılık suçunun gerçekleşmediğine hükmedilmektedir¹⁰⁹. Ancak öğretide, mağdurun

Bankasında da hesabı olduğunu söylemesi üzerine, şahısların talimatı ile bu bankadan da 25.000 TL çektiği, Bostanlı'da Güzel Sanatlar karşısındaki parka götürüp yine beyaz saçlı bir şahsın önceki gibi gelip parayı katulandan aldığı ve sonrasında katulananı eve döndüğü, 22/11/2018 günü Vakıflar Bankasına giderek 20.000 TL çektiği ve aynı kişiye Bostanlı Hakimevi karşısındaki parkta teslim ettiği, aynı telefonda katulananı aynı gün tekrar arandığı, ev telefonunu da açık tutmasını söyledikleri, Bostanlı İNG Banktan 30.000 TL çekip yine parayı götürüp poşeti aynı kişiye teslim ettiği, 22/11/2018 tarihinde bankadan 105.000 TL daha para çektiği ve yine önceki gibi parka götürüp aynı kişiye parayı teslim ettiği, 23/11/2018 tarihinde katulananı yine arandığı, Vakıflar Bankasındaki kalan parasını da çekmesinin istendiği, geri kalan 140.000 TL parayı da çekerek hakimevi karşısındaki parkta elden teslim ettiği, 25/11/2018 günü tekrar aranıp paranın güvencede olduğunun başsavcının aktif hale getireceğinin söylendiği, katulananı Vakıflar Bankasına yönlendirdikleri, 10.000 TL daha para çektiği, bu kez gerçek polislerin geldiği, telefonda katulananı görüştüğü kişiye hanginize güveneyim dediği, bu sırada dolandırıldığını anladığı ve son olarak çektiği 10.000 TL parayı vermediği böylece 2-3 günlük süre içerisinde katulananın 470.000 TL parasının dolandırıldığını...” Y. 15. CD, 11.03.2021, E. 2020/11631, K. 2021/2856, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim: 25.04.2022.

¹⁰⁹ “Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kimseyi, kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Somut olayda, sanığın tanzim ettiği sahte polis kimliğinin aldatıcılık özelliği bulunmadığı ve karşı tarafın denetim imkanının elinden alınmadığı, bu şekilde otobüs şoförünün yaptığı denetim ile belgenin sahteliğini tespit ederek sanığın haksız menfaat temin etmesini engellediği, böylelikle, sanığın denetim imkanını ortadan kaldıracak mahiyette hileli bir eyleminin bulunmadığı anlaşıldığından, suçun kanuni unsurlarının oluşmadığı ve sanığın beraatine hükmedilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması...” Y. 15 CD, 06.11.2018, E. 2016/3622, K. 2018/7662, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim: 29.04.2022.

denetleme olanağına yönelik kriterin, kanuni düzenlemede yer almaması sebebiyle suç tipine aykırı olduğu, ayrıca failin hilesinin mağdur tarafından denetlenmesi gerekliliğinin dolandırıcılık suçunda mağdur bu işlemi yerine getirmediği için faili değil mağduru kınama sonucunun ortaya çıkmasına neden olacağı belirtilmektedir¹¹⁰. Oysa insan ilişkilerinde göz önünde bulundurulması gereken, sürekli şüphe duyarak yapılan her harekete karşı uyanık davranmak adına septik olmak değil karşılıklı ilişkilerde güven duygusunu sağlamaktır¹¹¹.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Dolandırıcılık, bir aldatma suçudur. Bu nedenle dolandırıcılık suçundaki sabit unsurun aldatma, değişken unsurun ise hile olduğu göz ardı edilmeden ve bu iki kavram birbirinden soyutlanmadan değerlendirilmek zorundadır. Suç tipindeki hile ise herhangi bir hile değil, malvarlığı yönünden zarara yol açan hiledir. Her ne kadar modern hukuk öğretisinde özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi arasında bir farkın bulunmadığı öne sürülse de uygulamada hala dolandırıcılık suç tipine yol açabilecek hile ile ilgili farklı kriterler aranmaktadır. Bu durum iki hile türü arasında nitelik farkından ziyade nicel açıdan farklılık bulunmasından kaynaklanmaktadır.

Kanun koyucu dolandırıcılık suçu açısından hile kavramına farklı bir özellik atfetmemiştir. Kanaatimizce kanun koyucunun dolandırıcılık suç tipindeki hileli hareketleri tanımlamaktan imtina göstermesi bilinçli bir tercihtir. Nitekim renk değiştiren ve failin sınırsız hayal gücünün ürünü olan hileli eylemler, dolandırıcılık suç tipinin belirli bir kalıba sığdırılmayacak dinamik bir suç tipi olduğunun en önemli göstergesidir. Bununla birlikte öğretilerde dolandırıcılık suçunda uygulama ve içtihatlar yoluyla geliştirilen ve sahneye koyma teorisinin unsurları olarak bilinen kriterlerin kanunilik ilkesine uygun olmayan sonuçlar ortaya çıkardığı belirtilmektedir. Bu kriterlerden ilki olan nitelikli yalan kriteri; ağır, yoğun ve ustaca bir yalanın Kanun metninde yer almadığı, mağdurun denetleme olanağının bulunmaması gerektiğine yönelik kriter ise; failin hileli hareketlerinden doğan sorumluluğun mağdura yükletilmesine yol açtığı gerekçesiyle eleştiriye uğramaktadır. Ancak TCK m.158/1(l) bendi dikkate alındığında, kişinin kendisini polis, hakim veya savcı olarak

¹¹⁰ EKİCİ ŞAHİN, s.232.

¹¹¹ *age*, s.232.

tanıtmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli hareketlerin sahneye koyma şeklinde meydana getirilmesi bu suç tipinin mutlak bir zorunluluğudur. Burada dolandırıcılık suçunun faili bu suça vücut vermek adına kendisini bir kamu otoritesi olarak tanıtmak suretiyle mağdurun rızasını sakatladığından, hileli davranışların gerçekleştirilebilmesi, silsile halinde birbirini takip eden bir senaryonun oluşturulmasına ve bunların belirli bir mizansen içerisinde yerine getirilmesine bağlıdır.

Kanaatimizce bu yöndeki açıklamaların düzenlemenin gerekçesinde bulunması ve fakat gerekçenin madde metnine dahil kabul edilmemesi, TCK m.158/1(l) bendinin kanunilik ilkesine aykırı şekilde ve kanun koyucunun kast ettiğiinden daha geniş yorumlanmasına yol açarak fail aleyhine daha ağır sonuçların doğmasına sebebiyet verebilir. Bu nedenle ilgili bentte “*söylemesi*” ifadesinden sonra gelmek üzere “*ve bu yöndeki saikini destekleyen kurguya dayalı aldatıcı davranışların gerçekleştirilmesi suretiyle*” ifadesinin eklenmesinin TCK m.158/1(l) bendinin cezalandırma alanını kanunilik ilkesinin gereklerine uygun hale getireceğine inanılmaktadır.

KAYNAKÇA

- ARSLAN, Göksel: Örneklerle Uygulamada Dolandırıcılık, Hırsızlık ve Mala Zarar Verme Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ARTUK, M. Emin/ KOÇYİĞİT, Halime Ebru: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Rüşvet Suçunun Benzer Suçlardan Ayrımı, Terazi Hukuk Dergisi, C. 10, S. 106, 2015, s.14-26.
- ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 19. Baskı, Ankara, 2021.
- ATALAN, Mustafa: Uygulamalı-Yorumlu-Analizli Dolandırıcılık, Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- AYDIN, Devrim: Dolandırıcılık Suçu, Hacettepe HFD, C. 11, S. 2, 2021, s. 649-705.
- BAHAR, Atalay: İkna Yoluyla Dolandırıcılık: Dolandırıcılık Faaliyetlerinde İkna ve Etkili İletişim Yöntemlerinin Tespiti Üzerine Bir Araştırma, Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi, S. 35, 2020, s.139-163.
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt I, Beta Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul, 2017.
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, İstanbul, 2020.
- DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi, 12. Bası, İstanbul, 1982.
- DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Yayınları, 17. Bası, İstanbul, 2001.
- EKER KAZANCI, Behiye/ ZEYREK, İlker: TCK'da Dolandırıcılık Suçu, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s.517-583.
- EKİCİ ŞAHİN, Meral: Dolandırıcılık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

- EREM, Faruk: Ceza Hukuku Hususi Hükümler, Cilt 2, Ajans – Türk Matbaacılık Sanayii, Ankara, 1968.
- EREM, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt IV, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993.
- ERMAN, Sahir: Sahtekarlık Cürümleri, Sulhi Garan Matbaası Varisleri, Koll. Şti., 3. Baskı, İstanbul, 1970.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ GÜNGÖR, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi, TBB Dergisi, S. 69, 2007, s.21-50.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s.405-440.
- KAMIŞLI, Gani: Yargıtay Kararları Çerçevesinde Dolandırıcılık Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KANGAL, Zeynel Temel: Özel Ceza Hukuku, Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- KANIK, Tahir: Dolandırıcılık Cürmü, Adalet Dergisi, S. 3-4, 1963, s.317-339.
- KILIÇARSLAN İSFEN, Sibel: Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma, Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü, C. 9, S. 9, 2015, s.81-91.
- MAHMUT, Koca/ ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2017.
- MAVIŞ, Volkan: Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 1, 2015, s. 597-626.
- MERAN, Necati, Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş: Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı, İnÜHFD, C. 12, S. 1, 2021, s.304-312.
- ÖNDER, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, Ankara, 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer: Ekonomi Ceza Hukuku, İkinci Kitap: Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

- ÖZGENÇ, İzzet: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- SELÇUK, Sami: Dolandırıcılık Cürmünü Hırsızlık ve İnanıcı Kötüye Kullanma Cürümlerinden Ayıran Ölçütler, Yargıtay Dergisi, C. 6, S. 4, 1980, s.467-481.
- SELÇUK, Sami: Dolandırıcılık, Yasa Yayınları, İstanbul, 1982.
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, Savaş Yayınevi, Ankara, 1995.
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- TANERİ, Gökhan/ KAMIŞLI, Gani: Dolandırıcılık- Sahtecilik- Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TÜMERKAN, Somay: Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Kaşidesi Fiilleri), Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987.
- TÜRKOĞLU, Halide Gökçe: Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- WHITTY, Monica T., “Predicting Susceptibility to Cyber-Fraud Victimhood”, Journal of Financial Crime, C. 26, S. 1, 2019, s.277-292.
- YAZICIOĞLU, R. Yılmaz: Hırsızlık Suçunun Malvarlığına Karşı İşlenen Bazı Benzer Suçlardan Ayrımı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s.757-795.
- YEA, Ning/ CHENG, Le/ ZHAO, Yun, “Identity Construction of Suspects in Telecom and İnternet Fraud Discourse: From A Sociosemiotic Perspective”, Social Semiotics, C. 29, S. 3, 2019, s.319-335.
- YENİDÜNYA, Caner: Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsurları Üzerine Bir Değerlendirme, <https://caneryenidunya.com/dolandiricilik-sucunun-maddi-unsurlari/>, Erişim: 27.04.2022.

Özlem ALKAN

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim: 11.04.2022.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/775) ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 438, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss438.pdf>, Erişim: 17.04.2022.

<https://www.egm.gov.tr/dolandiricilik>, Erişim: 11.04.2022.

ÖZEL HUKUK

ÇOCUK İŞÇİLİĞİNİ ÖNLEMeye YÖNELİK YENİ BİR ADIM: AVRUPA PARLAMENTOSU VE KONSEYİ'NİN KURUMSAL SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK DURUM TESPİTİNE DAİR DİREKTİF ÖNERİSİ

Didem YARDIMCIOĞLU*

ÖZ

Çocukları çocukluklarını yaşamaktan alıkoyan, potansiyellerini ve saygınlıklarını eksiltten, fiziksel ve zihinsel gelişimleri açısından oldukça zararlı olan çocuk işçiliği uzun yıllardan beridir önlenmeye ve sona erdirilmeye çalışılmaktadır. Bu doğrultuda başta Uluslararası Çalışma Örgütü olmak üzere çeşitli kurum ve kuruluşlarca önemli çalışmalar yapılmakta, projeler yürütülmekte ve çocuk işçiliği ile mücadelede ortak bir standart oluşturmak adına uluslararası düzeyde hukuki düzenlemeler yapılmaktadır. Bu düzenlemelere katkı sunacak hukuki metinlerden biri de 23.02.2022 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından kabul edilen Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespitine Dair Direktif Önerisi'dir. Direktif önerisinde şirketlerin, tedarik zincirleri boyunca faaliyetlerinden kaynaklanan çocuk işçiliği, zorla çalıştırma gibi insan hakları ihlallerinden ve biyolojik çeşitlilik kaybı, çevre kirliliği gibi olumsuz çevresel etkilerden sorumlu tutulacakları düzenlenmiştir. Bu sorumluluk hem idari hem de hukuki sorumluluk şeklinde olacaktır. Böylece

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, E-mail: didem.yardimcioglu@dicle.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-2890-5867.

Makalenin Gönderim Tarihi : 01.11.2022.

Makalenin Kabul Tarihi : 23.06.2023.

şirketlerin, kendileri veya tedarik zincirlerindeki şirketler tarafından çocuk işçi çalıştırılması durumunda hem tazminat ödeme yükümlülüğü hem de denetim makamları uyarınca kesilecek idari para cezaları ile karşı karşıya kalmaları söz konusu olabilecektir. Bu yönüyle Direktif önerisi şirketlere değer zincirlerinde durum tespiti yapma ve çocuk haklarına saygılı davranma konusunda bir yükümlülük getirmiş olmaktadır. Bu kapsamda Direktif önerisi başta Avrupa Birliği ülkeleri olmak üzere, ülkemizdeki ve diğer ülkelerdeki çocuk işçiliği ile mücadeleye ilişkin çalışmalara olumlu katkı sunacak nitelikte, oldukça değerli bir hukuksal metin olma niteliğine sahiptir ve bu özelliği nedeniyle çalışmamızın konusunu teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk işçiliği, durum tespiti, küresel değer zincirleri, kurumsal sürdürülebilirlik, çocuk hakları.

A NEW STEP TO PREVENT CHILD LABOUR: PROPOSAL FOR A DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE

ABSTRACT

Child labour, which prevents children from living their childhood, reduces their potential and dignity, and is very harmful for their physical and mental development, has been tried to be prevented and ended for many years. In this direction, important studies are carried out by various institutions and organizations, especially the International Labor Organization, projects are carried out and legal regulations are made at the international level in order to create a common standard in the fight against child labour. One of the legal texts that will contribute to these regulations is the Proposal for the Corporate Sustainability Due Diligence Directive, which was accepted by the European Parliament and the Council on 23.02.2022. In the proposal of the directive, it is regulated that companies will be held responsible for human rights violations such as child labour and forced labour and negative environmental impacts such as loss of biodiversity and environmental pollution throughout their supply chains. This responsibility will be in the form of both administrative and civil liability. Thus, companies may be faced with both the obligation to pay compensation and administrative fines in accordance with the supervisory authorities in case of child labour by themselves or by the companies in their supply chain. In this respect, the proposal of the Directive imposes an obligation on companies to do due diligence in value chains and to respect children's rights. In this context, the Directive proposal has the quality of being a very valuable

legal text that will contribute positively to the studies on the fight against child labour in our country and other countries, especially in the European Union countries, and due to this feature, it constitutes the subject of our study.

Keywords: Child labour, due diligence, global value chains, corporate sustainability, rights of the child.

I. GİRİŞ

Bir toplumun geleceğini temsil eden çocuklar ve gençlerin korunması, onların iyi bir eğitim alması, hem fiziksel hem de ruh sağlıklarının korunması, esasında tüm bir toplumun da korunması ve gelişmesi anlamına gelmektedir. Şüphesiz bu gelişimin önündeki en büyük engellerden birisi ise çocuk işçiliğidir. Çocuklar ile gençlerin fiziksel ve ruhsal açıdan gelişimini olumsuz yönde etkileyen, eğitime ulaşma olanaklarını kısmen veya tamamen ellerinden alan çocuk işçiliği, gerek uluslararası gerekse ulusal düzeydeki hukuki düzenlemelerle engellenmeye çalışılmaktadır.

Çocukları çalışma hayatına iten nedenler çok farklı kategorilerde ortaya çıkabilmektedir. Genel olarak bu nedenler ekonomik nedenler (yoksulluk), sosyal nedenler (nüfus artışı, düzensiz göç ve kentleşme, eğitimsizlik) ve kültürel nedenler/geleneksel bakış açısı (çocuğun çalışması ailesi için gelir kaynağı olarak görülmekte, çocuk ise para kazanarak kendisini büyümüş ve yetişkin hissetmektedir) şeklinde sıralanabilir¹. Bu nedenler sebebiyle ne yazık ki dünyada ve ülkemizde

¹ Ünal Narmanlıoğlu, “İş Hukukunda Çocukların Korunması”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 670-671; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2022, s. 205; Ercan Güven/Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir/İstanbul 2020, s. 486; Mustafa Çöpoğlu, “Türkiye’de Çocuk İşçiliği”, Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 14, Nisan 2018, s. 370 vd.; Özge Tuçe Gökalp, “Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Çalıştırma”, Electronic Journal of Vocational Colleges, Mayıs 2012, s. 128; Zakir Avşar/Eren Öğütöğulları, “Çocuk İşçiliği ve Çocuk İşçiliği İle Mücadele Stratejileri”, SGD, C. 2, S. 1, Ocak 2012, s. 12; Salih Barışık/Tarık Ege/Türker Şimşek, “Türkiye’de Çocuk İşçiliği ve Ekonomik Etkileri”, C. Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 17, S. 2, 2016, s. 165 vd.; Levent Şahin, “Geçmişten Günümüze Çocuk İşçiliği”, Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, C. 7, S. 2, 2012, s. 105 vd.; Cem Kılıç, “Gelişmekte Olan Ülkelerde ve Türkiye’de Çocuk İşgücü

çocuk işçiliği çok uzun yıllardan beridir mücadele edilmesine rağmen tamamen ortadan kaldırılabilmiş değildir. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve Birleşmiş Milletler Uluslararası Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF)'nin ortak çalışması sonucu yayınlanan raporda² çocuk işçiliği ile mücadeledeki ilerlemenin yirmi yıldan beri ilk kez durduğu ve çocuk işçi sayılarının tüm dünya genelinde arttığı belirtilmektedir. Rapora göre, çocuk işçi olarak çalıştırılan çocukların sayısı 8.4 milyon artarak dünya çapında 160 milyona ulaşmış bulunmaktadır. Bu çocukların yarısından fazlasını ise 5-11 yaş arası çocuklar oluşturmaktadır. Raporda da vurgulanmış olduğu üzere, Covid-19 salgınının da etkisiyle tüm dünyada 8.9 milyon çocuk daha 2022 yılının sonuna kadar çocuk işçiliğine itilme riski taşımaktadır³.

Hem birey hem de toplum açısından olumsuzluklara yol açan, ülkelerin yeni nesillerini tahrip ederek toplumların geleceğini tehdit eden çocuk işçiliğini ortadan kaldırmak, en azından minimuma indirmek için yapılan uluslararası düzeydeki hukuksal düzenlemelere ilaveten 23 Şubat 2022 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespiti ve 2019/1937 Sayılı Direktifte Değişiklik Yapılmasına Dair Direktif Önerisi kabul edilmiştir⁴. Direktif önerisinde şirketlerin, tedarik zincirleri boyunca faaliyetlerinden kaynaklanan çocuk işçiliği, zorla çalıştırma gibi insan hakları ihlallerinden ve biyolojik çeşitlilik kaybı, çevre kirliliği gibi olumsuz çevresel etkilerden sorumlu tutulacakları düzenlenmiştir. Direktif'in uygulanmaya başlanması ile birlikte, şirketler kendilerine bağlı kuruluşlarda ve tedarik zincirlerinde muhtemel ve mevcut olumsuz insan hakları ihlalleri ve çevresel etkileri izlemek, belirlemek, değerlendirmek, önlemek, sona erdirmek ve iyileştirmekle yükümlü olacaktır⁵. Böylece şirketlere tedarik zincirlerinde

Kullanımı (Çocuk İşçiliğini Önleme Uluslararası Programı-IPEC)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1-2, 2001, s. 52 vd.

² Child Labour: Global Estimates 2020, Trends and the Road Forward, UNICEF/ILO Joint Publication, New York, Haziran 2021. Rapor metni için bkz., <https://data.unicef.org/resources/child-labour-2020-global-estimates-trends-and-the-road-forward/>, (17.06.2022).

³ Child Labour: Global Estimates 2020, Trends and the Road Forward, s. 8 vd.

⁴ Direktif önerisinin İngilizce metni için bkz., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>, (19.06.2022).

⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1145, (01.06.2022).

çocuk işçiliği ile mücadele etme konusunda hukuksal bir sorumluluk yüklenecektir. Özellikle küresel ölçekteki büyük şirketler düşünüldüğünde bu düzenlemenin tüm dünya ülkelerindeki çocuk işçiliğine olan etkisi daha net anlaşılabilir. Bu yönüyle çocuk işçiliğini önleme, azaltma ve en nihayetinde tamamen ortadan kaldırma amacına bir adım daha yaklaşılması söz konusu olabilecektir.

Biz de bu doğrultuda çalışmamızda öncelikle çocuk ve çocuk işçiliği kavramlarını açıklayacak, ardından çocuk işçiliği ile mücadeleye yönelik temel uluslararası düzenlemelere değinerek şimdye kadar uluslararası alanda çocuk işçiliğini önlemeye ve ortadan kaldırmaya yönelik atılan adımların bir çerçevesini çizeceğiz. Daha sonrasında ise 23 Şubat 2022 tarihli Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespitine Dair Direktif Önerisini inceleyerek, direktif önerisinin çocuk işçiliğini önlemeye yönelik getirdiği düzenlemeleri, hangi şirketlerin direktif önerisinin kapsamına girdiğini ve direktif önerisinin ülkemizdeki çocuk işçiliğini engellemeye yönelik çalışmalara olası etkilerini ortaya koyacağız.

II. ÇOCUK KAVRAMI

Çocuk işçiliği kavramının çerçevesinin çizilebilmesi için öncelikli olarak “*çocuk*” kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Çocuk kavramının hem öğretilerde hem de ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerde çeşitli tanımlarının yapıldığı görülmektedir. Türk Dil Kurumu’na göre çocuk, “*Bebeklik ile ergenlik arasındaki gelişme döneminde bulunan oğlan veya kız*”dir⁶. Öğretilerde yapılan bir tanıma göre çocuk, “*Kimli veya kimsesiz, varlıklı veya varlıksız, suçlu veya suçsuz, beden veya ruh yahut düşünce yönünden arızası olması veya olmaması gibi kişisel özellikleri ve nitelikleri göz önünde bulundurulmaksızın sağ ve tam doğduğu andan reşit olduğu ana kadarki devrede bulunan (insan yavrusu) gerçek kişi*”dir⁷. Bir diğer tanıma göre çocuk, “*Yetişkin dünyasına bağımsız bir şekilde entegre*

⁶ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, (01.06.2022).

⁷ Ali Naim İnan, Çocuk Hukuku, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No: 3, İstanbul 1968, s. 10.

olana kadar, fiziksel, ruhsal ve zihinsel gelişimleri açısından yetişkin korumasına ihtiyacı olan birey”dir⁸.

Çocuk kavramının tanımını yapan temel uluslararası metinlerden biri olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre, “*Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır*”. Yine ILO'nun 182 sayılı En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesinin 2. maddesinde bu sözleşme uyarınca çocuk teriminin on sekiz yaşın altındaki herkese uygulanacağı ifade edilmiştir⁹.

Ulusal mevzuatta ise 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun m. 3/1, (a) bendinde çocuk kavramının tanımının yapıldığı görülmektedir. Bu tanıma göre “*çocuk, daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi*” ifade etmektedir¹⁰. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun m. 6/1, (b) bendinde de “*çocuk deyiminden henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişinin anlaşılacağı*” belirtilmiştir.

Hukusal açıdan kişiliğin başlangıç anından erginlik yaşına ulaşmaya kadar geçen dönemin “*çocukluk dönemi*” olarak adlandırıldığı görülmektedir¹¹. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 11. maddesinin ilk fıkrasında ise erginliğin on sekiz yaşın doldurulması ile başlayacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, on sekiz yaşından küçükleri çocuk olarak kabul etmek mümkündür¹².

⁸ Gerry Rodgers/Guy Standing, Child Work, Poverty and Underdevelopment, International Labour Office, Geneva, 1981, s. 160.

⁹ Sözleşme metni için bkz., https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377311/lang--tr/index.htm, (19.06.2022).

¹⁰ Çocuk Koruma Kanununun yapmış olduğu tanım doğrultusunda, on sekiz yaşını doldurmuş olmasa da, örneğin evlilik yoluyla daha erken bir yaşta ergin sayılan kişiler de bu Kanun kapsamında çocuk olarak kabul edileceklerdir.

¹¹ Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 482.

¹² Narmanlıoğlu, s. 673; Fevzi Demir, “Çalışma Hayatında Çocukların Korunması”, DEÜHFD, C. 12, Özel Sayı, 2010 (Basım 2012), s. 563; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 484; Gökalp, s. 127; Yener Şişman, “Sosyal Politika Açısından Türkiye’de Çocuk ve Genç İşgücü”, Kamu-İş, C. 7, S. 2, 2003, s. 6, <https://www.tuhis.org.tr/pdf/7229.pdf>, (06.08.2022).

Görüldüğü üzere gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemelerde çocuk kavramının belirlenmesinde yaş kıstası dikkate alınmakta, bireyin çeşitli gelişim süreçlerini tamamlayıp tamamlamadığına ilişkin özel bir tespit yapılmamaktadır¹³. Başka bir ifadeyle, kural olarak birey belirli bir yaşı doldurmuş ise gelişim süreçlerini de tamamlamış olduğu ve artık çocuk olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Fakat çocuk kavramının belirlenmesinde kullanılan yaş kıstası da genel geçer bir kabule sahip değildir. Bu yaş sınırı her ne kadar uluslararası sözleşmeler ile bir standarda oturtulmaya çalışılmış ise de toplumdaki topluma, kültürden kültüre, sosyal çevreye ve zamana göre değişiklik göstermektedir¹⁴. Aynı şekilde bu yaş sınırları ulusal düzeydeki çeşitli hukuksal metinlere ve konulara göre de farklılaşabilmektedir¹⁵. Özellikle de erginliğe ulaşma yaşının kanun koyucular tarafından ilgili toplumun sosyal ve doğal gerekleri dikkate alınarak tespit edildiği¹⁶ göz önünde bulundurulduğunda farklılaşma da kaçınılmaz olmaktadır.

III. ÇOCUK İŞÇİLİĞİ KAVRAMI

A. Tanımı ve Kapsamı

Çocuk işçiliği kavramı esasında uluslararası alanda oldukça yaygın kullanılan bir kavram olmakla birlikte, her ülkenin tarihi ve sosyal yapısının farklı olması nedeniyle kavramın sınırlarını net bir şekilde ortaya koyan bir tanım mevcut değildir. Fakat çocuk işçiliği konusunda önemli çalışmaları bulunan uluslararası kuruluşlarca dile getirilen tanımlar ile uluslararası sözleşmelerde yer alan tanımlar çocuk işçiliği kavramını tanımlamada ve kapsamını belirlemede önemli rol oynamaktadır¹⁷.

¹³ Hande Bahar Aykaç, “Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği”, TBB Dergisi, S. 116, 2016, s. 338.

¹⁴ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 481; Barışık/Ege/Şimşek, s. 163; Çöpoğlu, s. 362, 366.

¹⁵ Aykaç, s. 338; Çöpoğlu, s. 364.

¹⁶ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 483.

¹⁷ ÇSGB, Çocuk İşçiliği İle Mücadele Ulusal Programı, Ankara 2017, s. 13, https://www.csgb.gov.tr/medias/11752/cocuk_isciligi_rev_23032017.pdf,

UNICEF, çocuk işçiliğini “*çocuğun yaşına ve işin türüne bağlı olarak, minimum çalışma saatini aşan ve çocuğa zararlı olan iş*”lerde çalışma olarak tanımlamaktadır¹⁸. ILO'ya göre ise çocuk işçiliği, “*çoğu kez çocukları çocukluklarını yaşamaktan alıkoyan, potansiyellerini ve saygınlıklarını eksiltten, fiziksel ve zihinsel gelişimleri açısından zararlı işler*”de çalışmadır. Bu doğrultuda ILO, çocuk işçiliğinin kapsamına “*çocuklar için zihinsel, fiziksel, toplumsal ya da ahlaki açılardan tehlikeli ve zararlı işler*”in, “*okula düzenli devam etmelerini engelleyerek eğitim hakkından mahrum kalmalarına, okullarından erken ayrılmalarına yol açacak işler*”in ve “*çocukların okullarıyla birlikte yürütmek zorunda kaldıkları ağır işler*”in girdiğini belirtmektedir¹⁹. Yapılan tanımların da gösterdiği üzere çocuk işçiliği kavramı negatif bir kavram olma özelliği taşımaktadır. Zira toplum tarafından, çalışma olgusu yetişkin bireyler tarafından yerine getirilmesi gereken bir olgu olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle de çalışma ve çocuk kavramları yanyana gelmesi istenmeyen kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰.

Ulusal mevzuatımızda ise çocuk işçiliği kavramının bir tanımı yapılmamıştır. Öğretide genel olarak on sekiz yaşın altındaki işçiler “*küçük işçi*”, on sekiz yaşın üstündeki işçiler ise “*yetişkin işçi*” olarak adlandırılmaktadır²¹. 4857 sayılı İş Kanununda (İş K.) ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte ise on sekiz yaşın altındaki işçiler açısından bir ayrıma gidildiği ve “*çocuk işçi*” ile “*genç işçi*” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Her ne kadar İş Kanununda çocuk işçi ve genç işçi kavramlarının bir tanımı yapılmamış ise de İş K.

(05.08.2022); Avşar/Öğütoğulları, s. 11; Barışık/Ege/Şimşek, s. 164; Çöpoğlu, s. 368.

¹⁸ <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-i-%C5%9F%C3%A7ili%C4%9Fi>, (06.08.2022).

¹⁹ <https://www.ilo.org/ankara/areas-of-work/child-labour/lang--tr/index.htm>, (09.08.2022).

²⁰ Çöpoğlu, s. 366-367.

²¹ Tunçomağ/Centel, s. 205; Adnan Tuğ/Ulaş Baysal, “İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. II, Beta, İstanbul 2011, s. 1871-1872; Seçkin Nazlı, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri, Seçkin, Ankara 2015, s. 178; Ayşegül Kökkılınç Eraltuğ/Ayşe Fırat Şimşek, “Çocuk ve Genç İşçinin İş İlişkisinde Veli ve Vasinin Rolü”, Legal İSGHD, S. 21, 2009, s. 93.

m. 71/3 hükmünde yer alan “Onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile onbeş yaşını tamamlamış, ancak onsekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, ondört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işler, onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin...” ifadesinden çocuk işçi-geç işçi ayrımının yapıldığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu ayrıma göre on beş yaşın altındakiler çocuk işçi, on beş yaş ile on sekiz yaş arasındakiler ise genç işçi olarak kabul edilmişlerdir²². Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde ise çocuk işçi ve genç işçi kavramlarının tanımı yapılmıştır. Yönetmeliğe göre, “çocuk işçi on dört yaşını bitirmiş, on beş yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişiyi; genç işçi ise on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış kişiyi” ifade etmektedir. Bu nedenle on dört yaşını bitiren bir çocuğun çocuk işçi olarak kabul edilebilmesi için aynı zamanda ilköğretimini de tamamlamış olması aranmaktadır²³. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda ise “genç çalışan” kavramı kullanılmakta ve m. 3/1, (e) bendinde kavramın tanımı yapılmaktadır. Hükme göre genç çalışan, “Onbeş yaşını bitirmiş ancak onsekiz yaşını doldurmamış çalışanı” ifade etmektedir.

Ulusal mevzuatımızda belirlenmiş olan iş türleri (örneğin hafif işler) ve yaş sınırları arasında yapılan çalışmalar çocuk işçiliği olarak

²² Sarper Süzek, “İş Akdinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28 Mayıs 2011, İstanbul 2012, s. 68; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion, Ankara 2022, s. 497; Erdem Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 70; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 26. Baskı, Seçkin, Ankara 2022, s. 53; İstar Urhanoğlu Cengiz, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, TBB, S. 98, 2012, s. 205; Ercüment Özkaraça/Canan Ünal, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar İle Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 366; Narmanlıoğlu, s. 673; Demir, Çocukların Korunması, s. 563; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 484, 485; Nazlı, s. 178; Güven/Aydın, s. 487.

²³ Kadriye Bakırcı, Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması (Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından), Beta, İstanbul 2004, s. 81 vd.; Urhanoğlu Cengiz, s. 206; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 486.

nitelendirilmemektedir. Aksine, bu kurallara aykırı bir şekilde yaş ve işin türüne ilişkin sınırlamalara uyulmadan yapılan çalışmalar, önlenmesi ve en nihayetinde tamamen ortadan kaldırılması amaçlanan çocuk işçiliği olarak kabul edilmektedir²⁴. Nitekim ILO'ya göre de, bazı çalışma türlerinin çocuk işçiliği kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği çocuğun yaşına, yapılan işin türüne ve aldığı zamana, gerçekleştiği koşullara ve ülkelerin bu alanda gözettikleri hedeflere bağlıdır. Dolayısıyla da bir çalışma biçiminin çocuk işçiliği sayılıp sayılmayacağı yolundaki soruya verilecek yanıt hem ülkeden ülkeye hem de belirli bir ülkede sektörden sektöre farklılık gösterebilmektedir²⁵.

B. Çocuk İşçiliği, Çocuk Çalışması ve Çalışan Çocuk Kavramları Arasındaki Fark

Çocuk işçi (*child-labour*) kavramı ile çocuk çalışması (*child-work*) kavramı sık sık birbirleriyle karıştırılmaktadır. Çocuk işçiliği, çocuğun eğitimini engelleyen, fiziksel, duygusal, zihinsel, ahlaki ve sosyal gelişimini olumsuz yönde etkileyen işlerde çalışması olarak tanımlanmakta iken; çocuk çalışması ile kast edilen çocuğun eğitimini

²⁴ Recep Kapar, “Çocuk Emeğinin En Kötü Biçimleri ve Türkiye”, Çalışma ve Toplum, 2019/4, s. 2468, 2469; Özkan Bilgili, “Çocuk İşçiliğinin Denetimi”, SGD, C. 8, S. 2, Aralık 2018, s. 197.

²⁵ <https://www.ilo.org/ankara/areas-of-work/child-labour/lang--tr/index.htm>, (09.08.2022). Öğretide bir görüşe göre ise Türkiye’de kullanılan “*çocuk işçiliği*” kavramı hatalıdır. Bu görüşe göre çocuk işçiliği yalnızca ücret karşılığında işverene bağımlı olarak çalışmayı kapsamaktadır. Bu dar çerçeveli kavram yerine “*çocuk emeği*” kavramının kullanılması gerekmektedir. Zira çocuk emeği kavramı, ücret karşılığı bir işverene bağımlı olarak çalışmanın yanı sıra farklı şekillerde çalışma türlerini de kapsamaktadır. Örneğin çok sayıda çocuk “*işçi*” statüsünde değil, fakat “*ücretsiz aile çalışanı*”, “*köle veya köle benzeri*” gibi farklı şekillerde de çalıştırılmaktadır. ILO’nun resmi belgelerinde ve yayınlarında geçen “*child labour*” ifadesi Türkçe’ye ve resmi belgelere “*çocuk işçiliği*” olarak geçmiştir. Oysa ILO sözleşmeleri çocuk işçiliği de kısmen dahil olmak üzere değişik türlerde çalışma statülerini kapsayan “*çocuk emeğinin*” ortadan kaldırılması amacıyla sosyal politikalar ve standartlar oluşturmaktadır, Kapar, s. 2463 vd. Çocuk emeği kavramı hakkında daha ayrıntılı açıklamalar için bkz., Kapar, s. 2468 vd.

engellemeyen, fiziksel, zihinsel, duygusal, ahlaki ve sosyal gelişimini olumsuz yönde etkilemeyen işlerde çalışmasıdır²⁶.

ILO'ya göre, ortadan kaldırılması amaçlanan çocuk işçiliği üç kategoriye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, uluslararası standartlara uygun olarak ulusal mevzuatta belirlenen asgari yaşın altındaki bir çocuk tarafından gerçekleştirilen ve bu nedenle çocuğun eğitimini ve tam gelişimini engelleyebilecek işlerdir. İkincisi, bir çocuğun fiziksel, zihinsel veya ahlaki iyiliğini, doğası gereği veya yapıldığı koşullar nedeniyle tehlikeye atan, başka bir deyişle tehlikeli işlerdir. Üçüncüsü ise kölelik, insan ticareti, borç karşılığı çalıştırma ve diğer zorla çalıştırma biçimleri, çocukların silahlı çatışmalarda kullanılmak üzere zorla çalıştırılması, fuhuş ve pornografi ve yasadışı faaliyetler olarak uluslararası alanda tanımlanan çocuk işçiliğinin koşulsuz en kötü biçimleridir²⁷. Yine ILO'ya göre, çocuk işçiliği terimi, on sekiz yaşından küçük çocuklar tarafından yapılan tüm işleri kapsamaz. Milyonlarca genç, yaşlarına ve olgunluk düzeylerine uygun, ücretli veya ücretsiz, yasal bir şekilde çalışmaktadır. Böylece bu kişiler sorumluluk almayı öğrenirler, beceri kazanırlar, hem ailelerinin hem de kendi refah düzeylerinin ve gelirlerinin artmasına katkıda bulunmuş olurlar. Çocuk işçiliği, okuldan sonra ve okul ödevlerinin bitmesinin ardından hafif ev veya bahçe işlerine, çocuk bakımına veya diğer hafif işlere yardım etme gibi faaliyetleri içermez²⁸. İşte bu tür çalışmalar çocuk işçiliği yerine çocuk çalışması olarak adlandırılmaktadır²⁹. Ancak belirtelim ki, öğretilen bir görüş, bu şekilde bir ayrımın çocuk işçiliğine ilişkin hukuki düzenlemeler yapılırken eksikliğe neden olabileceğini, ayrıca hangi tür çalışmaların çocukların hayatları üzerinde olumlu etki bıraktığını belirlemenin subjektif nitelik

²⁶ Anne Lafarre/Bas Rombouts, "Towards Mandatory Human Rights Due Diligence: Assessing Its Impact on Fundamental Labour Standards in Global Value Chains", Tilburg Law School Research Paper, s. 4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4155836, (21.09.2022); Ertan Kahramanoğlu, Türkiye'de Çalışan Çocuklar Sorunu ve Çözüm Yolları, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Hizmetler Yüksekokulu ve Friedrich Naumann Vakfı Yayını, Ankara 1996, s. 5; Çöpoğlu, s. 367; Aykaç, s. 340.

²⁷ ILO, A Future Without Child Labour, International Labour Conference, 90th Session 2002, Global Report, s. 9.

²⁸ ILO, s. 9.

²⁹ Çöpoğlu, s. 369.

taşıdığını ve bu yüzden de zor olduğunu belirterek ayrımı eleştirmektedir³⁰.

Çocuk işçiliği ile çocuk çalışması kavramlarından ayrı olarak bir de çalışan çocuk kavramı bulunmaktadır. Çalışan çocuk kavramı, asgari çalışma yaşından bağımsız, ayrı bir yaş sınırı tespit edildikten sonra bu yaş sınırının altında çalışan tüm kişileri ifade etmekte ve çocuk işçiliği ile çocuk çalışması kavramlarını da kapsayan daha üst bir kavram olma özelliği taşımaktadır³¹.

C. En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliği

Ülkemizin de tarafı olduğu ILO'nun 182 sayılı En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesinin³² 3. maddesinde en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği kavramı açıklanmıştır. Hükme göre en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği ifadesi “*çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve askeri çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburî çalıştırılmaları gibi kölelik ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimlerini; çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işi*” kapsamaktadır³³.

Her türlü çocuk işçiliği ile mücadele önem taşımakla birlikte, ILO tarafından 182 sayılı Sözleşmede en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği

³⁰ Barış Şahin, Çocuk İşçilerin Korunması, Yetkin, Ankara 2010, s. 25; Aykaç, s. 340.

³¹ Yusuf Alper, “Çocuk İşçilerin Sosyal Güvenlik Hakları”, Türkiye’de Çocuk İşgücü, TİSK Yayın No: 138, Ankara 1994, s. 64; Çöpoğlu, s. 369; Aykaç, s. 339.

³² RG., 03.02.2001, 24307.

³³ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377311/lang--tr/index.htm, (09.08.2022).

olarak belirlenen bu kategorilerde³⁴ çocukların çalıştırılmasının önlenmesi taraf devletlere öncelikli bir yükümlülük olarak getirilmiştir. Sözleşmenin 6. maddesinde her üye devletin, en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin öncelikli olarak ortadan kaldırılması için eylem programları belirleyeceği ve uygulayacağı düzenlenmiştir.

IV. ÇOCUKLARIN KORUNMASI VE ÇOCUK İŞÇİLİĞİNİN ÖNLENMESİNE İLİŞKİN TEMEL ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

A. Milletler Cemiyeti/Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri

1. Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi

Çocuklara en temel haklarını sağlayan ilk uluslararası belge Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesidir. Bu bildirme 1924 yılında Milletler Cemiyeti Genel Kurulunda kabul edilmiş, 1928 yılında bizzat Atatürk tarafından imzalanmıştır³⁵. Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesinde çocukların tabii biçimde gelişimlerine olanak sağlanması, aç ve hasta çocukların beslenmesi ve tedavilerinin yapılması, terk edilmiş çocukların korunması, bir felaket anında yapılacak yardımların öncelikle çocuğa yapılması, çocukların her türlü istismara karşı korunması ve kardeşlik duyguları içinde eğitilmeleri gerektiği belirtilmiştir³⁶.

³⁴ Bu kategorilerin her birinin ayrıntılı incelemeleri için ayrıca bkz., Kapar, s. 2471 vd.

³⁵ T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Çocuk Hakları ve Türkiye Uygulaması, Çocuk Politikaları Serisi 2, 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı Özel Yayını, Ankara 2021, s. 14; Sevil Lale Kurt, “Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, S. 36, Ocak-Haziran 2016, s. 104.

³⁶ Aykaç, s. 341; B. Şahin, s. 95.

2. Birleşmiş Milletler Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşmesi

1956 yılında Birleşmiş Milletler tarafından Birleşmiş Milletler Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşmesi yürürlüğe konulmuştur. Türkiye tarafından da 1963 yılında onaylanan Sözleşmenin³⁷ 1. maddesinde on sekiz yaşından küçüklerin, veli yahut vasileri tarafından şahıslarını veya çalışmalarını istismar amacı ile karşılıklı ya da karşılıksız bir şekilde başkalarına verilmesi yasaklanmıştır.

3. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen ve Türkiye tarafından 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanarak 9 Aralık 1994 tarihinde ihtirazi kayıtla³⁸ onaylanan³⁹ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile de çocukların ekonomik sömürüye ve tehlikeli işlerde çalışmasının önlenmesine ilişkin taraf devletlere sorumluluklar yüklenmiştir.

Çocuk işçiliğinin önlenmesine yönelik olarak Sözleşmenin 32. maddesinde taraf devletlere yüklenen sorumluluklar, “*Taraf Devletler, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler./Taraf Devletler, bu maddenin uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her türlü önlemi alırlar. Bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutularak, Taraf Devletler özellikle şu önlemleri*

³⁷ Sözleşme 27.12.1963 tarih ve 361 sayılı Kanun ile onaylanmıştır, RG., 06.01.1964, 11599.

³⁸ Konulan ihtirazi kayıt, “*Türkiye Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 17, 29 ve 30 uncu maddeleri hükümlerini T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama ve uygulama hakkını saklı tutmaktadır*” şeklindedir, bkz.,

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c073/tbmm19073049ss0017.pdf>, (12.08.2022).

³⁹ RG., 11.12.1994, 22138.

alırlar: a) İşe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tespit ederler. b) Çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yaparlar. c) Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörürler” şeklinde ifade edilmiştir.

4. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen ve Türkiye tarafından ihtirazi kayıt konularak⁴⁰ 2003 yılında onaylanan⁴¹ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile de çocuklar ve gençlerin ekonomik ve sosyal sömürden korunması, sağlıklarını ve hayatlarını tehlikeye sokabilecek işlerde çalıştırılmalarının yasalar ile cezalandırılması ve yaş sınırları getirilerek bu sınırların altında ücretli çalışmanın yasaklanması gerektiği kararlaştırılmıştır (m. 10).

B. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Düzenlemeleri

1. İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin 138 Sayılı ILO Sözleşmesi

İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin 138 sayılı ILO Sözleşmesi, ILO'nun önceden kabul etmiş olduğu, asgari çalışma yaşının tespiti açısından belirli ve sınırlı sayıdaki sektörlere göre ayırım gösteren sözleşmeleri⁴² yürürlükten kaldırmış ve her sektör için geçerli olan genel

⁴⁰ Konulan çekince, “Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşmenin 13. maddesinin 3. ve 4. paragrafları hükümlerini, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 3., 14. ve 42. maddelerindeki hükümler çerçevesinde uygulama hakkını saklı tutar” şeklindedir, bkz., <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0148.pdf>, (12.08.2022).

⁴¹ RG., 18.06.2003, 25142.

⁴² 138 sayılı ILO Sözleşmesinin 10. maddesinde belirtilen bu sözleşmeler, “1919 tarihli Asgari Yaş Sanayi Sözleşmesi, 1920 tarihli (Denizcilik) Sözleşmesi, 1921 tarihli Asgari Yaş (Tarım) Sözleşmesi, 1921 Tarihli Asgari Yaş (Trimci ve Ateşçiler) Sözleşmesi, 1932 tarihli Asgari Yaş (Sanayi Dışı işler) Sözleşmesi, 1936 tarihli Asgari Yaş Denizcilik

ve tek bir asgari yaş sınırı öngörmüştür. Ülkemiz de bu sözleşmeyi 23 Ocak 1998 tarih ve 4343 sayılı uygun bulma kanunu ile onaylamıştır⁴³. Sözleşmenin 2. maddesine göre, “*Bu maddenin 1 inci fıkrasına göre belirlenen asgari yaş sınırı, zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında ve her halükarda 15 yaşın altında olmayacaktır. Ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan her üye bu maddenin 3. fıkrası hükümlerini dikkate almaksızın varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerinin görüşünü aldıktan sonra, asgari yaşı başlangıçta 14 olarak belirleyebilir. Bir önceki fıkra gereğince asgari yaşı 14 olarak belirleyen her üye, bu sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olarak Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası'nın 22. maddesine göre sunacağı raporlarda bu belirlemenin gerekçelerinin devam ettiğine veya belirli bir tarihten sonra söz konusu hükümlerden yararlanma hakkından vaz geçtiğine ilişkin bir açıklamaya yer verecektir*”⁴⁴.

Sözleşmenin 3. maddesine göre ise, “*Doğası veya yapıldığı koşullar bakımından genç kişilerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek her türlü istihdam veya çalışmaya kabul için asgari yaş 18'in altında olmayacaktır. Ulusal mevzuat yahut yetkili makam bu maddenin 1. fıkrası hükümlerine bakılmaksızın, varsa işveren ve işçi örgütlerine danışarak, söz konusu genç kişilerin sağlığı, güvenliğinin ve ahlakının tam olarak güvenceye alınması ve genç kişilerin ilgili faaliyet dalında yeterli özel öğrenim veya mesleki eğitim görmeleri koşuluyla 16 yaşından itibaren istihdamlarına veya çalışmalarına izin verebilir*”.

Sözleşmenin 7. maddesinde de “*ulusal mevzuat tarafından, 13-15 arası yaşlardaki kişilerin sağlıklarına veya gelişmelerine zarar vermesi ihtimali bulunmayan ve okula devamlarını, yetkili makamın onayladığı mesleğe yöneltme veya mesleki eğitim programlarına katılmalarını veya derslerden yararlanmalarını engellemek koşuluyla hafif işlerde çalışmalarına veya istihdamlarına izin verilebileceği*” belirtilmiştir.

Sözleşmesi (Düzeltilmiş), 1937 tarihli Asgari Yaş Sanayi Sözleşmesi (Düzeltilmiş), 1937 tarihli Asgari Yaş Sanayi Dışı İşler Sözleşmesi (Düzeltilmiş), 1959 tarihli Asgari Yaş (Balıkçılık) Sözleşmesi ve 1965 tarihli Asgari Yaş (Yeraltı Maden İşleri) Sözleşmesi”dir.

⁴³ RG., 27.01.1998, 23243.

⁴⁴ Sözleşme metni için bkz., https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377287/lang--tr/index.htm, (12.08.2022).

2. En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 182 Sayılı Acil Eylem Sözleşmesi

17 Haziran 1999 tarihinde ILO tarafından kabul edilen ve Türkiye tarafından da 25 Ocak 2001 tarihinde 4623 sayılı uygun bulma kanunu ile onaylanmış⁴⁵ olan ILO'nun 182 sayılı En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesinde hem çocuk kavramı tanımlanmış, hem de en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği kavramı açıklanmıştır. Sözleşme ile en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği olarak kabul edilen işlerde on sekiz yaşın altındaki çocukların çalışması yasaklanmıştır⁴⁶.

Sözleşmenin 7. maddesinde ise üye devletlerin çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılmasında eğitimin önemini dikkate alarak bazı önlemler alacakları belirtilmiştir. Madde hükmünde üye devletlerce alınması öngörülen önlemler, *“çocukların en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğine dahil olmalarının önlenmesi; çocukların en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinden uzaklaştırılmaları, sosyal uyumları ve rehabilitasyonları için gerekli ve uygun doğrudan yardım sağlanması; çocukların en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinden uzaklaştırılmaları için ücretsiz temel eğitim ve mümkün ve uygun olduğu takdirde mesleki eğitim sağlanması; özel olarak riskli durumda bulunan çocukların belirlenmesi ve onlara ulaşılması ve kız çocuklarının özel durumunun dikkate alınması”* şeklinde ifade edilmiştir.

3. ILO Temel Çalışma İlke ve Hakları Deklarasyonu

ILO Temel Çalışma İlke ve Hakları Deklarasyonunun giriş kısmında ILO'nun kuruluşundaki temel felsefe ve amaç belirtilmiştir. Ardından ILO tarafından kabul edilen sözleşmeleri onaylamasalar dahi örgüte üye tüm üyelerin, sırf örgüte üye olmaları sebebiyle ve ILO Anayasası uyarınca, sözleşmelere konu olan temel haklara saygı duyma ve bu hakları pekiştirme zorunluluğunda oldukları ifade edilmiştir. ILO'nun, ilgili sözleşmeleri onaylamamalarına rağmen üyelerinden saygı

⁴⁵ RG., 03.02.2001, 24307.

⁴⁶ Sözleşme metni için bkz., https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377311/lang--tr/index.htm, (12.08.2022).

duymalarını talep ettiği haklardan biri de çocuk işçiliğinin etkin bir biçimde yasaklanmasıdır⁴⁷.

4. Asgari Çalışma Yaşına İlişkin 146 Sayılı ILO Tavsiye Kararı

ILO'nun 138 sayılı asgari yaş sözleşmesini tamamlayıcı bir nitelik taşıyan 146 sayılı tavsiye kararının giriş bölümünde çocuk işçiliğinin etkili bir şekilde ortadan kaldırılabilmesi için istihdama kabul açısından öngörülen asgari yaş şartının zamanla artırılması gerektiği belirtilmiştir. 138 sayılı sözleşmede ifade edilen ve bu sözleşmeyi onaylayan ülkelere getirilen ulusal politika geliştirme yükümlülüğü, tavsiye kararında tekrar vurgulanmıştır. Ayrıca 146 sayılı tavsiye kararının 7. maddesinde, 138 sayılı sözleşmenin 2. maddesinde on beş yaş olarak düzenlenmiş bulunan asgari yaş sınırının zamanla on altı yaşa çıkarılması gerektiği, ekonomik ve eğitim olanakları gelişmemiş ülkelerin de kendileri için öngörülmüş olan on dört yaş sınırını zamanla on beş yaşa artırmaları gerektiği ifade edilmiştir⁴⁸.

5. En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğine İlişkin 190 Sayılı ILO Tavsiye Kararı

ILO'nun En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğine İlişkin 190 sayılı tavsiye kararının giriş bölümünde, bu kararın 182 sayılı Sözleşmenin eki olarak kabul edileceği ve aynı adla anılabileceği belirtilmiştir. 190 sayılı tavsiye kararının “Eylem programları” başlığı altında, “182 sayılı sözleşmeyi onaylayan üye ülkelerin çocuk işçiliğinin en kötü biçimlerini ortadan kaldırmak için hazırlayacakları eylem programlarında çocuk işçiliğinin en kötü biçimlerinin tespit ve ifşa edilmesi, çocuk işçilerin en kötü biçimlerde çalışmasının önlenmesi veya çocukların bu tür çalışmalardan kurtarılması, çocukların eğitimlerine ilişkin, fiziki ve psikolojik ihtiyaçlarına cevap veren tedbirler aracılığıyla rehabilitasyonlarının ve sosyal entegrasyonlarının sağlanmasının

⁴⁷ Deklarasyon metni için bkz., https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412372/lang--tr/index.htm, (11.08.2022).

⁴⁸ Tavsiye kararı için bkz., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312484:NO, (11.08.2022).

amaçlanması gerektiği” belirtilmiştir⁴⁹. Nitekim bu doğrultuda ülkemizde de 2017-2023 yılları arasını kapsayacak şekilde Çocuk İşçiliği İle Mücadele Ulusal Programı ve Çocuk İşçiliği İle Mücadele Ulusal Programı Eylem Planı hazırlanmıştır⁵⁰. Ulusal programda ülkemiz açısından öncelikli hedef grupların sokakta çalışma, küçük ve orta ölçekli işletmelerde ağır ve tehlikeli işlerde çalışma ile tarımda aile işleri dışında, ücret karşılığı gezici ve süresiz nitelikteki tarım işlerinde çalışma olduğu belirlenmiştir⁵¹. Ayrıca 190 sayılı tavsiye kararında küçük çocuklara, kız çocukları ile özel zayıflıkları ve ihtiyaçları olan diğer çocuk gruplarına özel dikkat gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir (m. 2).

C. Avrupa Birliği Hukukundaki Düzenlemeler

1. Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı

Avrupa Birliği Konseyinin 9 Aralık 1989 tarihinde kabul ettiği Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı’nın 20. ve 22. maddelerinde *“asgari çalışma yaşının zorunlu eğitimi bitirme yaşının altında ve her halükarda on beş yaşın altında olamayacağı, çalışan gençlerin özellikle iş sağlığı ve güvenliği açısından korunmaları, mesleki eğitim yolu ile çalışma hayatına hazırlıklı hale getirilmeleri, çalışma sürelerinin sınırlandırılması, on sekiz yaşın altındakilere gece çalıştırılması yaptırılmasının yasaklanması, çalışma koşullarının yaş ve*

⁴⁹ Tavsiye kararı için bkz., https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312528:NO, (11.08.2022).

⁵⁰ Çocuk İşçiliği İle Mücadele Ulusal Programı ve Çocuk İşçiliği İle Mücadele Ulusal Programı Eylem Planı metinleri için bkz., <https://www.csgb.gov.tr/cgm/cimup/>, (09.08.2022).

⁵¹ ÇSGB, Ulusal Program, s. 32 vd. Öğretide bu durum da eleştirilmekte ve silahlı çatışma, fuhuş, kölelik ve benzeri çalışma türleri gibi en kötü şekillerdeki çalışma biçimlerinde çalışan çocukların sayısının görece daha az olmasının bu tür çalışma biçimlerinin önemli bir sorun teşkil etmediği anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir. Bu çalışma biçimlerinin varlığının toplumda kısa veya uzun vadede önemli hasarlara yol açacağı ve bu sebeple de bu tür çalışma biçimlerine ilişkin olarak da devlet tarafından önlemler alınarak hayata geçirilmesinin bir gereklilik olduğu belirtilmiştir, Kapar, s. 2486.

tecrübelerine uygun şekilde ayarlanması" konularında hükümler getirilmiştir⁵².

2. İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin 89/391/EEC Sayılı Direktif

Avrupa Birliği Konseyi daha sonra 12 Haziran 1989 tarihinde, İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin 89/391/EEC sayılı Direktifi kabul etmiştir. Direktifin 15. maddesinde hassas grupların tehlikelere karşı özellikle korunması gerektiği belirtilmiştir⁵³.

3. Gençlerin İşte Korunmasına İlişkin 94/33/EEC Sayılı Direktif

Gençlerin İşte Korunmasına İlişkin 22 Haziran 1994 tarih ve 94/33/EEC sayılı Konsey Direktifinin 7. maddesinde gençlerin maruz kaldığı tehlikeli iş yasağı başlığı altında önemli düzenlemeler getirilmiştir. 7. madde hükmü doğrultusunda taraf devletlerin gençleri, *"fiziki ve psikolojik yeterliklerinin üzerinde olan işlerde; toksik, kanserojen olan, kalıtsal genetik bozukluğa sebebiyet veren ya da doğmamış çocuğa zarar veren veya herhangi bir şekilde insan sağlığını etkileyen zararlı maddelere maruz kalınmasını içeren işlerde; zararlı radyasyonla ilgili işlerde; eğitim, deney eksikliği, güvenlik konusunda dikkat eksikliğine bağlı olarak gençlerin maruz kalabileceği kaçınılması veya fark edilmesi mümkün olmadığına inanılan iş kazası riski taşıyan işlerde ve vibrasyon veya gürültü ile aşırı sıcak veya soğuktan doğabilecek sağlık riski taşıyan işlerde"* çalıştırmayı yasaklayacakları ifade edilmiştir⁵⁴.

⁵² <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/51be16f6-e91d-439d-b4d9-6be041c28122/language-en/format-PDF>, (07.08.2022).

⁵³ Direktif metni için bkz., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31989L0391>, (11.08.2022).

⁵⁴ ÇSGB, Çalışma Mevzuatı İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri, (Ed. Fazıl Aydın), Yayın No: 11, Ankara 2014, s. 139.

4. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

3 Mayıs 1996 tarihinde kabul edilen⁵⁵ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. bölümünün 7. maddesine göre “Çocuklar ve gençler, uğrayacakları bedensel ve manevi tehlikelere karşı özel korunma hakkına sahiptir”⁵⁶. Sözleşmenin 2. bölümünde yer alan “Çocukların ve gençlerin korunması hakkı” başlıklı 7. maddesinde ise taraf devletlerin bu korumanın etkili bir şekilde gerçekleşebilmesi için asgari çalışma yaşını on beş yapmayı, tehlikeli veya sağlığa zararlı işlerde yaş şartını on sekiz olarak uygulamayı, on sekiz yaşın altındakilere yılda en az dört hafta yıllık ücretli izin verilmesini sağlamayı ve on sekiz yaşın altındakilerin gece çalışmalarını önlemeyi taahhüt ettikleri hüküm altına alınmıştır⁵⁷.

5. Avrupa Temel Haklar Şartı

7 Aralık 2000 tarihinde Nice Zirvesinde ilan edilen⁵⁸ Avrupa Temel Haklar Şartının 32. maddesinde, çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu ve “gençler için daha elverişli olabilecek kurallar saklı kalmak üzere ve sınırlı istisnalar dışında istihdam edilmek için asgari yaş sınırının, zorunlu eğitimin tamamlanması için belirlenen asgari yaştan daha düşük olamayacağı” hüküm altına alınmıştır. Aynı madde hükmüne göre, “işe alınan gençler, yaşlarına uygun çalışma koşullarında çalıştırılmalı, ekonomik sömürüye ve emniyetlerine, sağlıklarına veya fiziksel, ruhsal, ahlaki veya sosyal gelişimlerine zarar verme olasılığı

⁵⁵ 18.10.1962 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından Avrupa Sosyal Şartı kabul edilmiştir. Şart, Türkiye tarafından 3581 sayılı uygun bulma kanunu ile çekince konulmak suretiyle onaylanmıştır, RG., 04.07.1989, 20215. Daha sonrasında 03.05.1996 tarihinde Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı kabul edilmiş, Türkiye tarafından bu Şartın yalnızca 1. maddesi, 2. maddesinin 1, 2, 4, 5, 6, ve 7. fıkraları, 3. maddesi, 4. maddesinin 2, 3, 4 ve 5. fıkraları ile 7 ila 31. maddeleri 5547 sayılı uygun bulma kanunu ile onaylanmıştır, RG., 03.10.2006, 26308. Şartın diğer maddeleri ise onaylanmamıştır. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 502, dn. 67.

⁵⁶ ÇSGB, Avrupa Sosyal Şartı, (Ed. Fazıl Aydın), Yayın No: 06, Ankara 2014, s. 69.

⁵⁷ ÇSGB, Avrupa Sosyal Şartı, s. 72.

⁵⁸ Şartın ayrıntılı bir incelemesi için bkz., Yüksel Metin, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 57, S. 4, 2002, s. 35-63.

bulunan veya eğitimlerini engelleyebilecek her türlü işe karşı korunmalıdır⁵⁹.

V. AVRUPA PARLAMENTOSU VE KONSEYİ'NİN KURUMSAL SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK DURUM TESPİTİNE İLİŞKİN DİREKTİF ÖNERİSİ

A. Genel Olarak

Çocukların korunması ve çocuk işçiliğinin önlenmesine ilişkin mevcut temel uluslararası düzenlemelere ilaveten Avrupa Komisyonu tarafından 23 Şubat 2022 tarihinde, şirketlerin küresel tedarik zincirlerinde insan haklarına ve çevreye saygı duymaları için ortak kurallar getirmeyi öngören Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespiti Dair Direktif Önerisi kabul edilmiştir⁶⁰.

Esasında direktif önerisinden önce de bazı şirketler durum tespitine ilişkin kendi önlemlerini almaktaydı. Benzer şekilde İngiltere (2015 tarihli Modern Kölelik Kanunu)⁶¹, Fransa (2017 tarihli Özen Yükümlülüğü Kanunu)⁶², Hollanda (2019 tarihli Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu)⁶³, İsviçre (2020 tarihli İnsan Hakları Durum Tespiti Kanunu)⁶⁴, Almanya (2021 tarihli Tedarik Zinciri Durum Tespiti Kanunu)⁶⁵, Norveç (2021 tarihli Şeffaflık Kanunu)⁶⁶ gibi bazı ülkelerde

⁵⁹ Şartın orijinal metni için bkz., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012P%2FTXT>, (12.08.2022); Türkçe metni için bkz., <https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708>, (12.08.2022).

⁶⁰ Direktif önerisi metni için bkz., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>, (19.08.2022).

⁶¹ Kanun metni için bkz., <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents>, (18.09.2022).

⁶² Kanun metni için bkz., <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/>, (18.09.2022).

⁶³ Kanun metni için bkz., <https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20170207/gewijzigd-voorstel-van-wet>, (18.09.2022).

⁶⁴ Kanun metni için bkz., <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/Texte%20pour%20le%20vote%20final%20%20NS%20F.pdf>, (18.09.2022).

⁶⁵ Kanun 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girecektir. Kanun metni için bkz., https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&j

durum tespitine yönelik kanunlar kabul edilmişti⁶⁷. Fakat bu konuda Avrupa Birliği (AB) düzeyinde bir atılım yapılması, direktif önerisi ile birlikte gerçekleşebilmiştir.

Avrupa Birliği düzeyinde belirlenmiş kuralların yürürlüğe konulabilmesi ve bu doğrultuda bir direktifin hazırlanmasına ilişkin çalışmalar 2020 yılından itibaren başlamıştır. 1 Aralık 2020 tarihli Küresel Tedarik Zincirlerinde İnsan Hakları ve İnsana Yakışır İşe İlişkin Konsey Kararları, Avrupa Komisyonu’nu, küresel tedarik zincirleri boyunca sektörler arası kurumsal durum tespiti yükümlülükleri de dahil olmak üzere, sürdürülebilir kurumsal yönetime ilişkin Birlik yasal çerçevesi oluşturulmasına yönelik bir öneri sunmaya çağırmıştır. Avrupa Parlamentosu da 10 Mart 2021 tarihli kararında Komisyonu, kapsamlı bir kurumsal durum tespiti yükümlülüğü için Birlik kuralları önermeye davet etmiştir. Avrupa Parlamentosu, Avrupa Birliği Konseyi ve Komisyon, 2022 için AB Yasama Öncelikleri Ortak Bildirgesinde, insanlar için çalışan bir ekonomi sağlama ve sürdürülebilir kurumsal yönetime ilişkin düzenleyici çerçeveyi iyileştirme taahhüdünde bulunmuştur⁶⁸. Tüm bu çağrı ve taahhütlerin ardından direktif önerisi hayata geçirilmiştir.

Öneride şirketlerin faaliyetlerinde, çocuk işçiliği ve işçilerin sömürülmesi gibi insan hakları ile kirlilik ve biyolojik çeşitlilik kaybı gibi

[umpTo=bgbl121s2959.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27b_gbl121s2959.pdf%27%5D_1663510106828](#), (18.09.2022).

⁶⁶ Kanun metni için bkz., <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Vedtak/Beslutninger/Lovvedtak/2020-2021/vedtak-202021-176/>, (18.09.2022).

⁶⁷ Şirketlerin tedarik zincirleri boyunca insan haklarına ve çevrenin korunmasına saygı gösterme sorumluluğunu teyit ettikleri için haklı olarak memnuniyetle karşılanmış olmalarına rağmen esasında bu kanunların hiçbirinin durum tespiti sürecinin zorluklarının üstesinden tam olarak gelemediği yolundaki görüş için bkz., Chantal Mak, “Corporate Sustainability Due Diligence: More Than Ticking the Boxes?”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 29, No. 3, 2022, s. 302.

⁶⁸ Direktif önerisi metni, giriş kısmı, pr. 13. Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyinin konu hakkındaki yasal çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Claire Methven O’Brien/Olga Martin Ortega, Commission Proposal on Corporate Sustainability Due Diligence: Analysis From a Human Rights Perspective, 2022, s. 4, https://gala.gre.ac.uk/id/eprint/37032/7/37032_MARTIN%20ORTEGA_Commission_proposal_on_corporate_sustainability.pdf, (21.09.2022).

çevre üzerindeki olumsuz etkileri belirlemeleri ve gerektiğinde önlemleri, sona erdirmeleri veya hafifletmeleri istenmiştir. Direktif önerisi öncelikli olarak dünya çapında yüksek ciro getirisi olan büyük ölçekli AB şirketleri ile aynı ciro eşliğindeki AB'de faaliyet gösteren AB dışı şirketleri kapsamaktadır⁶⁹. Ancak şirketlerin tüm tedarik zincirleri boyunca etkili olacak kurallar içeren direktif önerisinin onaylanarak yürürlüğe girmesi durumunda, bu şirketlerle ticaret ilişkisi içinde bulunan diğer tüm şirketler de direktif kurallarından dolayı olarak etkilenmiş olacaktır. Ülkemizin dış ticaret hacminin önemli bir kısmını AB devletleri ile olan ticaret ilişkilerinin oluşturduğu⁷⁰ düşünülecek olursa direktif kurallarının AB üyesi olmayan Türkiye açısından da dolaylı şekilde bağlayıcı olacağı söylenebilecektir.

B. Direktif Önerisinin Amacı

Günümüzde bazı şirketler her ne kadar gönüllü olarak değer zincirlerindeki riskleri belirlemek için çalışıyor olsalar da kurumsal durum tespiti yükümlülükleri, değer zincirlerinin karmaşıklığı, piyasa baskısı, bilgi eksiklikleri ve maliyetlerle ilgili yasal netliğin olmaması gibi nedenler çoğu zaman şirketleri durum tespiti yapmaktan alıkoymakta, durum tespiti yapılmasının yaygınlaşmasını engellemektedir. Rekabet avantajı sağlaması ve aynı zamanda tüketiciler ve yatırımcılar karşısında istenmeyen itibar kayıplarına uğramayı engellemeye yardımcı olması nedeniyle çok sayıda büyük şirket durum tespiti süreçlerini aktif olarak kullanmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, bu süreçler gönüllülük esasına dayanmakta ve herhangi bir zarar meydana gelmesi durumunda ne yapılabileceğine ilişkin hem şirketler hem de mağdurlar için hukuki bir netlik içermemektedir⁷¹.

Uygulamaya bakıldığında, bazı AB şirketlerinin değer zincirleri de dahil olmak üzere olumsuz insan hakları ve çevresel etkilere sebep olmakla ilişkilendirildikleri görülmektedir. Olumsuz etkiler arasında özellikle zorla çalıştırma, çocuk işçiliği, yetersiz iş sağlığı ve güvenliği,

⁶⁹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1145, (19.08.2022).

⁷⁰ <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Dis-Ticaret-Istatistikleri-Ocak-2022-45536>, (19.08.2022).

⁷¹ Direktif önerisi, Explanatory Memorandum, Context of the Proposal, pr. 4, 5.

işçilerin sömürülmesi gibi insan hakları sorunları ile sera gazı emisyonları, kirlilik veya biyolojik çeşitlilik kaybı ve ekosistem bozulması gibi çevresel etkiler yer almaktadır⁷².

Son yıllarda Avrupa Birliği üyesi çeşitli bazı devletlerde kurumsal durum tespiti konusunda yürürlüğe giren yasal düzenlemeler, şirketleri değer zincirlerinde durum tespiti yapma, insan haklarına, çocuk haklarına ve çevreye saygılı davranma gibi hususlara teşvik etmeye çalışmaktadır⁷³. Fakat öte yandan, bu yasal düzenlemeler Avrupa Birliği ortak pazarındaki şirketler için yasal belirliliği ve eşit hareket imkanını ortadan kaldırma riskini de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle Avrupa Birliği mevzuatı içinde kurumsal durum tespitine ilişkin bir düzenlemenin yer almasıyla, insan haklarına ve çevrenin korunmasına yönelik saygının artması, hem Birlik içindeki şirketler hem de benzer ciro kriterine dayalı olarak Birlik pazarında faaliyet gösteren üçüncü ülke şirketleri için eşit bir ticari hareket alanı yaratılması, böylelikle üye devletlerin kendi başlarına hareket etmesinden kaynaklanan bölünmenin önlenmesi hedeflenmektedir⁷⁴.

⁷² Direktif önerisi, Explanatory Memorandum, Context of the Proposal, pr. 6.

⁷³ Örneğin, Mayıs 2019'da Hollanda senatosu tedarik zincirlerinde çocuk işçi çalıştırılmasıyla ilgili olarak Hollanda'da mal veya hizmet sunan şirketler için durum tespiti yükümlülüğü getiren özel bir düzenlemeyi, Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu'nu kabul etmiştir. Kanunun amacı Hollanda'da mal veya hizmet sunan şirketlere, bu mal ve hizmetlerin üretiminde çocuk işçi çalıştırılmasını önlemek amacıyla gerekli özeni gösterme yükümlülüğü getirmektir. Kanun, Hollanda'da veya yurtdışında kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın, Hollandalı son kullanıcılara mal veya hizmet tedarik eden her şirketin, bu mal ve hizmetlerin üretiminde çocuk işçiliği kullanılmasını önlemek amacıyla gerekli özeni gösterdiğine dair bir beyanda bulunmasını şart koşmaktadır. Bu beyannamenin, kamu hukuku denetçisine (*public law supervisor*) sunulması gerekmektedir. Kamu hukuku denetçisi, beyannamenin Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu'na uygun olup olmadığını denetleyecektir. Kanun, bu tür beyanların zamanlaması veya şekil ve içeriklerine ilişkin başka bir gereklilik içermemekte, ancak ikincil mevzuat yoluyla başka gerekliliklerin belirlenebileceğini öngörmektedir, Liesbeth Enneking, "Putting the Dutch Child Labour Due Diligence Act into Perspective", *Erasmus Law Review*, No. 4, 2019, s. 20, 21.

⁷⁴ Direktif önerisi, Explanatory Memorandum, Context of the Proposal, pr. 7, 8, 9.

C. Değer Zinciri ve Durum Tespiti Kavramları

Direktif önerisinde sıklıkla kullanılan kavramlar olan durum tespiti ve değer zinciri kavramlarının tanımının yapılması, şirketlerin çocuk işçiliğini önlemeye yönelik atmaları gereken adımların ve üye devletlere bu konuda düşen sorumlulukların daha net anlaşılmasını sağlayacaktır.

Direktif önerisinin “*Tanımlar*” başlıklı 3. maddesinin (g) bendinde değer zinciri (*value chain*) kavramı tanımlanmıştır. Değer zinciri, bir şirket tarafından mal üretimi veya hizmet sunumu ile bağlantılı faaliyetler anlamına gelmektedir. Buna ürün veya hizmetin geliştirilmesi, ürünün kullanımı, satışı ile şirketin yukarı ve aşağı yönde kurulmuş ticari ilişkilerinin bağlantılı faaliyetleri de dahildir (m. 3/1, (g)). Hemen belirtelim ki, şirketlerin mal veya hizmet üretim süreçleri genellikle bir nehre benzetilmekte ve bu yüzden yukarı (*upstream*) ve aşağı yönde (*downstream*) kurulmuş ticaret ilişkisi terimi kullanılmaktadır. Yukarı yön ile kast edilen üretim için gerekli malzeme girdileri iken, aşağı yön ile kast edilen ürünlerin üretimi ve dağıtımıdır⁷⁵.

Değer zinciri müşterilere sağlanan ürün veya hizmetlere değer katan başlıca ticari faaliyetler dizisi şeklinde tanımlanabilir⁷⁶. Bu yönüyle değer zincirinin amacı, maliyetleri olabilecek en elverişli seviyeye

⁷⁵ Yukarı yöndeki iş ilişkileri bir ürün veya hizmet ortaya koyabilmek için gereken malzemeleri toplamak amacıyla yapılacak tüm faaliyetleri ifade etmektedir. Bu aşamada özellikle hammaddelerin bulunması ve çıkarılması söz konusudur. Örneğin petrol endüstrisinde yer altı veya su altı petrol rezervlerinin bulunması, petrol ve gazın yüzeye çıkarılması yukarı yönlü faaliyetler kapsamındadır. Buna karşılık aşağı yönlü iş ilişkileri, hammaddelerin işlenerek son halinin verilmesi ile ürün veya hizmetin dağıtımını/satışını içerir. Aynı örnek üzerinden gidecek olursak, ham petrolün diğer ürünlere dönüştürülerek müşterilere satılması aşağı yönlü bir faaliyettir, Sampson Quain, “The Definitions of “Upstream” and “Downstream” in the Production Process”, <https://smallbusiness.chron.com/definitions-upstream-downstream-production-process-30971.html>, (21.08.2022).

⁷⁶ Nen-Chen Richard Hwang, “Value Chain Cost Tracing and Cost System Obsolescence: An Exploratory Study of Small to Medium-Sized Companies”, *Journal of Applied Business Research*, Vol. 15, No. 4, 1999, s. 95.

düşürme ve müşteriye sunulan hizmet veya üründen kaynaklanan değeri de maksimum düzeye ulaştırmaktır⁷⁷.

Değer zinciri kavramının yanı sıra (her ne kadar öneride tanımlanmamış olsa da) tedarik zinciri kavramı (*supply chain*) da direktif önerisinde zikredilen kavramlar arasında bulunmaktadır. Tedarik zinciri hammadde temini yapan, bu hammaddeleri ara mal ve nihai ürünlere çeviren, daha sonrasında ise nihai ürünleri müşterilere dağıtan üretici ve dağıtıcılardan meydana gelen malzeme, ürün ve bilgi akışının sağlandığı bir ağ olarak tanımlanabilir⁷⁸. Bu ağ içerisinde tedarikçiler, lojistik hizmet sağlayıcıları, üreticiler, dağıtıcılar ve perakendiciler yer almaktadır.

Durum tespiti (*due diligence*) ise bir şirketin faaliyetlerinin insanlar ve çevre için oluşturabileceği mevcut ve potansiyel riskleri belirleyerek bu doğrultuda hareket etmek amacıyla aldığı önlemler anlamına gelmektedir. Belirtelim ki, durum tespiti kavramı yalnızca bir şirketin kendi faaliyetlerini kapsamakla kalmamakta, aynı zamanda bu şirketin tedarik zincirlerini ve kullandığı diğer hizmetleri de içine almaktadır. Dolayısıyla durum tespiti yapan bir şirket, durum tespiti sürecinde mevcut ve muhtemel riskleri belirlerken hem kendi faaliyetlerini hem tedarik zincirlerini hem de faaliyetlerini hayata geçirebilmek için faydalandığı diğer hizmet ağlarını denetlemek, gözden geçirmekle yükümlüdür. Durum tespiti, ticari risk yönetimi ile ilgili bir kavramdır. Fakat esas olarak şirket faaliyetlerinin insanlara ve çevreye yönelik oluşturduğu risklerin ortaya konulması sürecini ifade etmektedir⁷⁹. Bu riskler arasında çocuk işçiliği de bulunmakta ve direktif önerisiyle şirketlere bu konuda sorumluluklar yüklenmektedir.

⁷⁷ Ceylan Alphan/Özcan Demir, “Modern Maliyetleme Sürecinde Değer Zinciri Yaklaşımı”, Fırat Üniversitesi İİBF Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 3, S. 2, 2019, s. 64.

⁷⁸ Ali İhsan Özdemir, “Tedarik Zinciri Yönetiminin Gelişimi, Süreçleri ve Yararları”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 23, Temmuz-Aralık 2004, s. 88.

⁷⁹ <https://www.sustentia.com/en/2021/09/debida-diligencia-en-materia-de-sostenibilidad-que-significa-para-las-empresas-y-como-pueden-ayudarles-los-estandares-de-la-ue/#:~:text=Due%20diligence%20describes%20the%20measures,in%20the%20services%20you%20use>, (23.08.2022).

D. Kapsama Giren Şirketler

Direktif kapsamına hangi şirketlerin alınacağı öneride ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. “*Kapsam*” başlığını taşıyan ikinci maddenin birinci fıkrasında Avrupa Birliğine üye devletlerin mevzuatlarına göre kurulmuş şirketlerin direktifin kapsamına girebilmeleri için taşımaları gereken kriterler sayılmış iken, aynı maddenin ikinci fıkrasında birlik dışından üçüncü bir ülke mevzuatına göre kurulmuş şirketlerin taşımaları gereken kriterler belirtilmiştir⁸⁰. Avrupa Birliğine üye devletlerden birinin mevzuatına göre kurulmuş şirketlerin de kendi içinde ikiye ayrılarak düzenlendiği görülmektedir. Düzenlemeye göre 1. grup AB şirketleri olarak adlandırılacak bu şirketler, ortalama olarak 500’den fazla çalışanı olan ve yıllık mali tabloların hazırlandığı son mali yılda dünya çapında net 150 milyon Euro’dan fazla cirosu olan şirketlerdir (m. 2/1, a). 2. grup AB şirketleri ise 1. grup şirketler için öngörülen eşiklere ulaşamayan, fakat ortalama 250’den fazla çalışanı olup yıllık mali tabloların hazırlandığı son mali yılda dünya çapında net 40 milyon Euro’nun üzerinde cirosu olan şirketlerdir. Direktif önerisinde ayrıca 2. grup şirketler için öngörülen bu net cironun en az yüzde ellisinin yüksek etkili sektörlerde gösterilen faaliyetler sonucu elde edilmiş olması şartı da aranmıştır. Yüksek etkili sektörler ise “*tekstil, deri ve ilgili ürünlerin (ayakkabı dahil) imalatı ve tekstil, giyim ve ayakkabı toptan ticareti; tarım, ormancılık, balıkçılık (su ürünleri yetiştiriciliği dahil), gıda ürünlerinin imalatı ve tarımsal hammaddelerin, canlı hayvanların, odun, yiyecek ve içeceklerin toptan ticareti; nereden çıkarıldıklarına bakılmaksızın maden kaynaklarının çıkarılması (ham petrol, doğal gaz, kömür, linyit, metaller ve metal cevherleri ile diğer tüm metalik olmayan mineraller ve taş ocağı ürünleri dahil), temel metal maddelerin, diğer metalik olmayan mineral ürünlerin ve fabrikasyon metal ürünlerin (makine ve teçhizat hariç) üretimi ve mineral kaynakların, temel ve ara*

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1145, (27.08.2022); Yavuz Akbulak, “Avrupa Birliği Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespiti (Corporate Sustainability Due Diligence) Yönergesi”, <https://legal.com.tr/blog/genel/avrupa-birligi-kurumsal-surdurulebilirlik-durum-tespiti-corporate-sustainability-due-diligence-yonergesi/>, (27.08.2022); Yavuz Akbulak, “Avrupa Birliği Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespiti Yönergesine Dair Bazı Sorular ve Cevaplar”, <https://legal.com.tr/blog/genel/avrupa-birligi-kurumsal-surdurulebilirlik-durum-tespiti-yonergesine-dair-bazi-sorular-ve-cevaplar/>, (27.08.2022).

mineral ürünlerin (metaller ve metal cevherleri, inşaat malzemeleri, yakıtlar, kimyasallar ve diğer ara ürünler dahil) toptan ticareti” şeklinde sayılmıştır (m. 2/1, b).

Direktif önerisinin m. 2/2 hükmünde ise Birlik dışından üçüncü bir ülke mevzuatına göre kurulmuş şirketlerin kapsama girebilmek için taşınmaları gereken koşullar düzenlenmiştir. Bu şirketler de iki gruba ayrılarak incelenmiştir. 1. grup şirketler son mali yıldan önceki mali yılda Birlik içinde gösterdikleri faaliyetlerden 150 milyon Euro’dan fazla net ciro elde etmiş şirketlerdir (m. 2/2, a). 2. grup şirketler ise son mali yıldan önceki mali yılda Birlik içinde gösterdikleri faaliyetlerden 40 milyon Euro’dan fazla fakat 150 milyon Euro’dan az olacak şekilde net ciro elde eden şirketler olarak belirtilmiştir. 2. grup bu şirketler için de tıpkı 2. gruptaki AB şirketlerinde öngörülmüş olduğu gibi net cirolarının en az yüzde ellisinin yukarıda belirtmiş olduğumuz yüksek etkili sektörlerde gösterilen faaliyetler sonucu elde edilmiş olması şartı da aranmıştır (m. 2/2, b). Dikkat edilecek olursa AB şirketlerinde hem çalışan sayısı hem de net ciro göz önünde bulundurulurken, AB dışı şirketlerde direktif kapsamında sayılma kriteri olarak yalnızca ciro göz önünde bulundurulmuştur. Ayrıca direktif önerisinin 16. maddesinde AB dışı şirketlerin, faaliyet gösterdiği üye devletlerden birinde kurulmuş veya yerleşik tüzel yahut gerçek bir kişiyi yetkili temsilcisi olarak belirlemesi zorunluluğu getirilmiştir.

Hem 1. grup AB şirketlerinin hem de 1. grup AB dışı şirketlerin direktifin yürürlüğe girmesinden itibaren 2 yıl içinde direktifte belirtilen yükümlülüklerle tabi olmaları öngörülmüştür (m. 30/1, a). 2. grup AB şirketleri ile AB dışı şirketler ise direktifin yürürlüğe girmesinden itibaren 4 yıl içinde direktifte belirtilen yükümlülüklerle tabi olacaklardır (m. 30/1, b).

E. Direktif Önerisinin Çocuk İşçiliğini Önlemeye Yönelik Getirdiği Düzenlemeler

1. Genel Olarak

Direktif önerisinin AB’nin çocuk işçiliğine karşı sıfır tolerans yaklaşımıyla ve AB şirketlerinin tedarik zincirlerinin çocuk işçiliğinden arındırılmasına ilişkin taahhütte bulunan AB Çocuk Haklarına İlişkin Stratejisi (*EU Strategy on the Rights of the Child*) ile uyumlu olduğu görülmektedir. Nitekim bu strateji belgesinin “*Küresel Boyut: Kriz ve*

çatışma dönemleri de dahil olmak üzere çocukları küresel olarak destekleyen, koruyan ve güçlendiren bir Avrupa Birliği (The Global Dimension: an EU that supports, protects and empowers children globally, including during crisis and conflict)" başlığı altında Avrupa Komisyonu tarafından atılacak temel adımlar arasında AB şirketlerinin tedarik zincirlerini, özellikle sürdürülebilir kurumsal yönetim konusunda bir yasal girişim yoluyla çocuk işçiliğinden arındırmak için çalışmak da sayılmıştır⁸¹. Bu doğrultuda direktif önerisinde, şirketlerin faaliyetlerinde çocuk işçiliği de dahil olmak üzere insan hakları ihlallerini belirlemeleri ve gerektiğinde önlemeleri, sona erdirmeleri veya hafifletmeleri istenmiştir.

Direktif önerisinin ekinin birinci bölümünün "*Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan hak ihlalleri ve yasaklar*" başlığının 9, 10 ve 11. paragraflarında çocuk işçiliğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Şirketlerin kurumsal sürdürülebilirlik durum tespiti süreçlerinde göz önünde bulundurmaları gereken çocuk işçiliği kapsamına ne tür çalışmaların girdiği bu paragraflarda vurgulanmıştır. Gerçekten de paragraf 9'da Çocuk Hakları Sözleşmesinin çeşitli bazı maddelerine aykırılık, paragraf 10'da ILO'nun 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesine aykırılık ve paragraf 11'de ise Çocuk Hakları Sözleşmesi ile ILO'nun En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 182 Sayılı Acil Eylem Sözleşmesine aykırılık durumları düzenlenmiştir.

Paragraf 9'a göre, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi uyarınca çocukları etkileyen tüm karar ve eylemlerde çocuğun yüksek yararının öncelikli olarak dikkate alınması hakkının ihlali; çocuğun potansiyelini tam olarak geliştirme hakkının ihlali (m. 6); çocuğun ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkının ihlali (m. 24); sosyal güvenlik hakkının ve yeterli yaşam standardının ihlali (m. 26, 27); eğitim hakkının ihlali (m. 28); çocuğun her türlü cinsel sömürü ve cinsel istismardan korunma hakkının ihlali, kaçırılması, satılması veya istismar amacıyla ülke içinde veya dışında yasa dışı bir şekilde başka bir yere taşınmasına karşı korunması haklarının ihlali (m. 34, 35) şirketlerce önlenmesi ve sona erdirilmesi gereken çocuk işçiliği kavramının kapsamına girmektedir.

⁸¹ European Commission, EU Strategy on the Rights of the Child, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0142>, (21.08.2022).

Paragraf 10'a göre, ILO'nun 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesinin 2. maddesi ve 4 ila 8. maddeleri uyarınca zorunlu eğitimini tamamlamamış ve her halükarda on beş yaşından küçük çocukların istihdam yaşının ihlali de bu kapsamda sayılmıştır.

Son olarak paragraf 11'e göre ise Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 32. maddesi uyarınca çocuk işçi çalıştırma (ki buna ILO'nun En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 182 Sayılı Acil Eylem Sözleşmesinin 3. maddesinde düzenlenen en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği de dahildir) yaşının ihlal edilmesi şirketlerin kurumsal sürdürülebilirlik durum tespiti süreçlerinde önlenmeyi ve sona erdirmeyi hedefledikleri insan hakları ihlalleri arasında kabul edilmiştir.

Şirketler hem kendi faaliyetlerinde hem de bağlı kuruluşları ile kurulu ticaret ilişkisi içinde olduğu şirketlerin faaliyetlerinde çocuk işçiliğini önleme ve sona erdirmekle yükümlü tutulmuşlardır. Direktif önerisinin m. 7/5 ve m. 8/6 hükümleri göz önünde bulundurulacak olursa, şirketlerin tedarik zincirlerinde yer alan bu ortaklarının önlenemeyen, yeterince azaltılamayan veya sona erdirilemeyen olumsuz insan hakları etkileri söz konusu olduğunda, örneğin çocuk işçi çalıştırmaları durumunda, bu kişilerle daha fazla sözleşme ilişkisine girilmemesi ve mevcut sözleşmelerin de uzatılmaması, sözleşmelerin askıya alınması ve/veya feshedilmesi gerekmektedir⁸².

2. Direktif Kapsamına Giren Şirketlerin Yerine Getirmesi Gereken Yükümlülükler

Direktif kapsamındaki şirketlerin hem kendi faaliyetlerinde hem de bağlı kuruluşları ile değer zincirlerinde yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerin neler olduğu “*Durum Tespiti*” başlıklı 4. madde hükmünde ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Hükme göre üye devletler şirketlerin sayılan eylemleri gerçekleştirerek insan hakları ve çevresel durum tespiti yapmalarını sağlayacaklardır. Bu eylemler ise şirketlerin durum tespitini politikalarına entegre etmesi; fiili veya potansiyel

⁸² Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, OHCHR Feedback on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence, 23 Mayıs 2022, s. 7, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-05/eu-csddd-feedback-ohchr.pdf>, (21.09.2022).

olumsuz etkileri belirlemesi; potansiyel olumsuz etkilerin önlenmesi, hafifletilmesi ve fiili olumsuz etkilerin sona erdirilmesi ile boyutlarının en aza indirilmesi; bir şikayet prosedürü oluşturulması ve sürdürülmesi; durum tespiti politikalarının ve önlemlerinin etkinliğinin izlenmesi; gerekli özenin gösterilmesi konusunda kamuya duyuru yapılması şeklinde belirtilmiştir (m. 4/1, a, b, c, d, e, f).

İnsan haklarına ilişkin durum tespiti süreci içerisinde çocuk işçiliğine ilişkin tespitler de yer almaktadır. Dolayısıyla üye devletler, direktif kapsamındaki şirketlerin, gerek kendi faaliyetlerinden gerekse bağlı kuruluşlarının faaliyetlerinden doğan ve ayrıca kendi değer zincirleri ile kurulu ticari ilişkilerinden kaynaklanan mevcut ve potansiyel olumsuz insan hakları etkilerini, bu bağlamda direktif önerisinin ekinde belirtilen çocuk işçiliği durumunu belirlemek, önlemek, sona erdirmek ve sona erdirilmesi mümkün değil ise boyutunu en aza indirmek için uygun önlemleri almalarını sağlamakla yükümlü tutulmuşlardır (m. 6, 7 ve 8). Uygun önlem kavramından anlaşılması gereken ise durum tespiti hedeflerine ulaşabilen, olumsuz etkinin ciddiyeti ve olasılığı ile orantılı olan ve özel durumun koşulları dikkate alınarak şirket için makul ölçüde mevcut olan önlemlerdir (m. 3/1, q).

Direktif önerisinin 9. maddesinde bir şikayet prosedürünün oluşturulması öngörülmüştür. Buna göre üye devletler, şirketlerin bizzat kendi faaliyetlerinden, bağlı kuruluşlarının faaliyetlerinden ve değer zincirlerinden kaynaklanan mevcut veya potansiyel insan hakları etkileriyle, örneğin çocuk işçiliğiyle ilgili bazı kişi ve kuruluşların meşru endişeleri olması durumunda, bu kişilere şirketlere şikayette bulunma hakkı verilmesini sağlamakla yükümlü tutulmuşlardır. Şikayette bulunabilecek kişi ve kuruluşlar olumsuz bir etkiden etkilenen veya etkilenebileceklerine inanmak için makul gerekçeleri olan kişiler; ilgili değer zincirinde çalışan bireyleri temsil eden sendikalar ve diğer işçi temsilcileri; ilgili değer zinciri ile bağlantılı alanlarda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları olarak sayılmıştır (m. 9/2, a, b, c). Dolayısıyla bu düzenlemenin hayata geçmesiyle birlikte, örneğin, direktifin kapsamı içindeki bir şirketin faaliyetlerinde çalıştırılan çocuk işçinin şirkete şikayette bulunabilmesinin önü açılmıştır.

Üye devletler, şirketlerin, şikayetin asılsız olduğunu düşündüğü bir prosedür de dahil olmak üzere, bu şikayetleri ele almak için bir prosedür oluşturmasını sağlayacak ve ilgili işçileri ve sendikaları bu prosedürler hakkında bilgilendirecektir (m. 9/3). 9. maddenin 4. fıkrasında ise üye devletler, şikayetçilerin şikayete konu olan mevcut veya potansiyel ciddi olumsuz etkileri tartışmak için şirket temsilcileriyle

uygun bir düzeyde görüşmesini sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Bu doğrultuda örneğin sendika temsilcileri, işçi temsilcileri, sivil toplum kuruluşu temsilcileri veya bizzat çocuk işçinin kendisi şikayetini şirket temsilcilerine iletebilme ve şirket temsilcileri ile görüşme hakkına sahip kılınmıştır.

Ayrıca direktif önerisinin 11. maddesinde üye devletlerin, şirketlerin bu direktifin kapsamına giren konularda şirket web sitelerinde bir önceki yıla ilişkin olmak üzere yıllık rapor yayınlamalarını sağlayacağı da düzenlenmiştir. Böylece kapsam içindeki şirketlere yıllık rapor sunma yükümlülüğü getirilmiştir.

3. Yaptırımlar

a. Denetim Makamlarının Soruşturma ve Yaptırım Uygulama Yetkisi

Üye devletler direktif önerisinin m. 17/1 hükmü uyarınca şirketlerin belirtilen yükümlülüklere uyup uymadıklarını denetlemek için bir veya birden fazla denetim makamı atayacaklardır⁸³. Bir üye devlet birden fazla denetim makamı tayin ederse bu makamların yetkilerini açıkça tanımlayacak ve bu makamların birbirleriyle yakın ve etkili bir şekilde işbirliği yapmalarını sağlayacaktır (m. 17/4). Direktif önerisinde denetim makamlarının, şirketlerin yükümlülüklerini ihmal etmeleri durumunda bağlı oldukları üye devletin ulusal yasaları doğrultusunda soruşturma başlatabilecekleri düzenlenmiştir (m. 18/2)⁸⁴. Denetimler,

⁸³ Direktif önerisinin m. 17/2 hükmünde AB şirketleri için yetkili denetim makamının, şirketin kayıtlı ofisinin bulunduğu üye devletin denetim makamı olacağı belirtilmiştir. AB dışı şirketler için ise yetkili denetim makamı, şirketin şubesinin bulunduğu üye devletin denetim makamı olacaktır (m. 17/3). Şirketin herhangi bir üye devlette şubesi yoksa veya farklı üye devletlerde şubeleri varsa yetkili denetim makamı şirketin AB içindeki net cirosunun çoğunu elde ettiği üye devletin denetim makamı olacaktır (m. 17/3).

⁸⁴ Denetim makamı şirketin yükümlülüğünü ihlal ettiğini bizzat tespit ederek kendiliğinden harekete geçebileceği gibi gerçek veya tüzel kişilerin şikayetleri üzerine de soruşturma başlatabilir. Nitekim Direktif önerisinin 19. maddesinde gerçek veya tüzel kişilerin, bir şirketin direktif uyarınca kabul edilen ulusal yasalara uymadığına inanmak için objektif nedenleri

önceden bildirimden denetimin etkinliğini engellediği durumlar dışında, denetimin gerçekleştirildiği üye devletin ulusal yasalarına uygun olarak ve şirkete önceden bildirilmek suretiyle gerçekleştirilecektir. Bir denetim makamı, soruşturmasının bir parçası olarak, kendi ülkesinden başka bir üye devletin topraklarında teftiş yapmak isterse, o üye devletteki denetim makamından yardım isteyecektir (m. 18/3). Eğer bir denetim makamı direktif uyarınca kabul edilen ulusal hükümlere uyulmadığını tespit ederse, ilgili şirkete (eğer böyle bir faaliyet mümkünse) düzeltici faaliyette bulunması için uygun bir süre tanıyacaktır. Fakat şirket tarafından düzeltici faaliyette bulunulması, bir zarar meydana gelmiş olması durumunda idari yaptırımların uygulanmasına ve hukuki sorumluluğun doğmasına engel değildir (m. 18/4). Çocuk işçiliği ile ilgili yükümlülüklerle uyulmadığının saptanması durumunda da denetim makamı veya makamları harekete geçecek ve bu durumun ortadan kaldırılması için şirkete öncelikle uygun bir süre tanınacaktır. Ayrıca m. 18/5 hükmünden, denetim makamının böyle bir durumun tespiti halinde çocuk işçi çalıştırılmasının tekrarından kaçınılmasını, bu durumu sona erdirmek için gerekli olan düzeltici faaliyetlerde bulunulmasını sağlayacağı; maddi yaptırımlar uygulayacağı, ciddi ve onarılamaz zarar riskinden kaçınabilmek için geçici tedbirler alacağı sonucu çıkmaktadır. İlâveten tüm gerçek ve tüzel kişiler, bu doğrultuda direktif kapsamındaki şirketler de, denetim makamlarının kendileri hakkında verecekleri kararlara karşı yargı yoluna başvurma hakkına sahip kılınmışlardır (m. 18/7). Başka bir ifadeyle, denetim makamlarının işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.

Direktif önerisinde ayrıca Avrupa Komisyonunun, denetim makamlarının temsilcilerinden oluşan bir Avrupa Denetim Otoriteleri Ağı kuracağı düzenlenmiştir (m. 21/1). Ağ, denetim makamları arasında işbirliği sağlayarak bu makamların düzenleyici, soruşturma, yaptırım ve denetim uygulamalarının koordinasyonunu, uyumunu, bunlar arasında bilgi paylaşımını kolaylaştırmakla yükümlü tutulmuştur (m. 21/1).

b. İdari Yaptırım

Direktif önerisinin 20. maddesinde idari yaptırımlara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Hükme göre üye devletler, direktif uyarınca

olduğunda, herhangi bir denetim makamına bu endişelerini sunma hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir.

kabul edilen ulusal hükümlerin ihlali halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin kuralları belirleyecek ve bu hükümlerin uygulanmasını sağlamak için gerekli tüm önlemleri alacaktır. Öngörülen yaptırımlar etkili, orantılı ve caydırıcı olacaktır (m. 20/1). Yaptırım uygulanıp uygulanmayacağına karar verilirken ya da eğer yaptırım halihazırda uygulanıyorsa bu yaptırımın niteliği ve uygun düzeyi belirlenirken, şirketin bir denetim makamı tarafından kendisinden talep edilen herhangi bir düzeltici eyleme uyma çabaları, yapılan yatırımlar, değer zincirlerindeki olumsuz etkileri ele almak için diğer kuruluşlarla işbirliği yapılıp yapılmadığı gibi hususlar dikkate alınacaktır (m. 20/2). Maddi yaptırımlar uygulanırken şirketin cirosu esas alınacaktır (m. 20/3).

c. Hukuki Yaptırım

Direktif önerisinde üye devletlerin, m. 22/1 hükmünde belirtilen durumlar söz konusu olduğunda şirketlerin meydana gelen zararlardan sorumlu olmasını sağlayacakları hüküm altına alınmıştır. Bu durumlar ise şirketlerin direktif önerisinin 7. ve 8. maddelerinde belirtilen⁸⁵ yükümlülüklerine uymamaları ve bu yükümlülüklere uyulmaması nedeniyle tespit edilmesi, uygun önlemlerle önlenmesi, hafifletilmesi, sona erdirilmesi veya kapsamının en aza indirilmesi gereken olumsuz bir etkinin ortaya çıkarak bir zarara yol açması şeklinde sayılmıştır (m. 22/1, a ve b). Örneğin bir şirketin faaliyetlerinde çocuk işçi çalıştırması ve çocuğun eğitimine devam edememesi, sağlığının bozulması gibi zararların meydana gelmesi durumunda şirketin hukuki sorumluluğu, başka bir ifadeyle tazminat sorumluluğu doğacaktır. Ancak şirketler kurulu bir ticaret ilişkisi içinde buldukları dolaylı ortaklarının, örneğin değer zincirlerindeki diğer şirketlerin faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan olumsuz bir etkinin neden olduğu zararlardan somut olayın koşullarına göre makul görülmedikçe sorumlu tutulmayabilecektir (m. 22/2). Fiilen alınan önlemlerin, olumsuz etkiyi önlemek, hafifletmek, sona erdirmek veya en aza indirmek için yeterli olacağını beklemek mümkün ise bu durum makul bir durum olarak görülebilecek ve şirket dolaylı ortaklarının faaliyetlerinden kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulmayabilecektir. Bu şekilde makul görülebilecek bir durum olmadığında ise şirketler, kurulu bir ticaret ilişkisi içinde buldukları dolaylı ortaklarının faaliyetleri

⁸⁵ Direktif önerisinin 7. ve 8. maddelerinde belirtilen yükümlülükler, olası olumsuz etkilerin önlenmesi ile mevcut olumsuz etkilerin sona erdirilmesi yükümlülükleridir.

sonucu ortaya çıkan olumsuz etkinin meydana getireceği zararlardan da sorumlu tutulabileceklerdir. Bir örnekle açıklayacak olursak, direktifin kapsamına giren (A) şirketinin tedarik zincirinde yer alan, kurulu bir ticaret ilişkisi içinde bulunduğu (B) şirketinin çocuk işçi çalıştırması ve çocuğun zarar görmesi durumunda bundan (A) şirketi sorumlu tutularak tazminat sorumluluğu doğabilecektir. Ancak hemen belirtelim ki, bir şirketin meydana gelen zararlara ilişkin hukuki sorumluluğu, bağlı kuruluşlarının ve değer zincirindeki doğrudan ve dolaylı iş ortaklarının sorumluluklarını ortadan kaldırmamaktadır (m. 22/3). Bu nedenle aslında her iki şirketin de meydana gelen zarardan sorumlu tutulması söz konusu olacaktır.

Direktif önerisinde, direktif kapsamında getirilen hukuki sorumluluk kurallarının, bu direktifin kapsamına girmeyen veya bu direktiften daha katı bir sorumluluk öngören Birlik kuralları yahut üye devletlerin ulusal kurallarına hanel getirmeyeceği de düzenlenmiştir (m. 22/4). Böylelikle direktif önerisinde belirtilenden çok daha katı tazminat sorumluluğu öngören başka AB direktifleri yahut ulusal yasalardaki düzenlemelerin uygulanmasına imkan tanınmıştır. Örneğin bir üye devletin ulusal yasasında direktif önerisinin aksine, şirketlerin değer zincirlerindeki diğer şirketlerin faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan olumsuz bir etkinin neden olduğu zararlardan (örneğin çocuk işçi çalıştırılması) makul görülsün veya görülmesin her türlü sorumlu tutulacağı düzenlenmiş ise bu hükme öncelik tanınması ve uygulanması gerekecektir.

Direktif önerisinin m. 22/5 hükmüne göre ise üye devletlerin, ulusal hukuklarına direktifin hukuki sorumluluk kurallarını aktarırken bu kuralların, gelen şikayetlere uygulanacak hukukun bir üye devletin hukuku olmadığı durumlarda zorunlu uygulanmasını geçersiz kılacak nitelikte olmasını sağlayacakları düzenlenmiştir. Somutlaştıracak olursak, örneğin, bir şirketin küresel tedarik zincirinde yer alan bir şirkette çocuk işçi çalıştırıldığı ve zarar meydana geldiği yönündeki şikayete uygulanacak hukuk AB dışındaki bir devletin hukuku ise bu şirket hakkında üye devletlerin ulusal hükümlerinde yer alan hukuki sorumluluk kuralları uygulanmayabilecektir. Kanaatimizce bu hüküm direktifin etkisini kırmaya sebep olabilecek niteliktedir. Zira direktif kapsamındaki şirketler bu hüküm nedeniyle tedarik zincirlerinde yer alan şirketleri hukuki sorumluluktan kaçabilecekleri ülkelerdeki şirketlerden seçmeye yönelebilir ve direktif hükümlerini dolanabilirler.

4. Direktif Önerisine Yöneltilen Eleştiriler

Direktif önerisi getirmiş olduğu düzenlemeler ile çocuk işçiliğine yönelik etkili bir mücadele alanı yaratma potansiyeline sahip olmakla birlikte, bazı maddelerdeki eksiklikler ve netleştirilmeyen kavramlar nedeniyle bu amaca ulaşmaktan uzaklaşabilme tehlikesini taşımaktadır. Bu doğrultuda direktif önerisine haklı olarak çeşitli eleştiriler yöneltilmiş ve yasalasmadan evvel eleştiriler doğrultusunda önerinin güncellenmesi talep edilmiştir.

Bu eleştirilerin en önemlilerinden biri UNICEF tarafından dile getirilmiştir. Direktif önerisinin ekinde değinilen uluslararası belgelerin yalnızca Çocuk Hakları Sözleşmesi ve ILO'nun 138 ile 182 sayılı sözleşmelerinden ibaret olması UNICEF tarafından eleştirilmekte ve bu eksikliğin giderilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu doğrultuda, UNICEF'in direktif önerisiyle ilgili 2022 yılında yayınladığı yorumda çocukların satışı, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisine ilişkin Çocuk Hakları Sözleşmesinin ihtiyari protokolüne, çocukların silahlı çatışmalara katılımına ilişkin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin ihtiyari protokolüne, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartına da direktif önerisinin ekinde yer verilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir. UNICEF ayrıca dijital ortamdaki ticari faaliyetlerin, çeşitli çevrimiçi riskler ve zararlar barındırdığı için çocuk hakları üzerinde önemli bir etkiye sahip olabileceğini belirtmektedir. Bu sebeple, direktif önerisinde şirketlerin dijital ortamla ilgili olarak da çocuk hakları durum tespiti yapmasının zorunlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Yine UNICEF tarafından, direktif önerisinde şirketlerin durum tespiti yapma yükümlülüğünün tüm küresel değer zincirini kapsamaktan ziyade yalnızca “*kurulu ticaret ilişkileri*” için öngörölmüş olmasının, kurulu ticaret ilişkisi kavramının neleri kapsadığının belli olmaması sebebiyle⁸⁶ şirketler açısından yasal kesinliği ortadan

⁸⁶ Belirtelim ki “*kurulu iş ilişkileri (established business relationships)*” kavramı 2017 tarihli Fransız Özen Yükümlülüğü Kanunu'ndan alınmıştır ve Avrupa müktesebatı açısından yeni bir kavramdır. Bu sebeple de daha net ve ayrıntılı açıklanması gereken bu kavramın direktif önerisinde yetersiz bir şekilde tanımlanmış olması eleştirilmektedir, European Coalition for Corporate Justice, European Commission's Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence-A Comprehensive Analysis, Nisan 2022, s. 9-10, <https://corporatejustice.org/wp->

kaldıracağı belirtilmiştir. UNICEF'e göre, bu düzenleme yerine, şirketlerin çocuk işçiliğine dair durum tespiti yapma yükümlülüğünün çocuk işçiliği ve diğer insan hakları riskleri ile genellikle en çok tedarik zincirlerinin alt kademelerinde faaliyet gösteren küçük işletmelerde karşılaşıldığı göz önünde bulundurularak tüm değer zincirine yayılması gerektiğinin düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. Ayrıca direktif önerisinde çocuğun üstün yararı kavramına atıfta bulunulması gerektiği ve çocukların adalete erişimlerini kolaylaştırıcı, şikayet mekanizmalarını geliştirici çeşitli hükümler sevk edilmesi gerektiği de haklı olarak vurgulanmıştır⁸⁷.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği de UNICEF ile bazı ortak noktalara dikkat çekmiş ve direktif önerisindeki bazı eksiklik ve net olmayan hususların açıklığa kavuşturularak giderilmesini istemiştir. Yüksek Komiserliğin ilk olarak üzerinde durduğu konu direktif önerisindeki düzenlemenin çok büyük AB şirketlerini, belirli yüksek etkili sektörlerde faaliyet gösteren büyük şirketler ve iç pazarda faaliyet gösteren bazı AB dışı şirketleri kapsama almasıdır. Bu şirketlerin çocuk işçiliği de dahil olmak üzere insan hakları ihlallerine ilişkin yapacağı durum tespiti ise şirketlerin kendi faaliyetleri, bağlı kuruluşlarının faaliyetleri ve şirketin kurulu ticaret ilişkisi içinde olduğu kuruluşların faaliyetlerini kapsamaktadır. Yüksek Komiserliğe göre büyüklük veya sektöre göre seçim yapmak yerine tüm şirketleri kapsayacak bir düzenleme Birleşmiş Milletler Rehber İlkeleri ile daha uyumlu olacaktır. Ayrıca şirketin kurulu ticaret ilişkisinin olmadığı diğer değer zinciri aktörlerinin faaliyetlerinden kaynaklanan ciddi insan hakları etkilerine ilişkin riskler direktif kapsamında önceliklendirilmemektedir⁸⁸. Bu tür istisnalar direktif önerisi kapsamında insan hakları durum tespiti yapmaktan sorumlu şirketler için aksi yönde teşvikler yaratabilir ve bu düzenleme aslında durumu daha da kötüleştirebilir. Bu sebeple Yüksek Komiserlik direktif metninden “*kurulu ticaret ilişkisi*” kavramının tamamen çıkarılması gerektiğini belirtmiştir. Yine bir başka eleştiri

[content/uploads/2022/04/ECCJ-analysis-CSDDD-proposal-2022.pdf](https://www.unicef.org/press-releases/2022/04/ECCJ-analysis-CSDDD-proposal-2022.pdf), (21.09.2022); Lafarre/Rombouts, s. 13.

⁸⁷ UNICEF, s. 6-12.

⁸⁸ Kurulu ticaret ilişkisi kavramının kullanılması nedeniyle direktif önerisinde şirketler açısından öngörülen sorumluluğun tüm küresel değer zincirini kapsamayacağı, bu sebeple de direktif önerisinin yasalaşması aşamasında bu yöndeki eleştiriler dikkate alınarak konuyla ilgili birtakım değişikliklerin gündeme gelebileceği yönünde bkz., Lafarre/Rombouts, s. 13.

direktif kapsamında zorunlu insan hakları durum tespitinin, olumsuz insan hakları etkilerinin belirlenmesi ve önlenmesi ile sınırlı oluşudur. UNICEF ile paralel bir şekilde Yüksek Komiserlik de Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin ilk iki ihtiyari protokolü gibi geniş çapta onaylanmış insan hakları belgelerine atıf yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Yüksek Komiserliğin direktif önerisine yöneltmiş olduğu bir diğer eleştiri ise yaptırımlar noktasındadır. Yüksek Komiserliğe göre direktif önerisiyle getirilmesi gereken kurallar esasında beklentileri iletmenin daha ilke tabanlı ve hedeflere dayalı bir yolunun benimsendiği, istenen sonucun açıkça ifade edildiği, ancak ilgili aktörlere de bunu başarmanın en iyi yoluna karar verme esnekliğinin sağlandığı bir şekilde olmalıdır. Ayrıca hukuki sorumluluk davalarında denetim organlarının potansiyel rolü hakkında daha fazla netlik (örneğin, bilirkişi olarak adlandırılıp adlandırılmayacakları) sağlanmalıdır. İlâveten Yüksek Komiserlik tarafından, hakimlerin tazminatlara hükmetme konusundaki takdir yetkileri, sınır ötesi durumlarda karşılıklı işbirliğine yönelik düzenlemeler, hak sahiplerinin, tanıkların ve ihbarcılarının güvenliğini sağlamaya yönelik stratejiler, tüm taraflara adil davranma ve çözüme erişim arasında uygun bir denge sağlamak için ispat yükünün dikkatli bir şekilde dağıtılması gibi konularda çok daha fazla dikkat edilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Ayrıca şikâyet prosedürünün etkili olmasını ve direktifin hedeflerine ulaşabilmesini sağlamak için, direktif önerisinde Birleşmiş Milletler Rehber İlkeleri ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliğinin bu alandaki çalışmaları ile daha fazla uyum sağlanmasının isabetli olacağı belirtilmiştir. Son olarak paydaş katılımı konusunda da direktif önerisinde eksiklikler olduğu ifade edilmiştir. Yüksek Komiserliğe göre, insan hakları durum tespiti süreçlerinin etkinliğinin en önemli belirleyicilerinden biri olmasına rağmen paydaş istişaresine direktif önerisinde önem verilmiş gibi görünmemektedir. Yargı dışı şikâyet mekanizmalarının işleyişinde ve özellikle çözüm yollarının şekillendirilmesinde paydaş katılımının değerini yineleme ve güçlendirme fırsatları da büyük ölçüde gözden kaçırılmıştır⁸⁹.

Kanaatimizce direktif önerisinde her ne kadar olabildiğince genel çerçeve çizilmeye çalışılmakta ve konuyla ilgili ayrıntılı düzenlemeler üye devletlere bırakılmış gözükmekteyse de, direktif önerisine yönelik getirilen bu eleştirilerin haklı eleştiriler olduklarını ifade etmek gerekir.

⁸⁹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, s. 2-13.

Bu nedenle direktif önerisinin yasalaşması ve üye devletlerin direktifi ulusal mevzuatlarına aktarma aşamasına geçilmeden evvel yukarıda belirtilen eleştiriler doğrultusunda öneride bazı değişikliklerin yapılması, direktif ile hedeflenen amaçlara ulaşılabilmesi açısından çok daha isabetli olacaktır.

VI. DİREKTİF ÖNERİSİNİN ÜLKEMİZDEKİ ÇOCUK İŞÇİLİĞİNİ ÖNLEMeye YÖNELİK ÇALIŞMALARA SUNABİLECEĞİ KATKI

Hukukumuzda 4857 sayılı İş Kanununun 71. maddesinde “*çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı*” başlığı altında asgari çalışma yaşı ve çocukların çalışma saatlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu doğrultuda İş K. m. 71/1 hükmünde on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla İş Kanunu kapsamında kural olarak asgari çalışma yaşı on beş yaşın doldurulması olarak belirlenmiştir. Ancak hükmün devamında bu kuralın istisnalarına da değinilmiştir. Hakikaten de hükme göre, “*on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler*”. İş K. m. 71/2 hükmünde ise çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılabilecekleri işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yeteneklerinin dikkate alınacağı; çocuğun gördüğü işin onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamayacağı ve onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar veremeyeceği ifade edilmiştir. İş K. m. 71 hükmünün 4. ve 5. fıkralarında çocukların çalışma saatleri detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. İş Kanununun 72. ve 73. maddelerinde, on sekiz yaşından küçüklerin yer ve su altında çalıştırılmayacağı ve sanayi işlerinde on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilere gece çalışması yaptırılmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca İş Kanununun 71. maddesine dayanılarak çıkarılan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te çocuk ve genç işçilerin

çalıştırılabilecekleri işler, çalıştırılmalarının yasaklandığı işler ve çalışma koşulları hakkında detaylı düzenlemeler bulunmaktadır⁹⁰.

İş Kanununda yer alan asgari çalışma yaşına ilişkin bu düzenlemeler ülkemizin tarafı olduğu uluslararası sözleşme hükümleri ile de uyum içindedir. Ancak bu noktada İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve Türk Borçlar Kanununun kapsamına giren işlerde asgari çalışma yaşına da değinmek gerekmektedir. Zira Türk Borçlar Kanununda bu Kanunun kapsamına giren işlerde çalışacak işçilere yönelik yaş sınırlamasına yer verilmemiştir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçilerin yaş hadleri 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu hükümlerine göre belirlenmektedir⁹¹. Umumi Hıfzısıhha Kanununun 173. maddesine göre ise on iki yaşından küçük bütün çocukların fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseseleri ile maden işlerinde işçi ve çırak olarak çalıştırılması yasaktır. On iki ila on altı yaşlarındaki kız ve erkek çocukları günde sekiz saatten fazla

⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., Nuri Çelik/Nurşen Canıklıoğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, Beta, İstanbul 2021, s. 290-291; Tunçomağ/Centel, s. 205-208; Sarper Süzek, İş Hukuku, 21. Baskı, Beta, İstanbul 2021, s. 884-886; Süzek, Hukuka Aykırılık, s. 67 vd.; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan/Esra Baskan, İş Hukuku, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2020, s. 106-107; Fevzi Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, İzmir 2015, s. 123-126; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 495 vd.; Özkaraca/Ünal, s. 365 vd.; Emine Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2020, s. 136-138; Ercan Akyiğit, Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s. 119-120; Kadir Arıcı, Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2022, s. 114-116; Sümer, s. 53-54; Nazlı, s. 178-180; E. Özdemir, s. 70-73; Kökkılınç Eraltuğ/Fırat Şimşek, s. 103 vd.; İlke Gürsel, “Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. I, Özel Sayı, s. 447 vd.; Güven/Aydın, s. 488-492; Kamil Turan, Ferdi İş Hukuku, Kamu-İş, Ankara 1993, s. 234 vd.; Canan Ünal, “Çocukların Korunması Hakkı Kapsamında Çocuk İşçiliği Sorununun Çözümü ve Çözümsüzlüğü”, VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, 13-14 Kasım 2014, İstanbul 2014, s. 294 vd.

⁹¹ Tankut Centel, Çocuklar İle Gençlerin İş Güvenliği, Doktora Tezi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 137; Demir, Çocukların Korunması, s. 565; Narmanlıoğlu, s. 676; Tuğ/Baysal, s. 1871; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 496; Murat Engin, “Gençlerin İş Güvenliği”, Çimento İşveren Dergisi, C. 8, S. 5, Eylül 1994, s. 14; Gürsel, s. 449; Özkaraca/Ünal, s. 371; Bakırcı, s. 229.

çalıştırılmaz. Ayrıca on iki ila on altı yaşlarındaki çocukların akşam saat sekizden sonra çalıştırılmaları yasaktır. Dolayısıyla Umumi Hıfzısıhha Kanunu asgari çalışma yaşını on iki olarak kabul etmiştir. Bu durum ise uygulamada sorunlara yol açmakta, tarafı olduğumuz uluslararası antlaşma hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir⁹². Nitekim bu duruma Çocuk İşçiliği İle Mücadele Ulusal Programı Eylem Planı'nda da dikkat çekilmiş, Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile İş Kanunu arasında çocukların çalıştırılma yaşına ilişkin uyumlaştırma çalışması yapılarak, bu doğrultuda gerekli mevzuat düzenlemelerinin hayata geçirileceği belirtilmiştir⁹³.

Ulusal mevzuatımızda çocuk ve genç işçilere yönelik getirilmiş koruyucu düzenlemelere aykırı şekilde yaptırılan çalışmaların, direktif önerisinin ekinde belirtilen ve şirketlerin yapacakları durum tespiti neticesinde önlemeyi ve ortadan kaldırmayı hedefledikleri çocuk işçiliği kapsamında sayılacağı şüphesizdir. Bu nedenle direktif önerisinin hukukumuza etkileri oldukça önemlidir.

Türkiye her ne kadar Avrupa Birliği'ne üye bir devlet değil ise de halihazırda üyelik görüşmelerini devam ettiren müzakereci devlet niteliğini taşımaktadır. Bu durum ise mevzuatımızı AB mevzuatı ile uyumlaştırma yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla direktif önerisinin Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu tarafından onaylanmasının ardından yasalaşması halinde AB üyesi ülkelere paralel olarak ülkemizde de bu konuda mevzuat çalışmaları yapılması gündeme gelebilecektir.

Direktifin kapsamına girecek şirketler arasında AB'de faaliyet gösteren fakat Birlik dışından üçüncü bir ülke mevzuatına göre kurulmuş şirketler de gösterilmiştir. Bu nedenle ülkemiz mevzuatına göre kurulmuş ve AB'de faaliyet gösteren Türk şirketleri belirtilen ciro aralıklarında bulunmaları durumunda direktifin kapsamına girecek ve direktif uyarınca hareket etmeleri gerekecektir. Bu doğrultuda kapsam içindeki Türk

⁹² Tankut Centel, "Uluslararası Antlaşmalar Karşısında Türkiye'de En Az Çalışma Yaşı Uygulaması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Enstitüsü 1981 Yılı Konferansları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 24; Centel, Çocuklar İle Gençlerin İş Güvenliği, s. 35; Narmanlıoğlu, s. 675; Gürsel, s. 449; Mollamahmutuoğlu/Astarlı/Baysal, s. 499; Bakırcı, s. 81-85; Özkaraca/Ünal, s. 372.

⁹³ Çocuk İşçiliği İle Mücadele Ulusal Programı Eylem Planı için bkz., <https://www.csgb.gov.tr/cgm/cimup/>, (17.09.2022).

şirketlerinin de hem kendi faaliyetlerinde hem de bağlı kuruluşları ile kurulu ticaret ilişkilerinde çocuk işçiliğini önleme ve ortadan kaldırma sorumluluğu doğacaktır. Direktif önerisinin 17. maddesi doğrultusunda kapsam içindeki Türk şirketin, şubesinin bulunduğu üye devletin denetim makamı tarafından yahut şirketin herhangi bir üye devlette şubesi yoksa veya farklı üye devletlerde şubeleri varsa AB içindeki net cirosunun çoğunu elde ettiği üye devletin denetim makamı tarafından denetlenmesi mümkün olacaktır. Bu denetim sonucunda, örneğin şirketin faaliyetlerinde çocuk işçi kullandığı tespit edilirse denetim makamı tarafından şirket cirosu göz önünde bulundurularak belirlenecek maddi yaptırım uygulanması söz konusu olabilecektir. Ayrıca şirketin zarara uğrayan çocuk işçiye direktifin hukuki sorumluluğu düzenleyen 22. maddesi uyarınca tazminat ödeme yükümlülüğü de doğabilecektir.

Direktif önerisinin getirmiş olduğu düzenlemeler, yalnızca şirketlerin kendi faaliyetlerini değil, tedarik zincirleri boyunca kurulu ticaret ilişkisi içinde buldukları diğer şirketleri de etkilemektedir. Bu nedenle direktif kapsamına giren bir AB şirketinin tedarik zincirinde yer alan bir Türk şirketi yahut AB’de faaliyet gösteren ve direktif kapsamına giren bir Türk şirketin tedarik zincirinde yer alan başka bir Türk şirketi de direktif kurallarından dolayı olarak etkilenebilecektir. Bu durumun etkileri kendini direktif önerisinin yasalaşması ve üye devletlerin iç hukuklarına aktarılmasıyla birlikte daha net bir şekilde gösterecektir. Direktifte yer alan sorumluluk hükümleri çerçevesinde yaptırıma tabi tutulmamak isteyen direktif kapsamındaki asıl şirketler, tedarik zincirlerinde yer alan diğer şirketlerin faaliyetlerini de kontrol edecek ve örneğin bu şirketlerin de faaliyetlerinde çocuk işçi çalıştırmasını engellemeye çalışacaktır. Zira direktif önerisinin m. 22/2 hükmü uyarınca şirketler kurulu ticaret ilişkisi içinde buldukları dolaylı ortaklarının faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan olumsuz bir etkinin neden olduğu zararlardan somut olayın koşullarına göre ancak bu durum makul görülmedikçe sorumlu tutulmayabilecektir. Aksi durumda sorumlu tutulacaklardır. Dolayısıyla örneğin direktifin kapsamı içindeki bir şirketin değer zincirinde yer alan bir Türk şirketi çocuk işçi çalıştırıyor ise kapsam içindeki şirkete sorumluluk yüklenebilecektir. Böylece büyük şirketlerin kendileriyle beraber çalışan daha küçük ölçekli şirketleri de kontrol ederek direktifin etkisinin ulaştığı şirket ve ülke sayısının artması hedeflenmektedir.

Kanaatimizce tüm bu sebeplerle direktif önerisi ülkemizdeki çocuk işçiliği ile mücadeleye ilişkin çalışmalara olumlu katkı sunacak niteliktedir. Özellikle de AB Hukuku ile eşgüdümlü hareket edilerek

ulusal mevzuatımıza bu konuda hükümlerin sevk edilmesi; denetim ve yaptırım konularında etkinliğin sağlanarak çocuk işçiliğinin önlenmesi ve en nihayetinde ortadan kaldırılması hususunda etkili bir adım olacaktır.

VII. SONUÇ

Bir toplumun geleceğini temsil eden çocuklar ve gençlerin korunması, onların iyi bir eğitim alması, fiziksel ve ruh sağlıklarının korunması, esasında tüm bir toplumun da korunması ve gelişmesi anlamına gelmektedir. Hem birey hem de toplum açısından olumsuzluklara yol açan, ülkelerin yeni nesillerini tahrip ederek toplumların geleceğini tehdit eden çocuk işçiliğini ortadan kaldırmak bu sebeple büyük önem arz etmektedir. Bu doğrultuda çocuk işçiliğiyle mücadele kapsamında hukuksal açıdan atılan adımlara 23 Şubat 2022 tarihinde bir yenisi daha eklenmiş ve Avrupa Birliği Komisyonu tarafından Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespitine İlişkin Direktif Önerisi kabul edilmiştir.

Öneride şirketlerin hem kendi faaliyetlerinde hem de bağlı kuruluşları ile kurulu ticaret ilişkisi içinde buldukları şirketlerin faaliyetlerinde çocuk işçiliğini önlemeleri ve sona erdirmeleri istenmiştir. Direktif önerisi öncelikli olarak dünya çapında yüksek ciro getirisi olan büyük ölçekli AB şirketleri ile aynı ciro eşliğindeki AB'de faaliyet gösteren AB dışı şirketleri kapsamaktadır. Ancak şirketlerin tüm tedarik zincirleri boyunca etkili olacak kurallar içeren direktif önerisinin onaylanarak yürürlüğe girmesi durumunda, bu şirketlerle ticaret ilişkisi içinde bulunan diğer tüm şirketler de direktif kurallarından dolayı olarak etkilenmiş olacaktır. Zira direktifte öngörülen sorumluluk hükümleri çerçevesinde yaptırma tabi tutulmamak isteyen direktif kapsamındaki asıl şirketler, tedarik zincirlerinde yer alan diğer şirketlerin faaliyetlerini de kontrol edecek ve bu şirketlerin de faaliyetlerinde çocuk işçi çalıştırmasını engellemeye çalışacaktır.

Ülkemiz açısından da direktif önerisindeki çocuk işçiliğine ilişkin düzenlemeler önem arz etmektedir. Nitekim ülkemiz her ne kadar Avrupa Birliği'ne üye bir devlet değil ise de halihazırda üyelik görüşmelerini devam ettiren müzakereci devlet niteliğini taşımaktadır. Bu durum ise mevzuatımızı AB mevzuatı ile uyumlaştırma yükümlülüğü getirmektedir. Bu nedenle direktif önerisinin Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu tarafından onaylanmasının ardından yasalaşması halinde AB üyesi ülkelere paralel olarak ülkemizde de bu konuda mevzuat çalışmaları yapılması gündeme gelebilecektir. İlaveten direktifin kapsamına girecek

şirketler arasında AB’de faaliyet gösteren fakat Birlik dışından üçüncü bir ülke mevzuatına göre kurulmuş şirketler de gösterilmiştir. Dolayısıyla ülkemiz mevzuatına göre kurulmuş ve AB’de faaliyet gösteren Türk şirketleri belirtilen ciro aralıklarında bulunmaları durumunda direktifin kapsamına girecek ve direktif doğrultusunda hareket etmeleri gerekecektir. Direktif önerisinin getirmiş olduğu düzenlemeler, yalnızca şirketlerin kendi faaliyetlerini değil, tedarik zincirleri boyunca kurulu ticaret ilişkisi içinde buldukları diğer şirketleri de etkileyeceğinden direktif kapsamına giren bir AB şirketinin tedarik zincirinde yer alan bir Türk şirketi yahut AB’de faaliyet gösteren ve direktif kapsamına giren bir Türk şirketin tedarik zincirinde yer alan başka bir Türk şirketi de direktif kurallarından dolayı olarak etkilenebilecektir.

Tüm bu yönleriyle direktif önerisi başta AB ülkeleri olmak üzere, ülkemizdeki ve diğer ülkelerdeki çocuk işçiliği ile mücadeleye ilişkin çalışmalara olumlu katkı sunacak nitelikte, oldukça değerli ve yol gösterici bir hukuksal metin olma niteliğine sahiptir. Çeşitli kurumların direktif önerisine yönelmiş oldukları haklı eleştiriler göz önünde bulundurularak öneride bazı değişikliklerin yapılması ve direktife son halinin verilerek yasalaşması halinde çocuk işçiliğinin önlenmesine yönelik önemli bir adım daha atılmış olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKBULAK, Yavuz: “Avrupa Birliği Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespiti (Corporate Sustainability Due Diligence) Yönergesi”, <https://legal.com.tr/blog/genel/avrupa-birligi-kurumsal-surduru-lebilirlik-durum-tespiti-corporate-sustainability-due-diligence-yonergesi/>
- AKBULAK, Yavuz: “Avrupa Birliği Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespiti Yönergesine Dair Bazı Sorular ve Cevaplar”, <https://legal.com.tr/blog/genel/avrupa-birligi-kurumsal-surduru-lebilirlik-durum-tespiti-yonergesine-dair-bazi-sorular-ve-cevaplar/>
- AKYİĞİT, Ercan: Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2021.
- ALPER, Yusuf: “Çocuk İşçilerin Sosyal Güvenlik Hakları”, Türkiye’de Çocuk İşgücü, TİSK Yayın No: 138, Ankara 1994, s. 61-82.
- ALPHAN, Ceylan/DEMİR, Özcan: “Modern Maliyetleme Sürecinde Değer Zinciri Yaklaşımı”, Fırat Üniversitesi İİBF Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 3, S. 2, 2019, s. 59-80.
- ARICI, Kadir: Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2022.
- AVŞAR, Zakir/ÖĞÜTOĞULLARI, Eren: “Çocuk İşçiliği ve Çocuk İşçiliği İle Mücadele Stratejileri”, SGD, C. 2, S. 1, Ocak 2012, s. 9-40.
- AYKAÇ, Hande Bahar: “Hukuksal Açından Çocuk ve Genç İşçiliği”, TBB Dergisi, S. 116, 2016, s. 335-386.
- BAKIRCI, Kadriye: Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması (Uluslararası, Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından), Beta, İstanbul 2004.
- BARIŞIK, Salih/EGE, Tarık/ŞİMŞEK, Türker: “Türkiye’de Çocuk İşçiliği ve Ekonomik Etkileri”, C. Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 17, S. 2, 2016, s. 161-179.
- BİLGİLİ, Özkan: “Çocuk İşçiliğinin Denetimi”, SGD, C. 8, S. 2, Aralık 2018, s. 195-214.
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi: OHCHR Feedback on the Proposal for a Directive of the European

Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence, 23 Mayıs 2022, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-05/eu-csddd-feed-back-ohchr.pdf>

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 481-545.

CENTEL, Tankut: Çocuklar İle Gençlerin İş Güvenliği, Doktora Tezi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982. (Çocuklar İle Gençlerin İş Güvenliği)

CENTEL, Tankut: “Uluslararası Antlaşmalar Karşısında Türkiye’de En Az Çalışma Yaşı Uygulaması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Enstitüsü 1981 Yılı Konferansları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 17-26.

Child Labour: Global Estimates 2020, Trends and the Road Forward, UNICEF/ILO Joint Publication, New York, Haziran 2021.

ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Arcüment: İş Hukuku Dersleri, 34. Bası, Beta, İstanbul 2021.

ÇÖPOĞLU, Mustafa: “Türkiye’de Çocuk İşçiliği”, İğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 14, Nisan 2018, s. 357-398.

ÇSGB: Avrupa Sosyal Şartı, (Ed. Fazıl Aydın), Yayın No: 06, Ankara 2014. (Avrupa Sosyal Şartı)

ÇSGB: Çalışma Mevzuatı İle İlgili Avrupa Birliği Direktifleri, (Ed. Fazıl Aydın), Yayın No: 11, Ankara 2014.

ÇSGB: Çocuk İşçiliği İle Mücadele Ulusal Programı, Ankara 2017, https://www.cs.gb.gov.tr/medias/11752/cocuk_isciligi_rev_23032_017.pdf. (Ulusal Program)

DEMİR, Fevzi: “Çalışma Hayatında Çocukların Korunması”, DEÜHFD, C. 12, Özel Sayı, 2010 (Basım 2012), s. 547-577. (Çocukların Korunması)

DEMİR, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, İzmir 2015.

Çocuk İşçiliğini Önlemeye Yönelik Yeni Bir Adım: Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespitine Dair Direktif Önerisi

ENGİN, Murat: “Gençlerin İş Güvenliği”, Çimento İşveren Dergisi, C. 8, S. 5, Eylül 1994, s. 11-31.

ENNEKING, Liesbeth: “Putting the Dutch Child Labour Due Diligence Act into Perspective”, Erasmus Law Review, No. 4, 2019, s. 20-36.

European Coalition for Corporate Justice: European Commission's Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence-A Comprehensive Analysis, Nisan 2022, s. 9-10, <https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2022/04/ECCJ-analysis-CSDDD-proposal-2022.pdf>

European Commission: EU Strategy on the Rights of the Child, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0142>

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2020.

GÖKALP, Özge Tuçe: “Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Çalıştırma”, Electronic Journal of Vocational Colleges, Mayıs 2012, s. 125-135.

GÜRSEL, İlke: “Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. I, Özel Sayı, s. 415-464.

GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir/İstanbul 2020.

HWANG, Nen-Chen Richard: “Value Chain Cost Tracing and Cost System Obsolescence: An Exploratory Study of Small to Medium-Sized Companies”, Journal of Applied Business Research, Vol. 15, No. 4, 1999, s. 95-108.

ILO: A Future Without Child Labour, International Labour Conference, 90th Session 2002, Global Report.

İNAN, Ali Naim: Çocuk Hukuku, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No: 3, İstanbul 1968.

KAHRAMANOĞLU, Ertan: Türkiye’de Çalışan Çocuklar Sorunu ve Çözüm Yolları, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Hizmetler Yüksekokulu ve Friedrich Naumann Vakfı Yayını, Ankara 1996.

- KAPAR, Recep: “Çocuk Emeginin En Kötü Biçimleri ve Türkiye”, Çalışma ve Toplum, 2019/4, s. 2461-2502.
- KILIÇ, Cem: “Gelişmekte Olan Ülkelerde ve Türkiye’de Çocuk İşgücü Kullanımı (Çocuk İşçiliğini Önleme Uluslararası Programı-IPEC)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1-2, 2001, s. 49-63.
- KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, Ayşegül/FIRAT ŞİMŞEK, Ayşe: “Çocuk ve Genç İşçinin İş İlişkinde Veli ve Vasinin Rolü”, Legal İSGHD, S. 21, 2009, s. 89-117.
- KURT, Sevil Lale: “Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, S. 36, Ocak-Haziran 2016, s. 99-127.
- LAFARRE, Anne/ROMBOUTS, Bas: “Towards Mandatory Human Rights Due Diligence: Assessing Its Impact on Fundamental Labour Standards in Global Value Chains”, Tilburg Law School Research Paper, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4155836.
- MAK, Chantal: “Corporate Sustainability Due Diligence: More Than Ticking the Boxes?”, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 29, No. 3, 2022, s. 301-303.
- METHVEN O’BRIEN, Claire/MARTIN ORTEGA, Olga: Commission Proposal on Corporate Sustainability Due Diligence: Analysis From a Human Rights Perspective, 2022, https://gala.gre.ac.uk/id/eprint/37032/7/37032_MARTIN%20ORTEGA_Commission_proposal_on_corporate_sustainability.pdf
- METİN, Yüksel: “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 57, S. 4, 2002, s. 35-63.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion, Ankara 2022.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: “İş Hukukunda Çocukların Korunması”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayımı, İzmir 2000, s. 669-682.
- NAZLI, Seçkin: Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri, Seçkin, Ankara 2015.

Çocuk İşçiliğini Önlemeye Yönelik Yeni Bir Adım: Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespitine Dair Direktif Önerisi

ÖZDEMİR, Ali İhsan: “Tedarik Zinciri Yönetiminin Gelişimi, Süreçleri ve Yararları”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 23, Temmuz-Aralık 2004, s. 87-96.

ÖZDEMİR, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

ÖZKARACA, Ercüment/ÜNAL, Canan: “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar İle Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 355-410.

QUAIN, Sampson: “The Definitions of “Upstream” and “Downstream” in the Production Process”, <https://smallbusiness.chron.com/definitions-upstream-downstream-production-process-30971.html>

RODGERS, Gerry/STANDING, Guy: Child Work, Poverty and Underdevelopment, International Labour Office, Geneva, 1981.

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2020.

SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, 26. Baskı, Seçkin, Ankara 2022.

SÜZEK, Sarper: “İş Akdinin Kurulmasında Hukuka Aykırılık”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar Semineri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28 Mayıs 2011, İstanbul 2012, s. 59-98.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 21. Baskı, Beta, İstanbul 2021.

ŞAHİN, Barış: Çocuk İşçilerin Korunması, Yetkin, Ankara 2010.

ŞAHİN, Levent: “Geçmişten Günümüze Çocuk İşçiliği”, Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, C. 7, S. 2, 2012, s. 103-118.

ŞİŞMAN, Yener: “Sosyal Politika Açısından Türkiye’de Çocuk ve Genç İşgücü”, Kamu-İş, C. 7, S. 2, 2003, s. 2-34, <https://www.tuhis.org.tr/pdf/7229.pdf>.

T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü: Çocuk Hakları ve Türkiye Uygulaması, Çocuk Politikaları Serisi 2, 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı Özel Yayını, Ankara 2021.

Didem YARDIMCIOĞLU

TUĞ, Adnan/BAYSAL, Ulaş: “İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. II, Beta, İstanbul 2011, s. 1869-1880.

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2022.

TURAN, Kamil: Ferdi İş Hukuku, Kamu-İş, Ankara 1993.

URHANOĞLU CENGİZ, İhtar: “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, TBB, S. 98, 2012, s. 203-230.

ÜNAL, Canan: “Çocukların Korunması Hakkı Kapsamında Çocuk İşçiliği Sorununun Çözümü ve Çözumsuzlüğü”, VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu, 13-14 Kasım 2014, İstanbul 2014, s. 289-305.

<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Dis-Ticaret-Istatistikleri-Ocak-2022-45536>

<https://data.unicef.org/resources/child-labour-2020-global-estimates-trends-and-the-road-forward/>

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1145

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012P%2FTXT>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31989L0391>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/51be16f6-e91d-439d-b4d9-6be041c28122/language-en/format-PDF>

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://www.avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi-temel-haklar-bildirgesi-708>

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl121s2959.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s2959.pdf%27%5D_1663510106828

<https://www.csgb.gov.tr/cgm/cimup/>

https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20170207/gewijzigd_voorstel_van_wet

https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412372/lang--tr/index.htm

<https://www.ilo.org/ankara/areas-of-work/child-labour/lang--tr/index.htm>

https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377311/lang--tr/index.htm

https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377287/lang--tr/index.htm

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312484:NO

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312528:NO

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/>

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents>

<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/Texte%20pour%20le%20vote%20final%2020NS%20F.pdf>

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Vedtak/Beslutninger/Lovvedtak/2020-2021/vedtak-202021-176/>

<https://www.sustentia.com/en/2021/09/debida-diligencia-en-materia-de-sostenibilidad-que-significa-para-las-empresas-y-como-pueden-ayudarles-los-estandares-de-la-ue/#:~:text=Due%20diligence%20describes%20the%20measures,in%20the%20services%20you%20use>

<https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-i%C5%9F%C3%A7ili%C4%9Fi>

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c073/tbm19073049ss0017.pdf>

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbm22016089ss0148.pdf>

